

DUURZAAMHEID EN
VENNOOTSCHAPSRECHT: ESG-
AANSPRAKELIJKHEID EN DE INVLOED VAN
INSTITUTIONELE AANDEELHOUDERS
WP 2022-09

Hans De Wulf en Louise Van Marcke

Financial Law Institute

Working Paper Series





WP 2022-09

Hans De Wulf en Louise Van Marcke

Duurzaamheid en vennootschapsrecht: ESG-aansprakelijkheid en de invloed van institutionele aandeelhouders

Abstract

Dit artikel begint met een beknopt overzicht van de vier brede kanalen via dewelke beleidsmakers kunnen proberen met juridische middelen bedrijven ertoe te bewegen meer aandacht te hebben voor duurzaamheidsvraagstukken (boven het niveau van de duurzaamheid van individuele producten, en los van traditionele regulering zoals milieu-en arbeidsomstandighedenwetgeving): openbaarmakingsverplichtingen, die vooral gebruikt worden om de allocatie van kapitaal te optimaliseren en om potentiële activisten toe te laten het duurzaamheidsgehalte van een onderneming te beoordelen; structurele governance-ingrepen, zoals andere regels over de samenstelling van bestuursorganen of herverdeling van stemrechten, maatregelen die momenteel nergens ernstig overwogen worden; de invoering van *corporate sustainability due diligence* verplichtingen doorheen de hele waardeketen van een onderneming; en tenslotte de transformatie van het onrechtmatigedaadsrecht in samenspan met mensenrechten om, vaak op basis van algemeenbelangacties, rechters toe te laten als regulator van ondernemingen op te treden.

Na deze inleiding, focust de bijdrage op drie thema's. Ten eerste argumenteren we dat men nauwelijks enig effect mag verwachten van "stakeholderism" in de betekenis van het herformuleren van bestuurdersplichten of herdefiniëren van het vennootschapsbelang in de ijdele hoop bestuurders zo te dwingen meer aandacht te hebben voor andere *stakeholders* dan aandeelhouders. Ook het formuleren van een "corporate purpose" in de statuten heeft hoogstens bedrijfsculturele, maar geen juridische impact.

Ten tweede beschrijven we de verschillende technieken die investeerders hanteren om duurzaamheidsthema's bij ondernemingen op de agenda te plaatsen. We hebben de voorbije jaren wel degelijk de opkomst van ESG-aandeelhoudersactivisme gezien, met bv. stemmingen over klimaatactieplannen en druk om ESG-parameters in de verloningspakketten van bestuurders op te nemen. Ook de bouw van aandeelhoudersplatformen die coalitievorming moeten vergemakkelijken en schuchtere pogingen om eindbeleggers rechtsreeks te laten stemmen op algemene vergaderingen komen aan bod.



Tot slot gaan we in op het gebruik van het onrechtmatigedaadsrecht. We schetsen evoluties inzake groepsaansprakelijkheid, met de Britse *Maran*- en *Vedanta*-arresten als paradigma. Moedervernootschappen kunnen aansprakelijk gehouden worden in Europa voor onrechtmatige daden begaan bij hun dochtervernootschappen of zakenpartners buiten Europa, weze het dat de bestaande IPR-regels dan wel het recht van het niet-Europese land waar de schade zich voordeed als toepasselijk recht aanduiden. De invoering van corporate sustainability due diligence wetgeving onder impuls van de EU, zou dergelijke vorderingen eenvoudiger kunnen maken, door de invoering van een groepsbrede *compliance*-plicht die op de moeder rust. Een stap te ver gaat volgens ons rechtspraak zoals *Shell Milieudéfensie* die de zorgvuldigheidsmaatstaf waarnaar art. 1382 BW verwijst, transformeert, via injuncties verkregen door middel van een algemeen belangactie, tot een zelfstandig afdwingbare plicht tot zorgvuldig gedrag. Dergelijke rechtspraak is zowel met het bestaande en te behouden art. 1382 B.W. als met de *trias politica* fundamenteel onverenigbaar en leidt tot een onwenselijk *gouvernement des juges*.

The authors welcome your comments at hans.dewulf@ugent.be and louise.vanmarcke@ugent.be

De Working Paper is een hoofdstuk in een boek dat door *TBH* wordt uitgegeven, onder redactie van Arie Van Hoe, over recht en duurzaamheid dat in 2022 bij Larcier zal verschijnen.

The entire working paper series can be consulted at www.fli.ugent.be



DUURZAAMHEID EN VENNOOTSCHAPSRECHT: ESG-AANSPRAKELIJKHEID EN DE INVLOED VAN INSTITUTIONELE AANDEELHOUDERS

Hans De Wulf en Louise Van Marcke

UGent, Financial Law Institute

Inleiding: afbakening en opbouw van dit artikel

Binnen de studie van het vennootschapsrecht is, minstens in Europa, “duurzaamheid en vennootschapsrecht” op korte tijd één van de meest trendy onderwerpen in minstens de academische en maatschappelijke aandacht voor het vennootschapsrecht geworden¹. De eerste auteur van deze tekst heeft in de zomer van 2021 een weliswaar inleidend maar toch behoorlijk uitgebreid overzicht van het zeer verwante thema “ESG en ondernemingsrecht” geschreven voor de Nederlandse Koninklijke Vereeniging Handelsrecht² en het zou niet opportuun geweest zijn die bijdrage hier min of meer te herpubliceren. Tegelijk zijn twee onderwerpen die tot de kern van het thema “duurzaamheid en vennootschapsrecht” behoren, nl. de impact van wetgeving over *supply chain due diligence*, en “klimaatprocedures” waarbij belangengroepen proberen ondernemingen te dwingen tot emissiereducties over te gaan via het verkrijgen van een rechterlijk bevel, het voorwerp van twee aparte bijdragen in dit boek (althans is er een aparte bijdrage over de zaak “Shell Milieudefensie”³). Om de toegevoegde waarde van deze bijdrage te maximaliseren, zal ons artikel daarom op twee onderwerpen focussen: de rol van aandeelhouders en aandeelhouders*engagement*-en activisme bij het afdwingen tegenover vennootschappen van aandacht voor duurzaamheid, en ten tweede wat wij “ESG-aansprakelijkheid” noemen, namelijk het gebruik van het onrechtmatige daadsrecht (art. 1382 BW⁴) om het duurzaamheidsbeleid van vennootschappen te beïnvloeden

¹ Voor juristen kunnen we volgende drie algemene overzichtswerken over ESG/duurzaamheid en ondernemingsrecht aanbevelen: H-J DE KLUIVER (ed.), *Duurzaam Ondernemen en Sustainable Transport. Preadviezen van de Koninklijke Vereeniging Handelsrecht*. Zutphen, Uitgeverij Paris, 2021, 287 p.; B. SJAFJELL & C. BRUNER, *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cambridge University Press 2020, 737 p.; L. ENNEKING et al. (eds.), *Accountability, International Business Operations, and the Law*, Routledge 2020, 301 p. In 2021 wijdde het Nederlandse tijdschrift *Ondernemingsrecht* een bijzonder nummer (nr. 5) aan duurzaam ondernemingsrecht en het Duitse *ZGR* deed reeds in 2018 hetzelfde, zij het onder de hoofding ‘CSR’. Wie op de hoogte wil blijven van nieuwe ontwikkelingen – in de eerste plaats rond ‘business en human rights’, maar dit omvat een groot stuk van de duurzaamheidsdiscussie – zoals waargenomen door niet-gouvernementele activisten, zal veel hebben aan de website business-humanrights.org/en/. Ook de “Moral Money” elektronische nieuwsbrief van de *Financial Times* (FT) biedt veel interessants.

² H. DE WULF, “ESG en vennootschapsrecht: innig verbonden, maar ook duurzaam?”, in H-J DE KLUIVER (ed.), *Duurzaam Ondernemen en Sustainable Transport. Preadviezen van de Koninklijke Vereeniging Handelsrecht*. Zutphen, Uitgeverij Paris, 2021, 29-103.

³ Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, beschikbaar op <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5337>.

⁴ Officieel “Oud BW”, maar deze nieuwe benaming is zo slecht gemotiveerd en zo weinig opportuun, dat Hans De Wulf weigert haar in verband met het onrechtmatigedaadsrecht te gebruiken zolang de wetsbepalingen in het BW van 1804 over onrechtmatige daad niet vervangen zijn door nieuwe.



(doorgaans niet door schadevergoeding te eisen, maar door injuncties aan de vennootschap op te leggen).

We zullen nu eerst heel kort de relevante beleidsachtergrond vooral op het niveau van de Europese Unie schetsen en vervolgens een overzicht geven van de technieken die beleidsmakers kunnen gebruiken om ondernemingen te dwingen meer aandacht te hebben voor duurzaamheidsvraagstukken.

We zullen daarbij dan ook kort uitleggen waarom duurzaamheid een thema is dat via dwingende regulering, via *soft law*, via het aansprakelijkheidsrecht en via investeerders*engagement* nuttig kan aangepakt worden, maar niet nuttig kan aangepakt worden via het herformuleren van juridische bestuurdersverplichtingen (in de zin van *directors' duties*) of van het vennootschapsbelang of van een al dan niet statutair verankerd *corporate purpose*. In alle drie de gevallen (*directors' duties*, vennootschapsbelang, *corporate purpose*) gaat het om vage *standards*, niet om duidelijke *rules*⁵, en alle Europese en Noord-Amerikaanse jurisdicties hebben gemeen dat zij niet toelaten dat anderen dan aandeelhouders of bestuurders respect voor deze standaarden via de rechtbank afdwingen, terwijl de standaarden zelf noch aan bestuurders en managers, noch aan rechters enige nuttige richtlijn of techniek aanreiken om te beslissen hoe duurzaamheidsbelangen tegenover andere belangen, zoals aandeelhoudersbelangen, moeten afgewogen worden. Eerder dan op bestaande standaarden en hun “*enforcement*”-technieken te vertrouwen, zou men eventueel nuttig via fundamentele wijzigingen in die afdwingingstechnieken kunnen werken, of anderen dan aandeelhouders een structurele machtspositie binnen vennootschappen kunnen geven via wetgeving die de governance-structuur van vennootschappen met een belangrijke milieu- of maatschappelijke impact, grondig wijzigt⁶. Omdat dergelijke wijzigingen van governance-structuren en van het recht inzake nietigheidsvorderingen en afgeleide vorderingen (in het Belgisch vennootschapsrecht bekend als “de minderheidsvordering”) niet op de agenda van beleidsmakers staan en onze bijdrage toch vooral wil focussen op het bestaande recht en huidige evoluties er in, worden de mogelijkheden van deze aanpak niet verder bestudeerd -al zullen we er wel kort op wijzen dat zowel de rol die ngo's wordt toebedeeld in de wetgeving rond *human rights due diligence* (door de Europese Commissie nu Corporate Sustainability Due

⁵ Over het verschil tussen standards en rules, zie bv. L. KAPLOW, “Rules versus Standards: An Economic Analysis”, *Duke Law Journal* 1992, Vol. 42(3), 557-629.

⁶ Recent verschijnen in de Amerikaanse rechtsleer verschillende pleidooien in die richting, zie bv. C.M. BRUNER, “Corporate governance reform and the sustainability imperative”, 131 *Yale Law Journal* 2017, 1220 e.v. Zie ook het programmatische eerder dan neutraal-wetenschappelijke B. SHEEHY, “Sustainability, Justice and corporate law: redistributing corporate rights and duties to meet the challenge of sustainability” *EBOR* 2022 (online beschikbaar vanaf 21 februari 2022).



Diligence genoemd-CSDD) als, via faciliterende wetgeving, als mogelijke initiator van algemeenbelangacties⁷, eigenlijk al neerkomt op een herkalibrering door de wetgever van traditionele evenwichten tussen de verschillende bij grotere ondernemingen betrokken *stakeholders*.

Tot slot komen dan de twee kernthema's van dit artikel aan bod: de mogelijkheden en beperkingen van aandeelhouders*engagement*-en activisme, en het gebruik van het onrechtmatige daadsrecht, in samenspan met mensenrechten zoals het recht op leven (art. 2 en 8 EVRM).

I. Het Europese beleidskader

Hoewel milieubekommernissen al leven sinds de late jaren 1960, vroege jaren '70,⁸ sinds de late jaren 1990 stilaan gevolgd door klimaatbekommernissen⁹, is de maatschappelijke en politieke aandacht voor duurzaamheid en klimaat de laatste tien en vooral vijf jaar in West-Europese samenlevingen enorm toegenomen. Over de oorzaken daarvan zullen we hier niet speculeren, dat is een sociologische vraag. Ook binnen het bedrijfsleven gaf de lancering van de UN Sustainable Development Goals¹⁰ in 2015 een impuls om in de bedrijfsstrategie en -cultuur aandacht te hebben voor duurzaamheid. Wie als “hard-nosed” jurist alleen belang hecht aan juridisch bindende instrumenten, kan natuurlijk niet om het Klimaatakkoord van Parijs¹¹ heen. Op gebied van de leveranciersketen *due diligence*, tegenwoordig vaker *human rights due diligence* genoemd maar in de ontwerp-richtlijn van de Europese Commissie van 23 februari 2022 “corporate sustainability due diligence” gedoopt¹² (vandaar hierna: **CSDD**) - onderwerp dat in dit boek een aparte bijdrage krijgt en hier verder nog beknopt aan bod komt

⁷ Daarover M. KRUIHOF, “Privaatrechtelijke facetten van algemeenbelangacties bij de Belgische justitiële rechter”, in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadviezen 2020-2021: De algemeenbelangactie en de civiele rechter - Oplichting*, Den Haag/Antwerpen, Boom Juridisch, 2021, 73-153.

⁸ Traditioneel worden minstens internationaal als vertrekpunten genoemd de publicatie in 1962 van Rachel Carsons boek *Silent Spring*, een aanklacht tegen de chemische industrie en pesticiden zoals DDT in het bijzonder, en de openbaarmaking in de zomer van 1971 (publicatie als boek in 1972) van het rapport “Limits to Growth” van de Club of Rome (zie <https://www.clubofrome.org/publication/the-limits-to-growth/>).

⁹ De bezorgdheid in de VS over het extreem droge jaar 1988 zorgde voor het eerst voor een doorbraak in dat land van het thema “global warming”, zo blijkt uit *big data* onderzoek naar de frequentie van artikels over het onderwerp in Amerikaanse kranten, zie R. Henson, *The Rough Guide to Climate Change*, London, Penguin, 2006, p. 238 (p. 235-261 van dit boek bieden een overzicht van het klimaatdebat 1950-2005 en p. 270-287 van de politieke reactie in dezelfde periode). In 1989 werd het Intergovernmental Panel on Climate Change in de schoot van de Verenigde Naties opgericht. Op de “Earth Summit” te Rio de Janeiro in 1992 was er niet alleen aandacht voor ontbossing en andere milieuproblemen, maar ook voor klimaatopwarming en werd het startschot gegeven voor onderhandelingen die in december 1997 in het Kyoto Protocol zouden uitmonden (pas in werking getreden in 2005 omdat er eerder niet voldoende ratificaties waren), dat tot doel had de uitstoot van zes broeikasgassen te reduceren. De EU lanceerde zijn “Emissions Trading Scheme” (ETS) in 2005.

¹⁰ Zie voor een beschrijving en veel achtergrondmateriaal <https://sdgs.un.org/goals>.

¹¹ UN Paris Agreement, 12 december 2015, beschikbaar op https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf.

¹² Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, COM(2022) 71 final, beschikbaar op https://ec.europa.eu/info/publications/proposal-directive-corporate-sustainable-due-diligence-and-annex_en.



in hoofdstuk V- was de formulering van de “Ruggie Principles”, officieel “UN Guiding Principles on Business and Human Rights”¹³¹⁴, richtinggevend. Deze waren inspirerend voor meer concrete maar eveneens niet-bindende OESO-richtlijnen (uit 2018) voor het doorvoeren van mensenrechten- en sociale due diligence¹⁵. Daarnaast heeft de OESO verschillende sectorale CSDD-handleidingen gepubliceerd evenals een due diligence gids voor institutionele investeerders die willen nagaan of een investering verantwoord is in het licht van de risico’s die zij zou kunnen meebrengen op milieu- en sociaal vlak.¹⁶

Maar binnen en op het niveau van de Europese Unie komen de beleidsimpulsen toch vooral van drie “werkstromen” van de Europese Commissie: De Green Deal¹⁷, het Actieplan Sustainable Finance¹⁸ en de werkstroom van het DG Justice rond *sustainable corporate governance*¹⁹. Die laatste was minstens initieel gebouwd rond twee initiatieven, enerzijds een poging om bestuursplichten te herformuleren teneinde het beweerde overmatig korte termijn-denken in bestuurskamers te bestrijden, anderzijds een poging om een CSDD-richtlijn aan te nemen. Beide initiatieven werden voorbereid door een externe studie die de Commissie liet opstellen, een fel bekritiseerd onderzoek van EY over *short-termism*²⁰ en een veel degelijker academische studie over CSDD²¹. Op 23 februari 2022 heeft de Commissie dan eindelijk een ontwerp-richtlijn over corporate sustainability due diligence bekendgemaakt, met daarin sterk de nadruk op het due diligence-luik en slechts een afgezwakte versie van formulering van *directors’ duties*.²²

¹³ UN Human Rights Office, Guiding Principles on Business and Human Rights, Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework, 2011, 42p., beschikbaar op https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

¹⁴ Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, 2011, 42p., beschikbaar op https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

¹⁵ OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct, 2018, 100p., beschikbaar op <http://mneguidelines.oecd.org/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm>.

¹⁶ Allen raadpleegbaar op <http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/>.

¹⁷ Zoals voorgesteld in de Mededeling van de Commissie, ‘De Europese Green Deal’, 11 december 2019, COM(2019)640 final.

¹⁸ Zie Mededeling van de Commissie ‘Actieplan: duurzame groei financieren’, 8 maart 2018, COM(2018)97 final.

¹⁹ Zie voor deze twee krachtlijnen, en de bijhorende Studies, de afdeling ‘company Law and corporate governance’ op de website van de EU Commissie: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/doing-business-eu/company-law-and-corporate-governance_en.

²⁰ EY, ‘Study on directors’ duties and sustainable corporate governance’, juli 2020, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e47928a2-d20b-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en>, 185p. Een van de meer opmerkelijke ‘harde’ aanbevelingen die in de studie aan de Europese Commissie werd gedaan is het harmoniseren op Europees niveau van het begrip ‘vennootschapsbelang’, met daarin begrepen de belangen van aandeelhouders, de langetermijnbelangen van de vennootschap op meer dan 5-10 jaar, de belangen van alle stakeholders en van de samenleving in het algemeen (*Ibid*, 51).

²¹ Study on due diligence requirements through the supply chain - Final report, januari 2020, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>. De studie werd opgesteld door het British Institute of International and Comparative Law, Civic consulting en LSE.

²² Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, COM(2022) 71 final, beschikbaar op



II. Vier routes voor beleidsmakers om meer aandacht voor duurzaamheid en ESG-thema's van ondernemingen af te dwingen²³

Er zijn een viertal juridische kanalen waarlangs beleidsmakers ondernemingen ertoe aanzetten om meer aandacht voor duurzaamheids-factoren te hebben. Vooreerst zijn er openbaarmakingsverplichtingen (*disclosure*).

