

ACTIEVE ROL VOOR DE RECHTER BIJ HET BEPALEN VAN HET (ONDERNEMINGS)BELEID?

Noot onder het *Shell-vonnis* van 26 mei 2021

Jan BOUCKAERT

Advocaat Stibbe

Stefanie FRANÇOIS

Advocaat Stibbe

SAMENVATTING

Het inmiddels befaamde Urgenda-arrest heeft heel wat milieuverenigingen en burgers aangemoedigd om via de rechter te verkrijgen dat overheden hun verantwoordelijkheid opnemen in de strijd tegen de klimaatopwarming. Nederland zorgt in 2021 opnieuw voor een primeur met het zgn. Shell-vonnis. In dit vonnis van 26 mei 2021 wordt Shell door de Rechtbank van eerste aanleg in Den Haag veroordeeld om het gezamenlijke jaarlijkse volume van alle aan de bedrijfsactiviteiten en verkochte energie dragende producten van de Shell-groep verbonden CO₂-emissies naar de atmosfeer zodanig te beperken of te doen beperken dat dit volume aan het eind van het jaar 2030 ten minste zal zijn verminderd met netto 45% in vergelijking met het niveau van het jaar 2019.

In deze bijdrage worden de overwegingen uit het Shell-vonnis kritisch doorgelicht. Zo wordt ingegaan op (i) de rol van mensenrechten in het kader van de klimaatstrijd; (ii) de horizontale werking van mensenrechten via de algemene zorgvuldigheidsnorm; (iii) het belang van Milieudefensie c.s.; (iv) het gebruik van 'soft law'-instrumenten en technische algemene standaarden als juridisch bindende norm; (v) de draagwijdte en implicaties van het ETS-systeem en, tot slot, (vi) de verhouding van de opgelegde reductieverplichting t.o.v. het vennootschapsbelang. Tevens staan de auteurs stil bij de potentiële implicaties van het Shell-vonnis op het niveau van het Vlaamse vergunningenbeleid. Te verwachten valt dat het aspect klimaat

een meer prominente rol zal innemen in het kader van de vergunningverlening, onder meer via de milieueffectenbeoordeling en de toets aan de goede ruimtelijke ordening. In dit kader rijst ook de vraag of – indien het Shell-vonnis weerklinkt – niet de facto wordt toegewerkt naar een vergunningenstop ten aanzien van CO₂-emittenten.

RÉSUMÉ

Le désormais célèbre arrêt Urgenda a encouragé de nombreuses associations de défense de l'environnement et de nombreux citoyens à recourir aux tribunaux pour que les gouvernements assument leurs responsabilités dans la lutte contre le réchauffement climatique. En 2021, les Pays-Bas ont à nouveau fourni une première avec le jugement dit "Shell". Dans ce jugement, daté du 26 mai 2021, le tribunal de première instance de La Haye a ordonné à Shell de limiter ou de faire limiter le volume annuel combiné de toutes les émissions de CO₂ dans l'atmosphère liées aux activités commerciales du groupe Shell et aux produits énergétiques vendus, de telle sorte que, d'ici à la fin de 2030, ce volume ait été réduit d'au moins 45% nets par rapport au niveau de 2019.

Dans notre contribution, nous examinons les considérations du jugement Shell de manière critique. Notre contribution examine (i) le rôle des droits de l'homme dans le contexte de la lutte contre le changement climatique; (ii) l'effet horizontal des droits de l'homme par le biais du principe de prudence; (iii) l'intérêt de Milieudefensie et consorts; (iv) l'utilisation d'instruments "soft law" et de normes techniques générales comme norme juridiquement contraignante; (v) la portée et les implications du système ETS et, enfin, (vi) la relation entre l'obligation de réduction imposée et l'intérêt social des entreprises. Nous examinons également les implications potentielles du jugement Shell au niveau de la politique flamande en matière de permis. Il faut s'attendre à ce que l'aspect climatique prenne une place de plus en plus importante dans le cadre de l'octroi des permis. Il s'agira notamment de l'évaluation des incidences sur l'environnement et du critère de bon aménagement du territoire. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si nous ne nous dirigeons pas vers un moratoire de facto sur l'octroi des permis pour les émetteurs de CO₂, – du moins si le jugement Shell devait être suivi par d'autres juridictions.

I. INLEIDING

1. Met de volgende waarschuwing trapte VN-secretaris-generaal António Guterres de Klimaatconferentie in Glasgow mee af: "Onze verslaving aan fossiele

*brandstoffen heeft ons richting afgrond geduwd. Ofwel stoppen wij de klimaatverandering, ofwel stopt zij ons. Het is tijd om te zeggen: het is genoeg geweest. We hebben onszelf genoeg de das omgedaan met koolstof. Het moet voorbij zijn met de natuur te behandelen als een toilet. En met het steeds dieper boren en graven. Want we zijn ons eigen graf aan het graven”.*¹ Wetenschappers en beleidsmakers ervaren de klimaatverandering als een steeds urgenter wordend maatschappelijk probleem.

2. Het is tegen die achtergrond dat steeds meer klimaatrechtzaken voor de rechtbank worden gebracht. Het inmiddels befaamde *Urgenda*-arrest² heeft heel wat milieuverenigingen en burgers aangemoedigd om via de rechter te verkrijgen dat overheden hun verantwoordelijkheid opnemen in de strijd tegen de klimaatopwarming.³ Veelal kennen deze rechtszaken een gunstige uitkomst. De rechtspraak die tot hiertoe binnen deze context werd ontwikkeld, toont echter aan dat niet elke rechter even enthousiast is om de overheid te instrueren haar beleid op de ene of de andere manier bij te stellen. Rechters blijven – terecht – beducht voor een schending van het beginsel van de scheiding der machten. Het *Urgenda*-arrest blijft wat dat betreft nog steeds het meest verregaand. Ter herinnering: aan de Nederlandse Staat werd bevel gegeven om zijn uitstoot van broeikasgassen tegenover 1990 met 25% te verminderen vóór het einde van 2020.

3. Nederland zorgt in 2021 opnieuw voor een primeur met het zgn. *Shell*-vonnis.⁴ In dit vonnis van 26 mei 2021 wordt Royal Dutch Shell PLC (hierna: “RDS”) door de Rechtbank van eerste aanleg in Den Haag (hierna: “de Rechtbank”) veroordeeld om zowel rechtstreeks als via de vennootschappen en rechtspersonen

¹ <https://www.vrt.nw.nl/2021/11/01/klimaatblog-maandag-1-november/?deliveryName=DM163147> (geraadpleegd op 2 november 2021).

² Gerechtshof Den Haag (NL) 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (zie ook: Rechtbank den Haag (NL) 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (eerste aanleg) en Hoge Raad (NL) 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (cassatie)).

³ In 2017 meldde het VN-Milieuprogramma 900 klimaatzaken, waarvan een 100-tal destijds te situeren waren binnen de Europese Unie (https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2019_ENG.pdf, 25). Zie o.m. The Supreme Court of Ireland 31 juli 2020, (www.courts.ie/view/judgments-year/681b8633-3f57-41b5-9362-8cbc8e7d9215/981c098a-462b-4a9a-9941-5d601903c9af/2020_IESC_49.pdf/pdf); Conseil d’Etat (FR) 19 november 2020, ECLI:FR:CE CHR:2020:427301.20201119, nr. 427.301, *Grande-Synthe e.a.* (zie over deze zaak: G. SCHAÏKO, “Climate litigation in het objectieve contentieux: mieux prévenir que guérir”, *STORM* 2021, nr. 2, 34-41); Tribunal administratif de Paris (FR) van 14 januari 2021 (tussenvonnis); Bundesverfassungsgericht (DE) 24 maart 2021, 1 BVR 2656/18, 1 BVR 96/20, 1 BVR 78/20, 1 BVR 288/20, 1 BVR 96/20, BVR 78/20; HvJ 24 maart 2021, C-565/19P, *Carvalho e.a./Parlement en Raad*, ECLI:EU:C:2021:252; Rb. Brussel (Fr.) 17 juni 2021; Rb. Brussel (Fr.) 1 december 2021, onuitg. (deze zaak was weliswaar gericht tegen de Nationale Bank van België).

⁴ Zie ook: H. SCHOUKENS, “Het Shell-vonnis als juridische dijkbreuk: ook individuele bedrijven aansprakelijk voor klimaatschade?”, *STORM* 2021, nr. 2, 32-43.

die zij in haar geconsolideerde jaarrekening pleegt op te nemen en waarmee zij samen de Shell-groep vormt, het gezamenlijke jaarlijkse volume van alle aan de bedrijfsactiviteiten en verkochte energie dragende producten van de Shell-groep verbonden CO₂-emissies naar de atmosfeer zodanig te beperken of doen beperken dat dit volume aan het eind van het jaar 2030 ten minste zal zijn verminderd met netto 45% in vergelijking met het niveau van het jaar 2019.

4. Zoals dit reeds het geval was met het *Urgenda*-arrest, valt te verwachten dat het geannoteerde vonnis milieuverenigingen zal aansporen om ook andere grote marktspelers met zware CO₂-emissies voor de rechter te dagen met het oog op het vaststellen van concrete reductiedoelstellingen. De Nederlandse milieuvereniging "Milieudefensie" maande inmiddels reeds 29 multinationale ondernemingen aan om hun CO₂-emissies te reduceren, bij gebrek waaraan zij hen voor de rechter zouden slepen.⁵

5. Op 20 juli 2021 kondigde Shell aan in beroep te zullen gaan tegen het geannoteerde vonnis.⁶ Gelet op het verwachte sneeuwbaaleffect past het echter om reeds stil te staan bij de precieze overwegingen van het *Shell*-vonnis. Deze bijdrage strekt ertoe de overwegingen uit het *Shell*-vonnis kritisch door te lichten. Tevens staan de auteurs stil bij de potentiële implicaties van het geannoteerde vonnis op het niveau van het Vlaamse vergunningenbeleid.

II. SAMENVATTING VAN HET *SHELL*-VONNIS

6. Op 5 april 2019 gingen de Vereniging Milieudefensie en consoorten (hierna gezamenlijk aangeduid als: "Milieudefensie e.a.") over tot dagvaarding van RDS voor de Rechtbank van eerste aanleg in Den Haag. Milieudefensie e.a. vorderden samengevat dat de Rechtbank zou besluiten:

- a) dat (i) het gezamenlijke jaarlijkse volume aan CO₂-emissies in de atmosfeer dat verbonden is aan de bedrijfsactiviteiten en verkochte energiedragende producten van RDS en de vennootschappen en rechtspersonen die zij in haar geconsolideerde jaarrekening dient op te nemen en waarmee zij samen de Shell-groep vormt, onrechtmatig is jegens Milieudefensie e.a. en (ii) dit emissievolume gereduceerd moet worden door RDS, zowel rechtstreeks als via de vennootschappen en rechtspersonen die zij in haar geconsolideerde jaarrekening dient op te nemen en waarmee zij samen de Shell-groep vormt en (ii) deze

⁵ De betrokken brief kan worden geconsulteerd via de volgende link: <https://milieudefensie.nl/actueel/brief-klimaatplan-grote-vervuilers> (geraadpleegd op 6 februari 2022).

⁶ Inmiddels is de beroepsakte of, anders gezegd, de zgn. "memorie van grieven" van RDS (Shell) ook te raadplegen via de website <https://milieudefensie.nl/actueel/memorie-van-grievens-shell.pdf> (geraadpleegd op 31 maart 2022).

reductieverplichting dient plaats te vinden ten opzichte van het emissieniveau van de Shell-groep van het jaar 2019 en in overeenstemming met de mondiale temperatuurdoelstelling van artikel 2, lid 1, *sub a* van het Akkoord van Parijs en de daaraan verbonden best beschikbare (VN) klimaatwetenschap;

- b) dat RDS onrechtmatig handelt jegens Milieudefensie e.a. indien zij, zowel rechtstreeks als via de vennootschappen en rechtspersonen die zij in haar geconsolideerde jaarrekening pleegt op te nemen en waarmee zij samen de Shell-groep vormt:
- a. *in hoofddorde*: niet uiterlijk *per ultimo* 2030 het gezamenlijke jaarlijkse volume van alle aan de bedrijfsactiviteiten en verkochte energiedragende producten van de Shell-groep verbonden CO₂-emissies in de atmosfeer met ten minste 45%, althans netto 45%, heeft verminderd of heeft doen verminderen in vergelijking met het niveau van het jaar 2019;
 - b. *in ondergeschikte orde*: niet uiterlijk *per ultimo* 2030 het gezamenlijke jaarlijkse volume van alle aan de bedrijfsactiviteiten en verkochte energiedragende producten van de Shell-groep verbonden CO₂-emissies in de atmosfeer met ten minste 35%, althans netto 35%, heeft verminderd of heeft doen verminderen in vergelijking met het niveau van het jaar 2019;
 - c. *in meer ondergeschikte orde*: niet uiterlijk *per ultimo* 2030 het gezamenlijke jaarlijkse volume van alle aan de bedrijfsactiviteiten en verkochte energiedragende producten van de Shell-groep verbonden CO₂-emissies in de atmosfeer met ten minste 25%, althans netto 25%, heeft verminderd of heeft doen verminderen in vergelijking met het niveau van het jaar 2019.

7. De voormelde vordering vindt haar grondslag in de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek⁷ (BW). Uit deze bepaling zou volgens Milieudefensie e.a. een verplichting voor RDS voortvloeien om via het concernbeleid dat zij bepaalt voor de Shell-groep bij te dragen aan het voorkomen van “gevaarlijke klimaatverandering”. Voor de invulling van deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm halen Milieudefensie e.a. aan: de zgn. Kelderluik-criteria⁸, mensenrechten, in het bijzonder het recht op leven en ongestoord gezinsleven en *soft law*, zoals de door RDS onderschreven UN Guiding Principles on Business and Human Rights, het UN Global Compact en de OESO-

⁷ Deze bepaling luidt als volgt: “1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden. 2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. 3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.”

⁸ Hoge Raad (NL) 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *Nederlandse Jurisprudentie* 1966, 136. Deze criteria houden in *se* in dat gevaarzetting in bepaalde omstandigheden gekwalificeerd kan worden als een onrechtmatige daad.

Richtlijnen voor multinationale ondernemingen. De gevorderde reductieverplichtingen zijn tot slot gesteund op de informatie beschikbaar uit de rapporten van de Intergouvernementele Werkgroep inzake Klimaatverandering (VN) en de emissiereductie-scenario's vanwege het Internationale Energieagentschap.

8. Bij vonnis van 26 mei 2021 oordeelt de Rechtbank Den Haag dat de vordering van Milieudefensie e.a. ontvankelijk⁹ en gegrond is (althans wat betreft de gevorderde reductieverplichting). De Rechtbank beveelt RDS bijgevolg om zowel rechtstreeks als via de vennootschappen en rechtspersonen die zij in haar geconsolideerde jaarrekening pleegt op te nemen en waarmee zij samen de Shell-groep vormt, het gezamenlijke jaarlijkse volume van alle aan de bedrijfsactiviteiten en verkochte energie dragende producten van de Shell-groep verbonden CO₂-emissies in de atmosfeer zodanig te beperken of te doen beperken dat dit volume aan het eind van het jaar 2030 ten minste zal zijn verminderd met netto 45% in vergelijking met het niveau van het jaar 2019. Deze veroordeling wordt uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

9. De voormelde beslissing van de Rechtbank Den Haag is samengevat gesteund op de volgende overwegingen:

- artikel 6:162 BW houdt in dat het onrechtmatig is om te handelen in strijd met wat volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. RDS dient de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid in acht te nemen;
- de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm wordt *in casu* ingevuld in het licht van de volgende vaststellingen:
 - RDS bepaalt het algemeen beleid van de Shell-groep. De uitvoeringsverantwoordelijkheid van de Shell-vennootschappen doet daaraan geen afbreuk;
 - de Shell-groep is een grote speler op de wereldwijde markt van fossiele brandstoffen. Niet betwist zou zijn dat de mondiale CO₂-uitstoot van de Shell-groep in Nederland en het Waddengebied bijdraagt aan de opwarming en de verandering van het klimaat;
 - de temperatuurstijging is in Nederland tot dusver ongeveer twee keer zo snel aan het verlopen als het mondiale gemiddelde. Deze opwarming brengt belangrijke risico's voor de Nederlandse ingezetenen en inwoners van het Waddengebied met zich mee. Adaptatiemethoden nemen niet weg dat klimaatverandering aanleiding geeft tot ernstige en onomkeerbare gevolgen;
 - Milieudefensie kan tegenover RDS geen direct beroep doen op deze mensenrechten. Vanwege het fundamentele belang van deze mensenrechten

⁹ De vordering van ActionAid en de individuele eisers wordt door de Rechtbank onontvankelijk verklaard. Hetzelfde geldt voor de andere collectieve vorderingen die het belang beogen te dienen van de hele wereldbevolking en aldus onvoldoende specifiek zijn opdat er sprake zou zijn van een voldoende afgebakend collectief belang.

en de daarin belichaamde waarden voor de samenleving worden deze rechten echter wel meegenomen in de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Uit het *Urgenda*-arrest volgt dat de artikelen 2 en 8 EVRM bescherming bieden tegen de gevolgen van gevaarlijke klimaatverandering als gevolg van opwarming van de aarde door CO₂-uitstoot;

- de zgn. UN Guiding Principles on business and human rights (UNGP) vormen een gezaghebbend en international breed gedragen ‘soft law’-instrument, waarin de verantwoordelijkheid van staten en bedrijven ten aanzien van mensenrechten is neergelegd. De inhoud hiervan concordeert met de UN Global Compact-principes en de OESO-Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen. Sinds 2011 verwacht de Europese Commissie dat Europese bedrijven voldoen aan de verantwoordelijkheid van bedrijven om mensenrechten te respecteren, zoals verwoord in de UNGP. Zoals blijkt uit haar website, zou RDS de UNGP bovendien ondersteunen. De verplichting van ondernemingen om mensenrechten te respecteren, bestaat volgens de Rechtbank onafhankelijk van de verplichting van staten om mensenrechten na te komen. Zij hebben met andere woorden hun eigen verantwoordelijkheid. RDS zou in dat kader in het bijzonder een grote verantwoordelijkheid dragen gelet op de omvang van het bedrijf. Van bedrijven kan volgens de Rechtbank worden verwacht dat zij alle feitelijke en potentiële negatieve gevolgen op mensenrechtengebied waarin zij via hun eigen activiteiten of hun zakelijke relaties een aandeel zouden kunnen hebben, inventariseren en inschatten;
- gelet op de beleidsbepalende invloed die RDS heeft op de vennootschappen in de Shell-groep, draagt zij voor deze zakelijke relaties (scope 2) dezelfde verantwoordelijkheid als voor haar eigen activiteiten (scope 1). Voor deze scope 1 en 2-emissies moet de reductieverplichting beschouwd worden als een resultaatsverbintenis. Ten aanzien van de zakelijke relaties van de Shell-groep, incl. de eindgebruikers (scope 3) kan van RDS worden verwacht dat zij de nodige stappen zet om de ernstige risico’s ingevolge de door haar gegenereerde uitstoot op te heffen of te vermindere(n). Dit is een zwaarwegende inspanningsverbintenis. Controle/invloed over de scope 3-emissies is mogelijk door het door de Shell-groep aangeboden energiepakket aan te passen;
- het is algemeen aanvaard dat er ook nood is aan niet-statelijke actie in de strijd tegen de klimaatopwarming. De opwarming van de aarde moet beperkt blijven tot 2 °C in 2100 en er moet worden gestreefd naar een beperking van de temperatuurstijging tot maximaal 1,5 °C;
- uit het SR15-rapport van het IPPC 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 ongeveer 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. De Rechtbank overweegt weliswaar dat zij geen juridisch bindende norm formuleert voor een specifiek te volgen reductiepad. Niettemin worden deze reductiecijfers meegenomen in de invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Toegepast op Shell hanteert de Rechtbank de netto reductiedoelstelling van 45% als uitgangspunt, maar toegepast op het niveau van de CO₂-uitstoot van de Shell-groep (scope 1, 2 en 3) van 2019 (*i.e.* het jaar dat de dagvaarding in deze procedure werd ingeleid);

- de Duurzame Ontwikkelingsdoelen van de VN worden eveneens meegenomen in de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. De verplichting om te voorzien in energievoorziening doet geen afbreuk aan de verplichting om het energieaanbod in overeenstemming te brengen met de CO₂-reductie die nodig is om de opwarming van de aarde tegen te gaan;
- het ETS-systeem heeft geen vrijwarende werking vermits het (i) slechts een deel van de emissies dekt waarvoor Shell verantwoordelijk is; (ii) slechts van toepassing is binnen de Europese Unie, terwijl de wereldwijde emissies van invloed zijn op de klimaatverandering en (iii) de reductieverplichting van RDS verder reikt dan de reductiedoelstelling van het ETS-systeem. In het kader van lopende vergunningen en (concessie)verplichtingen moet rekening gehouden worden met deze reductieverplichting;
- de Rechtbank is van mening dat er geen risico bestaat op zgn. perfecte substitutie waarbij de door Shell vrijgegeven ruimte zou worden ingenomen door concurrenten. Evenmin zou er een risico bestaan op concurrentievervalsing omdat ook andere bedrijven een bijdrage moeten leveren. In dit kader overweegt de Rechtbank nog dat de reductieverplichting mogelijk grenzen stelt aan de groei die de Shell-groep kan doormaken. Het met de reductieverplichting gediende belang legt volgens de Rechtbank echter meer gewicht in de schaal dan de bedrijfseconomische belangen van de Shell-groep. Ook van private ondernemingen zouden financiële offers mogen worden geëist om de CO₂-uitstoot tegen te gaan;
- aan RDS wordt niettemin de vrijheid gegeven om de reductieverplichting naar eigen inzicht na te komen en het concernbeleid van de Shell-groep geheel naar eigen inzicht vorm te geven.

10. Het betreft aldus een uitgebreid gemotiveerd vonnis met een aantal interessante overwegingen, die hierna nader worden besproken.

III. BESPREKING VAN DE DETERMINERENDE OVERWEGINGEN UIT HET *SHELL*-VONNIS

A. BETREFFENDE DE ROL VAN MENSENRECHTEN BINNEN DE CONTEXT VAN DE KLIMAATSTRIJD

11. Onder verwijzing naar de *Urgenda*-rechtspraak worden de artikelen 2 en 8 EVRM betrokken in het debat. Uit het *Urgenda*-arrest volgt immers dat de artikelen 2 en 8 EVRM bescherming bieden tegen de gevolgen van gevaarlijke klimaatverandering als gevolg van de opwarming van de aarde door CO₂-uitstoot.

