

7 | Klimaatbeheersing in een opwarmende boardroom: navigeren door klimaatverantwoordelijkheden en langs klimaatrechtszaken

Daniella Strik en Bas van Niekerk

1. Inleiding

Klimaatverandering heeft al langere tijd een prominente plek op de agenda's van talrijke regeringen en bedrijven wereldwijd. Vooral het afgelopen decennium heeft zich in de strijd tegen klimaatverandering een verschuiving afgetekend: de publieke focus is verlegd van technologische en beleidsmatige ontwikkelingen naar het juridisch ter verantwoording roepen van staten en ondernemingen voor hun (vermeende) bijdragen aan klimaatverandering of hun (gestelde) tekortschieten in het nemen van adequate maatregelen tegen de gevolgen ervan; zowel binnen als buiten de rechtszaal. Het aanspannen van klimaatrechtszaken heeft als doel om beleids- en gedragsveranderingen bij bedrijven te bewerkstelligen. Vorderingen in dergelijke rechtszaken variëren van CO₂-emissiereductie tot vergoeding van adaptatiekosten, herstel- en schadeclaims, rectificatie van onjuiste groene claims en verklaringen voor recht dat bepaald handelen onrechtmatig is.

Sinds 2019 zijn in continentaal Europa 139 klimaatrechtszaken aanhangig gemaakt tegen staten en bedrijven: 83 (59,7%) tegen staten, en 56 (40,3%) tegen bedrijven. NGO's richten hun pijlen niet alleen op bedrijven actief in de olie- en gasindustrie, maar ook op bedrijven in onder meer de vervoerssector (waaronder luchtvaart), chemische industrie, de bouw, supermarkketens en de financiële sector.

Het is de verwachting dat het aantal klimaatrechtszaken tegen bedrijven in Europa de aankomende jaren exponentieel zal stijgen. Drijvende factoren achter deze groei zijn het toenemende publieke bewustzijn van klimaatverandering, de gevoelde noodzaak tot urgente actie, de financiële impact van klimaatverandering, de toename van nationale en internationale regelgeving rond duurzaamheid, in het bijzonder rond het klimaat, en de recente ontwikkelingen in rechtspraak.

Dergelijke klimaatrechtszaken kunnen zeer substantiële (proces)kosten, reputatieschade en beursvolatiliteit veroorzaken. Door de inhoud van de daarin op te leggen rechterlijke uitspraken, kunnen klimaatrechtszaken ook directe impact hebben op de bedrijfsvoering. Dit alles maakt dat de ontwikkelingen rond klimaatverandering

en de juridische verantwoordelijkheid daarvoor van ondernemingen ook relevant (kunnen) zijn voor de invulling van de wettelijke taak van bestuurders en commissarissen. Het risico van klimaatrechtszaken is een factor van betekenis geworden in bepaalde bestuurskamers.

Een veelgehoorde uitdaging voor bestuurders en commissarissen is dat wet- en regelgeving op het gebied van klimaat volop in beweging zijn. Hetzelfde geldt voor de rechtspraak; vaak zijn klimaatrechtszaken gebaseerd op open normen, die voor meerderlei uitleg vatbaar zijn, wat de uitkomst van dergelijke zaken moeilijk voorspelbaar maakt. Specifiek voor het mitigeren van de risico's van klimaatrechtszaken bespreken wij in dit hoofdstuk een aantal praktische aandachtspunten voor bestuurders en commissarissen.

In paragraaf 2 geven we ter achtergrond een korte beschrijving van de historie en opkomst van klimaatrechtszaken tegen bedrijven en van de thema's voor geschillen op het gebied van klimaat waar ondernemingen in de toekomst mee geconfronteerd kunnen worden. In paragraaf 3 zetten wij uiteen welke gedragsnormen voor bestuurders en commissarissen uit het ondernemingsrecht voortvloeien op het gebied van klimaat. In paragraaf 4 lichten wij toe hoe bestuurders en commissarissen ervoor kunnen zorgen dat hun onderneming het risico op klimaatrechtszaken kan mitigeren en ontwikkelen wij een aantal praktische handvatten.

2. Opkomst van klimaatrechtszaken

2.1 *Vanaf 1980: aanvechten van individuele overheidsbesluiten in het bestuursrecht*

Aanvankelijk richtten klimaatrechtszaken zich niet direct tegen bedrijven, maar op staten en andere overheidsinstanties. Zo werden reeds in de jaren tachtig in de Verenigde Staten en Australië diverse bestuursrechtelijke procedures gevoerd waarin eisers – met wisselend succes – betoogden dat de betrokken overheidsorganen bij de totstandkoming van specifieke bestuursbesluiten die betrekking hadden op projecten (vaak van bedrijven) onvoldoende rekening hadden gehouden met de impact daarvan op het klimaat. Het ging onder andere om overheidsbesluiten bij de ontwikkeling van de Franklin Dam in Tasmanië (Australië) en de ontwikkeling van een skiresort in het Mineral King Valley, een ongerept berggebied in de Sierra Nevada (Californië, Verenigde Staten van Amerika).¹

De trend om via het bestuursrecht individuele bestuursbesluiten aan te vechten is vervolgens ook naar Europa overgewaaid. Zo werden in de jaren negentig juridische procedures gevoerd over de aan de Nederlandse Aardoliemaatschappij verleende goedkeuringen voor het verrichten van proefboringen naar aardgas (o.a. door

¹ High Court of Australia 1 juli 1983, Australian Conservation Foundation Inc v Commonwealth (1980) 146 CLR 493 en U.S. Supreme Court 20 april 1972 Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727 (1972).

Greenpeace), alsook over de handhaving van de voor luchthaven Schiphol geldende geluidszone door middel van bestuursdwang (o.a. door Milieudefensie).² Een spraakmakend recent voorbeeld in de Nederlandse rechtspraak is de serie uitspraken rondom de verleende vergunning aan de exploitant van Circuit Zandvoort voor de organisatie van de Dutch Grand Prix in verband met de stikstofdepositie op het nabijgelegen natuurgebied.³

2.2 Vanaf 2000: bewustwording van klimaatverandering leidt tot rechtszaken over (gebrek aan) klimaatbeleid

Aan het begin van de eenentwintigste eeuw ontstond een nieuw type klimaatrechtszaken. Kenmerkend voor dit type zaken is dat het (gebrek aan) overheidsbeleid en wetgeving gericht op klimaatverandering centraal staat. Klimaatbehartigers zochten de rechterlijke macht aan om de gestelde lacunes in het wettelijk kader op te vullen en tekortkomingen van bestaande wetgeving te corrigeren, met als uiteindelijke doel dat de gedaagde staten klimaatverandering beter zouden adresseren.

De ontwikkeling van dit tweede type klimaatrechtszaken kan het best worden verklaard door de publieke bewustwording van klimaatverandering en de wereldwijde gevolgen daarvan die zich met name vanaf de millenniumwisseling ontwikkelden. Deze bewustwording werd toentertijd met name gedreven door wetenschappelijke ontdekkingen, politieke discussies, maar ook door voor het publiek eenvoudig waarneembare ontwikkelingen, zoals extreme weersomstandigheden en zichtbare milieu-impact. Daarnaast bereikten klimaatcampagnes het publiek en was er meer media-aandacht voor klimaatverandering, bijvoorbeeld via de spraakmakende documentaire *An Inconvenient Truth* (2006) van Al Gore. NGO's kregen in deze periode meer tractie op klimaatgebied en werden succesvoller in fundraising voor het voeren van onder meer klimaatrechtszaken, ondersteund door publiekscampagnes.

In de Verenigde Staten spanden ook de federale staten en privépersonen de eerste klimaatrechtszaken aan tegen bedrijven vanwege de (algemene) bijdrage van hun bedrijfsactiviteiten aan de opwarming van de aarde. Deze rechtszaken waren destijds niet succesvol. In de Amerikaanse rechtspraak werd geoordeeld dat het bestrijden van klimaatverandering een politiek vraagstuk betrof en dat Amerikaanse rechters niet bevoegd waren om de uitstoot van broeikasgassen te reguleren.⁴

In Europa bleven in deze periode klimaatrechtszaken tegen bedrijven uit.

