

Duurzaamheid via aansprakelijkheid? Verwacht er niet te veel van

*Prof. mr. B.M. Katan**

De kans dat civielrechtelijke procedures tegen ondernemingen over duurzaamheid structurele gedragsverandering teweeg zullen brengen, is niet groot. Procedures duren lang en de uitkomst is te sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval om preventieve werking te hebben. Er valt meer heil te verwachten van publiekrechtelijk toezicht.

1 Inleiding

Het ondernemingsrecht draait een kleine revolutie af. Een kleine, mooie, ritselende revolutie.¹ Traditioneel is het ondernemingsrecht vooral gericht op interne machtsverhoudingen: waar gaat het bestuur over en waar mogen aandeelhouders zich mee bemoeien; wat zijn de bevoegdheden van de raad van commissarissen; welke inspraak hebben werknemers? Voor zover externe partijen een rol spelen in het ondernemingsrecht, zijn dat meestal schuldeisers bij een onderneming in moeilijkheden. Maar in een paar jaar tijd is de aandacht radicaal verschoven naar de positie van de onderneming² in de maatschappij, in het bijzonder de impact die een onderneming kan hebben op mensenrechten, milieu en klimaat (hierna tezamen ook: duurzaamheid).³

De schaal waarop momenteel procedures over duurzaamheid tegen ondernemingen worden gevoerd, was tien jaar geleden

haast ondenkbaar.⁴ Iedereen kent de klimaatzaak tegen Shell en de aangekondigde klimaatzaak tegen ING Bank. Ook de zaken van Nigeriaanse boeren tegen Shell wegens olie lekkages hebben veel media-aandacht gekregen, evenals de zaak van een aantal gemeenten tegen Chemours vanwege het verspreiden van PFAS en het vonnis over greenwashing tegen KLM. Een massaclaim tegen Tata Steel is in de maak.⁵ Er lopen in Nederland ook procedures over schade door mijnbouw en industrie in Brazilië en Peru – die zijn wat minder bekend.⁶ Ik ben er open over: ik treed in dit soort zaken als advocaat altijd op aan de kant van de onderneming. Dat heeft ongetwijfeld mijn blik gekleurd, maar het betekent ook dat ik inzicht kan bieden in hoe ondernemingen daadwerkelijk hun afwegingen maken, en daar is het onderzoek in het ondernemingsrecht bij gebaat.

Ik verwacht (met vele anderen) dat het aantal zaken tegen grote ondernemingen over duurzaamheid gaat toenemen. Dat heeft twee redenen. Ten eerste vinden milieugroeperingen en mensenrechtenorganisaties (hierna: NGO's⁷) dat overheden bestaande wetten te weinig handhaven en te langzaam zijn met het aannemen van nieuwe wetten. NGO's richten hun hoop daarom op de rechter.⁸ Ten tweede komt er een uitzonderlijk grote hoeveelheid wetgeving op bedrijven af op dit gebied – de politiek zit niet helemaal stil. Die wetgeving kan deels worden gehandhaafd door overheden. Maar het is nadrukkelijk ook de

* Prof. mr. B.M. Katan is bijzonder hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

Deze bijdrage is een bewerking van mijn oratie van 22 maart 2024. Mijn dank is groot voor de kritische en behulpzame input die ik kreeg van afdelingsgenoten in Leiden (o.a. Harold Koster en Chris van Oostrum), kantoorgenoten in Amsterdam (in het bijzonder Stijn de Jong, Valérie van 't Lam en Rogier Raas) en mijn vader (hooggeleerd, maar leek in de rechten). De verantwoordelijkheid voor de tekst ligt uitsluitend bij mijzelf. In diverse zaken die in deze bijdrage worden genoemd, treed ikzelf of een kantoorgenoot op als advocaat van gedaagden. Ten behoeve van de transparantie zijn die zaken (voor zover de rechtsbijstand reeds openbaar is) aangemerkt met een *.

1 Vrij naar Lucebert.

2 Waar het voor mijn tekst juridisch niet relevant is welke vennootschap(pen) binnen de groep het precies betreft, gebruik ik ten behoeve van de leesbaarheid de term 'onderneming' of 'bedrijf'.

3 Zie over deze historische ontwikkeling B. Kemp, Gedragsnormen en rechtsvorming in het ondernemingsrecht, MvO 2024, afl. 3-4, par. 2.

4 Zie voor een vrij recent overzicht M.J. Bosselaar, ESG litigation in de financiële sector; over class actions, climate change en greenwashing, FR 2023, afl. 10, p. 304-314. De meeste ESG litigation richt zich overigens tegen de Staat. Zie voor het geringe aantal voorbeelden van dit type zaken in 2015 E. Enneking e.a., Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen. Een rechtsvergelijkend en empirisch onderzoek naar de stand van het Nederlandse recht in het licht van de UN Guiding Principles (WODC-rapport), december 2015.

5 Zie www.frissewind.nu/articles/massaclaim-vervolg.

6 Zie Rb. Rotterdam 21 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7549 (Braskem), Rb. Rotterdam 29 mei 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:4966 (Norsk Hydro*), Rb. Den Haag 28 september 2022, ECLI:NL:RBD-HA:2022:9857 (Repsol) en een nieuwe zaak over dezelfde feiten: <https://stichtingenvironmentandfundamentalrights.com/nl/rechtszaak-olielekkage-ventanilla/>; procedure tegen Vale over een dambreuk in Brazilië: <https://pogustgoodhead.com/en-us/cases/mariana-dam-disaster-netherlands/>.

7 Niet-gouvernementele organisaties.

8 Hierover uitgebreid: Raad voor Leefomgeving en Infrastructuur, Met recht balanceren: jurisdisering in de leefomgeving, Den Haag, juni 2024. In diezelfde lijn: Bosselaar 2023 en T. Bleeker, Toename milieueisen tegen bedrijven, gewenste resultaat beperkt, De Telegraaf 28 januari 2024.

bedoeling dat er ‘privaat gehandhaafd’ wordt, oftewel: de hoop bij de wetgever is dat ondernemingen zich aan de nieuwe wetten zullen gaan houden doordat burgers en NGO’s die bedrijven aansprakelijk gaan stellen bij de burgerlijke rechter. Niet alleen om een ge- of verbod af te dwingen, maar ook door schadevergoeding te vorderen.⁹ Ik denk dat zulke procedures zinvol en effectief kunnen zijn om slachtoffers te compenseren voor concrete schade die zij hebben geleden. Maar de hoop van velen, ook juristen,¹⁰ is dat zulke procedures – en de angst voor zulke procedures – structurele gedragsverandering te weeg zullen brengen, zowel bij de onderneming die wordt aangesproken als bij andere ondernemingen. Een uitstraaleffect – dat is nodig voor een duurzame wereld. Er is nu eenmaal geen geld of capaciteit om het hele bedrijfsleven voor de rechter te dagen. Over dat uitstraaleffect ben ik sceptisch.

Om de redenen voor mijn scepsis inzichtelijk te maken, moet ik wat voorwerk verrichten. Ik zal eerst de belangrijkste duurzaamheidswetgeving toelichten die eraan komt (par. 2). Dat is een deel van de ‘kleine revolutie’. Ook zal ik (in par. 3) ingaan op de positie waarin beleidsmakers van ondernemingen zich bevinden: in welk krachtenveld opereren zij? In paragraaf 4 beschouw ik hoe de wettelijke opdracht aan vennootschapsbestuurders zich verhoudt tot de (duurzaamheids)verplichtingen van die vennootschap zelf. In paragraaf 5 licht ik kort het verschil tussen publieke en private handhaving toe.

Vervolgens kom ik bij de eerste reden voor mijn scepsis (par. 6). Die is dat aansprakelijkheidsprocedures die NGO’s aanspannen, gemakkelijk tussen de twee en tien jaar kunnen duren. Zolang zo’n procedure niet is afgerond, heeft de onderneming weinig stimulans om haar gedrag te veranderen. Die procedures duren deels lang door de manier waarop NGO’s hun vorderingen insteken, maar het heeft ook te maken met het feit dat die vorderingen vaak via de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) moeten worden ingesteld. Ik

zal laten zien waarom die procedures vaak minder efficiënt zijn dan publiekrechtelijke handhaving.

De tweede reden voor mijn scepsis is dat het aansprakelijkheidsrecht is ingericht op het wegen van alle omstandigheden van het individuele geval (par. 7). Een rechterlijk oordeel is zo specifiek dat het geen goede basis geeft voor gedragsverandering. Wanneer een onderneming wordt veroordeeld vanwege een bepaald incident, zal de uitspraak van de rechter vaak onvoldoende zeggen over wat de onderneming in de toekomst moet veranderen om aansprakelijkheid in andere gevallen te voorkomen. En al helemaal niets over wat *andere* ondernemingen zouden moeten doen. Voor klimaatzaken ligt dat in theorie anders, maar ik zie weinig gedragsverandering als gevolg van het Shell-klimaatvonnis. Ik sluit af met een korte beschouwing over wat dan wel werkt – overigens zonder de pretentie dat ik op dit vlak de wijsheid in pacht heb (par. 8).

2 Nieuwe duurzaamheidswetgeving, nieuwe grondslagen voor aansprakelijkheid

Er is recent enorm veel duurzaamheidswetgeving voor ondernemingen aangenomen. Die komt vooral vanuit Brussel. Ik stip vier ontwikkelingen aan:

1. De *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (de CSDD-richtlijn of CSDDD).¹¹ In een notendop gaat die richtlijn grote ondernemingen dwingen om te voorkomen dat hun activiteiten leiden tot schendingen van mensenrechten en tot negatieve effecten op het milieu. De onderneming¹² is aansprakelijk als zij daar nalatig mee is (art. 29). Daarbij krijgt de holding die aan de top van een concern staat niet alleen de verantwoordelijkheid voor hoe zij zelf omgaat met mensenrechten en milieu, maar ook hoe haar dochtervennootschappen in het buitenland dat doen, evenals de leveranciers van die dochtervennootschappen en de leveranciers van de leveranciers, enzovoort (art. 8 lid 1). Dat is ondernemingsrechtelijk een aardverschuiving. De basisregel in het ondernemingsrecht is dat elke vennootschap in een groep alleen verantwoordelijk is voor haar eigen handelen, net zoals elk lid binnen een familie met volwassen kinderen alleen kan worden aangesproken op zijn eigen gedrag. De CSDD-richtlijn zorgt ervoor dat een NGO straks in de EU een procedure kan starten tegen de topholding van een concern voor schade die een dochter heeft veroorzaakt in bijvoorbeeld Bangladesh of Mozambique. Onder bepaalde omstandigheden moet het bedrijf ook informatie verschaffen aan de NGO over potentiële schendingen (art. 13 lid 2, raadpleging van belanghebbenden) of vermeende schendingen van mensenrechten en

⁹ Dit blijkt bijv. uit: preambule CSRD (Richtlijn (EU) 2022/2464), nr. 9; preambule CSDDD (Richtlijn (EU) 2024/1760), nrs. 79 e.v.; preambule herziene richtlijn industriële emissies (Richtlijn (EU) 2024/1785), nrs. 52-53; herziene MvT bij voorstel voor Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen, Kamerstukken II 2022/23, 35 761, nr. 10, p. 39-40. Zie meer in het algemeen over private handhaving: X. Kramer e.a., Nut, noodzaak, vormgeving en kosten van een (revolverend) procesfonds voor collectieve acties (WODC-rapport), 25 juni 2023 (hierna: WODC-rapport procesfinanciering), p. 116-117.