12. Hoewel er over de wijze waarop de voormelde artikelen werden betrokken in het kader van het *Urgenda*-arrest veel te zeggen valt¹⁰, kan in de huidige stand van de rechtspraak alleszins moeilijk worden ontkend dat de voormelde EVRM-bepalingen inderdaad bescherming bieden tegen de aantasting van het milieu, voor zover het gaat om een ernstige aantasting en die aantasting kadert binnen het recht op leven en privacy.¹¹

13. Het EHRM bevestigde dit recent nog in een arrest van 24 januari 2019. In deze zaak klaagden de verzoekers aan dat de schadelijke emissies van een nabijgelegen fabriek een impact hadden op het milieu en hun gezondheid. Het Hof herin-

¹⁰ Zie daaromtrent: C. VAN DE HEYNING, “Een procedurele benadering van fundamentele rechten in leefmilieu- en klimaatzaken”, *TMILRE* 2021, nr. 2, 86-96; A. SOETE, “Het gebruik van milieurechtelijke principes in klimaatzaken”, *TMILRE* 2021, nr. 2, 81-85; A. SOETE en H. SCHOUKENS, “Klimaatverandering in de rechtbank. De rechter als scherprechter bij een falend milieubeleid?”, *NJW* 2016, afl. 338, 186-203; H. SCHOUKENS, “Klimaatrechtspraak is een blijver: Locke’s social contract revisited?”, *Juristenkrant* 2020, afl. 402, 11; N. CELIS, “De Belgische klimaatzaak vanuit globaal perspectief: rechtsonwikkeling middels justitiële communicatie?”, *MER* 2021, nr. 1, 14-31; P. GILLAERTS, “Mijlpaalarrest Hoge Raad in Urgendazaak: ‘to share is to (create a duty of) care?’”, *TMILRE* 2020, nr. 1, 78-85; G. SCHAIKO en M. CHRISTIAENS, “Klimaatverplichtingen en mensenrechten: een opmerkelijke (r)evolutie” (noot arrest Gerechtshof den Haag (NL) 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, *M.E.R.* 2021, nr. 1, 32-58; P. GILLAERTS en W. NUNINGA, “Klimaatzaken via mensenrechten of buitencontractuele aansprakelijkheid: wat je van (noorder)buren leren kan”, *RW* 2019-20, 603-620 en www.rw.be/ (20 januari 2020).

¹¹ EHRM 8 juli 2003, *Hatton e.a./het Verenigd Koninkrijk*, overw. 96 (“*There is no explicit right in the Convention to a clean and quiet environment, but where an individual is directly and seriously affected by noise or other pollution, an issue may arise under Article 8*”); EHRM 21 februari 1990, *Powell en Raynor/het Verenigd Koninkrijk*, overw. 40 (“*In each case, albeit to greatly differing degrees, the quality of the applicant’s private life and the scope for enjoying the amenities of his home have been adversely affected by the noise generated by aircraft using Heathrow Airport (see paragraphs 8 to 10 above). Article 8 (art. 8) is therefore a material provision in relation to both Mr Powell and Mr Rayner*”); EHRM 9 december 1994, *López Ostra/ Spanje*, overw. 51 (“*Naturally, severe environmental pollution may affect individuals’ well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health*”).

nert¹² eraan dat *ernstige* milieuschade het welzijn van particulieren kan aantasten en hen het genot van hun woning kan ontnemen op een wijze die hun privéleven (art. 8 EVRM) aantast. Of er sprake is van een dergelijke *ernstige* milieuschade met daardoor een aanzienlijke inperking van het privéleven tot gevolg, betreft een feitenkwestie. Daarbij is het niet onbelangrijk te vermelden dat een ernstige aantasting van het leefmilieu het welzijn van een persoon kan aantasten en hem het genot van zijn woning kan ontnemen zodat zijn privé- en gezinsleven erdoor wordt aangetast, *zonder* dat evenwel de gezondheid van de betrokkene ernstig in gevaar wordt gebracht.¹³ Bij die beoordeling moet in elk geval worden uitgegaan van alle relevante omstandigheden, waaronder de intensiteit en de duur van de hinder en de fysieke of psychische gevolgen ervan voor de gezondheid of de levenskwaliteit van de verzoeker. Met andere woorden, de vergaande rechtspraak van het EHRM gaat zeer soepel om met de interpretatie van de artikelen 2 en 8 EVRM als het gaat om de aantasting van het leefmilieu en de volksgezondheid. Niettemin, bij het lezen van die bepalingen zal men allicht eerder aan heel wat concrete gevallen van schending van de privacy en het recht op leven door de Staat denken, behalve aan milieuhinder.

14. Het EHRM erkent in dat kader wel dat het vaak onmogelijk is om de gevolgen van aanzienlijke industriële verontreiniging in elke afzonderlijke situatie te kwantificeren en de invloed van andere factoren, zoals bijvoorbeeld leeftijd en beroep, te onderscheiden. Hetzelfde geldt voor de verslechtering van de kwaliteit van het bestaan als gevolg van industriële verontreiniging. De “kwaliteit van het bestaan” is een zeer subjectief begrip dat zich niet leent voor een precieze definitie.¹⁴ Bij dit alles is dan ook een belangrijke rol weggelegd voor de nationale feitenrechter die zal luisteren naar wat partijen hem voorleggen als bewijs, dus naar wat de voorgelegde wetenschappelijke en technische stukken te zeggen hebben over de problematiek. Dat dit niet altijd een sinecure is, mag duidelijk zijn: hoe moet een rechter immers divergerende wetenschappelijke standpunten verzoenen? Zo betreft het EHRM in de zaak *Cordella* een aantal technische rapporten om daaruit te besluiten dat er een causaal verband bestond tussen de industriële emissies van een fabriek en het verhoogde risico op de ontwikkeling van kanker.¹⁵

15. De omstandigheid dat er geen causaal verband zou worden aangetoond, verhindert volgens het EHRM niet dat er in hoofde van de Staat een positieve verplichting bestaat om passende maatregelen te nemen voor de bescherming van het privéleven wanneer er sprake is van een ernstig en aanzienlijk risico voor de

¹² Onder verwijzing naar oudere rechtspraak: EHRM 9 december 1994, *López Ostra/Spanje*, overw. 51 en EHRM 19 februari 1998, *Guerra e.a./Italië*, overw. 60.

¹³ EHRM 9 december 1994, *López Ostra/Spanje*, overw. 51.

¹⁴ EHRM 24 januari 2019, *Cordella e.a./Italië*, overw. 157-160.

¹⁵ EHRM 24 januari 2019, *Cordella e.a./Italië*, overw. 157-160.

gezondheid en het welzijn.¹⁶ Hierin ligt wellicht ook de verklaring waarom in de *Urgenda*-zaak de zorgvuldigheidsnorm die als oorspronkelijk aanknopingspunt diende, in graad van hoger beroep werd vervangen door een rechtstreekse schending van de artikelen 2 en 8 EVRM.

16. Het EHRM geeft aan dat er op de Verdragsluitende Staten in eerste instantie een positieve verplichting rust om, met name in het geval van een gevaarlijke activiteit, een regeling vast te stellen die is aangepast aan de specifieke kenmerken van die activiteit, met name wat betreft het risico dat eruit kan voortvloeien. Deze voorschriften moeten de toelating, de exploitatie, de veiligheid en de controle van de betrokken activiteit regelen en iedere betrokkene verplichten praktische maatregelen te nemen om een doeltreffende bescherming te verzekeren van de burgers die kunnen worden blootgesteld aan de gevaren die inherent zijn aan het betrokken gebied.¹⁷ Artikel 8 EVRM kan bijgevolg van toepassing zijn in milieuzaken, ongeacht of de verontreiniging rechtstreeks door de Staat is veroorzaakt dan wel of de aansprakelijkheid van de Staat voortvloeit uit het verzuim om de activiteiten van de particuliere sector naar behoren te reguleren.¹⁸

17. Binnen de context van gevaarlijke activiteiten is er voorts, zoals blijkt uit de rechtspraak van het EHRM, ook ruimte voor artikel 2 EVRM. Er bestaat immers een zekere overlap wat betreft de positieve verplichtingen die voortvloeien uit de artikelen 2 en 8 EVRM.¹⁹ Uit artikel 2, eerste lid EVRM volgt volgens het EHRM in hoofde van de Verdragsluitende Staten een positieve verplichting met een *algemene* draagwijdte om passende maatregelen te nemen ter bescherming van het leven van personen die onder hun rechtsmacht vallen. Artikel 2 EVRM viseert met andere woorden niet enkel de hypothese van sterfgevallen ingevolge geweld van functionarissen van de Staat. Het Hof is van oordeel dat deze verplichting aldus moet worden uitgelegd dat zij geldt in het kader van *elke* al dan niet openbare activiteit waarbij het recht op leven in het geding kan zijn, en *a fortiori* in het geval van industriële activiteiten die uit hun aard gevaarlijk zijn, zoals bijvoorbeeld de exploitatie van stortplaatsen.²⁰

18. De positieve verplichting die volgt uit artikel 2 EVRM houdt in eerste instantie in dat de Staat de plicht heeft een wettelijk en bestuursrechtelijk kader te creëren om bedreigingen van het recht op leven doeltreffend af te schrikken.²¹

¹⁶ EHRM 27 januari 2009, *Tătar/Roemenië*, overw. 107.

¹⁷ EHRM 24 januari 2019, *Cordella e.a./Italië*, overw. 157-160; EHRM 27 januari 2009, *Tătar/Roemenië*, overw. 88.

¹⁸ EHRM 27 januari 2009, *Tătar/Roemenië*, overw. 87; EHRM 8 juli 2003, *Hatton e.a./het Verenigd Koninkrijk*, overw. 98.

¹⁹ EHRM 24 juli 2007, *Brincat e.a./Malta*, overw. 85.

²⁰ EHRM 30 november 2004, *Öneryildiz/Turkije*, overw. 71.

²¹ EHRM 30 november 2004, *Öneryildiz/Turkije*, overw. 89.

Zij moeten de vergunningverlening, de inrichting, de exploitatie, de beveiliging en de controle van de activiteit regelen en alle betrokkenen verplichten concrete maatregelen te nemen om een doeltreffende bescherming te waarborgen van de burgers van wie het leven door de intrinsieke risico's van de betrokken activiteit in gevaar kan worden gebracht.²² De verplichting om binnen de context van artikel 2 EVRM een “doeltreffend rechtssysteem” (art. 13 EVRM) op poten te zetten, veronderstelt overigens niet in elk geval een strafvervolgning. Daaraan kan ook worden voldaan via civiele, administratieve of zelfs disciplinaire rechtsmiddelen (bv. in geval van onopzettelijke handelingen). In dat kader wordt onder meer van de nationale rechtbanken verwacht dat zij mee waken over de uitvoering van het wettelijke en bestuursrechtelijke kader en dat eventuele schendingen van dat recht worden onderdrukt en bestraft.²³

19. De Verdragsluitende Staten beschikken over een ruime beoordelingsvrijheid om te bepalen welke maatregelen passend zijn om uitvoering te geven aan de op hun rustende positieve verplichtingen. Het behoort niet tot de taak van het Hof om “*zijn eigen opvatting over het beste beleid ter oplossing van de sociale, economische en stedelijke problemen*” in de plaats te stellen van deze van de bevoegde autoriteiten.²⁴ In dat opzicht heeft het EVRM dan ook een essentieel ondergeschikte rol. De nationale overheden zijn democratisch gelegitimeerd en zijn beter dan het EHRM geplaatst om een afweging te maken tussen onderscheiden lokale belangen en in functie daarvan een concreet beleid uit te stippelen. Er is dan ook een bijzondere rol weggelegd voor de nationale regelgevers.²⁵ Niettemin blijkt dit het Hof er niet van te weerhouden om een redelijkheidsbeoordeling te maken inzake mogelijke maatregelen.²⁶

20. De bescherming die uitgaat van de artikelen 2 en 8 EVRM is in het licht van de rechtspraak van het EHRM echter niet absoluut. Zo wijst het EHRM erop dat het niet de bedoeling is om een *actio popularis* toe te laten. Het EHRM benadrukt dat noch artikel 8 EVRM, noch enige andere bepaling van het EVRM specifiek voorziet in een *algemene* bescherming van het milieu.²⁷ Opdat er binnen de con-

²² EHRM 30 november 2004, *Öneryildiz/Turkije*, overw. 90.

²³ EHRM 30 november 2004, *Öneryildiz/Turkije*, overw. 91-92.

²⁴ EHRM 30 november 2004, *Öneryildiz/Turkije*, overw. 107; EHRM 27 januari 2009, *Tătar/Roemenië*, overw. 108.

²⁵ EHRM 8 juli 2003, *Hatton e.a./het Verenigd Koninkrijk*, overw. 97.

²⁶ EHRM 30 november 2004, *Öneryildiz/Turkije*, overw. 108.

²⁷ EHRM 24 januari 2019, *Cordella e.a./Italië*, overw. 100 (“*La Cour rappelle que le mécanisme de contrôle de la Convention ne saurait admettre l’actio popularis (Perez c. France [GC], no 47287/99, § 70, CEDH 2004-I, et Di Sarno et autres c. Italie, no 30765/08, § 80, 10 janvier 2012). Par ailleurs, ni l’article 8 ni aucune autre disposition de la Convention ne garantissent spécifiquement une protection générale de l’environnement en tant que tel (Kyratos c. Grèce, no 41666/98, § 52, CEDH 2003-VI (extraits))*”); EHRM, 7 december 2021, *Yusufeli Ilcesini/Turkije*, overw. 38-45, in het bijzonder overw. 41: “*According to the above-cited case-law, there are two principal reasons why an association may not be considered to be a direct victim of an alleged violation of the Convention.*”

text van milieueffecten sprake zou zijn van een schending van artikel 8, eerste lid volstaat het dus niet om een algemene verslechtering van het milieu aan te tonen. Daarentegen is noodzakelijk dat er een negatief effect wordt aangetoond op het niveau van het privé- of familiaal leven van een persoon.²⁸

21. Dat de artikelen 2 en 8 EVRM (of enige andere bepaling van het EVRM) niet voorzien in een *algemene* bescherming van het milieu, verhindert echter niet dat deze bepalingen worden ingeroepen binnen de context van klimaatverandering. Klimaatverandering is weliswaar een algemeen probleem, maar de wetenschappelijke assumptie is dat elk land (en dus ook zijn inwoners) in meer of mindere mate de negatieve gevolgen van de klimaatverandering zal ondervinden. Daarbij geldt bovendien dat acties vandaag geen ogenblikkelijk gevolg hebben. De gevolgen voor het klimaat van deze acties worden slechts duidelijk na verloop van tijd. Een en ander vindt zijn bevestiging in een groot aantal wetenschappelijke studies. Het aldus wetenschappelijk onderbouwd *risico* op een aantasting van het recht op een privé- en gezinsleven volstaat in het licht van de rechtspraak van het EHRM opdat in hoofde van de Verdragsluitende Staten positieve verplichtingen bestaan om passende maatregelen te nemen tegen deze ernstige milieuschade.

22. Een en ander blijkt ook de visie van de voorzitter van het EHRM te zijn. In zijn openingsrede voor het gerechtelijk jaar van 31 januari 2020 moedigde hij met name aan dat het EHRM toeziet op het recht om te leven in een gunstig leefmilieu. In dat kader haalde hij de *Cordella*-zaak aan als prangend actueel binnen de context van de globale klimaatverandering. De principes die in deze zaak aan bod kwamen bij een relatief eenvoudig te lokaliseren milieuschade zouden naar ana-

The first reason is the prohibition on the bringing of an actio popularis under the Convention system; this means that an applicant cannot lodge a claim in the public or general interest if the impugned measure or act does not affect him or her directly. It follows that in order for an applicant to be able to argue that he is a victim, he must produce reasonable and convincing evidence of the likelihood that a violation affecting him personally will occur; mere suspicion or conjecture is insufficient in this respect (see Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu, cited above, § 101). The second reason concerns the nature of the Convention right at stake and the manner in which it has been invoked by the applicant association in question. Certain Convention rights, such as those under Article 2, 3 and 5, by their nature, are not susceptible of being exercised by an association, but only by its members (see Scientology Kirche Deutschland v. Germany, no. 34614/97, Commission decision of 7 April 1997, in respect of a complaint raised under many different substantive provisions of the Convention; Asselbourg and Others v. Luxembourg (dec.), no. 29121/95, ECHR 1999-VI in respect of a complaint raised under Article 8 of the Convention (respect for home) concerning nuisance caused by an industrial plant close to the applicant association's seat; and Savež crkava "Riječ života" and Others v. Croatia, no. 7798/08, § 25, 9 December 2010 in respect of a complaint raised under Article 12 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1 by the applicant churches). In Asselbourg and Others (cited above), when declining to grant victim status to the applicant association, the Court noted that the applicant association could only act as a representative of its members or employees, in the same way as, for example, a lawyer represented his client, but could not itself claim to be the victim of a violation of Article 8."

²⁸ EHRM 24 januari 2019, *Cordella e.a./Italië*, overw. 101; EHRM 8 juli 2003, *Hatton e.a./het Verenigd Koninkrijk*, overw. 96.

logie kunnen worden toegepast op een algemeen en globaal probleem zoals klimaatverandering. Aldus wordt duidelijk de boodschap gegeven dat de artikelen 2 en 8 EVRM kunnen worden ingezet in de strijd tegen de klimaatverandering of beter gezegd het stilzitten van overheden in het kader van deze strijd. De voorzitter van het EHRM verwees daarbij uitdrukkelijk naar de *Urgenda*-uitspraak van de Nederlandse Hoge Raad. Ook de nationale rechtbanken zouden immers een verantwoordelijkheid dragen in de strijd tegen het klimaat.²⁹

23. In het licht van het voorgaande kan dan ook geconcludeerd worden dat de artikelen 2 en 8 EVRM in beginsel kunnen worden ingeroepen wanneer de aantasting van het recht op leven/het recht op privé- en gezinsleven het gevolg is van de globale klimaatverandering. In hoofde van de Verdragsluitende Staten bestaat er een positieve verplichting om in een dergelijke context passende maatregelen te treffen en deze aantasting tegen te gaan. Er is geen reden om aan te nemen dat er een principieel onderscheid gemaakt kan worden tussen de werking van de artikelen 2 en 8 EVRM, naar gelang het gaat om de impact op het leefmilieu enerzijds en de impact op het klimaat anderzijds. Waar er onzes inziens wel een onderscheid te maken is, is de tijdspanne waarbinnen de impact van het falende (overheids)beleid tot uiting komt: in de milieuzaken waarin de schending van de artikelen 2 en 8 EVRM naar voren kwam, deden de gevolgen van het falende (overheids)beleid zich zo goed als onmiddellijk voor, minstens waren deze gevolgen eenvoudiger te koppelen aan de ene of de andere hinderlijke activiteit. Dat is veel minder eenduidig wat betreft het klimaat.³⁰

B. BETREFFENDE DE HORIZONTALE WERKING VAN MENSENRECHTEN EN DE SCHEIDING DER MACHTEN

24. Uit de *supra* geciteerde rechtspraak van het EHRM blijkt dat de artikelen 2 en 8 EVRM kunnen worden ingeroepen om de Verdragsluitende Staten aan te spreken op hun positieve verplichtingen in het kader van het klimaatbeleid. De milieuschade die een gevolg zou zijn van een individueel bedrijf wordt door het EHRM beoordeeld als een niet-nakoming van de positieve verplichting in hoofde van de betrokken Staat om de nodige passende maatregelen te nemen zodat de exploitatie van dit bedrijf geen aanleiding zou geven tot een aantasting van het

²⁹ *Jaaroverzicht 2020*, 17-18, https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2020_ENG.pdf (geraadpleegd op 22 december 2021).

³⁰ Zie evenwel de rapporten gepubliceerd door de American Meteorological Society (AMS) (te raadplegen via de volgende link: <https://www.ametsoc.org/ams/index.cfm/publications/bulletin-of-the-american-meteorological-society-bams/explaining-extreme-events-from-a-climate-perspective/> (geraadpleegd op 6 februari 2022)). In deze rapporten wordt de antropogene bijdrage aan extreme weersomstandigheden beoordeeld en berekend. Deze rapporten kunnen helpen bij het causaliteitsvraagstuk.

recht op leven/het recht op privé- en gezinsleven. Van een rechtstreekse horizontale werking van de artikelen 2 en 8 EVRM wordt in de rechtspraak van het EHRM geen gewag gemaakt.³¹ Dat valt te verklaren door het opzet van het EVRM: de bescherming van private rechtssubjecten tegen machtsmisbruik van de Staat.³²

25. Ook de Haagse rechtbank erkent in het *Shell*-vonnis uitdrukkelijk en terecht dat mensenrechten geen *rechtstreekse* horizontale werking hebben (“*Milieudefensie c.s. kan tegenover RDS geen direct beroep doen op deze mensenrechten*”³³). Niettemin meent de Rechtbank dat – vanwege het fundamentele belang van de mensenrechten en hun rol binnen de samenleving – deze mensenrechten kunnen worden betrokken in de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Met andere woorden, wat de Haagse rechtbank hier doet, is de techniek van de indirecte horizontale werking van de artikelen 2 en 8 EVRM toepassen: de open gedragsnorm, vervat in artikel 6:162 BW, meer bepaald de erin opgenomen zorgvuldigheidsnorm, moet in het licht van de artikelen 2 en 8 EVRM worden geïnterpreteerd. Op die manier toetst de Haagse rechtbank op indirecte wijze het gedrag van Shell aan de artikelen 2 en 8 EVRM. Het gevolg daarvan is echter dat het gedrag van Shell *de facto* rechtstreeks beoordeeld wordt op basis van de artikelen 2 en 8 EVRM³⁴, zoals hierna verder wordt toegelicht.

26. De vraag rijst of een dergelijke toepassing van de artikelen 2 en 8 EVRM wel bestaanbaar is met de genesis van deze bepalingen. Mensenrechten moeten immers gekaderd worden binnen een sociaal contract tussen de Verdragstaten en de rechtsonderhorigen. Rechtsonderhorigen onderwerpen zich aan het gezag van de Staat op voorwaarde dat de Staat in het kader van zijn gezagsvoering de mensenrechten naleeft en er bovendien ook over waakt dat deze mensenrechten worden nageleefd in de horizontale verhoudingen tussen de rechtsonderhorigen onderling. Het EVRM houdt immers behalve negatieve verplichtingen (onthoudingsplichten) ook positieve verplichtingen in. Positieve verplichtingen impliceren onder meer dat de Staat de effectiviteit van mensenrechten waarborgt in horizontale verhoudingen – het betrokken individu moet met andere woorden ter verantwoording kunnen worden geroepen. Het EHRM wijst er echter terecht op dat het onderscheid tussen dergelijke negatieve en positieve verplichtingen vaak een dunne lijn is, zodanig dat er voor geen van beide een afgelijnde definitie voorhanden is. Ongeacht of het gaat om negatieve dan wel positieve verplichtin-

³¹ D. VAN GRUNDERBEECK en C. SIEBURGH, “Privaatrecht en grondrechten”, *TPR* 2014, 665.

³² Er mag niet uit het oog verloren worden dat het EVRM werd goedgekeurd in de naweeën van de Tweede Wereldoorlog en de totalitaire ideologieën die daarvoor de voedingsbodem hebben gegeven.

³³ *Shell*-vonnis, randnr. 4.4.9.