1. Openbaarmakingsverplichtingen²⁴

Zoals in het vierde hoofdstuk van deze bijdrage wordt toegelicht, oefenen aandeelhouders en andere investeerders in toenemende mate druk uit op ondernemingen om een duurzamer beleid te ontwikkelen. Daarnaast -beide ontwikkelingen zijn niet geheel ongerelateerd- is er bij investeerders een sterk toegenomen vraag naar “groene” investeringsfondsen en beantwoordt de fondsenindustrie die vraag met het aanbod van een ruim keur aan zulke fondsen. De kapitaalmarkten spelen dus zeker een rol bij de toegenomen aandacht voor duurzaamheid. Kapitaalmarkten in het algemeen kunnen voor investeerders slechts naar behoren functioneren op basis van voldoende informatie die correct is en tijdig wordt bekendgemaakt.

Een eerste type openbaarmakingsregels dat hier relevant is, richt zich tot dienstverlenende en industriële ondernemingen zelf: die moeten allerlei niet-financiële informatie over zichzelf bekendmaken om de buitenwereld –investeerders maar ook de maatschappij in het algemeen – toe te laten zich een beeld te vormen van de praktijken op het gebied van bijvoorbeeld

https://ec.europa.eu/info/publications/proposal-directive-corporate-sustainable-due-diligence-and-annex_en.

Oorspronkelijk waren die ontwerp teksten voor juni 2021 aangekondigd, maar de plannen van de Commissie kregen twee keer een “rode kaart” van de Regulatory Scrutiny Board, een panel van 5 à 7 personen binnen de Commissie die als een soort afdeling wetgeving van de Raad van State regelgevende initiatieven van de Commissie op voorhand op hun kwaliteit onderzoekt. Na de tweede afwijzing heeft de Commissie volgen geruchten beslist de Regulatory Scrutiny Board gewoonweg niet meer te raadplegen, en met een voorstel naar buiten te komen.

²³ Deze afdeling is voor een deel gebaseerd op H. DE WULF, “ESG en vennootschapsrecht: innig verbonden, maar ook duurzaam?”, in H.-J. DE KLUIVER (ed.) *Duurzaam Ondernemen en Sustainable Transport. Preadviezen van de Koninklijke Vereniging Handelsrecht*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2021, 37-40 en 65-72, waaruit sommige zinnen letterlijk zijn overgenomen.

²⁴ Voor een iets meer gedetailleerde behandeling van de disclosure-regelgeving die hier kort geschets wordt, verwijzen we naar L.J.M. BAKS, J.B.S. HIJINK & S. RIETVELD, ‘Duurzaamheidsverslaggeving in een hogere versnelling. Laveren tussen wereldwijde convergentie en “Europe first”’, *Ondernemingsrecht* 2021, afl. 5, p. 34 e.v.; zie ook H. DE WULF, “ESG en vennootschapsrecht: innig verbonden, maar ook duurzaam?”, in H.-J. DE KLUIVER (ed.), *Duurzaam Ondernemen en Sustainable Transport. Preadviezen van de Koninklijke Vereniging Handelsrecht*. Zutphen, Uitgeverij Paris, 2021, 65-72.



arbeidsomstandigheden, mensenrechten, CO₂-uitstoot, klimaatinspanningen, diversiteit binnen de onderneming. Op basis van die informatie kunnen investeerders beslissen al dan niet in de onderneming te investeren, en kunnen aandeelhouders zich eventueel activistisch opstellen. Als beleidsmakers het doel zouden nastreven investeerders te stimuleren om geld te onttrekken aan ondernemingen met een zwak ESG-beleid en te herinvesteren in ondernemingen met een sterker profiel, dan veronderstelt zulke marktwerking uiteraard dat investeerders over de informatie beschikken om een onderscheid te kunnen maken tussen sterke en zwakke profielen.

Een tweede soort disclosure-verplichtingen richt zich tot collectieve beleggingsfondsen en hun aanbieders, en meer algemeen aanbieders van financiële producten: zij moeten informatie bekendmaken over de duurzaamheid van hun portefeuille, of over de vraag of zij investeren in vennootschappen die niet goed scoren op een aantal ESG-graadmeters. Dan kunnen (andere)vermogensbeheerders en rechtstreekse eindbeleggers een ‘geïnformeerde beslissing’ nemen of zij hun geld willen toevertrouwen aan dergelijk beleggingsvehikel. Op die manier wordt ook ‘*greenwashing*’ bestreden, de praktijk waarbij een onderneming of beleggingsfonds zichzelf als ‘groen’ of ‘duurzaam’ voordoet, maar het in werkelijkheid niet is. Rechtstreekse bestrijding van *greenwashing* gebeurt door taxonomieën en erkende certificaten: alleen beleggingsvehikels die aan een reeks ESG-standaarden voldoen, mogen zichzelf op een bepaalde manier in de markt zetten als ‘duurzaam’, ‘groen’, enzovoort.²⁵

Sinds de tweede helft van de jaren '90 voelden veel westerse genoteerde bedrijven zich verplicht, los van verplichtingen in wetgeving of aanbevelingen in corporate governance codes, om in hun jaarverslag of gelijkaardige publicaties informatie te geven over hun beleid en prestaties op gebied van “*corporate social responsibility*”. Dit heeft aanleiding gegeven tot de bloei van tientallen, wellicht honderden organisaties, sommige non-profit andere puur commercieel, die aanbieden bedrijven een onafhankelijke *rating*, bv. inzake duurzaamheid, te verschaffen, of die *certificaten* aanbieden over het bereiken van een bepaald “sociaal” of “duurzaam” niveau. Er mag gerust van wildgroei op dit domein gesproken worden. Onnodig te zeggen dat deze ratings of certificaten geen enkele officiële waarde hebben. Er zijn daarnaast ngo's die (naast het aanbieden van ratings en certificaten) zich concentreren op het opstellen van *standaarden* die (juridisch opnieuw niet-verbindende) *best practices* over niet-financiële

²⁵ Over met name duurzaamheidscertificering, zie uitgebreid M. BURGI & F. MÖSLEIN (eds.), *Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften*, München, Beck, 2021, 433p.



rapportering weerspiegelen. Vijf van de belangrijkste²⁶ sloten in september 2020 een samenwerkingsakkoord om tot een “gedeelde visie” over zulke verslaggeving te komen²⁷. De marktleiders zijn wellicht de Sustainability Accounting Standards Board, die zich toelegt op het ontwerpen van sectorspecifieke verslaggevingstandaarden²⁸, en het Global Reporting Initiative, dat sectoroverstijgend werkt en in juli 2021 een overeenkomst sloot met EFRAG, een van oorsprong private organisatie die door de Europese Commissie is opgewaarderd tot *standard setter* voor de EU over niet-financiële verslaggeving²⁹.

a. De Task Force on Climate-related Financial Disclosures en de International Sustainability Standards Board

De TCFD en de ISSB zijn de twee organisaties met mondiale ambities die een meer door publiekrechtelijke overheden erkend statuut en rol hebben dan de voornoemde zuivere privé-organisaties. TCFD staat voor Task Force on Climate-related Financial Disclosures en is in 2016 opgericht door de Financial Stability Board, zelf een creatie van de G7 als reactie op de financiële crisis (van 2007-2008). Op zijn top in juni 2021 verklaarde de G7 dat zij verplichte rapportering door vennootschappen overeenkomstig het kader dat door de TCFD zou worden uitgewerkt, zou ondersteunen. Inmiddels hadden minstens drie landen, met name het VK, Zwitserland en Nieuw-Zeeland, verklaard dat zij de verslaggevingsregels van de TCFD vanaf 2022 verplicht zouden maken voor sommige vennootschappen.³⁰ De G7 gaf ook steun aan de oprichting door de IFRS Foundation, het orgaan boven de IASB³¹, van een International Sustainability Standards Board (ISSB), die naast de IASB zal functioneren (en officieel werd gelanceerd op COP26 te Glasgow). De ISSB heeft nog geen definitieve normen uitgevaardigd. Net zoals de financiële verslaggevingsnormen die door de IASB uitgewerkt worden in Europa slechts verbindend worden nadat zij in een Europese Richtlijn zijn overgenomen, zullen de

²⁶ CDP (Oorspronkelijk: Carbon Disclosure Project; maar tegenwoordig lijkt de organisatie zich anders te willen profileren – geen exclusieve focus op CO₂ meer – zodat zij verkiest simpelweg als ‘CDP’ door het leven te gaan), CDSB (Climate Disclosure Standards Board), GRI (Global Reporting Initiative), IIRC (International Integrated Reporting Council) en SASB (Sustainability Accounting Standards Board). In november 2020 werd een zekere integratie bewerkstelligd tussen IIRC en SASB doordat zij een gezamenlijke moeder creëerden, de Value Reporting Foundation.

²⁷ *Statement of Intent to Work Together Towards Comprehensive Corporate Reporting*, <https://29kjwb3armds2g3gi4lq2sx1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/Statement-of-Intent-to-Work-Together-Towards-Comprehensive-Corporate-Reporting.pdf>.

²⁸ Zie <https://www.sasb.org/>.

²⁹ Voor heel wat informatie over de leden en governance van EFRAG zie <https://efrag.org/About/Facts>.

³⁰ Voor het VK zie bijv. [gov.uk/government/consultations/mandatory-climate-related-financial-disclosures-by-publicly-quoted-companies-large-private-companies-and-llps](https://www.gov.uk/government/consultations/mandatory-climate-related-financial-disclosures-by-publicly-quoted-companies-large-private-companies-and-llps) waar men informatie vindt over het feit dat ‘TCFD-aligned disclosures’ sinds 1 januari 2021 reeds verplicht zijn voor ‘premium listed’ vennootschappen, en men overweegt TCFD-normen ook voor de andere genoteerde vennootschappen en een aantal grote niet-genoteerde vennootschappen verplicht te maken.

³¹ International Accounting Standards Board.



ISSB-normen slechts juridisch bindend worden indien en in de mate dat de Europese of een nationale wetgever zulks bepaalt. Het is begin 2022 allesbehalve zeker dat de Europese Unie die stap ooit zal willen zetten. Er lijken momenteel een drietal verschillen in “filosofie” te bestaan tussen de ISSB -waarbinnen de Amerikaanse en Britse invloed niet te verwaarlozen is, al is de voorzitter een Fransman³²- en de Europese Commissie^{33, 34}. Die laatste wil niet alleen aandacht voor klimaatverslaggeving, maar wenst ook regels over milieu-en duurzaamheidsverslaggeving; zij wenst dat sociale verslaggeving (bv. over arbeidsomstandigheden) niet verwaarloosd wordt; en zij hecht veel belang aan “dubbele materialiteit”, wat in essentie betekent dat de verslaggeving niet beperkt mag worden tot ESG-factoren die een financieel risico voor de onderneming vormen (bv. een verzekeringsmaatschappij moet het toegenomen risico veroorzaakt door extreem weer in haar modellen incalculeren) maar ook betrekking moet hebben op de (wezenlijke) ESG-risico’s voor maatschappij en planeet die ondernemingen creëren, al vormen die risico’s geen bedreiging voor haar winstgevendheid.

b. Het Europese tweesporenbeleid

De EU zelf werkt via twee sporen aan duurzaamheidsverslaggeving³⁵. Enerzijds is er een modernisering van het kader voor rapportering van niet-financiële informatie aan de gang, door de in het vooruitzicht gestelde vervanging van de pas in 2018 in werking getreden NFRD door de CSRD (zonder een goed ontwikkelde smaak voor letterwoorden overleeft men de professionele omgang met dit domein niet).

³² Emmanuel Faber, de voormalige CEO van Danone, in Frankrijk bekend als “Mr. ESG”, die onder invloed van een Amerikaans en Brits hedge fund opzij geschoven werd bij Danone omdat Danone het in 2020-21 niet zo goed deed in vergelijking met zijn voornaamste concurrenten Nestlé en Unilever en volgens de hedge funds te veel aandacht had voor ESG eerder dan voor de directe investeerdersbelangen.

³³ Dat dit een gevoelige materie is, bleek nog eens toen er op LinkedIn een “woordenwisseling” uitbrak toen Bob Eccles op 18 februari 2022 het korte opiniestuk van hemzelf en B. Michandani, (“We need universal ESG accounting standards”) uit de Harvard Business Review (<https://hbr.org/2022/02/we-need-universal-esg-accounting-standards>) postte waarin hij er voor pleit de ISSB als unificerende regelgever over *sustainability disclosures* te laten optreden, maar sommige vertegenwoordigers van duurzaamheids-ngo’s lieten blijken dit onaanvaardbaar te vinden, onder meer omdat de ISSB niet voldoende op “*double materiality*” zou gericht zijn, en te exclusief op duurzaamheid in plaats van ook het “*social and governance*” uit ESG mee te nemen.

³⁴ Lezers die een duidelijke en beknopte (en daardoor verteerbare) inleiding in het spanningsveld tussen ISSB en de Europese aanpak willen, kunnen terecht bij een nieuwsbriefbericht op de website van Ksapa, een Franse sustainability consultancy, zie E. PONS, “ESG reporting- navigating between the ISSB and CSRD”, 28 december 2021, beschikbaar op <https://ksapa.org/esg-reporting-navigating-between-the-issb-and-csrd/> (laast geconsulteerd op 8 februari 2022).

³⁵ Zie https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/company-reporting-and-auditing/company-reporting/corporate-sustainability-reporting_en voor een overzicht van het wetgevend kader dat de Europese Commissie ontwikkeld heeft rond de NFRD en nu rond de CSRD wil ontwikkelen, met uitwerking van de cruciale concrete rapporteringsstandaarden door EFRAG. Volgens de website is het de bedoeling dat EFRAG tegen oktober 2022 met zijn eerste “standard” komt, weze het dat op het moment van schrijven (januari 2022) de CRSD zelf nog niet is aangenomen.



De basis voor bindende regels over ESG-verslaggeving in de EU die zich niet alleen richten tot actoren op de financiële markten, is de NFRD,³⁶ de Richtlijn niet-financiële informatie,³⁷ die technisch gezien nog een amendering van de Jaarrekeningenrichtlijn³⁸ vormde. Het kernstuk van de NFRD is de verplichting voor grote ondernemingen met minstens vijfhonderd werknemers die ‘organisaties van openbaar belang’ (OOB’s) zijn -in essentie gaat het om beursgenoteerde ondernemingen, banken, verzekeringsmaatschappijen- om in hun bestuursverslag voortaan (met ingang van de verslaggeving die op het boekjaar 2017 betrekking heeft) ook een niet-financiële verklaring op te nemen. Die niet-financiële verklaring moet minstens betrekking hebben op ‘milieu-, sociale en personeelsaangelegenheden, eerbiediging van mensenrechten en de bestrijding van corruptie en omkoping’.³⁹ Daarnaast moeten grote genoteerde ondernemingen ook een beschrijving geven van hun diversiteitsbeleid in verband met hun ‘bestuurs-leidinggevende en toezichtsorganen’.⁴⁰

In april 2021 werd een nieuwe fase ingeluid toen de Europese Commissie haar ontwerp van CSRD – Corporate Sustainability Reporting Directive⁴¹- bekendmaakte. Deze zou op termijn de NFRD moeten vervangen en zou geen amendering van de oorspronkelijke jaarrekeningenrichtlijn zijn, maar volledig zelfstandig naast die richtlijn staan, aldus het belang van de materie benadrukkend. Het ziet er niet naar uit dat het jaarverslag van Europese ondernemingen in de nabije toekomst beknopter zal worden. De bedoeling met de CSRD is voreerst een uitbreiding van het toepassingsgebied van de verslaggevingsplichten tot alle grote ondernemingen, ook de niet-genoteerde en ongeacht of zij OOB zijn (waardoor niet slechts ongeveer 12.000 ondernemingen zoals onder de NFRD gevat zouden worden, maar ongeveer 47.000 in de EU gevestigde ondernemingen). Verplichte externe audit (op het niveau van ‘assurance’) van de duurzaamheidsverslaggeving. En niet in het minst verslaggeving die verplicht gebeurt volgens de bindende ‘EU sustainability reporting standards’ die ontwikkeld

³⁶ Dit is het internationaal gebruikelijke Engelse acroniem voor de richtlijn en staat voor Non-Financial Reporting Directive.

³⁷ Richtlijn 2014/95/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2014 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen (*PbEU* 2014, L 330/1).

³⁸ Richtlijn 2013/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (*PbEU* 2013, L 182/19).

³⁹ Zie voor dit alles art. 19bis Richtlijn 2013/34/EU.

⁴⁰ Art. 20 lid 1 onder g Richtlijn 2013/34/EU.

⁴¹ Mededeling van de Commissie, Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU, Richtlijn 2004/109/EG, Richtlijn 2006/43/EG en Richtlijn (EU) nr. 537/2014 betreffende duurzaamheidsrapportage door ondernemingen, Brussel, 21 april 2021, COM(2021)189.



zouden worden door EFRAG, de European Financial Reporting Advisory Group en dan door de Commissie in een ‘gedelegeerde richtlijn’ gegoten zouden worden.

Het tweede “disclosure”-spoor dat de EU berijdt, focust vooral op de financiële sector en draait rond de SFDR en de Taxonomieverordening. Wat de NFRD en de toekomstige CSRD voor duurzaamheidsverslaggeving in het algemeen is, is de SFDR⁴² – door cognoscenti van binnen de sustainable finance-sector vaak kortweg aangeduid als de ‘Disclosures Regulation’ – voor financiëlemarktdeelnemers en financiële adviseurs.⁴³ Heel kort samengevat wil deze verordening de geviseerde actoren dwingen tot bekendmaking van hoe zij als financier/investeerder omgaan met duurzaamheidsrisico’s in hun zakelijke beslissingen en in hun beleid en in welke mate zij duurzame beleggingsdoelstellingen nastreven. Daarnaast wil de verordening verzekeren dat wie ‘groene’ of ‘milieugerelateerde’ financiële producten aanbiedt/als dusdanig promoot, daarover de nodige en correcte precontractuele informatie aan de kopers van die producten aanbiedt, en updates verstrekt via periodieke verslaggeving.

De Taxonomieverordening⁴⁴ tenslotte is enerzijds van toepassing op financiëlemarktdeelnemers die financiële producten aanbieden, maar ook, en niet onbelangrijk, op alle financiële en niet-financiële ondernemingen die door de NFRD gevat worden. De voornaamste doelstelling van de verordening is greenwashing te bestrijden,⁴⁵ dus te verhinderen dat ondernemingen zichzelf of financiële producten als ‘groen’ of ‘duurzaam’ in de markt zetten, terwijl betwifelbaar is dat hetzij de onderneming als dusdanig, hetzij een bepaald product daadwerkelijk duurzaam is. De Taxonomieverordening legt vier voorwaarden op waaraan economische activiteiten moeten voldoen om als ‘duurzaam’ te mogen worden aangemerkt. De activiteiten moeten bijdragen aan minstens een van de zes milieudoelstellingen die de verordening – in nogal algemene bewoordingen – als wenselijk naar voren schuift en, omgekeerd, werpt geen ernstige hinderpalen op voor het bereiken van andere milieudoelstellingen. Bovendien moet de activiteit zo verricht worden dat bepaalde minimumgaranties inzake sociale rechten gerespecteerd worden. Tot slot – en dat lijkt in de

⁴² Sustainable Finance Disclosure Regulation: Verordening (EU) 2019/2088 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 betreffende informatieverstrekking over duurzaamheid in de financiële dienstensector (*PbEU* 2019, L 317/1) (in werking getreden in maart 2021).