¹⁰ L.F.H. Enneking, Foreign direct liability and beyond. Exploring the role of tort law in promoting international corporate social responsibility and accountability (diss. Utrecht), Den Haag: Eleven International Publishing 2012, p. 672; T. Bleeker, Nieuwe normen voor moderne risico’s, in: C. Backes e.a. (red.), Het juridische instrumentarium voor mitigatie van klimaatverandering (VMR 2020-1), Den Haag: Boom juridisch 2020, par. 6; E. de Jong & M. Faure, Opinie: rem vervuiling door bedrijven af met strakke regels en zet desnoods het strafrecht in, de Volkskrant 26 juni 2023; P. Verbruggen, Productieaansprakelijkheid: over zorgplichten in internationale productieketenwerken (oratie Tilburg), 2023, p. 47-48; zie ook klimaatjurist Roger Cox: Je hoeft niet honderd zaken te winnen om het systeem te laten veranderen, NRC Handelsblad 8 februari 2024, en Donald Pols: Voor Shell en alle andere grote bedrijven is het simpel: vergroenen of verdwijnen, NRC Handelsblad 23 december 2021.

¹¹ Richtlijn (EU) 2024/1760 inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid.

¹² Zoals gedefinieerd in art. 3 lid 1 sub a CSDDD.

milieuregels (art. 29 lid 3 sub e, recht op openbaarmaking¹³ van stukken in geschil over aansprakelijkheid). Het is de bedoeling dat verplichtingen uit de CSDD-richtlijn zowel publiekrechtelijk worden gehandhaafd, door toezichthouders, als privaatrechtelijk, door aansprakelijkheidsprocedures. Het gaat nog meer dan vijf jaar duren voordat ondernemingen van de ‘eerste tranche’ zich aan die verplichtingen moet gaan houden (art. 37), en ze gelden alleen voor heel grote ondernemingen (art. 2 en 37), maar het is niettemin een majeure verandering.

2. Een tweede ontwikkeling zit op het gebied van mensenrechten: er komt een Europese verordening die het bedrijven verbiedt om producten in te voeren die met dwangarbeid zijn gemaakt.¹⁴
3. Dan is er de Richtlijn duurzaamheidsrapportering, beter bekend als CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*).¹⁵ Vanaf het boekjaar 2024 moeten grote ondernemingen in hun jaarverslag uitgebreide en gedetailleerde gegevens gaan opnemen over duurzaamheid, zowel over hoe duurzaam hun eigen bedrijfsvoering is, als over in hoeverre hun financiële positie geraakt kan worden door zaken zoals klimaatverandering. Dat is voor die ondernemingen een gigantische operatie.¹⁶ Voor NGO’s die ondernemingen tot een duurzamere koers willen dwingen, wordt het een belangrijke bron van informatie.
4. De CSRD is onderdeel van de ‘Green Deal’ van de Europese Commissie. De Commissie heeft een pakket aan wetgeving gelanceerd dat op allerlei fronten duurzaamheid moet brengen, van regels over verpakkingen en batterijen en het recht op reparatie tot regels over groene reclame, en maatregelen om de uitstoot van broeikasgassen terug te

brenge.¹⁷ Industriële bedrijven gaan ook verplicht worden om in een openbaar portaal te zetten welke schadelijke stoffen ze uitstoten en in welke hoeveelheden.¹⁸

De nieuwe wetgeving gaat dus ook zorgen voor meer openbare informatie over de impact van een onderneming op het milieu en mensenrechten. Het belang daarvan voor procedures over duurzaamheid moet niet worden onderschat. De eiser in zo’n procedure (de NGO) is degene die moet onderbouwen dat juist het gedrag/het productieproces/de uitstoot van dit bedrijf de vervuiling veroorzaakt. Daar heeft de NGO gegevens voor nodig, maar die behoren veelal tot de bedrijfsgeheimen van een onderneming. Overheidsinstellingen hebben vaak recht op zulke informatie, maar private partijen niet of veel minder.¹⁹ Wanneer ondernemingen zelf informatie over hun bedrijfsvoering openbaar moeten maken op grond van bijvoorbeeld de CSRD of via het industriële-emissiesportaal, maakt dat de positie van eisers in een civielrechtelijke procedure een stuk gemakkelijker.²⁰

De nieuwe regels zeggen niet allemaal rechtstreeks iets over aansprakelijkheid, maar dat hoeft ook niet. Een onderneming kan immers een onrechtmatige daad plegen zodra zij een wettelijke plicht schendt. Voorwaarde is alleen dat die wet als doel heeft om het belang te beschermen waar de eiser in de procedure voor opkomt (art. 6:163 BW).²¹ NGO’s komen juist op voor het milieu of de mensenrechten, dus voor hen zal die

13 De Nederlandse tekst gebruikt ‘openbaarmaking’, maar er lijkt eerder ‘afschrijven’ of ‘inzage’ te worden bedoeld, want de laatste zin van art. 29 lid 3 sub e bepaalt dat rechterlijke instanties, wanneer zij de openbaarmaking van informatie gelasten, over doeltreffende maatregelen moeten beschikken om deze informatie te beschermen. ‘Openbaarmaking’ lijkt een ongelukkige vertaling te zijn van het Engelse ‘disclosure’.

14 Op 23 april 2024 is de finale tekst aangenomen door het Europees Parlement. Zie www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240419_IPR20551/products-made-with-forced-labour-to-be-banned-from-eu-single-market. Ten tijde van het indienen van deze bijdrage was de verordening nog niet gepubliceerd in het Official Journal.

15 Richtlijn (EU) 2022/2464. Het Implementatiebesluit richtlijn duurzaamheidsrapportering is op 12 juni 2024 aangeboden aan de Tweede Kamer. Het voorstel voor de Wet implementatie richtlijn duurzaamheidsrapportering is op 17 juni 2024 voor advies aan de Raad van State gezonden.

16 Zie voor een paar illustraties: Hoe HEMA zijn totale uitstoot heeft weten te berekenen, NRC Handelsblad 4 oktober 2023; Verplicht duurzaamheidsverslag vraagt veel van bedrijven en accountants: ‘Bedrijven krijgen er hoofdpijn van’, NRC Handelsblad 1 december 2023; Van MRI-scanner tot bierblikje: voor CSRD lichten bedrijven alles door, Het Financieel Dagblad 15 januari 2024.

17 Zie www.consilium.europa.eu/en/policies/green-deal/. Batterijen: Verordening (EU) 2023/1542. Verpakkingen: Verordening inzake Verpakkingen en Verpakkingsafval, dossier 2022/0396(COD). Het in de triloog uitonderhandelde voorstel is goedgekeurd door het Europees Parlement op 24 april 2024. Formele goedkeuring van de Commissie en de Raad volgt vermoedelijk eind 2024 (zie Kamerbrief onderhandelingsresultaten Verpakkingenverordening van 24 juni 2024 (22 112, nr. 3958)). Recht op reparatie: Richtlijn (EU) 2024/1799. Groene reclame: de ‘Empowering Richtlijn’ (EU) 2024/825 (o.a. aanpassing van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken) en de Green Claims Directive (voorstel van de Commissie COM(2023)166 final, dossier 2023/0085(COD)); het voorstel ligt momenteel klaar voor de triloog, nadat de Raad op 17 juni 2024 positie heeft bepaald. Industriële emissies: Richtlijn (EU) 2024/1785, met in het bijzonder art. 79bis over private handhaving.

18 Verordening (EU) 2024/1244.

19 Zie hierover ook Enneking e.a. 2015, p. 117 e.v. en M.W. Scheltema, Bestuursrechtelijk toezicht op corporate sustainability due diligence, NTBR 2022/44, par. 10. Er zijn wel diverse mogelijkheden, via art. 22 en 843a Rv en via de Woo, die bijv. wordt ingezet om milieujaarverslagen op te vragen. Zie over dat laatste www.e-mjv.nl/onderwerpen/integraal-prtr-verslag.

20 Publicatie gebeurt overigens deels ook vrijwillig. Shell publiceert bijv. hoeveel CO₂-uitstoot is toe te rekenen aan haar productieprocessen en producten. Zie Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 2.5.3-2.5.4.

