



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Onderneming en duurzaamheid

Over ondernemen, mensenrechten, milieu en klimaat in Europees perspectief

de Kluiver, H.J.

Publication date

2023

Document Version

Final published version

Published in

Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

License

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/in-the-netherlands/you-share-we-take-care>)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Kluiver, H. J. (2023). Onderneming en duurzaamheid: Over ondernemen, mensenrechten, milieu en klimaat in Europees perspectief. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 154(7407), 299-318. https://www.ndfr.nl/content/g-SDU_WPNR74072023_666213

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Onderneming en duurzaamheid

Over ondernemen, mensenrechten, milieu en klimaat mede in Europees perspectief

1. Inleiding

Met 2023 is een jaar aangevangen waarin het debat over duurzaamheid van ondernemingen ook publiekelijk veel aandacht zal krijgen. Een voorproefje daarvan was de ‘rondetafel’-bijeenkomst die de Tweede Kamer op 18 januari van dit jaar hield¹ naar aanleiding van een initiatief wetsvoorstel van enkele Kamerleden inzake internationaal duurzaam ondernemen en de publiciteit daaromtrent (waarover hierna nog paragraaf 11). Dominant in dat debat zal echter (moeten) zijn de uitbreiding en versterking van de EU-regelgeving. Reeds op 1 januari 2023 zijn vergaande EU-uitvoeringsverordeningen op grond van de EU Sustainable Finance Disclosure Regulation (“*SFDR*”) in werking getreden. Tevens is op 6 januari 2023 de EU Corporate Sustainability Reporting Directive (“*CSRD*”), als *EU-Richtlijn 2022/2464*, van kracht geworden. Voorts zijn grote stappen gezet op weg naar vaststelling van het voorstel voor de EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive (“*CSDDD*”). In deze EU-regelgeving wordt duurzaamheid breed verstaan. Het gaat zowel om eerbiediging van mensenrechten en bescherming van het milieu als ook om beperking van de uitstoot van broeikasgassen ter beperking van de klimaatverandering. Tegelijkertijd is duidelijk dat een keuze voor duurzaamheid ook maatschappelijke conflicten zal meebrengen. Grote delen van de samenleving zullen immers ook wensen dat het huidige niveau van economische (materiële) welvaart gehandhaafd zal blijven. Die wensen zullen voorspelbaar niet steeds samen gaan. Het wordt derhalve zoeken en tasten hoe die te verenigen. Daarbij is de vraag of het privaatrecht in traditionele zin en privaatrechtelijke begrippen zoals aansprakelijkheid, onrechtmatigheid, causaliteit en schade erg behulpzaam kan zijn. In deze bijdrage zal mede aan de orde komen dat men daarover kan twijfelen. In dat licht bestaat er niet slechts een behoefte, maar ook een noodzaak om nieuwe instrumenten en bijbehorende juridische noties te ontwikkelen. Het script daarvoor ligt mede besloten in de vermelde *CSRD* en het voorstel voor de *CSDDD* alsmede in het (aangepaste) EU Emissions Trading System (“*ETS*”), dat ziet op de regulering van CO₂-emissies. In de navolgende bespreking en analyse daarvan zal worden ingegaan op de implicaties voor Nederlandse ondernemingen en de uit de EU-regelgeving voortvloeiende verplichting om hun bedrijvigheid in stevig tempo te verduurzamen.



Prof. mr. H.J. de Kluiver*

2. Onderneming en duurzaamheid: de stand van zaken

Duurzaamheid is het centrale buzz- en businesswoord geworden na de economische crisis van 2008. Daarvoor is een aantal redenen. Deels hangen die samen met die economische crisis. Dat heeft prangende vragen opgeroepen over de aandacht die bestaat voor andere aspecten dan economisch gewin hebben. Het heeft het denken gestimuleerd over een duurzamer economisch model met aandacht voor alle betrokkenen waarin meer de lange dan de korte termijn bepalend moet zijn. Dat is samen gaan lopen met een toegenomen bewustzijn over ecologische grenzen in termen van milieuvervuiling, biodiversiteit en, in het bijzonder, klimaatverandering. Dat wordt bijvoorbeeld geïllustreerd met de vaststelling van de UN Guiding Principles on Business and Human Rights in 2011. Ook in de EU is de aandacht voor mensenrechten en het belang van milieu en klimaat sterk toegenomen. Dat heeft

* Hoogleraar ondernemingsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.
(h.j.dekluiver@uva.nl)

1. Desgewenst terug te zien via: www.debatgemist.tweedekamer.nl/debatten/initiatiefwet-verantwoord-en-duurzaam-internationaal-ondernemen

geresulteerd in de zogenaamde ‘Green Deal’ zoals die door de Europese Commissie op 11 december 2019 is gepresenteerd. Daarmee is duurzaamheid een EU-prioriteit geworden. Dat is terecht. De uitwerking van dat thema heeft geleid en zal in de nabije toekomst leiden tot belangrijke EU-wetgeving.²

Waar het betreft de EU-regelgeving met betrekking tot ondernemingen worden twee doelen beoogd namelijk enerzijds (i) vergaande *transparantie* van de effecten van het handelen van ondernemingen op mens, milieu en klimaat en anderzijds (ii) de aanscherping van *zorgvuldigheidsverplichtingen* van ondernemingen ter zake. Wat betreft transparantie gaat het zowel om de rapportage van duurzaamheidsrisico’s door het handelen of nalaten van de onderneming als de risico’s voor de onderneming (de zogenaamde ‘double materiality’). In dat verband legt de EU ook verplichtingen op aan financiële instellingen om bijvoorbeeld bij de aanbidding van aandelen of obligaties in onderneming en transparant te zijn over de daadwerkelijke ‘groenheid’ van de onderneming en ‘greenwashing’ te voorkomen. Dit is onder meer een doelstelling van de EU Sustainable Finance Disclosure Regulation (“*SFDR*”) die op 10 maart 2021 in werking is getreden.³ Die SFDR verplicht financiële instellingen om bij aanbidding van bepaalde financiële producten (o.a. als deze pensioengerelateerd zijn), duurzaamheidsaspecten en de daarmee verbonden risico’s (zogenaamde ‘Principal Adverse Impacts’) te belichten. Daarmee is nauw verbonden wat bekend staat als de ‘taxonomy’ (letterlijk: classificatie), dat wil zeggen de bepaling van wat nu wel of niet als een ‘groene’ investering kan gelden (in de EU-terminologie; “environmentally sustainable activities”).⁴ Dat is uitgewerkt in de EU Taxonomie Verordening 2020/852, die op 12 juli 2020 van kracht geworden is. Heel kort gezegd is uitgangspunt daarvan dat sprake is van een ‘groene’ activiteit als duurzaamheid in een bepaald opzicht wordt bevorderd (bijvoorbeeld lucht- of waterkwaliteit of biodiversiteit) zonder dat andere duurzaamheidsaspecten worden geschaad. Een interessante discussie in dit verband was of gebruik van kernenergie of gas als ‘duurzaam’ zouden kunnen gelden. Inmiddels heeft de EU daartoe besloten. Zowel de SFDR als de Taxonomie Verordening voorzien in gedetailleerde gedelegeerde (uitvoerings)verordeningen. Wat betreft de SFDR zijn belangrijke regels op 1 januari 2023 in werking getreden.⁵ Een ieder die beleggingen aanhoudt via een financiële instelling heeft dat aan den lijve ondervonden doordat die financiële instellingen, verplicht door de nieuwe regels, hun klanten uitgebreide informatie over duurzaamheidsaspecten van hun beleggingen hebben doen toekomen.

Parallel daaraan heeft de EU veel energie gestoken in de ontwikkeling van instrumenten om de transparantie van ondernemingen over de duurzaamheidsimplicaties van hun activiteiten te vergroten. Daartoe heeft de Europese Commissie op 21 april 2021 het voorstel voor een EU Corporate Sustainability Reporting Directive (“*CSRD*”) geïntroduceerd. Op 23 februari 2022 volgde het voorstel voor de EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive (“*CSDDD*”) dat zorgvuldigheidsverplichtingen formuleert gericht op duurzaam handelen ter bescherming van mensenrechten, milieu en klimaat. Wat betreft de klimaatproblematiek wordt dit ondersteund door aanscherpingen van de regels van het EU Emissions Trading System (“*ETS*”) op basis waarvan voor grote ondernemingen quota worden vastgesteld voor de uitstoot van broeikasgassen. Deze drie regelingen worden hierna belicht.

3. De EU Corporate Sustainability Reporting Directive (“*CSRD*”)

Het voorstel voor de EU Corporate Sustainability Reporting Directive (“*CSRD*”) is in technische zin een wijziging van een viertal andere richtlijnen, in het bijzonder EU-Richtlijn 2013/34 waarin de regels voor zowel financiële als niet-financiële rapportage door ondernemingen, onder andere in de jaarrekening, zijn vervat. Net als in het geval van de verplichtingen die SFDR op financiële instellingen legt (zie de vorige paragraaf) is een belangrijke doelstelling van de CSRD dat “investors are fully informed about the sustainability of their investments.”⁶

- <https://ec.europa.eu/info/publications/communication-european-green-deal> en <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal>
- Verordening EU 2019/2088. Zie voor de voorgeschiedenis nader H.J. de Kluiver, ‘Op weg naar post-covid duurzaam ondernemingsrecht. Over grote thema’s van deze tijd: climate change, mensenrechten, governance en de maatschappelijke onderneming’, NJB 2021 p. 1243 e.v. en specifiek over de SFDR W.B. Kuijpers/J.E. de Klerk, ‘Hoe duurzaam belegd is de impact van “SFDR”? Ondernemingsrecht 2021/127 p. 809 e.v.
- Zie Green Deal paragraaf 2.2.1.
- Verordening EU 2022/1288.
- Zie <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0189> en over die CSRD onder meer recentelijk de mooie beschouwing van J.B.S. Hijink/L.K. van Dijk, ‘Finalisering van de Europese CSRD: een mijlpaal voor duurzaamheidsverslaggeving met grote impact op het ondernemingsrecht vanaf 2025’, Ondernemingsrecht 2022/87 p. 617 e.v.

De CSRD zal van toepassing zijn op alle (grote) ondernemingen (zowel beursgenoteerd als niet beursgenoteerd) waarvoor nu al conform art. 2:397 BW (ontleend aan de vermelde EU-Richtlijn 2013/34) het jaarrekeningenrecht geldt. Dat is het geval als aan twee van de volgende drie criteria wordt voldaan: minimaal 250 werknemers en/of activa van meer dan EUR 20 miljoen en/of een omzet van meer dan EUR 40 miljoen. De Europese Commissie verwacht dat zo'n 49.000 ondernemingen in de EU onder de werking van de CSRD zullen vallen. Volgen we recente CBS-cijfers dan zijn er zo'n 3200 Nederlandse bedrijven met meer dan 250 werknemers⁷ die potentieel onder het bereik van de CSRD zullen vallen. Een veelvoud van dat aantal zal echter indirect met de CSRD te maken krijgen omdat zij als dochtervennootschap of toeleverancier of afnemer allerlei informatie aan die CSRD-plichtige ondernemingen zullen moeten verschaffen.

De CSRD-richtlijn zal worden aangevuld met een grote hoeveelheid gedelegeerde regelgeving waarvoor art. 29b CSRD de basis biedt. Veel daarvan zal worden neergelegd in de zogenaamde European Sustainability Reporting Standards ("ESRS"). Die zullen door de Europese Commissie worden uitgevaardigd na te zijn voorbereid door een daartoe in het leven geroepen gezelschap van deskundigen (met name uit de accountancy hoek) samengebracht onder de, weinig meeslepende, naam "EFRAG".⁸ Dat staat voor 'European Financial Reporting Advisory Group'. Aan de kant van de ondernemingen geldt ingevolge art. 33 CSRD dat bestuurders en commissarissen "have collective responsibility" dat de vereiste rapportages worden opgesteld en gepubliceerd. Dit valt ook onder hun algemene verplichting te verklaren dat verschaft informatie "to the best of their knowledge" correct is.⁹

Inmiddels is de CSRD vastgesteld en op 6 januari 2023 in werking getreden. Deze dient binnen anderhalf jaar in nationaal recht te zijn omgezet en dus onderdeel te zijn van het Nederlandse recht. De aanpassing van bedrijfsprocessen daaraan wordt nog wel een heel stevige uitdaging. Daarvoor wordt wel enige tijd gegund. Er is namelijk een gestaffelde inwerkingtreding voorzien afhankelijk van de omvang van de onderneming. Voor grote ondernemingen van openbaar belang, met inbegrip van beursondernemingen, zal reeds in 2025 (dus over het boekjaar 2024) volgens de CSRD regels moeten worden gerapporteerd. Andere ondernemingen zullen (afhankelijk van de omvang) nog één of twee jaar extra krijgen om zich voor te bereiden.

3.1 CSRD-verplichtingen tot rapportage over mensenrechten, sociale aspecten, milieu en klimaat

Alle ondernemingen die vallen onder het bereik van de CSRD zullen moeten rapporteren over een brede verzameling van onderwerpen die voorheen werden aangeduid met de afkorting ESG ('Environment, Social, Governance'). Zo moet bijvoorbeeld informatie worden verstrekt over het beleid dat wordt gevoerd met betrekking tot het waarborgen van gelijke kansen voor werknemers, werkomstandigheden (met inbegrip van work-life balance), mensenrechten, business ethics en corporate culture, maar ook over de relatie met business partners (inclusief betalingsvoorwaarden die worden opgelegd) alsmede politieke en lobby activiteiten (zie art. 19a e.v. CSRD). Ook hier weer worden een groot aantal uitvoeringsvoorschriften door EFRAG voorgesteld in (de hiervoor reeds vermelde zogenaamde European Sustainability Reporting Standards ("ESRS")).¹⁰

Naast het beleid met betrekking eigen werknemers (zie ESRS S1), gaat het ook om informatie over de situatie van werknemers bij andere ondernemingen 'in the value chain' (zie ESRS S2). Dat kan bijvoorbeeld omvatten dat ook wordt gerapporteerd over werkomstandigheden in mijnen waaruit een onderneming grondstoffen betreft. Vergelijkbare gedetailleerde voorschriften gelden voor de rapportage van de onderneming over de relatie met lokale gemeenschappen waarin de onderneming actief is (zie ESRS S3 inzake "Affected Communities").

