

# Artikel

## Klimaatverandering: na ons de zondvloed, of toch beter het voorkomen ervan?

Verslag bijeenkomst VASR op 24 april 2024

Ina Middelkamp en Jonah van der Werf\*

44

### 1 Inleiding

De Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR) organiseerde op 24 april 2024 haar voorjaarsbijeenkomst in Huize Molenaar te Utrecht. Het thema van de bijeenkomst betrof 'Klimaatverandering'. Dit lijkt wellicht een apart onderwerp voor een vereniging die zich bezighoudt met aansprakelijkheid en schadevergoedingen, maar niets is minder waar. De negatieve gevolgen voor 'people and planet' worden namelijk steeds groter en dat is ook relevant voor de VASR. Ngo's en slachtoffers roeren zich in binnen- en buitenland; de proceduredreiging neemt daardoor toe. Ondernemingen (en hun adviseurs) weten op dit moment niet altijd goed welke stappen ze moeten ondernemen en welke risico's ze lopen met betrekking tot drie kernthema's in het bijzonder:

1. Uitstoot: zijn ondernemingen enkel verantwoordelijk voor de eigen emissies, of ook voor die van de waardeketen of zelfs van hun producten of diensten?
2. Klimaatadaptatie: moeten adaptatiemaatregelen worden getroffen? Zo ja, welke en op basis van welk klimaatscenario?

\* Mr. A. Middelkamp is als docent/promovenda bestuurskunde verbonden aan de Vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Mr. J.L. van der Werf is als docent staats- en bestuursrecht verbonden aan de Vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

3. Schadeclaims: kunnen ondernemingen en hun adviseurs worden geconfronteerd met schadeclaims, en zo ja, hebben deze kans van slagen? Met welke claims moet rekening worden gehouden?

Over deze thema's heeft hoofdspreker van de dag, prof. mr. J. Spier,<sup>1</sup> recent gepubliceerd. In zijn boek *Climate Litigation in a Changing World*<sup>2</sup> verkent Spier terugkerende juridische kenmerken en rechtsmiddelen in de context van klimaatgeschillen. Referenten prof. mr. H.J. de Kluiver<sup>3</sup> en prof. mr. K.J. de Graaf<sup>4</sup> zijn voor de bijeenkomst gevraagd om vanuit hun expertise te reageren op de recente publicatie van Spier. Dit verslag is een korte weergave van de bijdrage van Spier, beide referenten en de discussie die daar, onder leiding van voorzitter prof. mr. M.A. Loth,<sup>5</sup> op volgde.

- 1 Jaap Spier is Extraordinary Professor of Global Challenges aan de University of Stellenbosch en was voorheen (onder meer) advocaat-generaal bij de Hoge Raad.
- 2 J. Spier, *Climate Litigation in a Changing World*, Den Haag: Eleven 2022.
- 3 Harm-Jan de Kluiver is als hoogleraar Ondernemingsrecht verbonden aan de afdeling privaatrecht van de Universiteit van Amsterdam.
- 4 Kars de Graaf is als hoogleraar Bestuursrecht en duurzaamheid verbonden aan de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.
- 5 Marc Loth is voorzitter van de VASR en emeritus hoogleraar Privaatrecht aan Tilburg University.

## 2 Spier: tijd voor een goed gesprek over klimaatrecht

Jaap Spier is de eerste spreker van de dag. Hij schetst in zijn bijdrage de klimaatproblematiek die op ons afkomt.

### 2.1 Inleiding

Wat precies de omvang van de klimaatproblemen is en in welke vorm die zich zullen voordoen, is op dit moment onzeker. Het is echter evident dat de opwarming van de aarde en de daarmee samenhangende klimaateffecten als gevolg van menselijk handelen (zullen) optreden. De gedachte dat de opwarming zich beperkt tot 1,5 °C is bovendien niet meer reëel (gebleken). Idealiter zouden staten dit mondiale probleem gezamenlijk oplossen, maar dat zal naar het oordeel van Spier helaas niet gebeuren. Het debat gaat nog steeds uit van – naar we nu weten – te optimistische scenario's van opwarming.

Het regent allerlei vage beloftes, voornemens, resoluties en dergelijke. De inhoud ervan is vaak onduidelijk; ook hoe deze moeten worden geïnterpreteerd. Het is dan ook voor niemand echt goed te duiden hoe het klimaatrecht op dit moment mondiaal in elkaar steekt en hoe het zich de komende decennia zal ontwikkelen. In de discussie hierover nemen ondernemingen een (te) passieve houding aan. Zij zijn niet bereid om na te denken, laat staan te spreken, over hun rol en hoe zij dienen te anticiperen op klimaatclaims. Ondernemingen lijken zich terug te trekken achter de juridische dijken. Hoe bestendig die juridische dijken zijn, is echter zeer de vraag. Zij zijn in de beleving van Spier veelal gebouwd op juridisch drijfzand. In zijn bijdrage zet hij uiteen waarom.

### 2.2 Inhoud van het klimaatrecht

Klimaatvorderingen richten zich tegenwoordig doorgaans tot staten of ondernemingen. De focus daarbij zal zijns inziens steeds vaker komen te liggen op de verplichtingen van ondernemingen.

Thans is vaak onduidelijk wat de verplichtingen van staten zijn. Het is in veel gevallen lastig hen op die verplichtingen, wat de inhoud ook moge zijn, aan te spreken; de uitkomst van procedures is ongewis. Te denken valt aan 'verplichtingen jegens toekomstige generaties' en klimaatverandering als schending van mensenrechten, al wordt dit laatste in sommige rechterlijke uitspraken vrij helder uitgewerkt. Sommige staten kunnen niet worden gedagvaard in een rechtssysteem dat effectief is. Executie van veroordelende vonnissen, met name van internationale rechters, zal niet zelden problematisch zijn als staten deze niet willen naleven. Procedures tegen ondernemingen zijn eenvoudiger, al was het maar omdat zij – vanwege de wereldwijde gevolgen van hun handelen – voor rechters in talloze landen kunnen worden gedagvaard. De kans dat al die rechters niet thuis geven is heel klein.

In de kern ziet Spier drie problemen. Het eerste is hoe omgegaan moet worden met uitstoot. Wie moet zijn emissies in welke mate terugbrengen? Hoe ver reikt de verplichting van bedrijven voor emissies in de waardeketen, producten en diensten inbegrepen? Een tweede probleem betreft de vraag wie wat moet doen met betrekking tot adaptatie. Een laatste probleem speelt met betrekking tot klimaatschade. Hoe bepalen we wie welke schade moet dragen? In een ideale wereld lost de internationale politiek deze problemen op. Gezien de grote belangentegenstellingen en de politieke onwil in belangrijke landen lukt dat volgens Spier tot op heden (nog) niet; er is weinig reden om aan te nemen dat dit (spoedig) gaat veranderen.

Vaak lijkt niet te worden onderkend dat vage 'beloftes' en andere oprispingen niet onschuldig zijn. Neem verplichtingen ten opzichte van tribale groepen of 'ouderen'. Zij kunnen ertoe leiden dat maatregelen moeten worden genomen met betrekking tot zo'n specifieke groep.<sup>6</sup> Daarmee worden schaarse middelen voor een enkele doelgroep aangewend. Het heeft volgens Spier meer zin om op een fundamenteeler niveau en in internationaal verband na te denken over zinnige oplossingen en over de mogelijke juridische consequenties van verklaringen, resoluties en vage begrippen die in internationale instrumenten voorkomen, en vooral ook van (beoogde) rechterlijke uitspraken.

