

De veroordeling van Shell tot 45% CO₂-reductie in 2030

Over legitimiteit en effectiviteit

Lodewijk Smeehuijzen¹

Het opstellen van regels ter bescherming van burgers tegen de schadelijke gevolgen van klimaatverandering is een taak van de wetgever. De civiele rechter heeft op dat terrein in beginsel geen rol. Als echter sprake is van reguleringsfalen en de overheid daardoor tekortschiet in de bescherming van de burger kan dat anders zijn. Nu de doelen uit de Klimaatwet stelselmatig niet worden gehaald kan betoogd worden dat er, zeker op het moment dat de *Shell*-zaak speelde, sprake was van zo'n reguleringsfalen. Aan het daaropvolgende civiele oordeel kan echter wel de eis worden gesteld dat het feitelijk de mensenrechtelijke positie van de (toekomstige) bewoners van Nederland dient. Want als het optreden van de civiele rechter niet effectief is, corrigeert het dat reguleringsfalen niet. Die effectiviteit is in de *Shell*-zaak op voorhand niet evident.

1. Inleiding

In een door Milieudefensie aangespannen procedure veroordeelde de Rechtbank Den Haag² Shell tot een vermindering van de aan haar bedrijfsactiviteiten verbonden CO₂-emissies van 45% in 2030 vergeleken met 2019. In haar motivering hakt de rechtbank zich vrij kort en bondig een weg door een reeks thema's die alle op zichzelf een onderzoeksgroep jaren draaiende kunnen houden: de scheiding der machten, de rol van de civiele rechter, concernaansprakelijkheid, collectieve acties, de doorwerking van *soft law* in open normen, de horizontale werking van grondrechten, de eisen aan een rechterlijk gebod, causaliteit.

Deze bijdrage beoogt verdieping te bieden op twee punten, te weten de legitimiteit van optreden van de civiele rechter en, daarmee samenhangend, de mogelijke effectiviteit van dat optreden. Ik signaleer dat bij reguleringsfalen aan de civiele rechter in beginsel een corrigerende rol toekomt (par. 2), bepleit dat er ten aanzien van klimaatverandering inderdaad sprake is van reguleringsfalen (par. 3) en dat dat reguleringsfalen om verschillende redenen ook te verwachten valt (par. 4). De oorzaken van dat falen maken dat de civiele rechter, als *the grown-up in the room*, in beginsel in staat moet worden geacht tot een 'beter oordeel' (par. 5). Van dat oordeel moet ten minste geëist worden dat het effectief is (par. 6). Men kan die

effectiviteit zoeken op het niveau van de individuele zaak. Daar vindt men het niet gemakkelijk, want het effect is per definitie erg klein en bovendien is het de vraag of er überhaupt effect is (par. 7). Men kan die effectiviteit ook zoeken op het niveau van het collectief. Het zou dan gaan om normstelling door de civiele rechter (par. 8). Maar ook daar is niet direct zichtbaar hoe de route naar verbetering van de mensenrechtensituatie van de toekomstige Nederlander leidt (par. 9). Het meeste effect lijkt het vonnis met name in vrij onorthodoxe zin te hebben, namelijk doordat het resoneert in de rechtspraak en het politieke debat (par. 10).

Weinig publicaties hebben de pretentie het laatste woord te spreken. Dat geldt voor deze bijdrage in het bijzonder.

2. Reguleringsfalen en de civiele rechter

In zekere zin ligt het voor de hand het civiele aansprakelijkheidsrecht in te zetten tegen klimaatverandering. Klimaatverandering wordt door menselijk gedrag teweeggebracht en veroorzaakt schade. Vergoeding en eventueel voorkoming van schade door menselijk gedrag vormen het natuurlijke domein van het aansprakelijkheidsrecht.

De typische aansprakelijkheidsrechtelijke procedure speelt echter tussen individuele burgers. Over het alge-

Vergoeding en eventueel voorkoming van schade door menselijk gedrag vormen het natuurlijke domein van het aansprakelijkheidsrecht

meen strekt de impact van het oordeel van de civiele rechter nauwelijks verder dan het directe belang van partijen. Met de klimaatproblematiek is dat anders; de vordering van Milieudefensie dient het belang van alle Nederlandse burgers. Nu is het tot op zekere hoogte mogelijk binnen het civiele recht voor collectieve belangen op te komen. Denk onder andere aan de collectieve actie van artikel 3:305a BW.

Er komt echter een moment waarop de af te wegen belangen te breed en algemeen zijn voor beoordeling in een civiele procedure. Voor een deel houdt die beperking verband met het ontwerp van de civiele procedure. De rechter kan niet treden buiten de door partijen gestelde feiten. Dat is problematisch voor een oordeel dat anderen dan alleen die partijen treft. Meer principieel is dat de civiele rechter op enig punt de staatsrechtelijke legitimatie ontbeert om bovenindividuele belangen te wegen. Bij weging van algemene belangen geldt immers het primaat van de wetgever.

Dat primaat geldt zonder twijfel ook voor de regulering van het risico op mensenrechtenschending door klimaatverandering – de *Shell*-zaak draait om de mensenrechten van huidige en toekomstige inwoners van Nederland. Bij uitstek spelen daar de overwegingen die in het algemeen gelden om enig thema tot het politieke domein te rekenen. Er is grote feitelijke complexiteit. Men moet kennis hebben van de klimaatrisico's, toekomstscenario's, economische implicaties, het potentieel van innovatieve technieken, de rol van verschillende actoren binnen de nationale energiehuishouding, etc. Vervolgens is er, misschien nog wezenlijker, de politieke keuze welk gewicht men geeft aan de verschillende omstandigheden. Hierover leven verschillende opvattingen binnen de samenleving. De directeur van Schiphol heeft een andere opvatting dan de biologische agrariër en diens traditioneel boerende collega denkt er ook weer anders over. De civiele rechter heeft in dat debat in beginsel geen titel.