² Zie onder meer Rb. Leeuwarden 17 juli 1998, ECLI:NL:RBLLE:1998:AA3833 en Rb. Amsterdam 30 november 1998, ECLI:NL:RBAMS:1998:AA3571.

³ Zie bijvoorbeeld RvS 5 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2587.

⁴ U.S. Supreme Court 20 juni 2011, *American Electric Power Co. v. Connecticut*, 564 U.S. 410 (2011) en 9th Circuit 21 september 2012 *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corp.*, 696 F.3d 849.

2.3 *Vanaf 2013: klimaatbehartigers koppelen klimaatbeleid aan mensenrechten*

Vanaf 2013 ontwikkelden klimaatorganisaties nog een nieuw type klimaatrechtszaken, waarin de verplichtingen van staten uit hoofde van mensenrechten en grondrechten werden gekoppeld aan de gevaren van klimaatverandering. Hieraan lag al een decennialange ontwikkeling ten grondslag, waarin in internationaal verband, onder vigeur van de Verenigde Naties, werd overlegd over (de negatieve effecten van) klimaatverandering. Zo werd tijdens de Conferentie van de Verenigde Naties over het Menselijk Milieu in 1972 (de Stockholm Conferentie), het Milieuprogramma van de Verenigde Naties (UNEP) opgericht (Verklaring van Stockholm). De Verklaring van Stockholm markeerde het startpunt voor internationale milieupolitiek doordat het milieukwesties, inclusief klimaatverandering, op de internationale agenda plaatste. In de Verklaring van Stockholm werden de basisbeginselen van internationaal milieubeleid en -recht vastgelegd. In 1992 werd het VN-Klimaatverdrag (een raamverdrag) gesloten tijdens de Earth Summit in Rio de Janeiro. Dit verdrag was gericht op ‘informatie-uitwisseling’ en had als primair doel om de concentraties van broeikasgassen in de atmosfeer te stabiliseren op een niveau dat gevaarlijke interferentie met het klimaatsysteem zou voorkomen. Het Kyoto Protocol uit 1997, dat werd aangegaan onder het VN-Klimaatverdrag, ging nog een stap verder. Dit protocol verplichtte de geïndustrialiseerde landen hun uitstoot van broeikasgassen volgens specifieke doelen te verminderen. Het protocol, dat in 2005 in werking trad, was belangrijk omdat het voor het eerst juridisch bindende emissiereductiedoelstellingen voor ontwikkelde landen vaststelde.

In 2009 heeft de VN-Mensenrechtenraad bij resolutie 10/4 vastgesteld dat de gevolgen van klimaatverandering een wereldwijde bedreiging zijn voor de mensenrechten.⁵ Een jaar later is vervolgens door de partijen bij het VN-Klimaatverdrag in de zogenoemde Cancun Agreements vastgelegd dat klimaatverandering een potentiële onomkeerbare bedreiging is voor menselijke samenlevingen.

Een volgende belangrijke mijlpaal in internationaal klimaatbeleid was het Klimaatakkoord van Parijs dat in 2015 is aangenomen en is gericht op het aanpakken van klimaatverandering en de negatieve gevolgen daarvan. Het Klimaatakkoord van Parijs trad op 4 november 2016 in werking. Het is door bijna elk land ter wereld aangenomen, wat een sterke wereldwijde eensgezindheid over de noodzaak van klimaatactie onderstreept. Het belangrijkste doel van het Klimaatakkoord van Parijs is om de opwarming van de aarde te beperken tot ruim onder de 2 graad Celsius boven het pre-industriële niveau, met inspanningen om de stijging te beperken tot 1,5 graad Celsius.

⁵ Deze resolutie verwijst naar de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten.

De nieuwe benadering van het aanspreken van staten op hun verplichtingen uit internationaal recht, in het bijzonder mensenrechten, was innovatief en leidde tot een aantal belangrijke successen. Zo beval de rechtbank Den Haag in het wereldwijd baanbrekende *Urgenda*-vonnis (2015) de Nederlands Staat om – kort gezegd – het gezamenlijke volume van de jaarlijkse Nederlandse uitstoot van broeikasgassen met ten minste 25% te verminderen per eind 2020 in vergelijking tot 1990. Deze rechtszaak was geïnitieerd door een tot dan toe nauwelijks bekende Nederlandse NGO: Urgenda. De rechtbank Den Haag oordeelde destijds dat op de Nederlandse Staat een zorgplicht rust om mitigatiemaatregelen te treffen vanwege de ernst van de gevolgen van klimaatverandering en de grote kans dat – zonder mitigerende maatregelen – gevaarlijke klimaatverandering zal intreden. Bij de bekrachtiging van dit vonnis in hoger beroep door het gerechtshof Den Haag (2018) en de verwerping van het daartegen door de Nederlandse staat ingestelde cassatieberoep door de Hoge Raad (2019) werd deze reductieplicht van de Nederlandse staat rechtstreeks gebaseerd op de uit art. 2 ('recht op leven') en art. 8 ('respect voor privé- en familielevens') van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) voortvloeiende verplichtingen van staten om bescherming te bieden tegen de gevolgen van een reële dreiging van een gevaarlijke klimaatverandering.

De overweging van de Nederlandse rechter dat staten een zorgplicht hebben op basis van het EVRM was een belangrijk kantelpunt voor klimaatrechtszaken in Europees verband (en overigens ook wereldwijd). Hierop volgden succesvolle rechtszaken tegen andere Europese staten, zoals Duitsland, Frankrijk en België, die ook aansluiting vonden bij de fundamentele rechten gewaarborgd onder het EVRM. In het begin van 2024 werd de Nederlandse staat wederom aangeklaagd wegens vermeend ontoereikend klimaatbeleid, ditmaal door Greenpeace en acht inwoners van Bonaire. Deze rechtszaak richt zich op het aanpassen van het Nederlandse klimaatbeleid, met als doel Bonaire en haar inwoners te beschermen tegen de gevolgen van klimaatverandering. Dit zou moeten geschieden door het treffen van voldoende adaptatiemaatregelen op Bonaire. Verstrekken zijn echter de gevorderde mitigatiemaatregelen, die de staat zou moeten stimuleren om klimaatverandering actief te bestrijden door de uitstoot van broeikasgassen te verminderen op een veel grotere schaal dan in de *Urgenda*-procedure.

Opmerkelijk genoeg bevestigde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zelf pas op 9 april 2024 – vijfeneenhalf jaar nadat het gerechtshof Den Haag dat voor het eerst deed in de *Urgenda*-zaak – dat verdragsstaten van het EVRM op grond van art. 8 EVRM verplicht zijn individuen te beschermen tegen de ernstige negatieve effecten van klimaatverandering op leven, gezondheid, welzijn en levenskwaliteit.⁶

6 EHRM 9 april 2024, nr. 53600/20 (*KlimaSeniorinnen v Switzerland*), r.o. 538.

2.4 Vanaf 2018: Nederlandse klimaatrechtszaken tegen ondernemingen

De pijlen van klimaatbehartigers richten zich in Nederland inmiddels niet alleen meer op de Nederlandse Staat. Sinds 2018 worden ook diverse bedrijven in Nederland aansprakelijk gehouden voor het medeveroorzaken van gevaarlijke klimaatverandering. Milieudefensie stelde Royal Dutch Shell Plc. (Shell) in 2018 aansprakelijk, omdat zij meende dat Shell met haar bedrijfsactiviteiten en bedrijfsstrategie een op haar rustende wettelijke zorgplicht schond door wereldwijd klimaatschade te veroorzaken en de doelstellingen van het Klimaatakkoord van Parijs te ondermijnen. Milieudefensie maande Shell om die onrechtmatige toestand op te heffen door haar bedrijfsactiviteiten en investeringsbeslissingen in overeenstemming te brengen met de mondiale klimaatdoelstelling.

De juridische grondslag voor een verplichting voor bedrijven om hun broeikasuitstoot te verlagen is echter niet evident. Bedrijven zijn namelijk niet rechtstreeks gebonden aan de verplichtingen die uit hoofde van het EVRM op staten rusten. Bovendien roepen soft law-instrumenten, zoals de United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, geen direct rechtens afdwingbare verplichtingen voor bedrijven in het leven. Deze klimaatrechtszaken tegen bedrijven kunnen met recht innovatief genoemd worden.

