

MEMORIE NA VOEGING

Gerechtshof Den Haag (“**Gerechtshof**”)
Rolnummer: 200.302.332/01

Rolzitting van 18 juli 2023

Stichting Milieu en Mens (“M&M”)
gevoegde partij

advocaat: mr dr. D.J.B. Bosscher

in de procedure van

Royal Dutch Shell plc (“Shell”)
appellante

advocaten: mrs D.F. Lunsingh Scheurleer en T. Drenth

contra

1. **Vereniging Milieudefensie;**
2. **Stichting Greenpeace Nederland;**
3. **Stichting ter bevordering van de Fossiel-vrij beweging;**
4. **Landelijke vereniging tot behoud van de Waddenzee;**
5. **Stichting Both ENDS**

hierna te noemen “**Milieudefensie c.s.**”

geïntimeerden

advocaten: mrs R.H.J. Cox, M.J. Reij en A.J. van Diem

M&M doet eerbiedig voor memorie na voeging het volgende zeggen:

1. Al hetgeen M&M in eerdere processtukken naar voren heeft gebracht, geldt als hier herhaald en ingelast.

Terminologie

2. M&M zal voor deze memorie gebruik maken van dezelfde terminologie als in haar eerdere processtukken, te weten het litigieuze vonnis ("**Vonnis**") van de rechtbank Den Haag ("**Rechtbank**") van 26 mei 2021, de inleidende memorie houdende incident voor voeging ("**MvV**") van M&M en het Urgenda-arrest ("**Urgenda-arrest**") van de Hoge Raad van 20 december 2019. Daarnaast zal M&M verwijzen naar de memorie van antwoord in interventie ("**MvAil**") en de memorie van antwoord in de hoofdzaak ("**MvA**") van Milieudefensie c.s..
3. Als in deze memorie wordt gesproken over 'emissies' heeft dat betrekking op de uitstoot van CO2. Met 'burger(s)' worden de inwoner(s) en/of ingezet(en) van Nederland en het Waddengebied bedoeld.

Opzet en verantwoording daarvan

4. M&M gaf in deze procedure steeds aan dat zij het belang erkent van voortvarend procederen, en stemde daarom in, voor haarzelf, met de gebruikelijke termijnen in hoger beroep. Dat stelt noodzakelijkerwijs beperkingen aan de tijd die M&M kon besteden aan de bestudering van het procesdossier en de voorbereiding van dit processtuk.
5. Er ligt inmiddels een indrukwekkend procesdossier waaraan de oorspronkelijke partijen ieder honderden pagina's aan processtukken hebben bijgedragen met daarbij nog eens honderden producties. M&M veronderstelt dat het Gerechtshof géén behoefte heeft aan herhaling, en beperkt zich dan ook tot een bijdrage uitgaande van haar belang in de procedure van het garanderen van een betaalbaar aanbod van fossiele brandstoffen tijdens de energietransitie waarover niet de rechter, maar de wetgever beslist. M&M vreest namelijk de mogelijke averse effecten van instandhouding van het Vonnis op mogelijkheden voor de burger energie uit fossiele bron te gebruiken, waarvoor hij op de korte termijn géén realistische alternatieven heeft.

Recapitulatie

6. Deze procedure heeft als inzet het verkrijgen van een gebod aan Shell en aan de met haar verbonden vennootschappen, haar afnemers en eindgebruikers om emissies in een bepaalde mate terug te brengen op vordering van de milieubeweging die opkomt voor milieu en burgers. Tot de laatste groep behoren de personen die M&M ook vertegenwoordigt. Een deel van de vorderingen daartoe wees de Rechtbank toe in het Vonnis waartegen Shell tijdig in beroep is gegaan. Milieudefensie c.s. zijn niet in beroep gegaan tegen de gedeeltelijke afwijzing van hun vorderingen en hebben ook geen incidenteel hoger beroep ingesteld.