Uitgebreide verplichtingen gelden met betrekking tot allerlei vormen van milieuvervuiling en effecten die het ondernemingshandelen heeft op het milieu. Ook hier zijn inmiddels een groot

7. Zie www.cbs.nl/nl-nl/visualisaties/bedrijven#A-U. Niet al deze ondernemingen zullen natuurlijk aan (een van de twee) overige criteria (die zien op waarde activa c.q. omzet) voldoen, maar de orde van grootte zal daardoor toch niet ingrijpend veranderen.

8. Zie: www.efrag.org

9. Zie ook reeds EU-Richtlijn 2004/109/EC.

10. Zie voor een overzicht onder meer www.rinet.nl/duurzaamheidsverslaggeving/nieuwe-standaarden-EFRAG/

aantal conceptuivoeringsvoorschriften gepubliceerd door EFRAG. Dat betreft zowel milieuvervuiling in het algemeen (ESRS E2), effect van ondernemingshandelen op de kwaliteit van water en zeeleven (ESRS E3), biodiversiteit en ecosystemen (ESRS E4) en de bijdrage die de onderneming al of niet levert aan een circulaire economie (ESRS E5).

3.2 CSRD-verplichtingen met betrekking tot het tegengaan van klimaatverandering

Naast de hiervoor vermelde verplichtingen bevat de CSRD ook strikte regels met betrekking tot de rapportage over de impact van de onderneming, met name door de uitstoot van broeikasgassen op het klimaat, en of en hoe klimaatverandering wordt tegengegaan. Dat sluit aan bij bredere – niet verplichtende – initiatieven zoals de door de G20 in het leven geroepen Taskforce on Climate-related Financial Disclosures (“TCFD”).¹¹ Daartoe is onder meer voorgeschreven (art. 19a CSRD) dat verslag wordt gedaan van “plans [...] to ensure that its business model and strategy are compatible with the transition to a sustainable economy and with the limiting of global warming to 1.5° C in line with the Paris Agreement”. In dat verband moet (zie art. 29b lid 2 (a)(1) CSRD) onder meer worden gerapporteerd over de uitstoot van broeikasgassen (met name, maar niet uitsluitend, CO₂ en methaan) *zowel omvattend Scope 1, 2 en 3*.

Dat laatste, het onderscheid tussen scope 1, 2 en 3 is in het licht van de Parijsakkoorden van bijzonder belang.¹² Scope 1 omvat hetgeen de onderneming zelf daadwerkelijk aan broeikasgassen uitstoot. Scope 2 betreft de uitstoot door leveranciers (bijvoorbeeld de energie die de elektriciteitscentrale gebruikt om de stroom op te wekken die de onderneming gebruikt) en scope 3 is de overige uitstoot die gepaard gaat met het fabriceren en het gebruik van de producten door afnemers inclusief bijvoorbeeld vervoer naar de plaats van bestemming en de uitstoot die gedurende de levensduur van het product (inclusief de vernietiging van producten aan het einde van die levensduur) daarmee verbonden is. Het gaat dus om *alle emissies* in de waardeketen (zowel bij toeleveranciers als afnemers). Ook dit wordt weer gedetailleerd uitgewerkt in uitvoeringsregels en standaarden die EFRAG opstelt.¹³ In dat kader moet bijvoorbeeld ook informatie worden gegeven met betrekking tot projecten om de uitstoot te verminderen en de kosten en opbrengsten daarvan. Voorts moet een berekening worden opgenomen van de hoeveelheid CO₂ die wordt uitgestoten gedeeld door de omzet. Met dat laatste kan (dus) als het ware de CO₂-efficiëntie van een onderneming worden vastgesteld.

Bij een aantal grote ondernemingen vindt die rapportage met betrekking tot zowel scope 1, 2 als 3 nu reeds plaats en soms zelfs reeds zeer uitgebreid. Shell is in discussies over uitstoot van broeikasgassen natuurlijk nogal eens kop van jut, maar vastgesteld kan worden dat als het gaat om de rapportage van die uitstoot Shell zowel wat betreft scope 1, 2 en 3 in haar jaarverslag een zeer gedetailleerd overzicht geeft.¹⁴ Zet men dat af tegen bijvoorbeeld Schiphol NV, let wel: grotendeels in handen van de Nederlandse Staat, dat toch een primaire facilitator is van de bij uitstek CO₂-uitstoot genererende luchtvaartsector, dan krijgt die rapportage te meer glans. Zo geeft Schiphol NV wel hoog op over het energiebewustzijn van de luchthaven zelf, maar als het gaat om de werkelijk impact – de uitstoot van broeikasgassen ten gevolge van de door vliegtuigen op Schiphol getankte kerosine – wordt dat in een paar regels afgedaan als iets wat de luchthaven eigenlijk niet aangaat en buiten haar scope 3 zou vallen.¹⁵ In dit opzicht kan wel enigszins worden meegevoeld met de kritische opmerkingen van Greenpeace dat Schiphol geen verantwoordelijkheid voor juist dat aspect neemt.¹⁶

4. EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive (“CSDDD”)

Het tweede cruciale wetgevingsinitiatief is Corporate Sustainability Due Diligence Directive (“CSDDD”). Ook dat initiatief vloeit voort uit de eerder vermelde EU ‘Green Deal’ met de bedoeling

11. De TCFD kent een eigen organisatie (onder voorzitterschap van Michael Bloomberg) en website: www.fsb-tcfd.org. Daarover recentelijk onder (veel) meer A. Hösl/R.H. Weber, ‘Climate Change Reporting and Due Diligence: Frontiers of Corporate Climate Responsibility’, ECFR 6/2021 p. 948 e.v. In dit verband is kritiek op de CSRD wel dat deze niet zonder meer dezelfde regels hanteert als voorgesteld door de TCFD waarmee dus geen internationale consensus is bereikt.
12. Zie voor een nadere omschrijving Annex III sub (1)(e) (i) bij Verordening (EU) 2016/1011.
13. Verwezen zij naar www.rjnet.nl/globalassets/duurzaamheid/esrs-november-2022/08-draft-esrs-e1-climate-change-november-2022.pdf paragraaf 41 e.v.
14. Zie: <https://reports.shell.com/annual-report/2021/strategic-report/climate-change-and-energy-transition/climate-related-metrics-and-targets/greenhouse-gas-emissions.html>
15. Vgl. Schiphol Jaarverslag 2021 p. 38.
16. Zie www.greenpeace.org/nl/de-grote-vervuilers/ waarin Greenpeace aan Schiphol verwijt geen verantwoordelijkheid te nemen voor de CO₂-uitstoot die gepaard gaat met de vluchten die zij faciliteert.

dat duurzaamheid ('sustainability') "should be further embedded into the corporate governance framework, as many companies still focus too much on short-term financial performance compared to their long-term development and sustainability aspects." Dit denken over de relatie tussen 'vergroening', duurzaamheid, lange termijn en corporate governance, wordt sindsdien gevat onder het kopje "Sustainable Corporate Governance". In Nederland heeft daarvoor de term 'duurzaam ondernemen' ingang gevonden. Voor een breed perspectief daarop verwijs ik naar de uitgebreide preadviezen voor de Koninklijke Vereniging Handelsrecht uit 2021 alsmede nadien verschenen literatuur.¹⁷

In de kern beoogt de CSDDD het nader formuleren van zorgplichten ("due diligence") in de waardeketen (met name de 'supply chain') (i) ter waarborging van mensenrechten en het beperken/voorkomen van 'klassieke' milieuschade en (ii) het nemen van maatregelen om de opwarming van de aarde en de daarmee samenhangende klimaatverandering tegen te gaan.

Het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie was wel erg breed en onbepaald van opzet met name wat betreft de omvang van de verantwoordelijkheid voor de gehele keten van zowel leveranciers als afnemers als ook sancties (met inbegrip van een vergaande civiele aansprakelijkheid). Daarop is veel kritiek gekomen zowel van ondernemingen als ook van bijvoorbeeld de EU Regulatory Scrutiny Board. Die laatste instantie heeft tot taak alle voorgenomen wetgeving in de EU te toetsen en brak tot tweemaal toe de staf over het voorstel. De Europese Commissie heeft die kritiek grotendeels genegeerd met een beroep op "the *political importance* of this initiative" (cursivering in het origineel) en de "*urgency of action*"¹⁸ en aanvankelijk slechts kleine concessies gedaan met betrekking tot werkingssfeer en mogelijke aansprakelijkheid.¹⁹

De EU-Raad van Ministers is in november 2022 echter beduidend meer tegemoetgekomen aan de kritiek. Dat heeft geleid tot een *aangepast voorstel voor de CSDDD* dat op 30 november 2022 is gepresenteerd²⁰ en op 1 december 2022 met een *gekwalificeerde meerderheid door de EU-Raad van Ministers is aanvaard*.²¹ Dit gewijzigde voorstel zal dit jaar (2023) voorwerp van onderhandeling zijn met het Europees Parlement en de Europese Commissie (de zogenaamde "triloog") met de bedoeling te komen tot een door alle EU gremia gedragen voorstel. Dat zal nog wel wat voeten in de aarde hebben omdat het Parlement op veel onderdelen verder wil gaan.²² De EU-Raad van Ministers zal op onderdelen wel bereid zijn tot enige aanscherping, maar ik verwacht niet

dat de ministers in fundamentele kwesties zoals hierna belicht veel zullen willen toegeven.

De EU-Raad van Ministers heeft onder andere de verplichtingen voor ondernemingen in de financiële sector beperkt. De zorg die daartoe leidde is dat het voor bijvoorbeeld banken niet goed doenlijk is om daadwerkelijk te controleren of al degenen aan wie zij geld lenen de verplichtingen ter zake van de eerbiediging van mensenrechten en milieu nakomen. In het voetspoor van de bepaling die al de mogelijkheid gaf aan EU lidstaten om pensioeninstellingen van de CSDDD te kunnen uitzonderen (Art. 2 lid 6), is op initiatief van met name Frankrijk en Italië een bepaling opgenomen die het aan de EU-lidstaten zelf laat om te beslissen of en in hoeverre de CSDDD voor financiële instellingen zal gelden. Nederland heeft zich weliswaar daartegen gekeerd – en bepleit juist toepasselijkheid op alle financiële instellingen in de EU – maar is in de EU-Raad van Ministers overstemd.

17. H.J. de Kluijver (red), *Duurzaam ondernemen en Sustainable Transport*, Zutphen: Paris Uitgevers 2021, met bijdragen van H. de Wulf, 'Duurzaam ondernemen en ESG: Perspectieven en verwachtingen', M.W. Scheltma, 'De juridisering van mensenrechten due diligence', H.A. Walkate, 'Duurzaamheid en het perspectief van een belegger' en J.A. Langezaal/G.G. Hesen, 'ESG vanuit de onderneming bekeken'. Verdere verwijzingen nadien o.a. in H.J. de Kluijver, 'Ondernemingsrecht, mensenrechten en klimaat. Doen we de goede dingen en doen we ze goed? Over moeizame regulering en gebrek aan focus, NJB 2022 p. 1245 e.v. Eerder verscheen in 2021 het themanummer van Ondernemingsrecht 2021/aflevering 5 over 'Duurzaamheid & corporate governance' met bijdragen van Hijink, Garcia Nelen, De Jong, Baks en Rietveld. Het verslag van het aan dit thema gewijde Nijmeegse ondernemingsrechtcongres schreef L.K. van Dijk, 'Duurzaam ondernemingsrecht - In de breedste zin van het woord', Ondernemingsrecht 2022/88. Wat betreft de ontvankelijkheid voor deze thematiek bij ondernemingen zie men de verkenning van C. van Aartsen, M. Olaerts & R. Bauer, 'De verankering van duurzaamheid in Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen', Ondernemingsrecht 2022/79 p. 555 e.v.

18. Explanatory Memorandum bij de ontwerp EU-CSDD Richtlijn p. 20 e.v.

19. T.a.p p. 21 e.v.

20. Zie <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/en/pdf>

21. Zie www.consilium.europa.eu/en/meetings/compet/2022/12/01/ en www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/01/council-adopts-position-on-due-diligence-rules-for-large-companies/. Zie voor een video van de gedachtenwisseling in de EU Raad van minister <https://video.consilium.europa.eu/event/en/26329>

22. Zie voor een indicatie het rapport van de Draft Report van de Committee on Legal Affairs van het Europees Parlement van 7 november 2022: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-738450_EN.pdf

Een tweede belangrijke beperking die de EU-Raad van Ministers heeft aangebracht is dat het aanvankelijk erg brede concept van (elke) 'impact' op mensenrechten en milieu in de keten, de zogenaamde '(value) chain', is gewijzigd in 'chain of activities' met nadruk op 'supply chain' (Art. 3 sub (g)). Ook nu weer hebben naar verluidt Frankrijk en Italië, maar ook Spanje en Portugal en andere landen daarop aangedrongen. Dat betekent dus dat het gebruik van producten door afnemers *niet* zonder meer leidt tot sancties voor de onderneming die deze heeft gefabriceerd (men denke ook aan wapens die conform de daarvoor geldende regels en (export)vergunningen zijn geleverd). De verantwoordelijkheid (en eventueel aansprakelijkheid) van de onderneming geldt daarmee primair haar toeleveranciers (de zogenaamde 'upstream business partners') en minder bij afnemers ('downstream business partners'). Ook deze beperking in het toepasselijkheid van de CSDDD is niet ondersteund door de Nederlandse regering en reden geweest voor de Nederlandse minister van Economische Zaken en Klimaat om, samen met nog enige lidstaten, in de EU-Raad van Ministers tegen het aangepaste voorstel te stemmen.²³ Dat heeft echter niet afgedaan aan goedkeuring van het voorstel met de vereiste gekwalificeerde meerderheid.²⁴

Het aantal ondernemingen dat initieel onder de werking van de CSDDD gaat vallen zal overigens beperkter zijn dan het bereik van de CSRD (zie reeds paragraaf 3). De CSDDD gaat gelden voor EU-ondernemingen (met inbegrip van holding vennootschappen aan het hoofd van een groep) met meer dan 500 werknemers en een omzet van minimaal EUR 150 miljoen en voor (kleinere) ondernemingen in sectoren die met name gevoelig zijn voor schending van mensenrechten zoals de textiel- en voedingsindustrie en industrie die afhankelijk is van delving van erts en mineralen, mits de onderneming meer dan 250 werknemers in dienst heeft en minimaal EUR 20 miljoen van de omzet in zo'n sector wordt behaald. Ook ondernemingen die *niet* in een EU-staat zijn opgericht, maar wel EUR 150 miljoen omzet in de EU genereren zullen aan de CSDDD moeten voldoen. Nemen we weer de CBS-cijfers erbij dan zijn er in Nederland zo'n 1400 ondernemingen met meer dan 500 werknemers die mogelijk kwalificeren.