In de nog lopende procedure tussen *Shell/Milieudefensie* is de al dan niet *indirecte* afdwingbaarheid van dergelijke juridisch niet-rechtstreeks bindende verplichtingen een belangrijk geschilpunt. In 2021 oordeelde rechtbank Den Haag onder meer dat uit een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm voor Shell een verplichting volgt om het gezamenlijk jaarlijks volume van alle aan de bedrijfsactiviteiten en verkochte energie dragende producten van de Shell-groep verbonden CO₂-emissies naar de atmosfeer (zogenoemde Scope 1, 2 en 3 emissies) te reduceren. Die reductie moest zodanig zijn dat dit volume aan het eind van het jaar 2030 met ten minste 45% zal zijn gereduceerd in vergelijking tot het niveau van het jaar 2019. Deze reductieplicht dient Shell te realiseren zowel rechtstreeks, als via – kort gezegd – de vennootschappen en rechtspersonen waarmee zij tezamen de Shell-groep vormt.

Ondanks het oordeel van de rechtbank dat de CO₂-uitstoot van de Shell-groep op het moment van de uitspraak niet onrechtmatig was, nam zij aan dat er een dreigende schending van haar reductieverplichting bestond. Shell werd bevolen te voldoen aan haar verplichting. De rechtbank nam de reductieverplichting aan op grond van een ongeschreven zorgvuldigheidsplicht van Shell, die inhoudt dat handelen in strijd daarmee onrechtmatig is. Daarbij kwam het aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval. De rechtbank betrok in de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm onder meer de mensenrechten (het recht op leven en het recht op een ongestoord gezinsleven), die niet rechtstreeks jegens Shell afdwingbaar zijn, en de daarin belichaamde waarden voor de samenleving als geheel. De rechtbank heeft, zoals kan worden afgeleid uit het eerder genoemde *Urgenda*-arrest, geoordeeld dat deze mensenrechten bescherming bieden tegen de

gevolgen van gevaarlijke klimaatverandering als gevolg van de opwarming van de aarde door CO₂-uitstoot. Bovendien zocht de rechtbank in dat kader aansluiting bij de UN Guiding Principles, die een gezaghebbend en internationaal breed gedragen soft law-instrument vormen. Daarin is een verantwoordelijkheid voor bedrijven geformuleerd om de mensenrechten te respecteren. De rechtbank overwoog dat dit een mondiale gedragsnorm is waaraan alle bedrijven geacht worden zich te houden, waar ze ook actief zijn. Benadrukt werd dat bedrijven niet kunnen volstaan met het volgen van de ontwikkelingen en de maatregelen die staten nemen, maar dat zij een eigen verantwoordelijkheid hebben. Shell is tegen dit vonnis in beroep gegaan en bij het ter perse gaan van dit Handboek wordt de beslissing van gerechtshof Den Haag in november 2024 verwacht.

Het Nederlandse vonnis tegen Shell heeft binnen Europa een golf van klimaatrechtszaken tegen andere bedrijven ontketend, waaronder in Italië, Engeland, België, Frankrijk en Duitsland. Ook in Nederland lijkt een nieuwe klimaatrechtszaak in aantocht: begin dit jaar stelde Milieudefensie ING Groep en ING Bank B.V. aansprakelijk voor onrechtmatig klimaatbeleid, het schenden van de Nederlandse wet en hield hen verantwoordelijk voor het medeveroorzaken van gevaarlijke klimaatverandering. Milieudefensie spreekt ING aan omdat deze financiële instelling bedrijven financiert die nieuwe olie, gas en kolenprojecten starten, terwijl volgens Milieudefensie de wetenschap duidelijk uitwijst dat het starten van nieuwe fossiele projecten onverenigbaar is met het beperken van de opwarming van de aarde tot 1,5 graad Celsius. Het is Milieudefensie dus niet zozeer te doen om de eigen CO₂-uitstoot van ING, maar om de broeikasgasuitstoot van haar cliënten, waarvoor ING door de aan deze bedrijven verstrekte financiering medeverantwoordelijk zou zijn (zogenoemde Scope 3 emissies). De stellingname van Milieudefensie rekt de in het *Shell*-vonnis vastgestelde zorgplicht voor bedrijven verder op tot financiers. Zij eist onder meer dat ING (i) diens klimaatbeleid in lijn brengt met de 1,5 graad Celsius van het Parijsakkoord, (ii) diens uitstoot vermindert met ten minste 48% CO₂ en ten minste 43% CO₂ in 2030 ten opzichte van 2019 en (iii) daarnaast zorgt dat zij niet betrokken is bij de negatieve klimaatimpact van grote zakelijke klanten.

In het kader van de rechtszaken tegen ondernemingen is een nieuwe trend ontstaan waar ESG-kritische partijen zich in het debat (proberen te) mengen. Zo meldde in voornoemde *Shell/Milieudefensie*-procedure Stichting Climate Intelligence (niet-succesvol) en Milieu & Mens (succesvol) zich bij het gerechtshof om deel te mogen nemen aan de procedure. Een Amerikaans voorbeeld dat in Nederland veel aandacht ontving, betrof de beslissing van ExxonMobil om een rechtszaak aan te spannen tegen haar aandeelhouders Arjuna Capital en Follow This, nadat deze voorstelden om op de aandeelhoudersvergadering van Exxon te stemmen voor scherpere klimaatdoelstellingen. Ook worden grote vermogensbeheerders zoals BlackRock en Vanguard in de Verenigde Staten aangesproken door openbaar aanklagers en overheden omdat zij misleidende mededelingen zouden hebben gedaan over ESG-beleggingsstrategieën. Genoemde voorbeelden, maar ook de opmars van rechtsgeoriënteerde politieke partijen die naar verwachting doorwerken in het

maatschappelijke sentiment over ESG, tonen aan dat het voor bestuurders en commissarissen (nog) lastiger wordt om te laveren tussen de vele belangen en de eisen van milieuactivisten enerzijds en anti-ESG'ers anderzijds.

2.5 *Vooruitblik: Van climate engagement naar climate litigation*

In het kader van hun behoorlijke taakvervulling dienen bestuurders en commissarissen niet alleen voorbereid te zijn op de huidige klimaatacties en klimaatrechtzaken tegen bedrijven, maar ook bewust en proactief te anticiperen op toekomstige klimaatgerelateerde kwesties die mogelijk aan rechters zullen worden voorgelegd. In aanvulling op de in paragraaf 2.3 en 2.4 besproken type klimaatrechtzaken categoriseren wij hieronder zes veelvoorkomende onderwerpen van klimaatacties en klimaatgerelateerde kwesties die (in de toekomst) aan rechters kunnen worden voorgelegd:

1. NGO climate engagement: het genereren van publieke en politieke druk is een belangrijke en reeds vaak door klimaatbehartigers gehanteerde strategie die aan klimaatrechtzaken voorafgaat. De aanpak is er in de eerste plaats op gericht om buiten de rechter om ondernemingen aan te sporen tot het ontwikkelen en implementeren van een duurzamer beleid. Tegelijkertijd is de strategie erop gericht om het publieke bewustzijn over de milieupraktijken van ondernemingen en hun invloed op het klimaat te vergroten, zodat politici en consumenten worden aangemoedigd om druk uit te oefenen op deze bedrijven om duurzamer te opereren. De campagnes worden ook gebruikt voor (crowd)fundraising, ter financiering van vervolgacties. Voor individuele bedrijven, vooral in hoogrisicosectoren, is het monitoren van dergelijke campagnes van belang om het risico op een klimaatrechtzaak in kaart te brengen. Een bekend voorbeeld is de campagne van Milieudefensie uit 2022, waarbij 29 grote in Nederland gevestigde bedrijven werden aangeschreven met het verzoek hun klimaatplannen voor het reduceren van hun emissies conform het Parijsakkoord te delen. Op verzoek van Milieudefensie heeft het New Climate Institute deze klimaatplannen beoordeeld op kwaliteit en uitvoerbaarheid. In haar openbaar gemaakte onderzoeksrapport concludeerde het New Climate Institute dat geen van deze 29 bedrijven een hoge of redelijke kwaliteitsscore voor hun klimaatplannen haalde. Deze climate engagement door NGO's is vaak het voorportaal van het hiervoor besproken type van climate litigation. Indien een bedrijf direct wordt aangesproken in het kader van een dergelijke campagne, kan de wijze van engagement met de NGO een relevant element zijn in de afwegingen van zo'n NGO om een juridische procedure tegen het bedrijf aan te spannen.