Het kan zich evenwel voordoen dat de wetgever in de uitoefening van zijn beschermende taak evident tekortschiet. Dat wordt reguleringsfalen genoemd.³ Het bekend-

ste en meest illustratieve voorbeeld van reguleringsfalen is het uitblijven van een verbod op asbest in de jaren zestig, zeventig en tachtig, met substantiële aantallen dodelijke slachtoffers door de ziekte mesothelioom tot gevolg. Terugkijkend is duidelijk dat destijds een verbod had moeten gelden. Algemeen bekend was dat asbest dodelijk was, en toch deed de wetgever niets. Voor zover nog mogelijk, repareert inmiddels de civiele rechter dat reguleringsfalen door asbestblootstelling in die jaren onrechtmatig te achten.⁴

De vraag is of dat reguleringsfalen ook ten aanzien van klimaatverandering aan de orde is.

3. Klimaatverandering en reguleringsfalen; de klimaatwet en het coalitieakkoord

Bij de beoordeling van regulering op het terrein van klimaatverandering komt belangrijke betekenis toe aan de Klimaatwet van 2019. Deze wet stelt concrete doelen: het 'onomkeerbaar en stapsgewijs terugdringen van de emissies van broeikasgassen in Nederland, tot een niveau dat 95% lager ligt in 2050 dan in 1990' (artikel 1 lid 1 Klimaatwet). Teneinde deze doelstelling te bereiken, streven volgens artikel 1 lid 2 van de Klimaatwet de ministers die het aangaat naar een reductie van de emissies van broeikasgassen van 49% in 2030 en een volledige CO₂-neutrale elektriciteitsproductie in 2050.

Volgens artikel 6 lid 1 Klimaatwet brengt het Planbureau voor de Leefomgeving eenmaal per jaar aan Onze Minister een klimaat- en energieverkenning uit. De klimaat- en energieverkenning is een wetenschappelijk rapport over de gevolgen van het gevoerde klimaatbeleid in het voorafgaande kalenderjaar (artikel 6 lid 2 Klimaatwet). De minister stelt jaarlijks een klimaatnota op en stuurt die aan de beide kamers van de Staten-Generaal. De klimaatnota bevat onder andere een rapportage over de voortgang van de uitvoering van het klimaatplan (artikel 7 sub f Klimaatwet). De Afdeling advisering van de Raad van State wordt over de klimaatnota gehoord (artikel 7 lid 4 Klimaatwet).

In de door het Planbureau voor de Leefomgeving in oktober 2021 uitgebrachte energieverkenning staat:

'In 2030 zijn de emissies naar verwachting gedaald met 38-48 procent ten opzichte van 1990, uitgaande van het concrete vastgestelde en voorgenomen beleid.'⁵

Het maximum van die marge is dus nog onder de beoogde 49% in 2030. Bovendien is nog bepaald onzeker of die 38-48% gehaald gaat worden:

'Om in 2030 op het maximale reductie-effect uit te komen moeten alle stuurbare en niet-stuurbare

Auteur

1. Prof. mr. J.L. Smeehuijzen is hoogleraar privaatrecht Vrije Universiteit (j.l.smeehuijzen@vu.nl) en medewerker Klimaat en (privaat)recht van het NJB. Dit artikel is de uitgewerkte versie van een lezing die de auteur hield bij een debatmiddag van het Zuidas Instituut voor Financieel

recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) op

24 september 2021. De bijdragen aan deze bijeenkomst (ook van mr. A. Hammerstein, prof. mr. A.F. Verdam en prof. mr. J. Spier, onder voorzitterschap van prof. mr. W.J.M. van Veen) zijn gebundeld in een boek in de ZIFO-reeks genaamd 'De klimaatzaak tegen Shell' – te verschijnen.

Noten

2. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.
3. Zie over de thematiek van reguleringsfalen uitvoering, met nadere bronnen, E.R. de Jong, 'Legitimitieitsperspectieven op rechterlijke participatie bij vermeend overheidsfaalen', *TG/MA* 2017/3; en L. Enneking & E. de

Jong 'Regulering van onzekere risico's via public interest litigation?', *NJB* 2014/1136.
4. Zie voor een analyse van dat falen Bob Ruers, *Macht en tegenmacht in de Nederlandse asbestregulering* (diss.), 2012, in het bijzonder p. 487 e.v.
5. Planbureau voor de Leefomgeving, *Klimaat- en energieverkenning 2021*, p. 8.



© VStock / Alamy

onzekerheden gunstig uitvallen. Gelet op de weerbarstige praktijk kan daar niet op voorhand op worden gerekend.⁶

Dat laatste klinkt eufemistisch. De Raad van State is in zijn Klimaatnota 2021 explicieter:

‘De klimaatdoelstellingen in de Nederlandse Klimaatwet voor 2030 en 2050 zijn uit zicht.’⁷

En over het voorgenomen kabinetsbeleid:

‘Het maximaal denkbare effect van het geagendeerde beleid is volstrekt onvoldoende om het doel voor 2030 te behalen.’⁸

Niet alleen werden deze doelen niet gehaald, er was ook reden te menen dat die doelen op zichzelf te laag waren. De Raad van State schreef:

‘De doelstellingen in de Nederlandse Klimaatwet moeten minimaal even ambitieus zijn als die in de Europese Klimaatwet. (...) Nederland heeft zich jarenlang sterk gemaakt voor een doelstelling van -55 procent in 2030 voor de gehele Unie. Het geeft dan geen pas om in de eigen Klimaatwet alleen voor zichzelf een minder ambitieuze doelstelling te hanteren.’⁹

Het nieuwe kabinet stelt inderdaad ambitieuzere doelen. In het coalitieakkoord van 15 december 2021 (‘Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst’) staat:

‘Om uiterlijk in 2050 klimaatneutraal te zijn, scherpener we het doel voor 2030 in de Klimaatwet aan tot ten minste 55% CO₂ reductie. We committeren ons hard aan dit doel en zullen indien nodig extra stappen zetten om dit te realiseren. Om dit doel ook zeker te halen, spreken we af om ons in het beleid te richten op een hogere opgave, wat neerkomt op circa 60% in 2030.’¹⁰

Er komen daartoe onder andere een klimaatminister, een fonds van € 35 miljard en een onafhankelijke wetenschappelijke adviesraad. In een reactie op het akkoord zei Ed Nijpels, voorzitter van het Voortgangsoverleg Klimaatpakket:

‘Het klimaatpakket in het coalitieakkoord is veelbelovend. (...) Aan plannen en geld geen gebrek. Nu wordt het zaak ze allemaal uitgevoerd te krijgen.’¹¹

De ten tijde van de Shell-zaak bestaande doelen werden niet gehaald en waren bovendien te laag. Dat kan moeilijk anders dan reguleringsfalen heten

Zo ontstaat een gemengd beeld. De ten tijde van de *Shell*-zaak bestaande doelen werden niet gehaald en waren bovendien te laag. Dat kan moeilijk anders dan reguleringsfalen heten. Inmiddels zijn er dus ambitieuzere doelen. Maar als het beleid al 'volstrekt onvoldoende' was om de lagere doelen te halen, wat dan te denken van de realisering van die hogere doelen? Er zullen harde keuzes gemaakt moeten worden. Of aan het reguleringsfalen een einde komt, moet daarom nog blijken. Voor scepsis is reden te over; nationale en internationale klimaatvoorname zijn een litanie van mislukkingen. Dat verbaast bij nadere overdenking niet.

4. Waarom reguleringsfalen ten aanzien van klimaat te verwachten valt

Wat maakt het zo moeilijk adequate regulering tegen klimaatverandering op te stellen en uit te voeren? Ik noem de volgende punten.

De mens is psychologisch niet geëquipeerd om adequaat te reageren op een langzame ramp als klimaatverandering. Klimaatverandering is onzichtbaar, abstract, ligt grotendeels in de toekomst, ligt buiten de invloed van de individuele mens en vereist offers. George Michell schreef een beroemd boek met de veelzeggende titel: *Don't Even Think About It: Why Our Brains are Wired to Ignore Climate Change*.¹² Daniel Khanemann, gedragspsycholoog en Nobelprijswinnaar in de economie, uit zich daarin als volgt pessimistisch over ons psychologische vermogen adequaat te reageren:

'The bottom line [...] is that I'm extremely skeptical that we can cope with climate change. To mobilize people, this has to become an emotional issue. It has to have immediacy and salience. A distant, abstract and disputed threat just doesn't have the necessary characteristics for seriously mobilizing public opinion.'¹³

Dat psychologisch onvermogen bepaalt niet alleen het menselijk gedrag op individueel niveau, maar beïnvloedt ook politieke keuzes. Willen regelgevers ge- of herkozen worden, dan kunnen zij zich een beperkte mate van afwijking van de wil van de kiezer veroorloven. Dat geldt voor politici, maar ook, mutatis mutandis, voor toezichhouders en zelfs voor leiders van grote ondernemingen. Mark Carney schreef in zijn *Tragedy of the Horizon*:

'We don't need an army of actuaries to tell us that the catastrophic impacts of climate change will be felt beyond the traditional horizons of most actors – imposing a cost on future generations that the current generation has no direct incentive to fix. That means beyond: (i) the business cycle; (ii) the political cycle; and the horizon of technocratic authorities, like central banks, who are bound by their mandates. The horizon for monetary policy extends out to 2-3 years. For financial stability it is a bit longer, but typically only to the outer boundaries of the credit cycle – about a decade.'¹⁴

Bij het voorgaande komt dan nog dat de mensen die het hardst door klimaatverandering getroffen zullen worden, nu nog niet bestaan. Wat wij als samenleving de komende decennia doen, zal het welzijn van de generaties na ons ingrijpend beïnvloeden. Aan een democratisch proces moeten alle belanghebbenden kunnen deelnemen. Van het electoraat zouden daarom welbeschouwd toekomstige generaties deel moeten uitmaken. Dat is nu niet zo. De bestaande ondervertegenwoordiging maakt het logisch dat de belangen van toekomstige generaties thans in regulering onvoldoende verdisconteerd worden.^{15, 16}

Aldus wordt klimaatregulering bepaald door een niet-representatieve groep mensen die bovendien psychologisch buiten staat is het juiste te doen. Het falen van die regulering mag daarom geen verassing heten.

5. De civiele rechter als *grown-up in the room*

Te zeggen is daarom dat behoefte bestaat aan een *grown-up in the room*; aan iemand die van enige afstand het strijdgewoel overziet en met in achtname van alle belangen de rationele beslissing neemt. Zou de civiele rechter dat kunnen?

Het onvermogen rationeel te reageren op een dreiging als klimaatverandering zal naar te verwachten valt voor de civiele rechter in mindere mate spelen

6. Planbureau voor de Leefomgeving, Klimaat- en energieverkenning 2021, p. 8.

7. Raad van State, Concept Klimaatnota 2021, 28 oktober 2021, Bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 32813, nr. 901, p. 1.

8. Raad van State, Concept Klimaatnota 2021, 28 oktober 2021, Bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 32813, nr. 901, p. 7.

9. Raad van State, Concept Klimaatnota 2021, 28 oktober 2021, Bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 32813, nr. 901, p. 11.

10. Coalitieakkoord 15 december 2021,

'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst', p. 6.

11. Nieuwsbericht 15 december 2021: www.klimaatkoord.nl/actueel/nieuws/2021/12/15/veelbelovend-pakket-uitvoering-belangrijk.

12. Zie ook: Robert Meyer & Howard Kunreuther, *The Ostrich Paradox: Why We Underprepare for Disasters*, Wharton School Press, 2017; en Dale Jamieson, *Reason in a Dark Time: Why the Struggle Against Climate Change Failed — and What It Means for Our Future*, New York:

Oxford University Press 2014.

13. George Michell, *Don't Even Think About It: Why Our Brains are Wired to Ignore Climate Change*, Bloomsbury, 2014, p. 57.

14. Mark Carney, Governor of the Bank of England and Chairman of the Financial Stability Board, at Lloyd's of London, London, 29 september 2015 (www.bis.org/review/r151009a.pdf), p. 3.

15. Noemenswaardig is dat het coalitieakkoord een 'generatietoets' introduceert (p. 6). Wat die toets precies behelst, moet nog

blijken.

16. Laura Burgers noemt in haar proefschrift (*Justitia, the People's Power and Mother Earth: Democratic legitimacy of judicial law-making in European private law cases on climate change* (diss. Amsterdam, 2021) naast toekomstige generaties nog twee nadere groepen die in het democratische proces niet vertegenwoordigd zijn: *people abroad* en *non-human entities like animals, plants and ecosystems*.