Gelet op de door de EU-ministers bereikte gekwalificeerde meerderheid neem ik *in de navolgende bespreking* het door de EU-Raad van Ministers aanvaarde *aangepaste voorstel van 30 november 2022 tot uitgangspunt*.

4.1 CSDDD-verplichtingen met betrekking tot inbreuken op mensenrechten en ('klassieke') milieuschendingen

Art. 1 van het aangepaste voorstel voor de CSDDD vat samen dat een eerste onderwerp dat nader wordt geregeld betreft "obligations for companies regarding actual and potential human rights adverse impacts and environmental adverse impacts [...] [in] their own operations, the operations of their subsidiaries, and the operations carried out by their business partners in companies' chains of activities" en de aansprakelijkheid daarvoor. In een Annex bij de CSDDD is aangegeven welke mensenrechten met name moeten worden geëerbiedigd. Hoewel die opsomming nog steeds redelijk uitgebreid is, gaat het grosso modo om min of meer 'klassieke' grondrechten. In die Annex (Part 2) is ook een opsomming te vinden van te vermijden 'klassieke' milieu-inbreuken. Het tweede onderwerp waaromtrent regels worden gesteld betreft de uitstoot van broeikasgassen en tegengaan van klimaatverandering (waarover hierna paragraaf 4.2).

Met betrekking tot mensenrechten en milieu rust op ondernemingen een "due diligence" verplichting om inbreuken daarop ("adverse impacts") in kaart te brengen, te voorkomen en als die toch gebeuren te beëindigen althans te verminderen. Die verplichting tot onderzoek en 'gepaste zorgvuldigheid' (een letterlijke vertaling van 'due diligence') moet worden geïntegreerd in het beleid en het 'risk management' van de onderneming. Vervolgens moeten ondernemingen de effectiviteit van het ondernemingsbeleid 'monitoren' en steeds opnieuw beoordelen "whenever

23. Zie de brief van de minister van Economische Zaken en Klimaat van 21 december 2022 (www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/12/21/verslag-raad-voor-concurrentievermogen-1-2-december-2022) en de brieven van 22 november 2022 (www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/11/22/kamerbrief-inzake-versnelling-raadsonderhandelingen-europese-invo-wetgeving) en 16 december 2022 van de minister voor Buitenlandse handel en Ontwikkelingssamenwerking (www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/12/16/kamerbrief-inzake-uitkomst-van-de-onderhandelingen-in-de-raad-omtrent-het-eu-voorstel-imvo).

24. In EU-termen is daarvan sprake (althans bij het beoordelen van een Commissievoorstel) als 55% van de lidstaten die 65% van de EU-bevolking representeren hun instemming betuigen.

there are reasonable grounds to believe that significant new risks [...] may arise” (Art. 4 en 10). Het beleid ter zake (de “due diligence policy”) moet mede omvatten een ‘code of conduct’ waarin de regels en principes die gelden voor alle bij de onderneming betrokkenen zijn neergelegd, en een beschrijving van de maatregelen ter naleving daarvan (‘compliance’). Minimaal elke twee jaar moet het beleid worden geëvalueerd en zo nodig aangepast (Art. 5 CSDDD). Er moet daadwerkelijk actie worden ondernomen om “actual and potential adverse impacts” in kaart te brengen en daar ook iets aan te doen (Art. 6). Daarbij mag een prioritering plaatsvinden gebaseerd op de ernst en waarschijnlijkheid van de (mogelijke) inbreuk (Art. 6a). Ook moet een ‘prevention plan’ worden opgesteld. Actie kan mede inhouden dat uitdrukkelijk contractuele afspraken met business partners worden gemaakt om inbreuken te voorkomen c.q. te beëindigen (Art. 7 en 8). Daartoe kan de Commissie ‘guidelines’ opstellen, met inbegrip van model contractclausules (Art. 12 en 13).

Om *toezicht* te houden op de naleving van de verplichtingen met betrekking tot de waarborging van mensenrechten en milieu-inbreuken dient elke EU-lidstaat een of meer toezichthouders aan te wijzen. Die toezichthouders krijgen ruime bevoegdheden om onderzoek te doen, bevelen te geven en onmiddellijke maatregelen te treffen met betrekking tot de bedrijfsuitoefening alsmede boetes op te leggen (Art. 18 en 20). Bij die toezichthouders kan ten slotte door een ieder geklaagd worden die meent ‘substantiated concerns’ te hebben. Dergelijke klagers moeten gemotiveerd bericht krijgen van de toezichthouder. Hebben zij een ‘legitiem belang’ dan kan een negatieve beslissing van de toezichthouder getoetst worden door een rechter of ander onafhankelijk publiekrechtelijk lichaam (Art. 19).

De CSDD-richtlijn voorziet ten slotte in een regeling van de civiele aansprakelijkheid van ondernemingen voor schade wegens het niet eerbiedigen van mensenrechten of (klassieke) milieuschade. In het door de EU-Raad van Ministers aangepaste voorstel is wel onderstreept dat dit vereist dat de onderneming bewust of in ieder geval duidelijk onzorgvuldig (“intentionally or negligently”) gehandeld heeft, en dat de schade ook direct in *causaal verband* staat tot het opzettelijk/onzorgvuldig handelen. De onderneming is als uitgangspunt niet aansprakelijk als het *uitsluitend* gaat om handelen van een ‘business partner’ in de keten. De achtergrond van een en ander is dat de EU-Raad van Ministers uitdrukkelijk wil waken tegen ‘overcompensation’ (zie voor dit alles Art. 22 CSDDD). Over dat aansprakelijkheidsaspect kom ik hierna nog te spreken in paragraaf 6.

4.2 Maatregelen tegen klimaatverandering en beperking van uitstoot van broeikasgassen zoals voorzien in de CSDDD

Wat betreft het bestrijden van klimaatverandering is in de door de EU-Raad van Ministers aangepaste versie van de CSDDD nauw aangesloten bij de omschrijving van hetgeen wordt vereist in de CSRD (zie reeds paragraaf 3.2). Dat was een sterke wens van de EU-Raad van Ministers, met inbegrip van Nederland.²⁵ De kernverplichting (in art. 15 CSDDD) is dat EU-lidstaten waarborgen dat ondernemingen die onder de reikwijdte van de CSDD vallen ‘shall adopt a plan to ensure that the business model and strategy of the company are compatible with the transition to a sustainable economy and with the limiting of global warming to 1.5° C in line with the Paris Agreement.’ Dat ondernemingsplan dient aan te geven “the extent to which climate change is a risk for, or an impact of, the company’s operations.” Is ‘climate change’ een ‘principal risk’ voor de onderneming of is sprake van ‘principal impact’ van de onderneming op het klimaat (het gaat om beide aspecten; men spreekt van ‘double materiality’), dan dient de onderneming “*emission reduction objectives*” in het plan op te nemen.

Wat betreft klimaatbeleid sluiten de CSRD en de CSDDD nu dus nauw op elkaar aan. Waar de CSRD een beschrijving vereist van plannen om de uitstoot van broeikasgassen terug te dringen, creëert de CSDDD een *verplichting* om die plannen op te stellen. Uit dat directe verband tussen de CSRD en de CSDDD kan worden afgeleid dat die plannen betekenisvol moeten zijn en zowel betrekking zouden moeten hebben op de scope 1, 2 en 3 uitstoot. Waar dat echter in de CSRD wel reeds uitdrukkelijk is geëxpliciteerd (zie hiervoor) is dat in de CSDDD nog niet uitdrukkelijk vermeld. In dit opzicht zou enige aanscherping en precisering van de vermelde bepaling (Art. 15 CSDDD) aanbeveling verdienen. Zo’n aanscherping is door het Europees Parlement bepleit als

25. Verwezen zij weer naar de brief van de minister van Economische Zaken en Klimaat van 21 december 2021 reeds vermeld in noot 23.

ook wel in literatuur.²⁶ Jammer is dan wel weer dat het Europees Parlement de redelijkheid uit het oog verliest en eisen stelt die niet operationaaliseerbaar zijn en waaraan een individuele onderneming niet kan voldoen (zoals in overeenstemming handelen met de “latest recommendations of the IPCC and the European Scientific Advisory Board” en niet nader toegelichte “best practices”). Het lijkt mij zeer onwaarschijnlijk dat dergelijke onbestemde voorstellen de EU-Raad van Ministers zullen passeren.

Dat roept eens te meer de vraag op hoe initiatieven per onderneming wel kunnen leiden tot een gecoördineerd en effectief beleid ter bestrijding van klimaatverandering. Daarbij zouden de toezichthouders die naleving van de CSDDD moeten controleren een rol kunnen spelen. Anderzijds is ook niet gewenst dat elke nationale toezichthouder hier een eigen beleid gaat voeren. Dat heeft ertoe geleid dat de CSDDD (in art. 18 lid 1) bepaalt dat de toezichthouder(s) uitsluitend tot taak zullen hebben erop te zien dat ondernemingen daadwerkelijk een klimaatplan hebben om binnen de grenzen van de doelstellingen van de Parijs-afspraken te blijven. Of de uitvoering derhalve ook volgens plan geschiedt is niet aan de toezichthouder om te bepalen, althans niet met inzet van het door de CSDDD geboden sanctiemechanisme (zoals boetes, bevelen en maatregelen). In lijn hiermee is de bepaling inzake civiele aansprakelijkheid van de onderneming (Art. 22) ook beperkt tot de schending van verplichtingen met betrekking tot de eerbiediging van mensenrechten en (klassieke) milieuschade als vervat in de artikelen 7 en 8 van de (aangepaste versie) van de CSDD-richtlijn en omvat die bepaling niet de klimaatverplichtingen.

Op zichzelf is beperking van aansprakelijkheid een terechte keuze zoals ook hierna nog in paragraaf 6 zal worden toegelicht. De uitstoot van broeikasgassen is van een fundamenteel andere orde dan de ‘klassieke’ milieuvuilsituaties waarbij het gaat om gebruik en/of uitstoot van op zichzelf schadelijke stoffen. Broeikasgassen zijn dat niet. Tegelijkertijd zijn broeikasgassen bij het overschrijden van een bepaalde drempel in de atmosfeer wel een gevaar voor de mensheid in brede zin. Het regelkader en de daarvoor vereiste instrumenten zullen echter wezenlijk verschillen van hetgeen in het kader van het tegengaan van klassieke milieu-inbreuken en schendingen van klassieke mensenrechten geëigend is. Uiteindelijk is de uitstoot van broeikasgassen een collectief probleem dat om een collectieve oplossing vraagt. Dat brengt mij bij de bespreking van wellicht het belangrijkste EU-instrument voor de beteugeling van de uitstoot van broeikasgassen: het “ETS”.

5. Collectieve mechanismen en een weg voorwaarts: het EU Emissions Trading System (ETS) en het Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM) als beleidsinstrument

In het voorgaande is er reeds een aantal malen op gewezen dat het klimaatprobleem een zowel praktisch als juridisch wezenlijk andersoortig probleem is dan inbreuken op mensenrechten en (klassieke) milieuschade. Het klimaatprobleem is een collectief probleem in de meest letterlijke betekenis van het woord. De enige effectieve manier om dat aan te pakken zal derhalve evenzeer collectief moeten zijn. Dat vereist een vergaande vorm van coördinatie en regulering op een beduidend hoger niveau dan individuele ondernemingen of zelfs individuele staten. Dat collectieve doel is onmogelijk te bereiken door elke individuele onderneming dat zelf te laten invullen. Een team wordt geen kampioen door elke speler voor zich te laten bepalen welke positie op het speelveld wordt ingenomen en wat men al of niet zal gaan doen. Daartoe is op overkoepelend niveau een ‘blauwdruk’ vereist om te bepalen hoe en door wie, welke doelstellingen met betrekking tot vermindering van uitstoot van broeikasgassen zullen moeten worden gehaald.

Ik ontleen de term ‘blauwdruk’ aan oud-advocaat-generaal en hoogleraar Jaap Spier die in een aantal diepgravende publicaties zich indringend met de klimaatproblematiek heeft bezig gehouden.²⁷ Spier benadrukt dat het van het grootste belang is “na te gaan denken over faire, haalbare en tegelijkertijd toereikende mondiaal geldende verplichtingen en die met de grootst mogelijke kracht te gaan promoten. Daarmee is het klimaat

26. Zie voor de positie van het Europees Parlement o.a. het Draft Report van de Committee on Legal Affairs 2022.0051 (COD) van 7 november 2022 en voor de voorgestelde aanscherpingen van Art. 15 CSDDD p. 102 e.v. Zie in de literatuur o.a. S. Steuer, ‘Klimaziele im Unternehmensrecht’, ZIP 2023 p. 13 e.v.

27. Zie J. Spier, ‘Milieudéfensie v. Shell: een sirenenzang? Suggesties voor een beter alternatief’, in: W.J.M. Van Veen e.a. *De klimaatzaak tegen Shell*, Deventer: WoltersKluwer 2022, p. 49 e.v., dezelfde, ‘SDGs: tussen droom en daad: een processie van Echernach. Het Shell-vonnis: stormram of eendagsvlieg?’ TvOB 2021 p. 176 e.v. en Jaap Spier, *Climate Litigation. Cases and Materials*, Den Haag: Eleven/Boom uitgevers, 2022 waarin de “blueprint” wordt besproken op p. 198 e.v. en 261 e.v..

echt gebaat. Zo'n benadering heeft vooral voordelen, daaronder een gelijk spelveld." Met het betoog van Spier kan slechts worden ingestemd. Men zou hopen dat daaraan van overheidswege onder leiding van de minister voor Klimaat met de hoogste prioriteit uitvoering wordt gegeven. Spier onderkent dat "zo'n blauwdruk [nog] geen recht is", maar noteert : "als deze op voldoende ruime schaal wordt onderschreven en gepromoot is de kans groot dat rechters er veel gewicht aan zullen toekennen."²⁸ Zoals Spier terecht signaleert zal zo'n blauwdruk onmogelijk door rechterlijke uitspraken kunnen worden gerealiseerd. Dat gaat zowel de spankracht, de bevoegdheid als de legitimiteit van het rechterlijk ambt te boven. Spier is dan ook – terecht – zeer kritisch gestemd over uitspraken zoals de rechtbank Den Haag die deed in de Shell-klimaatzaak (waarover hierna nog paragraaf 12).