7. In confesso tussen oorspronkelijke procespartijen is dat op basis van mainstream klimaatwetenschap sprake is van opwarming van de aarde als gevolg van de uitstoot van broeikasgassen, waaronder CO₂, met als gevolg gevaarlijke klimaatverandering. Een deel van de achterban van M&M is van mening dat deze visie nuance behoeft. M&M stelde en stelt deze klimaatwetenschap echter niet ter discussie. M&M's conclusie is dat de aan Shell opgelegde geboden van tafel moeten op grond van andere argumenten.
8. In confesso tussen partijen is ook dat Shell, een van de grootste oliemaatschappijen ter wereld, met haar emissies van scope 1, 2 en 3 broeikasgassen produceert. Volgens Milieudefensie c.s. schendt Shell daarmee geschreven en ongeschreven juridische verplichtingen die maken dat een gebod tot reductie op zijn plaats is. Zo'n gebod zou tevens effectief zijn in het tegengaan van gevaarlijke klimaatverandering.
9. Shells verweer is, kort gezegd, dat er noch een geschreven, noch een ongeschreven rechtsplicht bestaat waarop het gebod is gebaseerd. Het gebod is bovendien niet effectief: bij een emissiebeperking neemt de concurrentie van Shell haar plaats in en verandert er verder niets.
10. Het Vonnis neemt als uitgangspunt dat Shell een ongeschreven rechtsplicht heeft de uitstoot van emissies met scope 1, 2 en 3 te beperken. De rechtsplicht vloeit voort uit de verwachting dat de reductieverplichting effectief is voor beperking van emissies.
11. Net als Milieudefensie c.s. houdt M&M het voor mogelijk dat handhaving van het Vonnis ertoe leidt dat het aanbod van fossiele energie in Nederland vermindert, en/of dat de prijzen significant zullen stijgen. Dat zal modale energiegebruikers opnieuw op onredelijke kosten jagen. De Rechtbank, echter, heeft dat belang niet meegewogen en evenmin gemotiveerd waarom dit belang niet, of minder zwaar zou moeten wegen.
12. De verwachting van M&M is bovendien dat het opgelegde gebod niet effectief is in het daadwerkelijk tegengaan van gevaarlijke klimaatverandering. Dat tegengaan is nu precies hetgeen de Rechtbank in haar overwegingen centraal zou hebben moeten stellen.

De positie van Milieudefensie c.s. als eisende partijen

13. Een rechtspersoon ex artikel 3:305a BW (Stichting 'Red het dorpsaangezicht', 'Stichting Geen AZC in deze wijk', 'Vereniging Red de zeehond') pleegt zich in het algemeen sterk te maken voor een deelbelang. Hij procedeert dan, vaak tegen een overheid, met als motivatie dat het deelbelang onvoldoende is meegewogen in het gedrag van de partij waartegen hij procedeert. Hoe zo'n rechtspersoon tot zijn vordering komt, is meestal evident en hoe hij tot de beslissing is gekomen te gaan procederen, irrelevant.
14. De vorderingen van Milieudefensie c.s. zijn van betekenis voor èn van invloed op alle ingezetenen van Nederland. Uit het Vonnis leiden Milieudefensie c.s. normen af die zij – met een zekere mate van succes – weten op te leggen aan vele ondernemingen. Dit met ongunstige effecten op de prijsstelling en het aanbod van consumentenproducten, zoals

in het geval van Ahold¹. Het Vonnis bevat allerhande verplichtingen voor Shell. Daaronder verplichtingen voor scope 3 die zij alleen kan vervullen door eindgebruikers in hun gebruik van brandstoffen te treffen, hetzij in de portemonnee of aan een lege pomp. De vorderingen zijn daarmee bijzonder verstrekkend, en de norm die uit het Vonnis voortvloeit, is voor alle in Nederland gevestigde partijen en ingezetenen voorbij de limiet van realistisch en acceptabel. Dit niet in de laatste plaats vanwege de manier waarop Milieudefensie c.s. vervolgens met de resultaten aan de haal gaan, zie ook 2 MvV. Concluderende: de belangenafweging heeft onvoldoende plaatsgevonden om een vonnis te kunnen wijzen dat voor iedereen in Nederland dergelijke ingrijpende gevolgen heeft.

15. Milieudefensie c.s. pretenderen op te komen voor de huidige en toekomstige generaties en een leefbaar milieu. Ongetwijfeld hebben zij het goed met ons allen voor. Hoe zij tot de eindafwegingen zijn gekomen is echter uiterst ondoorzichtig. Bovendien zijn die eindafwegingen niet democratisch tot stand gekomen. De belangen van de inwoners van Nederland en het Waddengebied bij betaalbare energie hebben hun weg tot de vorderingen in ieder geval niet gevonden. Milieudefensie c.s. bezitten niet het monopolie het algemeen belang te behartigen.
16. De burgers waarvan M&M zich de belangen aantrekt, voelen zich in ieder geval niet vertegenwoordigd door Milieudefensie c.s.. De consequenties van de vorderingen van Milieudefensie c.s. tegen Shell zijn complex en het is utopisch te veronderstellen dat een groepje burgers in staat is deze te overzien. Uiteindelijk kan slechts de uitvoerende macht, met haar lange historie van samenwerken met en ingangen bij de wetenschap, een legitieme en democratisch verantwoorde inschatting maken van de consequenties, daarin gecontroleerd door het parlement.
17. Niet valt in te zien hoe Milieudefensie c.s. in staat zouden zijn de gevolgen van de vorderingen voor alle inkomensgroepen en voor alle burgers en alle sectoren van het bedrijfsleven juist in te schatten. Daartoe ontbreekt het Milieudefensie c.s. te enen male aan kennis, middelen en mogelijkheden.
18. Bovendien ontbeert het besluitvormingsproces van Milieudefensie c.s. de essentiële democratische controle. Alleen al om die reden zou het Gerechtshof het Vonnis moeten vernietigen; de Rechtbank had Milieudefensie c.s. a priori niet in hun vorderingen mogen ontvangen. Genoemde vorderingen zijn, zeker op de wijze zoals Milieudefensie c.s. deze ideologisch aan eenieder plegen op te leggen, te verregaand voor de entree die artikel 3:305a BW Milieudefensie c.s. verschaft.