Het probleem waar we volgens Spier nu mee te maken hebben, is er voor een groot deel omdat de wil ontbreekt om na te denken over de verschillende verplichtingen. Wie precies wat moet doen, is op dit moment onvoldoende duidelijk. Anders dan als 'der Geist der stets verneint', nemen ondernemingen thans überhaupt geen deel aan de discussie, aldus Spier. Gezien de verplichtingen die zij via *soft law* op zich (moeten) nemen, is dat onverstandig. Ter illustratie wijst Spier op de 2023-versie van de OESO-richtlijnen<sup>7</sup> voor multinationale ondernemingen, waaruit blijkt dat ook ondernemingen mensenrechten moeten naleven. Wat dat precies betekent, is echter onduidelijk. Dat geldt ook voor bijvoorbeeld 'remediation', kennelijk een (soort) verplichting tot het betalen van schadevergoeding. Maar wat, wanneer, hoeveel en aan wie blijft ongewis. Vergelijkbare problemen en vraagstukken doen zich voor met betrekking tot talloze andere belangrijke onderwerpen.

De gedachte dat het onderschrijven van dit soort 'soft law'-instrumenten geen kwaad kan, wordt door Spier bestreden. Met betrekking tot de genoemde OESO-richtlijnen: hierin staat dat ze in overeenstemming met het geldend recht van veel landen zijn. Alleen al daarom is het vrijblijvende karakter zeer twijfelachtig. Het valt te

6 Zie bijv. EHRM 9 april 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0409JUD005360020 (KlimaSeniorinnen e.a./Zwitserland), <https://climatecasechart.com/non-us-case/union-of-swiss-senior-women-for-climate-protection-v-swiss-federal-council-and-others/>.

7 OECD, OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen inzake maatschappelijk verantwoord ondernemen, Parijs: OECD Publishing 2024, <https://doi.org/10.1787/f3667ab4-nl>.

verwachten, zoals in de zaak van Milieudefensie tegen Shell<sup>8</sup> ook gebeurde, dat rechters het verweer dat het om niet rechtens afdwingbare verplichtingen gaat van tafel zullen vegen. Dit zal zeker het geval zijn, maar niet alleen als ondernemingen deze instrumenten hebben onderschreven.

### 2.3 Klimaatprocedures

Dat klimaatprocedures zouden worden gestart, viel te verwachten. De eerste golf van procedures was met name gericht op het tegengaan van specifieke projecten, bijvoorbeeld door te procederen over (gebreken in) milieueffectrapportages. Inmiddels worden ook procedures voor ge- en verboden en schadevergoeding(en) aangespannen. De verwachting is dat dit aantal alleen maar zal toenemen. Het vinden van een juridische basis voor klimaatvorderingen is niet zo moeilijk. Denk bijvoorbeeld aan de onrechtmatige daad, en met betrekking tot schadeclaims aan risicoaansprakelijkheden of – in *common law*-landen – aan *public nuisance*. Ook beleid of mededelingen van ondernemingen om zich te committeren aan het terugbrengen van CO<sub>2</sub>-uitstoot kunnen een basis voor een dergelijke vordering vormen als de ‘commitments’ niet worden nageleefd.

Er lopen op dit moment in de Verenigde Staten (hierna: VS) ongeveer veertig procedures waarin schadevergoeding wordt gevorderd door staten, gemeenten en *counties*. De totale schade waarover wordt geprocedeerd loopt in de biljarden dollars.

De van afzonderlijke bedrijven gevorderde bedragen zijn gebaseerd op berekeningen van Heede.<sup>9</sup> Hij heeft voor zo'n zeventig multinationals berekend wat hun bijdrage aan mondiale emissies is. Hij betrok daarbij hun historische uitstoot en de uitstoot van hun producten. Hoewel er geen reden is de *berekeningen* van Heede in twijfel te trekken, worden ze volgens Spier te vaak klakkeloos overgenomen in vorderingen en rapporten zonder aan te geven wat hun juridische relevantie is.

Spier vindt het in het licht van bovenstaande uitermate riskant dat veel ondernemingen het op dit moment laten aankomen op procedures. De kans dat schadeclaims overall zullen worden afgewezen, lijkt erg klein. Uitspraken zullen per land verschillen vanwege de uiteenlopende belangen of tradities. Het recht is een levend instrument. Om die reden kan een rechter in een procedure verschillende kanten op. De praktijk leert dat rechters hiermee worstelen. Omdat het recht onduidelijk is, ontdek je er niet aan dat de rechter een sprong maakt naar het gewenste resultaat. Het lot van ondernemingen wordt daarmee bepaald door de meest verstrekkende rechterlijke uitspraak. Veel hangt af van de vordering, het verweer en de rechter die de zaak behandelt. Met andere woorden, het is moeilijk te voorspellen wat rechters gaan doen, en dat levert onzekerheid op. Enerzijds kan het zijn dat rechters voorzien dat voor een verstrekkende

uitspraak waarin de vordering wordt toegewezen, geen draagvlak is. Anderzijds is ook mogelijk dat rechters van oordeel zullen zijn dat – omdat de samenleving en de staten geen verantwoordelijkheid nemen – het op hun weg ligt om verstrekkende vorderingen of schadevergoedingen toe te wijzen, omdat (sommige) slachtoffers niet in de kou mogen blijven staan.

Ondernemingen denken vaak enkel in het land waarin ze zijn gevestigd gedagvaard te kunnen worden. Dat is een misvatting. Omdat klimaatverandering een mondiaal probleem is (emissies hebben wereldwijde gevolgen), zullen ondernemingen in landen waar schade is ontstaan, kunnen worden gedagvaard. Ook de gedachte dat de dagvaarding in een ander land dan het land van vestiging geen gevolgen heeft omdat een eventueel vonnis niet executabel is, is een misvatting. Gelet op het Gazprom-arrest<sup>10</sup> kan in Nederland in verschillende situaties ook een buitenlands vonnis worden geëxecuteerd. Spier verwacht bovendien dat in de (nabije) toekomst ook een vonnis dat gewezen is tegen een moederbedrijf, in een aantal landen zal kunnen worden geëxecuteerd tegen dochterondernemingen. Dit is in lijn met de ontwikkeling dat moederondernemingen verantwoordelijk zijn voor de verplichtingen van hun dochters.