Gelukkig bestaat er reeds een instrument om verplichtingen tot het verminderen van uitstoot gecoördineerd aan grote ondernemingen op te leggen; het EU Emissions Trading System ("ETS"). Dit is een zogenaamde 'cap and trade' systeem dat erop gericht is om de uitstoot van met name CO₂ te beperken. De kern van het systeem is kort gezegd dat alle grote bedrijven die CO₂ uitstoten dat moeten doen binnen de grenzen van emissierechten die zij jaarlijks verkrijgen. Zij moeten daarover rapporteren in een zogenaamd 'Monitoring Plan'.²⁹

De kern van het ETS-systeem is vervolgens enerzijds dat de emissierechten jaarlijks worden verminderd, en dat anderzijds een handelssysteem wordt opgezet waarbij een onderneming die succesvol investeert in beperking van de emissie de overbodige rechten kan verkopen aan een andere entiteit die nog niet een zelfde resultaat heeft bereikt. In feite wordt daarmee een incentive gegeven om meer te doen dan het halen van de quota. In dat geval kunnen immers onnodige emissierechten weer te gelde worden gemaakt. Uiteraard moet dan wel de prijs daarvoor hoog genoeg zijn (net iets onder de boete die anders zou worden uitgedeeld) om ook voor ondernemingen die die rechten kopen de incentive te behouden om de CO₂-uitstoot te reduceren.

In de diverse jurisdicties zijn ook nationale instanties aangewezen om een en ander nader vorm te geven en te monitoren. In Nederland is dat de Nederlandse Emissie Autoriteit (NEA). Dat is een enigszins onderschatte en ondergewaardeerde instantie die op zichzelf uitstekend werk levert. De toegankelijke en met zeer veel nuttige informatie gevulde website van die organisatie, met inbegrip van een gedetailleerd overzicht van de uitstoot per onderneming die aan

het ETS onderworpen zijn,³⁰ getuigt daarvan.³¹ Voor onderliggende informatie kan men ook goed terecht op de website van de EU over dit onderwerp.³²

Daarmee is een goede weg ingeslagen waarbij coördinatie van wet- en regelgeving in ieder geval binnen de EU gewaarborgd is. Dat proces moet vervolgens ook buiten de EU vorm krijgen. Dit wordt breed onderkend en nagestreefd bijvoorbeeld ook binnen het kader van de VN. Zie in dit verband met betrekking tot het bevorderen van internationaal samenhangende regulering recentelijk bijvoorbeeld het in 2022 verschenen rapport van de UN High Level Expert Group on the Net Zero Emissions Commitments of Non-State Entities.³³ Dat is weer een stapje op weg naar een systematiek die kan leiden tot een 'blauwdruk' voor het wereldwijd beperken van de uitstoot van broeikasgassen.

Het voorgaande wil overigens zeker niet zeggen dat het ETS-systeem reeds perfect werkt,³⁴ maar het is wel een systeem dat zich goed laat verfijnen. Een element van zulke verfijning is de voorlopige overeenstemming die eind 2022 is bereikt tussen de EU-Raad van Ministers en het Europees Parlement over de aanvulling van het ETS met een mechanisme dat CO₂-emissies van ondernemingen uit niet-EU landen in de EU belast als binnen de EU economische activiteit plaatsvindt. Het betreft het Carbon Border Adjustment Mechanism ("CBAM"). Daarmee wordt beoogd zogenaamde

28. Aldus Spier in zijn in de vorige noot vermelde TvOB artikel p. 186 e.v.

29. Zie www.emissieautoriteit.nl/onderwerpen/monitoring-emissies/monitoringsplan-opstellen-en-onderhouden en art. 6 lid 2 sub c en art. 14 EU-Richtlijn 2003/87 zoals in de loop van de tijd geamendeerd en aangevuld in de Nederlandse Regeling handel emissierechten.

30. Zie voor de gedetailleerde emissiecijfers over 2021: www.emissieautoriteit.nl/documenten/publicatie/2022/04/14/emissiecijfers-2021

31. Zie voor de NEA website: <https://www.emissieautoriteit.nl>

32. www.climate.ec.europa.eu/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets_en

33. www.un.org/en/climatechange/high-level-expert-group

34. Veel hangt af van de uitwerking en finetuning en de effectiviteit kan per productmarkt verschillen mede afhankelijk van de prijselasticiteit (die zal bepalen of en in hoeverre kosten kunnen worden doorberekend aan klanten). Dat is ook een argument waarom bijvoorbeeld het ETS voor de transportsector en verwarming van gebouwen/huizen minder geschikt zou zijn. Vgl. <https://europeanclimate.org/wp-content/uploads/2020/06/01-07-2020-decarbonising-european-transport-and-heating-fuels-full-report.pdf>

CO₂-‘leakage’ te voorkomen die kan ontstaan als buiten de EU goederen worden geproduceerd zonder dat uitstootbeperkingen daarvoor gelden en die vervolgens op de interne EU-markt worden afgezet.³⁵ De op het moment van afronding van deze bijdrage meest recente besluitvorming over aanscherping van het ETS vond plaats op 18 december 2022.³⁶

Aan overheden biedt het ETS/CBAM daadwerkelijk een sturingsinstrument om hun verantwoordelijkheid waar te maken voor het halen van de klimaatdoelen zoals neergelegd in de akkoorden van Parijs. Maar ook voor ondernemingen is een dergelijk systeem verre te prefereren boven rechterlijke actie of andere versnipperde initiatieven. Niet alleen stelt zo’n gecoördineerd systeem duidelijke doelen voor het ondernemingsbeleid, maar het biedt ook rechtszekerheid. Zo heeft de rechtbank Den Haag in de bekende Shell-klimaatzaak (waarover nog paragraaf 12) niet voor niets overwogen dat waar emissies worden gereguleerd door het ETS (en een onderneming zich daaraan houdt), het ETS “vrijwaart” tegen een doorkruising van de daarin vervatte doelstellingen door rechterlijke interventies.

6. Aansprakelijkheid van de vennootschap kan onder bepaalde omstandigheden gepast zijn, maar een beleidsinstrument is het niet

Zoals al kort aan de orde kwam in paragraaf 4 heeft Europese Commissie gemeend in het oorspronkelijke voorstel voor de CSDDD ook te moeten voorzien in civiele aansprakelijkheid van ondernemingen. De combinatie van open normen en ruime aansprakelijkheid is echter weinig gelukkig. In het door de EU-Raad van Ministers aangepaste voorstel zijn de bepalingen dan ook stevig geamendeerd. In dat voorstel (van 30 november 2022) is in het relevante art. 22 CSDDD juist sterk de nadruk gelegd op klassieke vereisten voor aansprakelijkheid. Behalve een schending van specifieke verplichtingen (zoals omschreven in de artt. 7 en 8 CSDDD), wordt vereist dat sprake is van opzettelijk of onzorgvuldig handelen of nalaten (“intentionally or negligently”) en direct causaal verband tussen schade en schending van de verplichting. Ook is uitdrukkelijk bepaald dat slechts werkelijke schade wordt vergoed en ‘overcompensation’ moet worden vermeden (en dat dus van ‘punitive damages’ al helemaal geen sprake kan zijn).

De door de EU-Raad van Ministers aangebrachte beperkingen kunnen worden toegejuicht. Daarbij moet bedacht worden dat aansprakelijkheid lang niet altijd een effectief instrument is om beleid te implementeren. Het realiseren van aansprakelijkheid vergt lange en ingewikkelde juridische proce-

dures. Dat een aansprakelijkheidsdreiging ineffectief is geldt in het bijzonder waar het gaat om het tegengaan van de uitstoot van broeikasgassen en ‘klimaatverandering’. Aansprakelijkheid kan een nuttig instrument voor het bereiken van beleidsdoelen zijn als een of meer daders kunnen worden geïdentificeerd, die onrechtmatig handelen en het handelen leidt tot duidelijk bepaalde schade die in een causale relatie daarmee staat. Van dit alles is in het geval van klimaatverandering geen sprake. In een politieroman zou het heten; er is wel een lijk, maar geen dader. Daarin onderscheidt klimaatverandering zich fundamenteel van (andere) milieuaantastingen waar het gaat om de uitstoot van op zich schadelijke stoffen die bij inwerking op mensen leiden tot een aantasting van de gezondheid. Broeikasgassen als CO₂ en methaan zijn niet zo’n stof. Sterker nog; elk organisme stoot deze gassen uit.

Er is als zodanig ook geen causaal verband aanwijsbaar tussen de uitstoot van een bepaalde onderneming en eventuele schade. Dat een fabriek CO₂-uitstoot leidt niet tot schade aan de omwonenden. Wat het wel doet is dat het bijdraagt aan de opwarming van de aarde, maar pas als een bepaald grensniveau wereldwijd wordt overschreden. Dat de waterspiegel stijgt bij een opwarming van de aarde is zonneklaar en dat zulks grote nadelige effecten heeft ook. Maar wie lijdt de schade als dit als gevolg heeft dat de Nederlandse Staat kosten gaat maken voor het aanleggen en verhogen van dijken en andere kustverdedigingswerken? Het antwoord kan dan slechts zijn de Nederlandse Staat. Maar diezelfde Nederlandse Staat is de veruit grootste aandeelhouder van bijvoorbeeld Schiphol dat faciliteert dat elk jaar als gevolg van de aldaar door vliegtuigen getankte kerosine bijna veertien miljoen ton CO₂ in de atmosfeer wordt gestoten.³⁷

35. Zie www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2022/12/13/eu-climate-action-provisional-agreement-reached-on-carbon-border-adjustment-mechanism-cbam/

36. www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/18/fit-for-55-council-and-parliament-reach-provisional-deal-on-eu-emissions-trading-system-and-the-social-climate-fund/

37. De uitstoot ten gevolge van de op Schiphol getankte kerosine bedroeg in 2019 bijna 14 miljoen ton CO₂ (zie het Schiphol jaarverslag 2020 p. 49). Volgens een rapport van CE Delft was dat in 2019 meer dan 6% van de totale CO₂-uitstoot van Nederland (www.ce.nl/wp-content/uploads/2021/03/CE_Delft_190265_CO2-emissies_KLM_en_Schiphol_DEF.pdf)

Als men hierover in termen van aansprakelijkheid zou willen spreken is dan ook niet een denken in termen van ‘eigen schuld’ aangewezen?

Hoe dat ook zij; zelfs als men de mogelijke alternatieven voor de klassieke causaliteit uit de kast trekt, zoals alternatieve en proportionele causaliteit,³⁸ zal het verband tussen het handelen c.q. nalaten en de schade niet goed te leggen zijn.³⁹ Dat is overigens, uiteraard, niet een specifiek Nederlandse kwestie, maar is ook in andere jurisdicties, zowel op het continent als in anglo-saxische sferen een groot struikelblok.⁴⁰

Een benadering die sommigen nog wel eens lijkt aan te spreken is om het vereiste van een causaal verband dan maar te negeren, bijvoorbeeld op grond van de redelijkheid en billijkheid.⁴¹ Dat opent echter rechtens de wildernis van de willekeur waarbij de rechter naar believen beslist welke bedragen dienen te worden betaald. Dat zou ook kunnen uitlopen op, wat Spier noemt, ‘crushing liability’, waarbij ondernemingen zulke hoge bedragen moeten betalen dat zij direct het faillissement in gedreven worden (waar dan helemaal niemand wat mee opschiet). De onzekerheid die dat te weeg brengt maakt deze benadering meer onderdeel van het probleem dan van de oplossing. Men begrijpe mij goed: ik bagatelliseer de grote gevolgen van de uitstoot van broeikasgas en de opwarming van de aarde geenszins. Integendeel, ik maak mij daaromtrent dermate grote zorgen dat ik graag steun geef aan juridische instrumenten die wel effectief die ontwikkeling kunnen keren. Zoals hiervoor besproken is echter niet effectief een juridisch denken in termen van aansprakelijkheid. Andere instrumenten, zoals die hiervoor zijn besproken, zijn daartoe zeer veel meer geëigend.⁴² Daartoe kan behoren dat deskundige toezichhouders middels bestuursrechtelijke instrumenten de vinger aan de pols houden, mits ook daar willekeur wordt voorkomen en toezichhouders daadwerkelijk de kennis en kunde hebben om constructief mee te denken.

