

Bb 2024/60

ESG en bestuurdersaansprakelijkheid: bewustzijn creëren, geen bangmakerij

P.W. den Hollander, M. van der Linden & A.M. Borel Rinkes, datum 07-11-2024

Datum	07-11-2024
Auteur	P.W. den Hollander, M. van der Linden & A.M. Borel Rinkes ^[1]
JCDI	JCDI:ADS984897:1
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht

1. Inleiding

Er komt veel op bedrijven af op het gebied van duurzaamheid. Uiteraard vinden ook wij een transitie naar een duurzame wereld nastrevenswaardig. Wel kunnen deze ontwikkelingen gevolgen hebben voor de verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid van bestuurders van bedrijven. Dat creëert uitdagingen vanuit juridisch perspectief. In het publiek debat worden bestuurders nu al in toenemende mate aangesproken op hun verantwoordelijkheid voor de ESG-compliance van het bedrijf. Soms gaat dat ook gepaard met juridische actie. Daarbij kan ook aan strafrechtelijke aangiften en onderzoeken worden gedacht waar expliciet aandacht wordt besteed aan de rol van bestuurders.

In dit artikel bespreken we enkele aandachtspunten en delen we onze observaties uit de praktijk, vanuit civielrechtelijk en strafrechtelijk perspectief. Onze insteek is hierbij positief. Wij beogen om bestuurders in staat te stellen om goed geïnformeerd verantwoordelijkheid te nemen voor het (verder) ontwikkelen van een duurzame strategie. Wij zijn ervan overtuigd dat het creëren van bewustzijn hieraan bijdraagt. We zoomen daarbij in op de nieuwe Europese ESG-regelgeving, de *Corporate Sustainability Reporting Directive* ("CSRD") en de *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* ("CSDDD").

Onze conclusie is dat deze nieuwe regelgeving geen verandering brengt in het uitgangspunt dat voor civielrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid in beginsel alléén plaats is in uitzonderlijke gevallen, waarin een persoonlijk ernstig verwijt aan de bestuurder kan worden gemaakt. Die verhoogde drempel is en blijft wat ons betreft gerechtvaardigd. Tegelijkertijd zullen de CSRD en CSDDD indirect een impact hebben op bestuurdersaansprakelijkheid, al is het maar vanwege de extra aandacht voor ESG-compliance bij de onderneming zelf en de informatie die de onderneming daarover naar buiten zal moeten brengen. Vanuit strafrechtelijk perspectief is ook een toenemende focus op het management zichtbaar. Bestuurders zouden in verband met ESG-kwesties kunnen worden aangesproken over de band van (onder andere) het "feitelijk leidinggeven". Wij hopen op terughoudendheid in dezen, nu alleen al een 'verdenking' aan het adres van een bestuurder tot onherstelbare reputatieschade kan leiden. In dat geval treft dat niet alleen de reputatie van de betrokken bestuurder, maar ook die van de onderneming waar de bestuurder werkzaam is. Bestuurders moeten hun steentje bijdragen aan de 'ESG-transitie', maar ook zij kunnen geen ijzer met handen breken en zij hebben bovendien een bredere verantwoordelijkheid.

In het vervolg van deze bijdrage staan wij eerst stil bij het civielrechtelijke en strafrechtelijke juridisch kader voor bestuurdersaansprakelijkheid (paragraaf 2). Hierna verkennen wij de impact hierop van de CSRD (paragraaf 3) en de CSDDD (paragraaf 4), gevolgd door een korte slotbeschouwing met daarbij enkele meer praktische opmerkingen (paragraaf 5).

2. ESG-litigation en bestuurders

2.1 Civielrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid

Naleving van ESG-regelgeving is in beginsel een plicht van de onderneming - de vennootschap - en dus niet van bestuurders. In toenemende mate worden echter ook bestuurders ter verantwoording geroepen voor hun beslissingen, in ieder geval in het publieke debat. Er zijn niet veel voorbeelden van civielrechtelijke procedures tegen bestuurders. Een bekend voorbeeld van buiten ons land is de zaak van ClientEarth voor het Britse High Court tegen de bestuurders van Shell Plc. ClientEarth vorderde, in haar hoedanigheid van aandeelhouder van Shell en namens Shell (de vennootschap), een bevel tegen de Shell-bestuurders om een strenger klimaatbeleid te implementeren en om af te stappen van fossiele brandstoffen. ClientEarth stelde dat het tegen het belang van Shell als bedrijf zou indruisen om dit niet te doen. Het ging dus niet om aansprakelijkheid in de zin van een verplichting tot schadevergoeding (wat in klimaatkwesities ook moeilijk, zo niet onmogelijk lijkt vanwege het aantonen van causaal verband) maar veeleer om een vordering tot nakoming van (ongeschreven) 'klimaatverplichtingen' door bestuurders gezien vanuit het belang van de onderneming (althans de visie van ClientEarth daarop).