⁴³ Zoals deze begrippen gedefinieerd worden in art. 2 lid 1 en 11 SFDR.

⁴⁴ Verordening (EU) 2020/852 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2020 betreffende de totstandbrenging van een kader ter bevordering van duurzame beleggingen en tot wijziging van Verordening (EU) 2019/2088 (*PbEU* 2020, L 198/13).

⁴⁵ Art. 1 lid 1 Taxonomieverordening: ‘In deze verordening worden de criteria vastgesteld om uit te maken of een economische activiteit als ecologisch duurzaam kan worden aangemerkt, met het oog op het bepalen van de mate waarin een belegging ecologisch duurzaam is.’



praktijk wel de crux te zullen worden – moet de activiteit voldoen aan de technische screeningcriteria die de Commissie zal ontwikkelen en in gedelegeerde verordeningen vastleggen. Aan de hand van die ‘screeningcriteria’ zal moeten nagegaan worden of economische activiteit daadwerkelijk verzoenbaar is met een van de zes milieudoelstellingen die de Taxonomieverordening vastgelegd heeft. Er is al één zulke ‘delegated act’ uitgevaardigd,⁴⁶ inzake de eerste twee ‘geoorloofde’ milieudoelstellingen, ‘climate change mitigation and adaptation’.

2. *Due diligence* verplichtingen (‘zorgplicht’)

Een tweede, meer recente techniek die regelgevers beginnen te hanteren bestaat uit het opleggen van *due diligence*-verplichtingen. Die bestaan er in wezen uit dat een onderneming ertoe verplicht wordt, minstens aangezet wordt, om na te gaan of andere ondernemingen waarmee zij zaken doet, voornamelijk dochters en leveranciers (niet zozeer afnemers), zich aan ESG-relevante regels maar eventueel ook *best practices* houden. Bijvoorbeeld om na te gaan of toeleveranciers zich niet schuldig maken aan kinderarbeid of slavernijachtige praktijken; dan wel of zij zich niet bezondigen aan al te weinig duurzame praktijken, zoals het zonder meer platbranden van bossen om ruimte voor soja- of palmolieplantages te creëren. Ondernemingen worden er dan vaak toe verplicht om op basis van het *due diligence*-onderzoek, dat overigens een wederkerend gegeven is, een soort risicomanagementverslag op te stellen waarin zij de ESG-risico’s waaraan zij zijn blootgesteld in kaart brengen en een beleid uit te werken om die risico’s te beheersen en verminderen. Soms moet het verslag daarover ook algemeen bekendgemaakt worden, bijvoorbeeld via de website van de rapporterende vennootschap. Frankrijk en Duitsland hebben al zulke CSDB-wetgeving aangenomen⁴⁷, en op 10 maart 2021 nam het Europees Parlement een Resolutie aan waaraan een ontwerp-richtlijn over dit onderwerp was toegevoegd⁴⁸, om zo druk op de Commissie uit te oefenen om daadwerkelijk met een ontwerp van Richtlijn te komen. Op 23 februari 2022 maakte de Europese Commissie dan inderdaad haar langverwachte ontwerp van Richtlijn “On

⁴⁶ Zie document C(2021)2800 d.d. 4 juni 2021, beschikbaar op [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=PI_COM:C\(2021\)2800](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=PI_COM:C(2021)2800).

⁴⁷ Art. L225-102-4 Code de commerce, ingevoegd door loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre, resp. Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 46, 22 juli 2021, 2959.

⁴⁸ Resolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2021 met aanbevelingen aan de Commissie inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven en verantwoordingsplicht van ondernemingen (2020/2129), beschikbaar op https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_NL.pdf.



Corporate Sustainability Due diligence” bekend.⁴⁹ In België was toen al een wetsvoorstel over dit onderwerp hangende⁵⁰, maar men mag verwachten -minstens is te hopen- dat België zich naar het Europese ontwerp zal richten, en geen eigen wetgeving zal uitvaardigen tenzij duidelijk wordt dat het Commissievoorstel afgeschoten wordt. Typerend kenmerk van deze wetgeving is dat zij ondernemingen ertoe aanzet ngo's die zich inzetten voor ESG-thema's, bij de ontwikkeling en implementatie van een CSDD-strategie te betrekken, dat zij ook de ontwikkeling van een klachtenmechanisme waarin diezelfde ngo's kunnen optreden oplegt, en dat die wetgeving tevens aanstuurt op wijziging van het bestaande IPR, teneinde het mogelijk te maken om de topholdings van Europese ondernemingsgroepen aansprakelijk te stellen, minstens ter verantwoording te roepen voor de rechtbanken van het Europese thuisland en met toepassing van het recht van de zetel van de topholding, dit voor “negatieve effecten” (*adverse effects*) die de holding, zijn dochtervennootschappen of zijn al dan niet directe leveranciers buiten Europa veroorzaakt hebben op gebied van mensen-en sociale rechten of milieu en klimaat.

3. **Governance**-ingrepen

Een derde techniek bestaat uit wat wij *governance*-ingrepen noemen. Daaronder vallen verschillende mogelijke technieken.

Vooreerst kan men vennootschappen ertoe aanzetten de creatie van aandeelhouderswaarde, minstens de maximalisatie van de financiële ondernemingswaarde of winst, niet als enige of hoofddoelstelling na te streven. De in 2019 doorgebroken “*corporate purpose*”-discussie is hier te situeren. Nauw verwant hiermee kan men (als wetgever of rechter) proberen bestuursplichten zo te formuleren dat bestuurders verplicht worden met de belangen van andere stakeholders dan aandeelhouders rekening te houden, duurzaam te denken, de vennootschap niet met alleen maar oog voor korte termijn financieel gewin te leiden, en het mogelijk te maken bestuurders aansprakelijk te stellen, eventueel bestuursbeslissingen zelfs nietig te laten verklaren wanneer bestuurders zich hier niet aan houden. Anno 2021 overwoog de Europese Commissie om een richtlijn op te stellen die lidstaten zou verplichten dergelijke

⁴⁹ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, COM(2022) 71 final, beschikbaar op https://ec.europa.eu/info/publications/proposal-directive-corporate-sustainable-due-diligence-and-annex_en.

⁵⁰ Wetsvoorstel houdende de instelling van een zorg- en verantwoordingsplicht voor de ondernemingen, over hun hele waardeketen heen, 2 april 2021, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1903/001.



kijk op *directors' duties* in wetgeving te gieten.⁵¹ Na veel kritiek op dit idee (zie volgend hoofdstuk) zijn de bepalingen hierover in het CSDD-richtlijnontwerp van 23 februari 2022 eerder vaag gebleven, zodat er niet veel impact van te verwachten is. Artikel 25 van het ontwerp bepaalt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat bestuurders rekening moeten houden met de gevolgen van hun beslissingen voor “*sustainability matters*”, inclusief, waar toepasselijk, gevolgen voor mensenrechten, klimaatverandering en het milieu, inclusief op korte, medium en lange termijn. Met dergelijke tekst kan men alle kanten uit.

Men kan als regelgever ook ‘sociale’ rechtsvormen ter beschikking stellen die ondernemers kunnen aannemen om aan de buitenwereld te signaleren dat de vennootschap niet primair in het maximaliseren van aandeelhouderswaarde geïnteresseerd is.⁵²

Een derde soort governance-ingreep bestaat erin de beslissingsrechten anders te verdelen en/ of de samenstelling van de beslissingsorganen, zoals raad van bestuur anders te regelen met het oog op het versterken van aandacht voor ESG, of minstens het geven van een ‘voice’ aan andere stakeholders dan aandeelhouders. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan het uitbreiden van bestaande systemen van werknemersmedezeggenschap⁵³ of verlenen van de mogelijkheid aan anderen dan aandeelhouders van vorderingsrechten om beslissingen aan te vechten of het bestuur aansprakelijk te stellen. Men zou zelfs kunnen overwegen om stakeholders stemrecht te geven over bepaalde materies. Voor zover we zien, koesteren

⁵¹ Oorspronkelijk geformuleerd in de Mededeling van de Commissie, ‘De Europese Green Deal’, 11 december 2019, COM(2019)640 final.

⁵² Zie daarover (in de Belgische context maar ook met korte bespreking van het Amerikaanse landschap) bv. A. FRANCOIS en M. VERHEYDEN, “De VSO is dood, lang leve de SO!” Over de CV erkend als SO en de erkende CVSO”, *XLIVE Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2017-18. Het nieuwe ondernemingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2020, 249-311. Over de “benefit corporation”, zie F. ALEXANDER, *Benefit Corporation Law and Governance: Pursuing Profit with Purpose*, Oakland: Berrett-Koehler Publishers 2017, 305p. (zie in bijzonder chapter 6: The Delaware Public Benefit Corporation Statute, p. 85-108); J.S. HILLER, ‘The Benefit Corporation and Corporate Social Responsibility’, *Journal of Business Ethics* (118) 2013, p. 287-301, beschikbaar op <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s10551-012-1580-3.pdf>. Over de Franse “société à mission” bv. K. LEVILLAIN, *Les entreprises à mission: Un modèle de gouvernance pour l'innovation*, Paris: Vuibert 2017, 224 p.

⁵³ De oudere literatuur over de pro’s en contra’s van de Duitse *Mitbestimmung* en vooral het economisch onderzoek naar de effecten ervan, vindt men beknopt samengevat bij E. GERUM & H. WAGNER, ‘Economics of labor co-determination in view of corporate governance’, in: K. HOPT, E. WYMEERSCH e.a. (eds.), *Comparative Corporate Governance*, Oxford: Clarendon Press 1998, p. 341 e.v. en H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2002, p. 546-551. Voor het meer recente onderzoek, zie S. JÄGER, S. NOY & B. SCHOEFER, ‘What does codetermination do?’, NBER working paper 28921, 2021, nber.org/system/files/working_papers/w28921/w28921.pdf en S. JÄGER, B. SCHOEFER & J. HEINING, ‘Labor in the boardroom’, beschikbaar op <http://economics.mit.edu/files/17273>. Zie ook de analyse van twee Duitse academici die argumenteren dat de VS niet moeten overwegen de Duitse *Mitbestimmung* over te nemen (zoals nochtans ook in de vroege jaren 1980 door sommige Amerikaanse academici werd bepleit, in een sfeer waarin de VS niet langer economisch competitief werden geacht tegenover Duitsland en Japan) J. DAMMANN en H. EIDENMÜLLER, “Codetermination: a poor fit for U.S. corporations”, *Columbia Business Law review*, 870 e.v.



Europese of Noord-Amerikaanse landen, evenmin als de Europese Commissie, enig plan in die richting.

Wel pleiten sommigen voor het instellen van nog maar een comité binnen het bestuur, in navolging van bijvoorbeeld audit- en remuneratiecomités, ditmaal met de bedoeling een comité of minstens één of twee “*lead directors*” aan te duiden die zich toespitsen op duurzaamheidsvraagstukken.⁵⁴ Er komen regelmatig signalen dat zowel sommige institutionele investeerders als bestuurders zelfde aanduiding van zo een “*lead director*” (bij genoteerde bedrijven) nuttig en zelfs min of meer noodzakelijk vinden.

4. Het onrechtmatigedaadconcept als invalspoort voor activisten en bereidwillige rechters

De handhaving van ESG-regelgeving (vierde element) kan zoals steeds via *public* en *private enforcement* (of een mix van beide) gebeuren. Dat is ook wat we in werkelijkheid vaststellen. De Duitse wet over CSDD in leveranciersketens wil uitdrukkelijk geen nieuwe mogelijkheden tot aansprakelijkheidsvorderingen tegen ondernemingen creëren; de handhaving ervan is toevertrouwd aan een overheidsdienst, die boetes kan opleggen⁵⁵. Maar het burgerlijke aansprakelijkheidsrecht, een vorm van private handhaving, speelt in het algemeen een belangrijke rol in het ESG-verhaal. Het niet of slecht naleven van de nieuwe wettelijke ESG due diligence-verplichtingen kan in sommige jurisdicties, zoals Frankrijk, wel degelijk aanleiding geven tot een zelfstandige soort aansprakelijkheidsvordering, waarbij bovendien soms (opnieuw zoals in Frankrijk) bevoegdheid gegeven wordt aan bepaalde ‘representatieve organisaties’ (ngo’s) om het algemeen belang af te dwingen door ook zonder persoonlijke schade aan de (leden van) de organisatie, een burgerlijke schadeclaim in te leiden.⁵⁶

De techniek bij uitstrek van private rechtshandhaving blijft natuurlijk de vordering strekkende tot schadevergoeding gebaseerd op de algemene delictuele zorgvuldigheidnorm. Een

⁵⁴ Zie o.a. J. WINTER e.a., ‘Naar een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen. Een antwoord op de reacties’, *Ondernemingsrecht* 2021/6, 36.

⁵⁵ Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 46, 22 juli 2021, 2959.

⁵⁶ Zie bv. de zaken tegen het Franse olieconcern Total, aangespannen op basis van de Franse CSDD-wetgeving, zie <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/friends-of-the-earth-et-al-v-total/> (de website bevat linken naar de rechterlijke beslissingen).



opvallende ontwikkeling daarbij is dat volgens sommige rechtspraak een recht op een schoon leefmilieu een mensenrecht is en de beweerdde schending van dat mensenrecht tegelijk een onrechtmatige daad uitmaakt die tot schadevergoeding aanleiding kan geven. Dit leidt tot zogenaamde *climate litigation*.⁵⁷ Ook op het gebied van de concernaansprakelijkheid – vaak gebaseerd op de algemene zorgvuldigheidsnorm of doctrines die bij licht bezien slechts toepassingen daarvan onder een andere naam zijn⁵⁸ – beweegt een en ander. Vooral in het Verenigd Koninkrijk (VK) – in Duitsland bijvoorbeeld lijkt de rechtspraak voorlopig conservatiever – lijkt de hoogste rechtspraak sinds de *Vedanta*-zaak (zie verder) als achterliggende gedachte te hanteren dat het *Trennungsprinzip* – elke rechtspersoon heeft zijn eigen vermogen en sfeer van verantwoordelijkheid, ook al zijn die rechtspersonen verbonden door controlebanden – niet echt meer het uitgangspunt is eens iemand overtuigend kan argumenteren dat de zaak vanuit het oogpunt van de onrechtmatige daad (*negligence*) moet bekeken worden. Bij een en ander rijst de bredere vraag in welke mate de aloude idee van toerekening van handelingen en daardoor verantwoordingsplicht aan individuele (rechts)personen, in ons recht nog overeind blijft.⁵⁹

III. Waarom *standards* rond vennootschapsbelang en *corporate purpose* weinig soelaas bieden

1. Het *purpose* debat

In 2019 is in Europa en Noord-Amerika het zogenaamde “corporate purpose”-debat doorgebroken. Dit debat⁶⁰ draait rond de normatieve vraag wat de ultieme doelstelling moet

⁵⁷ Voor een overzicht van *climate litigation* wereldwijd, die vaak op onrechtmatige daad of schending van een mensenrecht of beide tegelijk gebaseerd is, zie de website van het Sabin Center van Columbia Law School, <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/>. Zie verder het rapport van J. SETZER en C. HIGAM, *Global trends in Climate Change Litigation. 2021 snapshot*, juli 2021, 45 p., beschikbaar op <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2021/07/Global-trends-in-climate-change-litigation-2021-snapshot.pdf>. Dit rapport biedt geen juridische analyse van de rechtspraak, maar gaat over aantallen en trends in de aard van de procedures.

⁵⁸ Voor overzichten van de klassieke concernaansprakelijkheid, zie M-L. LENNARTS, *Concernaansprakelijkheid*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 1999, 412 p., J.-E. ANTUNES, *Liability of corporate groups*, Deventer, Kluwer, 1994, 549 p. Voor België (maar toe aan een update) H. DE WULF, “Concernaansprakelijkheid”, in *Bestendig handboek vennootschap en aansprakelijkheid*, Antwerpen, Kluwer, 2002. Vernieuwender C.A. WITTING, *Liability of corporate groups and networks*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, 468 p.

⁵⁹ Zie U. DI FABIO, ‘Metamorphosen der Zurechnung. Droht der Verlust personaler Rechtssubjektivität?’, *JZ* 2020, p. 1073-1079. Zie ook vanuit een iets ander en beperkter perspectief M. PARGENDLER, “Veil Peeking: The Corporation as a Nexus for Regulation”, *University of Pennsylvania Law Review* 2021, Vol.169, 717-781.

⁶⁰ Een behoorlijk volledig overzicht van het debat biedt G. FERRARINI in D. BUSCH, G. FERRARINI & S. GRÜNEWALD (eds.), *Sustainable Finance in Europe*, Palgrave Macmillan 2021. Zie ook E. Rock, ‘For whom is the corporation managed in 2020? The debate over corporate purpose’, 1 mei 2020, beschikbaar op <https://ssrn.com/abstract=3589951> en H. FLEISCHER, “Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law”, *European Company and Financial Law Review* 2021, Vol. 18(2), 161-189 (tevens



zijn die vennootschappen zouden moeten nastreven, met name of vennootschappen alleen of primair de creatie van aandeelhouderswaarde moeten nastreven -concreet: de maximalisatie van de financiële waarde van de onderneming- dan wel dat de ondernemingsleiding bij haar beleidsbeslissingen ook systematisch aandacht zou moeten hebben voor andere *stakeholders* dan aandeelhouders en meer algemeen voor ESG-en duurzaamheidsthema's. Het is een ander debat dan dat rond *short termism*.⁶¹

De hogepriesters van de “*purpose*”-beweging zijn twee Britse financiële economen, de hoogleraren Colin Mayer en Alex Edmans⁶². Zij proberen hun lezers er van te overtuigen dat vennootschappen die een breder *purpose* nastreven niet alleen betere “*corporate citizens*” zullen zijn maar ook dat de wereld vol win-win situaties zit waardoor een bedrijf door bv. thee op een meer duurzame wijze te produceren, zijn winst niet alleen kan behouden, maar zelfs opdrijven. Alles bij elkaar is dit een nogal instrumentele visie op “*purpose*”. In Nederland hielden 25 hoogleraren in de sfeer van het ondernemingsrecht een bevolgen pleidooi voor *purpose driven* vennootschappen,⁶³ stellingname die briljant bekritiseerd werd door Harm-Jan de Kluiver⁶⁴ en ook in een volgend nummer van het tijdschrift *Ondernemingsrecht* tot kritische commentaren vanwege andere hoogleraren leidde.⁶⁵ Maar ook “de praktijk” laat zich allesbehalve onbetuigd: veel ondernemingen formuleren zelf een schriftelijk *purpose* en veelbetekenend voor de afkalving van de primauteit van de *shareholder value*-gedachte was dat Larry Fink als CEO van BlackRock in 2018 ondernemingsleiders ertoe aanspoorde om niet alleen voor aandeelhouders, maar ook voor werknemers en de gemeenschap aandacht te hebben⁶⁶, en dat de Business Roundtable – een lobbyorganisatie die de grootste Amerikaanse

beschikbaar op <https://ssrn.com/abstract=3770656>). Een analyse die vooral interessant is omdat ze een goed overzicht geeft van aspecten van Amerikaans positief recht die relevant zijn voor het purpose-debat is J. FISCH & S.D. SOLOMON, ‘Should corporations have a purpose?’ te verschijnen in *Texas Law Review*, en beschikbaar op <https://ssrn.com/abstract=3561164>. Zie ten slotte de originele en stimulerende invalshoek van M. ROE, ‘Corporate Purpose and Corporate Competition’, 13 juli 2021, beschikbaar op <https://ssrn.com/abstract=3817788>.