In dit verband is het voor bedrijven belangrijk om internationale ontwikkelingen in het kader van het VN-klimaatverdrag te monitoren. Naar verwachting zullen NGO's de aanscherpingen van het VN-klimaatverdrag in hun eisen overnemen. Zo werd recentelijk op de 28^e conferentie van partijen (COP 28 Dubai, 2023) erkend dat de wetenschap uitwijst dat de wereldwijde uitstoot van broeikasgassen in 2030 met ten minste 43% moet zijn verminderd ten opzichte van 2019 om de opwarming van de aarde te beperken tot 1,5 graden Celsius.

Het is overigens de verwachting dat NGO's in de komende periode de aandacht van generiek climate engagement ter zake van de reductieplicht verder verleggen naar specifiekere onderdelen van klimaatverandering, zoals de impact van bedrijven op de biodiversiteit. Daarbij valt niet uit te sluiten dat het (ontbreken van) biodiversiteitsbeleid van ondernemingen en de impact de komende jaren steeds vaker in de door klimaatbehartigers opgestoken schijnwerpers terecht zal komen.⁷

2. Het aanspreken van bedrijven op misleidende milieuclaims: klimaatbehartigers spreken bedrijven aan op het voeren van onjuiste, onware of niet-verifieerbare milieuclaims ('green claims'), vaak als greenwashing of climate-washing aangeduid als het gaat om klimaat(beleid)claims. Dergelijke mededelingen kunnen consumenten misleiden, bijvoorbeeld omdat in marketinguitingen een product of dienst te groen wordt voorgesteld ('klimaatneutraal'), of dat een bedrijf een misleidende voorstelling van zaken geeft over diens klimaatbeleid ('net zero') of -oplossingen. Tot op heden zijn in Nederland de meeste greenwashingclaims ingesteld bij de Reclame Code Commissie, de commissie van de Stichting Reclame Code die verantwoordelijk is voor de naleving van de Nederlandse Reclame Code, welke zich richt tegen reclame die in strijd is met de wet, het algemeen belang of die het publiek misleidt. Ofschoon deze commissie niet bevoegd is een verbod tot het gebruik van een misleidende claim op te leggen of een financiële sanctie aan het gebruik te verbinden, kleuren de beslissingen en de onderliggende Nederlandse Reclame Code wel het wettelijke civielrechtelijke normenkader (en dus de civielrechtelijke aansprakelijkheid).⁸ De aanbevelingen van de Reclame Code Commissie kunnen bovendien ook een opmaat zijn voor civielrechtelijke aansprakelijkheid via follow-on litigation.⁹ Zo oordeelde rechtbank Amsterdam, in lijn met de Reclame Code Commissie dat enkele door KLM in het verleden gevoerde reclame-uitingen onrechtmatig en misleidend waren. KLM werd verboden om die uitingen te gebruiken en bevolen om het gebruik van die uitingen te staken en gestaakt te houden en bovendien te rectificeren. Inmiddels is de appeltermijn verstreken zonder dat KLM appel heeft ingesteld. Naar aanleiding van de uitspraak van rechtbank Amsterdam verzonden Fossielvrij NL, ClientEarth en Reclame Fossielvrij op 18 juli 2024 gezamenlijk een waarschuwingsbrief aan 71 luchtvaartmaatschappijen, waarin zij de luchtvaartmaatschappijen maanden zich te onthouden van een onrechtmatige advertentiestrategie. Daaraan voorafgaand startten de Europese Commissie en een aantal nationale autoriteiten – waaronder de ACM – in april 2024 ook al greenwashingonderzoeken naar twintig luchtvaartmaatschappijen. Er is op dit moment nog geen Nederlandse uitspraak waarin bedrijven zijn veroordeeld om schadevergoeding te betalen in verband met greenwashing. Greenwashingclaims

⁷ Tegen staten wordt al langer over specifieke biodiversiteitsverplichtingen geprocedeerd, zoals door Greenpeace tegen de Nederlandse staat ter zake haar stikstofbeleid: Rb. Den Haag 6 juni 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:8736 en de daarin genoemde bodemprocedure.

⁸ Rb. Amsterdam 20 maart 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:1512, r.o. 4.19.

⁹ Rb. Amsterdam 20 maart 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:1512, zie ook bijvoorbeeld de aanbevelingen van de Reclame Code Commissie d.d. 8 april 2022 (dossiernr. 2021/00553) en d.d. 13 juli 2020 (dossiernr. 2020/00136).

kunnen ook ten grondslag liggen aan jaarrekeningenprocedures (art. 2:447 BW), als het gaat om misleidende mededelingen in de jaarrekening of het bestuursverslag. Dergelijke procedures – waarin de Ondernemingskamer van gerechtshof Amsterdam kan worden verzocht om een bevel de jaarrekening of jaarverslag in te richten volgens aanwijzing van de Ondernemingskamer – kunnen op hun beurt weer tot aansprakelijkheids- en schadevergoedingsvorderingen leiden. Dit is in het bijzonder van belang voor jaarrekeningen van ondernemingen waarin de rapportageverplichtingen als voorgeschreven in de Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) moeten zijn toegepast. Gezien de toename van groene financieringsinstrumenten – zoals green bonds, die bedrijven hoofdzakelijk uitgeven ter financiering van duurzame projecten – en groene claims in prospectussen, is bovendien de verwachting dat de komende jaren ook veel aandacht zal uitgaan naar misleidende milieuclaims in het effectenrecht.

3. Aanwenden aandeelhoudersrechten om klimaatactie te bevorderen: klimaatbehartigers verwerven steeds vaker (een beperkt aantal) aandelen om tijdens algemene vergaderingen van aandeelhouders vragen te kunnen stellen over de milieu-impact van de vennootschap en de concrete plannen om deze impact te verminderen. Deze activistische aandeelhouders verenigen zich ook om onderwerpen op de agenda van de algemene vergadering van aandeelhouders te agenderen. Een bekend voorbeeld is het Nederlandse beleggerscollectief Follow This, dat via aandeelhoudersresoluties (moties) probeert grote oliebedrijven te dwingen hun CO₂-uitstoot in lijn te brengen met de doelstellingen van het Parijsakkoord. Beleggers combineren ook activistische strategieën met ESG-initiatieven, zoals Third Point, dat als aandeelhouder van Shell in een onsuccesvolle campagne pleitte voor de opsplitsing van de olie- en gasactiviteiten enerzijds en van de hernieuwbare energieactiviteiten anderzijds. Third Point voerde daartoe aan dat dit de aandeelhouderswaarde zou verhogen én de uitstoot van broeikasgassen zou verminderen.
4. Inzet van strafrecht: in Nederland wordt ook het strafrecht in het kader van milieukwesties ingezet. Zo is het Openbaar Ministerie na aangiftes van omwonenden strafrechtelijke onderzoeken gestart tegen Tata Steel en Chemours wegens het opzettelijk en wederrechtelijk in de bodem, lucht of oppervlaktewater brengen van gevaarlijke stoffen – hetgeen strafbaar is gesteld in art. 173a van het Wetboek van Strafrecht. Greenpeace sloot zich in maart 2024 aan bij de aangiftes om verder de druk op te voeren. In Nederland is het initiatiefvoorstel Wet strafbaarstelling ecocide aanhangig dat voorziet in een wijziging van onder andere het Wetboek van Strafrecht in verband met het strafbaar stellen van ecocide.¹⁰ Blijkens het initiatiefvoorstel Wet strafbaarstelling ecocide wordt in ieder geval strafbaar: het opzettelijk door handelen of nalaten aanrichten van ernstige en wijdverbreide dan wel ernstige en langdurige of onomkeerbare schade aan een ecosysteem met een behoorlijke omvang of milieuwaaarde, of

¹⁰ *Kamerstukken II 2023/24, 36475, nr. 2 (voorstel van wet).*

aan een natuurlijke habitat binnen een beschermd gebied, of aan de kwaliteit van lucht, bodem of water, dan wel gevaar voor die schade doen ontstaan. Hieronder zou ook klimaatverandering kunnen worden geschaard. Het initiatiefwetsvoorstel beoogt een zeer brede toepassing. Zelfs handelen van een persoon dat voldoet aan bestuursrechtelijke normen, bijvoorbeeld een verleende vergunning, kan alsnog strafbaar zijn. Strafbbaarstelling van ecocide kan door haar ruime begripsformulering ook indirect gevolgen hebben voor bedrijven die op dit moment uitsluitend via het civiele recht worden aangesproken, nu ook deze formulering toegepast kan worden bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.