De rechter verwierp de eis van ClientEarth, onder meer vanwege de grenzen van de 'afgeleide' actie van ClientEarth in haar hoedanigheid van aandeelhouder namens de Shell. De rechter overwoog ook meer inhoudelijk dat terughoudendheid past bij de beoordeling van het beleid dat bestuurders van een onderneming voeren: *"the management of a business of the size and complexity of that of Shell will require the Directors to take into account a range of competing considerations, the proper balancing of which is a classic management decision with which the court is ill-equipped to interfere"*. De Shell-bestuurders hebben in redelijkheid kunnen concluderen dat hun handelen in het belang van Shell is geweest en hoefden geen strikter klimaatbeleid te voeren, aldus de rechter.^[2]

Deze uitspraak laat zich (uiteraard) niet direct vertalen naar de Nederlandse context. Het uitgangspunt dat bestuurders enige vrijheid van handelen moet worden gelaten bij de uitoefening van hun bestuurstaak, is echter ook het Nederlandse recht niet vreemd. Voor aansprakelijkheid van bestuurders jegens de vennootschap is in beginsel pas plaats als aan een bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt (artikel 2:9 lid 2 BW). Vaste rechtspraak is dat dezelfde verhoogde drempel geldt voor aansprakelijkheid van een bestuurder jegens derden uit onrechtmatige daad, met als ratio dat voorkomen moet worden dat bestuurders *"hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen"*, aldus de Hoge Raad.^[3] Deze verhoogde drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid lijkt in beginsel alleen uitzondering in geval van rechtstreeks tot bestuurders gerichte (aansprakelijkheids-)normen. Gedacht kan worden aan de 'balansaansprakelijkheid' van art. 2:139 BW (en art. 2:249 BW). Op grond daarvan zijn de bestuurders van een vennootschap in beginsel hoofdelijk aansprakelijk jegens derden in geval van een misleidende jaarrekening, tussentijdse cijfers of een bestuursverslag.^[4]

In beginsel is dus echter steeds een persoonlijk ernstig verwijt vereist voor civielrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid. Of daarvan sprake is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Jegens schuldeisers kan daarvan (in elk geval) sprake zijn als de bestuurder namens de vennootschap verplichtingen is aangegaan waarvan de bestuurder weet of moet weten dat de vennootschap die niet kan nakomen en geen verhaal biedt, of als de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt. Maar de enkele schending door de vennootschap van wet- of regelgeving levert in beginsel niet een ernstig verwijt aan de bestuurder(s) van die vennootschap op.^[5] Dat geldt dus ook voor aansprakelijkheid jegens derden indien de vennootschap ESG-regelgeving zou schenden. Wij zien ook geen reden om daarover voor dit type regelgeving anders te denken. Zoals hierna aan de orde komt, brengen de CRSD en CSDDD daarin in onze optiek ook geen verandering.

2.2 Strafrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid

2.2.1 Meer aandacht voor de bestuurder

Ook in het strafrecht is zowel vanuit justitie als vanuit de maatschappij een toenemende focus op het management zichtbaar. Steeds meer wordt de rol van de bestuurders bij (mogelijke) strafbare gedragingen onder een vergrootglas gelegd. Ook bij ESG-gerelateerde zaken zien we deze tendens terug. Illustratief voor deze ontwikkeling zijn verschillende strafrechtelijke aangiftes van milieuactivisten waarbij expliciet aandacht wordt besteed aan de rol van bestuurders.

In lijn met deze ontwikkeling richt het OM zich steeds vaker, naast de onderneming, tot de betrokken individuen. Zo heeft het OM zelfs als beleid ingevoerd om bij grote schikkingen met bedrijven een scheiding aan te brengen tussen het individu en de rechtspersoon. Met de rechtspersoon kan een (hoog) schikkingsbedrag overeengekomen worden. Ten aanzien van de betrokken individuen^[6] is het uitgangspunt dat deze zo mogelijk strafrechtelijk worden vervolgd.^[7] Wij zien in de praktijk dan ook dat het OM in toenemende mate de ‘feitelijk leidinggevenden’ in een strafzaak betreft.

Hierbij past de observatie dat wij de indruk hebben dat de impact hiervan niet (voldoende) wordt onderkend. Wat ons betreft, past terughoudendheid in dezen en wij hopen dan ook dat in ieder geval opsporingsinstanties alle zorgvuldigheid zullen betrachten. Onnodige en veelal onherstelbare reputatieschade moet immers voor betrokkenen zo veel als mogelijk worden voorkomen.

2.2.2 De strafrechtelijke betekenis van ‘feitelijk leidinggeven’

In het Nederlandse strafrecht kunnen individuen onder andere ook als “feitelijk leidinggevende” worden vervolgd.^[8] Het gaat hierbij om een afgeleide aansprakelijkheid: de onderneming is primair aansprakelijk. De strafrechtelijke verwijtbaarheid van het bedrijf is steeds een noodzakelijk vereiste.

Daarbij is ook van belang dat de formele positie van een betrokkene niet doorslaggevend is: het gaat om de feitelijke situatie. Het gaat dus niet om leidinggeven aan de *organisatie*, maar om leidinggeven aan de specifieke *verboden gedraging*. In praktijk zien we dat dat onderscheid niet altijd scherp wordt gemaakt. In het kader van onze oproep om in dezen alle zorgvuldigheid te betrachten, is dat vanzelfsprekend wel van cruciaal belang.