21 Dat wil zeggen: indien de NGO slechts een verklaring voor recht over onrechtmatigheid vordert, of een ge- of verbod. Bij een vordering tot schadevergoeding moeten ook schade en causaal verband komen vast te staan. Over de vraag of bij eerstgenoemde vorderingen relativiteit is vereist, bestaat overigens discussie. Zie J.J. van der Helm, Het rechterlijk bevel en verbod als remedie (BPP nr. 23), Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 7.3.6.

voorwaarde vaak niet problematisch zijn.²² Milieuwetten kunnen ook financiële belangen beschermen. Neem de verordening die bepaalt hoeveel stikstofoxide dieselauto's mogen uitstoten. Het Europees Hof van Justitie heeft bepaald dat die verordening niet alleen beoogt het milieu te beschermen. Als auto's niet aan die normen blijken te voldoen en daardoor minder waard zijn, worden de financiële belangen van de kopers van die auto's ook beschermd.²³

3 Het krachtenveld

Ingrediënten voor nieuwe procedures van NGO's tegen ondernemingen over duurzaamheid zijn er dus volop. Om in te schatten welke invloed die procedures hebben op het gedrag van ondernemingen, is het nodig om te begrijpen waar de onderneming nog meer door wordt gestuurd. Als je het platslaat, ziet het krachtenveld voor grote ondernemingen er ongeveer zo uit:

1. De vennootschap die de onderneming drijft, is eigendom van de aandeelhouders. Die aandeelhouders willen winst (dividend). Als ze die niet krijgen, oefenen ze de machtsmiddelen uit die ze hebben. Ze kunnen hun aandelen verkopen of hun stem in de aandeelhoudersvergadering gebruiken, bijvoorbeeld om het bestuur te ontslaan en nieuwe bestuurders te benoemen.
2. Ondernemingen moeten met elkaar concurreren. Als hun producten of diensten duurder worden dan die van de concurrent, of anderszins te onaantrekkelijk, lopen de klanten weg en gaat het bedrijf failliet.
3. De onderneming wil een goede reputatie hebben, mede om de relatie goed te houden met de wetgevende en de uitvoerende macht, en met andere partijen die druk op de onderneming kunnen uitoefenen.
4. In een krappe arbeidsmarkt moeten ondernemingen voldoende aantrekkelijk zijn als werkgever.
5. Tegenover klanten, leveranciers en werknemers moeten ondernemingen doen wat ze beloven, en als er wetten zijn die die partijen beschermen (consumenten, huurders), mogen ze die niet ontduiken.
6. Ondernemingen moeten zich ook voor het overige houden aan de wet: ze moeten zich aan vergunningsvoorschriften houden, ze mogen geen wapens exporteren naar Iran, ze moeten belasting betalen, ze mogen niet witwassen, enzovoort. Ze mogen ook niet onrechtmatig schade toebrengen aan anderen.

Het bestuur (en meer in het algemeen het senior management) dat een onderneming goed wil laten presteren op duur-

zaamheidsgebied, ondervindt dus nogal wat tegendruk, zowel uit de markt als binnen de onderneming. Een onderneming die niet duurzaam opereert, zal schade toebrengen aan derden. Dat kán op lange termijn het succes van de onderneming bedreigen. Maar die kans is lastig in te schatten. Als het bestuur het bedrijf op korte termijn duurzamer wil maken, zullen vaak de kosten stijgen en dan verslechtert de concurrentiepositie. Aandeelhouders zullen gaan klagen over slechtere winstprognoses en druk gaan uitoefenen op het bestuur, en de ondernemingsraad mogelijk ook, omdat die een dreiging ziet voor de werkgelegenheid.²⁴

In dit krachtenveld is de wet een harde grens. Als de bestuurder tegen de 'tegendrukkers' kan zeggen: als we niet dit natuurvriendelijke beleid doorvoeren of deze maatregel nemen om werknemers te beschermen, dan overtreden we de wet en moeten we een boete betalen of een enorme schadevergoeding, of we verliezen daardoor onze vergunning, dan is het geen kwestie meer van belangen afwegen – dan *moet* de onderneming gewoon. De wet fungeert in zo'n discussie als troefkaart.

Die rol kan de wet alleen vervullen als zij voldoende duidelijk is. Is de wet een open norm, dan kunnen verschillende belanghebbenden binnen de onderneming die norm verschillend interpreteren en redeneert iedereen naar zichzelf toe (zie daarover par. 7).

4 Taakopdracht van bestuurders

Het is interessant om te zien hoe dit krachtenveld waarin bestuurders opereren, zich verhoudt tot hun wettelijke opdracht. Bestuurders moeten zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (art. 2:129 en 2:239 lid 5 BW). Volgens de Hoge Raad wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. Bestuurders moeten daarnaast op grond van artikel 2:8 BW zorgvuldig omgaan met de belangen van 'al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken'. Dat *kan* meebrengen, aldus nog steeds de Hoge Raad, dat zij er bij het dienen van het vennootschappelijk belang voor moeten zorgen dat de belangen van diegenen niet onnodig of onevenredig worden geschaad.²⁵

²² Vgl. de collectieve actie van Dier&Recht tegen kalverslachter Van Drie wegens gestelde structurele overtreding van art. 1.4 sub a en 1.7 van hoofdstuk V van de bijlage bij Verordening 1/2005 (de Transportverordening) over het aantal uren rusttijd dat zeer jonge kalveren moeten krijgen voor het drinken en voederen tijdens transport. Te vinden in het centraal register voor collectieve vorderingen.

²³ HvJ EU 21 maart 2023, C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 (QB/Mercedes), punt 85 en 91. *Ik sta Mercedes bij in de Nederlandse collectieve actie over stikstofoxide-uitstoot, maar was niet betrokken bij de procedure die tot dit arrest heeft geleid.

²⁴ Vgl. verzet van de ondernemingsraad tegen circulariteitsplannen van Tata: Tata Steel veegevoerd in rigoureuze aanpassing duurzaamheidsplannen, fabriek wordt waarschijnlijk deels schrootsmelter, NRC Handelsblad 21 juli 2023.

²⁵ HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun), r.o. 4.2.1-4.2.2. Dezelfde overwegingen staan in de gerelateerde arresten ECLI:NL:HR:2014:799, ECLI:NL:HR:2014:804 en ECLI:NL:HR:2014:808. Dit heeft mij altijd doen afvragen in welke gevallen het toebrengen van schade niet nodig is en ook nog eens onevenredig, maar toch door de beugel kan. Ik ben vast niet de eerste die dit heeft opgemerkt, maar ik heb de uitvoerige literatuur over het Cancun-arrest er niet op nageslagen.

Wie precies behoren tot ‘degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken’ staat niet vast. Veel ruimer dan certificaathouders en pandhouders van aandelen is de kring tot nu toe niet getrokken.²⁶ Derden die schade lijden door niet-duurzame activiteiten van de onderneming behoren er in elk geval niet toe. Niettemin kunnen diezelfde activiteiten wel een onrechtmatige daad opleveren van *de vennootschap* jegens hen. De vorderingen tot schadevergoeding van die derden hoeven het bestendige succes van de onderneming niet te bedreigen – dat hangt onder meer af van hun bereidheid tot procederen en de hoogte van hun vorderingen in relatie tot de winst die de onderneming met de activiteiten maakt.

De taakopdracht van bestuurders sluit dus niet een bedrijfsbeleid uit dat leidt tot vervuiling van de leefomgeving van omwonenden en aantasting van hun gezondheid. Het fascineert mij hoe weinig de wettelijke opdracht aan *bestuurders* aansluit op de zorgvuldigheidsverplichtingen van *de vennootschap*. Het bedrijfsbeleid wordt immers bepaald door de bestuurders. Deze discrepantie levert in de rechtspraak weinig problemen op, omdat de taakvervulling van bestuurders alleen wordt getoetst in zaken over wanbeleid of bestuurdersaansprakelijkheid. Daarvoor gelden andere criteria dan voor de aansprakelijkheid van de vennootschap. Niettemin verbaast het mij dat de vennootschap – en daarmee: haar bestuur – moet voorkomen dat zij de belangen van bepaalde derden schaadt, terwijl die derden niet behoren tot de kring van personen wier belangen bestuurders op grond van hun wettelijke opdracht in acht moeten nemen.

In de Corporate Governance Code is het verschil enigszins rechtgetrokken doordat principe 1.1 sinds 2022 bepaalt dat het bestuur verantwoordelijk is voor de ‘duurzame lange termijn waardecreatie’²⁷ van de vennootschap, rekening moet houden met de effecten van het handelen van de onderneming op mens en milieu, en de belangen van de stakeholders moet wegen. Die Code geldt echter alleen voor beursgenoteerde ondernemingen en is niet bindend.

5 Publieke versus private handhaving

Ondernemingen kunnen op verschillende manieren worden gedwongen om duurzaamheidsregels na te komen of erop worden afgerekend als ze die hebben geschonden. Die dwang en de dreiging daarvan behoren zonder meer tot het krachtenveld waarin beleidsmakers van ondernemingen opereren. De belangrijkste manieren waarlangs die dwang kan worden uitgeoefend, zijn publieke handhaving door een toezichthouder (zoals de Autoriteit Consument en Markt (ACM), de Autoriteit Financiële Markten (AFM), De Nederlandsche Bank (DNB), de Omgevingsdienst en de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT)) en private handhaving door belangenorganisaties of claimstichtingen die een civiele rechtszaak starten.

Andere mechanismen, die ik hier niet zal bespreken, zijn bijvoorbeeld (1) het doen van een verzoek tot handhaving (een belanghebbende kan zo’n verzoek doen bij een bestuursorgaan en opkomen tegen een weigering tot handhaving) en (2) het indienen van een klacht bij een instituut dat een niet-bindende aanbeveling doet, zoals de Commissie voor de Rechten van de Mens, de Reclame Code Commissie en het National Contact Point onder de OECD Guidelines for Multinational Enterprises.²⁸

Hoe ziet toezicht er in de basis uit? De wet bepaalt welke bevoegdheden de toezichthouder heeft. De medewerkers van toezichthouders zijn ambtenaren. Wie of wat er onder hun toezicht valt (aan welke kenmerken moet een bedrijf voldoen om eronder te vallen?) staat in de wet. Onder het toezicht vallen doorgaans wel alleen activiteiten in Nederland.²⁹

De toezichthouder heeft diverse onderzoeksbevoegdheden, zoals het opvragen van informatie en het doen van onderzoek ter plaatse. Als de toezichthouder vindt dat de onderneming in overtreding is, kan hij de onderneming met zachte of harde dwang brengen tot een andere koers. Dat kan variëren van een ‘normoverdragend gesprek’ of een waarschuwing tot zwaardere maatregelen zoals het opleggen van een boete, een last onder dwangsom of het toepassen van bestuursdwang. In dat laatste geval gaat de overheid zelf de onwettelijke situatie herstellen, door bijvoorbeeld de vervuilde grond op te ruimen en de kosten op de overtreder te verhalen. De toezichthouder is vaak ook degene die de vergunning verstrekt die het bedrijf nodig heeft om wettig te opereren, of – bij banken – om een bestuurder te kunnen benoemen, en die vergunning kan de toezichthouder ook weer intrekken, of hij kan daarmee dreigen.³⁰ Met zo’n breed arsenaal heeft de toezichthouder flexibiliteit. Hij kan tussentijds bijsturen en opschalen, en ook aan de onderneming (informeel) bevestigen dat die het wél goed doet.