³⁴ Over de directe en indirecte horizontale werking van mensenrechten, zie S. SOMERS, “De horizontale werking van mensenrechten en het verticaal aansprakelijkheidsrecht”, *TBP* 2014, 353 e.v.

gen zijn de in acht te nemen principes vergelijkbaar. In beide gevallen moet er zo onder meer een afweging gemaakt worden tussen de belangen van de Staat en die van het individu³⁵ en beschikt de Staat over een zekere appreciatiemarge.³⁶

27. Specifiek voor artikel 8 EVRM overwoog het EHRM reeds dat, behalve de hierin vervatte negatieve verplichting voor de Staat om zich te onthouden van overheidsinmenging in het privéleven, deze bepaling tevens een positieve verplichting omvat. Een dergelijke positieve verplichting kan betrekking hebben op het aannemen van regels bedoeld om het privéleven ook te waarborgen tussen verschillende individuen (horizontale relatie).³⁷ Voor artikel 2 EVRM geldt eenzelfde samenspel van negatieve en positieve verplichtingen.³⁸ Specifiek binnen de context van milieuverontreiniging veronderstellen deze positieve verplichtingen dat de vergunningverlening, de inrichting, de exploitatie, de beveiliging en de controle van de activiteit worden geregeld en alle betrokkenen worden verplicht concrete maatregelen te nemen om een doeltreffende bescherming te waarborgen van de burgers van wie het leven in gevaar kan worden gebracht door de aan de betrokken activiteit inherente risico's.³⁹

28. Deze verplichtingen richten zich echter, naar luid van de uitdrukkelijke tekst van het EVRM, tot de Verdragsluitende Staten. Het EVRM legt geen rechtstreekse verplichtingen op aan rechtsonderhorigen van de betrokken Verdragstaten. Een en ander vindt ook bevestiging in het feit dat voor het Europees Hof van de Rechten van de Mens enkel Staten en geen individuen gedaagd kunnen worden. Daarbij is bovendien, opnieuw naar luid van de uitdrukkelijke tekst van het EVRM, een bijzondere rol weggelegd voor de wetgevende macht. Voor vrijwel elk van de rechten en vrijheden waarin het EVRM voorziet, wordt immers het verband gelegd met een wetgevend ingrijpen. Zo wordt met betrekking tot artikel 2, lid 1 EVRM bepaald dat “[h]et recht van eenieder op leven wordt beschermd door de wet” (eigen accentuering) en met betrekking tot artikel 8, lid 2 “[g]een inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien (...)” (eigen accentuering).⁴⁰ Zo gaat ook het EHRM ervan uit dat er een regelgevend kader voorhanden is die onder meer de betrokkenen Verdragstaat verplicht om passende maatregelen te nemen.⁴¹ De verplichtingen in hoofde van rechtsonderhorigen vloeien dan ook *indirect* voort uit het EVRM.

³⁵ EHRM 7 februari 2012, *Van Hannover/Duitsland*, overw. 99; cf. S. SOMERS, “De horizontale werking van mensenrechten en het verticaal aansprakelijkheidsrecht”, *TBP* 2014, 360.

³⁶ EHRM 7 februari 2002, *Mikulic/Kroatië*, overw. 58.

³⁷ EHRM 7 februari 2012, *Van Hannover/Duitsland*, overw. 99; EHRM 24 januari 2019, *Cordella e.a./Italië*, overw. 158.

³⁸ EHRM 24 juli 2007, *Brincat e.a./Malta*, overw. 79.

³⁹ EHRM 30 november 2014, *Öneryildiz/Turkije*, overw. 90.

⁴⁰ Cf. S. SOMERS, “De horizontale werking van mensenrechten en het verticaal aansprakelijkheidsrecht”, *TBP* 2014, 363.

⁴¹ EHRM 30 november 2014, *Öneryildiz/Turkije*, overw. 90.

29. Gelet op de principiële rol die in het EVRM is voorbehouden voor de wetgever, zal het in de eerste plaats de wetgever toekomen om uitvoering te geven aan deze verplichting. Er is echter ook een belangrijke rol weggelegd voor de rechterlijke macht. Zo voorziet artikel 13 EVRM in het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel: *“Eenieder wiens rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, heeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie”*. Tevens volgt uit de rechtspraak van het EHRM een verplichting voor nationale rechters tot een verdragsconforme geschillenbeslechting.⁴² Deze verplichting is vergelijkbaar met de plicht tot een Unierechtconforme interpretatie.⁴³ In het licht van artikel 13 EVRM impliceert deze verplichting tot verdragsconforme interpretatie eveneens dat het nationale recht in effectieve middelen moet voorzien om een schending van een verdragsconforme interpretatie van open normen te bestrijden.⁴⁴ Daarbij moet wel opgemerkt worden dat, binnen de context van de Unierechtconforme interpretatie, het Hof van Justitie grenzen heeft gesteld aan de plicht tot richtlijnconforme interpretatie van de nationale wet. Die plicht geldt maar indien er ruimte is voor richtlijnconforme interpretatie. Zij geldt niet indien dit zou resulteren in een uitlegging *contra legem* van de nationale wet door de rechter. Voorts moet volgens het Hof ook rekening worden gehouden met een aantal beperkingen die eigen zijn aan de figuur van een richtlijn. Overeenkomstig artikel 288, lid 3 VWEU bestaat het verbindende karakter van een richtlijn, dat de grondslag vormt voor de mogelijkheid om zich

⁴² EHRM 13 juli 2004, *Pla en Puncernau/Andorra*, overw. 59: *“Admittedly, the Court is not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court’s interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention”*; EHRM 16 december 2008, *Khurshid Mustafa en Tarzibachi/Zweden*, overw. 33: *“Admittedly, the Court is not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court’s interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary, discriminatory or, more broadly, inconsistent with the principles underlying the Convention”*; EHRM 30 november 2014, *Öneriyildiz/Turkije*, overw. 96.

⁴³ Cf. HvJ 13 november 1990, nr. C-106/89, *Jurispr.* I-4135, *Marleasing*, § 8. Zie hierover tevens kritische standpunten: F. BOUCKAERT en J. BOUCKAERT, “Het Marleasing arrest van het Europees Hof van Justitie en de nietigheidsgronden van art. 13ter Venn. W.”, *TRV* 1991, 44-49; F. BOUCKAERT, “De invloed van het Marleasing-arrest van het Europees Hof van Justitie op de nietigheidsgronden van artikel 13ter Venn. W. en de notariële praktijk”, *T.Not.* 1991, 112-120; L. POPELIER, “Rechtszekerheid en transparantie als grenzen voor de doorwerking van het internationaal recht ten aanzien van particulieren”, *TPR* 2005, 949-978. Zie tevens o.a. HvJ 15 januari 2014, nr. C-176/12, *Association de médiation sociale*, EU:C:2014:2, § 38; HvJ 4 juni 2015, C-497/13, *Faber*, EU:C:2015:357, § 33; HvJ 10 oktober 2013, nr. C-306/12, *Spedition Welter GmbH/Avanssur SA*, § 29.

⁴⁴ S. SOMERS, “De horizontale werking van mensenrechten en het verticaal aansprakelijkheidsrecht”, *TBP* 2014, 362.

daar vervolgens op te kunnen beroepen, enkel ten aanzien van “elke lidstaat waarvoor zij bestemd is”. Indien het de bedoeling is om rechtstreeks verplichtingen op te leggen aan particulieren, moet gebruik worden gemaakt van verordeningen (in plaats van richtlijnen). Een richtlijnconforme interpretatie in een horizontaal geschil mag met andere woorden nooit tot gevolg hebben dat bijkomende verplichtingen zouden worden opgelegd aan een particulier (al dan niet via het buiten toepassing verklaren van het met de richtlijn strijdige nationale recht), *zelfs* wanneer de betrokken richtlijnbevestiging duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk is. Dat belet de private rechtsonderhorige die door de strijdigheid van de nationale wetgeving met een Europese richtlijn benadeeld wordt, niet om verhaal te kunnen halen. Hij kan dan de aansprakelijkheid van de nationale Staat laten vaststellen door de nationale rechter en op die grond schadevergoeding voor onbehoorlijke wet- of regelgeving verkrijgen.⁴⁵ Het mag duidelijk zijn dat er een zekere analogie bestaat tussen de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie (Unierechtelijk) en de verplichting tot verdragsconforme interpretatie (EVRM). Net zoals het EVRM, richten ook de richtlijnen zich tot de verdragsluitende staat resp. de lidstaat, waarbij een ruime appreciatiemarge aan de Staat wordt gelaten om zijn verplichtingen in te vullen.

30. De verplichting tot verdragsconforme interpretatie doet zich onder meer voor binnen de context van de open bepalingen in het privaatrecht, inzonderheid de privaatrechtelijke gedragsnormen.⁴⁶ Voorbeeld bij uitstek van dergelijke gedragsnormen betreft de “voorzichtige en redelijke persoon” binnen de context van artikel 1382 oud BW.⁴⁷ Een doeltreffende bescherming van de mensenrechten veronderstelt dus een *indirecte* doorwerking ervan in het privaatrecht via, enerzijds, een verdragsconforme interpretatie en, anderzijds, via de overheidsaansprakelijkheid voor de schending van de positieve verplichting om mensenrechten in horizontale relaties te beschermen.⁴⁸ Deze indirecte doorwerking van mensenrechten kan beschouwd worden als een gevolg van de directe verticale werking van het EVRM.⁴⁹ Op de Staten rust immers de verplichting om mensenrechten ook in horizontale verhoudingen te verzekeren. Een en ander kan slechts worden gegarandeerd indien een geschil verdragsconform wordt beslecht, hetgeen noodzakelijkerwijze veronderstelt dat open normen ook verdragsconform worden geïnterpreteerd.

⁴⁵ HvJ 18 januari 2022, C-261/20, *Thelen Technopark Berlin GmbH*, ECLI:EU:C:2022:33, punten 32-48, in het bijzonder punten 32 en 41.

⁴⁶ D. VAN GRUNDERBEECK en C. SIEBURGH, “Privaatrecht en grondrechten”, *TPR* 2014, 667.

⁴⁷ Zie bv. Cass. 23 mei 2011, AR C.09.0216.F; cf. Cass. 15 april 2016, AR C.13.0343.F; S. SOMERS, “De horizontale werking van mensenrechten en het verticaal aansprakelijkheidsrecht”, *TBP* 2014, 362; D. VAN GRUNDERBEECK en C. SIEBURGH, “Privaatrecht en grondrechten”, *TPR* 2014, 645.

⁴⁸ S. SOMERS, “De horizontale werking van mensenrechten en het verticaal aansprakelijkheidsrecht”, *TBP* 2014, 362.

⁴⁹ C. SIEBURGH, “De schoonheid in de ontdekkingstocht naar gewoon geldend recht [Doorwerking Unierecht en EVRM in het privaatrecht]”, *TPR* 2011, 4.

31. De in artikel 6:162 BW neergelegde ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, die inhoudt dat handelen in strijd met wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt onrechtmatig is, wordt in het *Shell*-vonnis mede geïnterpreteerd in het licht van de artikelen 2 en 8 EVRM. Deze vorm van interpretatie zou moeten worden beschouwd als een indirecte doorwerking van de mensenrechten in het privaatrecht.

32. Er is in het kader van de voorliggende zaak o.i. echter maar een dunne lijn tussen de *indirecte* doorwerking van mensenrechten en de *directe* (horizontale) doorwerking van mensenrechten (hetgeen theoretisch mogelijk is, maar nefast voor de rechtszekerheid⁵⁰). Weliswaar is de reductieverplichting in hoofde van RDS formeel gesteund op de zorgvuldigheidsnorm zoals ingevuld door de artikelen 2 en 8 EVRM, *de facto* tracht de Rechtbank echter op horizontaal niveau het gebrekkige overheidsbeleid inzake klimaat recht te trekken door eigenhandig individuele reductieverplichtingen af te kondigen. De zgn. onrechtmatigheid van het handelen van RDS die dreigt te ontstaan, wordt immers beoordeeld zonder dat de Rechtbank zich daarbij rekenschap geeft van het bestaan of de ontstentenis van een toereikend wettelijk kader. Een en ander heeft tot gevolg dat er ten aanzien van RDS rechtstreekse én zelfstandige verplichtingen worden afgeleid uit de artikelen 2 en 8 EVRM als ware het zelf de Verdragsluitende Staat. Daarmee gaat de Haagse rechter o.i. een stap te ver: RDS is niet de Verdragsluitende Staat. Via de *indirecte* horizontale doorwerking wordt eigenlijk een zelfstandige verplichting opgelegd aan RDS, die nochtans niet overeenstemt met de verplichting van de Verdragsluitende Staat: de Staat moet de volledige CO₂-problematiek in kaart brengen en beheersen, terwijl de rechter RDS oplegt “haar deel” te verwerken. In andere zaken, waarin het EHRM zich boog over de *indirecte* horizontale doorwerking van EVRM-bepalingen⁵¹, kon men de indirecte schending meteen, één op één, afleiden uit de (directe) schending van de betrokken EVRM-bepalingen door de Verdragsstaat. Het gaat dan steeds om discussies over negatieve verplichtingen die uit de bepalingen van het EVRM volgen, niet over positieve verplichtingen. Zo

⁵⁰ S. SOMERS, “De horizontale werking van mensenrechten en het verticaal aansprakelijkheidsrecht”, *TBP* 2014, 362.

⁵¹ EHRM 13 juli 2004, *Pla en Puncernau/Andorra*, overw. 59: “Admittedly, the Court is not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court’s interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention”; EHRM 16 december 2008, *Khurshid Mustafa en Tarzibachi/Zweden*, overw. 33: “Admittedly, the Court is not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court’s interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary, discriminatory or, more broadly, inconsistent with the principles underlying the Convention”; EHRM 30 november 2014, *Öneryildiz/Turkije*, overw. 96.

moet vooreerst worden stilgestaan bij de zaak *Pla en Puncernau*. Centraal in deze zaak stond de interpretatie van het begrip “zoon” in een testament: was het begrip “zoon” beperkt tot enkel biologische zonen of kon ook een geadopteerde “zoon” als dusdanig worden beschouwd? Het Hoge Gerechtshof van Andorra was van oordeel dat het begrip “zoon” enkel betrekking kon hebben op biologische zonen rekening houdend met o.m. de tijdsgeest op de datum van het betrokken testament. Het EHRM geeft aan dat het niet passief kan blijven in geval van een kennelijke onverenigbaarheid met het discriminatieverbod zoals vervat in artikel 14 EVRM. Hoewel het verregaand is dat het EHRM zich *de facto* mengt in een puur privaat geschil (op het niveau van de regelgeving van Andorra was er volgens het Hof immers niets aan te merken in het licht van art. 14 EVRM), valt het standpunt van het EHRM in dezen wel te verdedigen. Het EHRM werd immers geconfronteerd met een actief discriminatoir handelen vanwege het Hoge Gerechtshof van Andorra. Het testament zelf beperkte het begrip “zoon” immers niet tot enkel biologische zonen. Met andere woorden, de uitlegging door het Hoge Gerechtshof van Andorra van het testament was discriminatoir en in strijd met de *negatieve* verplichting in hoofde van de Verdragsluitende Staten om *niet* te discrimineren.

33. Een vergelijkbare problematiek was aan de orde in de zaak *Khurshid Mustafa en Tarzibachi*. Deze zaak kaderde in een huurgeschil waarbij een verhuurder zijn huurders het recht ontzegde om een schotelantenne te plaatsen. Deze weigering was gesteund op onder andere een veiligheidsrisico (het vallen van de schotelantenne), esthetische nadelen enz. De huurders (onder wie drie kinderen) werden vervolgens door de verhuurder uitgezet uit hun appartement waar ze reeds zes jaar verbleven. Het EHRM was van oordeel dat het hof van beroep het recht van de huurders op vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) onvoldoende in rekening had gebracht in het kader van de beoordeling van de zaak. Ook deze uitspraak bevestigt dat mensenrechten een plaats kunnen hebben in het kader van horizontale geschillen. Opnieuw geldt echter dat enkel de negatieve verplichting vervat in artikel 10 EVRM horizontaal doorwerkte. Op grond van artikel 10 EVRM moeten Verdragsluitende Staten zich immers onthouden van enige inmenging die het recht om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen, zou beperken (negatieve verplichting).

34. Er valt dan ook zeker iets te zeggen voor een horizontale doorwerking van mensenrechten waar het gaat om de *negatieve* verplichting in hoofde van de Verdragsluitende Staten. Een horizontale doorwerking ten aanzien van de *positieve* verplichtingen onder het EVRM is o.i. echter niet mogelijk.

35. De positieve verplichtingen die volgen uit de artikelen 2 en 8 EVRM vereisen dat de Verdragsluitende Staat maatregelen neemt om de private industriële sector te *reguleren*, in het bijzonder door industriële activiteiten te onderwerpen aan een vergunningsplicht, milieuvorwaarden, een handhavingssysteem e.d. Wanneer

die plicht tot reguleren wordt ingevuld door de nationale rechter in het kader van een horizontaal geschil, belandt men onvermijdelijk in een situatie waarbij een rechter bijkomende verplichtingen in het leven roept ten opzichte van het nationale recht. Daarbij geldt dat deze bijkomende verplichtingen worden geput uit het EVRM hoewel het EVRM zich uitdrukkelijk enkel richt tot de Verdragsluitende Staten (en niet de inwoners van die Verdragsluitende Staten). Dit kan geenszins de bedoeling zijn.

36. Bij dit alles is niet onbelangrijk dat het EHRM uitdrukkelijk aanvaardt dat het een essentieel ondergeschikte en veeleer ondersteunende rol heeft. Het bepalen van een beleid komt in de eerste plaats toe aan de nationale overheden vermits een beleid steeds het resultaat is van een afweging van onderscheiden belangen. De regelgever beschikt dan ook over een ruime appreciatiebevoegdheid voor de invulling van zijn positieve verplichtingen. Er is niet één juist antwoord. Elke Verdragsluitende Staat zal de positieve verplichtingen die volgen uit de artikelen 2 en 8 EVRM moeten invullen rekening houdend met de in het geding zijnde belangen, de feitelijke context en de maatschappelijke gevolgen van deze of gene maatregel.

37. Dat het inderdaad niet aan de rechter is om een leemte in het regelgevend kader op te vullen, vindt ook bevestiging in de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake richtlijnconforme interpretatie. Het Hof stelt uitdrukkelijk dat richtlijnen (net zoals het EVRM) zich enkel richten tot de Staat (en dus niet tot particulieren). Via de weg van de richtlijnconforme interpretatie kunnen dan ook geen bijkomende verplichtingen in hoofde van particulieren worden afgeleid.⁵² Eenzelfde conclusie dringt zich o.i. op wat betreft de EVRM-conforme interpretatie. Een EVRM-conforme interpretatie kan er niet toe leiden dat een particuliere onderneming bijkomende verplichtingen zouden worden opgelegd. Indien men vaststelt dat het regelgevend kader ontoereikend is in het licht van de positieve verplichtingen die volgen uit de artikelen 2 en 8 EVRM, kan enkel de Verdragsluitende Staat worden aangesproken.

38. De belangrijke rol van RDS binnen de context van de CO₂-emissies vermag niet te verantwoorden dat de artikelen 2 en 8 EVRM ten aanzien van RDS op dezelfde wijze zouden worden toegepast als ten aanzien van een Staat. Hoe groot de macht van bepaalde ondernemingen ook is, die zal nooit dezelfde zijn als deze die uitgaat van de Staat.⁵³ Dat geldt *a fortiori* binnen de context van klimaatbestrijding, dat een probleem is dat zelfs niet op het niveau van een enkele Staat kan worden opgelost, maar een mondiale aanpak vereist. Dat ondernemingen ook

⁵² Zie de rechtspraak geciteerd in voetnoot 42. Zie tevens, in zeer duidelijke bewoordingen, HvJ 18 januari 2022, C-261/20, *Thelen Technopark Berlin GmbH*, ECLI:EU:C:2022:33, punten 32-48, in het bijzonder punten 32 en 41.

⁵³ Cf. S. SOMERS, "De horizontale werking van mensenrechten en het verticaal aansprakelijkheidsrecht", *TBP* 2014, 354.

hun steentje moeten bijdragen in de strijd tegen de klimaatopwarming, staat niet ter discussie. Dit moet o.i. echter gebeuren binnen de contouren van een wettelijk kader dat voor elke onderneming geldt, zodat de wettelijke bepalingen ter zake een “level playing field” creëren. Het is daarbij aan de wetgever (in materiële zin) om ter zake in een passend en niet-discriminatoir regelgevend kader te voorzien.

39. De wijze waarop de Haagse rechter de in artikel 6:162 BW neergelegde ongeschreven zorgvuldigheidsnorm interpreteert en daaraan het gegeven bevel aan RDS koppelt, is bovendien bekritiseerbaar in het licht van het rechtsbeginsel van de scheiding der machten, dat ook in de Nederlandse rechtsorde geldt. De Haagse rechtbank die ter zake een leemte in de wetgeving vaststelt, kan zich niet in de plaats stellen van de wetgever of regelgever. Een dergelijk wetgevend kader veronderstelt immers een hernieuwde maatschappelijke afweging van belangen door de wetgever of regelgever. De rechter kan zich ter zake niet in de plaats stellen van het bestuur.⁵⁴ Naar aanleiding van de *Urgenda*-rechtspraak⁵⁵ was er reeds heel wat te doen over het rechtsbeginsel van de scheiding der machten.⁵⁶ De Hoge Raad had de cassatievoorziening tegen het arrest van het Gerechtshof Den Haag, dat aan de Nederlandse Staat een reductieverplichting had opgelegd, verworpen. Deze rechtspraak gaf in de rechtsleer aanleiding tot de nodige discussie. Als hoofdargument dat deze reductieverplichting *wel* in overeenstemming is met het beginsel van de scheiding der machten kwam telkens terug dat de Nederlandse Staat vrij werd gelaten bij de invulling van deze reductieverplichting. Het kwam met andere woorden uitsluitend het bestuur toe om de maatregelen te bepalen die zouden worden genomen om de opgelegde reductieverplichting na te komen. Dat is met voorliggend vonnis wel anders. De Haagse Rechtbank veroorloofde zich immers om reductieverplichtingen op individueel niveau en op gedetailleerde wijze vast te leggen en doet daarmee een voorafname op het reductiebeleid dat de Nederlandse Staat naar verluidt “vrij” zou kunnen invullen. Het *Shell*-vonnis is om die reden o.i. ook moeilijk verzoenbaar met de rechtspraak van het EHRM naar luid waarvan Verdragsluitende Staten vrij moeten worden gelaten wat betreft de invulling van hun positieve verplichtingen.⁵⁷ De positieve verplichtingen in hoofde van de

⁵⁴ Cass. (3e k.) 3 november 2008, AR S.07.0013.N, *Axa Belgium/C.G.*

⁵⁵ Gerechtshof Den Haag (NL) 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (zie ook: Rechtbank Den Haag (NL) 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (eerste aanleg) en Hoge Raad (NL) 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (cassatie)).

⁵⁶ M. ADAMS, “Dynamische rechtspraak: noopt de Klimaatzaak tot een andere blik op de trias politica?”, *DJK* 2021, nr. 429, 8-9; P. LEFRANC, “[Klimaat] Het Urgendavonnis/-arrest is (g)een politieke uitspraak”, *TMILRE* 2018, nr. 6, 696-705; H. SCHOUKENS en A. SOETE, “Klimaatverandering in de rechtbank. Een blijver na de Urgenda-rechtspraak?”, *NJW* 2020, nr. 417, 142-159; G. SCHAIKO en M. CHRISTIAENS, “Klimaatverplichtingen en mensenrechten: een opmerkelijke (r)evolutie (noot onder arrest Gerechtshof den Haag dd. 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591)”, *M.E.R.* 2021, nr. 1, 32-58.