De vraag wanneer sprake kan zijn van feitelijk leidinggeven is in de rechtspraak beantwoord. Feitelijk leidinggeven kan allereerst bestaan uit *actief* en effectief gedrag dat onmiskenbaar binnen de gewone betekenis van het begrip valt. Ook als de verboden gedraging het onvermijdelijke gevolg is van het algemene door de verdachte (waaronder dus ook bijvoorbeeld als bestuurder) gevoerde beleid, kan sprake zijn van feitelijk leidinggeven.^[9]

In het kader van deze bijdrage is het meest interessante om de ondergrens van strafrechtelijke aansprakelijkheid te bezien. Naast actief leidinggeven, kan ook *passief* leidinggeven tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leiden. In deze ondergrens ligt logischerwijs het grootste (aansprakelijkheids)risico voor individuele betrokkenen. Passief leidinggeven kan tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leiden als:

- i. iemand de bevoegdheid heeft om te handelen;
- ii. en redelijkerwijs gehouden is om dat te doen;
- iii. maar nalaat de nodige maatregelen te nemen om de verboden gedragingen te voorkomen of te beëindigen;
- iv. waardoor bewust de aanmerkelijke kans wordt aanvaard dat dit verboden gedrag binnen de onderneming plaatsvindt.

Er is dus wel altijd een zelfstandig opzetvereiste op de verboden gedraging (het vereiste onder iv.). Dit

opzetvereiste zal steeds op individueel niveau moeten worden vastgesteld. De Hoge Raad overwoog in dit kader in het zogenoemde IJzerdraad-arrest eerder al het volgende: “opzet t.a.v. enig delict of delictsbestanddeel [wordt] door het Nederlandse strafrecht nergens toegerekend aan een natuurlijk persoon, indien die geestesgesteldheid bij hem of haar niet persoonlijk aanwezig is geweest”.^[10] Meer recent overwoog de Hoge Raad in het overzichtsarrest als volgt: “In feitelijk leidinggeven ligt een zelfstandig opzetvereiste op de verboden gedraging besloten.”^[11] Anders dan vaak wordt gedacht, betekent dit dat *niet* voldoende is dat de leidinggevende “had moeten weten” van de verboden gedraging. Dat is onvoldoende voor het aannemen van voorwaardelijk opzet.^[12] Verantwoordelijkheid op ESG-gebied betekent dus niet automatisch aansprakelijkheid. Ook in het kader van strafrechtelijk feitelijk leidinggeven is er meer nodig dan *slecht* leidinggeven.

Wat ons betreft, mag hier dus niet lichtvaardig over worden gedacht en mogen betrokken individuen (waaronder dus ook bestuurders) ook niet lichtvaardig als verdachte worden aangemerkt. De toenemende focus op bestuurders is echter zichtbaar en daar zullen partijen zich dus rekenschap van moeten geven.

2.3 ESG in het strafrecht

De Wet op de Economische Delicten (“WED”) biedt op dit moment al verschillende mogelijkheden om ESG-gerelateerde overtredingen strafrechtelijk op te volgen. Denk hierbij aan overtredingen van zorgplichten en milieuvorschriften op grond van de Omgevingswet of de Wet vervoer gevaarlijke stoffen. Naast de WED, wordt ook het ‘gewone’ Wetboek van Strafrecht ingezet als het gaat om mogelijke ESG-gerelateerde feiten. Daarbij kan gedacht worden aan de omkopingsbepalingen, witwassen, valsheid in geschrifte en oplichting. In dit verband is ook *greenwashing* vermeldenswaardig, oftewel het zich groener of maatschappelijk verantwoordelijker voordoen dan een bedrijf of organisatie daadwerkelijk is.^[13]

De Europese Commissie streeft een harde aanpak van greenwashing na^[14] en in Duitsland loopt er inmiddels al een strafrechtelijk onderzoek.^[15] In Nederland lijkt greenwashing nog niet in het strafrechtelijke domein te worden gebracht. Wel heeft dit onderwerp uitdrukkelijk de aandacht van de Reclame Code Commissie (“RCC”) en de Autoriteit Consument & Markt (“ACM”), waarbij de aandacht vooral uitgaat naar mogelijk misleidende duurzaamheidsclaims. Uit de Code voor Duurzaamheidsreclame en de Leidraad Duurzaamheidsclaims van de ACM volgt in ieder geval duidelijk dat het gebruik van juiste, duidelijke, ondubbelzinnige, specifieke en volledige duurzaamheidsclaims (minst genomen) wordt aangespoord. Hierbij wordt een onderbouwing als wenselijk beschouwd, evenals een actualisatie van de duurzaamheidsclaims.^[16] Wij kunnen niet uitsluiten dat in relatie tot (mogelijk misleidende) duurzaamheidsclaims ook de strafrechtelijke weg wordt verkend, waarbij wederom de rol van bestuurders ongetwijfeld de aandacht zal hebben. Wat is op dit alles de impact van de nieuwe EU ESG-regelgeving?

3. Nieuwe EU-wetgeving: CSRD

Het lijkt niet overdreven om te spreken van een tsunami van zeer gedetailleerde nieuwe ESG-regelgeving die op bedrijven afkomt. Naast allerlei sectorspecifieke wetgeving zijn de meest opvallende twee EU-richtlijnen, de CSRD en de voorgestelde CSDDD. Daarover is overigens al veel geschreven; wij beperken ons hier tot de hoofdlijnen die relevant zijn voor deze bijdrage.