Meer in het algemeen kunnen toezichthouders voorkómen dat ondernemingen in de fout gaan, doordat ze helderheid kunnen bieden. Veel toezichthouders stellen beleidsregels op, of leidraden waarin zij aan de hand van allerlei voorbeelden uitleggen hoe zij de soms vage normen in de wet uitleggen, en wat ze wel of niet vinden kunnen. De ACM heeft bijvoorbeeld een leidraad over greenwashing.³¹ Zo iets geeft de hele sector houvast.

²⁸ Zie <https://mneguidelines.oecd.org/ncps/what-are-ncps-for-rbc.htm>.

²⁹ T. Barkhuysen & V.M.Y. van ’t Lam, Handhaving van open, op duurzaamheid gerichte CSDDD-normen: lessen uit het bestuursrecht, in: H.J. de Kluiver (red.), Open normen, toezicht en duurzaamheid: perspectieven op komende duurzaamheidswetgeving vanuit het bestuursrecht, het mededingingsrecht en het financieel toezichtrecht (preadviezen van de Koninklijke Vereniging ‘Handelsrecht’), Zutphen: Uitgeverij Paris 2023, p. 48.

³⁰ Bestuursorganen hebben vaak wel separate afdelingen voor vergunningverlening en toezicht.

³¹ Leidraad duurzaamheidsclaims, zie www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-duurzaamheidsclaims-0. Zie over beleidsregels Barkhuysen & Van ’t Lam 2023, par. 4.2.

²⁶ Asser/Kroeze 2-I 2021/224-225.

²⁷ Als het platform Signalering Onjuist Spatiegebruik nog actief was geweest (www.spatiegebruik.nl), had ik de Corporate Governance Code daar aangegeven.

Hoe steekt private handhaving hiertegen af?³² In een ideale wereld zou er rechtseconomisch empirisch onderzoek voorhanden zijn waaruit blijkt in hoeverre de dreiging van aansprakelijkheid of van een civielrechtelijk verbod of bevel heeft op het gedrag dat ondernemingen in werkelijkheid vertonen. Dat onderzoek is vrij schaars, moeilijk te doen en levert geen duidelijke resultaten op, zo begrijp ik.³³ Ik heb weinig verstand van empirisch onderzoek, maar ik kan wel vanuit mijn juridische kennis en mijn ervaring in de procespraktijk een inschatting maken, en zo een bijdrage leveren aan het debat. Die kennis en ervaring brengen mij bij de eerste reden voor mijn sceptis: duurzaamheidsprocedures duren lang.

6 Lange procedures in het privaatrecht: WAMCA

Duurzaamheidszaken worden meestal aangebracht door belangenorganisaties. Dat kunnen idealistische organisaties zijn, zoals Milieudefensie of Defence for Children, of organisaties die daarnaast (of in plaats daarvan) in zekere zin ook een commercieel doel nastreven. Denk aan acties tegen Meta of X, waarin de organisaties strijden voor een betere naleving van de privacywetgeving, maar ook miljarden aan schadevergoeding vorderen. Een deel daarvan komt niet ten goede aan de achterban, maar aan commerciële procesfinanciers. Voor die partijen zijn rechtszaken een belegging.

In Nederland mag iemand in principe alleen naar de civiele rechter om iets voor zichzelf te eisen: nakoming van een contract dat zij heeft gesloten, vergoeding van de schade die zij heeft geleden. Wanneer een belangenorganisatie bij de rechter opkomt voor de belangen van haar achterban, of voor een duurzaamheidsbelang, dan zijn dat belangen van anderen.

Daarvoor zal de organisatie vrijwel altijd^{34,35} gebruik moeten maken van een bijzondere procedure: de collectieve actie, geregeld in de WAMCA. Er is de laatste tijd nogal wat te doen over duurzaamheidsclaims. Aan de ene kant klagen ideële organisaties dat WAMCA-procedures te lang duren en dat de eisen om zo'n procedure te mogen voeren voor hen te stringent zijn.³⁶ Aan de andere kant heeft de Tweede Kamer een motie aangenomen die oproept om juist de representativiteit van belangenorganisaties die opkomen voor milieu en klimaat indringender te toetsen, vooral bij zaken tegen de Staat.³⁷ Die wens heeft zelfs het hoofdlijnenakkoord van het kabinet-Schoof gehaald.³⁸

WAMCA-procedures over aansprakelijkheid gaan inderdaad niet snel. De wet is in 2020 in werking getreden, en er is nog geen enkele vordering tot collectieve schadevergoeding toegevoegd. Ideële acties waarin alleen een verklaring voor recht wordt gevraagd, of een bevel om met bepaald gedrag te stoppen, gaan wel sneller. In veel daarvan is binnen twee jaar een eindvonnis gewezen in eerste aanleg en (waar toepasselijk) binnen vier jaar een eindarrest in hoger beroep (zie tabel 1).

32 Zie over de verschillen in effectiviteit van toezicht en civielrechtelijke procedures ook Scheltema 2022, par. 10.

33 Enneking 2012, p. 585-586; C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht (vierde druk), Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 38; M.G. Faure, Economic analysis of environmental law: An introduction, *Économie publique* 2001/1, <http://journals.openedition.org/economiepublique/1592>, p. 134, refereert aan onderzoek dat zou aantonen dat publiekrechtelijke regulering in de VS effectiever is geweest dan regels over aansprakelijkheid. Volgens M. Coerts e.a., Naar een gedragseconomie van het recht, *Law and Method* 2023, DOI 10.5553/REM/.000078, is de gedragsbeïnvloedende werking van het aansprakelijkheidsrecht zeer gering. Daan van Maurik doet sinds 2021 in Utrecht promotieonderzoek naar de impact en effecten van klimaatrechtszaken op het gedrag en klimaatbeleid van bedrijven, maar heeft nog geen onderzoeksresultaten gepubliceerd.

34 Vorderingen op basis van cessie, volmacht of lastgeving komen in ideële acties bij mijn weten niet voor, met uitzondering van de zaken over mijnbouw en industrie in Zuid-Amerika (zie noot 6), die door advocatenkantoor Pogust Goodhead worden gepresenteerd als zaken met mede een ideële insteek.

35 Denkbaar, maar nog niet geteste andere procedures zijn: jaarrekeningprocedure over duurzaamheidsrapportering wegens schending van de implementatiewetgeving van de CSRD (zie daarover K. van Middelaar, ESG-litigation: duurzaamheidsverslaggeving, CSRD en de jaarrekeningprocedure bij de Ondernemingskamer, *MvO* 2024, afl. 1-2, p. 1-8); verzoek tot een enquête naar niet-duurzaam beleid door NGO's met voldoende aandelen (zie over die optie zijdelings J.G. van de Waardt, ESG-commitments zijn niet (langer) vrijblijvend. De invoering van een 'maatschappelijke enquête' als stok achter de deur?, *MvO* 2024, afl. 1-2, p. 9-16; zie ook Kemp 2024, par. 5.3 over mogelijke verruiming van de ontvankelijkheidscriteria voor NGO's in enquêtezaken); vordering tot aanpassing van niet-duurzame algemene voorwaarden op grond van art. 6:240 BW.

36 Zie Kamerstukken II 2023/24, 36 169, nr. 40, p. 16 onderaan; F.M. Petters & A.J. van Wees, Wachten op Godot – de problematische toepasbaarheid van de WAMCA op ideële zaken, *TOP* 2022/241; WODC-rapport procesfinanciering, par. 4.5 (p. 108 e.v.).

37 Kamerstukken II 2023/24, 36 169, nr. 36 (motie Stoffer c.s.). Zie ook Kamerstukken II 2023/24, 36 169, nr. 41 (motie Van Dijk c.s.), die de minister oproept de motie Stoffer c.s. binnen zes weken uit te voeren.

38 Hoofdlijnenakkoord, p. 18, derde gedachtestreepje. Te vinden op www.kabinetformatie2023.nl, een website gemaakt in opdracht van de Tweede Kamer door het Bureau Woordvoering Kabinetformatie.

Maandblad

VOOR

Ondernemingsrecht

Tabel 1 *Looptijd van in eerste aanleg afgeronde ideële vorderingen*

Onderwerp	Datum dagvaarding	Eindvonnis	Stand van zaken hof
Gratis anticonceptie	17-02-2020	06-10-2021 ECLI:NL:RBDHA:2021:10737 afwijzing	12-09-2023 ECLI:NL:GHDHA:2023: 1758 eindarrest, afwijzing
Etnisch profileren	26-02-2020	22-09-2021 ECLI:NL:RBDHA:2021:10283 Afwijzing	14-02-2023 ECLI:NL:GHDHA:2023:173 eindarrest, toewijzing
Vagina.nl (online shaming)	27-02-2020	16-02-2022 ECLI:NL:RBAMS:2022:557 Toewijzing	-
Afsluiting van water bij kinderen	08-07-2020	06-04-2022 ECLI:NL:RBDHA:2022:3043 afwijzing	19-03-2024 ECLI:NL:GHDHA:2024:363 eindarrest, toewijzing
Positie van de Koning in het rechtsbestel	31-03-2021	08-03-2022 ECLI:NL:RBDHA:2023:2657 afwijzing	-
Hulp bij zelfdoding	08-04-2021	14-12-2022 ECLI:NL:RBDHA:2022:13394 afwijzing	Hoger beroep loopt
Mondkapjesplicht	24-08-2021	26-10-2022 ECLI:NL:RBDHA:2022:11258 niet-ontvankelijk	-
Coronavaccinatie	03-03-2022	19-04-2023 ECLI:NL:RBDHA:2023:5205 niet-ontvankelijk	-
Greenwashing*	06-07-2022	20-03-2024 ECLI:NL:RBAMS:2024:1512 toewijzing	-
Vliegtuighinder	15-07-2022	20-03-2024 ECLI:NL:RBDHA:2024:3734 toewijzing	Hoger beroep aangekondigd ^a
Woonwagenstandplaatsen	08-11-2022	29-05-2024 ECLI:NL:RBDHA:2024:7830 toewijzing	Termijn voor hoger beroep loopt nog
Automatische kentekenherkenning	26-01-2023	29-05-2024 ECLI:NL:RBDHA:2024:7945 afwijzing	Termijn voor hoger beroep loopt nog

^a In Kamerbrief van 24 mei 2024, kenmerk I E NW/BSK-2024/156403. De appeldagvaarding was ten tijde van het schrijven van deze bijdrage niet zichtbaar in het centraal register voor collectieve vorderingen.