Dit past in een bredere Europese trend. In EU-verband is een richtlijn aangenomen op grond waarvan de lidstaten in hun nationale recht dienen te voorzien in strafrechtelijke sancties voor ernstige inbreuken op het recht van de Unie inzake de bescherming van het milieu (ecocide).¹¹ Ook greenwashing kan onder de reikwijdte van het strafrecht vallen, bijvoorbeeld onder delicten als fraude, oplichting en valsheid in geschrifte.

5. Persoonlijke aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen: met de toenemende juridische druk op het bedrijfsleven, groeit ook het risico van persoonlijke aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen voor (het niet of onvoldoende verkleinen van) de klimaatimpact van hun bedrijf. Dit kan zowel een strafrechtelijke als civielrechtelijke aansprakelijkheid betreffen. Dergelijke aansprakelijkheid kan betrekking hebben op de persoonlijke rol van bestuurders en commissarissen bij (gestelde) ecocide, bijvoorbeeld door hun bijdrage als leidinggevende aan klimaatverandering veroorzaakt door de activiteiten van de onderneming, hun nalaten om aan de energietransitie verbonden risico's ('transition risk') adequaat te beheersen, maar kan ook betrekking hebben op bijvoorbeeld misleidende milieuclaims. In Engeland startte ClientEarth eerder een procedure tegen elf directors van Shell om hen persoonlijk aansprakelijk te houden voor klimaatschade. Deze procedure strandde echter bij het Engelse hooggerechtshof, waar het Court of Appeal weigerde toestemming te geven voor het doorzetten van de procedure, omdat op prima facie-basis onvoldoende was gebleken dat de bestuurders niet in het belang van Shell hadden gehandeld. In bovengenoemde strafzaken tegen Chemours en Tata Steel is ook aangifte tegen bestuurders van die ondernemingen gedaan.
6. Frontale acties voor klimaatbewustzijn: zowel in Nederland als elders in Europa neemt het aantal frontale en praktische acties tegen bedrijven toe. De meest vergaande voorbeelden kunnen strekken van het blokkeren of beschadigen van bedrijfsgebouwen of andere activa of het onbehoorlijk belagen van bestuurders en commissarissen tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders. Deze categorie klimaatactivisme laten wij in deze bijdrage verder buiten beschouwing.

¹¹ Richtlijn (EU) 2024/1203 van het Europees Parlement en de Raad van 11 april 2024 inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht en tot vervanging van de Richtlijnen 2008/99/EG en 2009/123/EG.

3. **Waar verplicht het ondernemingsrecht bestuurders en commissarissen toe?**

Naarmate het palet aan climate litigation onderwerpen uitbreidt, neemt ook de druk op bestuurders en commissarissen toe om vennootschappen daarop voor te bereiden. In dit verband valt op dat het Nederlandse vennootschapsrecht geen expliciete maatschappelijke zorgplicht bevat die bestuurders en commissarissen verplicht om bij het nemen van beslissingen rekening te houden met de gevolgen voor het klimaat.¹² Ook de finale versies van de CSRD en de CSDDD – de Europese richtlijn die bedrijven verplicht passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid te betrachten – bevatten geen expliciete algemene norm die bestuurders en commissarissen gebiedt om in hun besluitvorming rekening te houden met de gevolgen voor mensenrechten, klimaatverandering of milieu.

In de wettelijke taakomschrijving van bestuurders en commissarissen van een naamloze en besloten vennootschap is wel opgenomen dat zij zich bij de vervulling van hun taak dienen te richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Deze taakopdracht valt uiteen in een positieve en een negatieve zijde. De positieve zijde van de taakopdracht gebiedt het bestuur, onder toezicht van de raad van commissarissen, om een strategie te bepalen en te implementeren die gericht is op bestendig succes en langetermijnwaardecreatie van de onderneming. De taakopdracht gaat dus verder dan enkel het bevorderen van (korte termijn) financieel succes van de onderneming ten behoeve van aandeelhouders. De negatieve zijde van de taakopdracht verplicht op zijn beurt bestuurders en commissarissen om zorgvuldigheid te betrachten ten aanzien van de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Dit betekent dat het kan voorkomen dat een reeds ontwikkelde strategie aangepast of gewijzigd moet worden als deze resulteert in onnodige of onevenredige benadeling van de belangen van een of meer (categorieën) bij de vennootschap of onderneming betrokkenen, inclusief de belangen van betrokkenen bij een gezond milieu.

In tegenstelling tot het Nederlandse ondernemingsrecht als opgenomen in het Burgerlijk Wetboek, bepaalt de Nederlandse Corporate Governance Code 2022 in principe 1.1 dat het bestuur verantwoordelijk is voor de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en de ‘duurzame langetermijnwaardecreatie’ van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur dient volgens principe 1.1 rekening te houden met de effecten van het handelen van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming op mens en milieu en daartoe de in aanmerking komende belangen van de stakeholders te wegen. Volgens best practice principe 1.1.3 houdt de raad van commissarissen toezicht op de wijze waarop het bestuur de strategie voor duurzame langetermijnwaardecreatie uitvoert.

¹² In 2020 deden 25 hoogleraren een oproep om wettelijk vast te leggen dat bedrijven en hun bestuurders niet alleen het belang van de vennootschap behartigen, maar ook als verantwoordelijke burgers bijdragen aan de samenleving, zie: J.W. Winter e.a., ‘Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer’, *Ondernemingsrecht* 2020/86.

Bestuurders en commissarissen moeten zich daarnaast voorbereiden op wet- en regelgeving – waaronder de CSRD en de Nederlandse Initiatiefwet Verantwoord en Duurzaam Internationaal Ondernemen – die uitdagingen en risico's met betrekking tot allerlei duurzaamheidsonderwerpen omvat. Zo vereist de 'dubbele materialiteitsbeoordeling' van de CSRD dat de onder de reikwijdte vallende bedrijven reflecteren op hun invloed op mens en milieu (inside-out-visie) en de risico's en kansen voor de vennootschap vanuit een duurzaamheidsperspectief (outside-in-visie).

Ook van commissarissen wordt steeds meer proactieve betrokkenheid verwacht op het gebied van duurzaamheidskwesities, inclusief klimaatvraagstukken. Commissarissen dienen in het bijzonder betrokken te zijn bij toezicht op aangelegenheden ter zake van (i) de integratie van ESG-risico's in de bedrijfsvoering, (ii) de beheersing daarvan en (iii) het formuleren van de strategie ter realisatie van 'duurzame' langetermijnwaardecreatie.¹³

Op basis van de hierboven beschreven positieve en negatieve zijde van de taakvervulling van bestuurders en commissarissen, concluderen wij dat zij in ieder geval de verantwoordelijkheid hebben voor (en toezicht te houden op) de ontwikkeling van een strategie die klimaat gerelateerde risico's die een wezenlijk gevaar vormen voor de bedrijfsvoering onder controle brengt.

Die verantwoordelijkheid moet overigens niet worden verward met de persoonlijke aansprakelijkheidsnorm voor bestuurders en commissarissen. Voor vaststelling van persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen voor onbehoorlijke taakvervulling blijft – zeer kort gezegd – doorslaggevend of in een concreet geval, afhankelijk van alle omstandigheden van het geval, een (persoonlijk) ernstig verwijt kan worden gemaakt.