⁵⁷ EHRM 30 november 2014, *Öneryıldız/Turkije*, overw. 107; EHRM 27 januari 2009, *Tătar/Roemenië*, overw. 108.

Verdragsluitende Staat worden *in casu* immers onrechtstreeks ingevuld via dit individuele geschil. Het is overigens zeer de vraag hoe deze uitspraak zich zal verhouden tot het nieuwe regelgevend kader dat door de Nederlandse Staat zou moeten worden uitgewerkt om gevolg te geven aan de *Urgenda*-uitspraak.⁵⁸ Het stellen van deze vraag bevestigt meteen dat het niet aan de rechter toekomt om *de facto* een parallel reductiebeleid te voeren via individuele ondernemingen.

40. Het is opvallend dat het gegeven dat er geen precieze normen zijn die RDS ertoe verplichten om haar CO₂-emissies volgens een welbepaald schema te reduceren, volgens de Rechtbank geen bezwaar vormt om RDS te veroordelen op grond van artikel 6:162 BW in samenhang met de artikelen 2 en 8 EVRM. De Brusselse rechtbank van eerste aanleg oordeelde er in haar vonnis van 1 december 2021⁵⁹ anders over, weliswaar in een andere context: het gegeven dat er geen Europese wetgeving was die voorzag in een directe verplichting voor de Nationale Bank van België om milieuoverwegingen mee te nemen in het kader van haar kredietpolitiek, was voor de Brusselse rechtbank een reden om de vordering van Client Earth te verwerpen. De ultieme consequentie van de redenering van de Haagse rechtbank is natuurlijk dat milieureglementering in zekere zin overbodig wordt: het volstaat om een risico voor mens en milieu vast te stellen en dit te koppelen aan de miskennis van de positiefrechtelijke verplichting van de artikelen 2 en 8 EVRM, wat in de redenering van de Haagse rechtbank geen onoverkomelijke oefening is.

41. Maar er is meer. Het is fundamenteel de vraag of de indirecte doorwerking van de artikelen 2 en 8 EVRM, via de verdragsconforme interpretatie van open normen zoals artikel 6:162 BW in Nederland en artikel 1382 oud BW in België, wel een goede zaak is. Zowel de artikelen 2 en 8 EVRM als artikel 6:162 BW in Nederland en artikel 1382 BW in België worden gekwalificeerd als “open bepalingen”, d.w.z. bepalingen met een rechtsnorm die zeer abstract is, van toepassing is op een waaier van feitelijke gedragingen en bijgevolg vatbaar is voor zeer uiteenlopende interpretaties. Het is niet zo vanzelfsprekend dat de artikelen 2 en 8 EVRM toepassing vinden op milieu-inbreuken. Daarvoor moet men toch wel enige juridische creativiteit aan de dag leggen: vandaag is die ruime interpretatie gemeengoed geworden, maar dat was het tot voor kort geenszins. Indien de ruime interpretatie van deze open EVRM-bepalingen wordt toegepast op nationale bepalingen die zelf reeds als open bepalingen gekwalificeerd worden, dan krijgt de rechter natuurlijk wel uitermate veel interpretatieruimte, om niet te zeggen beleidsruimte, in zaken waarin de beoordeling van het beleid van het bestuur

⁵⁸ Gerechtshof Den Haag (NL) 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (zie ook: Rechtbank Den Haag (NL) 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (eerste aanleg) en Hoge Raad (NL) 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (cassatie)).

⁵⁹ Rb. Brussel (Fr.) 1 december 2021, onuitg. (het vonnis maakt op het ogenblik van het schrijven van deze bijdrage het voorwerp uit van een hoger beroep).

aan de orde is. Wij betwijfelen of dat in het licht van de rechtszekerheid, en dus de voorspelbaarheid van het recht, een goede zaak is: het is niet de taak van de rechter om onder de kwalificatie van de zorgvuldigheidsplicht aan politieke arbitrage te doen. Daartegen kan weliswaar worden ingebracht dat in het Europees recht de richtlijn- en verdragsconforme interpretatieplicht reeds bestaat. Er is evenwel een groot verschil: de richtlijn- en verdragsconforme interpretatieplicht heeft steeds betrekking op de relatie tussen nationaal recht en secundair EU-recht of secundair en primair EU-recht, waarbij het secundair EU-recht zeer vaak, om niet te zeggen zo goed als steeds, gedetailleerde bepalingen bevat: bij het secundair EU-recht gaat het dus niet om open bepalingen.

42. Het gaat o.i. dus al te ver om de reductieverplichtingen die op het niveau van de Verdragsluitende Staten werden vastgesteld, te transponeren naar individuele bedrijven, daarbij het CO₂-aandeel toewijzend aan die bedrijven. Mogelijk heeft de Haagse rechtbank zich bij het transponeren van de statelijke reductieverplichtingen naar RDS zich laten inspireren door de zgn. niet-bindende Oslo-principes. Het is echter opvallend dat de Haagse rechtbank in haar geannoteerde vonnis geen melding heeft gemaakt van deze Oslo-principes.⁶⁰

C. KON MILIEUDEFENSIE ZICH WEL BEROEPEN OP DE ARTIKELEN 2 EN 8 EVRM?

43. Artikel 34 EVRM bepaalt dat procedures voor het EHRM kunnen worden ingeleid door een natuurlijk persoon of een groep van personen evenals een niet-gouvernementele organisatie op voorwaarde dat deze *slachtoffer* beweren te zijn van een schending door de Verdragsluitende Staten van de rechten die zijn vervat in het EVRM of de Protocollen daarbij.

44. Bij arrest van 7 december 2021 heeft het EHRM de notie *slachtoffer* ten aanzien van niet-gouvernementele organisaties nader verduidelijkt.⁶¹ Een dergelijke organisatie is volgens het Hof slechts als een *slachtoffer* te beschouwen in de mate dat deze rechtstreeks wordt getroffen door de gecontesteerde maatregel. De louter omstandigheid dat een ngo zichzelf beschouwt als de beschermer van de collectieve belangen van haar leden volstaat niet opdat de betrokken ngo zou moeten worden beschouwd als een *slachtoffer* in de zin van artikel 34 EVRM.⁶² Dit

⁶⁰ J. SPIER, "Pogingen om het debat over klimaatverandering juridisch handen en voeten te geven: de 'Oslo Principles' en de 'Principles on Climate Obligations of Enterprises'", *TMR* 2018, 640.

⁶¹ EHRM 7 december 2021, *Yusufeli İlçesini Güzelleştirme Yaşatma Kültür Varlıklarını Koruma Derneği/Turkije*, overw. 36.

⁶² EHRM 7 december 2021, *Yusufeli İlçesini Güzelleştirme Yaşatma Kültür Varlıklarını Koruma Derneği/Turkije*, overw. 38.

gezegde zijnde, moet het begrip *slachtoffer* wel evolutief worden geïnterpreteerd. Er zijn met name situaties denkbaar waarin de problematiek dusdanig complex is dat rechtsonderhorigen geen andere mogelijkheid zullen hebben dan zich te richten tot een ngo om hun rechten te beschermen.⁶³ Een *actio popularis* zal echter niet mogelijk zijn.

45. Behalve het verbod op een *actio popularis* (en daarin vervat, de verplichting voor de ngo om aan te tonen rechtstreeks getroffen te zijn) is ook de aard van de door de ngo ingeroepen mensenrechten van belang. Bepaalde mensenrechten kunnen uit hun aard volgens het Hof niet worden uitgeoefend door een organisatie, maar vereisen de tussenkomst van de individuele leden. Het gaat daarbij onder meer om de artikelen 2, 3 en 5 EVRM.⁶⁴ Vergelijkbaar met het recht op leven, het verbod op foltering en het recht op vrijheid en veiligheid, is het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven (art. 8).⁶⁵ Deze rechten en vrijheden hebben gemeenschappelijk dat niet (of minstens niet vanzelfsprekend) valt in te zien hoe een rechtspersoon rechtstreeks in deze rechten en vrijheden zou kunnen worden getroffen.⁶⁶ Het invoeren van deze rechten door een ngo is dan ook (veelal) onverzoenbaar met de kwalificatie als *slachtoffer* in de zin van artikel 34 EVRM.

46. In het licht van de rechtspraak van het EHRM moet aldus worden geconcludeerd dat een verzoekschrift vanwege een ngo voor het EHRM niet ontvankelijk zal zijn in de mate dat het zich beroept op een schending van de artikelen 2, 3 en 5 EVRM. De ontvankelijkheid van het verzoekschrift is evenzeer betwistbaar in de mate dat de ngo zich beroept op artikel 8 EVRM. Opdat een ngo zich ontvankelijk zou kunnen beroepen op artikel 8 EVRM, is vereist dat (i) wordt aangetoond dat de individuele leden niet in de mogelijkheid waren om in eigen naam op te treden, minstens dat (ii) de betrokken ngo aantoont dat haar eigen belangen, te onderscheiden van deze van de individuele leden, dusdanig worden getroffen dat er sprake is van een schending van artikel 8 EVRM.

⁶³ EHRM 7 december 2021, *Yusufeli İlçesini Güzelleştirme Yaşatma Kültür Varliklarini Koruma Derneği/Turkije*, overw. 39.

⁶⁴ EHRM 7 december 2021, *Yusufeli İlçesini Güzelleştirme Yaşatma Kültür Varliklarini Koruma Derneği/Turkije*, overw. 41.

⁶⁵ EHRM 7 december 2021, *Yusufeli İlçesini Güzelleştirme Yaşatma Kültür Varliklarini Koruma Derneği/Turkije*; EHRM 29 juni 1999 (beslissing) *Asselbourg e.a./Luxemburg*, nr. 29121/95.

⁶⁶ In de zaak van 7 december 2021 concludeerde het EHRM dat een ngo met als maatschappelijk doel onder meer het verhinderen van bouwwerken met betrekking tot de Yusufeli Dam niet rechtstreeks wordt getroffen in haar recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven door een beslissing vanwege het Ministerie van Energie en Natuurlijke Bronnen tot het opstarten van bouwwerken met betrekking tot de Yusufeli Dam. Bijgevolg kan deze ngo niet als een *slachtoffer* worden gekwalificeerd, zodat haar verzoekschrift onontvankelijk werd bevonden.

47. In het geannoteerde vonnis wordt het subsidiair met de collectieve acties gediende belang van de huidige en de toekomstige generatie Nederlandse ingezetenen en (voor de Waddenvereniging) (de inwoners van) het deels in Nederland gelegen Waddengebied aanvaard in hoofde van Milieudefensie, Greenpeace Nederland, Fossielvrij NL, de Waddenvereniging, Both Ends en JMA. Het in hoofdorde aangevoerde collectieve belang ten dienste van de wereldbevolking werd niet aanvaard.

48. De vordering van de overige individuele eisers werd door de Haagse rechtbank onontvankelijk bevonden omdat zij geen eigen belang zouden hebben dat te onderscheiden is van de voormelde collectieve acties.

49. Het is juist dat de invulling van het begrip *slachtoffer* in de zin van artikel 34 EVRM autonoom is en los dient te worden gezien van enige nationaal-rechtelijke interpretatie van de belangvereiste. Echter, uit de hierboven geschetste rechtspraak volgt wel dat – nog los van enige ontvankelijkheidsdiscussie – niet elk mensenrecht van toepassing kan zijn op een ngo. Nochtans wordt in het geannoteerde vonnis ten aanzien van een ngo een (dreigende) *fout* of *onrechtmatig handelen* vastgesteld in het licht van de artikelen 2 en 8 EVRM. Een ngo kan evenwel uit zichzelf geen recht op leven laten gelden. Zoveel staat vast. Voorts blijkt nergens uit het geannoteerde vonnis hoe de betrokken ngo rechtstreeks zou worden getroffen in haar recht op privé-, familie- en gezinsleven (niets verhindert haar individuele leden om in eigen naam op te treden).

50. Indien een ngo zich niet kan beroepen op de artikelen 2 en 8 EVRM, valt niet in te zien hoe een eventuele fout in hoofde van Shell ten aanzien van deze ngo zou kunnen en moeten worden beoordeeld in het licht van de artikelen 2 en 8 EVRM.

51. Ook vanuit die optiek is het geannoteerde vonnis o.i. voor kritiek vatbaar. Indien de vordering van de individuele eisers ontvankelijk zou zijn verklaard, zou de situatie anders zijn. Individuele personen kunnen evident een recht op leven en privé-, familie- en gezinsleven laten gelden. Ook ten aanzien van hen geldt evenwel dat moet worden aangetoond in welke mate zij dreigen te worden getroffen in deze mensenrechten.

D. BETREFFENDE *SOFT LAW*-INSTRUMENTEN EN TECHNISCHE DOCUMENTATIE ALS JURIDISCH BINDENDE NORMEN VIA DE WERKING VAN DE ALGEMENE ZORGVULDIGHEIDSNORM

52. Ter verantwoording van zijn keuze om de artikelen 2 en 8 EVRM door te trekken naar een private speler zoals RDS en in haar hoofde vervolgens een eigen

actieve reductieverplichting in aanmerking te nemen, verwijst de Rechtbank in het *Shell*-vonnis naar tal van *soft law*-instrumenten en technische documentatie.

53. Naar aanleiding van de *Urgenda*-uitspraak van de Hoge Raad is reeds heel wat inkt gevloeid over de mogelijkheid om *soft law*-instrumenten⁶⁷ te betrekken in het kader van geschillenbeslechting. In heel dit debat zijn wij geneigd een genuanceerde positie in te nemen. Uit zgn. *soft law*-instrumenten en *a fortiori* technische studies kunnen niet rechtstreeks bepaalde verplichtingen worden afgeleid. Dat geldt zowel voor Staten als voor bedrijven. Daarmee is echter niet gezegd dat deze documenten irrelevant of zinledig zouden zijn. De waarde van deze instrumenten en studies zullen zich in het kader van een geschil echter slechts onrechtstreeks uiten, bijvoorbeeld – zoals *in casu* – bij de invulling van de open zorgvuldigheidsnorm of bij de beoordeling van de causaliteit. Het standpunt dat deze instrumenten geen enkele waarde zouden hebben, achten wij moeilijk verdedigbaar.⁶⁸

54. Daarmee is echter nog niet beslecht *hoe soft law*-instrumenten moeten worden aangewend/geïnterpreteerd bij de invulling van de open zorgvuldigheidsnorm uit artikel 6:120 BW. Een veelvoorkomende eigenschap van dergelijke instrumenten houdt immers verband met de vage of dubbelzinnige omschrijving van de hierin opgenomen verplichtingen. Dat is des te meer het geval omdat dergelijke documenten vaak het resultaat zijn van een globaal compromis.⁶⁹ De rechter die besluit om deze instrumenten te betrekken in zijn beoordeling, doet dit dan ook best met de nodige omzichtigheid en dient daarbij ook de nodige aandacht te besteden aan de context waarin deze *soft law*-instrumenten tot stand zijn gekomen.

⁶⁷ De OECD Guidelines for multinational enterprises, Global Compact en de Ruggie Principles betreffen één voor één *soft law*; zie bv. J. SPIER, “Pogingen om het debat over klimaatverandering juridisch handen en voeten te geven: de ‘Oslo Principles’ en de ‘Principles on Climate Obligations of Enterprises’”, *TMR* 2018, 640; G. SCHAİKO en M. CHRISTIAENS, “Klimaatverplichtingen en mensenrechten: een opmerkelijke (r)evolutie (noot onder arrest Gerechtshof den Haag dd. 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591)”, *MER* 2021, nr. 1, 32-58.

⁶⁸ In de praktijk moet bovendien worden vastgesteld dat rechters zich vaak wenden tot niet-normatieve wetenschappelijke studies (ook buiten de context van klimaatverandering). Zo kan bv. worden gewezen op het contentieux betreffende de luchthaven Zaventem, waarin o.m. rekening werd gehouden met aanbevelingen vanwege de Wereldgezondheidsorganisatie (Rb. Brussel (FR) 1 december 2019, onuitg.; Brussel 31 maart 2017, onuitg. Zie in eenzelfde zin: J. SPIER, “Pogingen om het debat over klimaatverandering juridisch handen en voeten te geven: de ‘Oslo Principles’ en de ‘Principles on Climate Obligations of Enterprises’”, *TMR* 2018, afl. 6, 640; G. SCHAİKO en M. CHRISTIAENS, “Klimaatverplichtingen en mensenrechten: een opmerkelijke (r)evolutie (noot onder arrest Gerechtshof den Haag dd. 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591)”, *M.E.R.* 2021, nr. 1, 32-58.

⁶⁹ G. SCHAİKO en M. CHRISTIAENS, “Klimaatverplichtingen en mensenrechten: een opmerkelijke (r)evolutie (noot onder arrest Gerechtshof den Haag dd. 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591)”, *M.E.R.* 2021, nr. 1, 32-58.

55. Wat betreft vooreerst de zgn. UNGP geldt dat deze richtlijnen niet enkel de Staten viseren, maar ook ondernemingen, ongeacht echter of hun werkings-sfeer internationaal is, ongeacht hun grootte, sector, locatie of (eigendom)structuur.⁷⁰ Vanuit die optiek zijn de herhaalde overwegingen van de Haagse rechtbank inzake de aanzienlijke bijdrage van RDS op het vlak van klimaatopwarming *in se* irrelevant. Indien de Haagse rechtbank van oordeel is dat uit deze UNGP een juridisch afdwingbare toezegging kan worden afgeleid tot naleving van de mensenrechten en, daaraan gekoppeld, een juridisch afdwingbare verplichting om een reductiebeleid te voeren, geldt dat voor elk bedrijf dat een bijdrage levert aan de klimaatverandering zonder onderscheid.

56. De redenering van de Haagse rechtbank dat er uit deze *soft law*-instrumenten een actieve verplichting in hoofde van RDS kan worden afgeleid om zelf passende maatregelen te nemen voor de reductie van haar CO₂-uitstoot is o.i. voor kritiek vatbaar. De UNGP specificeren immers uitdrukkelijk dat deze geen nieuwe internationale verplichtingen creëren, noch afbreuk doen aan het wettelijk kader dat Staten zouden hebben uitgewerkt in uitvoering van hun internationale verplichtingen op het vlak van mensenrechten.⁷¹ Het EHRM is echter, zoals reeds toegelicht, uitsluitend gericht tot de Verdragsluitende Staten. Er bestaat weliswaar een verplichting in hoofde van de Staten om de naleving van mensenrechten ook te verzekeren op horizontaal niveau, maar dat kan niet worden gelijkgesteld met de situatie waarin rechtsonderhorigen (zoals ondernemingen) rechtstreeks zouden zijn gebonden door het EVRM. De uitlegging door de Haagse rechtbank van de verplichtingen uit het UNGP vult derhalve het vigerend internationaal regelgevend kader aan met nieuwe regels. Een en ander vindt geen steun in het principe van de UNGP vermits op deze manier via de UNGP *nieuwe* regels worden gecreëerd.

57. De UNGP rust voorts op drie pijlers⁷², de zgn. “Ruggie-principes”.⁷³ Het eerste hoofdstuk is gericht tot de Staten (*Protect – beschermen*) en onderschrijft dat Staten gehouden zijn tot het beschermen van internationaal erkende mensenrechten. Het tweede hoofdstuk is gericht tot bedrijven (*Respect – naleven*): bedrijven zijn gehouden tot het respecteren van nationale en internationale regelgeving waaronder mensenrechten. Tot slot dienen conform hoofdstuk III slachtoffers van schendingen rechtsherstel te kunnen verkrijgen (*Remedy – compensatie*).

⁷⁰ https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf, 6. (geraadpleegd 18 oktober 2021).

⁷¹ https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf, 6.

⁷² <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/un-guiding-principles-on-business-human-rights/> (geraadpleegd op 3 november 2021).

⁷³ Genoemd naar prof. John G. RUGGIE, auteur van de UNGP, <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/john-ruggie-author-of-the-guiding-principles-has-passed-away/> (geraadpleegd op 3 november 2021).

58. De UNGP geven blijk van gedifferentieerde en complementaire verplichtingen in hoofde van Staten en bedrijven met betrekking tot mensenrechten. Bedrijven moeten weliswaar mensenrechten *naleven* in het kader van hun bedrijfsvoering, maar het komt de Staten toe om ter zake een gepast beleid en reglementair kader te creëren.⁷⁴

59. Dit geldt o.i. bij uitstek voor de artikelen 2 en 8 EVRM binnen de context van milieuhinder. Elke industriële activiteit veronderstelt immers een zekere mate van milieuhinder. Deze milieuhinder impliceert echter nog geen schending van de artikelen 2 en 8 EVRM, hoewel omwonenden zich beroepen op een aantasting van hun recht op (privé)leven. Essentieel daarbij is dat de overheid een reglementair kader uitvaardigt dat bepaalt binnen welke contouren de verwachte milieuhinder als aanvaardbaar kan worden beschouwd. Het is binnen deze *reglementaire* context dat de houding van ondernemingen op het vlak van mensenrechten moet worden beschouwd. Een rechtstreekse toepassing van de artikelen 2 en 8 EVRM op bedrijven – daarbij abstractie makend van enig reglementair kader – zou hinderlijke bedrijven immers *de facto* zo goed als steeds verplichten om hun activiteiten te staken. Hinderlijke activiteiten houden immers steeds (hoe beperkt soms ook) een inperking in van het recht op (privé)leven. Een absolute doorwerking van de artikelen 2 en 8 EVRM op het niveau van bedrijven dreigt dan ook aanleiding te geven tot een algemene vergunningenstop, nog los van de vraag of het betrokken project implicaties heeft op het niveau van de klimaatopwarming.

60. Behalve de CO₂-emissies zijn er voorts nog tal van andere emissies denkbaar die ook rechtstreeks of onrechtstreeks (bv. door hun cumulatieve impact) een impact kunnen hebben op de gezondheid van rechtsonderhorigen. Maakt de verkoop van niet-elektrische wagens in die omstandigheden een schending uit van de artikelen 2 en 8 EVRM? De aangekochte auto's zullen immers in het verkeer worden ingezet, met een bijkomende uitstoot tot gevolg (zgn. scope 3-emissies). Indien men enkel doelt op de verplichtingen overeenkomstig de artikelen 2 en 8 EVRM, met abstractie van enige reglementaire context die de inverteers-telling van wagens regelt – dreigt dit wel de conclusie te worden. Een en ander heeft tot gevolg dat niet alleen tal van hinderlijke activiteiten op slot gaan, maar ook niet-hinderlijke activiteiten (zoals de verkoopactiviteiten van autoverdelers), waarvan de verkochte producten onvermijdelijk aanleiding kunnen geven tot bepaalde emissies. Het kan bezwaarlijk de bedoeling zijn dat we terug worden gekatapulteerd naar het pre-industriële tijdperk omdat we als samenleving niet langer risico's aanvaarden, hetgeen begint door te sijpelen in de rechtspraak.