### 2.4 Samenhang tussen problemen

Het lastige van dit rechtsgebied is dat veel met elkaar samenhangt. Ter illustratie wijst Spier op de discussie omtrent het beleggen in ondernemingen die fossiele brandstoffen produceren. Overheersend is het gevoel dat dit niet wenselijk is. De consequentie daarvan is dat de beleggers die druk wilden uitoefenen, bijvoorbeeld op een onderneming als Shell, inmiddels zijn verdwenen. Enkel de beleggers die maximale winst op de korte termijn beogen te halen, zijn behouden. Het is de vraag of men goed heeft nagedacht over de consequentie van het besluit om niet in dergelijke ondernemingen te beleggen. Het nadenken over consequenties – in dit voorbeeld, maar ook in vele andere vraagstukken – gebeurt volgens Spier niet voldoende. De problemen spelen op veel meer terreinen dan menigeen – ook advocaten – zich realiseert. Denk daarbij bijvoorbeeld aan langdurige contracten, beschikbaarheid van leveranciers, milieueffectrapportages, het opzetten van nieuwe fabrieken, *disclosure* en de garanties bij het overnemen of afstoten van ondernemingen. Dit is ook van belang voor grote advocatenkantoren, die zich onvoldoende realiseren dat ook zij ondernemingen zijn. Daardoor hebben ook zij te maken met de OESO-richtlijnen, wat betekent dat ze geen inbreuk mogen maken op mensenrechten. Dit heeft consequenties voor bijvoorbeeld de adviezen die zij geven, en hun vatbaarheid voor claims van derden.

Adaptatie wordt een van de grootste problemen. Om te beginnen is er een groot aantal vragen waarop we het antwoord niet weten: Van welk klimaatscenario moet worden uitgegaan? Welke temperatuurstijging is maxi-

8 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

9 Zie <https://climateaccountability.org/pdf/Heede%20CV%20Mar21.pdf>.

10 HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2838.

maal nog ‘aanvaardbaar’? Wat brengt het voorzorgsbeginsel mee? Juridische vragen waarover we internationaal met elkaar in debat moeten gaan. De relevantie van de praktische vragen moet ook niet worden uitgevlakt: wat is technisch mogelijk en praktisch/financieel haalbaar dat ook juridisch gewicht in de schaal legt? Denk bijvoorbeeld aan de vraag hoe we overstromingen van rivieren op een nagenoeg *fail proof* wijze gaan voorkomen door het water in de zee te pompen. Daargelaten of dat technisch echt kan, en zo ja, of er voldoende menskracht voorhanden is om deze techniek in daden om te zetten, is ook de vraag of we er zeker van zijn dat de betreffende techniek altijd zal werken.

Het idee is thans dat adaptatie in Nederland ongeveer € 600 miljard zal kosten. Indien een aantal grote ondernemingen ons land verlaat, bijvoorbeeld om door Milieudefensie aangekondigde klimaatprocedures te vermijden, tast dat de economie aan en wordt het opbrengen van dat bedrag lastig. Wanneer duidelijk wordt dat overstromingsproblemen reëel zijn, zal de waarde van het onroerend goed in de kustprovincies gaan dalen. De vraag is of de banken dat kunnen opvangen. Indien dit niet het geval is, dan wordt de financiering van de adaptatiemaatregelen erg lastig.

### 2.5 Tot slot

Spier komt tot de conclusie dat er op dit moment te weinig gesproken wordt over de inhoud van het (internationale) klimaatrecht. Hij roept dan ook op om de discussie en gedachtevorming breder op te pakken.

Wanneer een of meer van de genoemde Amerikaanse vorderingen zullen worden toegewezen, gaan Amerikaanse eisers er met de buit vandoor, hoewel de VS de grootste bijdrage heeft geleverd aan de klimaatproblemen. In dat geval blijft er heel weinig over voor arme(re) landen en al helemaal niets voor toekomstige generaties. Spier en Wiegers<sup>11</sup> werken, samen met een select gezelschap van internationale collega's, aan een argumentatie om te bewerkstelligen dat de nu aanhangige Amerikaanse vorderingen niet worden toegewezen. Als dat slaagt, wordt daarmee volgens Spier bewerkstelligd dat armere landen in elk geval een deel van hun schade vergoed kunnen krijgen.

## 3 De Kluiver: Europese bijdrage aan het klimaatrecht

Na een korte pauze is het woord aan Harm-Jan de Kluiver. Hij vliegt het thema aan vanuit het ondernemingsrecht.

### 3.1 Inleiding

De Kluiver gaat in op de recente ontwikkelingen in Europa. In het bijzonder bespreekt hij de Corporate Sustain-

ability Reporting Directive (CSRD) en de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD). Hij onderschrijft de stelling van Spier dat we te maken hebben met een zeer serieus probleem, maar geeft aan dat er tegelijkertijd ook het een en ander gebeurt, zeker in Europa, al is duidelijk dat dit nog zeker niet genoeg is.

### 3.2 CSRD & CSDDD

De CSRD is inmiddels enige tijd geleden aangenomen en dient door de lidstaten in de zomer van 2024 geïmplementeerd te zijn. Deze richtlijn schrijft voor dat ondernemingen die binnen de reikwijdte van de richtlijnen vallen, uitgebreid moeten rapporteren over hun duurzaamheidsinitiatieven. De richtlijn is nader uitgewerkt in uitvoeringsrichtlijnen en verordeningen. De daaruit voortvloeiende rapportageverplichtingen voor ondernemingen zijn enorm, en de eerste rapportages worden over een jaar verwacht. De informatie uit deze rapporten kan ook grond vormen voor of gebruikt worden in een juridische procedure.

De CSDDD geldt voor grote ondernemingen. Dat zijn ondernemingen met (meer dan) 1000 werknemers en een jaaromzet van ten minste € 450 miljoen in de EU. Hoewel dit in eerste instantie een relatief kleine groep lijkt te betreffen, moet bedacht worden dat ook ondernemingen in de handelsketen geraakt worden, omdat zij de informatie moeten aanleveren. Er zal wel een overgangsregime gaan gelden in de zin dat de richtlijn allereerst uitsluitend zal gelden voor ondernemingen met meer dan 5000 werknemers. Dat vereiste aantal zal in drie jaar worden verminderd tot 1000 werknemers.

De CSDDD legt op de ondernemingen die binnen de reikwijdte van die richtlijn vallen, (zorg)plichten om te voorkomen dat in de waardeketen, en met name bij dochterondernemingen en toeleveranciers, ook als deze zich buiten de EU bevinden, sprake is van (een) inbreuk(en) op mensenrechten of aantasting van het milieu. Voor zover dergelijke inbreuken toch plaatsvinden, zijn de ondernemingen gehouden dergelijke inbreuken en de gevolgen daarvan te mitigeren en uiteindelijk te beëindigen. Daarnaast dienen deze grote ondernemingen een ondernemingsklimaatplan op te stellen dat in lijn is met de afspraken in de bekende Parijse akkoorden en daarmee in overeenstemming is, met als doelstelling het beperkt houden van de opwarming van de aarde tot maximaal 1,5 °C. Over de CSDDD is op 15 maart 2024 een compromis bereikt tussen vertegenwoordigers van de Raad van de Europese Unie en het Europees Parlement. Daarna is dit compromis ook formeel goedgekeurd door beide gremia. Op 5 juli 2024 is de finale versie van de CSDDD als EU Richtlijn 2024/1760 in het EU Official Journal gepubliceerd.

Bij de bestudering van de CSDDD is het belangrijk om goed onderscheid te maken tussen enerzijds mensenrechten en milieubescherming en anderzijds klimaat. Klimaat is nadrukkelijk *geen* onderdeel van milieubescherming. Voor mensenrechten en milieubescherming geldt een *due diligence*-verplichting (een ‘zorgverplichting’).