4. Voorbereidingen op climate engagement en climate litigation

4.1 Navigeren door NGO-selectiecriteria voor climate engagement

Uit voorgaande volgt ontegenzeggelijk dat bestuurders en commissarissen de vennootschap ook moeten voorbereiden op climate engagement en climate litigation. De voorbereiding op klimaatrechtszaken begint bij voorkeur in een zeer vroeg stadium, zelfs voordat een vennootschap wordt geconfronteerd met een dergelijke (dreigende) rechtszaak.

Een belangrijke eerste stap is een risicoanalyse van de gevoeligheid van de vennootschap voor klimaatclaims en aanverwante risicogebieden. Daarbij kan onder meer worden gekeken naar de criteria die NGO's en andere activistische klimaatbehartigers hanteren bij het selecteren van individuele bedrijven als targets voor hun

¹³ Zie bijvoorbeeld: C.D.J. Bulten & C.J.H. Jansen, 'De taak van de commissaris in een duurzame wereld', *Ondernemingsrecht* 2019/69; Best practice bepaling 1.1.2 van de Corporate Governance Code 2022.

klimaatacties. Met name voor bestuurders en commissarissen van vennootschappen die naar hun omvang, aard van activiteiten en publieke zichtbaarheid een verhoogde kans hebben om benaderd te worden door NGO's geldt dat het aanbeveling verdient om proactief strategieën ter zake het beheersen van klimaat gerelateerde risico's te ontwikkelen. Hieronder kaarten wij een aantal criteria aan.

Op dit moment richten NGO's zich primair op bedrijven die door een wijziging van hun beleid of activiteiten een significante invloed kunnen hebben op de reductie van broeikasgasemissies of op andere manieren klimaatverandering tegen kunnen gaan. Bij het beoordelen van de mate van invloed van een bedrijf wordt niet enkel gekeken naar de emissies die dat bedrijf zelf uitstoot. Ook wordt gekeken naar de invloed die het bedrijf heeft op de uitstoot van haar indirecte emissies, zoals emissies die in haar waardeketen worden uitgestoten door bijvoorbeeld cliënten of afnemers. Bedrijven dienen zich in dit kader ervan bewust te zijn dat NGO's de mogelijkheid hebben deze analyses te verrichten door middel van onder meer jaarverslagen en duurzaamheidsstrategieën.

Daarnaast selecteren NGO's bedrijven op basis van hun historische en huidige inspanningen ten behoeve van het klimaat. Zo beoordelen NGO's in hoeverre het beleid overeenstemt met internationale normen zoals neergelegd in het Klimaat-akkoord van Parijs, of het bedrijf actief bijdraagt aan de reductie van emissies en of het bedrijf misleidende informatie over haar bijdrage aan klimaatverandering verspreidt. Het kan raadzaam zijn om te laten onderzoeken in hoeverre de onderneming juridisch risico loopt met haar bedrijfsactiviteiten en publieke mededelingen op dat punt.

Ten derde vestigen NGO's hun aandacht op de rol van het type bedrijven waarvoor rechters nog geen expliciete CO₂-reductieverplichting hebben vastgesteld. Zij wensen rechtsvorming uit te lokken door zaken aan de rechter voor te leggen. Dit fenomeen laat zich aftekenen aan de hand van de ontwikkelingen na afloop van het *Shell*-vonnis. Zoals hiervoor in paragraaf 2.4 beschreven, volgde na het *Shell*-vonnis in Nederland geen tsunami aan copycat-rechtszaken tegen vergelijkbare bedrijven. In plaats daarvan werden in het bijzonder ook bedrijven in andere sectoren in publieke campagnes aangesproken op hun rol in de klimaattransitie. Zo probeert Milieudefensie een breder effect te bewerkstelligen dan feitelijk volgt uit het *Shell*-vonnis. Dit vonnis is gewezen in een specifieke zaak gebaseerd op de specifieke omstandigheden waarin Shell zich bevond en bindt geen andere bedrijven dan Shell. Met de aangekondigde rechtszaak tegen ING kiest Milieudefensie als gezegd een vervolgstategie waarbij ook andersoortige gestelde medeveroorzakers van de klimaatverandering aansprakelijk worden gesteld voor gepercipieerd inadequaaf milieubeleid van de primaire veroorzakers.

In het licht van onder meer voorgenoemde selectiecriteria van NGO's, is het aan bestuurders en commissarissen om te beoordelen of, en zo ja, in hoeverre het in het

belang van de vennootschap is om aanpassingen door te voeren in beleid en strategie, en uitvoering daarvan, om het risico van een klimaatrechtszaak te mitigeren.

4.2 Voorbereidingen op een klimaatrechtszaak

Het integreren van klimaatrisicobeheer in de algemene bedrijfsstrategie is cruciaal voor een robuuste aanpak van de uitdagingen die klimaatverandering met zich brengt. Noodzakelijkerwijs valt hieronder ook het voorbereiden op een mogelijke klimaatrechtszaak. Bestuurders en commissarissen dienen zich bij elke stap van het ontwikkelen van klimaatrisicobeheer af te vragen of zij persoonlijk en in collegiaal verband over voldoende kennis van de klimaatrisico's beschikken. Indien dit niet het geval is, moet worden bepaald of aanvullende opleiding van bestuurders en commissarissen noodzakelijk en mogelijk is, dat ter zake deskundige personen moeten worden toegevoegd aan het bestuur of de raad van commissarissen of dat onafhankelijke specialisten ingeschakeld moeten worden. Ter bevordering van bewustwording binnen de raad van commissarissen kan ook een zogenoemde ESG-commissie worden ingesteld die zorg draagt voor het agenderen van ESG-onderwerpen en de voorbereiding van besluitvorming daarover door de raad van commissarissen.

Een belangrijke eerste stap bij het ontwikkelen van klimaatrisicobeheer is het in kaart brengen van relevante verplichtingen uit hoofde van wet- en regelgeving op het gebied van klimaatverandering en milieubescherming. Kennis van zowel lokaal als internationaal toepasselijke verplichtingen is voor een vennootschap cruciaal, nu deze van significante invloed kunnen zijn op de bedrijfsvoering. Bovendien stelt dit een vennootschap in staat om proactief te handelen en aan de verplichtingen te voldoen. Bij dit alles dient in acht genomen te worden dat, gezien de vele wijzigingen in klimaat- en milieuwetgeving in de afgelopen jaren, het essentieel is om de verrichte juridische analyses regelmatig bij te werken en de impact van wijzigingen op de bedrijfsvoering te blijven evalueren.

Op basis van de bestaande en toekomstige verplichtingen die het bedrijf in kaart heeft kunnen brengen, kan een begin worden gemaakt met het identificeren van juridische klimaatrisico's van de bedrijfsvoering. Centraal in het identificatieproces staat de impact die historische, huidige en voorgenomen bedrijfsoperaties hebben op het klimaat. Hierbij kan gedacht worden aan het in kaart brengen van emissies, gebruik van natuurlijke hulpbronnen en afvalproductie. Dit kan enerzijds directe impact betreffen via (emissie)bronnen die de vennootschap zelf bezit of controleert (Scope 1), en anderzijds indirecte impact betreffen via emissies door ingekochte energie (Scope 2) of de emissies van afnemers, leveranciers of andere in de waardeketen betrokken personen (Scope 3).

Omgekeerd kan het klimaat ook een impact hebben op de bedrijfsoperaties van een onderneming. Via een kwetsbaarheidsanalyse kan het risico van het veranderende klimaat op de bedrijfsoperaties in kaart worden gebracht. Dit kan risico's betreffen

zoals het verlies of de beschadiging van activa door extreme weersomstandigheden, veranderingen in de beschikbaarheid van natuurlijke hulpbronnen, veranderingen in consumentenvoorkeuren of technologische ontwikkelingen die de vraag naar producten kunnen veranderen. Ter voorbereiding op het risicomanagement moeten ook de risico's op potentiële *stranded assets* – investeringen die vroegtijdig waardeloos kunnen worden als gevolg van veranderende regelgeving of reductiedoelstellingen – worden geïdentificeerd. Dit is een uitdaging, bijvoorbeeld omdat niet altijd goed voorzienbaar is of en hoe bepaalde wet- en regelgeving in de toekomst zal worden aangepast.¹⁴

Voor de effectiviteit van risicomanagementstrategieën en klimaatplannen is het voorts essentieel dat de risico's worden geprioriteerd. Belangrijke indicatoren voor het beoordelen van de prioriteit zijn de mate van waarschijnlijkheid dat het risico materialiseert en de impact die het risico kan hebben. In de praktijk kunnen zogenoemde *impact assessments* en *scenario analysis* assisteren in het rangschikken van de risico's.