61. Een en ander pleit dan ook voor een andere invulling van de mensenrechten naargelang het een Staat dan wel een bedrijf betreft. Die interpretatie vindt ook bevestiging in de communicatie van het VN-kantoor van de Hoge Com-

⁷⁴ https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQ_PrinciplesBusinessHR.pdf, 9-10.

missaris Mensenrechten. Zo stelt men dat, binnen de context van de strijd tegen de klimaatverandering, “[v]an staten wordt verwacht dat zij een reeks doeltreffende maatregelen nemen ter bescherming tegen bedrijfsgerelateerde klimaatverandering op hun grondgebied en/of onder hun jurisdictie. Evenzo is het mogelijk dat ondernemingen zich niet kunnen kwijten van hun verantwoordelijkheid om alle internationaal erkende mensenrechten te eerbiedigen, tenzij zij overwegingen inzake klimaatverandering integreren in hun due diligence procedures inzake mensenrechten”.⁷⁵ Opvallend is bovendien dat een informatieve nota wordt aangekondigd ter verduidelijking van de onderscheiden verplichtingen binnen de context van de strijd tegen de klimaatverandering. De wijze waarop bedrijven invulling moeten geven aan de mensenrechtelijke verplichtingen inzake de strijd tegen de klimaatverandering zou met name onduidelijk zijn en bijkomende toelichting wensen. Tegen die achtergrond is eens te meer moeilijk te aanvaarden dat het handelen van RDS op grond van de UNGP onrechtmatig wordt bevonden en RDS bijgevolg wordt veroordeeld tot een verregaande reductieverplichting.

62. Niet onbelangrijk is voorts dat de UNGP door de Haagse rechtbank werden betrokken omdat RDS destijds de UNGP had onderschreven. Wat echter met bedrijven die de UNGP niet onderschreven? De UNGP blijkt in de redenering van de Haagse rechtbank immers een cruciale rol te hebben gespeeld bij de verantwoording van de directe horizontale werking van de artikelen 2 en 8 EVRM. Blijven dergelijke bedrijven dan buiten schot? Hoe valt dat dan te verantwoorden in het licht van het gelijkheidsbeginsel? Een en ander doet besluiten dat er een risico bestaat op scheefftrekking in verplichtingen. Zoals blijkt uit de zgn. Taxonomie-verordening⁷⁶ – die ertoe strekt het beleggingslandschap te verduurzamen aan de hand van *uniforme criteria* – vergt de strijd tegen de klimaatverandering echter een *systemische* benadering.⁷⁷ Daarbij moet opgemerkt worden dat met deze verordening mee uitvoering wordt gegeven aan de mensenrechtelijke bepalingen die onder meer zijn opgenomen in *soft law*-instrumenten. Zo worden onder meer de OESO-Richtlijnen bij naam genoemd (overw. 44).

⁷⁵ <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/Climate-Change-and-the-UNGPs.aspx> (geraadpleegd op 3 november 2021): “*The UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) do not address climate change explicitly. Nevertheless, the UNGPs are relevant to climate mitigation efforts on the part of States, businesses and other stakeholders. For example, as part of their Pillar I duty under the UNGPs, States would be expected to take a range of effective measures to protect against business-related climate change within their territory and/or jurisdiction. Similarly, business enterprises may not be able to discharge their responsibility to respect all internationally recognised human rights unless they integrate climate change considerations into their human rights due diligence processes. Diverse judicial and non-judicial mechanisms are also being used to seek remedies against both States and businesses for causing, contributing to, or failing to prevent climate change*”.

⁷⁶ Verordening 2020/852 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2020 betreffende de totstandbrenging van een kader ter bevordering van duurzame beleggingen en tot wijziging van Verordening (EU) 2019/2088.

⁷⁷ Overw. 7 Taxonomie-Verordening.

63. Ook in het *Shell*-vonnis passeren de OESO-Richtlijnen de revue. In navolging van de UNGP werd een nieuw hoofdstuk toegevoegd aan de OESO-Richtlijnen gewijd aan de problematiek betreffende de doorwerking van mensenrechten ten aanzien van bedrijven. De OESO-Richtlijnen vermelden als algemeen uitgangspunt dat bedrijven gehouden zijn tot naleving van de internationaal erkende mensenrechten die door hun activiteiten worden beïnvloed (*Respect*). Onder het hoofdstuk IV “Mensenrechten” verduidelijken de OESO-Richtlijnen dat Staten de verplichting hebben om mensenrechten te *beschermen*. Bedrijven dienen mensenrechten te respecteren “*binnen het kader van internationaal erkende mensenrechten, de internationaal erkende mensenrechten van de bedrijven waarin zij operationeel zijn evenals de relevante nationale wetten en reglementering*”.⁷⁸ Binnen dit kader wordt onder meer vereist dat bedrijven: (i) binnen de context van hun eigen activiteiten, vermijden dat zij nadelige gevolgen voor de mensenrechten veroorzaken of daartoe bijdragen aan negatieve effecten op de mensenrechten en dergelijke effecten aanpakken wanneer zij optreden en (ii) zoeken naar manieren om negatieve gevolgen voor de mensenrechten die rechtstreeks verband houden met hun bedrijfsactiviteiten, producten of diensten door een zakelijke relatie te voorkomen of te beperken, zelfs als zij niet bijdragen aan deze effecten.⁷⁹

64. Inzake mensenrechten worden tot slot ook nog de UN Global Compact-beginselen genoemd. Dit zijn tien beginselen die werden afgeleid uit de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, de Verklaring van de Internationale Arbeidsorganisatie inzake fundamentele beginselen en rechten op het werk, de Verklaring van Rio inzake milieu en ontwikkeling en het Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie.⁸⁰ Wat betreft mensenrechten in het algemeen evenals het milieu in het bijzonder zijn de volgende principes relevant: beginsel 1: bedrijven moeten de bescherming van internationaal afgekondigde mensenrechten steunen en eerbiedigen; beginsel 2: bedrijven moeten ervoor zorgen dat zij niet medeplichtig zijn aan schendingen van de mensenrechten; beginsel 7: bedrijven moeten een voorzorgsbenadering van milieu-uitdagingen steunen; beginsel 8: bedrijven moeten initiatieven nemen ter bevordering van meer milieuverantwoordelijkheid; en beginsel 9: bedrijven moeten de ontwikkeling en verspreiding van milieuvriendelijke technologieën aanmoedigen.⁸¹

65. Wat betreft mensenrechten wordt er ook binnen de context van de UN Global Compact-principes van uitgegaan dat van bedrijven kan worden verwacht dat zij de bescherming van mensenrechten steunen en eerbiedigen (*Respect*). In

⁷⁸ <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>, 31 (geraadpleegd op 3 november 2021).

⁷⁹ <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>, 31 (geraadpleegd op 3 november 2021).

⁸⁰ <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles> (geraadpleegd op 3 november 2021).

⁸¹ <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles> (geraadpleegd op 3 november 2021).

hoofde van deze bedrijven is echter niet voorzien dat zij zelf verantwoordelijk zouden zijn voor het op poten zetten van deze bescherming. Dat valt onder de eerste pijler (*Protect*) en betreft een overheidstaak. De vaststelling dat het vanuit de rechtszekerheid niet wenselijk is om aan de voormelde *soft law*-instrumenten een bindende werking toe te kennen, is allicht mede de reden voor het recent wetgevend initiatief van het Europese Parlement en de Europese Raad. Op 23 februari 2022 heeft de Europese Commissie het voorstel voor een Richtlijn inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn 2019/1937 goedgekeurd. Dit voorstel van richtlijn heeft tot doel om mensenrechten en milieuoverwegingen, zoals ook nader ingevuld in de voormelde *soft law*-instrumenten, te laten doorwerken op het niveau van de bedrijfsvoering. Deze doelstelling wordt passend als volgt verwoord: “De handelspraktijken van ondernemingen in alle sectoren van de economie zijn essentieel voor het welslagen van de overgang van de Europese Unie naar een klimaatneutrale en groene economie, overeenkomstig de Europese Green Deal, en voor het bereiken van de duurzameontwikkelingsdoelstellingen van de VN, waaronder de doelstellingen inzake mensenrechten en milieu. Daartoe moeten zij in hun waardeketens alomvattende processen opzetten om nadelige gevolgen voor de mensenrechten en het milieu te beperken, duurzaamheid in *corporate governance* en de beheersystemen integreren en zakelijke beslissingen afstemmen op de gevolgen voor de mensenrechten, het klimaat en het milieu, alsook op de veerkracht van de onderneming op langere termijn” (p. 1).

Hoewel het voormelde wetgevend initiatief het belang van mensenrechten onderschrijft op individueel bedrijfsniveau, bevestigt het genomen initiatief eveneens dat een gecoördineerde actie is vereist. De problematiek van de klimaatverandering is bij uitstek grensoverschrijdend, zodanig dat maatregelen van individuele lidstaten en *a fortiori* maatregelen van individuele bedrijven als dusdanig ontoereikend zijn om dit probleem aan te pakken: “Ten eerste is het onwaarschijnlijk dat de wetgeving van de lidstaten op dit gebied op zichzelf voldoende en efficiënt is. Wat specifieke grensoverschrijdende problemen betreft, zoals verontreiniging, klimaatverandering, biodiversiteit enz., wordt individueel optreden bemoeilijkt wanneer andere lidstaten geen actie ondernemen. Het is onwaarschijnlijk dat internationale verbintenissen, zoals de doelstellingen van de Overeenkomst van Parijs inzake klimaatverandering van het UNFCCC52, het Verdrag inzake biologische diversiteit en andere multilaterale milieuovereenkomsten, door maatregelen van individuele lidstaten alleen kunnen worden verwezenlijkt. Voorts hebben de risico’s die voortvloeien uit de negatieve effecten op de mensenrechten en het milieu in de waardeketens van ondernemingen vaak grensoverschrijdende gevolgen (bv. verontreiniging, transnationale toeleverings- en waardeketens)” (p. 15-16).

Het voorstel van Richtlijn bevestigt ook dat het kader waarbinnen de ondernemingen hun activiteiten moeten organiseren, moet worden vastgesteld door de lidstaat, inz. de wetgevende macht.

Specifiek in het kader van de bestrijding van de klimaatveranderingen is van belang dat het voormelde voorstel van Richtlijn voorziet in een verplichting in hoofde van de lidstaten om te bewaken dat ondernemingen een plan vaststellen om ervoor te zorgen dat het bedrijfsmodel en de strategie van de onderneming verenigbaar zijn met de overgang naar een duurzame economie en met de beperking van de opwarming van de aarde tot 1,5 °C, overeenkomstig de Overeenkomst van Parijs. Voorts geldt dat de lidstaat ervoor moet zorgen dat, indien de klimaatverandering geïdentificeerd is of had moeten zijn als een belangrijk risico voor of een belangrijk effect van de activiteiten van de onderneming, de onderneming emissiereductiedoelstellingen in haar plan opneemt.

In het licht van dergelijke verregaande regelgevende initiatieven zal het allicht niet langer nodig zijn voor de burgerlijke rechter om via de omweg van de mensenrechten en soft law-instrumenten het thans ontoereikende beleid op het vlak van klimaatbestrijding eigenhandig op te vullen.

66. Tot slot moet worden stilgestaan bij de concrete reductiedoelstelling waar- toe RDS wordt veroordeeld: RDS is gehouden om aan het eind van het jaar 2030 haar CO₂-emissies (scope 1, 2 en 3) ten minste te verminderen met netto 45% in vergelijking met het niveau van het jaar 2019. Het referentiejaar hangt samen met het jaar waarop de vordering door Milieudefensie werd ingeleid. De reductiedoelstelling van 45% volgt uit het SR15-rapport van het IPPC. Dit rapport vermeldt onder meer dat het beperken van de opwarming tot 1,5 °C vereist dat de mondiale CO₂-emissies in 2030 met netto 45% moeten zijn teruggebracht (bandbreedte 40-60%) ten opzichte van 2010 en in 2050 met netto 100% (bandbreedte 2045-2055).⁸² Eenzelfde percentage wordt gehanteerd in de “Net Zero Emissions by 2050 (NZE2050) case”.⁸³

67. Aldus moet worden vastgesteld dat ten aanzien van RDS eenzelfde reductiedoelstelling wordt opgelegd als deze die geldt op mondiaal niveau. Wellicht zal de wijdverspreide actieradius van RDS hierin een rol hebben gespeeld. Die interpretatie concordeert met de zgn. Principles on Climate Obligations of Enterprises (hierna: “EP”) die gespiegeld zijn aan de zgn. Oslo-principes. De logica erachter is dat wanneer een land zijn uitstoot met x% moet verminderen, dit ook moet gelden voor de bedrijven die daar actief zijn. Zo niet, zou dat land het vooropgestelde percentage immers per definitie niet behalen. Voor bedrijven die op wereldschaal actief zijn, zou dan het percentage dat geldt voor de wereld als geheel in acht moeten worden genomen.⁸⁴

⁸² Shell-vonnis § 2.3.5.2 (zie ook voetnoot 5).

⁸³ Shell-vonnis, § 2.4.11 (zie ook voetnoot 20).

⁸⁴ J. SPIER, “Pogingen om het debat over klimaatverandering juridisch handen en voeten te geven: de ‘Oslo Principles’ en de ‘Principles on Climate Obligations of Enterprises’”, *TMR* 2018, 637-638.

68. Tegelijk rijzen er vragen bij de precieze werkbaarheid van een dergelijke doelstelling. Dat de 45%-reductiedoelstelling scope 1, 2 en 3-emissies viseert op globaal niveau bekeken is logisch. Minder evident is dat echter voor een individuele onderneming (ook al heeft ze de grootte van Shell) eveneens wordt gekeken naar deze scope 1, 2 en 3-emissies. Het weze opnieuw benadrukt dat Shell niet dezelfde bevoegdheden heeft als een Staat en *a fortiori* niet als een soort van absolute wereldmacht. Er valt moeilijk in te zien hoe Shell wereldwijd elk van deze type emissies zou kunnen controleren en sturen.

69. Het interpreteren en toepassen door een rechter van wetenschappelijke documenten zoals *in casu* is niet zonder risico. Zoals reeds toegelicht, worden *soft law*-instrumenten veelal gekenmerkt door vage verplichtingen die nadere invulling op nationaal niveau behoeven en zijn zij het resultaat van compromissen (wat vaak ook nefast is voor de duidelijkheid van de gebruikte bewoordingen). Wat betreft wetenschappelijke onderzoeken geldt een vergelijkbare kritiek. Het is juist dat er een wereldwijde consensus bestaat over het probleem van de klimaatverandering. De wijze waarop dit probleem moet worden aangepakt en welke activiteiten in dat kader bij voorrang moeten worden bijgestuurd, is echter minder evident (zie bv. de zeer actuele discussie inzake kernenergie en gascentrales. De ene vorm van energie is CO₂-neutraal, de andere is veiliger want heeft geen radiologisch risico). Ter zake bestaan er uiteenlopende visies en is er dus ruimte voor verschillende beleidskeuzes. Wanneer de rechter hier zelf een standpunt inneemt, doet hij impliciet maar zeker aan beleidsvoering, wat moeilijk verenigbaar is met het rechtsbeginsel van de scheiding der machten.

70. Een ander risico volgt uit het feit dat deze wetenschappelijke studies vaak zeer complex en moeilijk verstaanbaar zijn voor derden (zoals juristen, die geen bijzondere expertise in klimaatwetenschap hebben). In welke mate kunnen deze complexe analyses zonder meer door een rechtbank worden toegepast op een individueel bedrijf? Te meer wanneer deze wetenschappelijke studies niet uitgaan van een individueel bedrijf, maar het probleem bekijken op wereldschaal? Dit alles is zeer betwistbaar. Het is trouwens nog maar de vraag of de rol van de rechter beperkt moet zijn tot de validatie van wetenschappelijke gegevens: belanden we dan niet in een technocratie, zonder enige ruimte voor maatschappelijke afweging door de beleidsmakers? Tenzij de beleidsmakers juridisch dwingende rechtsnormen miskennen, belanden we in de discretionaire appreciatiebevoegdheid van het bestuur.

71. Het mag wel duidelijk zijn dat wetenschappelijke inzichten en algemene technische of wetenschappelijke standaarden steeds belangrijker worden.⁸⁵ Wanneer

⁸⁵ P. GILLAERTS, "Mijlpaalarrest Hoge Raad in Urgendazaak: 'to share is to (create a duty of) care?'" , *TMILRE* 2020, nr. 1, 82.

er een algemene consensus bestaat over bepaalde wetenschappelijke elementen of gedragsnormen, verworden die *de facto* in feite tot juridisch afdwingbare normen via de weg van bijvoorbeeld de algemene zorgvuldigheidsnorm. Hoewel de juridische doorwerking ervan onrechtstreeks is, verandert dat weinig aan het resultaat. *Soft law*-instrumenten evenals wetenschappelijke studies worden, wanneer zij breed gedragen zijn, *de facto* bindend, zelfs onafhankelijk van enige deelname aan de totstandkoming van deze standaarden of studies. Hierbij past wel een kanttekening: de wetenschappelijke uitgangspunten in het *Shell*-vonnis werden niet betwist door RDS. Mocht daaromtrent wel betwisting hebben bestaan, dan zouden deze studies mogelijk minder ver hebben doorgewerkt.

E. BETREFFENDE DE DRAAGWIJDTE EN IMPLICATIES VAN HET ETS-SYSTEEM

72. Zoals blijkt uit het *Shell*-vonnis was een van de belangrijkste tegenargumenten van RDS dat de activiteiten van Shell reeds waren gedekt door het Europees systeem van handel in emissierechten (hierna: “EU ETS”) en andere, elders ter wereld geldende ‘*cap and trade*’-emissiestelsels. Dit argument werd echter door de Rechtbank van de hand gewezen. De Rechtbank gaf weliswaar aan met deze elementen rekening te houden bij de invulling van de uit artikel 6:162 BW voortvloeiende rechtsplicht, maar concludeerde niettemin dat het EU ETS-systeem geen vrijwarende werking heeft vermits het (i) slechts een deel van de emissies dekt waarvoor Shell verantwoordelijk is; (ii) slechts van toepassing is binnen de Europese Unie terwijl de wereldwijde emissies van invloed zijn op de klimaatverandering en (iii) de reductieverplichting die de Rechtbank aan RDS toeschrijft verder reikt dan de reductiedoelstelling van het ETS-systeem.⁸⁶

73. Gelet op de complexiteit van het ETS-systeem en om de redenering van de Rechtbank goed te kunnen plaatsen, past het om kort even stil te staan bij de precieze werking van dit systeem.

74. Met de EG-richtlijn tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten (hierna: “Richtlijn Emissiehandel”)⁸⁷ is het ETS geïntroduceerd op 1 januari 2005. De Richtlijn Emissiehandel heeft tot doel emissies van broeikasgassen op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze te verminderen zodanig dat de Europese Unie en haar lidstaten “*met een zo gering mogelijke teruggang van de economische ontwikkeling en de werkgelegenheid [kunnen voldoen] aan hun verplichtingen*” uit het VN-Klimaatverdrag, het Protocol

⁸⁶ *Shell*-vonnis, § 4.4.44 e.v.

⁸⁷ Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad, *Pb.L.* 25 oktober 2003, nr. 275, 32.

van Kyoto en de Overeenkomst van Parijs inzake klimaatverandering van 2015.⁸⁸ Deze Richtlijn Emissiehandel wordt voorts geëvalueerd in het licht van de voormelde juridische instrumenten om te bewaken dat voldoende vordering wordt gemaakt met de vermindering van broeikasgasemissies.⁸⁹ Een Europese regeling inzake de toewijzing van emissierechten door de lidstaten werd noodzakelijk geacht om “*de eenheid van de interne markt te helpen bewaren en concurrentievervalsing te voorkomen*”.⁹⁰

75. Het ETS-systeem is in essentie gesteund op een zgn. “*cap-and-trade*”-systeem waarbij het totale aantal beschikbare emissierechten beperkt is (‘*cap*’), maar vrij onder elkaar kunnen worden uitgewisseld (‘*trade*’). Het systeem laat toe om de reductiedoelstellingen te behalen vermits het aantal beschikbare emissierechten elk jaar daalt, zodanig dat exploitanten de keuze hebben: ofwel minder uitstoten, ofwel emissierechten aankopen (hetgeen geleet op de schaarste die wordt gecreëerd ingevolge de daling van de beschikbare emissierechten in principe⁹¹ duurder zou moeten worden).⁹²

76. De Richtlijn Emissiehandel is ingrijpend gewijzigd bij Richtlijn 2009/29/EG⁹³ ten behoeve van de derde handelsperiode, die liep van 2013 tot en met 2020. In deze *derde handelsperiode* zijn een aantal wezenlijke veranderingen doorgevoerd ten opzichte van de eerste twee handelsperiodes.

77. Een van de belangrijkste wijzigingen is dat op Europees niveau (in plaats van per lidstaat) één emissieplafond wordt vastgesteld. De hoogte daarvan moest passen in de doelstelling van de EU om de emissies tegen 2020 met 20% te verlagen ten opzichte van 1990.⁹⁴ Dit komt voor het EU ETS neer op een emissiereductie van 21% in 2020 ten opzichte van 2005.

78. Dit emissieplafond wordt bepaald aan de hand van artikel 9 van de Richtlijn Emissiehandel, dat stelt dat er een maximale hoeveelheid emissierechten is die vanaf 2013 elk jaar voor de hele Unie wordt verleend voor de zgn. broeikasgas-

⁸⁸ Overw. 3-4 Richtlijn Emissiehandel en overw. 3 Richtlijn 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit 2015/1814.

⁸⁹ Overw. 22 Richtlijn Emissiehandel.

⁹⁰ Overw. 7 Richtlijn Emissiehandel.

⁹¹ Dit is althans de theorie. In de praktijk blijkt dit geen vast gegeven. Zie meer uitgebreid: L. LAVRYSEN, “[Het milieuthemarecht] De klimaatverandering” in *Handboek Milieurecht*, Mechelen, Kluwer, 2020, 655-694, 663.

⁹² L. LAVRYSEN, “[Het milieuthemarecht] De klimaatverandering” in *Handboek Milieurecht*, Mechelen, Kluwer, 2020, 662.

⁹³ Richtlijn 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG teneinde de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten van de Gemeenschap te verbeteren en uit te breiden, *Pb.L.* 5 juni 2009, nr. 240, 63.