Tabel 2 *Looptijd van in eerste aanleg afgeronde commerciële vorderingen*

Onderwerp	Datum dagvaarding	Eindvonnis	Stand van zaken hof
Airbus, daling aandelenkoers*	17-02-2020	20-09-2023 ECLI:NL:RBDHA:2023:14036 niet-ontvankelijk	Hoger beroep loopt
Privacy (Oracle & Salesforce)	17-08-2020	29-12-2021 ECLI:NL:RBAMS:2021:7647 niet-ontvankelijk	18-06-2024 ECLI:NL:GHAMS:2024:1651 ontvankelijk (tussenarrest)
Taakuitvoering CBS	21-10-2020	31-08-2022 ECLI:NL:RBDHA:2022:8623 afwijzing	Hoger beroep loopt
Mercedes diesel* (3de dagvaarding)	30-12-2020	22-06-2022 ECLI:NL:RBAMS:2022:3586 niet-ontvankelijk	13-08-2024 ECLI:NL:GHAMS:2024:2245 ontvankelijk (tussenarrest)
App store* (2de dagvaarding)	01-04-2022	16-08-2023 ECLI:NL:RBAMS:2023:5310 niet-ontvankelijk	Sprongcassatie loopt
Opzegging huur standplaatsen	24-02-2023	10-10-2023 ECLI:NL:RBNNE:2023:4084 afwijzing	Hoger beroep loopt
GGD-datalek	28-03-2023	17-07-2024 ECLI:NL:RBAMS:2024:4264 niet-ontvankelijk in tot schadevergoeding strekkende vorderingen	Termijn voor (opengesteld) tussentijds hoger beroep loopt

In meer commerciële collectieve acties zijn ook al diverse eindvonnissen geweest, maar dan betreft het steeds uitspraken waarin de belangenorganisatie niet-ontvankelijk wordt verklaard of de vordering wordt afgewezen (zie tabel 2).

Er zijn meerdere redenen waarom de procedures langzaam gaan. De eerste, zo zullen sommigen denken, is dat de gedaagden alle mogelijkheden benutten om de zaak zo ingewikkeld mogelijk te doen lijken en zo lang mogelijk te rekken. Ik zal niet ontkennen: er zijn gedaagden die zoeken naar mogelijkheden om tijd te rekken. Ook wanneer dat speelt, is het echter nooit meer dan een deel van het verhaal. De zaken die voor de rechter worden gebracht, zijn nu eenmaal vaak buitengewoon ingewikkeld – niet in de laatste plaats doordat belangenorganisaties hun vorderingen soms erg breed insteken. En we hebben te maken met nieuwe wetgeving, die nieuwe begrippen bevat. Rechters leggen die verschillend uit.

Ik zal een paar fenomenen³⁹ behandelen die maken dat collectieve acties over duurzaamheidsthema's soms complex zijn of lang duren, in het bijzonder wanneer er schadevergoeding wordt gevorderd. En dan kijk ik telkens of diezelfde problemen spelen in het publiekrechtelijk toezicht.

De eerste complicatie zit hem in het internationale karakter van veel vorderingen. Ideële vorderingen tegen ondernemingen gaan vaak over gedragingen van ondernemingen in het buitenland, of gedragingen in Nederland door buitenlandse partijen. Eisers kiezen er soms voor om een groot aantal (deels buitenlandse) vennootschappen uit één concern voor de rechter te dagen, bijvoorbeeld omdat het voor hen niet duidelijk is wie welke bijdrage heeft geleverd aan het gewraakte handelen, of omdat ze met een Nederlandse gedaagde erbij denken ge-

³⁹ Ik behandel niet alles, bijv. niet de drie maanden wachttijd en mogelijke verlenging van art. 1018d Rv, en evenmin de verlengde dagvaardingstermijn van drie maanden voor gedaagden uit een staat die niet valt onder de Betekeningsverordening of het Haags Betekeningsverdrag (art. 115 lid 2 Rv).

makkelijker bij de Nederlandse rechter terecht te kunnen.⁴⁰ Voor al die buitenlandse vennootschappen moet afzonderlijk worden bepaald of de Nederlandse rechter bevoegd is. De regels daarover zijn onduidelijk. Brussel I-bis bevat geen regels over collectieve of gebundelde acties. Dit leidt tot veel (prejudiciële) vragen.⁴¹

→ Of een toezichthouder internationaal bevoegd is, wordt soms wel door de onderneming in twijfel getrokken, maar minder vaak.⁴² En wanneer een onderneming bij de rechter in beroep gaat tegen het besluit van de toezichthouder, speelt de vraag of die rechter internationaal bevoegd is in elk geval niet.

40 Dit is vooral te zien bij medische zaken, privacyzaken en de ‘Zuid-Amerikaanse zaken’ genoemd in noot 6. Vonnissen over rechtsmacht worden hierna weergegeven voor zover beschikbaar. Medisch: Rb. Midden-Nederland 9 augustus 2023, ECLI:NL:RBME:2023:4132 (Essure Claims/Bayer); Rb. Amsterdam 14 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:745 (Bureau Clara Wichmann/Allergan); Rb. Amsterdam 17 juli 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:4255 (Farma ter verantwoording/Abbvie). In privacyzaken zijn er soms in het geheel geen Nederlandse gedaagden: Rb. Amsterdam 9 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6488 (TikTok, geen Nederlandse gedaagden); Rb. Amsterdam 12 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2192 (Hammy Media, geen Nederlandse gedaagden); Amazon (geen Nederlandse gedaagden); Adobe (geen Nederlandse gedaagden). Wel Nederlandse gedaagden: Rb. Rotterdam 1 mei 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:4313 (X Corp & Twitter); Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651 (Oracle & Salesforce, rechtsmacht niet betwist); Stichting Bescherming Privacybelangen/Google. Zie voor de dagvaardingen in de zaken waarin nog geen vonnis is gewezen het centraal register voor collectieve vorderingen. Zuid-Amerikaanse zaken: Rb. Rotterdam 21 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7549 (Braskem); Rb. Rotterdam 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8625 (Norsk Hydro*); in de zaak over de Mariana Dam zijn gedaagden een Nederlandse vennootschap en een Braziliaanse 50%-aandeelhouder, zie noot 6; de Repsol-zaak richt zich tegen één Nederlandse en twee buitenlandse Repsol-vennootschappen, zie <https://pogustgoodhead.com/pogust-goodhead-takes-action-against-repsol-in-the-netherlands/>.

41 Rb. Amsterdam 20 december 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:8330 (Apple App Store*); zie over dezelfde kwestie Rb. Rotterdam 1 mei 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:4313 (onbevoegdverklaring in de collectieve actie tegen X Corp). Zie over rechtsmacht in claims die via cessie gebundeld zijn onder meer HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (CDC Hydrogen Peroxide); HvJ EU 15 januari 2018, C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37 (Schrems/Facebook); HvJ EU 9 juli 2020, C-343/19, ECLI:EU:C:2020:534 (Vki/Volkswagen); HvJ EU 15 juli 2021, C-30/20, ECLI:EU:C:2021:604 (RH/Volvo). De prejudiciële vragen van Hof Amsterdam 19 september 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2570 (Stroomkabels*) en Hof Amsterdam 19 september 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2571 (Karton) zijn ook gesteld in zaken op basis van cessie, maar het collectieve karakter van de actie speelt daarin geen rol.

42 Naar mijn indruk (gebaseerd op het raadplegen van enkele experts) gebeurt dit (vrijwel) niet in het milieurecht, af en toe in het financieel toezichtsrecht en geregeld in het mededingingsrecht. Zie voor betwistingen van internationale bevoegdheid van de toezichthouder in het mededingingsrecht bijv. HvJ EU 6 september 2017, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 (Intel/Commissie); HvJ EU 30 maart 2022, T-341/17, ECLI:EU:T:2022:182 (British Airways/Commissie); Court of Appeal 17 januari 2024, [2023] EWCA Civ 1506 (Competition and Markets Authority/Volkswagen & BMW). Zie over de internationale bevoegdheid van AFM en DNB Cbb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:2, JOR 2018/97 m.nt. Nuijten; Cbb 4 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:444, JOR 2018/249 m.nt. Nuijten.

Wanneer de Nederlandse rechtbank bevoegd is, betekent dat niet automatisch dat zij ook Nederlands recht moet toepassen. Ook de regels over toepasselijk recht laten ruimte voor interpretatie.⁴³ In geval van meerdere gedaagden moet voor de vorderingen op elk van die gedaagden het toepasselijke recht worden vastgesteld. Wanneer dat buitenlands recht is, zullen de partijen de rechtbank willen informeren over hoe dat recht in elkaar zit. Daarvoor moeten zij opinies inwinnen van buitenlandse juristen, en de rechtbank zelf soms ook. Dat kost veel tijd en geld.

→ Een toezichthouder houdt toezicht op naleving van het Nederlandse recht (inclusief EU-recht). In publiekrechtelijke zaken hoeft je je vaak niet over het toepasselijke rechtstelsel te bekreunen.⁴⁴

Bij een collectieve actie zal de rechter ook moeten vaststellen of de WAMCA van toepassing is op de procedure. Onder het oude systeem (voor 2020) kon een belangenorganisatie geen schadevergoeding vorderen, dus het maakt nogal wat uit. Belangenbehartigers willen vaak praktijken aan de orde stellen die meer dan tien of twintig jaar geleden zijn begonnen. De regel over hoe ver terug de WAMCA kan worden toegepast, is – ik begin mijzelf te herhalen – onduidelijk. Verschillende rechtbanken hebben in de afgelopen jaren tegenstrijdige uitspraken gedaan over hoe die regel moet worden toegepast.⁴⁵ Door de discussie hierover loopt de collectieve actie verdere vertraging op. Ook zo’n discussie is afwezig bij de meeste publiekrechtelijke handhaving. Er bestaan uitzonderingen,⁴⁶ maar temporele toepasselijkheid is niet een systematisch vertragende factor zoals bij veel WAMCA-zaken.