Aan de hand van de gesignaleerde risico's is het aan bestuurders om onder toezicht van commissarissen realistische doelstellingen en klimaatplannen te ontwikkelen die de impact en waarschijnlijkheid van de risico's zo veel als mogelijk verkleinen en vermijden. Daarnaast kan worden overwogen om bepaalde (financiële) klimaatrisico's over te dragen aan derden, zoals leveranciers of verzekeraars. Bij de ontwikkeling van klimaatdoelstellingen en een klimaatbeleid dienen bestuurders en commissarissen zich te allen tijde te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dit betekent dat de klimaatdoelstellingen en het klimaatplan voor zover als mogelijk moeten aansluiten bij de strategische visie van de vennootschap, maar ook bij de capaciteiten van de vennootschap om het plan in de praktijk te brengen. Er moeten heldere en concrete actieplannen zijn voor de implementatie van de strategieën en het behalen van de doelstellingen. In de praktijk kan een aanzienlijke uitdaging ontstaan om de nieuwe strategieën en doelstellingen in de gehele onderneming te implementeren, met name als sprake is van buitenlandse dochterondernemingen die de strategieën en doelstellingen minder steunen dan de Nederlandse moederonderneming. Afhankelijk van de onderneming moet worden bepaald welke stappen het meeste voordeel opleveren. Concrete tussenstappen kunnen bijvoorbeeld zijn: het zoeken naar klimaatvriendelijkere leveranciers, het investeren in hernieuwbare energiebronnen, het desinvesteren in fossiele energiebronnen, het verbeteren van energie-efficiëntie, het bevorderen van circulaire economiegewoonten binnen de organisatie, het investeren in technologie en innovatie, het verplaatsen van activa en bedrijfsactiviteiten, het (geleidelijk) afstoten van bepaalde activiteiten, al dan niet door transitie naar (nieuwe) activiteiten.

14 Zie bijvoorbeeld de uitspraak van Rb. Den Haag 30 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12628, waarin de vraag voorlag of het voor RWE, eigenaar van een kolencentrale, voorzienbaar was dat een verbod op kolen bij elektriciteitsproductie zou worden opgelegd.

In de praktijk wordt vaak over het hoofd gezien dat het periodiek informeren van werknemers over de nieuwste ontwikkelingen in klimaatwetgeving, de daaruit voortvloeiende verplichtingen voor de onderneming en de door de onderneming gestelde klimaatdoelen de onderneming ten goede kan komen. Dit bevordert namelijk een cultuur van klimaatverantwoordelijkheid binnen de organisatie, wat weer bijdraagt aan de implementatie van beleid en strategieën. Voorkomen moet worden dat interne bewustwordingscampagnes beperkt blijven tot de personen die zich specifiek richten op klimaat en duurzaamheid. Belangrijke afdelingen binnen een bedrijf die daadwerkelijk een klimaatverschil kunnen maken, zoals de in- en verkoopafdeling, marketing, supplychainmanagement, research & development en de financiële afdeling, moeten evenzeer bewust worden van de doelstellingen en plannen. Het intern (wijdverspreid) verdelen van rollen, taken en verantwoordelijkheden is dienstig om iedereen binnen de organisatie verantwoordelijk te maken voor het behalen van doelstellingen, het uitvoeren van voorbereidende taken of het nemen van andere stappen die het klimaat ten goede komen. In dit verband is relevant dat FNV een visie op klimaatbeleid heeft ontwikkeld. Dit uit zich ook in concrete acties. Zo heeft FNV zich hard gemaakt voor een Kolenfonds dat werknemers opvangt bij de sluiting van een kolencentrale, met werknemers van Tata Steel een plan 'Groen Staal' opgesteld en bij pensioenfondsen ABP aangedrongen op fossielvrij beleggen. FNV onderneemt ook gezamenlijke activiteiten met Milieudefensie, gericht op werknemers en ondernemingsraden. Daarbij is van belang dat vakbonden het recht hebben om de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam te verzoeken een onafhankelijke onderzoeker aan te stellen indien er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen. Een dergelijk onderzoek zou ook kunnen zien op de wijze waarop klimaatrisico's onderdeel zijn van de strategie en de gang van zaken van de vennootschap.

Na de succesvolle implementatie van de risicomanagementstrategieën is het vervolgens noodzakelijk om voortdurend de effectiviteit daarvan te monitoren en te evalueren. De sleutel van een goed evaluatieproces is dat nieuwe informatie en inzichten via een zorgvuldig feedbackmechanisme kunnen worden geïntegreerd in het risicomanagementproces. Feedback en nieuwe gebeurtenissen kunnen nopen tot bijsturing van eerder vastgestelde strategieën en doelstellingen. Daarbij is het met name voor beursgenoteerde ondernemingen belangrijk om dergelijke bijstellingen tijdig en op transparant wijze aan het publiek te communiceren.

In aanvulling op het ontwikkelen en implementeren van risicobeheersing op het gebied van klimaatverandering, kunnen sommige bedrijven er goed aan doen om zich proactief voor te bereiden op klimaatrechtszaken. Een mogelijke strategie daarbij kan zijn om het bedrijf buiten het interessegebied van klimaatbehartigers (zie paragraaf 4.1) trachten te manoeuvreren door tijdig transparant (en uiteraard juist en volledig) te communiceren over adequate klimaatdoelstellingen, historische en huidige klimaatinspanningen en over het gehanteerde klimaatrisicobeheer en voortdurend de door het bedrijf gedane publieke mededelingen op dit gebied te monitoren en waar nodig bij te stellen. Goede communicatie kan bovendien bijdragen aan het

opbouwen van een positief publiek imago. Daarbij verdient het aanbeveling om ‘groene’ publieke uitlatingen – ‘green claims’ – niet alleen door beleidsmakers en marketeers, maar ook door juristen en data-engineers te laten beoordelen (zie ook paragraaf 4.3 hierna).

Bedrijven die reeds benaderd zijn door klimaatbehartigers ter zake hun klimaatbeleid, of in geval anderszins een klimaatrechtszaak onvermijdelijk lijkt, hebben baat bij de ontwikkeling van proactievere verdedigingsstrategieën. Allereerst door een goed plan voor engagement met de betrokken NGO op te stellen. De wijze waarop een onderneming communiceert met de NGO kan een van de relevante omstandigheden zijn voor de keuze van die NGO om al dan niet te procederen. Daarnaast kan ook een communicatieplan worden opgesteld dat richtlijnen bevat voor het communiceren met NGO’s, media, publiek en andere belanghebbenden. Het communicatieplan kan daarnaast worden uitgebreid met een gedetailleerd draaiboek. Daarin kunnen ook de te nemen stappen worden opgenomen voor het geval daadwerkelijk een dagvaarding aan het bedrijf wordt uitgebracht. Voor beursgenoteerde ondernemingen is een belangrijk onderdeel daarvan dat tijdig wordt beoordeeld of de informatie rond de (dreigende) rechtszaak als voorwetenschap kwalificeert en openbaar moet worden gemaakt. Mogelijk dient de (aanstaande) rechtszaak ook te worden gemeld bij een verzekeraar, bijvoorbeeld als het gaat om persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. De ervaring leert dat voor de verdediging tegen klimaatrechtszaken multidisciplinaire teams moeten worden gevormd van onder meer advocaten, bedrijfsjuristen, specialisten met kennis van de betrokken bedrijfsactiviteiten, communicatieadviseurs en deskundigen op het gebied van klimaat.

Tot slot is voor de uitkomst van rechtszaken in het algemeen, maar voor klimaatrechtszaken in het bijzonder, vaak doorslaggevend of een bedrijf bepaalde stellingen met bewijs kan ondersteunen. Het komt regelmatig voor dat in de voorbereidende fase van de operationele activiteiten de relevante overwegingen, beslispunten, en het bewijs van naleving niet goed zijn gedocumenteerd. Deugdelijke voorbereiding steunt dan ook vaak op goede documentatie van deze onderwerpen en retentie daarvan.