11 Sam Wiegers was ten tijde van de voorjaarsbijeenkomst van de VASR student International Studies aan de Universiteit Leiden.

ting' derhalve). In art. 10 en 11 is bepaald dat het gaat om 'identifying, preventing, mitigating and ending those impacts by taking "appropriate measures"'. Wat deze *appropriate measures* precies inhouden, is nog niet duidelijk, maar helder is wel dat er iets moet gebeuren. Indien sprake is van inadequaat handelen van de onderneming kunnen zowel bestuursrechtelijke als civielrechtelijke (aansprakelijkheids)sancties volgen. In Europese context is met name uitgebreid gediscussieerd over de reikwijdte en voorwaarden van de civiele aansprakelijkheid. Het Europees Parlement stelde een ruime aansprakelijkheid met lage drempels voor. Daar is het uiteindelijk niet van gekomen. De regeling in uitgede vorm kent een aantal beperkingen (zie art. 29 CSDDD). Zo moet bijvoorbeeld worden voldaan aan alle klassieke beperkingen, met inbegrip van de eisen van causaliteit en relativiteit, voordat een onderneming aansprakelijk gehouden kan worden voor een inbreuk op mensenrechten of op het vereiste van milieubescherming. Ook is bepaald dat een onderneming niet aansprakelijk kan worden gehouden als de schade uitsluitend is veroorzaakt door een toeleverancier of andere 'business partner' (zie art. 29, eerste lid, CSDDD). Daarnaast zijn bepalingen die eerder zagen op de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders geschrapt.

De kernbepaling over klimaat in de CSDDD is art. 22. In dit artikel is bepaald dat '[c]ompanies [are] to adopt a (transition)plan compatible with the Paris Agreement including emission reduction objectives'. Ondernemingen zullen dus nadat de richtlijn is geïmplementeerd met een 'klimaatplan' moeten komen. In het plan moet onder meer staan wat de doelstelling voor het reduceren van broeikasgassen in de periode tot 2030 is en hoe de onderneming daarna in stappen van telkens vijf jaar bereikt dat in 2050 de activiteiten geheel klimaatneutraal plaatsvinden. Hoe per individuele onderneming geoperationaliseerd moet worden dat deze voldoende bijdraagt om binnen de internationaal gestelde grenswaarde van 1,5 °C temperatuurstijging te blijven, is overigens nog een grote vraag, waar de richtlijn geen helderheid over verschaft. Wel geldt dat de richtlijn uitgaat van een *best efforts*-bepaling.

Een belangrijk verschil met de zorgplichten die zien op mensenrechten en het voorkomen van milieuschade is dat de aansprakelijkheidsbepalingen zoals vervat in art. 29 CSDDD *niet* van toepassing zijn op de verplichtingen met betrekking tot het klimaatplan. Dat wil overigens niet zeggen dat in het geheel geen sprake kan zijn van aansprakelijkheid; het nationale recht van de EU-lidstaten en van staten buiten de EU zal hier uiteindelijk beslissend kunnen zijn – verwezen zij weer uitdrukkelijk naar de bijdrage van Spier.

De sanctie op overtreding van de klimaatregels zoals gesteld in art. 22 CSDDD wordt derhalve door de EU *niet* gezocht in aansprakelijkheid, maar in toezicht en handhaving. Toezicht wordt bij een, door ieder land zelf aan te wijzen, toezichthouder belegd. Voor Nederland wordt daarbij gedacht aan de Autoriteit Consument en Markt

(ACM). Dit betekent dat de toezichthouder na het lezen van de plannen moet beoordelen of er voldoende wordt bijgedragen aan het behalen van het doel om temperatuurstijging te beperken. De toezichthouder beschikt in beginsel over vergaande bevoegdheden, met inbegrip van de bevoegdheid om boetes op te leggen, die bekend te maken (naming-and-shaming), bevelen en verboden en onmiddellijke voorzieningen c.q. maatregelen en lasten onder dwangsom op te leggen. De vraag is daarbij wel hoe die scherpe sancties zich verhouden tot de zeer open normen, en in hoeverre het *lex certa*-beginsel niet in de weg staat aan het daadwerkelijk gebruik maken daarvan. In beschouwingen daarover wordt regelmatig verwezen naar de ervaring die in dit kader is opgedaan in het milieurecht en het omgevingsrecht in bredere zin. Voor lezers van dit tijdschrift is dat uiteraard zeer bekende materie, inclusief de benadering van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat sancties mede zullen afhangen van de vraag in hoeverre onmiskenbaar duidelijk kan worden geacht dat (open) normen zijn overtreden.

### 3.3 Emission Trading System

We kennen in Europa ook het emissiehandelssysteem (ETS). Het ETS is een marktinstrument waarmee de EU de uitstoot van broeikasgassen beoogt te verminderen. In Nederland vallen installaties van ongeveer 400 ondernemingen onder het ETS. De gedachte achter het ETS is dat de uitstootrechten die aan ondernemingen zijn toegekend elk jaar minder worden, waardoor zij gezamenlijk elk jaar hun uitstoot moeten terugdringen. Wanneer een onderneming er niet in slaagt binnen haar uitstootrechten te blijven, is zij genoodzaakt om de onderneming stil te leggen of om uitstootrechten op de markt kopen. Achter het ETS zit een ingewikkeld mechanisme, met een eigen toezichthouder: de Nederlandse Emissieautoriteit. In 2023 is er 13% minder uitstoot geweest dan in 2022. Het systeem is wellicht nog niet voldoende om in die mate het verschil te maken als door Spier terecht als noodzakelijk aangemerkt, maar Europa heeft inmiddels wel een aantal bouwstenen beschikbaar en knoppen om aan te draaien om klimaateffect te bereiken.

### 3.4 Ontwikkelingen in de rechtspraak

Spier lichtte in zijn bijdrage al toe wat er gebeurt op het gebied van *litigation*. Er is reeds succesvol actie ondernomen tegen verschillende lidstaten, zoals Nederland, België en Zwitserland.<sup>12</sup> In die zaken speelden twee aspecten een belangrijke rol. Er is ten eerste sprake van een *margin of appreciation*. Die marge is voor een lidstaat beperkt als het gaat om de vraag 'of er wat moet worden gedaan'. Voor de vraag 'wat er moet worden gedaan' hanteert het Hof van Justitie van de EU nog steeds een ruime marge, zo bleek recent uit de zaak *KlimaSeniorinnen Schweiz e.a./Zwitserland*.<sup>13</sup>

12 Zie recent EHRM 9 april 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0409JUD005360020 (KlimaSeniorinnen Schweiz e.a./Zwitserland).

13 EHRM 9 april 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0409JUD005360020 (KlimaSeniorinnen Schweiz e.a./Zwitserland).