⁶¹ Zie daarover L. VAN MARCKE, “Shareholder engagement (SRD II) : zin en onzin. Aandeelhoudersbetrokkenheid als regelgevend antwoord op bekommernissen van short-termism”, *TRV* 2021, nr. 2021/8, 829-856.

⁶² C. MAYER, *Firm commitment: why the corporation is failing us and how to restore trust in it*, Oxford, Oxford University Press, 2013; C. MAYER, *Prosperity: Better business makes the greater good*, Oxford, Oxford University Press, 2018; A. EDMANS, *Grow the Pie. How Great Companies Deliver Both Purpose and Profit*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020. De ideeën van Mayer over purpose zijn handig samengevat in C. Mayer ‘The Future of the Corporation and the Economics of Purpose’, 16 november 2020, te verschijnen in *Journal of Management Studies* 2021, beschikbaar op <https://ssrn.com/abstract=3731539>.

⁶³ J. WINTER e.a., ‘Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer’, *Ondernemingsrecht* 2020/86.

⁶⁴ H.J. DE KLUIVER, ‘Over de verantwoordelijke onderneming. Naar een Paradise by the dashboard light?’, *Ondernemingsrecht* 2020/126.

⁶⁵ Zie o.a. W.A. WESTENBROEK, ‘Een maatschappelijke verantwoordelijkheid voor ondernemingen en (bange?) bestuurders of coronawetenschap in crisistijd?’, *Ondernemingsrecht* 2021/3; A.J. KAARLS, ‘Vage praatjes vullen geen gaatjes’, *Ondernemingsrecht* 2021/4; zie ook de reactie op de reacties van J. WINTER e.a., ‘Naar een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen. Een antwoord op de reacties’, *Ondernemingsrecht* 2021/6.

⁶⁶ Brief beschikbaar, onder de titel ‘A Sense of Purpose’ op <https://corp.gov.law.harvard.edu/2018/01/17/a-sense-of-purpose/>.



ondernemingen bijeenbrengt –in augustus 2019 een ophefmakende Verklaring wereldkundig maakte⁶⁷ met de bedoeling duidelijk te maken dat de organisatie van oordeel was dat ondernemingen een andere purpose dan alleen maar de creatie van shareholder value moesten nastreven, zoals de BRT nochtans in een eerder Statement uit de jaren negentig had gesteld.⁶⁸

“*Purpose*” is een managementconcept, dat misschien nuttige diensten kan bewijzen wanneer bestuur en topmanagement door reflectie over de zin en bestaansreden van de onderneming die zij leiden een “*tone at the top*” kunnen zetten en aldus de bedrijfscultuur kunnen beïnvloeden⁶⁹.

Maar juridisch hebben de debatten rond purpose weinig zin.

Colin Mayer heeft gesuggereerd dat vennootschappen een purpose-verklaring in hun statuten zouden moeten opnemen, om die aldus dwingend te maken. Dat zou in werkelijkheid weinig zoden aan de dijk zetten. Vooreerst moeten statuten door de aandeelhouders goedgekeurd worden, en het lijkt weinig waarschijnlijk dat die zouden toelaten dat een *purpose*-verklaring zo geformuleerd zou worden dat zij het bestuur zou toelaten afbreuk te doen aan hun aandeelhoudersbelangen. Los van het vorige punt, is de kans erg groot dat de *purpose*-verklaring zo vaag is dat zij in werkelijkheid nauwelijks beperkingen aan het bestuur of andere vennootschapsorganen oplegt. Bovendien kunnen derden zelden aansprakelijkheids-of nietigheidsvorderingen inleiden wegens schending van de statuten (al kunnen derden die kunnen aantonen dat dergelijke schending begaan door bestuurders hen schade berokkend heeft, de bestuurders daarvoor wel aansprakelijk houden overeenkomstig art. 2: 56 derde lid WVV). Schending van statuten heeft bij de vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid in toepassing van de Prokura-leer geen effect op de geldigheid van door de vennootschap aangegane verbintenissen.

⁶⁷ Men vindt het Statement on the Purpose of the Corporation op <https://purpose.businessroundtable.org/>.

⁶⁸ Business Roundtable, Statement on Corporate Governance 3, 1997, beschikbaar op <https://perma.cc/5VQQ-6YME>.

⁶⁹ E. ROCK, “For whom is the corporation managed in 2020? The debate over corporate purpose”, 1 mei 2020, beschikbaar op <https://ssrn.com/abstract=3589951>; H. FLEISCHER, “Corporate purpose: a management concept and its implications for company law”, januari 2021, te verschijnen in ECFR (2021) en beschikbaar op <https://ssrn.com/abstract=3770656>.



Men zou geneigd kunnen zijn in het concept “vennootschapsbelang” de juridische vertaling van “*purpose*” te zien, en in een zogenaamd brede, niet exclusief op aandeelhoudersbelangen gefocuste definitie van vennootschapsbelang een juridische hefboom te vinden om vennootschappen tot “*purpose driven*” organisaties om te toveren. Dergelijke gedachte is problematisch⁷⁰. Vooreerst is “vennootschapsbelang” geen vertaling van “*purpose*”, omdat een vennootschap volkomen vrij haar “*purpose*” mag bepalen, terwijl de ultieme arbiter van het vennootschapsbelang (als juridisch instrument) de rechtbanken zijn; in die zin is “vennootschapsbelang” een “objectiever” gegeven. Dat neemt niet weg dat wie pleit voor de expliciete formulering van een “*purpose*” door ondernemingen, dat bijna steeds doet in de hoop dat de vennootschapsleiding dan meer aandacht zal hebben voor andere belangen dan die van de aandeelhouders, hoop die gedeeld wordt door diegenen die pleiten voor een brede invulling van het concept vennootschapsbelang. Maar zowel in België, Nederland, Frankrijk en Duitsland⁷¹ (en ongetwijfeld in vele andere jurisdicties) wordt “vennootschapsbelang” zo ingevuld dat het perfect compatibel is met ruime aandacht voor andere stakeholderbelangen (en moet het nog gezegd dat in geen van die landen, net zomin als in de Verenigde Staten een winstmaximalisatieplicht op bestuurders rust?). Voor België oordeelde het Hof van cassatie in zijn arrest van 28 november 2013 :“*het belang van een vennootschap wordt bepaald door het collectief winstbelang van zijn huidige en toekomstige aandeelhouders*”⁷². Hoewel dit arrest geveld werd in een geschil rond de geoorloofdheid van een overdrachtsbeperking op aandelen, kan er, gezien de formulering van de overweging, weinig twijfel over bestaan dat het Hof dit zag als een algemeen-geldige omschrijving van wat het vennootschapsbelang inhoudt. Op het eerste zicht heeft het Hof het concept “eng” ingevuld. De definitie die het Hof geeft is nochtans perfect verenigbaar met instrumentele aandacht voor de belangen van andere stakeholders dan aandeelhouders. Door te verwijzen naar ook de toekomstige aandeelhouders, billijkt het Hof bestuursbeslissingen die korte termijn-belangen van de huidige aandeelhouders opofferen aan de langere termijn-belangen van de aandeelhouders als stakeholdergroep. Welnu, iedereen ziet hopelijk wel in dat die langere-termijn belangen van aandeelhouders als groep gediend kunnen worden door de gepaste aandacht voor de belangen van werknemers, schuldeisers en de maatschappij: een vennootschapsleiding die die andere stakeholders verwaarloost zal geen goede werknemers aantrekken, niet het vertrouwen van schuldeisers blijven genieten en maatschappelijke

⁷⁰ Zie ook de beschouwingen over vennootschapsbelang in deze context bij R. HOUBEN, “Intérêt de la société et intérêt général-une tentative de clarification des rôles entre les sociétés et l'état”, *JT* 2022, 33 e.v.

⁷¹ Zie Hoge Raad 4 april 2014, NJ 2014/286, m.nt. P. VAN SCHILFGAARDE, *Ondernemingsrecht* 2014/101, m.nt. A.F.J.A. LEIJTEN (Cancun-arrest); H. FLEISCHER, “Unternehmensinteresse und intérêt social: Schlüsselfiguren aktienrechtlichen Denkens in Deutschland und Frankreich”, *ZGR* 2018, p. 703-734.

⁷² Rechtsoverweging 14 van het arrest Cass. 28 november 2013, C. 12.0459/N.5., *TBH* 2014, 853 met de kritische commentaar van D. WILLERMAIN “L'intérêt social selon la cour de cassation. The Social responsibility of Business to Increase its Profits?”, *TBH* 2014, 855-65.



reputatieschade lijden, met op middellange termijn negatieve economische gevolgen voor de onderneming en daardoor voor haar aandeelhouders.

Voor de volledigheid wijzen we er op dat met de invoering van het WVV, een “*purpose driven*” vennootschap naar Belgisch recht op het eerste zicht iets gemakkelijker te organiseren is geworden. Art. 1:1 laatste zin WVV luidt nu: “*Eén van haar doelen is aan haar vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel uit te keren of te bezorgen*”. Bovenop het verplichte (anders is men geen vennootschap) winst en winstverdelingsoogmerk, mogen vennootschappen zich dus ook door een andere zingeving laten bezielen. Maar nog steeds vereist het Belgische recht, opdat een entiteit als vennootschap zou kunnen worden aangemerkt en dus de rechtsvorm van een NV, BV, etc. zou kunnen aannemen, dat zij met winstverdelingsoogmerk opereert.⁷³ Eerder dan het nastreven van een breder doel te faciliteren, is de nieuwe tekst van art. 1:1 WVV een weerspiegeling van een stroming in ook de Belgische samenleving die gelooft in een minder op aandeelhouders gefocust ondernemingsleven. Opnieuw denken wij niet dat de wetsbepaling op dat vlak veel impact zal hebben -haar juridisch belang lijkt eerder te liggen in de vraag in welke mate zij vrijgevigheden door vennootschappen minder aanvechtbaar maakt dan onder het oude recht.

2. Bezwaren tegen “*stakeholderism*” als onvruchtbare aanpak

Het belangrijkste bezwaar tegen “*stakeholderism*” in de zin van hoop stellen in een brede invulling van het concept “vennootschapsbelang” of formulering van een ander purpose dan aandeelhouderswaarde creëren of het zo formuleren van bestuursplichten dat bestuurders ook met andere belangen of waarden dan aandeelhouderswaarde rekening moeten houden, is dat dit op zich geen jota verschil zal uitmaken voor de praktijk van en de juridische beoordeling van het vennootschapsbestuur⁷⁴. Daarvoor zijn drie grote oorzaken aan te duiden. Vooreerst zijn ruime omschrijvingen van het vennootschapsbelang, of een bevel duurzaamheidsaspecten van bestuursbeslissingen in overweging te nemen, niet falsifieerbaar.

⁷³ Terwijl in onder meer Duitsland en het Verenigd Koninkrijk, de vennootschapsvorm ook door non-profit-organisaties kan gebruikt worden.

⁷⁴ L. A. BEBCHUK & R. TALLARITA, ‘The Illusory Promise of Stakeholder Governance’, *Cornell Law Review* (106) 2020, p. 91-178, beschikbaar op <https://ssrn.com/abstract=3544978>. Zie ook bv. L.A. BEBCHUK en R. TALLARITA, ‘Will Corporations Deliver Value to All Stakeholders?’, 4 augustus 2021, beschikbaar op <https://ssrn.com/abstract=3899421>, waarin aangetoond wordt dat Amerikaanse vennootschapsbesturen in overnamesituaties wel met de bieder onderhandelen om de prijs van het bod op te drijven (voordelig voor de aandeelhouders van het doelwit) of om zichzelf voordelen te bezorgen, maar niet ten behoeve van andere stakeholders zoals werknemers.



Daarmee bedoelen we dat iedereen met een minimaal retorisch talent zowat elke beslissing die niet met het opzet genomen wordt om een bepaalde stakeholdergroep ongerechtvaardigde schade te berokkenen, kan rechtvaardigen, met name omdat de beslissing in het belang van een andere stakeholdergroep is. veel van de belangrijkste bestuursbeslissingen impliceren een belangenafweging, en concepten als vennootschapsbelang, hoe ook ingevuld, hebben geen verdergaande informatieve waarde dan het verbod dat zij duidelijk inhouden voor bestuurders om hun eigenbelang naast laat staan boven dat van de vennootschap te plaatsen. Indien men beslissing “wit” kan rechtvaardigen, zal men ook beslissing “zwart” kunnen rechtvaardigen, althans zullen zij beide met het vennootschapsbelang verenigbaar blijken. Dat geldt des te meer nu alle westerse jurisdicties terecht doctrines lijken ontwikkeld te hebben, gaande van de “business judgement rule” in delaware tot de “marginale toetsing” die in 2019 in het WVV gecodificeerd werd, die moeten verhinderen dat rechters zich al te zeer in de plaats gaan stellen van het bestuur bij het vellen van opportuniteitsoordelen of, wijs na de feiten, uit het bestaan van schade een fout van het bestuur af te leiden.

Een tweede bezwaar tegen hoop in de kracht van begrippen in het bestrijden van onvoldoende aandacht voor duurzaamheid of te veel korte termijn-denken, ligt in de vaststelling dat anderen dan de vennootschap of haar aandeelhouders doorgaans niet de mogelijkheid hebben om bestuurders aansprakelijk te stellen -tenzij zij een precieze regel uit de vennootschapswetgeving of de statuten hebben geschonden of een onrechtmatige daad hebben begaan- noch om beslissingen van het bestuur nietig te laten verklaren. De afdwinging van respect voor het vennootschapsbelang of het “*purpose*” ligt dus in wezen in handen van de vennootschap en in mindere mate in handen van haar individuele aandeelhouders. Een derde fundamenteel bezwaar tegen geloof in “*stakeholderism*” is dat bestuurders steeds vooral rekening zullen houden met de belangen van degenen die hen benoemen, ontslaan en vergoeden. In systemen die geen werknemersmedezeggenschap kennen, zijn dat de aandeelhouders.

Om de zonet besproken redenen mag men ook de brede wettelijke definiëring van het vennootschapsbelang in de Franse Code civil door de *Loi Pacte* in 2019 -art. 1833 lid 2 C.C. bepaalt voortaan dat “*la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité*”- als symboolwetgeving beschouwen. Hetzelfde geldt voor art. 24 van het ontwerp van CSDD-richtlijn dat de Europese Commissie op 23 februari 2022 wereldkundig maakte. Dit ontwerp-artikel bepaalt onder meer, in zijn tweede paragraaf, dat “*fulfilling their duty to act in the best interest of the company, directors*



of companies (...) take into account the human rights, climate and environmental consequences, including in the long term, of their decisions". We verwachten iets meer impact van art. 24, derde en vierde lid Ontwerp Richtlijn, die het bestuur van de geïnteresseerde vennootschappen opdragen een klimaattransitieplan op te stellen in het licht van doelstelling van het klimaatakkoord van Parijs om globale opwarming te beperken tot 1,5 C°, en dat bij de bepaling van de remuneratie van bestuurders, dit plan "is duly taken into account" -de geest van de bepaling zij het niet de letter impliceert duidelijk dat variabele vergoeding op een of andere manier gelinkt moet worden aan het bijdragen van het bestuur, via het ontwikkelen van de bedrijfsstrategie, van meer duurzaamheid.

Concluderend zijn we het met Bebchuck en Tallarita eens -zij hebben de meest recente en breedste intellectuele aanval op *stakeholderism* gelanceerd⁷⁵- dat wie meer aandacht van ondernemingsleidingen op ondernemingen in het algemeen wenst voor duurzaamheid en/of andere stakeholders dan aandeelhouders, moet vertrouwen op specifieke regulering of een cultuurverandering maar in elk geval niet op een (her)definiëring van het vennootschapsbelang, herformulering van bestuusplichten of op een purpose-verklaring. Een herverdeling van beslissingsrechten of, meer realistisch, en andere samenstelling van bestuursorganen, met andere benoemings-, ontslag-en vergoedingsregels zou wellicht ook voor echte verandering kunnen zorgen. Maar voor die "governance"-weg lijkt nergens in Europa of Noord-Amerika veel interesse te bestaan. Wel zien we een omslag bij investeerders zelf, die op meer aandacht voor duurzaamheid beginnen aandringen. Dit analyseren we in het volgende hoofdstuk van deze bijdrage.

IV. Volstaat het te vertrouwen op aandeelhouders-engagement inzake duurzaamheid?

1. Het potentieel van institutionele beleggers voor duurzaamheid

⁷⁵ L. A. BEBCHUK & R. TALLARITA, 'The Illusory Promise of Stakeholder Governance', *Cornell Law Review* (106) 2020, p. 91-178, beschikbaar op <https://ssrn.com/abstract=3544978>; maar de meeste argumenten die zij aandragen waren al goed bekend bij de veteranen van Europese discussies over de brede of enge invulling van het vennootschapsbelang, zie bv. de argumentatie bij J.E. PARKINSON, *Corporate Power and Responsibility. Issues in the Theory of Company Law*, Oxford: Clarendon Press 1993, onder meer p. 82 e.v. (De meerwaarde van Bebchuk&Tallarita's onderzoek ligt vooral in het originele empirische onderzoek waarmee ze hun stelling kracht bijzetten).



In een vennootschapsrechtelijke analyse van duurzaam ondernemen is het belangrijk ook de invloed van van de kapitaalmarkten onder de loep te nemen; in het bijzonder die van grote, institutionele aandeelhouders⁷⁶ die tezamen wereldwijd het grootste deel van het kapitaal van beursgenoteerde ondernemingen aanhouden⁷⁷. Tot dat segment behoren zowel meer activistische institutionele aandeelhouders zoals hedgefondsen, als zogenaamde 'langetermijnaandeelhouders' waaronder in deze bijdrage pensioenfondsen, levensverzekeringsondernemingen, indexfondsen en de controlerende aandeelhouders die menige continentaal-Europese vennootschap heeft, worden verstaan.

Institutionele beleggers worden vaak in een adem genoemd met vermogensbeheerders aan wie het beheer van de beleggingsportefeuille over het algemeen wordt uitbesteed. De vermogensbeheerders met wereldwijd het meeste activa in beheer zijn BlackRock, Vanguard en State Street Global Advisors (samen de "Big Three" genoemd), hun potentieel tot het uitoefenen van aandeelhoudersinvloed is (wereldwijd overigens) erg groot. De mate waarin zij al dan niet initiatief nemen, bepaalt dan ook voor een groot deel de 'druk' van de markt bij het afdwingen van aandacht voor duurzaamheid in ondernemingen. Een essentieel inzicht is dat de invloed van grote institutionele beleggers en hun vermogensbeheerders zowel in de diepte bestaat (de Big Three beheren samen een relatief groot belang in veel vennootschappen, zo zijn de Big Three samen gezien de grootste aandeelhouder in bijna 90% van alle S&P 500 ondernemingen⁷⁸), als in de breedte (omwille van portfolio diversificatie en risicospreiding worden participaties aangehouden in een groot aantal vennootschappen, wat een aanzienlijk bereik oplevert).