Als over al deze punten is beslist, zijn al gauw een à twee jaar verstreken sinds het uitbrengen van de dagvaarding.

De wet eist ook dat de vordering zich leent voor een collectieve beoordeling en niet summierlijk ondeugdelijk is. Ook daarover wordt vaak een uitgebreid debat gevoerd wanneer de belangenbehartiger zich beroept op een groot aantal verschillende gebeurtenissen en rechtsgronden. Gedaagden grijpen deze toets aan om te trachten in een vroeg stadium het debat te beperken tot de meer kansrijke onderdelen van de vordering,

43 Onder art. 22 lid 5 CSDDD verwacht ik lange discussies over de vraag of de implementatiewetgeving meer bescherming biedt dan het recht van de plaats waar de schadelijke gebeurtenis plaatsvond, en ten aanzien van welke feiten de voorrangsregels precies moeten worden toegepast. Vgl. de kritiek van Lennarts in M.L. Lennarts, Civil liability of companies for failure to conduct corporate sustainability due diligence throughout their value chains. Is art. 22 CSDDD fit for purpose?, Ondernemingsrecht 2023/36, par. 2.7.

44 In elk geval zelden in het milieurecht. In het mededingingsrecht en het financieel toezichtsrecht spelen meer grensoverschrijdende zaken.

45 Zie C.J.M. Klaassen, De temporele toepassing van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (Wamca): geen kwestie van gelijk of ongelijk, maar een keuze(?), NTBR 2024/13 en de daarin behandelde rechtspraak.

46 Bijv. Rb. Rotterdam 18 juli 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:6240, r.o. 20.1 over de temporele toepassing van boeterichtnoeren.

maar mijn indruk is dat rechters die discussie liever vooruitschuiven naar de inhoudelijke fase.⁴⁷

Iedereen mag een stichting oprichten en een collectieve actie beginnen. De wet bepaalt daarom dat de rechtbank in de collectieve actie steeds moet toetsen of de belangenorganisatie voldoende deskundig en betrouwbaar is. Bijvoorbeeld: is zij representatief genoeg voor de mensen die straks geraakt gaan worden door een vonnis? Dat representativiteitsvereiste is nieuw onder de WAMCA. De rechtspraak worstelt met de toepassing van dat vereiste in zaken met een ideële inslag, want hoe kun je representatief zijn voor het klimaat, of voor kinderen die stiekem naakt gefilmd zijn en dat helemaal niet weten?⁴⁸

Welke informatie de belangenorganisatie moet verschaffen over haar achterban, of over de financiële belangen die met de zaak zijn gemoeid, staat niet in de wet. De rechtbank moet daarover oordelen en beveelt de stichting soms in een vrij laat stadium om extra informatie te geven.⁴⁹ Over die informatie mag de gedaagde zich vervolgens uitlaten, en zo duurt de zaak weer een paar maanden langer.

→ Bij toezichthouders spelen die vragen niet. Een toezichthouder is ingesteld bij wet en er werken ambtenaren die zich aan een vrij strikt wettelijk kader moeten houden en geselecteerd worden op hun deskundigheid.

47 Bijv. in Rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4035 (FNV & CNV/Temper*), r.o. 4.37, Rb. Amsterdam 10 april 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:2019 (Renault Diesel), r.o. 7.48 en Rb. Amsterdam 24 januari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:407 (Mercedes Diesel*), r.o. 10.6.23. Zie meer in het algemeen over dit dilemma P.G.J. Wissink, De preliminaire ontvankelijkheidsbeslissing onder de WAMCA: hoe 'inhoudelijk' mag de voorfase zijn?, TCR 2021, afl. 1, p. 1-14.

48 Vgl. Rb. Amsterdam 7 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3499 (Fosielvrij/KLM*), r.o. 4.17 en Rb. Den Haag 15 november 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:17145 (Recht op bescherming tegen vlieg hinder/Staat), r.o. 5.17. In de zaak over de mensen die stiekem naakt gefilmd werden, stelde de rechtbank het representativiteitsvereiste geheel terzijde: Rb. Amsterdam 28 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5271, r.o. 5.9-5.10.

49 Dit gebeurt vaak pas na de mondelinge behandeling over ontvankelijkheid, veelal meer dan een jaar na de dagvaarding. Vgl. Rb. Amsterdam 9 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6488 (TikTok): anderhalf jaar na dagvaarding; Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:403 (Nuonclaim): tien maanden; Rb. Den Haag 29 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4111 (Airbus*): een jaar en drie maanden; Rb. Amsterdam 7 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:8485 (Mercedes*): bijna twee jaar; Rb. Amsterdam 16 augustus 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:5252 (Stellantis): ruim twee jaar; Rb. Amsterdam 27 december 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:8425 (Play Store): een jaar en twee maanden. Een uitzondering is de ICAM-zaak, waarin de rechtbank Stichting ICAM beval om nog vóór de mondelinge behandeling inzake ontvankelijkheid haar procesfinancieringsovereenkomst over te leggen, zie Rb. Amsterdam 7 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:571 (alsnog tien maanden na dagvaarding). In Bureau Clara Wichmann/Allergan (Rb. Amsterdam 14 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:745) vroeg de rechtbank geen inzage, maar speelde er wel een uitgebreide discussie. Bij zaken waarin geen schadevergoeding wordt gevorderd, is bij mijn weten nog geen overlegging van een procesfinancieringsovereenkomst bevolen. Die zaken worden niet door commerciële investeerders gefinancierd.

Overigens denk ik dat deze eerste fase van de procedure over een paar jaar sneller zal verlopen, wanneer een aantal zaken de fases van hoger beroep en cassatie heeft doorlopen. Wanneer de Hoge Raad de gelegenheid heeft gehad om te verduidelijken hoe de nieuwe regels in de WAMCA moeten worden toegepast, scheelt dat veel discussie.⁵⁰

Iedereen kan dus een stichting oprichten, en zo'n stichting kan opkomen voor de belangen van allerlei individuen die daar niet om gevraagd hebben en er misschien ook niet op zitten te wachten. Maar zij worden wel gebonden door de uitkomst van de procedure. Als de vordering wordt afgewezen of maar voor een laag bedrag wordt toegewezen, kan het individu niet alsnog voor zichzelf een hogere schadevergoeding vorderen. De wet voorziet erin dat individuen de kans moeten krijgen om 'uit te opteren': als zij de rechter binnen een bepaalde tijd laten weten dat ze niet gebonden willen worden, houden zij de handen vrij. Nodeloos om te zeggen dat ook daar tijd overheen gaat.

→ Publiekrechtelijke procedures kennen zo'n fase niet.

Bij puur ideële duurzaamheidsvorderingen, die niet strekken tot schadevergoeding, kan de opt-outfase trouwens vaak worden overgeslagen. Je kunt moeilijk zeggen dat je je individueel kunt onttrekken aan een verbod voor een bedrijf om bepaalde stoffen te lozen, of aan een verbod voor een onderneming om in een advertentie te zetten dat haar producten CO₂-neutraal zijn. Er zijn echter ook hybride vorderingen. Een voorbeeld daarvan is de Temper-zaak, waarin de vakbonden stelden zowel op te komen voor de personen die werken via het Temper-platform als voor het ideële belang van een rechtvaardige arbeidsmarkt. Voor zover de vordering was ingesteld ten behoeve van individuele Temper-werkers, stelde de rechtbank de opt-out open.⁵¹

In deze hele voorfase kunnen zich complicaties voordoen: hoger beroep tegen een tussenvonnis, waarna de zaak mogelijk weer wordt terugverwezen, of prejudiciële vragen aan de Hoge Raad of het Hof van Justitie van de EU.

Wanneer dan eenmaal is vastgesteld in hoeverre de rechter bevoegd is, welk recht van toepassing is, dat de stichting aan de wettelijke waarborgen voldoet, in hoeverre de vordering collectief kan worden beoordeeld en voor wie het vonnis uiteindelijk bindend gaat zijn, kan de zaak door naar de inhoudelijke fase. Pas dan gaat het debat over: wat is er nu eigenlijk gebeurd, is dat onrechtmatig, en zo ja, welke schade heeft het dan veroorzaakt? Collectieve acties gaan vaak over verschillende gebeurtenissen gedurende een lange periode, die allemaal verschillende effecten kunnen hebben gehad. Daar ben je niet uit op een achternamiddag.

50 Zo ook: WODC-rapport procesfinanciering, p. 122.

51 Rb. Amsterdam 21 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:7764 (FNV & CNV/Temper*), r.o. 2.7-2.8.

De inhoudelijke fase duurt ook lang omdat het gedrag van de onderneming vaak langs de lat van een open norm gelegd moet worden: heeft de onderneming gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt? Die norm kan iedereen anders invullen⁵² en je kunt daar veel en lang debat over hebben. Meerdere van de huidige duurzaamheidsprocedures betreffen gevallen waarin vaststaat dat de onderneming geen milieuwetgeving heeft overtreden, maar volgens de rechtbank wel ongeschreven recht schond. Denk aan Chemours. Die had zich keurig aan de vergunningsvoorschriften gehouden. En Shell had geen milieurechtelijke plicht om haar CO₂-uitstoot te beperken. Als straks de CSDD-richtlijn in werking treedt, dan is de basisnorm dat ondernemingen ‘passende zorgvuldigheid’ moeten betrachten – ga er maar aan staan om dat begrip in te vullen. De Commissie zal richtsnoeren uitvaardigen om ondernemingen, toezichthouders en belanghebbenden steun te bieden voor de wijze waarop ondernemingen op een praktische wijze aan hun verplichtingen moeten voldoen, en daar ook een helpdesk voor oprichten.⁵³ Het zou mij niet verbazen als die slechts beperkt houvast zullen bieden.