Tegen enkele lidstaten is dus reeds met succes geprocedeerd. Het is niettemin de vraag in hoeverre ondernemingen aangesproken kunnen worden. De Kluiver deelt de opvatting van Spier dat er veel procedures tegen ondernemingen te verwachten zijn. De verwachting van Spier dat rechters geneigd zijn om schadevorderingen toe te wijzen, deelt De Kluiver echter niet zonder meer. Er zijn in Europa op dit moment nog geen geslaagde aansprakelijkheidsprocedures geweest. Nagenoeg alle zaken tot nu toe zijn uiteindelijk uitgelopen op bevelen tot en verboden van bepaald handelen. In Nederland kennen we de Nigeria-zaak,<sup>14</sup> waarin de rechter de daadwerkelijke aansprakelijkheid bij de dochteronderneming in Nigeria liet, maar het Europese moederbedrijf wel beval om maatregelen te nemen. Zelfs in Frankrijk, waar in 2017 een aansprakelijkheidswet voor schending van mensenrechten en milieuverontreiniging is aangenomen, blijft het tot nu toe veelal bij ge- en verboden. Hetzelfde geldt in Duitsland, waar aansprakelijkheid voor schending van de bepalingen uit het Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz in diezelfde wet is uitgesloten.

### 3.5 De rol van bestuurders en aandeelhouders

De persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders is in de CSDDD uitgesloten. In het Verenigd Koninkrijk zijn de zaken die tegen de bestuurders van Shell zijn ingesteld alle in een kort geding van tafel gegaan.<sup>15</sup> Daarbij is de afweging gemaakt dat de maatregelen behoren tot de discretie van bestuurders. Er rust weliswaar een plicht op de bestuurders om iets te doen, maar wat ze doen dienen ze grotendeels zelf te bepalen. Of in andere landen op eenzelfde wijze geoordeeld zal worden, moet worden afgewacht. De Kluiver haalt het boek *Value(s)* van Mark Carney aan,<sup>16</sup> waarin Carney de vraag stelt: ‘Can we nudge companies and their directors to do more?’ De gedachte – die Carney ook nog aanhangt – dat het mogelijk is om én duurzaam te zijn én meer winst te maken, is in de visie van De Kluiver overigens niet zonder meer reëel. Wanneer serieus werk wordt gemaakt van milieumaatregelen, zal dat, zeker op korte termijn, veel geld kosten en ten koste gaan van de winst. Zolang concurrenten geen maatregelen treffen en die kosten dus niet maken, is er een groot risico voor ondernemingen die wel in de richting van duurzaamheid bewegen dat zij ten opzichte van aandeelhouders en consumenten op achterstand komen te staan en mogelijk zelfs in financiële problemen komen. Daarmee zijn vergaande stappen in de richting van duurzaamheid niet zonder meer in het belang van de onderneming. Daar moet iets aan worden gedaan, zodat bestuurders toch worden aangezet om werk te maken van milieumaatregelen. Dat kan inhouden dat bestuurders zowel wettelijk als van de rechter veel meer ruimte krijgen om tegen aandeelhouders in te gaan, en bijvoorbeeld de bevoegdheid van aandeelhouders om bestuurders aansprakelijk te houden of

te ontslaan, wordt beperkt. In het algemeen is De Kluiver niet optimistisch over wat van aandeelhouders verwacht mag worden. Zij zullen veelal zeer kritisch kijken naar de noodzaak van (dure) investeringen in radicale duurzaamheids- en klimaatmaatregelen en in het algemeen de winstverwachtingen op relatief korte termijn en in verhouding tot die van concurrenten centraal stellen. Drastische verandering zal derhalve niet primair van aandeelhouders moeten komen, maar van de bestuurders. De uitdaging is daarmee om hen, ook met juridische middelen, op het spoor te zetten om de goede dingen te doen.

## 4 De Graaf: waar blijft het milieurecht in het debat over het klimaatrecht?

Kars de Graaf is de laatste spreker van de middag. Hij reageert op het verhaal van Jaap Spier vanuit een publiekrechtelijk/omgevingsrechtelijk perspectief.

### 4.1 Inleiding

Het fascineert De Graaf om te zien hoe de wetgever middels het publiekrecht en het omgevingsrecht de verantwoordelijkheid van ondernemingen probeert te reguleren. Er zijn op dit moment – al dan niet gebaseerd op internationale en Europese doelstellingen en EU-regelgeving – talrijke initiatieven om, naast de civielrechtelijke maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, in wet- en regelgeving normen op te nemen die ondernemingen aanjagen hun verantwoordelijkheid te nemen om meer te doen tegen klimaatverandering. Vanuit omgevingsrechtelijk perspectief valt volgens De Graaf wel op dat de regering, om te voldoen aan de verplichtingen die onder meer volgen uit het Urgenda-arrest,<sup>17</sup> niet primair denkt aan regulering door het wijzigen van milieuvergunningen, het stellen van nieuwe algemene regels voor ondernemingen of aan het inschakelen van de Nederlandse Emissieautoriteit. Om aan de door de rechter in de Urgenda-zaak opgelegde doelstelling te voldoen, wordt bijvoorbeeld een wet aangenomen die het op termijn verbiedt om kolen te gebruiken om elektriciteit op te wekken.<sup>18</sup> Omdat dit nog onvoldoende resultaat boekte, is ook een subsidieregeling opgesteld om één kolen centrale vrijwillig te laten sluiten.<sup>19</sup> Daarnaast zet de regering onder meer in op vergroening van de industrie door maatwerkafspraken. Dat roept bij De Graaf een aantal vragen op: Hoe komt het bijvoorbeeld dat het civiele recht in het klimaatdossier zo het voortouw neemt of moet nemen? De maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm is uiteraard noodzakelijk, maar is het niet ook zaak om zo snel mogelijk in het milieurecht/omgevingsrecht de normstelling aan te passen en ten minste

14 Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132.

15 High Court of Justice (Verenigd Koninkrijk) 12 mei 2023, ClientEarth v. Shell Plc [2023] EWHC 1137 (Ch).

16 M. Carney, *Value(s): Building a Better World for All*, Oxford: Signal Books 2021.

17 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (Urgenda).

18 Zie de Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie (Stb. 2019, 493).

19 Zie de Subsidie vrijwillige sluiting kolencentrale (Kamerstukken II 2021/22, 32 813, nr. 936).

aansluiting te vinden bij hetgeen die zorgvuldigheidsnorm vereist? Zouden de Staat, de wetgever en het bestuur daarom niet veel actiever moeten zijn? En welke regelingen hebben zij op dit moment tot hun beschikking om ondernemingen tot actie aan te sporen of te dwingen? Mede gelet op deze vragen besteedt De Graaf in zijn presentatie in het bijzonder aandacht aan de rol voor de recent in werking getreden Omgevingswet en de recent gewijzigde Richtlijn industriële emissies.