De rol van M&M in de procedure

19. Als gevoegde partij heeft M&M volgens de nu geldende rechtspraak niet veel meer dan de mogelijkheid adhesie te betuigen aan de argumentatie van Shell. Dat is naar de mening van M&M een te knellende jas voor de belangen die zij behartigt.

¹ <https://fd.nl/bedrijfsleven/1459313/ahold-delhaize-scherpt-klimaatdoelen-aan-l2k2carLqfc9>

De benarde positie van de gevoegde partij

20. Het geldende burgerlijke (proces)recht gaat ervanuit dat een uitspraak slechts geldt tussen partijen en in beginsel géén invloed heeft op de rechten van derden. De derde mag in een burgerlijk geding pas meedoen als er sprake is van nadelige gevolgen van die uitkomst van de procedure voor die partij. Deze gevolgen mogen echter niet slechts bestaan uit 'jurisprudentiële precedentwerking' van de litigieuze uitspraak, waar de derde last van verwacht te krijgen.
21. Voor zover het gaat om een lopende procedure geeft de wetgever de mogelijkheid mee te doen door middel van tussenkomst en voeging. Bij tussenkomst moet de derde vorderingen hebben die zich richten tot beide partijen. De tussenkomende partij mag daarbij haar eigen grondslagen presenteren. Deze rechtsfiguur is hier niet aan de orde. M&M heeft géén vordering tegen Shell; om voor de hand liggende redenen wilde M&M géén betekenisloze vordering tegen Shell instellen opdat zij een volledige argumentatie tegen Milieudefensie c.s. zou kunnen voeren.
22. Voeging geeft het recht van de derde hetzelfde te vorderen van de wederpartij van die partij waarbij de derde zich voegt in een gewone civiele procedure. De beperking is dan wel volgens de geldende rechtspraak dat de voegende partij dezelfde argumentatie hanteert als de partij waarbij zij zich voegt. Dat is om een aantal redenen problematisch, met name in een actie van algemeen belang.

Beperkte verdedigingsmogelijkheden van de gevoegde partij

23. Op zich is het logisch is dat een derde partij slechts mee mag doen aan een procedure indien de uitkomst ervan voor haar nadelige gevolgen kan hebben. De eis dat de voegende partij dan louter de argumentatie mag ondersteunen van de partij waarbij zij zich voegt, is dat niet - althans niet in een actie van algemeen belang. Milieudefensie c.s. gaan ervanuit dat de aan Shell opgelegde reductiebeperking leidt tot vermindering van emissies, terwijl Shell stelt dat dat gevolg nihil zal zijn doordat er sprake is van substitutie door andere dan de uitstotende partij(en). M&M heeft belang bij vernietiging van het Vonnis als deze analyse van Milieudefensie c.s. juist zou zijn, omdat dan de beschikbaarheid van fossiele energie zal afnemen en/of de prijzen daarvan stijgen, zie hierna bij 64.
24. Als, zoals M&M vreest, instandhouding van het Vonnis leidt tot relevante energieschaarste, inbreuk op de eigendomsrechten van gewone energiegebruikers, dus tot benadeling van het collectief door hogere brandstofprijzen, is het binnen het geldende procesrechtelijke kader voor voeging de vraag of dat een belang is dat Shell überhaupt aangaat. Shell dient haar eigen commerciële belang en niet het algemeen belang.
25. De redenering van Milieudefensie c.s. lijkt te zijn dat M&M zich niet kan beroepen op schending van de eigendomsrechten van haar achterban omdat Shell dat niet kan, zie 53 MvAil. Als dat zo is, leidt dat tot de ongerijmdheid dat M&M zich daar wèl op mag beroepen ten dienste van haar belang voor voeging, maar dit niet mag aanvoeren voor haar argumentatie in de bodenzaak. Waarom een voegende partij beperkingen heeft

ten aanzien van haar argumentatie tegenover de wederpartij en een tussenkomende partij die zich richt tot dezelfde partij die beperkingen niet heeft, is niet te begrijpen, met name in een actie van algemeen belang.

26. Als toewijzing van een vordering een andere partij dan de procespartijen in haar belangen raakt, zoals zich in casu voordoet, en zij zich daar niet tegen kan verdedigen, is dat een argument tegen die toewijzing in een burgerlijk proces. Verdedigbaar is, dat er dan ook geen sprake kan zijn van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM, simpelweg omdat er geen sprake is van 'equality of arms'.