Nu hoeven NGO’s niet altijd terug te vallen op open normen. Ik refereerde er eerder al aan: een onderneming handelt ook onrechtmatig als zij een wettelijke plicht schendt die mede bestaat om de belangen van de eiser te beschermen. Er bestaan allerlei milieuwetten die een onderneming kan schenden en met de Green Deal komen er een hoop bij. Die wetten bevatten soms open normen,⁵⁴ maar er zijn ook heel wat strakke normen met specifieke grenswaarden (uitgedrukt in grootheden zoals aantal uren, mg/Nm³, part per million, enzovoort). Momenteel worden die nog niet vaak ingeroepen in civielrechtelijke procedures. Nu NGO’s steeds meer mogelijkheden gaan krijgen om informatie te verzamelen, verwacht ik dat zij vaker zullen gaan stellen dat een onderneming een specifieke milieunorm heeft overschreden.⁵⁵

Als de schending dan vaststaat, moet vervolgens worden bepaald wie daardoor schade heeft geleden en hoeveel. Vooral bij gezondheidsschade door milieuvervuiling is dat bijzonder ingewikkeld. En als dan eindelijk eindvonnis is gewezen, kan er hoger beroep worden ingesteld, en daarna cassatie. Maar ligt er eenmaal een eindoordeel dat de onderneming onrechtmatig heeft gehandeld en schade heeft veroorzaakt, dan zal die schade uiteindelijk worden hersteld, en dat is goed.

Alleen betekent dit alles dat een onderneming, voordat zij zekerheid heeft over of zij iets heeft fout gedaan, zo tien jaar verder kan zijn. NGO’s en claimstichtingen suggereren nogal

eens dat de gedaagde met haar verweer niet méér doet dan het onvermijdelijke uitstellen, maar veel ondernemingen zijn er oprecht van overtuigd dat zij correct hebben gehandeld. De zekerheid die de onderneming na al die jaren krijgt, omvat niet veel meer dan de tekst van het vonnis of arrest. Er zijn geen tussentijdse toetsmomenten en gesprekken waarin de rechter kan aangeven of de onderneming op de goede weg zit, zoals een toezichthouder dat kan doen. Je kunt de rechter niet om verduidelijking vragen. De rechter spreekt zich uit over wat er verkeerd is gegaan, maar niet over hoe het dan wel moet. Van Boom bepleitte in zijn oratie in Tilburg in 2003 al dat de rechter zich niet alleen in negatieve zin zou moeten uitlaten over de fouten van de aansprakelijke, maar ook zo concreet mogelijk over hoe de aansprakelijke wel had moeten handelen.⁵⁶

7 Oordeel over aansprakelijkheid niet geschikt om structurele gedragsverandering te bewerkstelligen

In hoeverre kan zo’n uitspraak er dan voor zorgen dat de onderneming haar gedrag op andere terreinen gaat aanpassen? Dat hangt af van hoe vergelijkbaar de situatie op andere terreinen is. Neem een onderneming die gebrekkige producten van de markt heeft moeten halen, bijvoorbeeld de slaapapneuapparaten van Philips of de borstimplantaten van Allergan. Zo’n onderneming zal vaak interne processen verbeteren om te proberen een nieuw schandaal te voorkomen. Dat geeft geen garanties, maar het verkleint in elk geval de kans op nieuwe schade. Tegelijkertijd blijft de druk bestaan om te komen met nieuwe innovatieve producten die zo weinig mogelijk kosten. En dus ook de kans dat er in de toekomst bochten worden afgesneden of signalen worden genegeerd in het ontwikkelings- of productieproces. Die andere producten zullen andere risico’s kennen en er zal andere regelgeving voor gelden. Een onrechtmatigheidsoordeel van de civiele rechter is altijd toegespitst op de omstandigheden van het individuele geval dat aan hem of haar wordt voorgelegd, en dat geeft weinig houvast voor andere gevallen.

Neem het recente vonnis van de rechtbank Rotterdam over Chemours.⁵⁷ De rechtbank oordeelde dat Chemours tussen 1984 en 1998 onrechtmatig heeft gehandeld jegens de omliggende gemeenten. Chemours stootte de stof PFOA (een type PFAS) uit naar de lucht. Chemours handelde daarbij onrechtmatig omdat zij de vergunningverlener en de gemeenten onvoldoende inlichtte over de mogelijke risico’s van die uitstoot. De rechtbank baseert dit oordeel op een memo dat Chemours in 1984 ontving van haar moedermaatschappij in de Verenigde Staten. In dat memo werd voor het eerst omschreven dat PFOA-deeltjes niet alleen terecht kwamen bij werknemers, maar ook in de bredere omgeving, en dat de gezondheidsrisico’s weliswaar onduidelijk waren, maar dat de juridische en medische diensten van het bedrijf vermoedelijk zouden gaan adviseren te stoppen met PFOA. Daar heeft Chemours de ver-

52 Het komt soms voor dat de rechtbank het gedrag niet onrechtmatig acht, het hof in hoger beroep wel, en de Hoge Raad weer niet. Een bekend voorbeeld is HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, NJ 1996/403 m.nt. C.J.H. Brunner (Zwiepende tak).

53 Art. 19 en 21 CSDDD.

54 Zie daarover Barkhuysen & Van ’t Lam 2023.

55 Een goed voorbeeld is de dagvaarding van stichting Dier&Recht tegen Van Drie van 8 februari 2024, zie noot 22.

56 W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003. In gelijke zin: Enneking 2012, p. 586.

57 Rb. Rotterdam 27 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:8987.

gunningverlener niet over ingelicht. De rechtbank woog mee dat de uitstoot plaatsvond bij een productieproces dat het concern zelf heeft ontwikkeld, waardoor Chemours als geen ander bekend moest zijn met de eigenschappen en mogelijke risico's van PFOA. Waarom eindigde de aansprakelijkheid dan in 1998? Vanaf toen stootte Chemours veel kleinere hoeveelheden PFOA uit. Bovendien stond in haar vergunningaanvraag van 1998 een bepaalde code voor gevaarlijke stoffen, en die had bij de vergunningverlener een belletje moeten doen rinkelen.

Dat zijn behoorlijk specifieke omstandigheden. Aan een andere onderneming die met andere potentieel gevaarlijke stoffen werkt, geeft dit weinig houvast voor het eigen toekomstige handelen.

Daar komt bij dat ook allerlei andere krachten de besluitvorming binnen die andere onderneming beïnvloeden. Ik noemde het al in paragraaf 3: de onderneming staat bloot aan concurrentie. Als zij dure extra veiligheidsmaatregelen gaat nemen terwijl haar concurrenten die achterwege laten, dan prijst zij zichzelf uit de markt. Als een bestuurder in de beleving van aandeelhouders roomser dan de paus is op het gebied van duurzaamheid, kunnen aandeelhouders weglopen, of aansturen op ontslag van de bestuurder. Dat dreigde bij Unilever te gebeuren een paar jaar geleden.⁵⁸ En zolang onduidelijk is of een vonnis tegen een andere onderneming – vaak gewezen in een ander land – de kans verhoogt dat de eigen onderneming aansprakelijk gaat zijn, is er ruimte voor interpretatie, zowel wat betreft de kans dat het handelen onrechtmatig is als wat betreft de kans dat een NGO er ook tegen deze onderneming een zaak van gaat maken. Degenen binnen de onderneming die zich zorgen maken over winstgevendheid of werkgelegenheid, zullen eerder bereid zijn de risico's te nemen die gepaard gaan met het doorgaan op de oude voet dan degenen die gemotiveerd zijn om de impact van de onderneming op het milieu te verkleinen, of degenen die hopen dat de onderneming met een proactief duurzaamheidsbeleid populairder zal worden als werkgever.

Per saldo verkleint dit alles de kans dat die andere onderneming iets substantieels zal veranderen aan haar eigen beleid. Mijn indruk – wederom slechts een indruk, maar wel gebaseerd op praktijkervaring – is dat ondernemingen hun beleid sneller aanpassen wanneer een andere onderneming op de vingers is getikt door de toezichthouder onder wiens toezicht ook de eigen onderneming valt. En zodra de toezichthouder zich bij hen zelf meldt, gaan ze helemaal snel lopen – in ieder geval een stuk sneller dan wanneer een dagvaarding van een NGO wordt betekend.

Ik zie voor wat betreft het uitstraaleffect overigens wel een verschil tussen zaken over milieuvervuiling en zaken over klimaat.

⁵⁸ Zie Wake-up call voor Unilever, Het Financieele Dagblad 19 februari 2017.

In zaken over milieuvervuiling hangt het rechterlijk oordeel in extreme mate af van de omstandigheden van het geval: om wat voor stoffen gaat het; wat wist de onderneming op welk moment over de schadelijkheid en over het feit dat de stoffen in de omgeving terecht kwamen; in welke mate zijn ze op welke plek terechtgekomen; en bestaat er causaal verband tussen gezondheidsklachten van een individuele omwonende en de uitstoot? Bij klimaataansprakelijkheid speelt dat veel minder. Vooropgesteld: dát ondernemingen een civielrechtelijke plicht hebben om hun uitstoot van broeikasgassen terug te brengen staat bepaald niet vast. Maar als die plicht zou bestaan, spelen de omstandigheden van het geval een minder grote rol, om de volgende redenen:

1. Over de negatieve effecten van CO₂-uitstoot (en andere broeikasgassen die ik hier buiten beschouwing laat) bestaat consensus in de wetenschap. Ondernemingen kunnen niet ontkennen dat zij die kennis ook hebben.
2. Dat effect is niet lokaal: elke extra ton CO₂-uitstoot waar dan ook ter wereld kan bijdragen aan klimaatverandering waar dan ook ter wereld.
3. Hoeveel CO₂ een onderneming uitstoot of tot hoeveel CO₂-uitstoot haar producten kunnen leiden, is in principe meetbaar. Ongetwijfeld bestaat debat over hoe je die uitstoot moet berekenen of modelleren, maar als de hoogste rechter op enig moment voor een bepaalde methodologie heeft gekozen, is de kans klein dat een lagere rechter in hetzelfde land daarvan zal afwijken.
4. Stel dat het klimaatvonnis tegen Shell stand zou houden, dan zal de voornaamste onzekerheid voor andere ondernemingen naar mijn idee zitten in het criterium dat maakt dat Shell wel en anderen niet onrechtmatig handelen als zij hun klimaatvriendelijke gedrag voortzetten. Ik schreef daar al over: als Shell de uitstoot moet reduceren omdat volgens de rechtbank 'ieder het zijne' moet bijdragen, wat onderscheidt Shell dan van de bakker op de hoek?⁵⁹

Klimaataansprakelijkheid heeft naar mijn idee in potentie dus meer 'bekerende kracht' dan aansprakelijkheid voor milieuvervuiling.⁶⁰ Dat idee leefde kennelijk ook bij het Ministerie voor Economische Zaken en Klimaat, waar na het klimaatvonnis tegen Shell meerdere werkgroepen de gevolgen in kaart zijn gaan brengen, onder meer een 'werkgroep investeringsklimaat'.⁶¹

⁵⁹ B.M. Katan, Ieder het hare, Ondernemingsrecht 2021/106, par. 3. Zie ook Verbruggen 2023, p. 39: 'Ik hoop dat het Gerechtshof Den Haag (...) bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidnorm beter motiveert wat RDS anders maakt dan andere bedrijven.'