⁹⁴ *Groenboek van de Commissie, Een kader voor het klimaat- en energiebeleid voor 2030* van 27 maart 2013, par. 2.1, (COM(2013) 169 final).

installaties (hierna “BKG-installaties” of “ETS-installaties”).⁹⁵ Deze maximale hoeveelheid (de “*Unie cap*”) is gebaseerd op de gemiddelde jaarlijkse totale hoeveelheid emissierechten die door de lidstaten in de periode 2008-2012 zijn verleend, verminderd met een lineaire factor van 1,74% per jaar vanaf halverwege de periode 2008-2012. De hoogte van de *Unie cap* verminderde gedurende de derde handelsperiode jaarlijks met die 1,74%.⁹⁶

79. Ook de methode van verdeling van emissierechten werd wezenlijk gewijzigd. Het uitgangspunt is veilen voor de elektriciteitssector⁹⁷ en een kosteloze toewijzing van emissierechten voor de industrie.⁹⁸ Artikel 10 van de Richtlijn Emissiehandel bepaalt dat alle emissierechten binnen de *Unie cap* die *niet* overeenkomstig artikel 10*bis* en 10*ter* van de Richtlijn Emissiehandel kosteloos worden toegewezen, door de lidstaten geveild worden. Om te weten hoeveel emissierechten er ongeveer geveild zullen worden, moet dus eerst bepaald worden hoeveel emissierechten kosteloos toegewezen zullen worden. De wijze waarop de kosteloze toewijzing van emissierechten plaatsvindt, was voor deze derde handelsperiode geharmoniseerd in het Besluit 2011/278/EU van de Europese Commissie.⁹⁹

80. Daarbij gold in elk geval dat aan ETS-installaties die behoren tot sectoren die blootstaan aan een significant “weglekrisico”, in het Engels “*carbon leakage*” genoemd en zoals vastgesteld door de Commissie¹⁰⁰, 100% van de rechten, berekend door toepassing van de benchmarks, kosteloos wordt toegewezen.

⁹⁵ Installaties die de in bijlage I bij de Richtlijn Emissiehandel genoemde activiteiten uitvoeren. Deze regeling is niet van toepassing op de in bijlage I genoemde luchtvaartactiviteiten.

⁹⁶ Op grond van artikel 9*bis* van de Richtlijn Emissiehandel wordt de *Unie cap* aangepast om recht te doen aan:

- (a) toewijzingen aan installaties die in de tweede handelsperiode op basis van nationale regelgeving onder het ETS gebracht zijn;
- (b) installaties die activiteiten uitvoeren die in de derde handelsperiode voor het eerst onder het ETS vallen; en
- (c) kleine installaties die in de derde handelsperiode van deelneming aan het ETS zijn uitgesloten.

⁹⁷ Zie overw. 19 Richtlijn 2009/29/EG.

⁹⁸ Zie overw. 21 en 24 Richtlijn 2009/29/EG. L. LAVRYSEN, “[Het milieu-themarecht] De klimaatverandering” in *Handboek Milieurecht*, Mechelen, Kluwer, 2020, 662.

⁹⁹ Besluit van de Commissie van 27 april 2011 tot vaststelling van een voor de gehele Unie geldende overgangsregeling voor de geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten overeenkomstig artikel 10*bis* van Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad (Pb.L. 17 mei 2011, afl. 130, 1). Dit besluit is inmiddels opgeheven en vervangen door de Gedelegeerde Verordening (EU) 2019/331 van de Commissie van 19 december 2018 tot vaststelling van een voor de hele Unie geldende overgangsregeling voor de geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten overeenkomstig artikel 10*bis* van Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad.

¹⁰⁰ *Carbon leakage* doet zich voor als de productie zich verplaatst naar landen buiten het ETS. De Commissie heeft op grond van art. 10*bis*, lid 13 van de Richtlijn Emissiehandel een lijst van *carbon leakage*-sectoren vastgesteld. Zie Besluit van de Commissie van 27 oktober 2014 tot vaststelling, overeenkomstig Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad,

81. Voor de *vierde handelsperiode* (van 2021-2030) werden opnieuw een aantal belangrijke wijzigingen aan het ETS-systeem doorgevoerd. De basisprincipes zoals hierboven vermeld blijven dezelfde: veiling van rechten blijft de algemene regel en kosteloze toewijzing de uitzondering en het systeem gaat nog steeds uit van een “*cap-and-trade*”-benadering. Dat nog niet wordt overgestapt naar een systeem van volledige veiling wordt verantwoord vanuit de vaststelling dat “[z]olang andere grote economieën geen vergelijkbare maatregelen inzake klimaatbeleid nemen, [...] het tijdelijk uitstellen van een volledige veiling gerechtvaardigd [is] ter voorkoming van een koolstofweglekeffect en is gerichte kosteloze toewijzing van emissierechten aan de industrie gerechtvaardigd ter vermindering van het reële risico op een stijging van de broeikasgasemissies in derde landen waar voor de industrie geen vergelijkbare koolstofbeperkingen gelden”.¹⁰¹

82. Toch wordt het systeem op een aantal punten nader aangescherpt. De EU beoogt met name om de totale broeikasgasemissies van de Unie in 2030 met ten minste 40% terug te dringen ten opzichte van 1990 en meent dat een aangescherpt ETS-systeem het belangrijkste Europese instrument zal zijn om deze reductiedoelstelling te bereiken.¹⁰² Het ETS-systeem wordt zelfs de “*hoeksteen van het klimaatbeleid van de Unie*” genoemd. Om die reden wordt een jaarlijkse reductiefactor van 2,2% (i.p.v. 1,74% (zie *supra*)) vooropgesteld, met andere woorden het totale aantal van de in de EU verleende emissierechten wordt jaarlijks gereduceerd met 2,2%.¹⁰³

83. Uit de “*carbon leakage*”-regeling wordt meteen duidelijk dat het ETS-systeem niet in een vacuüm kan worden beschouwd. Ook de aanpak van derde landen inzake broeikasgasemissies speelt een rol. De Richtlijn Emissiehandel (zoals gewijzigd) bepaalt zo onder meer dat overeenkomsten moeten worden gesloten met de in bijlage B bij het Kyoto-protocol vermelde derde landen om te zorgen voor de wederzijdse erkenning van emissierechten op grond van het ETS-systeem en andere regelingen voor de handel in emissierechten voor broeikasgassen. In dat kader kunnen ook absolute emissieplafonds worden overeengekomen.

84. Het mag duidelijk zijn dat het EU ETS-systeem een duidelijke emissiereductie-doelstelling nastreeft. In de gegeven omstandigheden erkent ook de Haagse

van een lijst van bedrijfstakken en deeltakken die worden geacht te zijn blootgesteld aan een significant CO₂-weglekeffect, voor de periode 2015-2019.

¹⁰¹ Overw. 7 Richtlijn 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit 2015/1814.

¹⁰² F. VANDENDRIESCHE en P. CLAEYS, “‘Target setting’ in het Europese energie- en klimaatbeleid: het ‘Clean Energy Package’”, *TMILRE* 2019, nr. 3, 265-266.

¹⁰³ Overw. (5) en (6) Richtlijn 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit 2015/1814.

rechtbank dat RDS erop mag vertrouwen dat de in aanmerking te nemen belangen (*i.c.* evenwicht tussen milieubescherming en de economie) op de juiste wijze afgewogen zijn bij het verstrekken van de emissierechten door de uitgevende instanties. In die mate erkent de Haagse rechtbank dat het EU ETS-systeem een vrijwarende werking heeft. Die vrijwarende werking wordt echter meteen sterk terugged Schroefd.

85. Immers, de Haagse rechtbank stelt vast dat het EU ETS-systeem enkel een deel van de CO₂-uitstoot waarvoor RDS verantwoordelijk is, afdekt. Niet alleen in de EU, maar wereldwijd zijn er namelijk emissies die een bijdrage leveren tot de klimaatverandering waarvan Nederland getuige is. Het standpunt van de Haagse rechtbank dat het EU ETS-systeem enkel betrekking heeft op emissies binnen de EU is juist. Er is geen globaal ‘*cap and trade*’-systeem. Er zijn echter op globaal niveau wel nog andere ‘*cap and trade*’-systemen werkzaam die, zoals blijkt uit het *Shell*-vonnis (overw. 44), ook door RDS werden aangehaald. Wat betreft die andere ‘*cap and trade*’-systemen geeft de Haagse rechtbank aan dat deze – net zoals het EU ETS-systeem – een vrijwarende werking hebben tot het reductiepercentage dat daarmee wordt nagestreefd. Indien dat lager is dan de op RDS rustende verplichting, dan moet RDS meer doen. Het is o.i. echter inherent tegenstrijdig dat de Haagse rechtbank erkent dat ervan mag worden uitgegaan dat het EU ETS-systeem en bij uitbreiding andere ‘*cap and trade*’-systemen het resultaat zijn van een zorgvuldige afweging tussen de betrokken belangen, maar tegelijk meent dat er van RDS meer kan en moet worden verwacht dan hetgeen volgt uit het EU ETS-systeem of deze andere ‘*cap and trade*’-systemen, zeker nu de Haagse rechtbank deze aanvullende verplichting afleidt uit de algemene zorgvuldigheidsnorm.

86. Daarbij is opvallend dat de Haagse rechtbank aangeeft dat het EU ETS-systeem *in se* enkel toeziet op de zgn. scope 1- en 2-emissies in de EU, maar dat er in hoofde van RDS bijkomend een reductieverplichting zou bestaan voor de scope 3-emissies¹⁰⁴ (*i.e.* emissies door eindgebruikers van Shell-producten – bv. het gebruik van geraffineerde brandstoffen in de mobiliteitssector).¹⁰⁵ De verplichtingen onder het EU ETS-systeem worden door de Haagse rechtbank met

¹⁰⁴ Onder scope 3-emissies vallen alle andere indirecte emissies ten gevolge van de productie. Scope 3-emissies omvatten zowel *upstream*- als *downstream*-emissies gezien vanuit het industriële bedrijf. Onder *upstream*-emissies vallen bv. de emissies van ingekochte halffabricaten en andere ingekochte goederen. Onder *downstream*-emissies vallen onder andere transportemissies tijdens distributie, de emissies tijdens de gebruiksfase van het product en de emissies die vrijkomen aan het einde van de productketen, zoals door afvalverbranding (<https://klimaatweb.nl/wp-content/uploads/po-assets/574999.pdf>, 50 (geraadpleegd op 6 februari 2022)).

¹⁰⁵ In de rechtsleer wordt een dergelijke toewijzing verantwoord in het licht van de Principles on Climate Obligations of Enterprises (EP). Zie J. SPIER, “Pogingen om het debat over klimaatverandering juridisch handen en voeten te geven: de ‘Oslo Principles’ en de ‘Principles on Climate Obligations of Enterprises’”, *TMR* 2018, 638.

andere woorden vervuldigd omdat de Rechtbank klaarblijkelijk van oordeel is dat dit systeem ontoereikend is en doet dit bovendien op grond van het Oxford-rapport (2020). De Haagse rechtbank stelt daardoor de eigen beoordeling in de plaats van de Europese wetgever, wat o.i. niet verenigbaar is met de scheiding der machten.¹⁰⁶ Internationale overeenkomsten en toezeggingen op emissiereductie worden namelijk ook alleen bepaald op basis van de directe (scope 1-)emissies.¹⁰⁷ De keuze om scope 3-emissies en in meer of mindere mate scope 2-emissies niet te betrekken in het EU ETS-systeem wordt verantwoord vanuit de vaststelling dat emissiereducties in scope 2 en 3 niet automatisch bijdragen aan de nationale industriedoelen en aanleiding zouden kunnen geven tot dubbeltellingen.¹⁰⁸ Scope 2- en 3-emissies van het ene bedrijf zullen immers veelal scope 1-emissies van het andere bedrijf zijn en via die weg dus reeds onder het EU ETS-systeem vallen.¹⁰⁹

87. Er valt dan ook niet in te zien hoe – in het licht van de correcte deelname aan het EU ETS-systeem en andere wereldwijde ‘*cap and trade*’-systemen – er alsnog zou kunnen worden geconcludeerd dat RDS dreigt onrechtmatig te handelen. De overwegingen van de Haagse rechtbank lijken er *de facto* op neer te komen dat deze ‘*cap and trade*’-systemen impliciet maar zeker strijdig zijn met de artikelen 2 en 8 EVRM. Het blijkt immers duidelijk dat deze systemen, in het bijzonder het EU ETS-systeem, ontoereikend worden bevonden in het licht van de strijd tegen de klimaatopwarming zodanig dat er in hoofde van RDS aanvullende reductieverplichtingen zouden bestaan om die klimaatdoelstelling te bereiken. Met andere woorden, indien de Haagse rechtbank haar redenering had afge maakt, dan had zij het EU ETS-systeem onwettig moeten verklaren op basis van miskennis van de artikelen 2 en 8 EVRM in samenhang met het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, hetgeen zij niet vermocht te doen zonder het Hof van Justitie daarover te bevragen.

88. Volledigheidshalve is daarbij nog op te merken dat, nog afgezien van de mogelijke dubbeltellingen van de scope 3-emissies met de scope 1- en 2-emissies¹¹⁰, de scope 3-emissies en de aanwezigheid van voldoende regelgevende initiatieven in het *Shell*-vonnis vooral worden beoordeeld vanuit de hoedanigheid van RDS. Dit uitgangspunt is o.i. echter niet geheel correct. Scope 3-emissies vinden weliswaar hun oorsprong in de producten die RDS produceert, maar de eigenlijke emissies die met het gebruik ervan gepaard gaan, zijn te situeren op het niveau van de eindgebruikers. Om de bijdrage van eindgebruikers/consu-

¹⁰⁶ Cf. N. CELIS, “De Belgische klimaatzaak vanuit globaal perspectief: rechtsontwikkeling middels justitiële communicatie?”, *MER* 2021, 28.

¹⁰⁷ Cf. <https://klimaatweb.nl/wp-content/uploads/po-assets/574999.pdf>, 14.

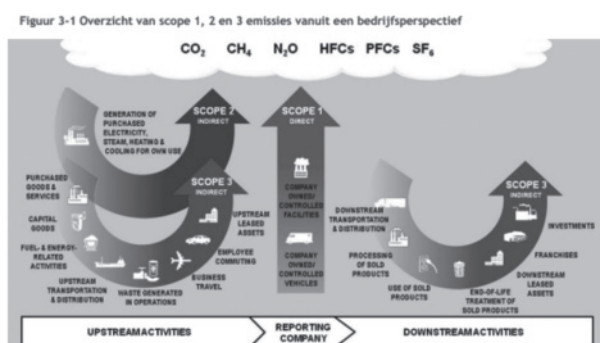
¹⁰⁸ <https://klimaatweb.nl/wp-content/uploads/po-assets/574999.pdf>, 7 en 51.

¹⁰⁹ <https://klimaatweb.nl/wp-content/uploads/po-assets/574999.pdf>, 51.

¹¹⁰ Zie randnr. 73 en voetnoten 91 en 92.

menten inzake emissies in te perken, zijn er onder meer initiatieven genomen om te komen tot een circulaire economie.¹¹¹ Die regelgeving wordt in de oordeelsvorming van de Haagse rechtbank echter niet betrokken. De mate waarin van RDS nog een aanvullende bijdrage op het niveau van de scope 3-emissies zou kunnen worden verwacht, moet o.i. nochtans beoordeeld worden na aftrek van de verplichtingen die ter zake reeds rusten op de eindgebruikers. Daarbij geldt bovendien dat scope 3-emissies en scope 1-emissies in bepaalde omstandigheden communicerende vaten zijn. Zo kan recyclage van grondstoffen aanleiding geven tot een reductie van de scope 3-emissies, maar tegelijk tot een verhoging van de scope 1-emissies omdat de energie nodig voor het recycleren van die grondstoffen wel onder scope 1 valt.¹¹²

89. Een en ander kan grafisch als volgt worden weergegeven¹¹³:



Bron: GHG protocol (2011). Guidance for Calculating Scope 3 Emissions.

90. De complexiteit en verknochtheid van industriële productieprocessen en de marktwerking pleiten dan ook voor een holistische benadering. Het bepalen van individuele reductiedoelstellingen in het kader van een individueel geschil valt niet te verzoenen met deze holistische benadering, noch met de beleidskeuzes die door de Europese wetgever werden gemaakt bij het opzetten van het EU ETS-systeem. Opnieuw moet benadrukt worden dat de rechter zich niet mag bemoeien met beleid, op het gevaar af het rechtsbeginsel van de scheiding der machten te schenden.

¹¹¹ <https://klimaatweb.nl/wp-content/uploads/po-assets/574999.pdf>, 50: “Een voorbeeld waarbij scope 3 emissies relevant zijn, is het recyclen van plastic (zie Figuur 3-2). Bij chemisch en mechanisch recyclen wordt plasticafval door energie-intensieve processen afgebroken tot bouwstenen die weer als grondstof in chemische productieprocessen gebruikt kunnen worden. Deze gerecyclede grondstoffen worden dus weer opnieuw ingezet en worden niet meer verbrand of gestort. De afname van afvalverbranding of stort leidt tot emissiereducties in de totale levenscyclus. Echter valt deze reductie onder de scope 3 emissies van de industrie (...).”

¹¹² <https://klimaatweb.nl/wp-content/uploads/po-assets/574999.pdf>, 50.

¹¹³ <https://klimaatweb.nl/wp-content/uploads/po-assets/574999.pdf>, 50 (figuur 3-1).

F. BETREFFENDE DE VERHOUDING TUSSEN DE REDUCTIEVERPLICHTING EN HET VENNOOTSCHAPSBELANG

91. Het *Shell*-vonnis bevat ook een aantal overwegingen waaruit blijkt dat er een spanningsveld kan bestaan tussen enerzijds het vennootschapsbelang en anderzijds de reductiedoelstelling die de Haagse rechtbank oplegt aan RDS.

92. Zo overweegt de Rechtbank als volgt:

“De rechtbank neemt aan dat de reductieverplichting verstrekkende gevolgen heeft voor RDS en de *Shell*-groep. *De reductieverplichting vraagt om een koerswijziging, waarbij het energiepakket van de Shell-groep zal moeten worden aangepast* (zie rov. 4.4.25). *Dit stelt mogelijk grenzen aan de groei die de Shell-groep kan doormaken. Het met de reductieverplichting gediende belang legt echter meer gewicht in de schaal dan de bedrijfseconomische belangen van de Shell-groep die worden gediend met onverkorte handhaving of zelfs groei van deze activiteiten.* Vanwege de grote gevaren en risico's voor de mensenrechten van de Nederlandse ingezetenen en de inwoners van het Waddengebied, mogen ook van private ondernemingen zoals RDS ingrijpende maatregelen en financiële offers worden geëist om CO₂-uitstoot en daardoor gevaarlijke klimaatverandering tegen te gaan. (...)

RDS kan reductie bewerkstelligen door haar energiepakket te wijzigen. Dit een en ander rechtvaardigt een reductieverplichting die de vaststelling van het beleid van de gehele, wereldwijd opererende Shell-groep door RDS betreft. Het zwaarwegend algemeen belang dat wordt gediend met het nakomen van de reductieverplichting, legt meer gewicht in de schaal dan de nadelige effecten die RDS mogelijk zal ondervinden van de reductieverplichting en de bedrijfseconomische belangen van de Shell-groep die worden gediend met onverkorte handhaving of zelfs groei van CO₂-uitstoot genererende activiteiten. Vanwege de grote gevaren en risico's voor de mensenrechten van de Nederlandse ingezetenen en de inwoners van het Waddengebied, mogen ook van private ondernemingen zoals RDS ingrijpende maatregelen en financiële offers worden geëist om CO₂-uitstoot en daarmee gevaarlijke klimaatverandering tegen te gaan. RDS heeft alle vrijheid om de reductieverplichting naar eigen inzicht na te komen en het concernbeleid van de *Shell*-groep geheel naar eigen inzicht vorm te geven” (eigen accentuering).¹¹⁴

Het voorgaande moet samen worden gelezen met de verplichting in hoofde van RDS om de scope 3-emissies terug te schroeven.

93. Het mag duidelijk zijn dat de Haagse rechtbank de kaart van het klimaat trekt. Overwegingen inzake bedrijfseconomische belangen van de *Shell*-groep worden als onvoldoende overtuigend terzijde geschoven. RDS wordt *de facto* zelfs verplicht (zwaarwegende inspanningsverbintenis) om het aanwenden van de

¹¹⁴ *Shell*-vonnis, §§ 4.4.63 – 4.4.54.

eigen producten door eindconsumenten te ontmoedigen (en zo de scope 3-emissies terug te schroeven). Alternatief is dat RDS haar energiepakket wijzigt zodat via die weg, aan de bron, scope 3-emissies worden beperkt. Gelet op de aard van de activiteiten van Shell komt dit neer op een volledige omwenteling van de *core business* van Shell.

94. Het past bij deze overwegingen een kanttekening te maken in het licht van het zgn. “vennootschapsbelang”.

95. Het Nederlandse recht kent evenzeer de figuur van het “vennootschapsbelang”, maar in het licht van een mogelijke toepassing naar analogie over de landgrenzen heen, wordt dit principe toegelicht in het licht van het Belgisch vennootschapsrecht.

96. Het vennootschapsbelang wordt omschreven als het belang van alle huidige en toekomstige vennoten in de *verwezenlijking van het statutaire voorwerp*. Dit is het belang van alle vennoten, waarbij rekening wordt gehouden met het belang van de vennoten in de toekomst en van de toekomstige vennoten.¹¹⁵ Het betreft een norm van openbare orde, die essentieel is voor het handhaven en het bestaan de vennootschap.¹¹⁶

97. In het licht van het vennootschapsbelang is het dan ook niet vanzelfsprekend en voor kritiek vatbaar dat de Haagse rechtbank RDS een reductieverplichting oplegt die *in se* veronderstelt dat het de eigen producten minder aantrekkelijk maakt voor de eindconsument, zonder dat daar enige positiefrechtelijke verplichting toe bestaat, behoudens dan de extensieve verdragsconforme interpretatie van de zorgvuldigheidsnorm (art. 2 en 8 EVRM). RDS wordt daarmee verplicht om acties te ondernemen die het eigen statutaire doel en de belangen van de vennootschap ondergraven. Dat het beperken van de klimaatverandering ten gevolge van CO₂-emissies een nobele en na te streven doelstelling van algemeen belang is, staat niet ter discussie. Het gaat echter al te ver om via een rechterlijk bevel het vennootschapsbelang, zoals dat van een vennootschap als RDS, ondergeschikt te maken aan de doelstelling om de klimaatwijziging te beperken, althans indien de doelstelling om de klimaatwijziging te beperken niet geschraagd wordt door positiefrechtelijke normen ter zake.

98. Dergelijke bedrijven zullen uiteraard, zoals de Haagse rechtbank stelt, de nodige inspanningen moeten leveren om te verduurzamen. Daarmee is echter nog niet gezegd dat ze in de strijd tegen het klimaat, bij manier van spreken naar een faillissement zouden moeten toewerken. Dat is alleszins geen maatregel die

¹¹⁵ D. VAN GERVEN, “Grondslagen van het rechtspersonenrecht”, *TPR* 2020, 933.

¹¹⁶ Cass. 30 september 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1777; Gent 22 juni 2020, nr. 2018/AR/511 en nr. 2018/AR/585, *TBH* 2021/5, 617-628.

via een rechterlijke injunctie kan worden afgedwongen. De stopzetting of de herpositionering van de activiteiten zou daarentegen wel het gevolg kunnen zijn van regelgeving of een vergunning die niet wordt afgeleverd of hernieuwd.