De onmacht van de belangenbehartiger als voegende partij

27. Deze zaak is bijzonder omdat de wederpartijen van Shell (en M&M) geen gewone partijen zijn die opkomen voor hun eigen belang. Zij stellen op te komen voor de gebundelde belangen van andere personen, oftewel de inwoners van Nederland en die van het Waddengebied, zulks inzake de gevolgen van gevaarlijke klimaatverandering. Het is maar de vraag of de personen voor wie Milieudefensie c.s. zeggen op te komen, dat ook zo zien. Voor de achterban van M&M, die daar deel van is, geldt dat niet. Vanzelfsprekend is het niet zo dat de subjectieve urgentiebeleving van Milieudefensie c.s. omtrent het nemen van maatregelen tegen klimaatverandering hen dat eenzijdige en daarenboven gebrekkig gecontroleerde mandaat geeft.
28. Als Milieudefensie c.s. slechts die personen vertegenwoordigen die hun visie op de te nemen maatregelen onderschrijven, is het ten eerste de vraag hoe rechtvaardig het is dat een voegende partij (zoals in casu M&M), die óók opkomt voor burgers, maar die een andere invulling geeft van het deelbelang, zich slechts mag en kan verweren met de argumenten van de partij (Shell) waarbij zij zich voegt. Op deze wijze hebben Milieudefensie c.s. ontegenzeggelijk een processueel voordeel als gewone procespartijen ten opzichte van M&M als voegende partij. Waarvoor in het algemeen, en in het bijzonder in deze zaak, géén rechtvaardiging is.
29. Hierbij komt nog dat niet goed is in te zien welke gewone en buitengewone rechtsmiddelen de behartiger van een ander belang (zoals M&M) heeft om een uitspraak van de burgerlijke rechter aan te vechten die zijn belang schaadt. Het gevolg daarvan is dus 'wie het eerst komt, het eerst maalt', en dat ondergraaft de legitimiteit van een uitspraak.

Precedentwerking geeft de voegende partij onvoldoende belang

30. Voor zover M&M kan vaststellen, is in ieder geval sinds het HR-arrest (ECLI:NL:HR:2015:1602) van 12 juni 2015 vaste rechtspraak dat precedentwerking van een uitspraak onvoldoende belang geeft voor een voegende partij. De Hoge Raad geeft hiervoor géén nadere motivering. Deze staat wel in de -gevolgde- conclusie A-G (ECLI:NL:PHR:2015:413): Als het belang slechts gelegen is in de precedentwerking zou de kring van partijen die zich willen voegen, te groot worden. Dat zou mogelijkheden bieden tot vertragende en anderszins perverse procesacties.

31. Dit argument klinkt logisch. Echter als, zoals in deze zaak - zie 2 MvV –, de inzet voor Milieudefensie c.s. (mede) is het verkrijgen van een maatschappelijk (en mogelijk ook jurisprudentieel) precedent, stelt dat de vraag waarom precedentwerking voor een gewone procespartij (in casu Milieudefensie c.s.) wèl voldoende belang heeft, maar niet voor een voegende partij. Zoals eerder door M&M is betoogd, gebruiken Milieudefensie c.s. het Vonnis als maatgevend precedent voor andere partijen. Dan zou het van tweeën één moeten zijn: ofwel de partij die de uitspraak wenst vanwege de precedentwerking heeft óók onvoldoende belang, ofwel de voegende partij heeft ook voldoende belang wanneer zij zich verzet tegen de precedentwerking op zich (en dan ook niet beperkt is in haar stellingen en weren.)
32. Ten principale meent M&M dan ook dat het Vonnis moet worden vernietigd omdat de vorderingen zoals Milieudefensie c.s. die heeft ingesteld zich niet lenen voor civielrechtelijke beslechting, en dat Milieudefensie c.s. daarom niet ontvankelijk moet worden verklaard in haar vorderingen. De hiervóór uiteengezette procesrechtelijke onevenwichtigheden illustreren dit.

Materieel juridische beoordeling van het Vonnis

33. M&M kan de rechtbank volgen in haar impliciete oordeel contra Milieudefensie c.s. dat de uitstoot van Shell géén onrechtmatige daad oplevert in de zin van een inbreuk op een geschreven recht of in strijd is met een wettelijke plicht.

De Rechtbank hanteert een doelredenering die niet overtuigt

34. Opvallend aan het Vonnis is dat de Rechtbank haar uitkomst geeft vóórdát zij haar redenering daartoe heeft gegeven. Daarmee is de schijn gewekt van een doelredenering om tot een ongeschreven norm te komen waarvan de noodzakelijkheid ontbreekt. Die schijn is niet ontzenuwd door een voldoende overtuigende argumentatie.

De ongeschreven norm ontbeert vanzelfsprekendheid

35. Op het eerste gezicht komt de Rechtbank aan zo'n verwijt tegemoet door haar uitvoerige redenering, vervat in 23 pagina's (4.4.2 - 4.4.55 Vonnis). Die uitgebreidheid geeft echter vooral aan hoe moeizaam en ondoorzichtig de redenering tot stand is gekomen. Als de Rechtbank méér dan twintig pagina's nodig heeft om een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm te construeren, ontbreekt kennelijk de vanzelfsprekendheid. Die vanzelfsprekendheid is echter de legitimatie voor de rechtsvinding door de rechter.
36. Het stuit ons rechtsgevoel tegen de borst dat je lekkages mag veroorzaken bij de onderbuurman, straffeloos profiteert van bedrijfsspionage bij een concurrent, of beschonken café-gasten niet hoeft te behoeden voor een valpartij door een openstaand kelderluik. Deze bekende voorbeelden hebben met elkaar gemeen dat de casus overzichtelijk zijn voor rechter en justitiabelen. Er is géén discussie over of lekkages, bedrijfsspionage en het ontbreken van voorzorgsmaatregelen schade veroorzaken, wie de aansprakelijke partijen zijn en welke corrigerende maatregelen zijn geboden.