De CSRD^[17] vereist dat bedrijven in hun jaarverslaggeving rapporteren over duurzaamheidskwesties, waarbij een veelheid aan voorgeschreven indicatoren van ‘ESG-compliance’ aan bod komt. Hieronder valt bijvoorbeeld de impact op klimaatverandering, biodiversiteit en mensenrechten. Dat gaat twee kanten op: een onderneming moet rapporteren over haar invloed op milieu, klimaat en mensenrechten en omgekeerd over de risico’s daarvan voor de onderneming zelf. In een bijbehorende verordening zijn Europese normen voor duurzaamheidsverslaggeving (ESRS) in detail uiteengezet.^[18] Overigens is de CSRD in Nederland nog niet geïmplementeerd (hoewel dat op 6 juli 2024 het geval had moeten zijn): het implementatiewetsvoorstel moet nog worden behandeld door de Tweede en Eerste Kamer.^[19] Grote beursgenoteerde bedrijven en ondernemingen van openbaar belang zijn ondertussen al met de CSRD aan de slag: zij moeten in 2025 voor

het eerst rapporteren over duurzaamheidskwesities in het jaar 2024.

De CSRD bevat geen specifieke (strafrechtelijke) regels voor en legt niet rechtstreeks verplichtingen of aansprakelijkheden op aan bestuurders van bedrijven. De richtlijn gaat over de rapportageverplichtingen van een onderneming. Niet-naleving van de richtlijn - en de Nederlandse regeling zodra het Implementatiebesluit in werking is getreden - kan echter ook gevolgen hebben voor de aansprakelijkheid van de bestuurders. Zo bestaat de verplichting om verslag uit te brengen over de plannen van de onderneming, met inbegrip van uitvoeringsmaatregelen en daarmee verband houdende financiële en investeringsplannen, om ervoor te zorgen dat haar bedrijfsmodel en strategie verenigbaar zijn met, *onder andere*, het beperken van de opwarming van de aarde tot 1,5°C en de blootstelling van de onderneming aan kolen, olie en gas gerelateerde activiteiten. Deze verplichting veronderstelt het bestaan van deze plannen. Het ontbreken van zulke plannen zou ook gevolgen kunnen hebben voor de aansprakelijkheid van bestuurders.

Onder de CSRD wordt duurzaamheidsverslaggeving onderdeel van de financiële jaarverslaggeving. Daarmee zou een tekortschietende duurzaamheidsverslaggeving tot civielrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid kunnen leiden via de (hiervoor in paragraaf 2 genoemde) 'balansaansprakelijkheid' van artikel 2:139 BW. Dat zou overigens in onze optiek (te) ver gaan, nu de wetgever bij invoering van deze aansprakelijkheidsgrondslag uiteraard niet voor ogen had dat die ook betrekking zou kunnen hebben op duurzaamheidsverslaggeving conform de huidige CSRD en het toekomstige Implementatiebesluit.^[20] Afgezien daarvan zal voor dergelijke aansprakelijkheid sprake moeten zijn van misleiding. Het enkele feit dat de verslaggeving niet voldoet aan de CSRD is daarvoor dus onvoldoende: het moet om een dusdanig gebrek gaan dat het handelen van de gemiddelde gebruiker van de jaarrekening erdoor beïnvloed moet kunnen zijn.

In dat opzicht is het eveneens belangrijk om op te merken dat het er, volgens het Nederlandse implementatiewetsvoorstel, op lijkt dat het niet (tijdig) indienen van het duurzaamheidsverslag straks een strafbaar feit zal zijn over de band van de WED.^[21] Hierdoor dragen, via de implementatiewetgeving van de CSRD, zowel het bedrijf als de feitelijk leidinggevend(en) in voorkomend geval een mogelijk strafrechtelijk risico. Uit het systeem van de wet^[22] volgt dat ook gebreken ten aanzien van *de inhoud* van het duurzaamheidsrapport alsdan strafrechtelijke aansprakelijkheid zouden kunnen creëren. Dit is evenwel uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever, zo blijkt uit de toelichting.^[23] Het verdient aanbeveling om dit, zoals nu gelukkig ook de bedoeling is, in de wet zelf te verduidelijken, zodat er geen misverstand over kan bestaan dat strafrechtelijke aansprakelijkheid alleen aan de orde kan zijn, voor zover het de openbaarmaking op zichzelf betreft (en dus niet de inhoud van de duurzaamheidsrapportage). Rechtszekerheid is in dezen ook van cruciaal belang.

Daarnaast blijkt uit het implementatiewetsvoorstel voor de CSRD nog de volgende voorgenomen strafbaarstelling. Onder omstandigheden is het aangewezen voor de rechtspersoon om opdracht tot assurance-onderzoek van de duurzaamheidsrapportering te verlenen. Externe toetsing dus (naar alle waarschijnlijkheid) door een accountant. Het niet-verlenen van een dergelijke opdracht zal eveneens strafbaar worden gesteld over de band van de WED.^[24]

Los van het voorgaande, zal openbaarmaking van informatie over ESG-gerelateerde kwesties naar aanleiding van (transparantie)verplichtingen en verantwoordelijkheden in) de CSRD ook indirect impact kunnen hebben op civiel- en strafrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid. Openbaarmaking van het beleid op het gebied van ESG en de uitvoering daarvan is natuurlijk goed voor de overgang naar een duurzamer bedrijf en een duurzamere wereld. Tegelijkertijd kunnen bijvoorbeeld NGO's, de pers, hedgefondsen, financiële markten of overheden de openbaar gemaakte informatie gebruiken om het handelen van de onderneming en haar bestuurders kritisch te bekijken. Het is goed om daar rekening mee te houden.