#### 4.2 De rol van de Omgevingswet

De Omgevingswet is een nieuw stelsel dat het recht over de fysieke leefomgeving heeft geherstructureerd. Dit stelsel zou volgens De Graaf gebruikt kunnen worden om ondernemingen bij de les te houden. Kan met het oog op een duurzame ontwikkeling en het beschermen en verbeteren van de fysieke leefomgeving het voorzorgsbeginsel bijvoorbeeld beter worden benut? De vraag is in hoeverre dit beginsel door kan werken bij bijvoorbeeld vergunningverlening of bij het stellen van algemene regels, onder meer in het omgevingsplan. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland hebben geprobeerd op basis van dit beginsel in een milieuvergunning voorwaarden te stellen voor de uitstoot van potentieel zeer zorgwekkende stoffen. Of dit – mede op basis van het voorzorgsbeginsel – is toegestaan, blijft op dit moment nog de vraag, omdat daarover nog wordt geprocedeerd na een negatief antwoord in eerste aanleg.<sup>20</sup>

Met het oog op een duurzame ontwikkeling en het beschermen en verbeteren van de fysieke leefomgeving kunnen volgens De Graaf ook vraagtekens gezet worden bij de verhouding tussen het systeem van milieuvergunningen en het ETS-systeem (zie ook de voordracht van De Kluiver). Vanwege de keuze voor het ETS om de CO<sub>2</sub>-uitstoot te reguleren, is afgesproken dat er voor grote industriële uitstoters geen CO<sub>2</sub>-emissiegrenswaarden worden opgenomen in de vergunning die vereist is op grond van de Richtlijn industriële emissies en de implementatie daarvan in de Nederlandse wet- en regelgeving, in het bijzonder de Omgevingswet. Nieuw lichtpuntje en een belangrijke wijziging in die verhouding is dat de energiebesparingsplicht ook voor ETS-installaties geldt. De algemene regels over het energiegebruik verplichten veel ondernemingen om alle energieverduurzamingsmaatregelen met een terugverdientijd van vijf jaar te nemen. De afgelopen tijd, waarin energieprijzen enorm stegen en dus in potentie veel maatregelen genomen zouden moeten worden, gold echter een belangrijke kanttekening: de energieprijzen waarmee wordt gerekend, is de prijs van december 2019. Dat betekent dat besparingsmaatregelen die met de huidige energieprijzen in vijf jaar zijn terug te verdienen, nog niet verplicht zijn omdat met een lagere prijs voor energie wordt gerekend.

Ondanks tekortkomingen biedt de Omgevingswet wel degelijk instrumenten om klimaatverandering tegen te gaan door de emissie van CO<sub>2</sub> te beteugelen. Duidelijk is

wel dat het publiekrecht met name is gericht op specifieke installaties, die op een bepaalde locatie zijn gevestigd. Daar zijn de regels voor bedoeld. Daarmee is ook duidelijk dat die normstelling niet primair bedoeld is voor het reguleren van ondernemingen als geheel of regulering van een handelsketen.

Een ander onderdeel van de Omgevingswet waar een belangrijke rol voor weggelegd zou kunnen zijn, betreft de (nieuwe) functies die zorgplichten hebben. De Omgevingswet kent voor milieubelastende activiteiten een specifieke zorgplicht. Die bestaat uit een open norm die bepaalt dat iedereen, kort gezegd, verplicht is alle maatregelen te treffen om significante verontreiniging van het milieu en de fysieke leefomgeving zo veel mogelijk te voorkomen. Deze specifieke zorgplicht geldt in het stelsel van de Omgevingswet ook naast de omgevingsvergunning voor een installatie en naast de meer specifieke algemene regels waaraan die milieubelastende activiteit ook moet voldoen. Daarmee wordt gebroken met het oude systeem. Een dergelijke algemeen geformuleerde publiekrechtelijke open norm doet wel een vraag opkomen. Stel, de Shell-uitspraak blijft in hoger beroep in stand. Hoe verhoudt de publiekrechtelijke, specifieke zorgplicht zich in dat geval tot de civielrechtelijke, maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm? Zou bijvoorbeeld vanwege de van het bedrijf verlangde maatschappelijke zorgvuldigheid eerder handhavend opgetreden kunnen worden op grond van de specifieke zorgplicht? Kunnen er nadere maatwerkvoorschriften worden gesteld omtrent de CO<sub>2</sub>-uitstoot van een installatie van Shell op basis van die specifieke zorgplicht? Zo'n vaart zal het volgens De Graaf waarschijnlijk niet lopen, maar mocht men op basis van het publiekrecht willen ingrijpen, dan ligt hier wellicht een mogelijkheid.

#### 4.3 Herziening Richtlijn industriële emissies

Dat het stelsel van de Omgevingswet wellicht ook een nieuwe mogelijkheid biedt om de CO<sub>2</sub>-emissies van industriële installaties te beperken, komt voort uit de recente wijziging van de Richtlijn industriële emissies.<sup>21</sup> Wat De Graaf opvalt is dat er in veel van de recent aangenomen Europese richtlijnen voorgeschreven wordt dat ondernemingen plannen moeten schrijven over verduurzaming en het bereiken van CO<sub>2</sub>-neutraliteit, maar dat er weinig afstemming lijkt te zijn tussen al die plannen. Daar zou de EU wel over na moeten denken. De Richtlijn industriële emissies schrijft voor dat een vergunningplicht geldt voor specifieke installaties en dat die vergunning emissiegrenswaarden moet stellen voor bepaalde stoffen. Dat geldt ook voor die installaties die onder het ETS-systeem vallen. Tot op heden kent de Richtlijn industriële emissies geen specifieke bepalingen met betrekking tot de CO<sub>2</sub>-uitstoot omdat het ETS-systeem daarvoor het aangewezen instrument is, maar daar komt wellicht enige verandering in. Bij de

21 Zie het voorstel 2022/0104/COD voor wijziging van Richtlijn 2010/75/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 inzake industriële emissies (geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging).

20 Rb. Den Haag 31 oktober 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:17156.

herziening van de Richtlijn industriële emissies is besproken om deze ook in te zetten voor klimaatneutraliteit en dus voor het bereiken van de reductie van CO<sub>2</sub>-emissies. Voorlopig durft de Europese Commissie het nog niet aan om deze richtlijn ook volop te gebruiken voor dat doel, maar een juridisch kader waarin voor een bepaalde installatie niet alleen de beste beschikbare technieken moeten worden gebruikt voor het beperken van de CO<sub>2</sub>-uitstoot maar ook het ETS-systeem moet worden ingezet voor datzelfde doel, is geen gekke gedachte meer. In 2028 wordt de verhouding tussen beide systemen heroverwogen.

#### 4.4 Afsluiting

De Graaf sluit af met een aantal vragen vanuit publiekrechtelijke hoek. Moet het publiekrechtelijk klimaatrecht niet breder, strenger, beter worden uitgewerkt? Is het om het even of rechtsonzekerheid bestaat vanwege de – mede door mensenrechten ingevulde – maatschappelijke zorgvuldigheid of vanwege de publiekrechtelijke (specifieke) zorgplichten? Leiden rapportage- en planverplichtingen tot minder kansrijke of juist kansrijkere civielrechtelijke claims? De Graaf vraagt zich daarnaast af, gelet op de Urgenda-zaak, of nieuwe procedures tegen de Staat logisch zijn indien niet wordt voldaan aan de eisen die de Klimaatwet stelt. Dat is een vraag voor de Staat, maar ook voor ondernemingen. Stel dat een onderneming goede plannen maakt. Is dat dan een aanleiding om vaker of meer klimaatzaken tegen die onderneming te voeren in het geval zij zich wellicht niet voldoende aan die plannen houdt? Of ligt meer voor de hand dat klimaatzaken worden gestart indien plannen worden gemaakt waarmee niet kan worden voldaan aan het te bereiken doel? Of is het zo dat ondernemingen die voldoen aan de verplichtingen in hun plannen daadwerkelijk minder snel zullen worden geconfronteerd met een rechter die ingrijpt?