37. De ongeschreven norm die besloten ligt in het Vonnis van de Rechtbank heeft bepaald geen vanzelfsprekendheid; eerder het tegenovergestelde, nu wij allen nog lange tijd van fossiele brandstoffen afhankelijk zijn. Naar de mening van M&M is de norm van de Rechtbank gekunsteld en dus juist geen zorgvuldigheidsnorm die Shell verplicht.

Uit het Urgenda-arrest volgt geen norm voor Shell

38. Om tot haar invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm te komen, baseert de Rechtbank zich in (4.) 4.4.9 en 4.4.10 Vonnis op het Urgenda-arrest waaruit kan worden afgeleid dat de artikelen 2 en 8 EVRM bescherming bieden tegen de gevolgen van gevaarlijke klimaatverandering. Problematisch, om niet te zeggen wankel aan deze redenering is dat het recht op bescherming dat een burger kan invoeren jegens de staat niet zonder meer kan worden doorgetrokken naar een recht tegenover een andere burger of onderneming, zoals in deze zaak.

39. De motivering van de Rechtbank in de laatste twee zinnen van 4.4.9 Vonnis luidt:

‘Vanwege het fundamentele belang van de mensenrechten en daarin belichaamde waarden voor de samenleving als geheel, **kunnen** de mensenrechten echter wel een rol spelen in de verhouding tussen Milieudefensie c.s. en RDS. De rechtbank verdisconteert de mensenrechten en de daarin belichaamde waarden daarom in de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.’ [nadruk advocaat]

Cruciaal in dit citaat is het woord ‘kunnen’. Zonder toelichting, die ontbreekt, is onduidelijk waarom in dit geval de mensenrechten een rol zouden moeten spelen – althans waarom de Rechtbank een voor Shell geldende norm daarop baseert.

40. In de MvA geven Milieudefensie c.s. een redenering waarom er in casu sprake zou zijn van zogenaamde horizontale werking van grondrechten. Shell is in de woorden van Hartkamp - zie het citaat in 291 MvA - een organisatie die

‘grote juridische, economische of feitelijke macht over individuen [kan] uitoefenen dat de behoefte aan bescherming tegen die macht vergelijkbaar kan zijn met de behoefte aan bescherming tegen de macht van openbare instellingen.’

41. Milieudefensie c.s. zien daarbij over het hoofd dat Hartkamp een clausulering hanteert:

‘[D]e in de grondrechten belichaamde waarden [zijn] van zo’n groot belang voor de samenleving als geheel, dat het wenselijk is dat zulke rechten ook, **althans tot op zekere hoogte**, kunnen worden ingeroepen door burgers in hun verhouding tot andere burgers, waaronder begrepen verenigingen en andere organisaties van privaatrechtelijke aard.’ [nadruk advocaat]

Uit de woorden 'tot op zekere hoogte' moet worden afgeleid dat er kennelijke nadere voorwaarden zijn om van een zekere horizontale werking uit te gaan. Tevens dat die horizontale werking niet betekent dat de burger tegenover de organisatie onverkort dezelfde bescherming geniet als die tegenover de staat. Met hun vorderingen jegens Shell gaan Milieudefensie c.s. daar kennelijk wel vanuit, maar zij leggen niet uit waarom.

42. Shell mag dan wellicht een grote organisatie zijn; zij is nog altijd onvergelijkbaar met een nationale overheid. Shell is een commerciële organisatie: als zodanig kan bij haar het maatschappelijke belang alleen al om die reden in de mentaliteit, in de diverse geledingen en expertise van de organisatie nooit dezelfde uitwerking hebben als bij een overheid. Daarbij is Shell ook nog eens actief in vele landen met sterk uiteenlopende (culturele opvattingen van) wet- en regelgeving waardoor de effectiviteit van de reductieverplichting nog onduidelijker is.
43. Zoals M&M al eerder betoogde in 10 MvI, volgt uit het Urgenda-arrest dat besluitvorming over de reductie van de uitstoot van broeikasgassen, daaronder emissies, toekomt aan de wetgever. De staat bepaalt vervolgens wanneer precies welke personen en bedrijven welke reductiedoelstellingen moeten behalen. De rechter kan slechts beoordelen of de wetgever daarbij binnen de grenzen van het recht is gebleven. Uit het Urgenda-arrest volgt dus juist níet een norm waarmee de rechter bedrijven kan aanspreken op (de reductie van) emissies.
44. De conclusie moet dan ook zijn dat niet alleen het Vonnis onvoldoende is gemotiveerd door de Rechtbank, maar eveneens dat door Milieudefensie c.s. onvoldoende is aangetoond dat uit het Urgenda-arrest een ongeschreven norm voor Shell valt af te leiden die een reductieverplichting met zich mee zou moeten brengen.