In principe kunnen de waarden die men als samenleving collectief nastreeft -zo ook duurzaamheid- via de investerings-"trechter" worden vertaald wanneer institutionele beleggers middelen (financiering) toekennen aan ondernemingen die deze waarden bewust uitdragen. Omgekeerd is een mogelijk nefast gevolg van bewuste desinvesteringen door institutionele beleggers in niet-duurzame vennootschappen dat "vuile" vennootschappen tot *delisting*

⁷⁶ De focus op aandeelhouders maakt dat dit geen bijdrage is over duurzame kredietverstrekking (*sustainable finance*). Kredietinstellingen oefenen bij hun beslissing tot kredietverstrekking ongetwijfeld aanzienlijke invloed uit op vennootschappen om hen tot duurzaamheid, minstens rapportering erover aan te zetten, maar daarover is in dit boek een aparte bijdrage verschenen door onze collega Niels Rogge, waardoor onze analyse zich beperkt tot het gedrag van aandeelhouders.

⁷⁷ Volgens recente cijfers van de OECD behoren institutionele beleggers met 41% van de globale marktkapitalisatie tot de grootste categorie aandeelhouders in genoteerde vennootschappen. A. DE LA CRUZ, A. MEDINA en Y. TANG, "Owners of the World's Listed Companies", *OECD Capital Market Series* 2019, <https://www.oecd.org/corporate/Owners-of-the-Worlds-Listed-Companies.pdf>, 6.

⁷⁸ J. FICHTNER en E.M. HEEMSKERK, "The New Permanent Universal Owners: Index Funds, (Im)patient Capital, and the Claim of Long-termism", 2018, <https://ssrn.com/abstract=2988937>, 1.



worden aangezet, waardoor ze geheel aan de ogen en discipline van de publieke markt ontsnappen. Terecht wordt gewaarschuwd dat dit een aanzienlijke verschuiving van “vervuilers” naar de private markt kan veroorzaken, waardoor ESG-inspanningen bij publieke vennootschappen globaal genomen teniet worden gedaan.⁷⁹

Naast de vraag of men als institutionele belegger überhaupt middelen aan ‘groene’ ondernemingen toewijst, kunnen institutionele beleggers ook een verschil maken door hun portefeuilleondernemingen blijvend op hun verantwoordelijkheden inzake ESG- en duurzaamheid te wijzen. Evenwel blijkt de praktijk niet steeds een feilloze weerspiegeling van dit theoretisch model te zijn⁸⁰ en wordt het handelen van institutionele investeerders en vermogensbeheerders gestuurd door winstperspectief en de specifieke karakteristieken van het bedrijfsmodel van de institutionele belegger (de belangrijkste daarvan dat deze als fiduciair optreedt voor diens uiteindelijke individuele begunstigen, en dus altijd diens belangen in rekening moet brengen)⁸¹. Het handelen van institutionele beleggers wordt voorts door regelgeving gestuurd. Zo wordt in het Verenigd Koninkrijk door Principe 7 van de UK Stewardship Code 2020 expliciet vereist dat bij beleggingsbeslissingen en *engagement* rekening wordt gehouden met ESG-factoren.⁸² Op Europees niveau moeten institutionele beleggers ingevolge de Tweede Aandeelhoudersrechtenrichtlijn⁸³ een betrokkenheidsbeleid ontwikkelen dat bijdraagt “*tot een verbetering van de financiële en niet-financiële prestaties van vennootschappen, ook wat betreft ecologische, sociale en governancefactoren*”⁸⁴. De Belgische Corporate Governance Code 2020 (die zich overigens tot de ‘G’ van ESG beperkt)

⁷⁹ “Greater ESG disclosure and greater transparency triggers better informed shareholder action. But this system is subject to evasion. Dumping “dirty assets” on private investors and private companies undercuts any meaningful attempt to measure progress on emissions reduction”, zie J.C. COFFEE, “Climate-Risk Disclosures and “Dirty Energy” Transfers: “Progress” Through Evasion”, The CLS Blue Sky Blog, 25 januari 2022, <https://clsbluesky.law.columbia.edu/author/john-c-coffee-jr/>.

⁸⁰ Terecht wordt kritisch in vraag gesteld in welke mate vermogensbeheerders hun beloftes inzake duurzaamheid nakomen. Uit de praktijk blijkt een gemengd beeld, zie J. COOK, “Larry Fink’s Words Versus Actions on ESG in 2021”, Morning Star, 8 februari 2020, <https://www.morningstar.com/articles/1021762/larry-finks-words-versus-actions-on-esg-in-2021> ; G. TETT, “Wall Street’s new mantra: green is good”, FT, 29 januari 2021, <https://www.ft.com/content/e5b57ece-0c31-4f42-9229-c8981bc9fd34>.

⁸¹ Daarover, vanuit Amerikaans perspectief, M.M. SCHANZENBACH en R.H. SITKOFF, “Reconciling Fiduciary Duty and Social Conscience: The Law and Economics of ESG Investing by a Trustee”, *Stanford Law Review* 2020, Vol. 72, 381-454.

⁸² FINANCIAL REPORTING COUNCIL, The UK Stewardship Code 2020, https://www.frc.org.uk/getattachment/5aae591d-d9d3-4cf4-814a-d14e156a1d87/Stewardship-Code_Final2.pdf, 15.

⁸³ Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft (Voor de EER relevante tekst).

⁸⁴ Zie overweging 14 en artikel 3 octies, 1, a. Voor de omzetting in de Belgische rechtsorde, zie artikelen 3, §2; 13, §2; 17, §2; 21, §3; 26, §2 van de wet van 28 APRIL 2020 tot omzetting van richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft, en houdende diverse bepalingen inzake vennootschappen en verenigingen, BS 6 mei 2020.



stelt dat de raad van bestuur in haar beleid “duurzame waardecreatie” moet nastreven.⁸⁵ Ook al richt de Belgische Corporate Governance Code 2020 zich in de eerste plaats tot reguliere genoteerde vennootschappen en hun bestuurders, voor institutionele beleggers kan de invulling van dit principe hun duurzaamheidseisen ten aanzien van het bestuur wel enigszins legitimeren.

De overgang naar duurzaam ondernemen weerspiegelt zich onder meer in de ESG-normen waartegen beursgenoteerde vennootschappen vandaag door de markt worden geëvalueerd. Een van de doelstellingen van de openbaarmaking van niet-financiële informatie is beleggers een helder beeld geven van de aandacht van hun portefeuilleondernemingen voor duurzaamheid en ESG-thema's en hen toelaten in te schatten in welke mate hun initiatieven dit duurzaamheidsniveau nog kunnen verbeteren. Beleggers zouden bovendien in staat worden gesteld de ESG-prestaties van hun portefeuillebedrijven beter te beoordelen aan de hand van ESG-ratings (door derden verleende scores die de prestaties van ondernemingen op ESG-gebied weerspiegelen) en ESG-indexen (die enkel ondernemingen die voldoen aan bepaalde duurzaamheidscriteria in de index opnemen, bijvoorbeeld de Dow Jones Sustainability Index). Het gebrek aan standaardisatie op het gebied van ESG-ratings, waarbij vaak geen relatie bestaat tussen de ESG-scores die voor één onderneming worden verstrekt door verschillende beoordelaars, blijft evenwel een aanhoudend punt van kritiek dat het “zicht” van de beleggingswereld in belangrijke mate vertroebelt: *“ESG-ratings weerspiegelen de illusie van meetbaarheid”*⁸⁶. Daarnaast is de laatste jaren, vanuit de markt, ook een enorme instroom van activa ontstaan in “duurzame”, “groene” of ESG-fondsen die enkel beleggen in ondernemingen met een welbepaalde ESG-rating.⁸⁷ De netto-instroom in Amerikaanse ESG-fondsen bereikte in 2021 zelfs een recordniveau en het beheerd vermogen (*assets under management*, “AUM”) van ESG-aandelenfondsen in de VS piekte tot 438 miljard dollar

⁸⁵ Het begrip ‘duurzame waardecreatie’ werd toegelicht in een afzonderlijke nota, zie COMMISSIE CORPORATE GOVERNANCE, “Toelichtende nota inzake het begrip duurzame waardecreatie”, juni 2021, https://www.corporategovernancecommittee.be/sites/default/files/generated/files/page/toelichtende_nota_inzake_duurzame_waardecreatie_0.pdf, 3p.

⁸⁶ R. SALOMONS, “De Duurzaamheidsbubbel”, *FondsNieuws*, 24 maart 2020, <https://www.fondsnieuws.nl/columns/roelof-salomons/de-duurzaamheidsbubbel>; “A recent study found correlation of only an average of 0.54 for ESG ratings of six different providers. In stark contrast, for traditional credit ratings, the correlation is 0.99”, W. RINGE, “Investor-led Sustainability in Corporate Governance”, *ECGI Working Paper Series in Law*, Working Paper N° 615/2021, november 2021, 26-27; R. BOFFO en R. PATALANO (OECD), “ESG Investing: Practices, Progress and Challenges”, *OECD Paper*, 2020, www.oecd.org/finance/ESG-Investing-Practices-Progress-and-Challenges.pdf, 14-36.

⁸⁷ Voor een uitgebreide bespreking van ESG- en maatschappelijk verantwoord investeren, zie T. NAKAJIMA, “ESG Investment” in Y. HU en S. Hamori (eds.), *ESG Investment in the Global Economy*, Singapore, Springer, 2021, 107p. Heel interessant (omdat zij grondig is hoewel zij vanuit het zicht van een ervaringsdeskundige is geschreven) is ook de bijdrage van H.A. WALKATE “Duurzaamheid en het perspectief van een belegger” in H.J. de Kluiver (ed.), *Duurzaam ondernemen en Sustainable Transport, Preadviezen van de Koninklijke Vereeniging Handelsrecht*, Zutphen, uitg. Paris, 2021, 157-171.



(vergeleken met 333 miljard dollar in 2020).⁸⁸ Terzelfdertijd wordt voor deze populaire, zogenaamd ‘wereldverbeterende’ ESG-beleggingen gewaarschuwd voor het risico op *greenwashing* (waarbij ondernemingen of fondsen zich als “groen” in de markt profileren, bijvoorbeeld om financiering aan te trekken) en weerklinkt ook een toenemende bezorgdheid om een ‘groene’ beurszeepbel die, zo wordt beweerd, de volgende *crash* op de financiële markten zou kunnen veroorzaken.⁸⁹

Huidig onderdeel van deze bijdrage tracht een aanzet tot antwoord te bieden op de vraag welke acties institutionele aandeelhouders ondernemen om vennootschappen op duurzaamheidsvlak onder druk te zetten. Daarnaast wordt vanuit normatieve invalshoek besproken wat de rol van aandeelhouders zou moeten zijn in het streven naar duurzaam ondernemen en wat men op dit vlak in de toekomst redelijkerwijs van deze actoren zou kunnen verwachten.

2. ESG-activisme

Wat initiatieven van aandeelhouders bij beursgenoteerde vennootschappen betreft, is het aangewezen ook op duurzaamheidsvlak eerst en vooral het onderscheid te maken tussen activistische ingrepen en betrokkenheids- (*engagement*)initiatieven. Over het algemeen kan men stellen dat activisten veelal strategisch en proactief een participatie in een onderpresterende vennootschap opbouwen met het doel daarin (een) verbetering(en) op duurzaamheidsvlak teweeg te brengen terwijl betrokkenheidsinitiatieven eerder een antwoord pogen te bieden op ongewenste problemen die zich voordoen in portefeuilleondernemingen

⁸⁸ LAZARD'S CAPITAL MARKETS ADVISORY GROUP, “2021 Review of Shareholder Activism”, 19 januari 2022, https://www.lazard.com/media/451963/lazards-q4-2021-review-of-shareholder-activism_vf.pdf , 24.

⁸⁹ De Bank for International Settlements publiceerde in september 2021 een ophefmakend rapport waarin zij stelt parallellen te zien tussen de actuele *boom* in ESG-effecten (‘groene’ obligaties en aandelen) en de groei van door hypotheek gedekte waardepapieren naar aanloop van de financiële crisis in 2008: een veranderende maatschappelijke tijdgeest; een wildgroei aan nieuwe producten met voor beleggers verwarrende ‘groene’ labels die ondoorzichtigheid in de markt creëren en een explosie van geldstromen naar dergelijk ‘groen’ segment van de markt. BIS, “Sustainable finance: trends, valuations and exposures”, 20 september 2021, https://www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qt2109a.pdf , 14p.



waarin men reeds een belang aanhoudt.⁹⁰ De “ESG” component slaat op het feit dat bij activistische of betrokkenheidsinterventies zal worden getracht een verbetering aan te brengen op het vlak van milieu-, sociale of bestuurscriteria, zodat het bestuur deze thema’s in haar beleid ernstiger neemt en een betere ESG-rating wordt bekomen. Voor de hand liggende doelwitten van dergelijke ESG-georiënteerde activistische campagnes zijn olie-, gas- en energiebedrijven, alsook de auto-industrie en technologische sector.⁹¹

De praktijkgevallen van ESG-activisme die regelgevers en de financiële pers de laatste jaren in het oog springen, vallen in een aantal categorieën onder te brengen en kunnen als meertrapsraket worden benaderd.⁹²

In eerste instantie viseert ESG-activisme -middels een daartoe op de algemene vergadering aangenomen resolutie- het opstellen van meerjarige klimaatplannen door vennootschappen, waarin bijvoorbeeld het huidige vervuilingsniveau wordt bekendgemaakt en een plan wordt voorgelegd om dit niveau te verminderen. Sommige aandeelhoudersresoluties gaan verder en leggen de vennootschap een jaarlijks bindende stemming over dergelijke klimaatplannen op (de zogenaamde “say on climate”).⁹³ Nog ingrijpender wordt het verhaal wanneer “groene” bestuurders via *proxy fights* worden benoemd met de missie het duurzaamheidsbeleid van de onderneming te verbeteren.⁹⁴ Ten slotte worden aandelen van “duurzaamheidszondaars” of

⁹⁰ Cf. het vergelijkbare onderscheid dat KAHAN en ROCK maken tussen “strategic and ex ante” hedgefonds activisme en “incidental and ex post” engagement, M. KAHAN en E.B. ROCK, “Hedge Funds in Corporate Governance and Corporate Control”, *University of Pennsylvania Law Review* 2007, Vol. 155(5), 1069; en het onderscheid dat J. ARMOUR en B.R. CHEFFINS maken tussen offensief activisme en defensieve interventies, zie J. ARMOUR en B.R. CHEFFINS, “The Rise and Fall (?) of Shareholder Activism by Hedge Funds”, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N°. 136/2009, september 2009, 43p.

⁹¹ Voor de activistische trends op ESG-vlak van het afgelopen jaar, zie M. SAWYER, M. TREVINO en L. BOEHMKE, “2021 Trends in Shareholder Activism”, 19 februari 2022, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, <https://corpgov.law.harvard.edu/2022/02/19/2021-trends-in-shareholder-activism/#3> . Wat 2022 en de komende jaren betreft, wordt verwacht dat ESG-activisme zich voornamelijk zal gaan richten op grote techbedrijven (bekend als de “Big Tech”), zie G. NORMAN en S. TOMS, “ESG: 2021 Trends and Expectations for 2022”, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, 25 februari 2022, <https://corpgov.law.harvard.edu/2022/02/25/esg-2021-trends-and-expectations-for-2022/> .

⁹² Naar H. DE WULF, “ESG en vennootschapsrecht: innig verbonden, maar ook duurzaam?”, in H-J de Kluiver (ed.), *Duurzaam Ondernemen en Sustainable Transport. Preadviezen van de Koninklijke Vereeniging Handelsrecht*. Zutphen, Uitgeverij Paris, 2021, 63-65.

⁹³ Het hedgefonds TCI (The Children’s Investment Fund) kon in 2020 bij de Spaanse luchthavenexploitant Aena succesvol een resolutie laten aannemen voor de invoering van ’s werelds eerste ‘say on climate’ stemming vanwege aandeelhouders. Ondertussen hebben heel wat ondernemingen (o.a. Unilever, Nestlé en Royal Dutch Shell) op vrijwillige basis een say on climate stemming ingevoerd, voor de meest actuele lijst zie <https://sayonclimate.org/supporters/> .

⁹⁴ Cf. de activistische interventie van hedgefonds Engine No1 op de algemene vergadering van oliegi-gant ExxonMobil van 26 mei 2021, zie D. BOWER, *ExxonMobil shareholders hand board seats to activist nominees*, FT, 26 mei 2021, <https://www.ft.com/content/da6dec6a-6c58-427f-a012-9c1efb71dddf> .



van ondernemingen die volgens de markt overdreven beloftes inzake duurzaamheid maken, geïllustreerd door short-sellers die speculeren op een daling van hun aandelenkoers.⁹⁵

Daarnaast zijn tal van andere activistische interventies denkbaar.

Onder druk van activistische aandeelhouders wordt de laatste jaren in veel campagnes sterk gepleit voor een aanpassing van het remuneratiebeleid, waarin de variabele vergoeding wordt gekoppeld aan het behalen van vooropgestelde duurzaamheidsdoelen.⁹⁶ Het opnemen van ESG-risico's (in de vorm van meetbare ESG-parameters) in de beloningsstructuur van bestuurders en het uitvoerend management is vandaag reeds een gangbare praktijk binnen het grootste deel van Europese beursgenoteerde vennootschappen (*"use of ESG metrics in executive incentive plans is more prevalent in Europe – used by 63% of constituents of major indices"*⁹⁷), al is in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk eenzelfde evolutie aan de gang.⁹⁸ De verhalen die regelmatig in de financiële pers verschijnen, liegen er overigens niet om: meer en meer blijkt remuneratie voor institutionele beleggers omwille van duurzaamheidsoverwegingen een twistpunt te zijn en de komende jaren⁹⁹ valt te verwachten dat die trend zich in alle hevigheid zal voortzetten. Zo stelde de Duitse fondsbeheerder Allianz Global Investors in een recent persbericht dat het vanaf volgend jaar zal stemmen tegen remuneratieverslagen van grote Britse en Europese portefeuilleondernemingen waarin de beloning van bestuurders niet uitdrukkelijk aan ESG-criteria wordt gekoppeld.¹⁰⁰ Institutionele aandeelhouders verlangen duidelijk dat op dit vlak in toenemende mate verantwoording wordt afgelegd, nu *"a record number of S&P 500 companies failed to win investor support for bonuses in 2021"*¹⁰¹. Bijgevolg worden ook in de Verenigde Staten in steeds meer

⁹⁵ B. NAUMAN, "Short-sellers step up scrutiny of ESG stocks", *FT*, 24 oktober 2020, <https://www.ft.com/content/b8c91561-b44c-43cf-9810-7aeff9c377a8>.

⁹⁶ J.C. COFFEE, "The coming shift in shareholder activism: from "firm-specific" to "systematic risk" proxy campaigns (and how to enable them)", 26 augustus 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3908163, 23.

⁹⁷ WILLIS TOWERS WATSON, "ESG and Executive Compensation: Hearing from board members globally", 2021, 7.

⁹⁸ CLIFFORD CHANCE, "Remuneration and ESG: What Do You Need To Know?", april 2021, <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2021/04/remuneration-and-esg-what-do-you-need-to-know.pdf>, 3-5.

⁹⁹ Minstens voor 2022, maar allicht ook verder in de toekomst, zie het onderdeel 'remuneration' bij G. NORMAN en S. TOMS, "ESG: 2021 Trends and Expectations for 2022", Harvard Law School Forum on Corporate Governance, 25 februari 2022, <https://corpgov.law.harvard.edu/2022/02/25/esg-2021-trends-and-expectations-for-2022/>.