Bedrijven en hun bestuurders zullen de juiste balans moeten vinden tussen het bekendmaken van voldoende informatie over hun ESG-ambities en het risico te ambitieus te zijn, wat 'averechts' zou kunnen werken. Met andere woorden, duurzaamheidsrapportage is niet langer vrijblijvend noch zonder risico. Terugkijken is altijd gemakkelijk en onzorgvuldigheid in de verslaglegging, zelfs onbedoeld, kan jaren later nog gevolgen hebben. Het is nu te meer van belang om - ook waar het om verslaglegging gaat - te blijven nagaan wat wel en niet wordt opgenomen en hoe (stellig) een en ander geformuleerd wordt. Onderbouwing en controleerbaarheid zijn daarbij uiteraard van groot belang.

4. Meer nieuwe EU-regelgeving: CSDDD

Inmiddels is op 25 juli 2024 ook de CSDDD^[25] in werking getreden. De daarin opgenomen verplichtingen gaan gelden vanaf 2027. De CSDDD schrijft voor dat ondernemingen “*passende zorgvuldigheidsmaatregelen*” nemen met betrekking tot feitelijke en potentiële negatieve effecten voor het milieu en bepaalde mensenrechten. Meer specifiek doelt de CSDDD daarmee op effecten voor het milieu dan wel personen, voortvloeiend uit de schending van bepalingen uit milieu- en mensenrechtenverdragen zoals opgenomen in de bijlage bij de CSDDD (art. 3 lid 1 aanhef en sub b-d). Ondernemingen moeten deze (potentiële) negatieve effecten in kaart brengen, inclusief effecten als gevolg van bijvoorbeeld grondstoffenwinning en activiteiten van dochterondernemingen en zakenpartners in hun activiteitenketen. Vervolgens moeten ondernemingen “*passende maatregelen*” treffen om die (potentiële) negatieve effecten te voorkomen of te beëindigen dan wel “*indien preventie niet of niet onmiddellijk mogelijk is*” die effecten “*afdoende te verlichten*”. Daarbij mag (en moet) overigens een prioritering worden aangebracht wanneer het “*niet haalbaar*” is in een keer alle negatieve effecten aan te pakken.^[26]

De CSDDD schrijft dus enerzijds een (potentieel) ver ingrijpen in de onderneming en haar bedrijfsvoering voor en is anderzijds zeer open geformuleerd; het lijkt meer een beginselverklaring dan (uitvoerbare) wetgeving. Dat heeft ook de Europese wetgever wel gezien: de Europese Commissie krijgt in de CSDDD tot taak “*richtsnoeren*” uit te vaardigen, al dan niet sectorspecifiek, teneinde bedrijven en “*belanghebbenden*” te ondersteunen (art. 19). Hopelijk zullen die enig houvast bieden.^[27]

De CSDDD verplicht bedrijven voorts een klimaatplan op te stellen en hun “*uiterste best*” te doen om bedrijfsvoering en strategie in lijn te brengen met maximaal 1,5 graad opwarming en klimaatneutraliteit in 2050 conform het Klimaatverdrag van Parijs (zie art. 22). Hierbij gaat het dus om een inspanningsverplichting.^[28]

Anders dan de CRSD, bevat de CSDDD een uitdrukkelijke bepaling over civielrechtelijke aansprakelijkheid van *ondernemingen* voor schade die voortvloeit uit de niet-naleving van de verplichting om (potentiële) negatieve effecten op milieu of mensenrechten te voorkomen, verlichten of beëindigen (artikel 29). Daarbij geldt overigens een relativiteitsvereiste (vgl. art. 6:163 BW): het geschonden recht of verbod of de geschonden verplichting (uit een van de in de bijlage opgenomen milieu- en mensenrechtenverdragen) moet erop gericht zijn de benadeelde (rechts)persoon te beschermen en er moet schade zijn berokkend aan door het nationale recht beschermde belangen van de benadeelde (rechts)persoon. Aansprakelijkheid is uitgesloten als de schade uitsluitend door zakenpartners in de activiteitenketen van de onderneming is veroorzaakt. De CSDDD schrijft een verjaringstermijn voor van ten minste vijf jaar. De CSDDD bevat voorts bepalingen over de bevoegdheid van de rechter om, onder voorwaarden, een bedrijf te kunnen gelasten bewijsmateriaal vrij te geven en de kosten van de procedure voor eisers. Op het eerste gezicht lijkt dit alles grosso modo aan te sluiten bij het Nederlandse civiele (aansprakelijkheids-)recht.^[29]

Met dit alles kan ook de CSDDD indirect een impact hebben op civielrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid. Een schending van de daarin opgenomen verplichtingen van de onderneming zou een opstapje kunnen zijn naar een betoog dat niet alleen de onderneming, maar ook de bestuurders hun plichten hebben geschonden. Tegelijkertijd zal die stap in het geval van de CSDDD niet snel mogen worden gezet.