Het onvermogen rationeel te reageren op een dreiging als klimaatverandering, zal naar te verwachten valt voor de civiele rechter in mindere mate spelen dan voor de individuele burger. Met name de uitvoerige, systematische kennisname van de wetenschappelijk inzichten omtrent klimaatverandering en de toekomstscenario's die daarvan deel uitmaken, faciliteren een veel beter geïnformeerde beslissing dan die waartoe individuele burgers over het algemeen in staat zijn. De feitenweergave in *Urgenda* is in dit verband illustratief, zo valt bijvoorbeeld te zien bij studenten die hiervan kennisnemen.

Daarbij komt dat de rechter, als beroepsbeslissende, die feiten vervolgens beter kan wegen dan de gewone burger. De psychologische oordeelsvormingshandicaps van de normale mens heeft hij niet. Ook staat hij in mindere mate bloot aan de *Tragedy of the Horizon*. Hij hoeft immers niet herkozen te worden. Zijn beoordelingshorizon kan zich uitstrekken tot ver voorbij enige zittingstermijn. Die verdere horizon maakt het ook mogelijk de belangen van toekomstige generaties in zijn afweging te betrekken.

Er zijn dus redenen om te veronderstellen dat de civiele rechter ten aanzien van klimaatverandering in bepaalde opzichten een 'betere beslissende' is dan de kiezer.¹⁷ Intussen zal ook de oordeelsvorming van de civiele rechter belangrijke beperkingen kennen.

Ten aanzien van klimaatverandering zijn veel relevante wetenschappelijke inzichten beschikbaar, maar de diverse klimaatscenario's worden ook getekend door een hoge mate van onzekerheid. Onzekerheid is er niet alleen ten aanzien van de ontwikkeling van het klimaat, maar ook ten aanzien van bijvoorbeeld economische implicaties van beslissingen. Wat het precies voor het vestigingsklimaat betekent als de civiele rechter aan ondernemingen verplichtingen oplegt die welbeschouwd van de wetgever hadden moeten komen, weten we niet.

Voorts neemt überhaupt de onzekerheid toe naarmate de toekomst verder weg is. Wij beschouwen thans klimaatverandering als een potentiële inbreuk op de mensenrechten van de inwoners van Nederland. Maar het is best mogelijk dat, zeg, China over een jaar of veertig een zo sterke economische mondiale dominantie heeft dat het met behulp van tegen die tijd superieure kunstmatige intelligentie de rest van de wereld kan domineren – met naar westerse maatstaven onaanvaardbare inperkingen van individuele vrijheden tot gevolg. Denkbaar is dat dat in 2060 onze grootste zorg is. Of dat zo is weet niemand, dus ook de civiele rechter niet.

Daarin schuilt meteen het probleem van inachtneming van de belangen van toekomstige generaties.¹⁸ Wat zouden die generaties willen dat wij doen als zij een deel van het electoraat zouden vormen?¹⁹ Het moeilijke in dit verband is onder andere – en ik kom daar straks op terug – dat Nederlands beleid of rechterlijke beslissingen ten aanzien van klimaatverandering de facto, naar men in redelijkheid mag verwachten, minieme invloed hebben op de mondiale temperatuurstijging. De binnen de invloedssfeer van Nederland staande uitstoot is daarvoor eenvoudig te gering.

Dat zo zijnde is best denkbaar dat de toekomstige bewoners van Nederland een minder groen pad voorstaan

dan nu veelal wordt verondersteld. Misschien zouden zij willen dat wij ons vanaf heden op nog maar één ding concentreren, en dat is werken aan het aanpassingsvermogen van Nederland; hogere dijken, slim watermanagement. Op de mondiale ranglijst van landen die door zeespiegelstijging worden bedreigd staat Nederland met stip op één: 47% van de bevolking dreigt in 2100 onder water te staan. Vietnam is tweede met 26% en Thailand derde met 12%.²⁰ Het door decennia van voorspoed getekende zelfbeeld van Nederland anno 2022 als geprivilegieerd land blijkt, terugkijkend vanuit 2060, positiever dan gerechtvaardigd. Buitenlanders wezen in 2021 al op die miskennen van onze bijzondere kwetsbaarheid.²¹ Niet de vermindering van CO₂-uitstoot met min of meer symbolisch effect, maar echte, fysieke bescherming van het land moet van de toekomstige inwoner van Nederland absolute prioriteit krij-

Naast deze, met het verloop van de tijd toenemende, feitelijke onzekerheden blijft het gebrek aan democratische legitimatie van de civiele rechter een probleem

gen, inclusief het behoud van de daartoe noodzakelijke welvaart en een gezond vestigingsklimaat voor multinationale ondernemingen. *Pick your battles*.

Naast deze met het verloop van de tijd toenemende feitelijke onzekerheden, waaronder dus begrepen de onzekerheid over wat de toekomstige Nederlander zou willen dat wij nu doen, blijft het gebrek aan democratische legitimatie van de civiele rechter een probleem. Ook voor de 'betere beslissende' die de civiele rechter in veel opzichten verondersteld mag worden te zijn, blijven sterk normatieve vragen over. Men kan, om een enkel voorbeeld te noemen, over de verdeling van de kosten van emissiereductie tussen rijk en arm heel verschillend denken. In dit soort kwesties heeft de civiele rechter welbeschouwd geen titel; hij *kan* het niet beter weten, want er is geen betere beslissing.

6. De civiele rechter moet een 'beter oordeel' vellen dan de reguleerder

Het voorgaande schept een diffuus beeld van het vermogen van de civiele rechter om klimaatreguleringsfalen te repareren. Aan welke voorwaarden zou tegen die achtergrond zijn ingrijpen minimaal moeten voldoen?²²

Waar het om gaat, is dat ten aanzien van het te beslissen punt de civiele rechter tot een kwalitatief 'beter oordeel' in staat moet worden geacht; de kiezer is, als het om klimaat gaat een bijzonder slechte beslissende – psychologisch en qua representativiteit. Waar die tekortkomingen zich manifesteren, komt een rol aan de civiele rechter

toe. Als die kwalitatieve superioriteit niet aannemelijk is, heeft de civiele rechter in beginsel geen rol.