¹⁰⁰ A. KLASA, "AllianzGI to vote against European companies that fail to link pay to ESG", *FT*, 22 februari 2022; voor het volledige persbericht zie ALLIANZ, "AllianzGI insists EU large caps link exec pay to ESG KPIs", 22 februari 2022, <https://www.allianzgi.com/en/press-centre/media/press-releases/allianzgi-insists-eu-large-caps-link-exec-pay-to-esg-kpis>. In maart 2021 nam het Zweedse Cevian (Europa's grootste activistische investeerder) een gelijkaardig standpunt in, toen nog aangemerkt als "one of the toughest stances yet taken on executive pay and ESG", A. MOONEY, "Cevian calls on boards to end 'ESG box checking' and set pay targets", *FT*, 21 maart 2021..

¹⁰¹ P. TEMPLE-WEST, "US companies add environmental and social targets to executive bonuses", *Financial Times*, 20 februari 2022 *FT*.



ondernemingen (zoals Apple, Disney en recent ook Starbucks¹⁰²) milieu- en sociale doelstellingen aan remuneratiepakketten toegevoegd.¹⁰³

Wat de Europese situatie betreft, verzet naar de huidige stand van het recht niets zich tegen een dergelijke koppeling van het remuneratiebeleid met ESG-factoren. Anderzijds bestaat op dat vlak voornamelijk geen verplichting: artikel 9bis, punt 6 van de Tweede Aandeelhoudersrechtenrichtlijn bepaalt dat “*indien de vennootschap variabele bezoldiging toekent*”, het bezoldigingsbeleid voor de toekenning van de variabele beloning “*de financiële en niet-financiële prestatiecriteria, waaronder in voorkomend geval criteria inzake maatschappelijk verantwoord ondernemen*” bevat.¹⁰⁴ De verwachting is dat de Europese Commissie in het voorjaar van 2022 nieuwe vennootschapsrechtelijke Europese richtlijnen zal aankondigen, die volgens sommigen een verplichte opname van niet-financiële, ESG-criteria in het remuneratiebeleid zouden bevatten.¹⁰⁵

Naast deze in het oog springende activistische initiatieven, werd voornamelijk in aanzienlijk mindere mate¹⁰⁶ onderzocht welke acties langetermijnaandeelhouders in het licht van duurzaamheid (kunnen) ondernemen en wat de mogelijke invloed daarvan is.

3. ESG-engagement door langetermijnaandeelhouders

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Een recent rapport van London Business School's Centre for Corporate Governance en PwC geeft concrete technieken voor het koppelen van de vergoeding van bestuurders aan ESG-doelen; PwC en LONDON BUSINESS SCHOOL, “Paying Well By Paying For Good”, 2021, <https://www.pwc.co.uk/human-resource-services/assets/pdfs/environmental-social-governance-exec-pay-report.pdf>, 26p.

¹⁰⁴ In de Belgische rechtsorde werd deze formulering woordelijk overgenomen in artikel 7:89/1, §2 WVV.

¹⁰⁵ Zo wordt op Europees niveau momenteel een *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD) voorbereid, die de bestaande rapportageverplichtingen in het kader van de richtlijn inzake publicatie van niet-financiële informatie (Richtlijn 2013/34/EU van 22 oktober 2014) zou wijzigen (de Europese Commissie publiceerde haar voorstel daartoe op 21 april 2021, op vandaag vinden de onderhandelingen plaats tussen het Europees Parlement en de Raad). Zie voor een overzicht daarover, en de timing, EUROPEAN COMMISSION, “Corporate Sustainability Reporting”, https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/company-reporting-and-auditing/company-reporting/corporate-sustainability-reporting_en. Volgens anderen zou een “*compulsory inclusion of non-financial, ESG metrics linked to a company's sustainability targets*” deel kunnen uitmaken van een mogelijks in 2022 aan te kondigen Europese richtlijn inzake *sustainable corporate governance*, zie daarover CLIFFORD CHANCE, “Remuneration and ESG: What Do You Need To Know?”, april 2021, <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2021/04/remuneration-and-esg-what-do-you-need-to-know.pdf>, 5

¹⁰⁶ Onderzoek dat peilt naar de uiteindelijke impact van ESG-gerelateerde activistische of betrokkenheidsinitiatieven op de activiteiten van de doelvennootschap (bv. in termen van boekhoudkundig rendement, winstmarge, omzetstijging, enz.) en naar waardecreatie (bv. een mogelijks effect op de beurskoers van de onderneming) is nog schaarser. Waardevolle studies in dit verband zijn die van T. BARKO, M. CREMERS en L. RENNEBOOG, “Shareholder Engagement on Environmental, Social, and Governance Performance”, ECGI Working Paper Series in Finance, Working Paper N° 509/2017, juli 2021, 69p.; E. DIMSON, O. KARAKAŞ en X. LI, “Coordinated Engagements”, ECGI Working Paper Series in Finance, Working Paper N° 721/2021, januari 2021, 73p.



Vanuit traditioneel *corporate governance* perspectief klinkt vaak de waarschuwing dat langetermijnaandeelhouders zoals indexfondsen intrinsiek niet worden gestimuleerd om betrokkenheidsinitiatieven te nemen omwille van de *free-rider* problemen die de indexstructuur met zich meebrengt en de afwezigheid van een prestatievergoeding voor de vermogensbeheerder.¹⁰⁷ Om die redenen¹⁰⁸, zo wordt door sommigen beweert, zou de invloed die men mag verwachten van langetermijnaandeelhouders ook op duurzaamheidsvlak veeleer beperkt zijn.¹⁰⁹

Wat het streven naar duurzame waardecreatie betreft, houdt deze bewering o.i. slechts gedeeltelijk stand. Omwille van de genoemde *free rider* problemen, het gebrek aan *incentives* vanuit het eigen bedrijfsmodel en een strategie van kostenminimalisatie, zou men inderdaad verwachten dat langetermijnaandeelhouders weinig ondernemingsspecifieke betrokkenheidsinitiatieven ondernemen. Er zijn evenwel genoeg indicaties, en ook theoretische redenen, om aan te nemen dat zij, weliswaar sinds kort, toch meer en meer actief worden¹¹⁰; hun aanpak en middelen bij het streven naar duurzaamheid zijn gewoon verschillend. John Coffee en Jeffrey Gordon maken in die zin een interessant onderscheid tussen bedrijfsspecifiek activisme dat uitgaat van spelers zoals hedgefondsen, versus een soort “systematisch” activisme vanwege grote indexfondsen en de Big Three.¹¹¹ Het doel van

¹⁰⁷ Aangezien vaak een gering belang wordt aangehouden (cf. diversificatie binnen de portefeuille) draagt de institutionele belegger wel de kost van een interventie, maar zullen andere aandeelhouders van de daardoor binnen de vennootschap gerealiseerde waardecreatie meegenieten. Aangezien indexfondsen bovendien een welbepaalde index repliceren, zal een gerealiseerde waardecreatie binnen een portefeuillevennootschap worden weerspiegeld in een waardestijging van de gehele index, wat ervoor zorgt dat het fonds relatief – namelijk ten opzichte van de index – op een gelijk niveau blijft presteren. Bovendien zullen ook andere indexfondsen, die afhangen van dezelfde index, de waardeverbetering merken. Zie L. BEBCHUK, A. COHEN en S. HIRST, “The agency problems of institutional investors”, *Journal of Economic Perspectives* 2017, Vol. 31, 98; L. BEBCHUCK en S. HIRST, “Index Funds and The Future of Corporate Governance: Theory, Evidence, and Policy”, *Columbia Law Review* 2019, Vol. 119, No. 8, 2056-2058.

¹⁰⁸ Een andere reden, vooral aangehaald in het kader van de Amerikaanse *fiduciary duties* (meer bepaald, de *duty of loyalty*), is dat de enige, zonet de belangrijkste, overweging bij de beleggingsbeslissingen van een institutionele belegger het rechtstreeks toekennen van een voordeel aan diens uiteindelijke begunstigden moet zijn. De belangen van deze uiteindelijke begunstigden staan mogelijk haaks op het streven naar duurzame waardecreatie binnen portefeuilleondernemingen, wat een rem voor *engagement* kan vormen (bijvoorbeeld wanneer een hoger rendement kan worden bekomen bij het verkopen van de aandelenparticipatie in de portefeuilleonderneming). Zie daarover M.M. SCHANZENBACH en R.H. SITKOFF, “Reconciling Fiduciary Duty and Social Conscience: The Law and Economics of ESG Investing by a Trustee”, *Stanford Law Review* 2020, Vol. 72, 381-454.

¹⁰⁹ Voor een bondig overzicht van deze kritieken, zie W. RINGE, “Investor-led Sustainability in Corporate Governance”, ECGL Working Paper Series in Law, Working Paper N° 615/2021, november 2021, 8-9.

¹¹⁰ Zie bijvoorbeeld het kwantitatieve onderzoek van DYCK e.a., waarin wordt besloten dat “using a comprehensive sample of publicly traded firms across more than 40 countries, we provide new evidence that institutional investors push for stronger firm-level E&S performance around the world. That is, firms are stepping up their E&S performance because investors are asking for it.” A.DYCK, K.V. LINS, L.ROTH H.F. WAGNER, “Do institutional investors drive corporate social responsibility? International evidence”, *Journal of Financial Economics* 2019, Vol.131, 713.

¹¹¹ J.C. COFFEE, “The coming shift in shareholder activism: from “firm-specific” to “systematic risk” proxy campaigns (and how to enable them)”, 26 augustus 2021,



dergelijk systematisch risico-activisme is een portefeuilleonderneming te dwingen een gedragsverandering teweeg te brengen die een positieve, overhevelende invloed op andere portefeuilleondernemingen heeft (bijvoorbeeld het verminderen van vervuiling door uitstoot of andere klimaatinspanningen), en zo de waarde van de gehele portefeuille uiteindelijk te verbeteren.¹¹² Het idee is daarbij dat een tijdelijk verlies in de geviseerde portefeuilleonderneming die een gedragsaanpassing moet doen (bijvoorbeeld door bepaalde milieunormen te handhaven, wat mogelijks gepaard gaat met investeringen waardoor de aandelenkoers tijdelijk daalt), wordt gecompenseerd door een grotere winst voor de portefeuille in zijn geheel. Deze theorie kan inderdaad verklaren waarom langetermijnaandeelhouders (en in de eerste plaats indexfondsen) geïncentiveerd zullen zijn te handelen voor systematische risico's die de globale portefeuille bedreigen. Klimaatverandering is daarvan het voorbeeld bij uitstek: *“The clearest example today of a major systematic risk is the risk of adverse climate change... and thus it should not surprise us that the leading index funds and asset managers have been the most outspoken proponents of reducing our dependence on carbon-based energy.”*¹¹³

Ook vanuit regelgevend en beleidsmatig oogpunt moeten betrokkenheidsinitiatieven boven *exit*-strategieën (desinvesteringen) worden verkozen. Een risico als klimaatverandering kan immers niet worden beheerst of “weggewerkt” door loutere (bijkomende) diversificatie binnen de aandelenportefeuille aan de dag te leggen, nu zowat elke onderneming uiteindelijk aan klimaatgerelateerde risico's wordt blootgesteld. Het volledig afbouwen van de aandelenparticipatie (desinvestering) in een vervuilende onderneming lost vanuit duurzaamheidsoogpunt bovendien weinig op: er wordt niet aangezet tot veranderingen in de activiteiten of het beleid van de onderneming, en de kans bestaat dat de participaties eenvoudigweg terecht komen bij beleggers die zich bij hun beleggingsbeslissingen minder door duurzaamheidsoverwegingen laten leiden.¹¹⁴ Een tekort aan financiering op de publieke markten kan uiteindelijk ook een verschuiving van ‘vervuilers’ naar de private markt veroorzaken (zoals eerder besproken *supra*, ...).

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3908163 , 29p ; J.N. GORDON, “Systematic Stewardship”, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 566/2021, 24 januari 2022, https://ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/gordonfinal.pdf , 55p.

¹¹² Omgekeerd viseert dit soort *engagement* dus activiteiten of gedragingen van ondernemingen die negatieve externaliteiten met zich meebrengen ten aanzien van andere ondernemingen.

¹¹³ J.C. COFFEE, “The coming shift in shareholder activism: from “firm-specific” to “systematic risk” proxy campaigns (and how to enable them)”, 26 augustus 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3908163 , 5.

¹¹⁴ Uit een recente studie over de gevolgen van *voice (engagement)* en *exit* als traditionele strategieën om de bedrijfsprestaties te beïnvloeden, blijkt dat *exit* minder doeltreffend is dan *voice* om vennootschappen ertoe aan te zetten op een sociaal verantwoorde manier te handelen, zie E. BROCCARDO, O. HART en L. ZINGALES, “Exit vs. Voice”, ECGI Working Paper Series in Finance, Working Paper N° 694/2020, november 2021, 58p.



Zoals blijkt uit de praktijk, kunnen langetermijnaandeelhouders een aantal initiatieven ondernemen om vennootschappen op duurzaamheidsvlak onder druk te zetten.

a. Duurzaamheid in het betrokkenheidsbeleid en de *proxy voting guidelines*

Wat vermogensbeheerders in de eerste plaats doen, is hun jaarlijkse proxy voting guidelines en het *Investment Stewardship* beleid (de leidraad voor *engagement* in portefeuilleondernemingen) aanpassen om in beiden een aantal richtlijnen voor duurzaamheid op te nemen, die ze ook communiceren in jaarlijkse brieven gericht aan de CEO's van portefeuilleondernemingen (een praktijk van bijvoorbeeld BlackRock en State Street¹¹⁵). Een stokpaardje van BlackRock in haar beleid voor het stemmen over klimaatrisico's is het streven naar een net-zero economy¹¹⁶: waar in 2021 nog meer vrijblijvend sprake was van “*we expect companies to articulate how they are aligned to [this] scenario*”¹¹⁷, vraagt BlackRock nu van portefeuilleondernemingen meer concreet “*to disclose a business plan for how they intend to deliver long-term financial performance through the transition to global net zero, consistent with their business model and sector*”¹¹⁸.

Opvallend is voorts dat BlackRock wat ESG-openbaarmakingen betreft, ondernemingen aanmoedigt te rapporteren onder het TCFD vierpijlerraamwerk van de Sustainability Accounting Standards Board (SASB), maar sinds dit jaar ook openstaat voor 'andere

¹¹⁵ Zie BLACKROCK, “Larry Fink’s 2022 Letter To CEO’s: The Power Of Capitalism”, 18 januari 2022, <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter> ; STATE STREET GLOBAL ADVISORS, “CEO’s Letter on Our 2022 Proxy Voting Agenda”, 12 januari 2022, https://www.ssga.com/be/en_gb/intermediary/ic/insights/ceo-letter-2022-proxy-voting-agenda . Waar BlackRock’s Larry Fink in zijn brieven van 2012 tot 2017 voornamelijk schreef over het nastreven van langetermijnwaarde en het bredere short-termism thema, weerklonk in de brief van 2016 (geschreven enkele maanden na de Paris Climate Agreement) voor het eerst expliciet het verband tussen ESG en de beleggingswereld. In 2020 nam de CEO de aanstootgevende woorden in de mond “climate risk is investment risk”.

¹¹⁶ Waarbij de hoeveelheid broeikasgassen die aan de atmosfeer wordt toegevoegd niet groter is dan de hoeveelheid die van de atmosfeer wordt onttrokken – een doelstelling die noodzakelijk is om de opwarming van de aarde tot 1,5°C te beperken (zoals aangenomen in het klimaatakkoord van Parijs en bevestigd door het recente Klimaatpact van Glasgow).

¹¹⁷ BLACKROCK, BlackRock Investment Stewardship: Proxy Voting Guidelines for US Securities , January 2021, https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1528437/000119312521290646/d213082dex99uscorp.gov.htm#uscorp2_04664_8 (hierna: “voting guidelines 2021”).

¹¹⁸ BLACKROCK, BlackRock Investment Stewardship: Proxy Voting Guidelines for US Securities , January 2022, <https://www.blackrock.com/corporate/literature/fact-sheet/blk-responsible-investment-guidelines-us.pdf> , 17 (hierna: “voting guidelines 2022”) ; BLACKROCK, BlackRock Investment Stewardship: Global principles, <https://www.blackrock.com/corporate/literature/fact-sheet/blk-responsible-investment-engprinciples-global.pdf> , 12 (hierna: “BIS principles 2022”).



normen'.¹¹⁹ Dit zet de deur op een kier voor rapportering volgens de normen van instanties als de ISSB, EFRAG of GRI – en volgens sommigen (wat de Amerikaanse markt betreft) zelfs voor rapportering onder een door de Amerikaanse SEC opgelegde *climate disclosure rule*, zou die er in de toekomst komen.¹²⁰

b. Steun verlenen aan ESG-activisten

Een tweede essentieel drukingsmiddel van langetermijnaandeelhouders is het verlenen van steun aan activistische voorstellen door stemrechten in die zin aan te wenden (en zich dus achter de activist te scharen, tegen het bestuur). Aangezien activisten vaak een eerder gering belang aanhouden in hun doelvennootschappen, is die steun onontbeerlijk voor het slagen van hun interventies in het kader van duurzaamheid. De voorbeelden hiervan zijn *legio*, maar het meest frappante ervan is ongetwijfeld dat van de epische aandeelhoudersvergadering van oliegiëgant ExxonMobil van 26 mei 2021, waar op voorstel van het hedgefonds Engine No1 – dat zelf amper 0,2% van de aandelen van ExxonMobil bezat – drie bestuurders werden benoemd in een *proxy contest* dankzij de stemrechtelijke steun vanwege enkele grote institutionele beleggers en/of hun vermogensbeheerders.¹²¹ Deze alliantie wordt door academici dan ook aangegrepen om een nieuw tijdperk voor ESG-activisme en *engagement* in te luiden.¹²² Een campagne met soortgelijke kenmerken aan die van Engine No1 is

¹¹⁹ BLACKROCK, voting guidelines 2022, 16; BLACKROCK, BIS principles 2022, 12; vergelijk met de voting guidelines 2021.

¹²⁰ Op 15 maart 2021 heeft de SEC een publieke raadpleging gestart over de vraag of en in welke zin de bestaande *climate change disclosure rules* moeten worden gewijzigd en de vraag naar potentiële nieuw op te leggen informatievereisten. Het consultatieproces werd nog niet formeel afgesloten en zelfs in januari 2022 werden nog opmerkingen ontvangen. Volgens SEC ondervoorzitter Gary Gensler wordt ernaar gestreefd om begin 2022 een eerste ontwerp van de nieuwe regels bekend te maken. Zie KIRKLAND & ELLIS LLP, "The SEC's Recent and Planned Activity on Climate Change Disclosures: What Companies Can Do To Prepare", 1 oktober 2021, <https://www.kirkland.com/publications/kirkland-alert/2021/09/sec-climate-change-disclosures#fn2> ; voor de publieke raadpleging zie SEC, "Public Input Welcomed on Climate Change Disclosures", 15 maart 2021, <https://www.sec.gov/news/public-statement/lee-climate-change-disclosures> .