7. Aansprakelijkheid in concernverhoudingen; de moedervernootschap in het vizier

Naast de aansprakelijkheid van een onderneming voor schending van mensenrechten of (klassieke) milieuvervuiling, is een vraag die in het verlengde daarvan steeds meer aandacht krijgt, of in dit verband ook niet een verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid past voor de holding- of moedervernootschap als die onderdeel uitmaakt van een concern. Die vraag wordt steeds vaker in bevestigende zin beantwoord. In Nederland, maar overigens ook in de UK, is een voorbeeld daarvan de uitspraak van het gerechtshof Den Haag van 29 januari 2021 in de *Shell/Nigeria*-zaak. Die zaak

38. Een mooi overzicht van deze lastige materie biedt C.H. Sieburgh in Asser-Sieburgh 6-II, *De verbintenis in het algemeen*, 2e gedeelte, 2021/47e.v.
39. Zie nader over de privaatrechtelijke obstakels in geval van aansprakelijkstelling voor de uitstoot van broeikasgassen en klimaatverandering, steeds met verdere verwijzingen, E. Brans/K. Winterink, ‘Aansprakelijkheid van particuliere ondernemingen voor schade door klimaatverandering. Wat zijn de trends en welke ontwikkelingen doen zich naar verwachting voor?’ In: C. Backes/E. Brans/H.K. Gillissen (red), *Hel juridisch instrumentarium voor mitigatie van de klimaatverandering, energietransitie en adaptatie in Nederland*, Boom Juridisch / Vereniging voor Milieurecht, 2020 p. 79 e.v., I. Giessen/E.R. de Jong, *De spankracht van de burgerlijke rechter*, Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2022, Paris – Zutphen 2022, die, op p. 40 e.v., ook ingaan op klimaataansprakelijkheid en wijzen op de beperkingen van het aansprakelijkheidsrecht in dit opzicht zowel in dogmatisch als praktisch opzicht (bijv. als het gaat om betaalbaarheid en verzekeraarbaarheid van claims). Zo ook A. Hammerstein, ‘Vraagtekens bij een vonnis’, in: W.J.M. van Veen e.a. *De Klimaatzaak tegen Shell*, WoltersKluwer p. 12 e.v. Voorts E. Brans, *Klimaataansprakelijkheid, negatieve emissies en herstel van biodiversiteit*, (oratie) Boom – Juridisch, 2022 met name ook over het in de systematiek betrekken van negatieve carbon credits door herstel van de natuur (te kort gezegd; het planten van bomen planten). Zie over de problemen rond het causaliteitsvraagstuk en een oproep tot terughoudendheid ook D. Horeman, ‘Aansprakelijkheid en duurzaamheid in de financiële sector’, in: M.J. van Loopik/ I.P. Palm-Steuerberg, *The Twin Transition: Digital & Sustainable Finance*, WoltersKluwer – Deventer, 2022 p. 389, 401 e.v.
40. Vgl. Jaap Spier, *Climate Litigation. Cases and Materials*, Den Haag: Eleven/Boom, 2022 en over de causaliteitsproblematiek met name p. 242 e.v. en in breed rechtsvergelijkend verband onder meer M.P. Weller/M.L. Tran, ‘Klimawandelklagen im Rechtsvergleich – private enforcement als weltweiter Trend?’, ZEuP p. 573 met inbegrip van het anglo-saxisch perspectief p. 578 e.v. alsmede daaromtrent B. Mayer, ‘Prompting Climate Change Mitigation through Litigation’, *International & Comparative Law Quarterly* (2022) p. 233 e.v. Zie ook D. Walden/L. Frischholz, ‘Climate Change Litigation: Beitrag zu globaler Gerechtigkeit oder Abkehr von (zivil)rechtlichen Grundprinzipien’, ZIP 2022 p. 2473 e.v.
41. Zo bijvoorbeeld T. Bleeker, *Milieuaansprakelijkheid van leidinggevendenden* (dissertatie), Deventer: WoltersKluwer 2021 p. 440 e.v. die ondanks de wens tot aansprakelijkheidsstelling moet constateren dat het vereiste causaal verband een ‘obstakel’ is. Overigens moet uiteindelijk in zijn optiek dan maar gelden “dat de redelijkheid en billijkheid zich verzetten” tegen een beslissing die gebaseerd zou zijn op ontbreken van voldoende causaal verband. Dat doet een beetje denken aan de verzuchting van Giessen, ‘Proportionaliteit in de klimaatdiscussie’, NTBR 2012 die pleitte voor een aansprakelijkheidsrecht ‘op instrumentele wijze benut’ omdat anders niemand aansprakelijk gesteld kan worden. Meer spreekt mij aan de oproep van E.R. de Jong, ‘Klimaataansprakelijkheid van private ondernemingen’, NTBR 2021/1 om de complexe vragen onder ogen te zien en nader te analyseren.
42. Vgl. onder meer recentelijk Stijn Franken, ‘De distributieve bijdrageplichten rond klimaatverandering’, NJB 2022 p. 3052 e.v. die ook benadrukt dat klimaatverandering een wezenlijk ‘ander type risico’ is dan traditioneel onrechtmatig handelen. Hij bepleit een andere rol van de rechter die veeleer gericht is op verantwoording eisen dan schadevergoeding verkrijgen.

betrof olie lekkages in leidingen van een Nigeriaanse dochteronderneming van Shell (SPDC genaamd) die schade toebrachten aan landbouwgronden. Nigeriaanse boeren spraken, naast SPDC, ook Shell aan als moedermaatschappij. De Nederlandse rechter oordeelde dat Shell inderdaad een rol had in het toezicht op haar buitenlandse dochter.⁴³ Interessant is dat de Engels rechter in een vergelijkbare zaak tot een zelfde oordeel is gekomen.⁴⁴ Ook op andere terreinen, zeker waar het betreft uitstoot van broeikasgassen en klimaatverandering (men denke aan de Shell-klimaatzaak), is een zelfde ontwikkeling waarneembaar.

Interessant is dat in de CSRD en de CSDDD die ‘concernbenadering’ een plaats heeft gekregen. In de CSRD wordt uitdrukkelijk rekening gehouden met groepsverhoudingen. Zo wordt het mogelijk gemaakt om informatie over alle voorgaande aspecten incl. de plannen om binnen de doelstelling van 1.5 °C te blijven, van alle groepsondernemingen en “the group’s business model and strategy”, op te nemen in “consolidated sustainability reporting of the parent company” (zie art. 29a CSRD). Ook in de CSDDD is uitdrukkelijk voorzien dat de *moedervernootschap* een belangrijke rol speelt bij de nakoming van de verplichtingen van alle groepsmaatschappijen in een concern. De keerzijde daarvan is dat dochterondernemingen daartoe aan de moeder alle informatie moeten geven, en dat dochterondernemingen de beleidslijnen uitgezet door de moedervernootschap moeten volgen. Zo bepaalt art. 4a sub 2 (d) CSDDD: “*the subsidiary must abide by its parent company’s due diligence policy*”. Deze benadering was ook reeds neergelegd in, en direct kenbaar uit de benaming van, de Franse Loi “relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre” uit 2017.

Deze ‘concernbenadering’ vervat in de CSRD en de CSDDD vertoont gelijkenis met de benadering van de rechtbank in de Shell-klimaatzaak. Daarin overwoog de rechtbank uitdrukkelijk: “Deze zaak gaat over de vraag of RDS verplicht is om via het concernbeleid voor de Shell-groep de CO₂-uitstoot van de gehele Shell-groep eind 2030 [...] te verlagen” (cursief toegevoegd) en de toets of dat concernbeleid onrechtmatig is jegens belanghebbenden. Kernoverweging voor de rechtbank was “dat RDS het algemene beleid van de Shell-groep bepaalt” (r.o. 2.5.1 e.v.) en dat de “uitvoeringsverantwoordelijkheid” van de dochtervernootschappen niet wegneemt dat van de moedervernootschap “veel kan worden verwacht” (r.o. 4.4.4 e.v.). Tot voor enige jaren zag die concernbenadering in het Nederlandse recht hoofdzakelijk op het continueren van bedrijfsactiviteiten van dochters nadat duidelijk moest

zijn dat deze hun (financiële) verplichtingen jegens crediteuren niet meer zouden kunnen nakomen. Daar komt nu bij de mogelijke verantwoordelijkheid en eventuele aansprakelijkheid van de concernmoeder voor het doen en laten van haar dochters in de sfeer van de bescherming van mensenrechten, milieu en klimaat.

Zo ontwikkelt zich een ‘zelfstandige zorgplicht voor de moedervernootschap in lijn met de internationale normen van maatschappelijk verantwoord ondernemen’.⁴⁵ Een risicoaansprakelijkheid is dit overigens mijns inziens niet en zou dit ook niet moeten zijn. Ik verwijs daarvoor onder andere ook naar de argumentatie van Verdam,⁴⁶ (maar voeg toe dat daar ook wel anders over wordt gedacht⁴⁷). Dat laat het opleggen van een

43. Inmiddels is in deze zaak een schikking bereikt op basis waarvan de Nigeriaanse dochtervernootschap van Shell EUR 15 miljoen aan schadevergoeding zal betalen.

Daarin is ook vastgesteld dat een ‘Leak Detection System’ is aangelegd dat mede de verantwoordelijkheid van de moedervernootschap werd geacht. Het persbericht ter zake vindt men onder www.shell.com.ng/media/2022-media-releases/shell-and-milieudefensie-settle-long-running-case-over-oil-spills-in-nigeria.html

44. Vgl. voor een overzicht van de UK rechtspraak o.a. H.J. de Kluiver, ‘Op weg naar post-covid, duurzaam ondernemingsrecht. Over grote thema’s van deze tijd; climate change, mensenrechten, governance en de maatschappelijke onderneming’, NJB 2021 p. 1241, met name p. 1250 e.v.

45. Zie in dit tijdschrift eerder G. van der Sangen & A. Lafarre, ‘Transnationale ondernemingen en concernaansprakelijkheid, Beschouwingen naar aanleiding van de Shell/Nigeria-zaken’, WPNR 2021/7342 en 7343 p. 788, Voorts H.J. de Kluiver, t.a.p. 2021, M.L. Lennarts, ‘Moeders let op uw dochters! Over multinationals en human rights due diligence’, MvO 2021, S.M. Bartman/C. de Groot, ‘De Shell Nigeria-arresten van het hof Den Haag, een doorbraak in internationale milieuschade?’, AA 2021, p. 0388 e.v. en C.C. van Dam, ‘Doorbraak in de aansprakelijkheid van moedervernootschappen’, in: Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021, Deventer: WoltersKluwer 2021 p. 177 e.v. S.M. Bartman, ‘Een concernrechtelijke beschouwing naar aanleiding van het Shell-klimaatvonnis’, Ondernemingsrecht 2022/73, K.E. Sorensen, Corporate Sustainability Due Diligence in Groups of Companies, European Company Law 19 (5) p. 119 e.v. H. Fleischer/S. Korch, ‘Okpabi v. Royal Dutch Shell und das deutsche Deliktsrecht in Konzernlagen’, ZIP 2021 p. 1241 e.v.

46. A.F. Verdam, ‘Bepaling van milieubeleid van ondernemingen’, WPNR 2022/7360 p. 131 e.v. en A.F. Verdam, ‘Over zorgplichten van de Nederlandse moedermaatschappij met betrekking tot schendingen van mensenrechten of milieuschade veroorzaakt door een (buitenlandse) dochter, NTBR 2022/46 p. 402 e.v. Zie hierover ook Van der Sangen / Lafarre t.a.p. WPNR 2021/7343 sub 6.

47. C.C. van Dam, t.a.p. p. 177 e.v. die (p. 206) spreekt van een ‘de facto risicoaansprakelijkheid’. Zie ook L.J. Smeehuijzen, Aansprakelijkheid van de moeder bij onrechtmatige daden van de dochter, NJB 2021/2813 p. 3190 e.v.

zorgplicht aan moedervenootschappen echter onverlet. Ook vanuit rechtseconomisch perspectief is daarvoor het nodige te zeggen.⁴⁸ Beleidsmatig kan dat bijdragen aan de effectiviteit en efficiëntie in het bereiken van de doelstellingen zoals vervat in de CSDDD. De moedervenootschap is veelal goed gepositioneerd om op basis van de informatie die zij van de dochters pleegt te ontvangen een overzicht te hebben welke activiteiten in welke landen risico's in zich dragen. Het zal goedkoper, effectiever en efficiënter kunnen zijn om de benodigde deskundigheid om inbreuken te onderzoeken, en daartegen de juiste maatregelen te nemen, op concernniveau te organiseren. Gaat het om het reduceren van de uitstoot van broeikasgassen dan kan op concernniveau eveneens zowel de effectiviteit als de efficiëntie beter worden bepaald, bijvoorbeeld door maatregelen te prioriteren bij die dochterondernemingen waarin investeringen de grootste beperking van de uitstoot van broeikasgassen genereren.

8. Er is geen algemene rechtvaardiging voor persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders

Naast de aansprakelijkheid van de vennootschap/onderneming en/of de moedervenootschap, is in een eerder stadium veel discussie geweest over het vastleggen van een *persoonlijke* aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in het kader van de CSDDD. In Nederland heeft een aantal hoogleraren voorgesteld een persoonlijke verplichting op bestuurders en commissarissen te leggen om er voor te zorgen dat de onderneming zich als een 'verantwoordelijke onderneming' gedraagt. Wat dat inhoudt of mee zou moeten brengen bleef overigens onduidelijk.⁴⁹ Datzelfde gold ook voor de aanvankelijk door de Europese Commissie voorgestelde artikelen 25 en 26 CSDDD. Daarin was opgenomen dat bestuurders bij het behartigen van het belang van de onderneming in aanmerking moesten nemen ("take into account") de consequenties voor duurzaamheid, mensenrechten, milieu en klimaat en dat bestuurders geacht werden toe te zien op de uitvoering van alle in de CSDDD voorziene "due diligence" verplichtingen. Sommigen zagen daarin mede een grondslag voor persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders.⁵⁰

Dat pad is inmiddels zeer terecht verlaten. In het voorstel zoals aangepast door de EU-Raad van Ministers zijn de oorspronkelijke artikelen 25 en 26 van de CSDDD geschrapt omdat er bij veel lidstaten sprake is van 'strong concerns' dat hiermee veel rechtsonzekerheid zou worden geïntroduceerd en aldus sprake was van "inappropriate interference" met nationaal recht. Ook Nederland heeft het schrappen van deze

bepalingen ondersteund mede uit "verzet tegen persoonlijke civielrechtelijke aansprakelijkheid voor bestuurders"⁵¹ en volgens de minister⁵² is "mede op verzoek van Nederland [...] de persoonlijke civielrechtelijke aansprakelijkheid voor bestuurders vervallen". De benadering om de verplichtingen 'persoonlijk' te maken kon ook in het buitenland niet op instemming rekenen. Een voorbeeld is het Duitse Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz dat uitdrukkelijk bepaalt dat die wet "keine zivilrechtliche Haftung [begründet]". Op dezelfde voet als ik reeds in paragraaf 7 betoogde met betrekking tot aansprakelijkheid van de vennootschap, geldt ook hier dat aansprakelijkheid van bestuurders een ineffectief en inefficiënt instrument is om bijvoorbeeld de naleving van klimaatdoelen te realiseren.

Voor de goede orde merk ik nog wel op dat waar van een algemene rechtvaardiging voor bestuurdersaansprakelijkheid geen sprake is, dat niet uitsluit dat bestuurders persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn. Onder bijzondere omstandigheden

48. Zie over een en ander H.J. de Kluiver, Het einde van de rechtspersoonlijkheid: een rechtseconomisch perspectief, in: G. van Solinge e.a., Relativering van rechtspersoonlijkheid, Kluwer - Deventer, 2012 p. 87 e.v.