99. In sommige rechtsleer wordt mede naar aanleiding van het *Shell*-vonnis dedigd dat er een wettelijke verplichting zou bestaan voor bedrijven om investeringsrisico's, inzonderheid klimaatgerelateerde risico's, correct te verrekenen en niet in projecten te investeren die kennelijk niet renderen (lees: projecten die *niet* zijn aangepast aan de klimaattoestand).¹¹⁷ Deze redenering, waarbij wij de zgn. "wettelijke verplichting" begrijpen als een verwijzing naar het vennootschapsbelang, is o.i. al te kort door de bocht. Het vennootschapsbelang kan niet vereenzelvigd worden met het algemeen belang. De mate waarin het vennootschapsbelang kan worden gediend en tegelijk bepaalde 'groene' maatregelen kunnen worden getroffen, zal immers afhangen van de aard van de activiteiten en de omvang van het betrokken bedrijf. Niet elk bedrijf beschikt over de mogelijkheid om haar activiteiten klimaatneutraal te maken. Zelfs in de huidige context van klimaaturgentie kan uit het vennootschapsbelang dan ook geen absolute verplichting worden afgeleid om de vennootschapsactiviteiten af te stemmen op de klimaattoestand. Daarvoor is regelgeving vereist die de activiteiten van ondernemingen aan welbepaalde verplichtingen onderwerpt zodat er voor alle getroffen ondernemingen een *level playing field* ontstaat. De onderneming wordt dan, net als alle concurrerende marktspelers, gedwongen om maatregelen te treffen die bijdragen aan de beperking van de klimaatwijziging. Het vennootschapsbelang houdt vanzelfsprekend niet in dat vennootschappen wettelijke verplichtingen niet zouden moeten nakomen omdat die hun winstgevendheid zouden aantasten.

IV. POTENTIËLE IMPLICATIES VAN HET *SHELL*-VONNIS OP HET NIVEAU VAN HET VLAAMSE VERGUNNINGENBELEID

100. Met het *Shell*-vonnis wordt duidelijk dat het beschikken over de nodige vergunningen of het beschikken over de nodige emissierechten geen vrijgeleide is om niet 'het zijne' te doen in de strijd tegen de klimaatverandering. Net zoals de *Urgenda*-zaak zijn Belgische tegenhanger kent in de zgn. Belgische Klimaatzaak¹¹⁸, is te verwachten dat het klimaat nog aan belang zal winnen in het kader

¹¹⁷ C.M. BILLIET, "Klimaatrechtspraak en bedrijven: het Shellvonnis in het tijt", *Klimaatrechtspraak*, 215.

¹¹⁸ Rb. Brussel (Fr.) 17 juni 2021; N. CELIS, "De Belgische klimaatzaak vanuit globaal perspectief: rechtsontwikkeling middels justitiële communicatie?", *MER* 2021, nr. 1, 14-31; T. MALFAIT, "Het Belgische klimaatvonnis: klimaatbeleid gebuisd maar rechter kan geen concrete reductiedoelstellingen opleggen", *STORM* 2021, nr. 2, 26-31; P. LEFRANC, "Het klimaatzaakvonnis: wachten op 'De man die bomen plantte'?", *TMILRE* 2021, 332-341.

van gerechtelijke procedures evenals in het kader van vergunningsprocedures. Hierna staan wij stil bij de ontwikkelingen die zich o.i. zullen/kunnen voordoen.

A. DE DISCIPLINE KLIMAAT IN HET KADER VAN DE MILIEUEFFECTENBEOORDELING

101. De project-MER-richtlijn (zoals gewijzigd¹¹⁹) bepaalt reeds dat in het kader van de milieueffectenbeoordeling de directe en indirecte aanzienlijke effecten van een project per geval op passende wijze geïdentificeerd, beschreven en beoordeeld moeten worden, onder meer op het vlak van klimaat.¹²⁰ Een milieueffectenrapport moet daarbij verplicht een beschrijving bevatten van de waarschijnlijk aanzienlijke milieueffecten, waaronder het effect van het project op het klimaat (bv. de aard en de omvang van emissies van broeikasgassen) en de kwetsbaarheid van het project voor klimaatverandering.¹²¹

102. Deze verplichtingen zijn voor het Vlaams Gewest omgezet in de bijlagen II en IIIbis bij het DABM resp. in samenhang gelezen met de artikelen 4.3.2, § 1, § 2, § 2bis, § 3, § 3bis en § 4 en 4.3.7, § 1 DABM. Daarbij moet evenwel opgemerkt worden dat de discipline klimaat vrij standaard wordt meegenomen in het kader van een volwaardig milieueffectenrapport of ontheffingsdossier, maar dat dit niet het geval is wat betreft de project-MER-screening. Meer nog, het screeningsformulier dat geïntegreerd is in het aanvraagformulier voor een omgevingsvergunning (addendum E) maakt geen melding van eventuele effecten op het vlak van klimaat. Dit zou eventueel kunnen worden gebracht onder de restcategorie “andere milieueffecten”. Niettemin verdient het o.i. de voorkeur dit uitdrukkelijk op te nemen in de project-MER-screening. Bij gebrek aan uitdrukkelijke vermelding in het screeningsformulier verdwijnt dit aspect immers naar de achtergrond, hoewel dit wel een belangrijk aspect is om het vergunningverlenend bestuur vervolgens in staat te stellen zich uit te spreken over de noodzaak om al dan niet een volwaardig project-MER op te maken.

103. Voorts geldt dat, zelfs wanneer de discipline klimaat wordt opgenomen in een project-MER of ontheffingsdossier, dit veelal zeer summier en in algemene, vage termen aan bod komt. Dit is als dusdanig niet geheel verwonderlijk gelet op de moeilijkheid om de concrete impact van de klimaatverandering te betrekken op het vergunningsdossier. Hoewel er wetenschappelijke eensgezindheid over bestaat dat de klimaatverandering een reëel risico is voor de mensheid, blijft het

¹¹⁹ Door de Richtlijn 2014/52/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014.

¹²⁰ Art. 3, 1, c) project-MER-richtlijn.

¹²¹ Bijlage IV, punt 5, f) project-MER-richtlijn; H. SCHOUKENS, “Het tankstationarrest van de Raad voor Vergunningsbetwistingen als opstap richting een klimaattoets bij plannen en projecten: juridische analyse van een nakende paradigmashift”, *TMILRE* 2021, 356-257.

immers enigszins koffiedik kijken welke concrete veranderingen zich precies zullen voordoen en waar.

104. Belangrijker is echter dat de bespreking van deze discipline veelal vertrekt vanuit het uitgangspunt welke de impact is van het klimaat op het project. Dat kan voor een aantal projecten de juiste insteek zijn (bv. waar een project een afgeleid effect van de klimaatverandering versterkt (cumulatieve effecten) – concreet kan gedacht worden aan het verharden van vandaag onverharde ruimte. Ingevolge die verharding wordt de verminderde voeding van het grondwater (*i.e.* een afgeleid effect van het klimaat) versterkt zodanig dat de cumulatieve effecten moet worden onderzocht), maar dat kan niet als een algemene regel worden beschouwd. Uit de project-MER-richtlijn volgt immers dat ook de bijdrage van een bepaald project aan de klimaatverandering moet worden onderzocht. In het licht van het *Shell*-vonnis moet bovendien geconcludeerd worden dat bij de beoordeling van de verwachte toename aan broeikasgasemissies niet enkel moet worden gekeken naar de scope 1-emissies (*i.e.* de eigenlijke uitstoot van het betrokken project). Daarentegen zouden ook de scope 2- en scope 3-emissies moeten worden meegenomen in de effectenbeoordeling.

105. De vraag rijst of een dergelijke beoordeling in de praktijk wel haalbaar is. Vooral voor de scope 3-emissies geldt immers dat die emissies het gevolg zijn van het gebruik van de vervaardigde producten door de eindconsument. Zal er daarbij kunnen worden volstaan met het in rekening brengen van een bepaald standaard- en/of *worst case*-consumentenprofiel? Het is zeer de vraag hoe een dergelijk profiel in kaart zal worden gebracht. Bij die milieueffectenbeoordeling zal voorts ook de nodige aandacht moeten worden besteed aan het aspect van substitutie om te vermijden dat er sprake zou zijn van dubbeltellingen (zie daarover ook *supra* onder titel III.E.).

106. Wellicht kan in het kader van deze beoordeling inspiratie worden gezocht in de praktijk die ter zake is ontwikkeld in de Verenigde Staten. Zo is er in de Verenigde Staten reeds rechtspraak voorhanden die inderdaad bevestigt dat in het kader van milieueffectenrapportage niet enkel gekeken kan worden naar scope 1-emissies, maar dat ook de scope 2- en scope 3-emissies (zowel *upstream*¹²² als *downstream*¹²³) in het onderzoek moeten worden betrokken.¹²⁴

¹²² Bv. emissies veroorzaakt door luchtvaartverkeer voor bedrijven. H. SCHOUKENS, “Het tankstationarrest van de Raad voor Vergunningsbetwistingen als opstap richting een klimaattoets bij plannen en projecten: juridische analyse van een nakende paradigmashift”, *TMILRE* 2021, 348.

¹²³ Bv. emissies veroorzaakt door het verbruik van brandstof door consumenten. H. SCHOUKENS, “Het tankstationarrest van de Raad voor Vergunningsbetwistingen als opstap richting een klimaattoets bij plannen en projecten: juridische analyse van een nakende paradigmashift”, *TMILRE* 2021, 348.

¹²⁴ Zie voor een uitgebreid overzicht van deze rechtspraak: H. SCHOUKENS, “Het tankstationarrest van de Raad voor Vergunningsbetwistingen als opstap richting een klimaattoets bij plannen en projecten: juridische analyse van een nakende paradigmashift”, *TMILRE* 2021, 342-365.

B. DE DISCIPLINE KLIMAAT ALS ONDERDEEL VAN DE OPPORTUNITEITSBEOORDELING VAN HET VERGUNNINGVERLENEND BESTUUR

107. Zoals *supra* toegelicht, kunnen de artikelen 2 en 8 EVRM worden ingeroepen om in hoofde van de Verdragsluitende Staten actieve maatregelen af te dwingen in het beleid dat gericht is op de beperking van de klimaatverandering. Uit deze artikelen volgen met name een aantal positieve verplichtingen, waaronder het reguleren van de vergunningverlening, de inrichting en de exploitatie van activiteiten waaruit een milieurisico voortvloeit.¹²⁵ Toegepast in de context van de klimaatverandering kan worden aangenomen dat deze artikelen veronderstellen dat in het kader van deze vergunningverlening uitdrukkelijk aandacht wordt besteed aan de impact van een bepaalde inrichting op de klimaatverandering.¹²⁶

108. Dat er in het licht van de artikelen 2 en 8 EVRM een bijzondere rol is weggelegd voor de vergunningverlenende besturen geldt o.i. des te meer nu de Franstalige rechtbank van eerste aanleg van Brussel in de Belgische Klimaatzaak¹²⁷ reeds heeft geconcludeerd dat het klimaatbeleid – dat versnipperd is tussen de federale overheid en de gewesten – niet toelaat om de op België rustende reductiedoelstellingen te behalen.

109. De integratie van klimaatoverwegingen in de vergunningsprocedure hoeft geen onmogelijke sprong te zijn vanuit de huidige vergunningspraktijk. Zoals gezegd, bestaat er vandaag reeds in hoofde van de vergunningaansvrager de verplichting om de discipline klimaat te betrekken in het kader van de milieueffectenbeoordeling. Het vergunningverlenend bestuur dat kennis dient te nemen van deze milieueffectenbeoordeling en daar in meerdere of mindere mate een eigen standpunt over dient in te nemen, zal dus al via die weg worden geconfronteerd met het klimaatvraagstuk.

110. Daarnaast zijn er echter nog een aantal vergunningsrechtelijke aanknopingspunten waarlangs klimaatoverwegingen kunnen doorsijpelen, bijvoorbeeld de toets inzake de verenigbaarheid met de goede ruimtelijke ordening. Artikel 4.3.1, § 2, 1° VCRO vermeldt onder meer dat het aangevraagde “*voor zover noodzakelijk of relevant, beoordeeld aan de hand van aandachtspunten en criteria die betrekking hebben op de functionele inpasbaarheid, de mobiliteitsimpact, de schaal, het ruimtegebruik en de bouwdichtheid, visueel-vormelijke elementen,*

¹²⁵ Cf. EHRM 30 november 2014, *Öneryildiz/Turkije*, overw. 90.

¹²⁶ H. SCHOUKENS, “Het tankstationarrest van de Raad voor Vergunningsbetwistingen als opstap richting een klimaattoets bij plannen en projecten: juridische analyse van een nakende paradigmashift”, *TMILRE* 2021, 360-362.

¹²⁷ Rb. Brussel (Fr.) 17 juni 2021; P. LEFRANC, “Het klimaatzaakvonnis: wachten op ‘De man die bomen plantte?’”, *TMILRE* 2021, 332-341.

cultuurhistorische aspecten en het bodemreliëf, en op hinderaspecten, gezondheid, gebruiksgenot en veiligheid in het algemeen, in het bijzonder met inachtneming van de doelstellingen van artikel 1.1.4” (eigen accentuering).

111. Voor een klimaattoets kan aansluiting worden gezocht bij de aspecten hinder, gezondheid en gebruiksgenot. Dit is des te meer zo aangezien artikel 4.3.1, § 2, 1° VCRO in samenhang met artikel 1.1.4 VCRO gelezen moet worden. Die bepaling schrijft voor dat de *“ruimtelijke ordening is gericht op een duurzame ruimtelijke ontwikkeling waarbij de ruimte beheerd wordt ten behoeve van de huidige generatie, zonder dat de behoeften van de toekomstige generaties in het gedrang gebracht worden. Daarbij worden de ruimtelijke behoeften van de verschillende maatschappelijke activiteiten gelijktijdig tegen elkaar afgewogen. Er wordt rekening gehouden met de ruimtelijke draagkracht, de gevolgen voor het leefmilieu en de culturele, economische, esthetische en sociale gevolgen. Op deze manier wordt gestreefd naar ruimtelijke kwaliteit”* en aldus een duidelijke intergenerationele component bevat die centraal staat in het klimaatdebat.¹²⁸

112. Het spreekt daarbij voor zich dat een klimaattoets niet voor elk dossier even uitgebreid moet zijn of zelfs uitgevoerd moet worden in het kader van de vergunningsbeslissing. Veel zal immers afhangen van de aard van het betrokken project. Daar waar het aannemelijk is dat een project uit zijn aard een negatief effect kan hebben op de klimaatverandering, moet er toch aandacht aan worden besteed. Daarbij kan echter wel meteen de bedenking worden gemaakt dat de staat van het klimaat dusdanig is dat elke ingreep potentieel aanleiding kan geven tot een negatief effect zodat een klimaattoets voor elk project potentieel relevant is. Ook al betreft een en ander een technische discussie, het kan nu ook weer niet de bedoeling zijn dat elk project zonder meer geweigerd wordt op grond van de klimaatproblematiek.

113. Een klimaattoets kan ook onrechtstreeks haar weg vinden in de vergunningsprocedure via artikel 4.3.4 VCRO.¹²⁹ In dit kader kan gewezen worden op het zgn. ‘tankstation-arrest’.¹³⁰ In deze zaak werd de Raad voor Vergunningsbetwistingen geconfronteerd met een omgevingsvergunning verleend voor een tankstation dat louter fossiele brandstoffen aanbood. Deze vergunning werd in eerste administratieve aanleg geweigerd door de gemeente omdat het tankstation louter fossiele brandstoffen aanbood en daardoor moeilijk te verzoenen was met het burgemeestersconvenant waarin onder meer de gemeente zich had geëngaageerd om inspanningen te leveren om de CO₂-uitstoot te verminderen. De depu-

¹²⁸ Cf. RvVb 9 december 2021, nr. A-2122-0276 (waar ook de link wordt gelegd met art. 1.4. VCRO).

¹²⁹ Art. 4.3.4 VCRO bepaalt dat de vergunningverlenende overheid een vergunning kan weigeren wanneer uit het verplicht te vragen advies blijkt dat de aanvraag onwenselijk is omwille van doelstellingen en zorgplichten in het beleidsdomein van de adviserende instantie.

¹³⁰ RvVb 22 april 2021, nr. S-2021-0923; RvVb 9 december 2021, nr. A-2122-0276.

tatie die in graad van administratief beroep kennisnam van het dossier was van oordeel dat dergelijke klimaatargumenten niet thuishoorden in de vergunningsprocedure en aldus niet relevant waren. Het is net dit standpunt van de deputatie dat (een eerste maal in het schorsingsarrest) als volgt wordt gesanctioneerd door de Raad voor Vergunningsbetwistingen:

“Uit de bestreden beslissing blijkt niet dat de verwerende partij, geconfronteerd met de eerdere beslissing en het advies van de eerste tussenkomende partij, zorgvuldig is nagegaan of het project verenigbaar is met de door de tussenkomende partijen gestelde klimaatdoelstellingen, en of hieraan op enigerlei wijze concreet kan worden tegemoetgekomen door gebeurlijk milderende maatregelen of voorwaarden op te leggen, dan wel waarom ze het negatief advies ‘geen geldige wettelijke reden tot het milieutechnisch weigeren van de aanvraag’ acht”.

114. De Raad beslist vervolgens om de omgevingsvergunning te vernietigen op basis van de volgende overwegingen:

“Het kan niet worden betwist dat de zorg voor het klimaat beschouwd dient te worden als een doelstelling of zorgplicht van de eerste tussenkomende partij. Nog los van de vraag in welke mate het Klimaatakkoord van Parijs van 12 december 2015 al dan niet bindende kracht heeft, blijkt immers genoegzaam dat de eerste tussenkomende partij tot een zorgplicht inzake klimaat gehouden is door de ondertekening van het “Burgemeestersconvenant voor Klimaat en Envergie” zoals tevens aanvaard door de gemeenteraad.

(...)

Artikel 4.3.4 VCRO voorziet in een facultatieve weigeringsgrond voor projecten die niet wenselijk geacht worden omwille van doelstellingen en zorgplichten in het beleidsdomein van de adviserende instantie.

(...)

Zelfs al beschikt de verwerende partij bij de beoordeling van de vergunningsaanvraag over een zekere discretionaire beoordelingsbevoegdheid, dient ze in het licht van de haar opgelegde motiveringsplicht minstens een gedegen onderzoek te voeren naar de gevolgen van een advies dat gesteund is op een duidelijke zorgplicht en doelstelling aangenomen door de eerste tussenkomende partijen. Het advies conform artikel 4.3.4 VCRO kan in casu gekaderd worden in het algemene doelstellingenartikel 1.1.4 VCRO, dat onder meer stelt dat de behoeften van de toekomstige generaties niet in het gedrang mogen komen en dat moet rekening gehouden worden met de toekomstige gevolgen voor het leefmilieu.”

115. Hoewel dit arrest zoals toegelicht in een zeer specifieke context tot stand is gekomen, blijkt uit de overwegingen van de Raad voor Vergunningsbetwistingen wel dat klimaatoverwegingen een plaats hebben in het kader van de vergunningverlening. De Raad gaat in dit arrest echter niet zover om te stellen dat er voor elke vergunningsaanvraag verplicht een klimaattoets moet worden uitge-

voerd.¹³¹ Niettemin menen wij dat een dergelijke klimaattoets – nog afgezien van enig burgemeestersconvenant – haar weg kan vinden via de toets van de goede ruimtelijke ordening. Een potentieel spanningsveld zou wel nog kunnen ontstaan ten aanzien van de zgn. beleidsmatig gewenste ontwikkelingen. Het betrekken van een klimaattoets in het kader van de vergunningverlening impliceert immers onvermijdelijk dat via de vergunningverlening een klimaatbeleid wordt gevoerd. Het meenemen van beleidsdoelstellingen in het kader van de vergunningsprocedure is echter aan voorwaarden gekoppeld.¹³² Zo vereist de Raad voor Vergunningsbetwistingen onder meer dat dergelijke beleidsdoelstellingen hun weerslag vinden in een beleidsdocument dat kenbaar is gemaakt aan het grote publiek¹³³ en bovendien dat deze beleidsdoelstellingen niet als een automatisch criterium worden meegenomen in de vergunningverlening. Dat laatste zou er immers op neer komen dat men een beleidsdocument *de facto* verordenend hanteert hoewel ter zake niet de procedurele waarborgen voorzien voor een ruimtelijk uitvoeringsplan werden nageleefd.¹³⁴ De mate waarin de klimaattoets doorgang kan vinden in de vergunningverlening zal dan ook veelal een kwestie zijn van motivering. Voor projectontwikkelaars zal het alleszins van belang zijn dat ze hun projecten dusdanig ontwikkelen dat zij overeenstemmen met de inspanningen die noodzakelijk zijn in het kader van het beleid tot beperking van de klimaatverandering en om zich goed te informeren over eventuele klimaat-engagementen die een bepaald bestuur zou hebben aangenomen. Naar analogie met het *Shell*-vonnis blijven deze *soft law*-instrumenten evenmin dode letter in het kader van de vergunningsprocedure.

116. Tot slot is het ook denkbaar dat klimaatoverwegingen worden betrokken in de vergunningverlening onder verwijzing naar algemene milieurechtelijke beginselen, zoals het voorzorgsbeginsel. Ook deze beginselen zijn immers verdragsconform en mede in het licht van de artikelen 2 en 8 EVRM te interpreteren, althans indien de redenering van de Haagse rechtbank wordt gevolgd. Op die basis zou in hoofde van het vergunningverlenend bestuur en/of adviesinstanties een beoordeling inzake het klimaat kunnen worden afgedwongen. Nu reeds is het zo dat bij de beoordeling van de impact van een bepaald project op de grondwaterstanden ook een extreem droogte-scenario wordt meegenomen.

¹³¹ H. SCHOUKENS, “Het tankstationarrest van de Raad voor Vergunningsbetwistingen als opstap richting een klimaattoets bij plannen en projecten: juridische analyse van een nakende paradigmashift”, *TMR* 2021, 360-362 (noot onder RvVb 22 april 2021, nr. RvVb-S-2021-0923, Lawrys); H. SCHOUKENS, “Géén klimaatdood door duizend sneden: RvVb hint richting klimaattoets bij plannen en projecten”, *STORM* 2021/2, 1-12 (noot onder RvVb 22 april 2021, nr. RvVb-S-2021-0923, Lawrys).

¹³² F. SEBREGHTS, “Beleidsmatig gewenste ontwikkelingen als beoordelingsgrond bij vergunningverlening”, *TROS* 2012, 240.

¹³³ RvVb 30 juli 2019, nr. A/1819/1266, de nv PIENS; B. DE SMET, “De goede ruimtelijke ordening als criterium bij stedenbouwkundige vergunningen”, *TOO* 2013, nr. 1, 50.

¹³⁴ RvVb 31 augustus 2015, nr. A-2015-0510, bvba WEHASEM.

1. *De discipline klimaat als opstap voor een vergunningenstop*

117. Indien wordt aangenomen dat de discipline klimaat een rol heeft in de vergunningverlening (als onderdeel van de milieueffectenbeoordeling dan wel als een beoordelingsgrond in het kader van de vergunning- en adviesverlening) rijst onvermijdelijk de vraag naar het risico op een vergunningenstop.