¹²¹ Zijnde CalPERS, CalSTRS en New York State Common (het pensioenfonds van de staat New York), respectievelijk BlackRock en Vanguard, H. DE WULF, "ESG en vennootschapsrecht: innig verbonden, maar ook duurzaam?", *Preadviezen van de Koninklijke Vereniging Handelsrecht. Duurzaam Ondernemen en Sustainable Transport*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2021, 65; W. RINGE, "Investor-led Sustainability in Corporate Governance", ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 615/2021, november 2021, 20; J.C. COFFEE, "The coming shift in shareholder activism: from "firm-specific" to "systematic risk" proxy campaigns (and how to enable them)", 26 augustus 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3908163 , 13; D. Brower, "ExxonMobil shareholders hand board seats to activist nominees", *FT*, 26 mei 2021, .

¹²² ENTERPRISE, "Investor activism in Europe could be entering a new "golden age", 6 december 2021, <https://enterprise.press/stories/2021/12/06/investor-activism-in-europe-could-be-entering-a-new-golden-age-60038/> ; W. RINGE, "Investor-led Sustainability in Corporate Governance", ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 615/2021, november 2021, 21.



momenteel aan de gang bij Duitslands grootste elektriciteitsproducent, RWE, en wordt vermoed een hoogtepunt te bereiken op de algemene vergadering in april 2022.¹²³

De noodzaak aan steun vanwege grote, betekenisvolle langetermijnaandeelhouders is nog meer uitgesproken wanneer activisten – zoals het relatief kleine hedge fund Bluebell Capital Partners – één campagne per jaar voeren bij een onderneming (zoals het Belgische Solvay als eerste target in 2020 en het Franse Danone in 2021) waar men één aandeel koopt en vervolgens pleit voor verbeteringen op vlak van ESG (bijvoorbeeld door, in het geval van Solvay en Danone, te pleiten voor het ontslag van de CEO¹²⁴). Het succes van dergelijke ‘One share ESG-campaigns’ (aangehaald als recente ‘trend’ in ESG-activisme in 2021¹²⁵) staat of valt volledig met de al dan niet verleende steun van andere institutionele aandeelhouders. Opvallend is dat Bluebell proclameert haar campagnes *pro bono* te voeren om *greenwashing* door multinationals tegen te gaan, in de hoop dat andere op duurzaamheid gerichte investeerders zich daarbij zullen aansluiten.¹²⁶

Het valt overigens op dat investeerders soms ook aan duurzaamheidsactivisme doen zonder enige hoop te koesteren op bais van aandelenbezit of stemkracht op de algemene vergadering hun slag thuis te halen, en zonder dat het primaire doel van hun interventie lijkt om hun persoonlijke winst op hun aandelenpakket te vergroten. Een spraakmakend voorbeeld is de kritiek die veteraan-investeerder en luis in de pels van vele bedrijven Carl Icahn had op hamburgerketen McDonald’s, over de manier waarop (zwangere) varkens die in McDonald’s-Producten verwerkt worden, behandeld worden¹²⁷. Icahn bezat ongeveer 200 aandelen in McDonald’s, maar de vennootschap zag zich genoodzaakt een media-offensief te lanceren

¹²³ RWE wordt onder druk gezet door Enkraft, een klein beleggingsfonds uit München, om haar koolstofuitstoot te verminderen en zich in te zetten voor hernieuwbare energie. Net als de campagne van Engine No. 1 bij ExxonMobil, bezit Enkraft een eerder klein aandeel in RWE (zij het net voldoende om een resolutie op de algemene vergadering van april 2022 in te dienen) maar begint het voor zijn campagne meer en meer steun te ontvangen van enkele Duitse vermogensbeheerders. T. LAARAKKERS, “The German Activist Following In Engine No 1’s Footsteps”, *VigourTimes*, 15 december 2021, <https://vigourtimes.com/the-german-activist-following-in-engine-no-1-s-footsteps/>.

¹²⁴ Een slag die bij Danone in maart 2021 in huis werd gehaald, terwijl de (zij het eerder, in 2020 opgestarte) campagne bij Solvay nog hangende is. Zie S. MAMPAEY, “Activist eist vertrek Solvay-CEO Kadri”, *De Tijd*, 15 september 2021, <https://www.tijd.be/markten-live/nieuws/aandelen-brussel/activist-eist-vertrek-solvay-ceo-kadri/10332339.html>; L. FLETCHER en L. ABOUD, “The little-known activist fund that helped topple Danone’s CEO”, *FT*, 24 maart 2021..

¹²⁵ G. CASEY, S. PETEPIECE en L. ARYANI (SHEARMAN & STERLING LLP), “Recent Shareholder Activism Trends”, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, 29 november 2021, <https://corpgov.law.harvard.edu/2021/11/29/recent-shareholder-activism-trends/>.

¹²⁶ V. ZA en S. JESSOP, “Activist Bluebell calls for Solvay board to oust CEO”, *Reuters*, 15 september 2021, <https://www.reuters.com/article/solvay-activist-letter-idCNL8N2QH2CX>.

¹²⁷ Zie P. TEMPLE-WEST, “Carl Icahn launches board fight at McDonald’s over treatment of pigs”, *FT* 21 februari 2022.



als tegengewicht tegen de zeer uitgebreide aandacht die Icahns uitspraken kregen. Wij vermoeden dat Icahns optreden slechts een voorproefje is van een fenomeen waarmee grote ondernemingen de komende jaren vanuit verschillende hoeken te maken zullen krijgen: de investeerder die zich activistisch opstelt omdat hij dit correct vindt, los van zijn financiële belangen of van zijn macht als investeerder.¹²⁸

c. Informele betrokkenheidsinitiatieven

Een andere route die (voornamelijk Europese¹²⁹) langetermijnaandeelhouders voor duurzaamheid frequent bevaren is die van private of informele betrokkenheidsinitiatieven met bestuursleden en/of leden van het uitvoerend management. Dergelijk dialoog ‘achter de schermen’ stelt hen in staat gedetailleerde en nauwkeurige bedrijfsinformatie te verkrijgen inzake ESG-thema’s en naar de onderneming toe de actuele ESG-verwachtingen te signaleren en bij te stellen. Volgens sommigen is informele betrokkenheid vandaag zelfs hét belangrijkste kanaal van *ESG-engagement*¹³⁰, al moet hierbij de belangrijke kanttekening worden gemaakt dat het gebrek aan *exit*-mogelijkheid (i.e., het verkopen van de aandelenparticipatie bij ongenoegen) van langetermijnaandeelhouders zoals indexfondsen¹³¹ de onderhandelingsmacht van deze actoren achter de schermen mogelijks afzwakt.

d. Coalitievorming en duurzaamheidsplatformen

¹²⁸ Zie ook B. MASTERS, “Carl Icahn’s push for happier McDonald’s pigs is just the start”, *FT* 23 februari 2022

¹²⁹ In tegenstelling tot de typische luidruchtige, agressieve en breed in de media uitgesmeerde campagnes van fondsen in de Verenigde Staten lijkt de trend op de Europese markt en het Verenigd Koninkrijk te zijn dat activisten veelal de *low-profile* route achter gesloten deuren verkiezen (bijvoorbeeld het geval bij het in Londen gevestigde Europese hedgefonds Bluebell, dat acties ondernam bij het Franse Danone en op vandaag actief is bij het Belgische Solvay), zie H. LEASK, “Opportunities and inefficiencies: How activist hedge fund Bluebell Capital is reaping rewards with large-cap Euro focus”, *HedgeWeek*, 22 januari 2021, <https://www.hedgeweek.com/2021/01/22/294781/opportunities-and-inefficiencies-how-activist-hedge-fund-bluebell-capital-reaping>.

¹³⁰ A.DYCK, K.V. LINS, L.ROTH H.F. WAGNER, “Do institutional investors drive corporate social responsibility? International evidence”, *Journal of Financial Economics* 2019, Vol.131, 703; T. BARKO, M. CREMERS en L. RENNEBOOG, “Shareholder Engagement on Environmental, Social, and Governance Performance”, ECGI Working Paper Series in Finance, Working Paper N° 509/2017, juli 2021, 4.

¹³¹ Indexfondsen investeren in een portefeuille van effecten die tracht de prestaties van een specifieke maatstaf index bij te houden (bijvoorbeeld de S&P500), waardoor een participatie in een onderneming niet kan worden verkocht zolang die portefeuilleonderneming zich in de index bevindt.



Naast het occasioneel verlenen van steun aan activistische ESG-campagnes (zie nr. ...) worden de laatste jaren¹³² ook op meer bestendige basis samenwerkingen¹³³ opgezet via belangengroepen of zogenaamde 'duurzaamheidsplatformen', zoals het gekende Climate Change 100+¹³⁴ waar o.a. CalPERS, CalSTRS en BlackRock deel van uitmaken. Soms bestaan deze coalities onder het mom van *Investor-driven Governance Networks* (IGN's), zoals bijvoorbeeld het Institutional Investors Group on Climate Change (IIGCC). Andere platformen zoals het Net Zero Asset Managers Initiative zijn dan weer 'netwerken van netwerken' die verschillende platformen overkoepelend samenbrengen.

Duurzaamheidsplatformen vervullen in toenemende mate een nuttige rol inzake kostenefficiëntie, het coördineren van ESG-initiatieven en het uitwisselen van informatie. RINGE argumenteert, o.i. geheel terecht, dat dergelijke platformen (net door die efficiëntere informatieoverdracht tussen investeerders) een soort veiligheidscontrole inbouwen waarbij opportunistische campagnes die enkel het winstperspectief en eigenbelang van een welbepaalde activistische investeerder zouden dienen, onderuit worden gehaald, omdat de verwachting is dat institutionele beleggers en vermogensbeheerders enkel hun steun zullen verlenen wanneer de voorgestelde actie voordelig is voor de aandeelhoudersgroep als geheel.¹³⁵ Dit verschil in drijfveren lijkt vandaag inderdaad te bestaan¹³⁶ en rechtvaardigt initiatieven die de voorkeur geven aan laatstgenoemde, maatschappelijk wenselijkere vorm van *engagement*. Het Companies Shareholders and Sustainability report 2020¹³⁷ verwijst in dit verband naar coalitieplatformen (zoals, in het VK, ShareAction) zowaar als *pushers*; investeerders die actief streven naar duurzaamheid binnen ondernemingen (en dus, de beleggingsportefeuille) en daarbij worden gesteund door grote institutionele beleggers die

¹³² Onderzoek heeft aangetoond dat de frequentie en omvang van zulke gecoördineerde samenwerkingsinitiatieven de laatste jaren sterk is toegenomen, zie voor een overzicht W. RINGE, "Investor-led Sustainability in Corporate Governance", ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 615/2021, november 2021, 25. Ander onderzoek toonde het succes aan van een zogenaamde '*two-tier engagement strategy*', waarbij één institutionele belegger een leidende rol op zich neemt, E. DIMSON, O. KARAKAŞ en X. LI, "Coordinated Engagements", ECGI Working Paper Series in Finance, Working Paper N° 721/2021, januari 2021, 35.

¹³³ Coalitievorming tussen aandeelhouders doet in een Europese context de vraag rijzen naar de kwalificatie van handelen in onderling overleg met het doel de zeggenschap of controle in een vennootschap te verkrijgen (cf. de Transparantierichtlijn 2004/109/EG en Overnamerichtlijn 2004/25/EG). Ook in de Verenigde Staten kan dit soort samenwerking aanleiding geven tot bijkomende openbaarmakingsverplichtingen voor institutionele beleggers overeenkomstig sectie 13(d) van de Securities Exchange Act. Deze materie wordt in deze bijdrage niet verder behandeld. Zie ook A. TALESKA, "Shareholder Proponents as Control Acquirers: A British, German and Italian Perspective on the Regulation of Collective Shareholder Activism via Takeover Rules", *EBOR* 2018, Vol. 19(4), 797-851, die argumenteert dat wetgeving die collectief aandeelhoudersactivisme viseert terzelfdertijd een onwenselijke rem vormt voor collectieve aandeelhoudersbetrokkenheid vanwege langetermijnaandeelhouders.

¹³⁴ Waar meer dan 615 institutionele beleggers met een beheerd vermogen van meer dan 65 biljoen dollar op hebben ingetekend. "Designed by investors for investors, the initiative aims to ensure the world's largest corporate greenhouse gas emitters take necessary action on climate change.", zie <https://www.climateaction100.org/about/>.

¹³⁵ W. RINGE, "Investor-led Sustainability in Corporate Governance", ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 615/2021, november 2021, 19.

¹³⁶ Van Bluebell, een relatief klein en vroeger vrij onbekend hedgefonds, wordt soms vermoed dat het zichzelf aan de hand van haar 'one share ESG-Campaign' in de markt wilt zetten om bijkomende klanten en middelen aan te trekken en haar beleggingsmandaat zo uit te breiden.

¹³⁷ N. BOEGER, R. RUSSELL en C. VILLIERS, "Companies Shareholders and Sustainability report 2020", University of Bristol Law Research Paper Series, Paper #007 2020, 35p.



daartoe worden aangezet vanwege hun eigen individuele begunstigen (bijvoorbeeld pensioenspaarders). Daarmee wordt het onderscheid gemaakt met *brakers* ofwel “afremmers”; hedgefondsen en particuliere beleggers die het duurzame gedachtegoed voorlopig enkel, of toch in overgrote mate, uitdragen wanneer zij daartoe vanuit winstperspectief worden aangezet.¹³⁸

e. Meer ‘directe’ uitoefening van stemrechten

Een laatste actuele nieuwigheid vanwege vermogensbeheerders komt tegemoet aan de passiviteit die indexfondsbeheerders in corporate governance traditioneel wordt verweten. Volgens een recent rapport van ShareAction bestaat op vandaag immers een aanzienlijke transatlantische kloof tussen de mate waarin de grootste Amerikaanse en Europese vermogensbeheerders voor stemmen voor milieu- en sociaalgerelateerde aandeelhoudersresoluties (respectievelijk amper 39, versus 64%).¹³⁹ Naast deze kloof, bestaat meer in het algemeen een sterk vermoeden dat sommige institutionele beleggers omwille van de wensen en objectieve belangen van hun eigen individuele begunstigen sterker intrinsiek gemotiveerd (zullen) zijn om aandacht te besteden aan duurzaamheidskwesties dan hun vermogensbeheerders.

Om enerzijds te vermijden dat indexfondsbeheerders zich bij de uitoefening van hun stemrechten inzake duurzaamheidskwesties teveel zouden scharen achter raden van bestuur (en dus hun stemrechten niet zouden aanwenden om “duurzame” aandeelhoudersresoluties aangenomen te laten worden), en om anderzijds institutionele beleggers de kans te geven hun duurzame preferenties via het stemrecht uitdrukking te geven, staat BlackRock vanaf januari 2022 enkele institutionele klanten van haar indexfondsen toe om op meer ‘directe wijze’¹⁴⁰ de

¹³⁸ *Ibid*, 26 ev. .

¹³⁹ SHAREACTION, “Voting Matters 2021: Are asset managers using their proxy votes for action on environmental and social issues?”, december 2021, <https://api.shareaction.org/resources/reports/ShareAction-Voting-Matters-2021.pdf>, 13.

¹⁴⁰ ‘Direct’ is in deze context nog steeds vrij relatief, nu het Amerikaanse *proxy voting* systeem in werkelijkheid alles behalve direct werkt. De naar statelijk recht erkende aandeelhouder is de centrale effectenbewaarinstelling (Depository Trust Company, “DTC”) bij wie alle effecten gedeponneerd zijn, al delegeert deze in de praktijk het stemrecht naar de banken en *brokers* die hun rekeningen rechtstreeks bij DTC aanhouden (‘DTC participants’). Nu deze banken en *brokers* over het algemeen optreden voor rekening van hun eigen cliënten (‘*in street name*’), zullen zij in principe niet gerechtigd zijn te bepalen hoe het stemrecht inhoudelijk moet worden uitgeoefend maar worden zij verplicht aan hun cliënten (titularissen van de effectenrekeningen, *beneficial owners*) blanco volmachtformulieren toe te zenden of van hen steminstructies te vragen om zo het stemrecht te kunnen uitoefenen. In de praktijk is deze laatste optie de meest gebruikte. Deze illustratie veronderstelt het meest eenvoudige scenario waarbij er slechts één niveau van intermediaat is; waarbij de *beneficial owner* de klant is van een DTC-deelnemende bank of *broker*. In dit eenvoudige scenario is die *beneficial owner* het indexfonds waarvan sprake. Het is op het niveau van het indexfonds dat een wijziging zou optreden inzake de entiteit die de inhoudelijk uitoefening van het stemrecht op zich kan nemen (namelijk de institutionele beleggers die deelnemers zijn in het indexfonds, in plaats van BlackRock als fondsbeheerder).



stemrechten van het indexfonds in portefeuilleondernemingen uit te oefenen (in verhouding tot het percentage van het fonds dat zij bezitten¹⁴¹).

Traditioneel is het zo dat, voor zover de activa van institutionele beleggers samen met deze van andere beleggers in zogenaamde gepoolde fondsen (*pooled funds*) wordt belegd die worden beheerd door BlackRock, BlackRock op algemene vergaderingen één uniforme stem uitbrengt namens alle beleggers in het fonds. Voor *pooled funds* werd de stembeslissing dus overgelaten aan het BlackRock Investment Stewardship (BIS) dat voor rekening van alle cliënten stemde volgens de eigen *voting policies*. Grote institutionele cliënten die hun belang in het fonds via een afzonderlijke rekening (*separate account*) aanhouden, konden daar ook voor 2022 al van afwijken en hun eigen stem uitbrengen via hun eigen systemen.

Nieuw is nu dat BlackRock in de loop van 2022 deze institutionele beleggers (die hun belang in het fonds via een afzonderlijke rekening aanhouden)¹⁴² de mogelijkheid zal bieden om de stembeslissing door BIS te laten uitvoeren, maar wel volgens de *voting policies* van derden zoals stemadviesbureau Institutional Shareholder Services. Deze optie kan wel eens ingrijpende gevolgen met zich meebrengen op toekomstige algemene vergaderingen, bijvoorbeeld wanneer een institutionele belegger ervoor kiest om stemrechten door BIS te laten uitvoeren volgens de *voting policies* van het ISS, en deze haaks staan op BlackRock's eigen BIS *voting policies*. Het rapport van ShareAction stelde immers vast dat tot nu toe “*the six largest asset managers in the world [including BlackRock] (...) back fewer shareholder proposals than their proxy advisors – ISS and Glass Lewis – recommend*”¹⁴³. Men kan dus verwachten dat dit initiatief in de toekomst meer ‘voor-stemmen’ voor ESG-georiënteerde aandeelhoudersvoorstellen zal opleveren (conform de ISS guidelines, die dat meestal aanraden).

Ook biedt BlackRock vanaf 2022 de mogelijkheid om, met behulp van de steminfrastructuur van BlackRock rechtstreeks te stemmen over afzonderlijke resoluties op algemene

¹⁴¹ Bijvoorbeeld: bezit het indexfonds 10% van de aandelen van een vennootschap, en een institutionele belegger bezit 20% van het indexfonds, dan zal deze institutionele belegger 2% van de aandelen van de portefeuillevennootschap mogen stemmen (want 20% van 10% (=2%)).

¹⁴² Al zouden de nieuwe stemkeuzemogelijkheden in bepaalde index strategieën ook gelden voor grote institutionele beleggers in *pooled funds* in de VS en het VK.