49. Zie daarover J.W. Winter e.a., 'Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen', Ondernemingsrecht 2020/86 en mijn kritische reactie daarop in H.J. de Kluiver, 'Over de verantwoordelijke onderneming. Naar een Paradise by the dashboard light', Ondernemingsrecht 2020/126 en W. Oostwouder/T. Spronk, 'Naar een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen bij NV's en BV's? Over een belangwekkend voorstel met een aantal onvoldoende doordachte consequenties', NJB 2021 p. 1580 e.v. Kritisch over de effectiviteit van persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders ook S.M. Bartman, 'Een concernrechtelijke beschouwing naar aanleiding van het Shell-klimaatvonnis', Ondernemingsrecht 2022/73 met name p. 523. Zijn enthousiasme over toepassing van het enquêterecht in dit verband deel ik dan weer niet onverkort.

50. Daaromtrent o.a. H.J. de Kluiver, 'Ondernemingsrecht, mensenrechten en klimaat. Doen we de goede dingen en doen we ze goed?', NJB 2022 p. 1181 e.v. en F. Agostini/M. Corgatelli, 'Art. 25 of the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Enlightened Shareholder Value or Pluralist Approach?', European Company Law 19 (4) 2022 p. 92 e.v. M.i. impliceerden Art. 25/26 overigens niet ipso facto aansprakelijkheid, maar het feit dat Nederlandse ministers het wel zo zagen geeft al aan hoe terecht de bepaling is geschrapt.

51. Aldus de reeds hiervoor in noot 23 vermelde brief van de minister van Buitenlandse Handel en Ontwikkelingsamenwerking van 22 november 2022 (p. 2).

52. Zie de eveneens in noot 23 vermelde brief van de minister van Buitenlandse Handel en Ontwikkelingsamenwerking van 16 december 2022 (p. 2).

kunnen bestuurders naast de vennootschap medeaansprakelijk worden gehouden *als* aan hun bestuurlijk handelen of nalaten is toe te schrijven dat de onderneming haar verplichtingen in het kader van de CSRD en CSDDD niet nakomt, daardoor *voorzienbaar* schade ontstaat en hen een *'persoonlijk ernstig verwijt'* is te maken. Dat is echter geen beleidsinstrument en daarmee geen doel, maar slechts een betrekkelijk uitzonderlijk gevolg als verplichtingen die voor de onderneming en allen die daarin werkzaam zijn gelden, niet worden nagekomen en aan de hiervoor vermelde eisen, en daarmee aan de voor aansprakelijkheid geldende hoge drempel voor persoonlijke aansprakelijkheid, is voldaan.

9. Van aandeelhouders kan niet veel worden verwacht

Naast bestuurders en commissarissen is een D^{ritte} im Bunde van het vennootschapsrecht altijd de aandeelhouder(s). In de discussie over duurzaamheid is de aandacht voor de rol van de aandeelhouders echter betrekkelijk gering. Het gaat bijna steeds over wat van bestuurders en commissarissen wordt verwacht. Dat is enigszins curieus omdat de vraag of bestuurders en commissarissen fundamentele koerswijzigingen in de richting van duurzaamheid kunnen inzetten, wel degelijk mede afhangt van wat aandeelhouders toestaan. Weliswaar is strategiebeepaling, zeker in het Nederlandse recht, de taak van het bestuur, maar de aandeelhouders zijn uiteindelijk toch degenen die bepalen hoeveel ruimte bestuurders en commissarissen krijgen.

Vooralsnog is slechts sprake van zeer beperkte daadwerkelijke steun van aandeelhouders voor een fundamentele prioritering van duurzaamheid binnen ondernemingen. Dat geldt met name bij beursgenoteerde ondernemingen. Er wordt wel de nodige lippen dienst aan bewezen, maar als het er op aankomt, en vergaande duurzaamheidsvoorstellen worden gedaan, kunnen die, zoals recentelijk nog door Bakker geïnventariseerd,⁵³ nauwelijks op steun van aandeelhouders rekenen. Dat is overigens ook niet gek als men zich realiseert dat grote aandeelhouders bijna steeds institutionele beleggers zijn (zoals pensioenfondsen, verzekeringsmaatschappijen en banken), die als primaire taak hebben een zo hoog mogelijk rendement voor hun klanten te genereren. Die klanten zijn veelal direct afhankelijk van de beleggingsresultaten voor hun pensioen of andere financiële essentialia (zoals bijvoorbeeld de aflossing van woningleningen).

Er is dan ook bepaald grond voor scepsis over wat van aandeelhouders kan worden verwacht.⁵⁴ Daarmee wil niet gezegd zijn dat (institutionele) aandeelhouders duurzaamheid niet belangrijk

zouden vinden, maar wel dat zij niet willen of kunnen accepteren dat daar, al of niet tijdelijk, een substantieel minder financieel resultaat tegenover staat. Ook zal het zeker zo zijn, en dat is ook mijn persoonlijke ervaring, dat sommige aandeelhouders voor en/of achter de schermen op het belang van het onderwerp benoemen. Op dergelijke gesprekken wijzen degenen die menen dat voor een transitie naar duurzaamheid wel op aandeelhouders kan worden vertrouwd.⁵⁵ Beziet men onderzoeken ter zake dan blijkt echter de impact daarvan toch heel beperkt.⁵⁶

Dat ondersteunt mijns inziens dat werkelijk wezenlijke en ingrijpende stappen op een duurzaamheidspad niet te verwachten zijn van aandeelhouders zonder overheidsregulering, zoals neergelegd in de CSRD en CSDDD, en ruimte voor het bestuur om daar invulling aan te geven zonder afhankelijk te zijn van aandeelhouders.

Illustratief is hier de positie van Larry Fink, CEO van de grootste belegger ter wereld; Blackrock. In zijn traditionele jaarlijkse 'letter to CEO's'⁵⁷ schreef hij in 2022 uitdrukkelijk, "businesses can't do this alone, and they cannot be the climate police. That will not be a good outcome for society. We need governments to provide clear pathways and a consistent taxonomy for sustainability policy, regulation, and disclosure across markets. They must also support communities

53. M.H.C. Bakker, 'Aandeelhoudersvoorstellen en duurzaamheid', *Ondernemingsrecht* 2022/38.

54. Van de overvloedige literatuur over deze kwestie volsta ik hier ter illustratie met de vermelding van M. Lieberknecht, 'Institutional Investors as Climate Activists: Curb your Enthusiasm', (2022) papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4198042 en T. Goslings/I. MacNeil, 'Can Investors Save the Planet? – NZAMI and Fiduciary Duty', (2022) papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4277960 (ook te verschijnen in *Capital Markets Law Journal* (2023)).

55. Zie o.a. M. Gatti, G. Strampelli, M. Tonello, How Does Board-Shareholder Engagement Really Work? OBLB 28 november 2022, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4256925, Rob Bauer, Jeroen Derwall, Jeroen, Colin Tissen, Corporate Directors Learn From Environmental Shareholder Engagements (January 21, 2022). <https://ssrn.com/abstract=3981634>; zie ook reeds aangekondigd L. Enriques/G. Strampelli (eds), *Board-Shareholder Dialogue: Policy Debate, Legal Constraints and Best Practices*, Cambridge University Press, 2023.

56. Zie ook uitgebreid, en langs dezelfde lijnen, T. Goslings/I. MacNeil t.a.p.

57. www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter

affected by the transition, help catalyze capital for the emerging markets, and invest in the innovation and technology that will be essential to decarbonizing the global economy.” En Fink is eerlijk genoeg om te erkennen dat waar dit kosten meebrengt aandeelhouders niet vrijwillig vooraan zullen staan omdat zij ondernemingen nu eenmaal afrekenen op het maken van winst: “As capitalists and as stewards, that’s our job” zo noteert hij. Daarbij steekt hij ook niet onder stoelen of banken dat aandeelhouders vaak zeer verdeeld zijn over vragen van duurzaamheid en wat dat mag kosten.⁵⁸ Derhalve is het beëindigen van beleggingen in bijvoorbeeld oliemaatschappijen, althans zo lang die renderen, niet wat hem voor ogen staat. “Divesting from entire sectors – or simply passing carbon-intensive assets from public markets to private markets – will not get the world to net zero”. Bovendien wijst Fink erop dat de samenleving als geheel verwacht dat er voldoende en betaalbare energie beschikbaar zal zijn. Dat ziet hij ook als de enige manier om met behoud van sociale cohesie een ‘groene’ economie te creëren “that is fair and just and avoid societal discord.”

In een notendop schetst het voorgaande de dilemma’s en de beperkingen waarmee aandeelhouders en beleggers worden geconfronteerd als het gaat om de verduurzaming van ondernemingen. In Nederland kan gewezen worden op de indringende analyse in het veelomvattende preadvies inzake duurzaamheid vanuit beleggersperspectief dat Walkate in 2021 schreef voor de Koninklijke Vereeniging Handelsrecht.⁵⁹ Een rode draad in zijn bijdrage is dat duurzaamheidsaspecten voor aandeelhouders vooralsnog met name een rol spelen bij de beoordeling van risico’s die aan bepaalde beleggingen verbonden zijn en niet als zodanig een doel van het beleggingsbeleid zijn. Beleggers zijn zeer terughoudend om te investeren in ondernemingen met prachtige duurzaamheidsplannen, maar met ongewisse rendementen (en kunnen dat ook niet goed verantwoorden tegenover hun klanten die, zoals hiervoor al vermeld, daarvan afhankelijk zijn bijvoorbeeld voor hun pensioen). Natuurlijk kan een belegger er voor kiezen om te investeren in ondernemingen waar al is bewezen dat duurzaamheid niet ten koste gaat van de winst, maar van ‘impact’ op het bevorderen van duurzaamheid is dan geen sprake (de betreffende onderneming is immers reeds ‘duurzaam’). Hetzelfde gebrek aan ‘impact’ geldt voor het zogenaamde ethisch beleggen, waarbij bijvoorbeeld oliebedrijven worden gemeden. Dat kan voor de bühne goed ogen, maar draagt niet bij aan de transitie van die ondernemingen aangezien andere beleggers, zonder ‘groene’ doelstellingen, hun plaats zullen innemen (waardoor de druk om te ver-

duurzamen voor de onderneming juist kan afnemen). Ten slotte is het vooralsnog simpelweg niet zo dat ondernemingen die duurzaamheid hoog in het vaandel voeren meer winst boeken. Net als Fink en anderen constateert Walkate dat derhalve een rol voor de overheid onvermijdelijk is bijvoorbeeld bij het creëren van zogenaamde ‘blended finance’ instrumenten waarin ook de overheid als co-investeerder of garantieverstrekker participeert. “Voor de meeste van de onder de noemer van ESG besproken problemen kunnen vaststellen dat deze zonder overheidsinterventie niet opgelost zullen worden”, zo luidt zijn conclusie.

Het voorgaande impliceert mijns inziens twee dingen; in de eerste plaats dat goed doordachte, effectieve en efficiënte overheidsregulering zoals hiervoor besproken essentieel is om daadwerkelijk in de breedte de draai naar duurzaam ondernemen te maken. Een tweede implicatie is dat het geen zin heeft om ter bevordering van duurzaamheid de bevoegdheden van aandeelhouders in de vennootschap te vergroten, maar dat juist moet worden gewaarborgd dat aandeelhouders *niet* in de weg kunnen staan aan initiatieven van bestuur en commissarissen om investering in duurzaamheid te intensiveren en een minder resultaat te accepteren. Hierbij past minder goed om juist aandeelhouders meer zeggenschap te geven over het klimaatbeleid zoals De Jongh⁶⁰ voorstelt (zelfs als dat gebeurt in de vorm van een jaarlijkse niet-bindende adviserende stem

58. Daarentrent noteert Fink t.a.p: “Delivering on the competing interests of a company’s many divergent stakeholders is not easy. As a CEO, I know this firsthand. In this polarized world, CEOs will invariably have one set of stakeholders demanding that we do one thing, while another set of stakeholders demand that we do just the opposite.”

59. H. Walkate, Duurzaamheid en het perspectief van een belegger, in: H.J. de Kluiver (red), *Duurzaam ondernemen en Sustainable Transport*, Preadviezen van de Koninklijke Vereeniging Handelsrecht 2021, Zutphen: Uitgeverij Paris p. 157 e.v. Een Engelstalige versie is beschikbaar onder www.linkedin.com/pulse/sustainability-esg-investors-perspective-harald-walkate?trk=public_profile_article_view

60. J.M. de Jongh, ‘Say on Climate. Over negatieve externe effecten en verdeling van bevoegdheden’, *Ondernemingsrecht* 2021/110 p. 696 e.v.

over duurzaamheidsrapportages). Terecht kritischer daarover betonen zich Van Olffen en Breukink.⁶¹

Ten slotte merk ik in dit verband nog op dat in corporate governance raamwerken, zoals codes, nog steeds extreem weinig eisen worden gesteld aan aandeelhouders.⁶² Dan kan worden geïllustreerd met een verwijzing naar de Nederlandse Corporate Governance Code. Ook na de recente herziening van december 2022 (waarover meer hierna) geldt daarin dat de dialoogbereidheid van aandeelhouders geheel aan henzelf wordt gelaten en (zie bepaling 4.3.1) zij, ongeacht hun positie of grootte, geheel vrij worden gelaten om “naar eigen inzicht” te stemmen. Daarmee worden pleidooien voor een verantwoordelijker aandeelhouderschap genegeerd.⁶³ En ondanks het tamboereren op het thema duurzaamheid, komt de herziene Nederlandse Code als het gaat om aandeelhouders niet verder dan één bepaling (Codebepaling 4.4). Daarin is slechts vastgelegd dat van aandeelhouders wordt verwacht “het belang van een strategie gericht op duurzame langetermijn waardecreatie” te “*onderkennen*”. Veel vrijblijvender kan het moeilijk worden geformuleerd.

10. De Nederlandse Corporate Governance Code is niet de plaats voor duurzaamheidsregelgeving

Het voorgaande vermag reeds te illustreren dat de Nederlandse Corporate Governance Code (hierna kortweg “Code”) niet een alternatief beleidsinstrument kan zijn om regels van duurzaamheid te formuleren. Dat is gelet op de ontstaansgeschiedenis van de Code, de bedoeling en de juridische status daarvan ook niet verwonderlijk en evenmin bezwaarlijk. De Code is tot stand gebracht na en naar aanleiding van een aantal boekhoudfraudes bij beursgenoteerde ondernemingen die aan het begin van deze eeuw aan het licht kwamen. Bekende namen zijn hier Enron, WorldCom, Parmalat, maar ook het Nederlandse Ahold dat in 2002 te maken kreeg met een ernstig boekhoudschandaal. De Code is primair bedoeld om dit soort ongelukken te voorkomen en de kwaliteit van bestuur en toezicht te verbeteren.