Evenmin als de CRSD, bevat de CSDDD een (strafrechtelijke) bepaling over bestuurdersaansprakelijkheid. Het aanvankelijke voorstel voor de CSDDD van de Europese Commissie bevatte wel specifieke *plichten* voor bestuurders en hun ‘zorgplicht’ in verband met naleving van de CSDDD.^[30] Die zouden de stap naar bestuurdersaansprakelijkheid hebben verkleind. Deze zorgplichtbepalingen zijn echter *niet* in de definitieve CSDDD opgenomen. Ze zijn - welbewust - geschrapt omdat een meerderheid van EU-lidstaten gekant was tegen “*extra*” plichten en aansprakelijkheid voor bestuurders van vennootschappen, waaronder Nederland.^[31] Daarvoor blijft naar Nederlands recht dus ook onder de CSDDD, civielrechtelijk de verhoogde drempel van een persoonlijk ernstig verwijt gelden (zoals besproken in paragraaf 2).^[32] De CSDDD laat ook het Nederlandse strafrechtelijk kader onverlet.

De CSDDD voorziet echter wel in publiekrechtelijke handhaving. Toezichthoudende autoriteiten in de lidstaten krijgen de bevoegdheid om sancties op te leggen, waaronder “*naming and shaming*” en boetes tot 5% van de netto-omzet. De CSDDD schrijft expliciet voor dat overtredingen van de voorschriften op doeltreffende, evenredige en afschrikkende wijze gesanctioneerd moeten worden. De CSDDD bepaalt ook dat naleving van de richtlijn kan worden gebruikt als criterium voor de gunning van overheidsopdrachten en concessies. Het Nederlandse wetsvoorstel ter implementatie is nog in wording en het moet dus worden afgewacht hoe dit verder zal worden vormgegeven.^[33]

Als dit zich allemaal ook daadwerkelijk zo zou ontwikkelen als nu voorgesteld, zou de CSDDD tot dezelfde aandachtspunten leiden als reeds besproken in het kader van de CSRD (zie paragraaf 3). In het kort: duurzaamheidsrapportage is niet langer vrijblijvend noch zonder risico. Het is nu te meer van belang om - ook waar het om verslaglegging gaat - te blijven nagaan wat wel en niet wordt opgenomen en hoe (stellig) een en ander geformuleerd wordt. Onderbouwing en controleerbaarheid zijn daarbij uiteraard van groot belang.

5. Praktische observaties en slotoverwegingen

Al deze ontwikkelingen brengen zeker uitdagingen met zich mee voor bedrijven en hun bestuurders. Er zijn echter ook kansen bij het nastreven van de doelstellingen van veel ESG-gerelateerde initiatieven. Het duurzamer en toekomstbestendiger maken van bedrijven is uiteraard iets waarnaar gestreefd moet worden, gezien de wereldwijde uitdagingen op het gebied van klimaatverandering, milieuvervuiling en mensenrechtenschendingen. Rapportage- en mitigeringsverplichtingen op het gebied van ESG zullen hieraan bijdragen.

Ook zullen bedrijven dergelijke informatie hoe dan ook moeten kunnen verstrekken, bijvoorbeeld om investeerders te informeren. De CSRD (en CSDDD) zullen hopelijk gaan dienen als ‘benchmark’ voor wat er van bedrijven wordt verwacht als het gaat om een groot en enigszins fluïde begrip als ‘ESG’. Dat kan ook in het voordeel zijn van bedrijven of bestuurders wanneer ze zich verdedigen tegen ESG-gerelateerde acties. Tot slot zullen de CSRD en de CSDDD een gelijker regelgevend speelveld creëren voor alle bedrijven en zouden ze ook een zakelijke kans kunnen bieden om een voorsprong te nemen op de concurrentie als het gaat om duurzaam ondernemen.

Wil dat lukken, dan is overigens nog wel veel concretisering en uitwerking nodig. Ter sprake kwamen al de nog door de Europese Commissie op te stellen richtsnoeren voor nakoming van de verplichtingen voor bedrijven uit de CSDDD. Beide richtlijnen moeten bovendien nog geïmplementeerd worden en voor alle verplichtingen onder deze richtlijnen, ook voor de rapportageverplichtingen onder de CSRD, geldt dat de precieze reikwijdte en invulling in de rechtspraktijk en uiteindelijk ook in de rechtspraak zal moeten worden vastgesteld.

Essentieel voor bestuurders is in onze optiek allereerst om goed op de hoogte te zijn en te blijven van de CSRD, CSDDD, andere ESG-wet- en regelgeving en ontwikkelingen in de jurisprudentie. De ontwikkelingen gaan snel. Als het op rapporteren aankomt, is van belang dat goed wordt gecontroleerd wat wel en niet wordt opgenomen. Als er bepaalde bekendmakingen worden gedaan, zal steeds moeten worden overwogen hoe (en hoe sterk) deze moeten worden geformuleerd. Wij bevelen aan om ervoor te zorgen dat wat wordt gemeld steeds goed onderbouwd en verifieerbaar is. Te weinig informatie maakt ondernemingen kwetsbaar, maar te veel informatie ook. Verder is van belang de gemaakte afwegingen in de situatie van dat moment vast te leggen zodat daarover later zo nodig verantwoording kan worden afgelegd.