Nu ben ik mij welbewust van de naïviteit van woorden als een 'beter oordeel' of 'kwalitatieve superioriteit'. Niets is evident en over alle serieuze problemen is verschil van mening mogelijk. Zelfs over een wetenschappelijk oncontroversele kwestie als vaccinatie tegen Covid blijkt het electoraat verschillend te kunnen denken, net als over wie de economische pijn van die maatregelen moet dragen. Dat gezegd hebbende: als de wetgever ten aanzien van Covid had nagelaten de maatregelen te nemen die nu wél zijn genomen, dan was inspringen door de civiele rechter op grond van reguleringsfalen zeer wel verdedigbaar geweest, ook als dat was gebeurd op basis van wetenschappelijke inzichten waarover onder de bevolking verschillend wordt gedacht en ook als dat ingrijpen normatief geladen sociaaleconomische gevolgen had gehad.

De belangrijkste implicatie van woorden als 'beter oordeel' of 'kwalitatieve superioriteit' is, denk ik, dat het rechterlijk oordeel een vrij hoge mate van evidentie moet hebben. Er zijn verschillen manieren om dat te verwoorden. Men zou van een marginale toets kunnen spreken. Het slagveld overziend vindt de *grown-up in the room* dat

Als het civiele recht het probleem niet werkelijk vermindert, is het geen alternatief

dit had moeten gebeuren. Als de kiezer, waaronder begrepen de toekomstige bewoner van Nederland, de aan de rechter gepresenteerde feiten zelf zorgvuldig had gewonnen, had hij in redelijkheid niet tot een ander oordeel kunnen komen. Het rechterlijk oordeel moet in hoge mate logisch dwingend zijn. De feiten moeten voor zich spreken.

Ik zou denken dat alleen als het rechterlijk oordeel aan dat vereiste voldoet, legitimeitszorgen kunnen worden weggenomen. Hierover valt (heel) veel te zeggen. Ik beperk mij hier tot het probleem van de effectiviteit. Mij lijkt die effectiviteit een minimumvereiste. Als het civiele recht het probleem niet werkelijk vermindert, is het geen alternatief. Hierover gaat de volgende paragraaf.

17. Waarbij opmerking verdient dat ook de rechter geen perfecte beslisser is; ook hij heeft last van *biases*; zie hierover bijvoorbeeld Eyal Zamir & Doron Teichman, *Behavioral Law and Economics*, Oxford, 2018, hoofdstuk 15: Judicial Decision-Making.

18. Zie voor een perspectief op deze thematiek: Roman Krznaric, *The Good Ancestor, A radical Prescription for Long Term Thinking*, Experiment, 2020.

19. Burgers, in *Justitia, the People's Power and Mother Earth: Democratic legitimacy of judicial law-making in European private law cases on climate change* (diss. Amsterdam), 2021, p. 260: 'Future people can be expected not to want a climate disrupted world and are likely to want us to consider their interest equally important to our own.'

20. www.envirotech-online.com, geraadpleegd 4 januari 2022. In de begeleidende

7. Effectiviteit (i): het niveau van de individuele zaak

Bij een tijdig verbod op asbestblootstelling had de wetgever toekomstige asbestslachtoffers voorkomen. Ingrijpen van de civiele rechter had het probleem voorkomen. Zo is het niet bij klimaatverandering. De Nederlandse rechter heeft het feitelijk beschouwd zeer beperkt in haar macht Nederlanders tegen klimaatverandering te beschermen. Nederland heeft 17,5 miljoen inwoners, China 1,41 miljard, India 1,38 miljard. Deze aantallen, maar ook de snelheid waarmee de gemiddelde CO₂-footprint in de opkomende economieën groeit, lijken adequaat Nederlands emissiebeleid qua feitelijke gevolgen vrijwel betekenisloos te maken. Een voor de hand liggende bedenking is dus deze: dat de civiele rechter zich bezighoudt met de veiligheidsregulering ten behoeve van inwoners van Nederland, is een paardenmiddel. Dat betere regulering op die veiligheid geen invloed heeft, is voldoende reden van die interventie af te zien; het heeft geen zin.

Een variant op dit probleem was in de *Urgenda*-zaak aan de orde. Ook daar speelde de minieme impact die nakoming door Nederland van de door haar gedane toezegging tot emissiereductie op wereldschaal zou hebben. De Hoge Raad zag in die omstandigheid geen beletsel voor toewijzing van de vordering:

'Ook het verweer dat het eigen aandeel in de wereldwijde uitstoot van broeikasgassen maar zeer gering is en een vermindering van de uitstoot vanaf het eigen grondgebied weinig verschil op mondiale schaal maakt, kan niet worden aanvaard. Aanvaarding van deze verweren zou immers ertoe leiden dat een land zich eenvoudig aan zijn deilverantwoordelijkheid zou kunnen onttrekken door te wijzen op andere landen of op zijn geringe aandeel. Als daarentegen dit verweer is uitgesloten, kan ieder land effectief worden aangesproken op zijn aandeel in de uitstoot en is de kans het grootst dat alle landen ook daadwerkelijk hun bijdrage leveren, overeenkomstig de beginselen die zijn neergelegd in (...) het VN-Klimaatverdrag.'²³

In *Urgenda* ging het er naar de kern genomen om of de Staat in een civiele procedure aan een verdragsrechtelijke toezegging gehouden kon worden. Op het verweer dat naleving van die toezegging vanwege de geringe relatieve uitstoot van Nederland toch niet zou helpen, zien we de Hoge Raad oordelen dat als men zo redeneert, de effectiviteit van het verdrag ondergraven wordt. De causale relatie is dan niet: door verminderde uitstoot van Nederland wor-

tekst: '... on sheer percentage of population alone, Netherlands are clear frontrunners. Almost half of the population will be underwater by 2100 if emission trends continue.'