## 5 Discussie

Met de discussie waar Spier toe opriep wordt na de inleidingen een start gemaakt. In een levendig debat onder leiding van de voorzitter passeren verschillende belangwekkende thema's de revue.

### 5.1 Publiekrecht, privaatrecht of een mix?

Voorzitter Loth vraagt de aanwezigen hoe zij aankijken tegen de verhouding tussen het publiekrecht en het privaatrecht. Enerzijds is er een scherp geformuleerde zorgplicht, als publiekrechtelijke norm om het gedrag te sturen. Anderzijds bestaat er een privaatrechtelijke norm die wat ruimte laat. De vraag is wat de ideale cocktail van normeringsinstrumenten is, die je in kunt zetten. Welk onderdeel van het recht kan het beste op welke manier worden ingezet? Vanuit de zaal wordt opgemerkt dat sommigen weinig vertrouwen hebben in het privaatrecht. Ondernemingen die uit zichzelf bereid zijn om klimaatbeschermende maatregelen te treffen hoeven uiteraard niet gestimuleerd te worden. Ondernem-

mers die niet uit zichzelf bewegen, zullen op een andere manier gemotiveerd moeten worden. Dat zou pleiten voor een (grotere) rol voor het publiekrecht. De Graaf wijst erop dat mechanismen als het ETS marktmechanismen zijn en dat uit onderzoek blijkt dat dit mechanisme buitengewoon goed werkt.<sup>22</sup> Daarbij blijft een rol voor de overheid en het publiekrecht bestaan. Het is immers de overheid die het systeem van een ETS instelt en de beschikbare emissiewaarden bepaalt.

De Graaf meent dat voor het adequaat aanvatten van de problematiek het noodzakelijk is om ook gebruik te maken van de kennis in de private sector. Wanneer bijvoorbeeld in een publiekrechtelijke zaak gesproken wordt over de beste beschikbare technieken, dan is voor de beoordeling daarvan expertise noodzakelijk. Die expertise is op dit moment niet altijd in de publieke sector aanwezig en moet op de markt gehaald worden. Relevant is volgens Spier in elk geval dat er mondiaal draagvlak ontstaat – los van welk rechtsgebied het probleem oplost.

De Graaf spreekt de hoop uit dat er van elkaar geleerd kan worden. Een van de manieren zal het stellen van doelen zijn, waarbij aansluitende plannen worden gemaakt en de voortgang wordt gemonitord. Veel richtlijnen bevatten tegenwoordig ook private handhavinginstrumenten; in het klimaatrecht lijkt geen juridisch instrument geschuwd te worden. De Kluiver wijst op de rol van de toezichthouders en het belang daarvan; het 'klimaatrecht' zoals voorzien in de CSDDD is voor toezichthouders een nieuw terrein dat nog moet worden verkend. Idealiter zou de communicatie van toezichthouders en onder toezicht gestelde ondernemingen moeten uitlopen op concrete en vergaande acties, die door toezichthouders en ondernemingen werkende weg steeds concreter zullen worden gemaakt. Het privaatrecht blijft daarnaast in gebruik, rechters zullen partijen in een geschil blijven ontvangen. Of dat wenselijk is, is zeer de vraag – het recht rondom klimaatbescherming wordt op deze manier heel versnipperd. Lunsingh Scheurleer<sup>23</sup> wijst erop dat er op dit moment al tamelijk veel specifieke wetgeving is die vrij concreet voorschrijft wat een onderneming in bepaalde gevallen dient te doen. Al die concrete normen leveren ieder voor zich wellicht een kleine bijdrage, maar ze leveren tezamen, in verschillende sectoren van de economie, knopjes op waar je aan kunt draaien. Hij denkt dan ook dat men gewoon moet kijken welk instrument, publiekrecht of privaatrecht, op welk terrein het beste werkt. We hebben op dit moment niet de luxe om maar wat aan te rommelen.

### 5.2 De rol van bestuurders

Voorzitter Loth begreep uit de bijdrage van De Kluiver de volgende paradox: hoe meer aansprakelijkheid, hoe minder duurzaamheid. Klopt dat? De Kluiver stelt dat de bestuurder centraal staat bij het treffen van maatreg-

22 E. Woerdman, Emissiehandel komt op stoom: de herziene EU-ETS-richtlijn vanuit rechtseconomisch perspectief, M en R 2024/30.

23 Mr. D.F. Lunsingh Scheurleer is advocaat bij Clifford Chance.



len. Op dit moment lopen bestuurders het risico persoonlijk aansprakelijk te zijn op het moment dat zij besluiten nemen die niet direct het belang van de onderneming dienen. Een dergelijk civielrechtelijk aansprakelijkheidsstelsel leidt dan juist tot terughoudendheid bij het nemen van vergaande maatregelen. Vennootschappen en bestuurders gaan dan defensief handelen. Waar we behoefte aan hebben is vergaande actie. Dat vereist grote betrokkenheid en inzet van bestuurders, en dat wordt niet bereikt met de dreiging dat elke actie kan leiden tot aansprakelijkheid. De Kluiver bepleit derhalve inderdaad grote terughoudendheid bij het inzetten van het civiele aansprakelijkheidsrecht. Vanuit de zaal wordt gewezen op het mededingingsrecht, waarin een sterk complementaire rol tussen het publiekrecht en het privaatrecht aanwezig is; daarbij wordt Microsoft als voorbeeld genoemd. Wanneer de toezichthouder Microsoft een boete oplegt van enkele miljoenen, dan is dat vervelend, maar wat echt pijn doet zijn alle civiele schadeclaims die daarop volgen. Het privaatrecht heeft een belangrijke rol als afschrikkingsmiddel voor het overtreden van publiekrechtelijke verplichtingen. Bestuurders handelen in het belang van de onderneming wanneer zij voorkomen dat een onderneming een boete krijgt.

Deze discussie raakt, volgens Spier, de vraag of (dreigende) aansprakelijkheid een afschrikwekkende werking heeft; daarover wordt verschillend gedacht. Hij wijst nogmaals op het belang van convergentie van normen.

52

### 5.3 Richtlijnen en normstelling

De voorzitter vraagt zich af of de richtlijnen die vandaag aan bod zijn gekomen effectief zullen zijn. De Kluiver stelt dat de CSRD zeker verandering zal brengen, omdat ondernemingen worden verplicht veel meer informatie openbaar te maken. Voor de CSDDD is die vraag moeilijker te beantwoorden. Omdat de CSDDD vooral zeer open normen bevat en veel onzekerheid creëert, is enerzijds de werking onzeker en heeft anderzijds een beweging plaatsgevonden om de werking van de CSDDD te beperken tot heel grote ondernemingen (meer dan 1000 werknemers), waar de CSRD ook van toepassing is op kleinere ondernemingen (vanaf 250 werknemers). Enerzijds is dat goed, want het laat zien dat er voor ondernemingen en de samenleving iets op het spel staat. Zij wilden liever niet binnen de reikwijdte van die richtlijn vallen. Anderzijds heeft juist die discussie ertoe geleid dat de richtlijn is aangepast en dat minder ondernemingen op dit moment daadwerkelijk onder de reikwijdte van die richtlijn vallen. Van Dijk<sup>24</sup> vraagt zich in het verlengde daarvan af of duidelijk is wat van ondernemingen verwacht wordt onder de CSDDD, en of de ACM als toezichthouder adequaat kan handhaven. De Kluiver antwoordt dat juist omdat de norm uit de CSDDD zo breed is, dit een prikkel voor ondernemingen kan zijn om te kiezen voor serieuze actie. Het enkele bestaan van ook een vage norm kan al helpen in zo'n geval. Veel zal ech-

ter ook afhangen van de toezichthouder, zowel om normen te verduidelijken en praktisch in te vullen als om die vervolgens met beleid te handhaven. Als de normen voldoende zijn verhelderd, hoeft je als ACM maar twee keer hard in te grijpen om de boodschap bij alle ondernemingen te laten overkomen. Of de ACM daarvoor geëquipeerd is c.q. zal worden, is echter vooralsnog de vraag.