In de eerste Nederlandse Code uit 2003 (zie bepaling II.1) was nog uitgangspunt dat het bestuur verantwoordelijk is “voor de realisatie van de doelstellingen van de vennootschap, de strategie en het beleid en de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling” waarbij “het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming” centraal stond. In dat kader diende de onderneming weliswaar ook de in aanmerking komende belangen van bij de vennootschap betrokkenen af te wegen, maar het accent lag

“op de naleving van alle relevante wet- en regelgeving”, “het beheersen van de risico’s” en het verhelderen van de taken van bestuur en raad van commissarissen. Bij de eerste herziening van de Code in 2008 werd in aanvulling op het te dienen vennootschapsbelang (in bepaling III.1) opgenomen dat “ook de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen” daarbij zouden moeten worden betrokken en in de derde herziening in 2016 kreeg dit nog wat meer nadruk met de vooropstelling dat uitgangspunt bij het uitvoeren van de taken door bestuur en raad van commissarissen zou moeten zijn om “langetermijnwaardecreatie” te realiseren. Dat vereist, aldus de Code 2016, ook aandacht voor “andere voor de vennootschap en de met haar verbonden onderneming relevante aspecten van ondernemen, zoals milieu, sociale en personeelsaangelegenheden, de keten waarin de onderneming opereert, eerbiediging van mensenrechten en bestrijding van corruptie en omkoping.” In de meest recente, op 20 december 2022, gepresenteerde herziening van de Code,⁶⁴ is de notie van langetermijnwaardecreatie uitgebreid tot “*duurzame*” langetermijnwaardecreatie (zie principe 1.1). Bij het vormgeven van de daartoe vereiste strategie moet, naast hetgeen de Code 2016 reeds formuleerde, nu (aldus bepaling 1.1.1) “in ieder geval aandacht” worden besteed aan “de impact van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming op het gebied van duurzaamheid, daaronder begrepen de effecten

61. M. van Olffen & E.J. Breukink, ‘Say on what’s next?’ Ondernemingsrecht 2022 /17 p. 110 e.v. Zeer terughoudend ter zake is ook het Duitse recht; daarover R. Harnos/M. Holle, ‘Say on Climate’, AG 2021 p. 853 e.v. Nogal curieus is dat het Europees Parlement de door haar vereiste vergaande plannen wel afhankelijk maakt van aandeelhouders met de eis van instemming met het plan (“shall be approved”), door de aandeelhouders (zie t.a.p. p. 102). Blijkbaar is niet nagedacht over wat er moet gebeuren als aandeelhouders een plan goedkeuren dat niet aan de eisen van het Europees Parlement voldoet of een plan dat wel daaraan voldoet afstemmen.

62. Vgl. M. Och, ‘The Case of the Missing Shareholders in the Proposed Corporate Sustainability Due Diligence Directive’, OBLB 20 March 2022.

63. Zie daarover bijvoorbeeld B. Kemp, ‘Naar een werkbaar en realistisch model voor stakeholder governance en de rol van aandeelhouders daarin’, oratie Universiteit Maastricht, MvO 2022 p. 27 e.v. C.J.C. de Brauw, ‘Strategiebepaling bij beursvennootschappen, activistische aandeelhouders en bescherming in het Nederlandse stakeholdermodel’, Ondernemingsrecht 2022/25 p. 141 e.v.

64. zie www.mccg.nl/publicaties/codes/2022/12/20/corporate-governance-code-2022

op mens en milieu”. Sommige leden van de Monitoring Commissie wilden blijkbaar verder gaan,⁶⁵ maar daarmee zou de Code ver uit de pas zijn gaan lopen met buitenlandse codes.⁶⁶

Aldus is de Code in twintig jaar opgeschoven van een instrument dat primair beoogde de kwaliteit van bestuur en toezicht te vergroten door het geven van heldere regels die te operationaliseren waren in de bedrijfsprocessen, tot een beginsel-document. Daarin schuilt ook precies de zwakte. Duurzaamheid is complex en veelomvattend en laat zich niet zinvol in een paar brede en weinig precieze zinsneden vastleggen. Zoals de hiervoor weergegeven ontwikkeling van de CSRD en CSDDD laten zien vergt dat nauwkeurige en zorgvuldige regelgeving die van een geheel andere orde is dan handvatten die interne bedrijfsprocessen optimaliseren. Dat laatste was altijd de bedoeling van de Code. Met de beweging naar brede en vage formuleringen over duurzaamheid als te dienen maatschappelijke belangen mist de Code haar eigen oorsprong en karakter en verliest zij paradoxaal genoeg aan relevantie (daarvoor is wetgeving zoals de CSRD veel beter geschikt).⁶⁷ Het afwegen van maatschappelijke belangen overstijgt aard en doel van de Code en daarvoor mist de Monitoring Commissies ook de ondersteuning en de legitimiteit. Dat zouden ook rechters zich moeten realiseren als zij de Code in hun oordelen betrekken. In het buitenland heeft dit de vraag opgeroepen of het fenomeen Corporate Governance Codes zich niet heeft overleefd voor zover meer wordt beoogd dan verdiepende guidance over goed ondernemingsbestuur.⁶⁸ Dat lijkt mij mede in het licht van de CSRD en de CSDDD een terechte vraag.

De Code heeft meerwaarde waar goed doordachte op de praktijk steunende governance handvatten worden geboden om een duurzaam beleid vorm te geven, niet om zelf uit te werken wat een duurzaam beleid is. Daarbij moet men zich realiseren dat de Code geen recht is en dat ook niet moet zijn.⁶⁹ De kracht van de Code is nu juist dat deze snel, en buiten wetgevingsprocedures om, praktische benaderingen voor een beter bestuur en toezicht kan aanreiken. De keerzijde daarvan is dat daarvan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval en op voorwaarde van concrete uitleg, door ondernemingen kan worden afgeweken.

11. Nederlandse (niet-EU)-initiatieven ter regeling van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen (IMVO) schieten ernstig tekort

In het voorgaande is in het bijzonder ingegaan op actuele en bepalende ontwikkelingen in de EU met betrekking tot het bevorderen van duur-

zaamheid in ondernemingen. Dat stelt nationale ontwikkelingen, terecht, in de schaduw. Dat geldt ook voor andere landen.⁷⁰ Voor de completering van het overzicht ga ik in deze paragraaf echter nog kort op Nederlandse ontwikkelingen in. Daarbij zij voorop gesteld, reeds in de inleiding verwees ik daarnaar, dat het onderwerp ‘duurzaam ondernemen’ of Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (“IMVO”) ook in Nederland hoog op de politieke agenda staat. Naast goed bedoelde oproepen en uitlatingen van politici heeft dat echter nog niet veel gedegen en doordachte voorstellen opgeleverd. Een uitzondering kan worden gemaakt voor het initiatief wetsvoorstel (Kamerstukken II 34.506) dat in 2016 is geïntroduceerd en in 2019 resulteerde in de Wet zorgplicht kinderarbeid (“Wzk”).⁷¹ Deze wet is echter nimmer van kracht geworden. In oktober 2020 heeft het kabinet namelijk nieuw IMVO-beleid gepresenteerd met als kern dat in plaats van nationale regelingen, de voorkeur wordt gegeven aan brede IMVO-wetgeving op EU-niveau. Dat is herhaald in het coalitieakkoord van het kabinet Rutte IV.⁷²

65. Zie de voorzitter van de Monitoring Commissie, mr. Pauline van der Meer Mohr in FD 21 december 2022.

66. Vgl. bijvoorbeeld de in 2022 herziene Duitse Corporate Governance Code die volstaat met een vergelijkbare bepaling als nu in de Nederlandse Code is opgenomen, maar uitdrukkelijk niet als Principe (“Grundsatz”), maar als aanbeveling (“Empfehlung”) A.1 waarvan gemotiveerd kan worden afgeweken. Ook de Financial Reporting Council (FRC), die gaat over de herziening van de UK Code, heeft reeds aangegeven dat de voorgenomen herziening in 2023 beperkt zal zijn en terughoudend met nieuwe verplichtingen (zie Review of Corporate Governance Reporting, November 2022 p. 3).

67. Vgl. J.B.S. Hijink & L.K. van Dijk, t.a.p. (reeds noot 6) 2022 p. 617 e.v.

68. Vgl. B.R. Cheffins/B.V. Reddy, ‘Thirty Years and Done – Time to abolish the UK Corporate Governance Code’, ECGI Law Working Paper 654/2022.

69. Toch ziet men, ten onrechte, soms wel een neiging, ook van leden van de Monitoring Commissie, om de Code kracht van wet toe te dichten. Vgl. Pauline van der Meer Mohr, de voorzitter van de Monitoring Commissie die de voorstellen voor de herziening van de Code 2022 heeft gedaan, in FD 21 december 2022 p. 22/23. Dat de Code zeker geen kracht van wet heeft wordt ook onderschreven in de UK (zie bijvoorbeeld de FRC t.a.p.) en Duitsland.

70. Voor Duitsland zie men o.a. het overzicht van M.P. Weller/N. Benz, ‘Klimaschutz und Corporate Governance’, ZGR 2022 p. 563 e.v.

71. Stb 2019, 401.

72. Zie het coalitieakkoord ‘Omzien naar elkaar, vooruit kijken naar de toekomst’, p. 39.

Het afblazen van de invoering van de Wzk heeft de paradoxale consequentie gehad dat van de weeromstuit een aantal Tweede Kamerleden het initiatief heeft genomen om in plaats van de Wzk een zeer breed wetsvoorstel in te dienen ter bevordering van ‘Verantwoord en Duurzaam Internationaal Ondernemen’ (afgekort: “VDIO”) dat zo’n beetje alle onderwerpen omvat die men met enige fantasie met duurzaamheid en mensenrechten kan verbinden.⁷³ Dit initiatief van ChristenUnie, PvdA, GroenLinks en SP – waarbij zich nadien D’66 en Volt hebben aangesloten – ziet namelijk op maar liefst ‘elke activiteit’ waarvan een onderneming “weet of redelijkerwijs kan vermoeden” dat die “nadelige gevolgen *kan* hebben voor de mensenrechten of het milieu in een land buiten Nederland” (zie art. 1.2 lid 1; cursivering toegevoegd)). Dit wetsvoorstel grostiert in vage, brede terminologie die regelmatig inconsistent, nauwelijks te begrijpen laat staan implementeerbaar is.

Het initiatief schiet juridisch in alle opzichten tekort en laat zich eerder lezen als een moeizame beleidsnota, met het daarbij behorende caoutchouc Nederlands, dan als een doordacht wetsvoorstel. Het gaat ook veel verder dan vergelijkbare buitenlandse regelingen.⁷⁴ Zo ziet het voorstel op de gehele ‘waardeketen’ van zowel leveranciers als afnemers (art. 1.2), waar buitenlandse regelingen – en inmiddels eveneens de CSDDD (zie reeds paragraaf 4) – zich beperken tot de leveringsketen.⁷⁵ En waar elders deze regelingen slechts gelden voor zeer grote ondernemingen (Duitsland vereist vanaf 2024 minimaal 1000 werknemers – nu nog 3000 – en Frankrijk zelfs 5000 werknemers) geldt het voorstel op alle ondernemingen met meer dan 250 werknemers.

Dat het voorstel ernstig tekort schiet is niet slechts mijn particuliere opvatting, maar – veel belangrijker – de visie van de Raad van State die een vernietigend advies aan dit initiatief wetsvoorstel heeft gewijd.⁷⁶ Bij wege van conclusie beoordeelt de Raad van State “de onderhavige vorm van het voorstel met zijn combinatie van open normstelling, ruime reikwijdte en uitgebreid bestuursrechtelijk en strafrechtelijk handhavingsmechanisme [...] als *onverantwoord*. Het voorstel is *strijdig met de beginselen van rechtszekerheid en evenredigheid*. Mede daardoor bevat het voorstel *ernstige tekortkomingen op het gebied van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid*. Bovendien staat de voorgestelde strafrechtelijke handhaving op gespannen voet met het *lex certa*-beginsel. *De Afdeling concludeert dat het voorstel in deze vorm niet zou moeten worden doorgezet*, tenzij op al de hiervoor genoemde punten grondige aanpassingen zijn aangebracht.”⁷⁷ (curs. toegevoegd). Ook vanuit

het bedrijfsleven is met grote zorg van dit initiatief kennis genomen.⁷⁸

De zeer kritische beschouwing van de Raad van State heeft vooralsnog nauwelijks effect gehad. Als Kamerstuk II 35761 nr. 9 is namelijk recentelijk op 2 november 2022 een slechts licht gewijzigd voorstel ingediend. Daarin is weinig verbetering te bespeuren. Er zijn juist bepalingen toegevoegd die nog weer verder gaan. Zo bepaalt het voorgestelde art. 3.2.6. nu dat een ieder bij een beweerdelijke schending van wat het wetsvoorstel beoogt bij de Nederlandse rechter schadevergoeding van de onderneming kan vorderen. Daartoe volstaat slechts het aanvoeren van feiten die “kunnen doen vermoeden” dat een “doen of nalaten” van de onderneming “verband” daarmee houdt. Vervolgens moet de onderneming “bewijzen dat niet in strijd is gehandeld met een verplichting op grond van deze wet” (en dus, in deze formulering, dat *alle* verplichtingen vervat in deze wet, hoe ruim ook geformuleerd zijn nagekomen!). Dat wijkt ook fundamenteel af van buitenlandse regelingen waarin nu juist civielrechtelijke aansprakelijkheid wordt beperkt.⁷⁹

73. Kamerstukken II 2020-2021, 35 761.

74. Bijvoorbeeld het Duitse “Lieferkettensorgfaltspflichten-gesetz” waarover o.a. L. Berger, ‘Lieferkettenverantwortung aus Unternehmens- und Beratersicht: Notwendigkeit oder Überforderung’, ZGR 2022 p. 607 e.v. A. Rühmkopf, ‘The German Supply Chain Law: A First Step Towards More Corporate Sustainability’, in: European Company Law (2023) p. 6 e.v., B. Schneider, ‘Deliktische “Lieferkettensorgfaltspflichten-gesetzes (LkSG)’, ZIP 2022 p. 407 e.v. alsmede de Franse Loi de vigilance uit 2017. Zie ook H. De Wulf, ‘Duurzaam ondernemen en ESG: Perspectieven en verwachtingen’, in: Preadviezen Koninklijke Vereniging Handelsrecht 2021 p. 29 e.v. en met name p. 73 e.v.