118. Ter vergelijking kan worden verwezen naar de zgn. PAS-problematiek. Deze problematiek gaat terug tot de beslissing van de Vlaamse Regering van 23 april 2014 betreffende de programmatische aanpak stikstof. In dat kader werd vastgesteld dat nagenoeg alle speciale beschermingszones (SBZ) te veel stikstof bevatten. In het licht van artikel 36ter, § 3 van het Decreet Natuurbehoud werd gevreesd dat er geen vergunningen meer zouden kunnen worden afgeleverd voor activiteiten die een bijdrage leveren aan de stikstofdepositie op een SBZ. De spreekwoordelijke emmer was immers reeds vol. Om hier een mouw aan te passen werd geopteerd voor een programmatorische aanpak waarbij aan de hand van percentages vooraf zou worden bepaald welke projecten in aanmerking kunnen komen voor vergunningverlening en welke niet (zonder daarbij evenwel vooruit te lopen op de uitkomst van het eigenlijke vergunningsproces). Aldus deed het zgn. PAS-significantiekader zijn intrede.

119. Bij arrest van 25 februari 2021¹³⁵ (ook wel: het “*Stikstofarrest*”) werd deze werkwijze door de Raad voor Vergunningsbetwistingen echter onwettig bevonden. Samengevat overwoog de Raad in dit arrest dat geen beroep kon worden gedaan op deze significantiekaders (en de hierin bepaalde drempels). Deze significantiekaders – die zelf immers niet aan een passende beoordeling (of ruimer, enige milieueffectenbeoordeling) waren onderworpen – lieten immers niet toe om in het kader van individuele vergunningsaanvragen (die weliswaar onder deze drempels bleven) te besluiten dat er, in alle redelijkheid en met een voldoende wetenschappelijke zekerheid, geen risico bestond op een betekenisvolle aantasting van het betrokken SBZ-H. Deze drempels konden volgens de Raad evenmin worden aangewend in het kader van de zgn. VEN-toets (art. 26bis Natuurdecreet), in het kader waarvan moet worden nagegaan of een bepaald project al dan niet aanleiding geeft tot onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN. Hoewel de Raad zich hierover niet heeft uitgesproken, kan o.i. eenzelfde redenering ook worden doorgetrokken naar de algemene natuurtoets (art. 16 Natuurdecreet), in het kader waarvan moet worden nagegaan of een bepaald project al dan niet aanleiding geeft tot vermijdbare schade aan de natuur.

120. In navolging van deze *stikstof*-rechtspraak kon in het kader van de vergunningverlening niet langer worden teruggevallen op het voormelde PAS-significantiekader. Om een vergunningenstop af te wenden, besliste de Vlaamse minis-

¹³⁵ RvVb 25 februari 2021, nr. RvVb-A-2021-0697.

ter voor omgeving om – in afwachting van de opmaak en goedkeuring van een definitief PAS-kader – een ministeriële instructie uit te vaardigen waarin een aantal richtlijnen zijn vermeld die in het kader van de vergunningverlening door het vergunningverlenend bestuur en adviesinstanties kunnen worden gehanteerd.¹³⁶ Thans geldt als drempel maximum 1% depositie (met max. zgn. nulcontour van 0,3 kg/N/ha/j) tegenover de kritische depositiewaarde van de getroffen gevoelige habitat. Van deze nulcontour wordt aangenomen dat deze overeenstemt met een niet-meetbaar/kwantificeerbaar stikstofeffect. Indien deze drempel niet wordt overschreden, kan men volstaan met een voortoets. Vanaf 1% geldt een verplichting tot opmaak van een passende beoordeling.

121. Het mag duidelijk zijn dat er een zekere analogie bestaat tussen de voormelde PAS-problematiek en de problematiek van de klimaatverandering. In beide gevallen kan immers vastgesteld worden dat: (i) de huidige toestand zowel wat betreft broeikasgasemissies als stikstofdeposities reeds verzadigd is en (ii) aangenomen wordt dat nieuwe ontwikkelingen die gepaard gaan met broeikasgasemissies resp. stikstofdeposities de klimaatverandering resp. de druk van vermestende en verzurende stikstofdeposities op vrijwel alle SBZ verhoogt.

122. Hoewel de PAS-problematiek vooral tot stand is gekomen in de context van de habitattoets (de bescherming van de SBZ), is de impact van stikstofdeposities ruimer. Ook binnen andere natuurtoetsen spelen die deposities een rol. Voorts kunnen zij ook een impact hebben op de gezondheid. Eenzelfde vaststelling geldt (potentieel) voor de klimaatverandering (en voor de broeikasgasemissies die daarbij een cruciale rol spelen).

123. Net zoals het geval is voor stikstofdeposities, zijn ook broeikasgasemissies moeilijk af te lijnen tot een bepaald gebied. Het is o.i. dan ook maar een kwestie van tijd vooraleer de vraag zal rijzen naar een programmatorische aanpak van CO₂-emissies. Gelet op de huidige staat van de klimaatverandering en de vaststelling dat lidstaten actieve maatregelen moeten treffen om een aanzienlijke klimaatverandering te vermijden (zo ook binnen de context van de vergunningverlening) is het immers goed denkbaar dat projecten die leiden tot een verhoging van CO₂-emissies, niet langer voor vergunningverlening in aanmerking komen, tenzij zij opgenomen zijn in het ETS-systeem.

124. Daar zou tegenin kunnen worden gebracht dat er voor broeikasgasemissies reeds een programmatorisch kader beschikbaar is in de vorm van het EU ETS-systeem.¹³⁷ Dat is zeker een terecht argument. Indien het geannoteerde vonnis

¹³⁶ https://www.west-vlaanderen.be/sites/default/files/2021-06/20210502_Instructie%20PAS.pdf.

¹³⁷ H. SCHOUKENS, "Het tankstationarrest van de Raad voor Vergunningsbetwistingen als opstap richting een klimaattoets bij plannen en projecten: juridische analyse van een nakende paradigmashift", *TMILRE* 2021, 362.

navolging krijgt, zal men echter niet zomaar kunnen bogen op de vrijwarende werking van het EU ETS-systeem. Wanneer men aanvaardt dat behalve scope 1-emissies ook scope 2- en 3-emissies dienen te worden betrokken in de beoordeling van de milieu-impact van vergunningsplichtige projecten, zal men immers niet ver geraken met het argument van het EU ETS-systeem. Wat o.i. wel kan – zelfs rekening houdend met het geannoteerde vonnis – is de verdiscontering van het EU ETS-systeem in een programmatorisch kader dat eventueel zou worden aangenomen.

125. Het uitwerken van een dergelijk kader zal echter geen evidente oefening worden. Los van het politiek-maatschappelijk debat dat een dergelijk kader ongetwijfeld zal uitlokken, is het ook vanuit technisch oogpunt allerm minst een eenvoudige taak. Zoveel leert het traject naar een definitief PAS-kader ons wel.

2. *De discipline klimaat als argument voor de burgerlijke en administratieve rechter*

126. Zoals *supra* toegelicht, werken de artikelen 2 en 8 EVRM volgens de Haagse rechtbank ook *onrechtstreeks* door in de horizontale rechtsverhoudingen via onder meer de verplichting voor de nationale rechtscollages om open gedragsnormen mensenrechtenconform te interpreteren.

127. Niet alleen het criterium van de “*bonus pater familias*” (‘voorzichtig en redelijk persoon’) van artikel 1382 oud BW is een open gedragsnorm. Dat is ook het geval voor de algemene milieuzorgplicht zoals vervat in artikel 5.4.9, § 2 DABM. Die bepaling luidt: “*Ongeacht de verleende omgevingsvergunning treft de exploitant altijd de nodige maatregelen om schade, hinder, incidenten en ongevallen die de mens of het milieu aanzienlijk beïnvloeden, te voorkomen. Ongeacht de verleende omgevingsvergunning treft de exploitant, in geval van incidenten en ongevallen die de mens of het milieu aanzienlijk beïnvloeden, onmiddellijk de nodige maatregelen om de gevolgen ervan voor de mens en het milieu te beperken en om verdere mogelijke incidenten en ongevallen te voorkomen*”. Samengevat houdt deze algemene milieuzorgplicht in dat het beschikken over een milieuvergunning niet verhindert dat de exploitant *meer* moet doen.¹³⁸

128. In de redenering van het geannoteerde vonnis zouden in het kader van een (milieu)stakingsvordering voor de burgerlijke rechter de gedragsnorm uit artikel 1382 oud BW evenals de algemene milieuzorgplicht moeten worden geïnterpreteerd conform de artikelen 2 en 8 EVRM zodat hieruit ook een verplichting volgt voor de exploitant van een installatie om de nodige maatregelen te treffen

¹³⁸ A. SOETE en H. SCHOUKENS, “Klimaatverandering in de rechtbank. De rechter als scherprechter bij een falend milieubeleid?”, *NJW* 2016, afl. 338, 202.

om aanzienlijke milieueffecten en/of aanzienlijke schade/hinder voor de mens, voortvloeiend uit de eigen negatieve bijdrage aan de klimaatopwarming, te voorkomen.

129. Ondernemingen die installaties uitbaten die een negatieve bijdrage leveren in het kader van de klimaatopwarming en die onvoldoende maatregelen zouden nemen in de zin van artikel 1382 oud BW dan wel artikel 5.4.9, § 2 DABM, ook al zouden zij daartoe vergund zijn, zouden in de redenering van de Haagse rechtbank bijgevolg voor de burgerlijke rechter aansprakelijk kunnen worden gesteld en in dat kader zelfs kunnen worden verplicht om de activiteiten aan te passen, zo niet tijdelijk te staken (herstel in natura).¹³⁹ Daarbij is van belang te benadrukken dat de verplichtingen die zouden bestaan in hoofde van een welbepaalde individuele onderneming louter en alleen te beoordelen zijn in functie van de concrete bijdrage die de betrokken onderneming levert aan de klimaatopwarming. Het is met andere woorden niet de bedoeling (en dat volgt evenmin uit het geannoteerde vonnis) dat één enkele onderneming de volledige verantwoordelijkheid zou kunnen worden toegeschreven voor de klimaatverandering als dusdanig. Dat is een belangrijke nuance.¹⁴⁰ Het wordt hiermee wel duidelijk hoe verregaand het geannoteerde vonnis van de Haagse rechtbank is: het creëert de theoretische mogelijkheid voor milieuverenigingen om een juridische strijd te ontketenen tegen alle mogelijke ondernemingen en ja zelfs, meer algemeen, private rechtsonderhorigen, die door hun handelen CO₂ emitteren: een hobbesiaanse juridische strijd.

130. Wat ons minder evident lijkt, is dat de burgerlijke rechter in een dergelijk geval aan de exploitant zou opleggen welke hinderbeperkende maatregelen moeten worden genomen, zoals de Haagse rechtbank het nochtans gedaan heeft in het geannoteerde vonnis. Dat zou immers *de facto* neerkomen op het *wijzigen* van de verkregen vergunningen zodanig dat de burgerlijke rechter zich bevoegdheden zou aanmeten van het vergunningverlenend bestuur. Zoals ook blijkt uit het vonnis in de Belgische Klimaatzaak zijn de Belgische rechtbanken terughoudender dan onze Noorderburen waar het gaat om de scheiding der machten.¹⁴¹ Indien de burgerlijke rechter van oordeel zou zijn dat de betrokken exploitant aanvullende maatregelen zou moeten treffen, kan hij die alvast zelf niet bepalen. Het zou dan

¹³⁹ In de context van een (milieu)stakingsvordering.

¹⁴⁰ Wat onvermijdelijk de vraag doet rijzen of de betrokken onderneming die voor de rechtbank wordt gesleurd dan niet andere ondernemingen in vrijwaring en gemeenverklaring zou moeten dagvaarden. Dat blijft natuurlijk de keus van de gedagvaarde onderneming, met dien verstande dat een dergelijke vordering in vrijwaring en gemeenverklaring o.i. niet mogelijk is in het kader van een milieustakingsvordering overeenkomstig wet 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu. De milieustakingsvordering is immers geen aansprakelijkheidsvordering.

¹⁴¹ T. MALFAIT, "Het Belgische klimaatvonnis: klimaatbeleid gebuisd maar rechter kan geen concrete reductiedoelstellingen opleggen", *STORM* 2021, nr. 2, 30; P. LEFRANC, "Het klimaatzaak-vonnissen: wachten op 'De man die bomen plantte'?", *TMILRE* 2021, 332-341.

de exploitant toekomen om – binnen de contouren van artikel 5.4.9, § 2 DABM – daar zelf invulling aan te geven of te opteren voor een formele bijstellingsprocedure van de vergunning. Indien deze maatregelen ontoereikend zouden zijn, dan zou dat naderhand opnieuw kunnen worden vastgesteld door de burgerlijke rechtbank.

131. Opnieuw omwille van de scheiding der machten achten wij het juridisch niet aanvaardbaar dat op basis van de redenering van de Haagse rechtbank een definitieve stopzetting van de activiteiten van een vergunde onderneming zou kunnen worden opgelegd. Dat zou immers neerkomen op het buiten toepassing verklaren van vergunningen, zonder ruimte te laten voor de beoordelingsvrijheid van het vergunningverlenend bestuur, in de afweging van ecologische en economische belangen. *De facto* zou de rechter dan opleggen dat het bestuur in het kader van de vergunningverlening moet uitgaan van het nulrisico. Daarvoor bestaat geen juridische grondslag.

132. In elk geval zal het in het kader van een dergelijke burgerrechtelijke procedure nog steeds zaak zijn dat er een causaal verband wordt bewezen tussen de exploitatie van de betrokken installatie en de klimaatschade. In het geannoteerde vonnis werd de Haagse rechtbank geconfronteerd met een van de grote wereldspelers, zodat het een uitgemaakte zaak leek dat RDS een substantiële bijdrage levert tot de klimaatverandering. RDS betwistte dat overigens niet. Een dergelijke redenering aanhouden lijkt minder vanzelfsprekend te zijn ten aanzien van ‘kleine(re)’ spelers, ook al zien wij geen principiële reden waarom het in de redenering van het geannoteerde vonnis niet zou kunnen. De *conditio sine qua non*-verplichting (te onderscheiden van de gevaarzettingsleer uit het *Shell*-arrest) veronderstelt dat wordt aangetoond dat de schade zich niet zou voordoen zonder de betrokken schadeverwekkende handeling.¹⁴² Ook al zal het best moeilijk zijn om te bewijzen dat de klimaatschade dan aanzienlijk is, dat wil nog niet zeggen dat ze er niet is of niet veroorzaakt wordt door het handelen van de ‘klein(er)e’ spelers. De rechtspraak van de Raad van State inzake de verslechtering van de staat van beschermde habitats wanneer deze zich reeds in een ongunstige staat van instandhouding bevinden, wijst er in elk geval op dat zelfs beperkte verslechteringen problematisch zijn.¹⁴³ Of de burgerlijke rechters de causaliteit gelet op deze context met de nodige soepelheid zullen invullen, zal de praktijk moeten uitwijzen.

¹⁴² A. SOETE en H. SCHOUKENS, “Klimaatverandering in de rechtbank. De rechter als scherprechter bij een falend milieubeleid?”, *NJW* 2016, afl. 338, 202; N. CELIS, “De Belgische klimaatzaak vanuit globaal perspectief: rechtsonwikkeling middels justitiële communicatie?”, *MER* 2021, nr. 1, 25.

¹⁴³ RvS 20 december 2016, nr. 236.837, Orleans e.a. (ook al is het zo dat er op dat punt geen betwisting was tussen partijen).

133. Ook voor de administratieve rechter kunnen de artikelen 2 en 8 EVRM hun weg vinden. Het is immers denkbaar dat een omgevingsvergunning voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen wordt bestreden omdat een vergunning zou zijn afgeleverd zonder inachtnaam van de concrete effecten op het klimaat, wetende dat het betrokken project hierop een negatieve impact heeft. In voorkomend geval zou de schending kunnen worden opgeworpen van de algemene beginselen van bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, en mogelijk zelfs het voorzorgsbeginsel¹⁴⁴ – die als open normen evenzeer in het licht van de artikelen 2 en 8 EVRM geïnterpreteerd moeten worden, althans indien de redenering van de Haagse rechter wordt gevolgd – al dan niet in samenhang met een van de hierboven geschetste aanknopingspunten voor een klimaattoets in het kader van de vergunningverlening.

134. Het geannoteerde vonnis zal tegenstanders van projecten ongetwijfeld inspireren om het aspect klimaat doorgang te laten vinden in de vergunningverlening en het bijbehorende contentieux.

V. SLOTBEDENKINGEN EN CONCLUSIE

135. Zonder afbreuk te willen doen aan het belang van een beleid tot reductie van CO₂-emissies¹⁴⁵, rijst de vraag of rechters nationale beleidsdoelstellingen zomaar afdwingbaar kunnen maken ten aanzien van individuele rechtssubjecten, alsof de CO₂-problematiek zich laat reduceren tot een grote straf die dan maar te verdelen is naargelang de omvang van de zonde van de betrokken rechtssubjecten. Het gegeven dat Shell een belangrijke onderneming is en bijgevolg in belangrijke mate bijdraagt tot CO₂-emissies, heeft immers onmiskenbaar een grote rol gespeeld in de oordeelsvorming van de Haagse rechter. Maar eigenlijk is dat een consideratie die geen determinerende rol zou mogen spelen. Uiteindelijk doet Shell wat het doet omdat zij voor haar producten afnemers heeft en daarmee winst maakt.¹⁴⁶ Het zijn finaal de consumenten die fossiele brandstoffen verbruiken door hun huizen met mazout of gas te verwarmen, door met een diesel- of benzinewagen

¹⁴⁴ A. SOETE, “Het gebruik van milieurechtelijke principes in klimaatzaken”, *TMILRE* 2021, 84. Dit beginsel is weliswaar geen rechtsbeginsel, maar werd wel opgenomen in art. 1.2.1, § 2 Decreet algemene milieubepalingen.

¹⁴⁵ Op basis van de beschikbare informatie kan men moeilijk ontkennen dat het klimaat, sneller dan ons lief is, wijzigt en dat die klimaatwijziging geïnduceerd wordt door verhoogde CO₂-emissies ten gevolge van onze industriële leefwijze.

¹⁴⁶ In zijn goed geargumenteerde maar nadien fel bekritiseerde bijdrage “*The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits*” (New York Times, 13 September 1970), waarschuwde M. FRIEDMAN voor de gevaren die hij zag in de verwachting dat ondernemingen meer moesten doen dan het nastreven van winst en zich aldus moesten inlaten met taken van algemeen belang. Het moge duidelijk zijn dat hij het pleit verloren heeft.

rond te rijden of het vliegtuig te nemen om verre en hippe reizen te maken. Shell verplicht de consumenten niet om haar producten af te nemen. De dag dat niemand nog fossiele producten afneemt, is Shell en met haar de hele fossiele industrie bankroet.¹⁴⁷ Indien men het principe aanvaardt dat rechtbanken, al dan niet onrechtstreeks, de schending van de artikelen 2 en 8 EVRM door private rechtssubjecten moet kunnen vaststellen, zien wij geen enkele reden waarom zij dat dan evenmin zouden kunnen doen jegens de rechtmatige eigenaar van een mazoutgestookte en slecht geïsoleerde woning, diesel- of benzinewagen, die ook nog eens met de regelmaat van de klok met het vliegtuig op reis gaat: ook burgers zijn door hun levenswijze verantwoordelijk voor de klimaatproblematiek. Kortom, indien de redenering van de rechtbank juist is, belanden we misschien allemaal voor de rechtbank, op benaerstiging van overijverige milieuverenigingen. En dan belanden we in een hobbesiaanse juridische oorlog van iedereen tegen iedereen. Deze redenering *ex absurdo* toont aan dat er iets schort aan de redenering van de Haagse rechtbank: het is onze samenleving in haar geheel die al decennialang een onstilbare honger naar fossiele brandstoffen heeft. Indien de redenering *ex absurdo* ertoe leidt dat iedereen, of toch heel veel rechtssubjecten, in beginsel voor de rechter kunnen belanden omdat hun activiteiten tot CO₂-emissies leiden, is de onvermijdelijke conclusie dat de Staat in het vizier moet komen, en enkel zij. Jawel, het is dan de Staat die rekenschap moet geven, in toepassing van de artikelen 2 en 8 EVRM, voor het feit dat hij verdragen ondertekent met het oog op het bereiken van welbepaalde klimaatdoelstellingen, maar vervolgens geen of onvoldoende maatregelen treft om die doelstellingen te bereiken, en aldus het leven van zijn rechtsonderhorigen (in de ruime interpretatie van art. 2 en 8 EVRM dus) in gevaar brengt. De slang bijt in zijn eigen staart. Daarnaast zijn wij het er niet mee eens dat milieuverenigingen, al dan niet rechtstreeks, een beroep kunnen doen op een schending van de artikelen 2 en 8 EVRM. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt immers dat de *actio popularis* voor dat Hof niet wordt aanvaard. Bovendien zijn bepaalde mensenrechten uit hun aard vreemd aan rechtspersonen, waardoor rechtspersonen zich niet op de schending ervan kunnen beroepen (art. 2, 3, 5 (en 8)).¹⁴⁸ Wij zien niet in waarom een nationale rechter dit dan wel zou moeten aanvaarden, althans in zoverre het nationale rechtsbestel evenmin de *actio popularis* aanvaardt.

136. Het CO₂-vraagstuk is een uitermate complex beleidsvraagstuk. Ook al stellen wij geenszins de bevoegdheid van de rechter in vraag om de overheid op het matje te roepen – dat zou er nog aan ontbreken: ook de overheid moet zich in het kader van de leer van de overheidsaansprakelijkheid als een *bonus pater familias* gedragen – dan nog past enige terughoudendheid van de rechter om

¹⁴⁷ Josep SCHUMPETER omschreef het kapitalisme als “*creative destruction*”.

¹⁴⁸ EHRM 7 december 2021, *Yusufeli Ilcesini/Turkije*, overw. 38-45, i.h.b. overw. 41.

zich in het overheidsbeleid te mengen: het fundamentele rechtsbeginsel van de scheiding der machten begrenst die mogelijkheid. Het geannoteerde vonnis is vanuit dat oogpunt problematisch. De Haagse rechter legt precieze en gedetailleerde reductiemaatregelen op aan RDS. Daarmee begeeft hij zich op glad ijs: dat is niet de taak van de rechter, maar van de beleidsmakers. Wat wel mogelijk moet zijn, is dat het vergunningverlenend bestuur gesanctioneerd wordt indien het vergunningen zou toekennen voor activiteiten waarvan het manifest duidelijk is dat zij het bereiken van de wettelijke klimaatdoelstellingen in de weg zouden staan.¹⁴⁹ Maar daarvoor hoeft men de artikelen 2 en 8 EVRM niet in te roepen.

137. Tot slot zullen eindeloze juridische geschillen geen decisieve bijdrage leveren om dit vraagstuk op te lossen. Hoogstens zullen deze vonnissen de beleidsmakers een zetje geven om ter zake goed beleid te voeren. Rechters zullen de CO₂-problematiek niet kunnen oplossen, beleidsmakers (misschien en hopelijk) wel, in zoverre zij daarvoor tot internationaal gedragen afspraken kunnen komen.

¹⁴⁹ J. BOUCKAERT, “Verplichten de Europese richtlijnen inzake de bescherming van de luchtkwaliteit lidstaten tot de koppeling van bestemmingsplannen en vergunningen aan de te behalen luchtkwaliteitsdoelstellingen?” in *Liber Amicorum Hubert Bocken*, Brugge, die Keure, 2009, 289.