⁶⁰ Roger Cox verwacht indirecte effecten (interview NRC Handelsblad 8 februari 2024): 'Het zal het risicoprofiel van olie- en gasprojecten veranderen. (...) Bovendien: als de burger ziet dat de grotere spelers het voortouw in de transformatie moeten nemen, neemt ook het draagvlak voor hun eigen verandering toe. (...) Juristen, financiers en accountants gaan allemaal invloed uitoefenen op die bedrijven. Toezichthouders en aandeelhouders gaan meer druk uitoefenen. Wetgevers komen in een betere positie om door te pakken met nieuwe regelgeving.'

⁶¹ Zie de inventarislijst bij het besluit van 8 december 2022 op een Woorzoek van Milieudefensie, kenmerk DGBI-TOP / 22518927.

Die potentieel bekerende kracht beperkt zich wel tot de landsgrenzen, want aansprakelijkheidsrecht is grotendeels nationaal recht.^{62,63} En voornamelijk is er weinig van te merken. Volgens Milieudefensie houdt Shell zélf zich niet eens aan het vonnis.⁶⁴ BP schroefde haar duurzaamheidsambities in 2023 juist terug.⁶⁵ En ExxonMobil ging procederen tegen aandeelhouders die bij de aandeelhoudersvergadering een motie over duurzaamheid in stemming hadden willen brengen.⁶⁶

Heeft procederen bij de burgerlijke rechter over duurzaamheid dan helemaal geen effect? Dat zeg ik niet. Het klimaatvonnis tegen Shell heeft echt wel indruk gemaakt bij degenen die het bij bedrijven voor het zeggen hebben,⁶⁷ en dat geldt ook voor rechtszaken waarin ondernemingen aansprakelijk zijn gehouden voor milieuvervuiling of gezondheidsschade die is veroorzaakt door hun dochterbedrijven of zakenpartners in het buitenland.⁶⁸ Rechtszaken door NGO's hebben ongetwijfeld indirect invloed op besluitvorming door ondernemingen, op nieuwe wetgeving en misschien ook wel op de keuzes die toezichthouders maken. Maar de effecten zijn slecht meetbaar,

hooguit indirect en heel traag.⁶⁹ Dus verwacht er niet te veel van.

8 Wat dan wel?

Wat werkt dan wel om ondernemingen duurzamer te laten opereren? Ik heb er geen twijfel over dat publiekrechtelijke normen, vergezeld van stevig toezicht, een stuk meer en sneller effect hebben. Dat wil niet zeggen dat toezicht geen beperkingen kent. Toezichthouders krijgen structureel te weinig mensen en budget om alle wetgeving te kunnen handhaven en voldoende expertise op te bouwen.⁷⁰ Ze hebben vrijwel geen bevoegdheden ten aanzien van activiteiten in het buitenland.⁷¹ In sommige sectoren is de rechtsbescherming een probleem: als de toezichthouder de verplichtingen van de onderneming breder interpreteert dan gerechtvaardigd, durven ondernemingen daar vaak niet tegen in te gaan omdat ze afhankelijk zijn van de toezichthouder. En als ze wel bezwaar en beroep instellen tegen een besluit dat in hun ogen ongerechtvaardigd is, kunnen ook die procedures jaren duren.

De sterkste prikkel voor verduurzaming is natuurlijk aanpassing van de vraag. Als consumenten zich realiseren dat ze net zo gelukkig zijn als ze vijf nieuwe kledingstukken per jaar kopen⁷² in plaats van het Nederlandse gemiddelde van 46 (!),⁷³ als consumenten besluiten op vakantie te gaan op rijafstand in plaats van op vliegafstand en structureel minder dierlijke producten eten, en als degenen die het zich kunnen veroorloven alleen nog biologisch en fair trade kopen, dan passen bedrijven zich razendsnel aan. Daarvoor moet de samenleving op een 'sociaal kantelpunt' komen. Maar dat de maatschappij daar op korte termijn is, daarover heb ik helaas nog minder illusies dan over de effectiviteit van collectieve acties.

Wat rest ons dan? Ik zou zeggen: alle beetjes helpen.⁷⁴ Een paar aansprakelijkheidsprocedures, een paar bedrijven die hun nek uitsteken met groene innovaties, subsidies die dat soort innovaties stimuleren, consuminderaars die het goede voorbeeld

62 In hoeverre de Nederlandse burgerlijke rechter op dit terrein bevoegdheid kan aannemen jegens buitenlandse ondernemingen en Nederlands recht kan toepassen, is nog onontgonnen terrein. Zie voor een aanzet www.klimaathelpdesk.org/answers/kan-shell-naar-een-ander-land-verhuizen-om-de-uitspraak-van-de-rechtszaak-te-ontlopen/.

63 Spier is van mening dat rechterlijke uitspraken in veel landen nodig zijn voordat voldoende duidelijk is wat bedrijven moeten doen; zie J. Spier, Milieudefensie v. Shell: een sirenenzang? Suggesties voor een beter alternatief, in: W.J.M. van Veen, A. Hammerstein, J.L. Smeehuijzen, A.F. Verdamm & J. Spier, De klimaatzaak tegen Shell (ZIFO-reeks nr. 35), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 68.

64 K. Trout, C. Rodríguez & S. Arslan, Shell vs. the climate: Expanding oil and gas, fueling the climate crisis (rapport van Oil Change International en Milieudefensie), maart 2024, te raadplegen via <https://milieudefensie.nl/actueel/omvangrijk-data-onderzoek-naar-de-olie-en-gasplannen-van-shell/@@download/file/%20expanding%20oil%20and%20gas,%20fueling%20the%20climate%20crisis.pdf>. Zie ook Shell: meer aardgas en minder groei in groene stroom, Het Financieel Dagblad 14 maart 2023: 'We streven nu naar een verlaging met 15% tot 20% in 2030 van de netto koolstofintensiteit van de energieproducten die we verkopen in vergelijking met het niveau van 2016. Eerder lag die doelstelling op 20%.'

65 BP maakt een u-bocht en komt terug op duurzaamheidsdoelen, NRC Handelsblad 7 februari 2023.

66 Zie o.a. ExxonMobil zet een rechtszaak tegen Follow This door, de Volkskrant 6 februari 2024. Omdat de aandeelhouders in kwestie de motie hadden ingetrokken, werd de vordering van ExxonMobil afgewezen, zie U.S. District Court for the Northern District of Texas Fort Worth Division 17 juni 2024, zaak No. 4:24-cv-00069-P, te raadplegen via www.courthousenews.com.

67 Dit baseer ik niet op wetenschappelijke bronnen, maar op gesprekken met cliënten en op uitspraken van vertegenwoordigers van grote ondernemingen bij congressen e.d. Zie ook de openbaar gemaakte stukken waaraan ik refereer in noot 61.

68 Zoals Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132 (Oguru/Shell); UK Supreme Court 10 april 2019, [2019] UKSC 20 (Vedanta/Lungove); UK Supreme Court 12 februari 2021, [2021] UKSC 3 (Okpabi/Shell); Court of Appeal 10 maart 2021, [2021] EWCA Civ 326 (Begum/Maran).

69 Sceptisch vanwege de ineffectiviteit is ook (hoewel juist meer ter zake van klimaatschade dan ter zake van 'klassieke' milieuschade) H.J. de Kluiver, Onderneming en duurzaamheid. Over ondernemen, mensenrechten, milieu en klimaat mede in Europees perspectief, WPNR 2023, afl. 7407, p. 308-309 en 318.

70 Aldus twee directeuren van omgevingsdiensten in: Toezichthouders: 'Bij bedrijven die moedwillig vervuilen heb je het strafrecht echt nodig', Het Financieel Dagblad 29 februari 2024. Zie ook Nederlandse Kustwacht voert sancties tegen Rusland niet uit, NRC Handelsblad 12 juli 2024.

71 Zie voor een voorbeeld de kwestie van internationaal kalvertransport (noot 22): Lesley en Madelaine mogen de trucks vol jonge kalveren geen moment uit het oog verliezen, NRC Handelsblad 20 juni 2024: 'De NVWA zelf volgt nooit de gehele route omdat ze alleen in Nederland inspecteert, waardoor ze ook niet weet wat zich op de tussenstations en onderweg in de trucks precies afspeelt.'

72 L. Coscieme e.a., Unfit, unfair, unfashionable: Resizing fashion for a fair consumption space, Berlijn: Hot or Cool Institute 2022, p. 55: '(...) purchases of new garments should be limited to an average 5 items per year for achieving consumption levels in line with the 1.5-degree target.'

73 I. Maldine e.a., Measuring the Dutch clothing mountain, Hogeschool van Amsterdam 2017, p. 56.

74 Ook De Jong en Faure pleiten in hun opiniestuk (zie noot 10) voor een multifactorbenadering.

geven, en vooral: veel publiekrechtelijke wetgeving. Want het is nu eenmaal zo dat stringente milieustandaarden, CO₂-handelssystemen en belastingen effectiever zijn dan subsidies.⁷⁵ Wetgeving zorgt ervoor dat ondernemingen duurzaam kunnen handelen zonder aan concurrentiekracht te verliezen, omdat hun concurrenten zich er ook aan moeten houden – de wet als troefkaart. Die wetgeving moet dan wel gelden in veel van de landen waar die concurrenten zitten. Wat dat betreft is de Green Deal op EU-niveau, zelfs al is die in het politieke proces hier en daar verwaterd, (ook) uit het oogpunt van effectiviteit goed nieuws.

75 R. Rozendaal & H. Vollebergh, Stringente standaarden stimuleren innovatie in doorbraaktechnologieën, *ESB* (107) 2022, afl. 4814, p. 455-457; Climate and carbon. Aligning prices and policies (OECD Environment Policy Paper no. 1), oktober 2013. Subsidies zijn wel deels ook nodig, aldus M. Stellinga op basis van interviews met economen in: Wat doen we met Shell en Tata?, *NRC Handelsblad* 9 maart 2024.