21. Simon Richter (University of Pennsylvania): 'Voor een deltaland dat op termijn enorme gevolgen zal ondervinden van zeespiegelstijging, vind ik de neiging om de eigen kwetsbaarheid te ontkennen opvallend', in: 'Ziet Nederland de eigen kwets-

baarheid voor klimaatverandering wel onder ogen?' op NU.nl, 9 oktober 2021.

22. Zie over deze thematiek in bredere zin: Elbert de Jong, 'De alles overziende rechter?', in: *De Spierbundel, de agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Kluwer, 2016, hoofdstuk 4.

23. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 5.7.7.

den de mensenrechten van de toekomstige Nederlander beschermd, maar: wanprestatie binnen een afspraak tussen staten doet af aan de kracht van die afspraak; als die afspraak wordt aangetast en ook andere landen hun verplichtingen niet nakomen, worden de mensenrechten van de Nederlander uiteindelijk wel degelijk feitelijk negatief beïnvloed. Zo bezien wordt met toewijzing van de vordering dat mensenrechtenbelang gediend.

Of het feitelijk zo zou gaan, is overigens niet zeker. Wat het gevolg is van al dan niet nakoming van zijn toezegging door de Staat, is onbekend. Natuurlijk, als in een afspraak tussen twee landen over een bepaald punt een van die landen de afspraak schendt, is aan die afspraak zeer ernstige schade toegebracht. Maar over een dergelijke toezegging hebben we het niet in *Urgenda*. Het gaat daar over een afspraak tussen tientallen landen die bovendien die afspraak vrijwel allemaal schenden (en van tevoren wisten dat ze dat zouden doen). Niet onmiddellijk evident is binnen die context dat de schending door een enkel land de afspraak feitelijk nog verder verzwakt.

Wat daarvan zij: hoe verhoudt deze redenering zich tot een kwestie als de *Shell*-zaak? Zij is niet direct toe te passen. In *Urgenda* gaat het om de uitstoot van Nederland, waarover de Staat een toezegging heeft gedaan. Die toezegging is er niet in de *Shell*-zaak. De hefboom die de Hoge Raad in *Urgenda* gebruikt om de op zichzelf minime invloed van Nederland op de mondiale uitstoot tot een potentiële mensenrechtenschending van de inwoners van Nederland te maken, is er dus niet direct.

Dan komt er in de *Shell*-zaak nog een ander causaliteitsprobleem bij. Dat hangt niet samen met de op zichzelf geringe invloed van een civielrechtelijk vonnis, maar met de mogelijkheid dat het helemaal niets helpt, of dat toewijzing van de vordering zelfs een negatieve invloed heeft. Shell, zo luidt dan de gedachtegang, is aan zijn *peers* in de fossiele industrie superieur in termen van energietransitie. De fossiele activiteiten die Shell afstoot om aan een toewijzend vonnis te voldoen, worden door andere fossiele ondernemingen overgenomen. Shell verzwakt en heeft minder geld voor groene initiatieven. Als zich dat scenario verwezenlijkt,²⁴ dan heeft de civiele rechter de klimaatverandering verergerd.

De rechtbank ziet in de *Shell*-zaak op dit punt geen probleem. Zij overweegt (r.o. 4.4.49):

‘RDS betoogt dat de reductieverplichting geen effect zal hebben of zelfs contraproductief zal zijn, omdat de plaats van de Shell-groep zal worden ingenomen door concurrenten. Ook als dat zou kloppen, kan dat RDS niet baten.’

Kennelijk oordeelt de rechtbank dat ook als zou vaststaan dat een reductieverplichting contraproductief is en dus klimaatverandering verergerd, de vordering moet worden toegewezen.

8. Effectiviteit (ii): normstelling

Als het zo is dat individuele civielrechtelijke zaken op klimaatverandering onvoldoende invloed hebben om te kunnen doorgaan voor reparatie van reguleringsfalen, kan dan die civiele rechter ooit een rol hebben? Alleen,

zou men denken, als ergens een ‘hefboom’ zit; als het civielrechtelijke vonnis een breder effect heeft dan de zaak zelf. Ik zie twee routes.

Ten eerste zou men een aan *Urgenda* parallelle gedachtegang kunnen ontwikkelen. De veronderstelling is dan dat ook buiten een verdragsrechtelijke context werkt wat de Hoge Raad overweegt: als Nederland niet doet wat moet worden gedaan om klimaatverandering te adresseren, kan ook de redelijke verwachting niet zijn dat andere landen dat wél zullen doen. Als vast zou staan dat een bedrijf als Shell sneller moet vergroenen in de door de rechtbank bepaalde zin en Shell wordt daartoe door de Nederlandse regulering niet verplicht, dan draagt Nederland bij aan een klimaat (dit keer in overdrachtelijke zin)

In deze redenering is het causaliteitslijntje nog wel weer een stukje dunner dan in *Urgenda*

waarin ook andere landen de uitstoot van hun industrieën onvoldoende reguleren. Zou de civiele rechter niet ingrijpen, dan doet Nederland zichzelf uiteindelijk schade in een mate die disproportioneel is aan de omvang van de ter discussie staande uitstoot.

In deze redenering is het causaliteitslijntje nog wel weer een stukje dunner dan in *Urgenda*; in *Urgenda* wordt verondersteld dat niet nakoming van een verdragsverplichting dat verdrag ondergraaft, met schadelijke gevolgen voor de effectiviteit van dat verdrag tot gevolg. In *Shell* staat geen verdragsverplichting centraal, maar een element van de binnen de invloed van Nederland staande uitstoot.

Een tweede route waarlangs rechterlijk optreden feitelijk effect zou kunnen hebben op de mensenrechten van de toekomstige Nederlander, is door normstelling. Dat is in de asbestrechtspraak ook gebeurd; blootstelling aan asbest door werkgevers wordt in algemene zin onrechtmatig geacht. Dat de rechter de wetgever voorgaat in normontwikkeling, komt vaker voor. Het in Nederland bekendste geval is euthanasie, waar de Hoge Raad in een reeks arresten de weg effende voor de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding. De 50%-regel uit het verkeersaansprakelijkheidsrecht is een ander voorbeeld.