De ongeschreven norm is niet tot stand gekomen door weging van de energiebehoefte van burgers

45. Volgens vaste rechtspraak geldt dat de rechter slechts tot een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm kan komen door relevante omstandigheden te wegen. Voor M&M is van belang of het Vonnis meeweegt wat de reductieverplichtingen van Shell betekenen voor het aanbod van fossiele energie voor burgers.
46. Onder het kopje (9) dubbele uitdaging in de paragrafen 4.4.40 – 4.4.43 Vonnis geeft de Rechtbank haar redenering. Deze komt erop neer dat in beleids- en verdragsdocumenten van de Verenigde Naties billijke toegang tot energie hoort bij maatregelen tegen gevaarlijke klimaatverandering. M&M bestrijdt dat het onderschrijven van zo'n papieren streven betekent dat de Rechtbank de energiebehoefte van modale burgers in concreto heeft meegewogen. De Rechtbank rept met geen woord over de energiebehoefte van burgers en de kosten die zij kunnen dragen.

Effectiviteit van een ongeschreven norm scheidt of creëert die norm niet

47. Om tot de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm te komen, behandelt de Rechtbank tevens de effectiviteit van de gevorderde reductieverplichting onder het

gelijknamige kopje bij (11.) voor de paragrafen 4.4.49 en 4.4.50 Vonnis. Waarom het bestaan van een ongeschreven norm zou afhangen van de effectiviteit van maatregelen ter handhaving ervan legt de Rechtbank niet uit, en is volgens M&M ook een niet uit te leggen cirkelredenering. De effectiviteit van de maatregelen kan slechts aan de orde komen bij de beoordeling van ontvankelijkheid van Milieudefensie c.s. en causaliteit, maar niet bij het antwoord op de vraag of emissies onrechtmatig zijn.

De Rechtbank motiveert de effectiviteit niet

48. De Rechtbank beargumenteert in 4.4.49 Vonnis dat ook als de effectiviteit er niet zou zijn, de reductieverplichting er wel is, omdat 'iedere reductie van de uitstoot van broeikasgassen een positief effect heeft'. Deze argumentatie overtuigt niet omdat deze geldt voor iedere (rechts)persoon en niet duidelijk maakt waarom deze verplichting voor Shell in het bijzonder zou moeten gelden.

49. In de laatste zin van 4.4.49 Vonnis verwijst de rechtbank specifiek naar rechtsoverweging 3.5.1 derde alinea van het bekende Kalimijnen-arrest (HR 23 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5713) voor het aannemen van Shells deelverplichting. Genoemde overweging luidt:

'Uitgaande hiervan en van het hiervoor in 3.1 vermelde lineaire verband tussen de zoutbelasting en de kwaliteit van de gewassen hebben Rechtbank en Hof met juistheid geoordeeld dat aan MDPA als gevolg van de onrechtmatige lozingen moet worden toegerekend een zodanig aandeel in de totale kosten van evenbedoelde maatregelen als overeenkomt met het aandeel van de zoutlozingen in de totale zoutbelasting van het boezemwater. Nu evenbedoelde maatregelen zijn genomen en in stand gehouden met het oog op de schade die als gevolg van de voortdurende onrechtmatige lozingen viel te verwachten – zodat het niet gaat om maatregelen die los van concreet onrechtmatig handelen ter voorkoming van schade zijn genomen –, is hierbij niet van belang of de maatregelen ook zouden zijn genomen en in stand gehouden, indien geen sprake zou zijn geweest van de onrechtmatige zoutlozingen.'

50. Met deze overweging motiveert de Hoge Raad slechts bij de bepaling van de omvang van de schadevergoedingsverplichting waarom de vervuiler aansprakelijk is voor een deel van de kosten van waterzuivering. Ook al worden die kosten ook gemaakt zonder de vervuiling door de vervuiler, maar komt de Hoge Raad niet tot bepaling van een verkeersnorm waarvan overschrijding onrechtmatig is, zoals het Vonnis tracht te doen.

51. In 4.4.50 Vonnis pareert de Rechtbank Shells kritiek dat oplegging van de reductieverplichtingen slechts betekent dat haar plaats wordt ingenomen door een derde. De Rechtbank gaat er vanuit dat er ook een scenario is

'waarin ook andere olie- en gasbedrijven hun investeringen in olie- en gas beperken, vrijwillig, gedwongen of omdat aandeelhouders zich terugtrekken, of vanwege het beschikbaar komen van wereldwijde duurzame methodes van energieopwekking, in het streven aan de doelstellingen van het Akkoord van Parijs te voldoen.'