Tot slot bezien wij - met enig ongemak - de trend om bestuurders in het publieke debat en ook juridisch persoonlijk aan te spreken. Natuurlijk moeten bestuurders kunnen worden aangesproken op hun taken en verantwoordelijkheden, maar ook bestuurders kunnen geen ESG-ijzer met handen breken. Zeker zolang concrete normen voor bijvoorbeeld uitstootreductie ontbreken en daarover ook geen consensus in de samenleving bestaat. Bestuurders zullen verschillende belangen moeten blijven afwegen. Ook de CSRD en de CSDDD zullen tal van afwegingen vragen van bestuurders, waarbij bovendien de CSDDD veronderstelt dat ondernemingen een prioritering aanbrengen bij de aanpak van negatieve milieu- en/of mensenrechteneffecten. Bestuurders in die situatie tot een soort kop van Jut maken brengt de gewenste transitie vermoedelijk niet

Voetnoten

- [1] De auteurs zijn advocaat bij Stibbe te Amsterdam.
- [2] Zie de uitspraak van de High Court van 24 juli 2023, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2023/07/ClientEarth-v-Shell-judgment-240723.pdf>. ClientEarth heeft geen verlof gekregen voor hoger beroep.
- [3] Zie bijv. HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470 (*X/TMF*), r.o. 3.3.2-3.4.2.
- [4] Zie nader over de 'balansaansprakelijkheid', J.A.M. Gijsbers en A.E. Wilbrink, 'CSRD en CSDDD: de (mogelijke) gevolgen voor civiel- en strafrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders', *Compliance, Ethics & Sustainability Journal* 2024-3, p. 159-160. Denk verder aan bestuurdersaansprakelijkheid jegens de boedel in faillissement o.g.v. art. 2:138 BW wegens het niet-nakomen van de administratieplicht van art. 2:10 BW.
- [5] Zie bijv. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5.
- [6] Het gaat hierbij om de in art. 51 Sr bedoelde opdrachtgevers en feitelijk leidinggevendenden.
- [7] In de laatste Aanwijzing hoge transacties is het volgende opgenomen: "*Ten aanzien van de in artikel 51 Sr bedoelde opdrachtgevers en feitelijk leidinggevendenden blijft het uitgangspunt dat deze zo mogelijk ook worden vervolgd.*"
- [8] Art. 51 lid 2 Sr bepaalt dat indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, strafvervolging kan worden ingesteld tegen die rechtspersoon, tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven of die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel tegen hen tezamen.
- [9] Hiervoor heeft de Hoge Raad op 26 april 2016 een overzichtsarrest gewezen (HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, *NJ* 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk, r.o. 3.5.3).
- [10] HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 378 (*IJzerdraad*-arrest).
- [11] HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, *NJ* 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk, r.o. 3.5.3.
- [12] Vgl. HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:767, r.ov. 2.4.2.
- [13] Zie hiertoe ook meer uitgebreid S.J. Lopik, 'Strafbare greenwashing', *TBS&H* 2024, afl. 4, p. 172-173; en S. de Jong e.a., 'De nieuwe duurzaamheidsreclamecode: lessen voor de praktijk uit een jaar toetsing door de Reclame Code Commissie', <https://www.stibbe.com/nl/publications-and-insights/de-nieuwe-duurzaamheidsreclamecode-lessen-voor-de-praktijk-uit-een-jaar>.
- [14] Zie hiertoe onder andere: 'Duurzame keuzes mogelijk maken en paal en perk stellen aan greenwashing' ([europa.eu](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/ip_23_1692)), raadpleegbaar via https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/ip_23_1692.
- [15] Zie <https://irglobal.com/article/raid-on-dws-due-to-suspicious-of-greenwashing/>.
- [16] Zie hiertoe o.a. artikel 3.1, 3.2 en 4 van de Code voor Duurzaamheidsreclame en de Leidraad Duurzaamheidsclaims van de ACM. Zie voor een bespreking van uitspraken van de RCC over de nieuwe duurzaamheidsreclamecode: <https://www.stibbe.com/nl/publications-and-insights/de-nieuwe-duurzaamheidsreclamecode-lessen-voor-de-praktijk-uit-een-jaar>.
- [17] Richtlijn (EU) 2022/2464 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 met betrekking tot duurzaamheidsrapportering door ondernemingen.

[18] Gedelegeerde verordening (EU) 2023/2772 van 31 juli 2023 wat betreft standaarden voor duurzaamheidsrapportage.

[19] De Europese Commissie heeft Nederland dan ook recent in gebreke gesteld. Zie hiertoe o.a.: <https://www.sustainability-reports.com/eu-commission-takes-action-to-ensure-complete-and-timely-transposition-of-eu-directives/>. Het Ontwerpbesluit Implementatie richtlijn duurzaamheidsrapportering is op 12 juni 2024 door de minister voor Rechtsbescherming aangeboden aan de Eerste en Tweede Kamer (*Kamerstukken II*, 2023-2024, nr. 26 485-B/nr. 437.), zie: https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2024Z10351&did=2024D24405.