4.3 *De grenzen van groene communicatie: greenwashing*

Bedrijven die inspelen op de publieke wens naar milieubewuste en duurzame bedrijven, diensten en producten door de markt te informeren over hun (gunstige) milieu- en duurzaamheidsimpact dienen in de communicatie bedacht te zijn op greenwashing.

Op dit moment komt in Nederland de aandacht voor greenwashing met name uit de richting van toezichthouders, klimaatbehartigers en consumenten. Vermeldenswaardig is dat de AFM in 2023 duurzaamheid als toezichtprioriteit heeft aangemerkt. De ACM treedt op haar beurt al geregeld handhavend op tegen bedrijven die misleidende duurzaamheidsclaims gebruiken. Recentelijk was dat bijvoorbeeld tegen energie- en

kledingbedrijven. Dit past in een trend waarin ook buitenlandse toezichthouders de drijvende krachten zijn achter het instellen van greenwashingclaims. De ACM publiceert regelmatig een Leidraad Duurzaamheidsclaims die handvatten bevat aan financiële ondernemingen en pensioenuitvoerders voor het doen van correcte, duidelijke en niet-misleidende duurzaamheidsclaims. Deze kleuren het wettelijke civielrechtelijke normenkader nog verder in. Een handhavingsactie via een toezichthouder kan ook een voorportaal zijn voor civielrechtelijke aansprakelijkheids- of schadevergoedingsclaims. In omringende landen zijn al een aantal voorbeelden bekend van concurrenten die elkaar, al dan niet via een toezichthouder, aanspreken op greenwashingpraktijken door de concurrentieverstorende aard daarvan.

De vrees voor greenwashingclaims zou de neiging kunnen oproepen bij bedrijven tot tegenovergesteld greenhushing of door anderszins te stoppen met het communiceren over hun ambities of impact op het milieu of klimaat. Dit past echter niet in het (toekomstig) wettelijk kader, waarin bepaalde bedrijven in toenemende mate verplicht worden om verslag te doen over bijvoorbeeld hun klimaatambities, hun impact op het klimaat of de impact van hun waardeketen (zie bijvoorbeeld de CSDDD). Het is vooral van belang voor bestuurders om te (doen) waken voor reeds gemaakte en te maken misleidende milieu- en duurzaamheidsclaims. Dit is in het bijzonder relevant in de B2C-sector, waar bijzondere voorzichtigheid moet worden betracht bij het maken van milieu- en duurzaamheidsclaims. Zeer kort geformuleerd moet alle communicatie van een bedrijf representatief en accuraat zijn om de ontvanger correct te informeren. Aangenomen mag worden dat het risico op misleiding groter is bij consumenten, dan professionele partijen, die doorgaans meer expertise hebben.

Het is aan bestuurders om beleid, richtlijnen en procedures te ontwikkelen gericht op het tegengaan van misleidende milieu- en duurzaamheidsclaims en het bevorderen dat alle uitingen – mondelinge schriftelijke, en visuele – inhoudelijk correct, specifiek, goed onderbouwd en begrijpelijk zijn, en uiteraard een getrouwe weergave van de werkelijkheid bieden. Ook dienen de interne processen van een bedrijf te voorkomen dat claims onderling tegenstrijdig zijn. Daarnaast dient ook het gebruik van vage, absolute of algemene – en onvoldoende onderbouwde – marketingtermen, zoals ‘eco-friendly’, ‘groene toekomst’ en ‘wij lopen voorop’ te worden vermeden.

Voldoende onderbouwing van een claim betekent niet alleen dat de claim moet kunnen worden uitgelegd. Het betekent ook dat de juistheid van de claim moet kunnen worden aangetoond. In de praktijk is het achteraf aandrazen van overtuigend bewijs ter ondersteuning van de claim een knelpunt gebleken. Het opzetten van interdisciplinaire werkgroepen met onder andere marketeers, data engineers en juristen kan het risico op greenwashing en reputatieschade verlagen.

Bij het ontwerpen van intern greenwashingbeleid moet een onderneming erop bedacht zijn dat in het beleid wordt bepaald dat ondersteunende en betrouwbare (wetenschappelijke) informatie wordt verzameld voorafgaand aan het commu-

niceren van milieu- en duurzaamheidsclaims. Dit bewijs bevat bij voorkeur ook details over de gebruikte methodologieën en de behaalde resultaten. Achteraf kan immers discussie ontstaan over de juistheid van de claims, waarbij het verzamelde historische bewijs of de vergelijkbaarheid van de verzamelde resultaten een belangrijke rol kan gaan spelen. Om de overtuigingskracht van dergelijk bewijs te verhogen – wat tegelijkertijd kan bijdragen aan consumentenvertrouwen – is het onder omstandigheden raadzaam om de stellingen door een onafhankelijke expert te laten verifiëren. In Europees verband wordt er op dit punt gewerkt aan een richtlijn voor duurzaamheidsclaims.

Ten aanzien van toekomstige duurzaamheidsclaims gelden onzes inziens nog striktere regels dan voor de communicatie omtrent reeds gematerialiseerde milieu- of duurzaamheidssuccessen van een bedrijf. Toekomstige duurzaamheidsclaims dienen niet te algemeen, vrijblijvend of vaag te zijn. Hoewel dit vanuit een korte-termijnmarketingperspectief aantrekkelijk kan lijken, worden dergelijke claims al gauw als misleidend beschouwd. In de regel doen bedrijven er vanuit een green-washingperspectief goed aan om de communicatie ter zake toekomstige duurzaamheidsambities te beperken tot concrete, meetbare specifieke ambities waarvoor een helder, gedetailleerd en haalbaar plan is opgesteld, inclusief tussenstappen, dat op korte termijn wordt uitgevoerd. In dit kader kan het ook bij onzekere ‘toekomstige’ duurzaamheidsclaims verstandig zijn om de plannen en de haalbaarheid daarvan te laten verifiëren door onafhankelijke experts.

Toekomstige duurzaamheidsambities moeten in ieder geval niet gebruikt worden om specifieke producten te promoten. Dergelijke toekomstige duurzaamheidsambities hebben immers thans nog geen betrekking op de gepromote producten, en kunnen dat ook niet hebben.

Tot slot is het belangrijk dat bedrijven periodiek hun historische milieu- en duurzaamheidsclaims evalueren om zeker te zijn dat deze nog steeds geldig zijn en dat wetenschappelijke, wettelijke of feitelijke ontwikkelingen de claims niet inmiddels hebben ingehaald. Relevante veranderingen moeten duidelijk en tijdig aan de markt worden gecommuniceerd ter waarborging van de transparantie en de versterking van het vertrouwen van de consument in het bedrijf.

5. Afsluiting

Bestuurders en commissarissen kunnen niet meer om klimaatrisico's voor (en door) de onderneming heen. Het is voor bestuurders en commissarissen belangrijk om zich bewust te zijn van de juridische gevolgen van hun handelen of nalaten met betrekking tot klimaatverandering. De (verwachte) toename in klimaatrechtszaken onderstreept het belang voor bestuurders om, onder toezicht van commissarissen, in ieder geval de klimaatrisico's voor de onderneming in kaart te brengen, teneinde het risico op klimaatrechtszaken te kunnen mitigeren.

De in deze bijdrage ontwikkelde aanbevelingen kunnen bestuurders en commissarissen houvast bieden in stormachtige tijden. Deze aanbevelingen moeten niet enkel worden gezien als een manier om de vennootschap te verdedigen tegen klimaat-rechtszaken. Implementatie van de aanbevelingen kan ook direct waarde toevoegen aan de onderneming, bijvoorbeeld door een leidende rol te nemen in een duurzame transitie en het opbouwen van een sterke reputatie (*never waste a good crisis*).

De recente acties vanuit ESG-sceptische hoek bevestigen dat bestuurders en commissarissen steeds vaker zullen moeten schipperen tussen de uiteenlopende belangen die betrokken zijn bij de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. Deze uitdaging biedt ook kansen voor ondernemingen. Door proactief en transparant om te gaan met hun klimaatverantwoordelijkheden, kunnen ondernemingen niet alleen hun juridische en operationele risico's reduceren, maar ook een positieve bijdrage leveren aan de samenleving.