Opvallend is dat de Rechtbank de bevindingen van het zogeheten Mulder-rapport van Shell met naam en toenaam bestrijdt, maar géén onderbouwing levert van haar scenario en de kans dat dit zich verwezenlijkt.

52. Ook als wordt aangenomen dat de motivering van de Rechtbank inzake effectiviteit aantoont dat de reductieverplichting (mogelijk) leidt tot minder emissies, schiet die motivering nog steeds tekort. Daarmee wordt immers niet toegelicht dat deze effectief zou zijn voor het daadwerkelijk tegengaan van gevaarlijke klimaatverandering. Hieruit volgt noch het bestaan van de ongeschreven norm, noch de causaliteit voor het tegengaan van gevaarlijke klimaatverandering door de opgelegde reductieverplichting.
53. De conclusie moet dan ook zijn dat de effectiviteit van de reductieverplichting hoogst twijfelachtig is. Bij gebrek aan causaliteit dient die vordering te moeten worden afgewezen, dan wel Milieudefensie c.s. daarin niet ontvangen mogen worden.

De motivering van Milieudefensie c.s. van effectiviteit is ook ontoereikend

54. Zoals M&M de argumentatie van Milieudefensie c.s. begrijpt, zou het opleggen van de reductieverplichtingen effectief zijn omdat hiermee de emissies worden beperkt die bijdragen aan gevaarlijke klimaatverandering. Dat moge zo zijn, maar dat is niet de effectiviteit die aan de orde is. De kernvraag in deze zaak luidt of het opleggen van de reductieverplichtingen aan Shell het gevaar van gevaarlijke klimaatverandering daadwerkelijk doet verminderen.
55. Anders dan Milieudefensie c.s. suggereren in 893 MvA, volgt uit het Urgenda-arrest niet dat voor effectiviteit in deze zaak beperking van de emissies van broeikasgassen op zichzelf voldoende is. In rechtsoverweging 5.7.8 overweegt de Hoge Raad in het Urgenda-arrest inderdaad dat van belang is dat

‘iedere reductie van de uitstoot van broeikasgassen **een positief effect** heeft op het tegengaan van een gevaarlijke klimaatverandering’. [nadruk advocaat]

Echter: ‘een positief effect’ is nog niet hetzelfde als effectiviteit van de maatregel. Bovendien is deze stelling ook in zijn algemeenheid ongenueanceerd en daarmee onjuist. Bij het bouwen van kerncentrales worden bijvoorbeeld ook broeikasgassen uitgestoten. Op de langere termijn levert een kerncentrale echter een vermindering op van de uitstoot van broeikasgassen ten opzichte van andere methodes van energie-opwekking. Dat geldt vermoedelijk voor de meeste economische activiteiten die nodig zijn voor de energietransitie.

56. Uit de voorafgaande rechtsoverweging 5.7.7 blijkt dat de Hoge Raad effectiviteit wezenlijk anders invult dan de rechter in deze zaak kan en mag doen:

‘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 de hiervoor in 5.7.2 geciteerde preambule van het VN Klimaatverdrag.’

Het gaat het er in het Urgenda-arrest kennelijk om dat Nederlandse staat zich aan zijn (geschreven) verdragsrechtelijke verplichtingen houdt. Dat is hier niet aan de orde.

57. Ook uit het arrest (ECLI:NL:HR:2015:3307) van de Hoge Raad inzake 'Pirate Bay' volgt niet de invulling van effectiviteit zoals Milieudefensie c.s. die graag zien, zie 897-904 MvA. In die zaak ging het erom of Brein van Ziggo een blokkade kon vorderen van het bezoek aan de website van Pirate Bay waarop zonder toestemming van de rechthebbende auteursrechtelijk beschermd materiaal werd aangeboden. Ziggo voerde aan dat de blokkade niet effectief was om bezoek aan Pirate Bay te voorkomen. De Hoge Raad verwierp dat argument echter in rechtsoverweging 4.4.2 van het genoemde arrest:

‘... Daarmee heeft het hof miskend dat ook als bepaalde maatregelen niet tot een volledige beëindiging van alle auteursrechtinbreuken kunnen leiden, zij nog wel verenigbaar kunnen zijn met het evenredigheidsvereiste van art. 52 lid 1 Handvest. Uit punt 62-63 van het arrest UPC Telekabel Wien van het HvJEU volgt immers dat het enkele feit dat een blokkade wordt of kan worden ontweken, de blokkade nog niet ineffectief maakt. Voldoende is dat de blokkade -voor zover zij de inbreuken niet kan verhinderen - de inbreuken bemoeilijkt en internetgebruikers het maken van die inbreuken ernstig ontraadt.’

58. Het springende punt in de Pirate Bay-zaak is echter dat de inbreuk op het (auteurs)recht vaststaat (zoals de onrechtmatigheid van de lozings vaststond in het Kalimijnen-arrest). Dat is niet zo in de procedure van Milieudefensie c.s. versus Shell. De productie, verkoop en verbranding van fossiele brandstoffen is mogelijk niet wenselijk, maar op zichzelf niet onrechtmatig. Bovendien heeft de Hoge Raad in het Pirate Bay-arrest geoordeeld dat een blokkade in die zin effectief is omdat daarmee inbreuken op een geschreven (auteurs)recht worden bemoeilijkt. Dat geldt mutatis mutandis niet voor de reductieverplichting ingevolge het Vonnis voor emissies die op zichzelf niet onrechtmatig zijn.