75. Zie de beperking in de vermelde Duitse wet § 2(5) e.v. “von der Gewinnung der Rohstoffe bis zu der Lieferung an den Endkunden”. Ook de Franse wet, relative au devoir de vigilance’ uit 2017 ziet alleen of leveranciers en onderaannemers (sous-traitants ou fournisseurs) waarmee een ‘relation commerciale’ wordt onderhouden voor zover de schadelijke activiteiten daarmee verbonden zijn (zie art. 1 alinea 3).

76. Kamerstukken II, 35761 nr. 8.

77. Ibidem p. 12.

78. Zie bijvoorbeeld zeer uitgesproken de CEO van Boskalis N.V., Berdowski, in FD 3 januari 2023 p. 10/11 die zelfs uitsprekt dat dergelijke wetgeving een factor is om de vraag te stellen of ondernemingen nog wel in Nederland gevestigd willen zijn.

79. De Duitse Lieferkettensorgfaltspflichten-gesetz § 3(3) bepaalt: „Eine Verletzung der Pflichten aus diesem Gesetz begründet keine zivilrechtliche Haftung.“ De Franse wet verwijst naar het gebruikelijke onrechtmatige daadsrecht waarbij (dus) aan alle vereisten van art. 1240/1241 Code Civic ‘faute’, ‘dommage’ en causaliteit) moet worden voldaan voordat van aansprakelijkheid sprake kan zijn (zie art. 2 alinea 1). Van een vergaande verlichting van de aansprakelijkheid en omkering van de bewijslast zoals in het Nederlandse voorstel is geen sprake.

Aan het initiatiefvoorstel liggen ongetwijfeld goede bedoelingen ten grondslag. Maar met goede bedoelingen alleen wordt de wereld niet verbeterd. Dat vergt minstens zorgvuldige analyses van de feiten en op basis daarvan goed doordachte wetgeving die aanknoopt bij die feiten. Dit voorstel voldoet niet aan daaraan te stellen kwaliteitseisen. Ik heb geen aarzeling dat wij in alle opzichten veel beter terecht kunnen bij de komende EU-regelgeving zoals hiervoor belicht. Hopelijk zal die realisatie ook in de Tweede Kamer doordringen en zal dit initiatief snel in een la verdwijnen.

12. Ten slotte: hoe verhouden de CSRD, de CSDDD en het ETS-stelsel zich tot Climate Litigation en de Shell-klimaatzaak?

Over “climate litigation” verschijnen, zeker ook buiten Nederland, veel publicaties. De conclusie daarvan is grosso modo dat vorderingen tegen overheden (zoals in Nederland de Urgenda-zaak) soms succes hebben, maar dat op het privaatrecht gebaseerde claims jegens ondernemingen vooralsnog bijna steeds vastlopen op privaatrechtelijke beperkingen zoals ik die hiervoor (in paragraaf 7) besprak.⁸⁰ De uitzondering is Nederland en dan specifiek het vonnis in de bekende Shell-klimaatzaak van de rechtbank Den Haag van 26 mei 2021⁸¹. Die zaak wordt bijna steeds gepresenteerd als een uitzondering op de regel in veel jurisdicties dat geen privaatrechtelijke remedies beschikbaar zijn.⁸² Zoals bekend is in dat vonnis op vordering van de Vereniging Milieudefensie en enige andere organisaties aan Shell bevolen dat de gehele Shell-groep in 2030, in vergelijking met 2019, netto 45% minder CO₂ moet uitstoten met inbegrip van de door Shell aan afnemers verkochte producten. In het jargon gaat het derhalve *naast* de emissies ten gevolge van de eigen bedrijfsactiviteiten en die van toeleveranciers (Scope 1 en 2) *ook om de zogenaamde Scope 3-emissies* (zie daarover reeds paragraaf 3.2) die worden veroorzaakt door derden met gebruikmaking van de brandstofproducten van Shell (in auto’s, schepen, vliegtuigen).

De rechtbank overweegt daarbij dat via (de samenstelling van) het energiepakket dat de Shell-groep produceert en verkoopt controle en invloed kan worden uitgeoefend op de Scope 3-emissies van eindgebruikers. Dat leidt de rechtbank (r.o. 4.4.39) tot het aannemen van een “*zwaarwegende inspanningsverplichting*” om ook de (Scope 3)-emissies bij eindgebruikers te beperken door het aanwenden van haar ‘invloed’. “Een consequentie van deze ‘zwaarwegende inspanningsverplichting’ kan zijn dat RDS nieuwe investeringen in het winnen van fossiele grondstoffen nalaat en/of haar productie van fossiele grondstoffen beperkt, aldus de rechtbank. Uiteindelijk oordeelt de

rechtbank *niet* dat Shell reeds nu onrechtmatig handelt, maar dat een mogelijke onrechtmatige daad te vrezan valt omdat de plannen van Shell om te komen tot het doel van 45% minder uitstoot van CO₂ in 2030 niet concreet zijn. Daarbij benadrukt de rechtbank wel dat het aan Shell is om te bepalen *hoe* die doelstelling wordt gehaald.

De reikwijdte van het Shell-klimaatvonnis is reeds op vele plaatsen door juristen besproken, soms toegejuicht, maar toch vooral bekritiseerd.⁸³ De argumenten pro en contra van deze beslissing zijn nog eens op een rijtje gezet door Smeehuijzen,⁸⁴ mede vanuit het perspectief van legitimiteit en effectiviteit van rechterlijke uitspraken. Voor de mijns inziens meest grondige, even diepgaande als heldere analyse van het feilen van dat vonnis verwees ik reeds hiervoor (in paragraaf 5) naar de beschouwingen van oud-advocaat-generaal en hoogleraar Jaap Spier.⁸⁵

80. Zie o.a. M.P. Weller/M.L. Tran, ‘Klimawandelklagen im Rechtsvergleich – private enforcement als weltweiter Trend?’ ZEuP 2021 p. 574 e.v. B. Mayer, ‘Prompting Climate Change Mitigation through Litigation’, *International & Comparative Law Quarterly* (2022) p. 233 e.v. G. Geetanjali, J. Setzer, V. Heyvaert, ‘If at first You Don’t Succeed: Suing Corporation for Climate Change’, *Oxford Journal of Legal Studies*, (2018) p. 1-28, S. Martin, ‘Tortious liability of Government Ministers for Climate Change: Aristotelian Potential and the Limits of Negligence’, *Cambridge Law Journal* 81(3), 2022, p. 456 e.v. en, last but not least, Jaap Spier, *Climate Litigation. Cases and Materials*, Den Haag: Eleven/Boom uitgeverij, 2022.

81. Zie ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, JOR 2021/208 met nt Biesmans en ECLI:NL:RBDHA:2021:5339 voor de Engelstalige versie.

82. Vgl. B. Mayer t.a.p.

83. Zie (zeer) kritisch over het vonnis onder meer L. Bergkamp, ‘De effectiviteit van het rechterlijk bevel tot emissiereductie in klimaatzaken’, *NJB* 2023 p. 118 e.v. die ook de contraproductieve effecten belicht, B.M. Katan, ‘Ieder het hare. Enkele opmerkingen bij het klimaatvonnis tegen Shell’, *Ondernemingsrecht* 2021/106 p. 663 e.v., S.J. van Calker/J.P.M. Steenkamp, ‘Het Shell-vonnis en bange bestuurders. Een verkenning naar bestuurdersaansprakelijkheid voor klimaat-schade’, *Ondernemingsrecht* 2022/31 p. 177 e.v. A. Hammerstein, ‘Vraagtekens bij een vonnis’, in: W.J.M. van Veen e.a. *De Klimaatzaak tegen Shell*, WoltersKluwer p. 12 e.v. en H.J. de Kluiver, ‘Ondernemingsrecht, mensenrechten en klimaat. Doen we de goede dingen en doen we ze goed?’, *NJB* 2022 p. 1174 e.v. Positiever Smeehuijzen t.a.p. en Franken t.a.p.

84. L.J. Smeehuijzen, ‘De veroordeling van Shell tot 45% CO₂-reductie in 2030. Over legitimiteit en effectiviteit’, *NJB* 2022/458 p. 540 e.v.

85. J. Spier, ‘SDGs: tussen droom en daad: een processie van Echnach. Het Shell-vonnis: stormram of eendagsvlieg?’ *TvOB* 2021 p. 176 e.v.

In zijn woorden geldt dat, hoezeer de sympathie bij de uitspraak kan liggen, de rechtbank “op hol is geslagen” en de uitkomst met betrekking tot ‘scope 2 en 3’ (uitstoot door leveranciers en overige aan producten gerelateerde uitstoot) “juridisch wild en qua gevolgen niet goed doordacht is”. Bij wijze van illustratie wijst Spier erop dat als Shell de verkoop van olieproducten zou verminderen om haar scope 3-emissies te doen dalen, andere bedrijven, zoals Aramco en Gazprom, in dat gat zullen springen. “Voor het klimaat is dat geen enkele winst.”

Zoals blijkt uit hetgeen aan deze paragraaf vooraf ging, bestrijken de CSRD, de CSDDD en het ETS eigenlijk alle aspecten van de Shell-uitspraak die de rechtbank heeft besproken, maar bieden die regelingen een veel beter doordachte, effectieve en handhaafbare systematiek. De CSRD voorziet in gedetailleerde rapportageverplichtingen van de uitstoot van broeikasgassen zowel wat betreft scope 1, 2 als 3 en de CSDDD legt een verplichting op alle grote ondernemingen om plannen te maken om te bereiken dat binnen de 1.5 °C doelstelling van de akkoorden van Parijs wordt gebleven (en dat in 2050 klimaatneutraliteit wordt bereikt). Daarenboven zal het ETS daadwerkelijk steeds strengere reductieverplichtingen opleggen. Dat zal ook direct effect hebben op de scope 3-uitstoot van bijvoorbeeld oliemaatschappijen zoals Shell. Veel producten die oliemaatschappijen leveren gaan immers naar ondernemingen die zelf weer onder het ETS of een vergelijkbaar regime vallen en uit dien hoofde zelf ook een emissiereductieverplichting zullen hebben (fabrieken, elektriciteitscentrales etc). Aan de beperking van scope 3-uitstoot zullen ook gaan bijdragen nadere overheidsregels zoals het komende wettelijk verbod om in de EU na 2035 nog benzine- en dieselauto's te verkopen. Dat werpt nu al zijn schaduwen vooruit. Dit soort regels is vele malen efficiënter, effectiever en daarmee rechtvaardiger dan een rechter die gaat interpreteren of aan een door die rechter zelf gedecreeteerde “zwaarwegende inspanningsverplichting” (zoals in de Shell-zaak is aangenomen) wordt voldaan en of bepaalde investeringen nu wel of niet hadden mogen plaatsvinden.

13. Conclusies en beleidsimplicaties

Dankzij de voortsnellende EU-wetgeving worden duurzaamheid en ondernemen steeds meer met elkaar verbonden. EU-richtlijnen zoals de CSRD en de CSDDD zullen een stevig, maar uitvoerbaar juridisch kader bieden waarbinnen ondernemingen op gelijke wijze als de (internationale) concurrentie (als die ook in de EU actief is) gehouden zullen zijn hun bedrijvigheid te verduurzamen. Voor zover die duurzaamheid is betrokken op concrete wederpartijen, zoals dat geldt in

het geval van de schending van klassieke mensenrechten en klassieke milieuschade (door lozing van op zich schadelijke stoffen), bieden die EU-richtlijnen stevige regels die zowel normeren wat van ondernemingen ter zake wordt verwacht als ook wat bij niet-nakoming de, redelijke en proportionele, sancties zullen zijn.

Waar duurzaamheid veeleer samenhangt met maatschappelijke belangen die uitsluitend collectief tot een oplossing kunnen worden gebracht, zoals klimaatverandering en de daaraan ten grondslag liggende uitstoot van broeikasgassen, is de benadering in de CSRD en de CSDDD terecht een andere. In dat verband leggen de CSRD en de CSDDD de nadruk op gedetailleerde rapportageverplichtingen en de verplichting om plannen op te stellen om de uitstoot van broeikasgassen binnen de grenzen van de Parijse klimaatakkoorden te brengen. Wat daarmee nog mist is, in termen ontleend aan Spier, een ‘blauwdruk’ wie, waar, hoeveel uitstoot van broeikasgassen moet reduceren. Daarin is echter voorzien door instrument van het EU Emissions Trading System (“ETS”), recentelijk aangevuld met het Carbon Adjustment Mechanism (“CBAM”). Dat biedt mogelijkheden om daadwerkelijk ‘aan de knoppen’ te draaien waar het gaat om de uitstoot van broeikasgassen. Zo’n scherp ETS-systeem is ook in het belang van ondernemingen zelf omdat reductieverplichtingen op grond van zo’n systeem dat door de wetgever is vastgesteld door een rechter (zoals ook de rechtbank Den Haag in de Shell-klimaatzaak overwoog) in beginsel zal worden geëerbiedigd (of zoals de rechtbank het verwoordde; ‘vrijwarende werking’ zal hebben). Uiteraard zou zo’n systeem idealiter wereldwijd moeten gelden. Hoewel dat vooralsnog ver weg lijkt, is hiervoor al gesignaleerd dat dit toch minder een utopie is dan het nu lijkt en dat de EU-systematiek weldegelijk breder navolging zou kunnen krijgen.

De EU-wetgeving zoals vervat in de CSRD, de CSDDD en de ETS systematiek verdient daarom steun. Dat geldt te meer nu in recente versies van deze voorstellen door de EU-Raad van Ministers ter zake grote stappen zijn gezet om goedbedoelde, maar ineffectieve of zelfs contraproductieve elementen te verwijderen. De komende EU-regelgeving is in ieder geval in alle opzichten beter, effectiever en efficiënter dan wat in Nederland wordt voorgesteld. Die EU-regels rechtvaardigen een reële hoop dat de duurzaamheidsuitdagingen waar wij collectief voor staan ook daadwerkelijk succesvol kunnen worden aangepakt.