Du Perron<sup>25</sup> werpt de vraag op wat een adequate norm is. Het vinden van een breedgedragen norm, zoals Spier voorstaat, is van belang. Hoe komen we tot een norm die niet alleen breedgedragen is, maar ook voldoet aan datgene wat eenieder vindt dat moet gebeuren? Voorzitter Loth vraagt wat het richtsnoer is voor een adequate norm. Du Perron stelt dat we in Nederland met een volkomen open zorgplicht leven. Ondernemingen willen graag duidelijke normen. Je ziet dat bijvoorbeeld in de financiële sector. Ondernemingen daar willen graag *principle based* en *rule based* regulering, maar dat kwam in de praktijk neer op *rule based* regulering vooraf (vooraf precies weten hoever men kan gaan) en *principle based* regulering achteraf (om de norm te ontduiken). Een zorgplicht – een vage norm – kan volgens Du Perron leiden tot netter gedrag, maar dat hangt wel van veel factoren af.

Spier stelt dat we het nog lang niet eens zijn over wat 'voldoende' is. Naarmate men met stringenter, breedgedragen normen komt, zal de kans groter zijn dat rechters daarin meegaan.

### 5.4 Over de rol van rechters

De klimaatrapporten zijn de laatste decennia steeds alarmerender geworden en de koppeling tussen ondernemingsactiviteiten en klimaatschade wordt steeds duidelijker. Van Dijk vraagt zich af wat rechters er nog van weerhoudt om draconische uitspraken te doen. De Kluiver antwoordt dat hij niet inziet waarom een rechter in een individueel geval zou besluiten om streng recht te spreken en de eisers tegemoet te komen. Wat is het nut van een dergelijke, individuele uitspraak die slechts één onderneming raakt? Dat leidt gemakkelijk tot allerlei minder gewenste reacties, zoals het vertrek van ondernemingen naar andere landen en krachtige lobby's tegen dat soort bewegingen. Als het gaat om aansprakelijkheidsclaims is bovendien niet te overzien wat dat betekent, toewijzing van vergaande aansprakelijkheidsclaims zou maatschappelijk gemakkelijk zeer ontwrichtend kunnen gaan werken. Hij verwijst weer naar het belangrijke boek van Spier, dat aanleiding is voor deze bijeenkomst.

Voorzitter Loth vraagt de deelnemers naar de rol van de rechter als gangmaker. Een rol die een belangrijke convergerende werking kan hebben als andere rechters die uitspraken gaan volgen. Rijnhout<sup>26</sup> vraagt zich af wat

24 Mr. Chr.H. van Dijk is advocaat bij Kennedy Van der Laan.

25 Prof. mr. C.E. du Perron is raadsheer in de Hoge Raad en hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam.

26 Prof. mr. R. Rijnhout is hoogleraar aan de Universiteit Utrecht.

het voor die rechters betekent als je ze een dergelijke rol geeft. Wat we nu zien is dat als je de verantwoordelijkheid bij de rechter neerlegt, het betekent dat er wordt gedaan alsof het de rechter is die zegt dat deze verantwoordelijkheid bestaat. In een gepolariseerde samenleving kan dat in potentie beschadigend zijn voor de rechter. De rechter kan zichzelf niet verdedigen – hij spreekt door zijn vonnis. De rechter verdient bescherming tegen de samenleving wanneer hij oordeelt dat de overheid zich niet aan haar eigen wetgeving houdt. Voorzitter Loth wijst erop dat een goed geformuleerde rechterlijke uitspraak met veel wetenschappelijk bewijs ter ondersteuning enorm kan bijdragen aan de consensus, als die een specifieke norm geeft. Die uitspraak wordt dan gevolgd. Consensus hoeft niet altijd door overleg te ontstaan, maar kan ook door precedentwerking ontstaan. Rijnhout is het daarmee eens, maar aarzelt of in een sterk polariserende samenleving het de rechter moet zijn die deze rol dient te vervullen.

Spier twijfelt of de juiste vraag gesteld wordt. Nationaal, binnen Europa en ook mondiaal bestaan verschillende opvattingen over wat de rechter dient te doen. Ongeacht die opvattingen zullen die zaken de komende tijd aan de rechter worden voorgelegd. Hoe de rechter hier invulling aan zijn taak geeft, zal in Europa vermoedelijk anders zijn dan in India of Bangladesh.

### 5.5 Een hiërarchie van belangen?

Lunsingh Scheurleer heeft een vraag voor alle drie de inleidende sprekers. Zou het wenselijk zijn om tot een soort hiërarchie van belangen te komen die in alle zaken het uitgangspunt zou moeten zijn? Zou een klimaatdoelstelling bijvoorbeeld boven een stikstofdoelstelling moeten gaan? De Kluiver vraagt zich af of dat wenselijk is. Hij denkt dat die gedachte alleen al voor ons juristen een beetje vreemd zou zijn. Het gaat ook om maatvoering en termijnstelling. Op korte termijn is stikstof wellicht een groter issue dan broeikasgassen, maar dat mag niet ten koste gaan van een consistent en vergaand langetermijnklimaatbeleid. Uiteindelijk is afstemming van alle belangen in een samenhangend kader essentieel. Het korte antwoord van De Graaf zou zijn: nee. In algemene zin denkt hij dat al die belangen relevant zijn, hij ziet niet in waarom de klimaatdoelstelling boven de stikstofdoelstelling zou moeten gaan. Je moet in elk geval aan beide voldoen. In het omgevingsrecht streeft men tegenwoordig wel naar een samenhangende, integrale benadering, en dat is verstandig als het gaat om beleid en het stellen van algemene regels, maar als het om vergunningverlening gaat, waarover in het verleden ook wel discussie is geweest en waarbij het idee van de zogenoemde *positieve evenredigheid* een rol speelde, wordt een meer integrale vergunningverlening uiteindelijk niet geaccepteerd. Spier is het eens met De Kluiver en De Graaf.

## 6 Tot slot

De discussie wordt door de voorzitter gesloten en hij dankt eenieder voor zijn of haar bijdrage. De bijeenkomst met het thema ‘Klimaatverandering’ is daarmee ook tot een einde gekomen. Duidelijk is dat er nog veel zaken zijn waarover van gedachten moet worden gewisseld en waarover op dit moment nog onduidelijkheid bestaat. Die discussie kan – en wellicht: moet – in alle geledingen en op alle niveaus plaatsvinden. Deze bijeenkomst vormde een open uitnodiging aan eenieder om deel te nemen aan dat debat.