De vraag is dan welke algemene norm uit het *Shell*-vonnis valt te destilleren. Zoals dat gaat met vonnissen, is de motivering toegespitst op de omstandigheden van het geval. Shell is niet gemakkelijk met andere partijen te vergelijken, onder andere niet omdat de zogenaamde scope 3 emissies – emissies veroorzaakt door de afnemers van Shell – een belangrijk deel van de discussie vormen. Die scope 3 emissies zijn typisch voor een olieproducent, maar doen zich bij andere grote uitstoters niet of in veel beperktere mate voor.

Effectief laat de rechtbank die bronnen de maatschappelijke betamelijkheid van artikel 6:162 BW invullen

Desalniettemin vallen de contouren van een algemene norm wel te zien. Als toetsingskader kent de rechtbank belangrijke betekenis toe aan *soft law*-normen; zij verwijst veelvuldig naar onder andere de UN Guiding Principles, de analyse van de verschillende protocollen en richtlijnen voor klimaatverandering voor niet-statelijke actoren die de universiteit van Oxford in 2020 heeft gemaakt, de OESO-Richtlijnen voor multinationale ondernemingen en de mensenrechten. De rechtbank brengt ten aanzien van de 'doorwerking' van deze bronnen geen reservering tot uitdrukking; effectief laat zij die bronnen de maatschappelijke betamelijkheid van artikel 6:162 BW invullen.

Ter concretisering van de uit deze normen voortvloeiende verplichtingen verwijst de rechtbank naar het SR15-rapport van het IPCC (r.o. 4.4.29):

'Uit het SR15-rapport volgt dat alleen reductiepaden die voorzien in een reductie van CO₂-uitstoot in 2030 van 45% netto ten opzichte van het niveau van 2010 nog een 50% kans geven op het beperken van de opwarming tot 1,5 °C en een 85%-kans dat de opwarming tot 2 °C kan worden beperkt.'

Uit deze conclusie van het SR15-rapport leidt de rechtbank de op Shell rustende reductieverplichting af (r.o. 4.4.32):

'De vorderingen van Milieudefensie c.s. gaan ervan uit dat voor RDS hetzelfde geldt als voor de wereld als geheel. De rechtbank beoordeelt dat nu en concludeert dat RDS bij het formuleren van het concernbeleid van de Shell-groep tot richtsnoer moet nemen dat de CO₂-uitstoot van de Shell-groep (Scope 1, 2 en 3) in 2030 45% netto lager is dan het niveau van 2019.'

Deze lijn is vrij gemakkelijk te veralgemeniseren. Men zou kunnen zeggen dat ingevolge het vonnis elk bedrijf in 2030 45% moet zijn teruggedaan ten opzichte van 2019. Men kan ook differentiëren, en zeggen dat er een bijzondere groep bedrijven is die een sleutelrol speelt in de energiehuishouding en die daarom een bijzondere verantwoordelijkheid heeft. Alleen voor die bedrijven zou dan de bedoelde reductieverplichting gelden. Bedrijven die niet aan die verplichting voldoen, handelen onrechtmatig.

Zonder problemen is die benadering intussen niet.

9. Alle toonaangevende ondernemingen in 2030 terug naar 45%; verdedigbaar?

Zou de regel dat alle toonaangevende ondernemingen in termen van invloed op de energiehuishouding in 2030 terug moeten naar 45% voldoen aan de eis van het 'evident betere oordeel' van de civiele rechter zoals hiervoor

geformuleerd? Er zijn in termen van effectiviteit serieuze bedenkingen te formuleren.

Ten eerste is er het hiervoor benoemde probleem dat de binnen de Nederlandse invloedssfeer staande emissies op wereldschaal van onvoldoende gewicht zijn om van materiële invloed op de mensenrechten van de toekomstige Nederlander te zijn. Men zou, à la *Urgenda*, kunnen redeneren dat het opleggen van de regel door de Nederlandse civiele rechter 'in 2030 terug naar 45%' voorwaarde is voor een bredere internationale ontwikkeling om dat doel te bereiken. Maar dat dat feitelijk zo zal zijn, staat niet vast. Men zou in die aanname ook een vorm van zelfoverschatting kunnen zien. Zoals de Amerikanen zeggen: '*The Dutch are never wrong, but seldom relevant.*'

Ten tweede is onduidelijk welk effect die regel zal hebben op de feitelijke vermindering van de mondiale uitstoot. De *Shell*-zaak demonstreert dit punt. *Shell* bepleitte dat toewijzing van de vordering de facto geen reductievermindering zou realiseren en mogelijk zelfs een emissietoename – Shells deel van de markt wordt overgenomen door in termen van energietransitie aan *Shell* inferieure partijen. De rechtbank overwoog dat dat verweer *Shell* niet kon baten, ook niet als het feitelijk juist zou zijn (zie de hiervoor geciteerde r.o. 4.4.49). Dat een rechterlijk oordeel de zaak feitelijk niet vooruithelpt en wellicht zelfs achteruit, maakt de pretentie dat dat oordeel het 'evident betere' is, zacht gezegd problematisch. Bij andere ondernemingen zou hetzelfde probleem kunnen spelen.

Ten derde ligt voor de hand dat binnen de energietransitie verschillende partijen verschillende rollen spelen. De regel die voorschrijft dat alle 'zware ondernemingen' in 2030 met 45% terug moeten, is erg grof. De ene partij zal meer terug moeten, de ander minder. De energietransitie ontwikkelt zich, mogelijk, langzamer als blind aan een groep 'zware bedrijven' dezelfde reductieverplichting wordt opgelegd. Voor een optimale uitkomst is maatwerk, timing en coördinatie nodig. De processuele kaders van het civiele recht zijn hiervoor niet geschikt. De civiele rechter heeft de kennis en het overzicht niet. Hij kan niets coördineren, want hij kan niet anders doen dan de aan hem voorgelegde zaken beoordelen.