59. Hierbij zij ook opgemerkt dat het in het citaat genoemde arrest UPC Telekabel Wien van het HvJEU een clausulering vastlegt voor de rechtmatigheid van de blokkade. Zie rechtsoverweging 63:

‘evenwel op de dubbele voorwaarde dat zij de internetgebruikers niet **nodeloos** de mogelijkheid ontzeggen om zich rechtmatig toegang tot de beschikbare informatie te verschaffen en dat zij tot gevolg hebben dat niet-toegestane oproepingen van beschermde werken worden verhinderd of minstens bemoeilijkt’ [nadruk advocaat]

Als toegang tot de informatie en gebruik ervan op zichzelf rechtmatig is, is er sprake van een blokkade die ‘nodeloos’ is. Dan is naar analogie het opleggen van de reductieverplichting ook ‘nodeloos’ omdat de activiteiten van Shell in beginsel legitiem zijn en mogen plaatsvinden. A fortiori geldt dat als een beperking van emissies niet daadwerkelijk gevaarlijke klimaatverandering tegengaat.

De wens is de vader van de gedachte

60. Zoals M&M al vanaf het begin heeft aangegeven, is haar probleem met het Vonnis niet slechts dat aan Shell een reductieverplichting wordt opgelegd, maar dat Milieudefensie

c.s. de uitspraak daarover van de rechter verder gaan gebruiken om klimaatbeleid af te dwingen. Dat zal leiden tot schaarste en hogere brandstofprijzen van fossiele energie (waarbij bij verbranding CO2 vrij komt). Milieudefensie c.s. zinspelen openlijk op procedures tegen andere bedrijven. Het is een semantische discussie of het Milieudefensie c.s. daarbij gaat om precedentwerking, of feitelijke, maatschappelijke werking van het Vonnis. Beide doelen zijn ongeschikt voor civiele procedures.

61. Als de zin van de op te leggen reductieverplichting aan Shell eigenlijk is dat vervolgens andere bedrijven zich genoopt voelen tot verandering, is hier de wens de vader van de spreekwoordelijke gedachte. Het is echter onvoldoende het bestaan van een (ongeschreven) norm te funderen op een wens.

Ontbreken van belang of niet-ontvankelijkheid van Milieudefensie c.s.

62. Als Milieudefensie c.s. een reductieverplichting aan Shell laten opleggen die niet effectief is voor het daadwerkelijk tegengaan van gevaarlijke klimaatverandering, hebben zij onvoldoende belang.
63. Als het belang van Milieudefensie c.s. bij de reductieverplichting is dat zij daarmee andere partijen kunnen dwingen tot klimaatbeleid, hebben wij de facto te maken met een vordering die gericht is op derdenwerking. Het Gerechtshof zou Milieudefensie c.s. dan ook niet moeten ontvangen in hun vorderingen. De burgerlijke rechter beslist slechts geschillen tussen partijen, en stelt in beginsel juist niet de rechten van derden vast. Dat doorkruist de bevoegdheid van de wetgever, die uiteindelijk bepaalt waaraan wij allen zijn gehouden.

Het belang van M&M bij vernietiging van het Vonnis

64. Als het een economische wetmatigheid zou zijn dat een reductieverplichting van Shell – zie 8.3. MvA – leidt tot minder emissies, moet volgens eenzelfde wetmatigheid het aanbod van fossiele energie ook minder worden, wat onherroepelijk leidt tot hogere prijzen. Zoals bij de mondelinge behandeling van het verzoek tot voeging al door M&M is aangevoerd, heeft de burger op de korte en middellange termijn géén alternatief om naar uit te wijken.
65. M&M maakt zich sterk voor een op democratische grondslag tot stand gekomen klimaatbeleid dat rekening houdt met de noden van de gewone burger. Het is haar belang om op te komen tegen het Vonnis dat democratische grondslag ontbeert en dat nadelig is voor de burger. Als het Gerechtshof het Vonnis in stand houdt, zijn wij een stap dichterbij een 'dikastocratie': de niet-gekozen rechter die in de plaats van de wetgever contra-democratisch bepaalt wat goed voor ons is.

MET CONCLUSIE

dat het uw Gerechtshof moge behagen, voor zover mogelijk bij voorraad, het Vonnis te vernietigen en opnieuw rechtdoende Milieudefensie c.s. niet-ontvankelijk te verklaren in hun vorderingen, althans deze af te wijzen en in hoofdelijke verbondenheid te veroordelen in de proceskosten van M&M in dit hoger beroep, alsmede in de gebruikelijke nakosten, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na datum arrest.

Halfweg, 17 juli 2023, advocaat

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.