[20] Wij verwijzen voor verdere uitwerking van deze gedachten naar Gijsbers & Wilbrink 2024, p. 159-160. Zie tevens S.C. Pepels en N.D. Anselmo Milheiro over (mogelijke) bestuurdersaansprakelijkheid bij late of geen publicatie van het CSRD-verslag, *Bb* 2024/61.

[21] De implementatie vindt plaats op basis van artikel 2:391a lid 2 BW. Overtreding van dat artikel levert een economisch delict op o.g.v. de WED.

[22] Dit volgt uit artikel 2:391a lid 2 BW in combinatie met de WED.

[23] Nota van Toelichting Voorstel voor de Wet implementatie richtlijn duurzaamheidsrapportering (bijlage bij *Zie Kamerstukken II*, 2023-2024, nr. 26 485-B/nr. 437), p. 53: “*De strafrechtelijke handhaving van de jaarverslaggeving in de Wet op de economische delicten (WED), heeft betrekking op het niet naleven van de verplichting tot het openbaar maken van informatie (zie de vermelding van artikel 2:394, derde lid, BW in artikel 1, onderdeel 4°, WED). De vermelding in de WED van de rechtsgrondslag voor algemene maatregelen van bestuur waarin EU-richtlijnen worden geïmplementeerd (artikel 2:391a BW) die gaan over de inhoud van het bestuursverslag en de inhoud van andere bij de jaarrekening te voegen jaarlijkse verslagen en verklaringen, lijkt per abuis te suggereren dat de handhaving op basis van de WED ook op de inhoud van deze stukken betrekking kan hebben. Daarvoor is echter een procedure ingericht voor alle belanghebbenden bij de ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (artikel 2:447 e.v. BW). Daarom wordt de vermelding van artikel 2:391a, tweede lid, BW in de WED aangepast.*” Zie in dit verband ook J.B.S. Hijink, ‘Implementatiewet Richtlijn openbaarmaking winstbelasting - met “implementatiehaakje” voor de CSRD - bij de Tweede Kamer ingediend’, *Ondernemingsrecht* 2022/89 waarin dit “implementatiehaakje” kritisch wordt beschouwd.

[24] Zie hiertoe eveneens MvT Voorstel voor de Wet implementatie richtlijn duurzaamheidsrapportering, p. 53.

[25] Richtlijn (EU) 2024/1760 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2024 inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid.

[26] Zie m.n. art. 5, 8, 9, 10 en 11.

[27] Zie eveneens kritisch recent C. de Groot en L. Gunneweg, ‘De aanstaande Europese richtlijn over passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven: een mooi maar ingewikkeld initiatief’, *AA* 2024-10, p. 842. Eveneens kritisch H.J. de Kluiver, ‘De EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive. Over ondernemingen, mensenrechten en duurzaamheid. En over juridische principes en idealen en de verantwoordelijkheid van juristen’, *RM Themis* 2024-4, p. 153-158 in debat met T.R. Bleeker, ‘Over de deugzaamheid van de CSDDD en het duurzaamheidsdebat’, p. 159-165.

[28] Voor meer detail over de verplichtingen onder de CSDDD, zie bijv. De Groot & Gunneweg 2024, p. 833-842; M.A.B. Baks & S.T. Pennink, ‘Een verkenning van civiele aansprakelijkheden onder de CSDDD’, *O&F* 2024-3, p. 7-35.

[29] In dezelfde zin Gijsbers & Wilbrink 2024, p. 157-158.

[30] In het voorstel van de Europese Commissie voor de CSDDD bepaalde artikel 25 dat bestuurders “*bij het vervullen van hun plicht om te handelen in het belang van de onderneming, rekening houden met de gevolgen*

van hun beslissingen voor duurzaamheidskwesities, met inbegrip van, waar van toepassing, de gevolgen voor mensenrechten, klimaatverandering en milieu, ook op korte, middellange en lange termijn.” Artikel 26 voegde daaraan toe dat uitdrukkelijk bestuurders verantwoordelijk zijn voor de due diligence verplichtingen onder de CSDDD en om stappen te zetten om de bedrijfsstrategie aan te passen om feitelijke en potentiële negatieve effecten in aanmerking te nemen. Zie <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071>.

[31] Zie Kamerstukken I 2022/23, 36 146, nr. B.

[32] Zo ook bijv. D.J.F.M. Duynstee, T. Drenth en A.C.W. Pijs, ‘Aandeelhoudersactivisme en ESG: van sprinkhaan naar groene ridder’, MvO 2024-5/6. p. 113 en Gijsbers & Wilbrink 2024, p. 158.

[33] Overigens is er ook nog een ander wetsvoorstel aanhangig: het Wetsvoorstel verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen. Dit is een nationaal initiatief dat strikt genomen losstaat van de CSDDD, maar met hetzelfde doel. Het zal moeten blijken of dit wetsvoorstel een vervolg zal krijgen gelet op de politieke ontwikkelingen en het feit dat dit voorstel inmiddels lijkt te zijn ‘ingehaald’ door de CSDDD.