Zo lijken er dus in termen van effectiviteit moeilijkheden te zijn met een door de civiele rechter geproclameerde regel 'alle toonaangevende ondernemingen in 2030 terug naar 45%'. Alvorens tot een conclusie te komen, lijkt het zinvol de voornoemde punten van twijfel breder te toetsen. Een deel is natuurwetenschappelijk van aard – wat is van welke reductie voor klimaatverandering feitelijk het gevolg? –, en een deel is economisch – wat zou er gebeuren als de genoemde regel inderdaad zou worden toegepast? Denkbaar is dat consultatie van andere disciplines zinvolle inzichten geeft.²⁴

10. Effectiviteit (iii): het rechtbankvonnis als schot voor de boeg

In het voorgaande werd eerst op het niveau van de individuele zaak naar de effectiviteit van het *Shell*-vonnis

24. Deze ontwikkeling lijkt inderdaad gaande. Zie bijvoorbeeld: 'Shell verkoopt voor 8 miljard euro aan bezittingen in grootste

olieveld VS', *NRC* 20 september 2021.

25. Een multidisciplinair congres over deze thematiek aan de VU is in voorbereiding.

gezocht (par. 7). Vervolgens werd bezien of dat effect via een soort hefboom zou kunnen optreden (par. 8 en 9). Denkbaar is dat het vonnis nog via een andere weg feitelijk gevolg heeft.

Een voorbeeld: op 17 december 2021 vond het webinar 'Klimaat: politiek of rechter' plaats.²⁶ Een van de deelnemers aan het debat was een advocaat bij een groot kantoor dat multinationals adviseert op het gebied van klimaatverandering. Zij zei cliënten in overweging te geven dat, zou het vonnis in stand blijven, de redenering van de rechtbank zich laat toepassen op andere onderwerpen en andere partijen en bedrijven; 'in zoverre gaat daar een zekere olievlekwerking vanuit'. De strekking van haar advisering leek niet te zijn dat de kans dat het vonnis in hoger beroep standhoudt verwaarloosbaar is en dat bedrijven zich er niets van hoeven aantrekken. Langs die weg zou de uitspraak reeds nu feitelijk effect op het handelen van ondernemingen kunnen hebben.

In dit bijzondere geval lijkt het rechtbankvonnis als een soort noodvuurpijl boven de politieke besluitvorming te hebben gehangen

Sprekender wellicht nog was dat later in het debat de uitspraken van Bernard Wientjes, voorzitter VNCI (chemische industrie) de indruk wekten dat het vonnis had bijgedragen aan de bereidheid van de chemische bedrijven bindende afspraken te maken over uitstoot, zodat zij een verrassing als het *Shell*-vonnis niet hoefden te vrezen. De uitzending in haar totaliteit deed, mij althans, sterk denken dat het *Shell*-vonnis op de klimaatparagraaf in het regeerakkoord wezenlijk invloed heeft gehad.

Hierbij moet bedacht worden dat het nog maar om een vonnis in eerste aanleg gaat. De hiervoor besproken normvorming door de civiele rechter vindt plaats door gezaghebbende rechtspraak van, over het algemeen, de Hoge Raad; een enkel rechtbankvonnis heeft normaal gesproken onvoldoende gezag om een norm te vestigen. Maar in dit bijzondere geval lijkt dus het rechtbankvonnis als een soort noodvuurpijl boven de politieke besluitvorming te hebben gehangen. Want over één ding waren alle sprekers op het webinar het eens: dit probleem hoort niet thuis op het bord van de civiele rechter, maar op het bord van de politiek.

Anders gezegd: de uitspraak van de rechtbank kan als een soort schot voor de boeg feitelijk effect hebben gesorteerd. Dat geldt voor advisering aan bedrijven, de politiek en wellicht op nog vele andere fronten.²⁷ Wellicht dient het zo als vliegwiel tot verandering.

11. Conclusie

Het opstellen van regels ter bescherming van burgers tegen de schadelijke gevolgen van klimaatverandering is een taak van de wetgever. De civiele rechter heeft daar in beginsel geen rol. Dat is om twee redenen: hij heeft de benodigde informatie niet en hij heeft de titel niet om de sociaaleconomische keuzes te maken die die regulering verlangt. Dat moet in beginsel gebeuren in een democratisch proces.

Nu kan het zich voordoen dat de overheid tekortschiet in de bescherming van de burger. Er is dan sprake van reguleringsfalen. De asbestproblematiek is daarvan een voorbeeld; de civiele rechter trad daar 'corrigerend' op door te oordelen dat werkgevers aansprakelijk zijn voor asbestblootstelling van werknemers, terwijl het ten tijde van die blootstelling een bewuste keuze van de wetgever was asbest niet te verbieden.

Te verdedigen valt dat, in elk geval ten tijde van de *Shell*-zaak (er is inmiddels een meer ambitieus coalitieakkoord), ook ten aanzien van klimaatverandering sprake is van reguleringsfalen. De doelen uit de Klimaatwet worden stelselmatig niet gehaald. Dat regulering tekortschiet valt ook te verwachten: de mens is er psychologisch niet op toegerust adequaat te reageren op een sluipend proces als klimaatverandering en toekomstige generaties maken van het electoraat geen deel uit. Het moet wel fout gaan.

De civiele rechter heeft dat psychische onvermogen niet en hij kan in zijn oordeel het belang van toekomstige generaties betrekken. Hij moet dus in staat worden geacht tot een 'beter oordeel'. Een vereiste die men aan dat oordeel moet stellen, is dat het feitelijk de mensenrechtelijke positie van de (toekomstige) bewoner van Nederland dient. Als het optreden van de civiele rechter niet effectief is, corrigeert het reguleringsfalen niet.

Die effectiviteit is in de *Shell*-zaak op voorhand niet evident; niet op het niveau van de individuele zaak en ook niet door normstelling. Wel lijkt het vonnis de praktijk en het politieke proces te beïnvloeden. Hoe dat effect gewaardeerd moet worden – zowel feitelijk als normatief – is moeilijk te zeggen. •

²⁶ De uitzending is te vinden op www.klimaatakkoord.nl.

²⁷ Een andere manier waarop het vonnis effect sorteert, is dat het nadere acties van Milieudefensie faciliteert. Zo'n nadere actie is de volgende: 'Op 13 januari bezorgen wij een dringende brief bij 29 grote vervuilers.

Want de grote vervuilers moeten snel vergroenen. Dat is het gevolg van de uitspraak van de rechter in de Klimaatzaak tegen Shell.'; milieudefensie.nl/actueel/brief-klimaatplan-grote-vervuilers (geraadpleegd 20 januari 2022).