¹⁴³ SHAREACTION, “Voting Matters 2021: Are asset managers using their proxy votes for action on environmental and social issues?”, december 2021, <https://api.shareaction.org/resources/reports/ShareAction-Voting-Matters-2021.pdf>, 21.



vergaderingen (wat voor 2022 enkel kon met gebruik van de eigen systemen van de institutionele cliënt).

In het huidige klimaat is het de verwachting dat grote institutionele langetermijnaandeelhouders die actief willen optreden op het vlak van duurzaamheid en ESG, en die van oordeel zijn dat BlackRock dit in haar stemgedrag onvoldoende uitdraagt, deze kans zullen grijpen om het stemrecht zelf in handen te nemen. Toch blijft het afwachten wat de globale impact hiervan zal zijn op portefeuillevennootschappen (i.e., of dit initiatief voor vennootschappen ook werkelijk tot een grotere beheersing van ESG-risico's en/of een hogere ESG-rating zal leiden).

4. Conclusie inzake aandeelhoudersinvloed voor duurzaamheid

Het verwijt dat langetermijnaandeelhouders passief zijn inzake corporate governance van portefeuilleondernemingen en bijgevolg zonder of van geringe invloed zijn voor het nastreven van duurzaamheidsdoelen, faalt in het licht van de initiatieven die zij wél ondernemen en die in de praktijk buitengewoon waardevol blijken te zijn. Eerder dan zoals activisten ondernemings specifieke kwesties te hekelen, lijken langetermijnaandeelhouders op meer systematische wijze betrokkenheidsinitiatieven te ondernemen die het potentieel hebben om de waarde van de globale beleggingsportefeuille te verhogen: *“This activism of diversified institutional investors on ESG issues contrasts sharply with their general passivity on firm-specific business issues, and this disparity can only be explained in one way: diversified institutional investors are deeply concerned about whether the market is accurately incorporating climate change-related risks into asset prices.”*¹⁴⁴

Vanuit normatieve en beleidsmatige hoek kan over de rol van aandeelhouders voor duurzaamheid het volgende worden besloten.

De bestaande druk vanwege de aandelenmarkt is een voordeel dat regelgevers bij hun beleid niet onbenut mogen laten. Om die reden moet de invloed van langetermijnaandeelhouders binnen het huidige en toekomstige regelgevend kader adequaat worden gefaciliteerd.

¹⁴⁴ J.C. COFFEE, “The Future of Disclosure: ESG, Common Ownership, and Systematic Risk”, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 541/2020, maart 2021, 14.



Anderzijds lijkt het niet opportuun om voor duurzaamheid doeleinden (tenslotte een publiek goed) louter af te gaan op de disciplinerende werking van de markt, nu deze historisch gezien aan grillen en trends onderhevig is. Mogelijks is wat beleggingen betreft momenteel een “duurzaamheidsbubbel” aan de gang, wat van de markt alles behalve een zekere en stabiele bron voor druk op het vlak van duurzaamheid maakt. Regelgevers dienen daarom nog steeds de contouren inzake duurzaamheid af te bakenen en de drijvende kracht achter het duurzaamheidsverhaal te zijn, maar moeten de markt voldoende ruimte en prikkels geven om deze missie te ondersteunen.

V. De fusie tussen onrechtmatige daad, mensenrechten en algemeenbelangacties om rechterlijke duurzaamheidsregulering op te leggen

In dit onderdeel willen we de stelling verdedigen dat er een evolutie bezig is waarbij ondernemingen toenemend geconfronteerd worden met wat wij “ESG-aansprakelijkheid” dopen. “ESG” staat voor “*environmental, social and governance issues*”, waarbij “*social*” ook naar mensenrechten-problematieken verwijst. Het gaat vooral om procedures gebaseerd op wanpraktijken (mensonwaardige tewerkstelling, milieuvervuiling,...) bij de niet-Europese vestigingen van multinationale Europese (of Noord-Amerikaanse) groepen, en om “klimaatprocedures”.

1. De transformatie van het onrechtmatige daadsrecht in coalitie met mensenrechten

De “ESG-aansprakelijkheid” waarover we het hebben slaat op aansprakelijkheid van ondernemingen voor schendingen van moreel en maatschappelijk belangrijk, ja fundamenteel geachte normen in verband met arbeidsomstandigheden, milieu en klimaat en in het algemeen mensenrechten. De aansprakelijkheid van de onderneming is in zulke gevallen gebaseerd op onrechtmatige daad (in België dus vooral art. 1382-83 BW). Maar het onrechtmatige daadsrecht wordt hierbij, precies omdat de zaken draaien rond schending van belangrijk geachte ESG-regels, getransformeerd van in essentie een mechanisme om schadeherstel te krijgen tot een regelgevend en beleidsmatig instrument.¹⁴⁵ Traditioneel wordt

¹⁴⁵ Deze ontwikkeling werd reeds impressionistisch behandeld in de bijdrage voor het *liber amicorum Xavier Dieux*, H. DE WULF, “Some thoughts on the regulatory use of tort law in a corporate context” (in 2022 te verschijnen bij



schadevergoeding toekennen gezien als de voornaamste functie van het onrechtmatigedaadsrecht, al speelt afschrikking en daardoor preventie ook wel een rol¹⁴⁶, en wordt het door sommige analisten-vooral binnen de rechtseconomie- zelfs als de belangrijkste functie van het aansprakelijkheidsrecht gezien¹⁴⁷. In ESG-materies wordt het onrechtmatigedaadsrecht evenwel zonder meer getransformeerd tot een instrument van regulering door rechters. We staan op dat vlak nog maar aan het begin van een evolutie, die in de nabije toekomst zou kunnen uitdoven maar waarvan wij geloven dat zij nog zal expanderen. Ondernemingen moeten er daarom rekening mee houden, ook al hebben wij twijfels bij de opportuniteit en politieke legitimiteit van sommige rechtspraak.

Wat zijn de hoofdlijnen van die evolutie, die we zodadelijk met enkele cases zullen illustreren? In essentie lijken er ons twee hoofdstromen die uiteindelijk samenvloeien om elkaar aldus te versterken.

Vooreerst is er rechtspraak die het klassieke foutbegrip blijft hanteren en vooral gericht blijft op ex post schadevergoeding maar die qua effect zij het niet qua redeneerwijze begint te lijken op het creëren van een nieuwe soort *vicarious liability*,¹⁴⁸ aansprakelijkheid voor andermans daad, en dit in groepen van vennootschappen. Die ontwikkelingen leiden ertoe dat moedervernootschappen/controlerende aandeelhouders vlugger dan voorheen aansprakelijk geacht zullen worden voor schendingen van fundamentele regels over arbeidsomstandigheden, milieuvervuiling en mensenrechten die plaatsvinden op het niveau van dochtervennootschappen. In een eerste categorie gevallen wordt de moeder slechts aansprakelijk gesteld omdat zij zelf een onrechtmatige daad heeft begaan met gebruikmaking van de activa en eventueel het personeel van dochtervennootschappen, of omdat zij een groepswijd beleid heeft gecreëerd en geïmplementeerd. In een tweede fase begint de rechtspraak zich af te vragen of men niet moet afstappen van het beginsel dat er geen algemene “*Konzernleitungspflicht*”, geen plicht dus om van de *mogelijkheid* om invloed te nemen op het beleid van de dochter dat een moeder per definitie heeft, ook *daadwerkelijk* gebruik te maken om bij de dochters respect voor, in de zin van “*compliance*” met, ESG-regels

Larcier). Een systematisch onderzoek naar deze “ESG Liability” wordt door H. DE WULF in een apart Engelstalig artikel gepland tegen eind 2022.

¹⁴⁶ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité* Paris, LGDJ, 4^{de} editie 2019, 704p.; P. GILLAERTS “De multifunctionaliteit van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht en de meerwaarde van de declaratoire vordering”, *RW* 2020-2021, 1242.

¹⁴⁷ Zie S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, MA, Belknap Press, 2004, 267-69.

¹⁴⁸ Zie P.A. BERGKAMP, “Models of Corporate Supply Chain Liability: Are the Foundations Being Laid for A New Type of Vicarious Liability Regime?”, *European Company Law* 2019, Vol.16(5), 155-166.



af te dwingen. Dit is dus de vraag naar het ontstaan van een “*group compliance duty*”. De aarzelende rechtspraak op dat vlak wordt over de streep geduwd door “human rights due diligence”-wetgeving, ook bekend als “*supply chain due diligence*”-wetgeving, die al bestaat in Frankrijk en Duitsland en nu ook op het niveau van de EU wordt voorbereid¹⁴⁹. Die wetgeving voert uitdrukkelijk een wettelijke “*group compliance*”-verplichting in voor vennootschappen (wat een impact heeft op de manier waarop de contractuele zorgvuldigheidsnorm¹⁵⁰ voor bestuurders wordt ingevuld), maar deze compliance-verplichting strekt zich ook uit buiten de groep, tot belangrijke leveranciers of, naargelang van de formulering van de wetgeving, zelfs tot de gehele waardeketen van de onderneming. Al deze evoluties samen komen neer op een ernstige relativering van het belang van de aparte rechtspersoonlijkheid van groepsvennootschappen en het daarmee samenhangende “*Trennungsprinzip*”, dat in zijn meest algemene en absolute vorm betekent dat elke rechtspersoon in de contractuele en extracontractuele sfeer enkel aansprakelijk is voor de eigen handelingen en dat het bestuur van de vennootschap-rechtspersoon enkel de activiteiten van de onderneming die door de eigen rechtspersoon gedragen wordt moet bestieren.

De tweede ontwikkeling betreft evoluties in het gebruik van het onrechtmatige daadsrecht zelf. De krachtlijnen hier kunnen als volgt samengevat worden.

Eerste stap. In het foutbegrip uit art. 1382 BW, dat een *standaard* was (en is) om te beoordelen of gedrag zorgvuldig is of niet, een maatstaf dus, wordt een *gedragsplicht* gelezen, namelijk de verplichting om zich steeds zorgvuldig te gedragen, en die verplichting komt in aanmerking voor afdwinging via de burgerlijke rechtbanken.

Tweede stap. Om de inhoud van de zorgvuldigheidsnorm te bepalen, wordt inspiratie gevonden in constitutioneel of verdragsrechtelijk verankerde mensenrechten, zoals het recht op leven (art. 2 EVRM, eventueel aangevuld met het recht op eerbiediging van het privéleven,

¹⁴⁹ Art. L225-102-4 Code de commerce, ingevoegd door loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (Frankrijk); Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 46, 22 juli 2021, 2959 (Duitsland); (Europese Unie) Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, COM(2022) 71 final, beschikbaar op https://ec.europa.eu/info/publications/proposal-directive-corporate-sustainable-due-diligence-and-annex_en.

¹⁵⁰ Daarmee bedoelen we hier de plicht die de bestuurder tegenover de vennootschap heeft om de vennootschap zorgvuldig te besturen- zoals nu bevestigd in art. 2:51 WVV (deze wettelijk bevestiging maakt van die plicht nog geen “wettelijke” plicht, minstens zou het fout zijn hieruit af te leiden dat een schending van deze in art. 2:51 WVV bedoelde plicht een schending van het WVV in de zin van art. 2:56, lid 3 WVV zou zijn).



art. 8 EVRM)¹⁵¹. Het beroep op mensenrechten is niet alleen nuttig om te bepalen wat zorgvuldig gedrag in concreto impliceert -het impliceert respect voor mensenrechten- maar zorgt er ook voor dat de eiser die met succes aanvoert dat haar mensenrecht geschonden is, niet slechts een belang geschonden ziet, maar kan beweren dat haar *subjectief recht* geschonden is. Rechten zijn binnen hun omvang absoluut¹⁵²- ze hoeven niet afgewogen te worden tegen (concurrerende) belangen¹⁵³- en de basis om een prestatie van iemand-soms van iedereen- te eisen. Het herstel voor de schending van een mensenrecht hoeft niet primair in monetaire schadevergoeding gezocht te worden; er kan gemakkelijk herstel in natura - eventueel preventief herstel in natura- gevorderd worden. Deze aanpak laat tevens toe moeilijke vragen naar het bewijs van bestaan en vooral omvang van schade, en ook van causaliteit, te vermijden. Door het bestaan van een mensenrecht en de schending ervan te erkennen, hoeft de rechtbank evenmin een moeilijke belangenafweging -bv. tussen de belangen van de maatschappij bij een reductie van CO₂-uitstoot tegenover de belangen van werknemers en investeerders in de olie-industrie- te maken om te bepalen wat zorgvuldig en onzorgvuldig gedrag uitmaakt: de rechtbank kan pretenderen slechts respect voor een *recht* af te dwingen (op vraag van een eisende partij die daartoe het vereiste belang heeft, uiteraard). In werkelijkheid maakt de rechter in zulke gevallen impliciet of expliciet wél een belangenafweging, die volgens ons exclusief aan politieke instellingen toekomt en niet aan de gewone rechtbanken.

Derde stap. De afdwinging van de aan de hand van mensenrechten geconcretiseerde zelfstandige plicht tot zorgvuldigheid wordt bevorderd doordat de wetgever algemeenbelangacties in toenemende mate gefaciliteerd heeft¹⁵⁴, in België bv. door in 2018 in art. 17 lid 2 Ger. W. een algemene grondslag te creëren voor algemeenbelangacties ter afdwinging van grondrechten. Dit maakt het voor ngo's die actie voeren voor de bescherming van het milieu, menswaardige arbeidsomstandigheden, diversiteit en andere moreel lovenswaardige doelstellingen gemakkelijker om *de facto* in het algemeen belang op te treden

¹⁵¹ Zie over de evolutie reeds in 2011 C. VAN DAM, 'Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms – On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights', *Journal of European Tort Law* 2011, nr. 3., 221-254. Zie ook P. GILLAERTS en T. NUNINGA, "Klimaatzaken via mensenrechten of buitencontractuele aansprakelijkheid: wat je van (noorder)buren leren kan", *RW* 2019-20, 603-620.

¹⁵² De figuur van het rechtsmisbruik is onderdeel van het Belgische positieve recht (en van dat van veel landen), maar rechtsmisbruik vaststellen komt neer op vaststellen dat de titularis van het recht de grenzen ervan niet gerespecteerd heeft: eerder dan van misbruik is dus sprake van usurpatie van een bevoegdheid, macht of aanspraak die men niet heeft op basis van het verleende recht. Toegegeven, dit is hoofdzakelijk een semantische kwestie.

¹⁵³ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

¹⁵⁴ Voor een briljante analyse, zie M. KRUIHOF, "Privaatrechtelijke facetten van algemeenbelangacties bij de Belgische justitiële rechter", in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadviezen 2020-2021 : De algemeenbelangactie en de civiele rechter - Oplichting*, Den Haag/Antwerpen, Boom Juridisch, 2021, 73-153, en voor de constitutionele aspecten hiervan, in hetzelfde werk, A. WIRTGEN, "Civiele acties tegen de Staat: een verstoorde balans in de trias politica?", 13-72.



tegen ondernemingen. Dit leidt tot een toename van de *private enforcement* van rechtsregels. Maar ook regels die niet bindend zijn maar daarentegen regelmatig slechts aansporingen om op een bepaald vlak, zoals het reduceren van CO₂-uitstoot, inspanningen te leveren in overeenstemming met de *best practices* waarvan allerlei soft law instrumenten voorbeelden bevatten, worden aldus, via het kanaal van de algemene zorgvuldigheidsnorm, tot *de facto*¹⁵⁵ dwingende regels verheven.

Vierde stap. Ten gevolge van deze evoluties in het aansprakelijkheidsrecht en de algemeen belangacties en versterkt door regels uit CSDD-wetgeving, moeten grote, vooral genoteerde ondernemingen nu gedwongen in dialoog treden met ngo-activisten. Naast met investeerders in *equity* (aandeelhouders) en *debt* (schuldeisers) en met de eigen werknemers, moet de leiding (bestuur en topmanagement) van genoteerde bedrijven en andere impactvolle ondernemingen in toenemende mate de dialoog aangaan met ngo-activisten. Na zowat 50 jaar gepraat over “*corporate social responsibility*” geven CSDD-wetgeving en een aansprakelijkheidsrecht dat voor regulerende doeleinden kan ingezet worden nu de hefboomen in handen van de “*civil society*” om als volwaardige *stakeholder* behandeld te worden. Een effect hiervan is dat de vroeger vrome wens, dat ondernemingen gedwongen moeten worden de kosten van de negatieve externaliteiten die zij veroorzaken, te internaliseren, toch iets dichterbij komt, zonder dat de overheid daartoe zelf optreedt via overheidsregulering die duidelijke en rechtszekere verplichtingen oplegt aan ondernemingen en die verplichtingen via het overheidsapparaat afdwingt (*public enforcement*).

Vijfde stap. De zopas geschetste evoluties doen zich vooral in Europa (en dan nog vooral de westelijke helft) en Canada voor. In de rest van de wereld zien we deze evolutie veel minder sterk. In de Verenigde Staten krijgt ESG ook veel aandacht, maar niet via de zonet geschetste juridische weg; men focust er op het faciliteren van aandeelhouders*engagement* en op het verbeteren van de kwaliteit van de informatie die ondernemingen aan financiële markten ter beschikking moeten stellen om investeerders in staat te stellen onderscheid te maken tussen ondernemingen en beleggingsproducten die het label “duurzaam” verdienen en zij die dit niet verdienen. In de vele boomende Aziatische economieën krijgen duurzaamheid en vooral sociale vraagstukken veel minder aandacht. Een probleem dat zich minder voordoet bij

¹⁵⁵ We schrijven *de facto* omdat de regels weliswaar juridisch niet verbindend zijn voor degenen tot wie ze gericht zijn, maar het niet naleven ervan kan toch aanleiding geven tot juridische sanctionering in de vorm van een injunctie of een bevel tot betalen van schadevergoeding, zoals uitgelegd omdat handelen in strijd met deze niet-bindende regels toch als onzorgvuldig wordt beschouwd.



klimaatvorderingen, maar wel bij schending van mensenrechten, is dat Europese multinationals dergelijke schendingen overwegend buiten Europa begaan. Om “vervolging” van wantoestanden bij niet-Europese vestigingen of leveranciers van ondernemingsgroepen met hoofdkwartier in Europa mogelijk te maken, is een gepast IPR nodig. Het probleem daarbij is niet zozeer één van bevoegdheid van de Europese rechter -hoewel ook daar soms wat creativiteit nodig is- maar vooral één van toepasselijk recht: volgens de Rome II Verordening¹⁵⁶ die vaak van toepassing zal zijn wanneer een in de EU gevestigde ondernemingsgroep vervolgd wordt op basis van onrechtmatige daad, wordt het toepasselijke recht doorgaans geleverd door de staat waar de schade zich heeft voorgedaan (bv. Bangladesh of Nigeria). De Europese zorgplichten die verder gaan dan wat het buitenlandse (bv. Nigeriaanse) recht voorschrijft, zouden daardoor dan niet kunnen ingeroepen worden om de zorgvuldigheidsnorm van de Europese moederverenootschap te beoordelen, ook niet wanneer die Europese moeder in haar ganse globale waardeketen aan die zorgplicht onderworpen is¹⁵⁷. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat de recente due diligence-wetgeving -zoals ook het Belgische wetsontwerp 55/1903- erop aanstuurt een afwijkend IPR te creëren voor CSDD-verplichtingen.

We willen de aansprakelijkheidsevoluties hier voorstellen als een evolutie in drie stappen en elke stap illustreren met rechtspraak of nieuwe wetgeving. Vooreerst komen evoluties in de groepsaansprakelijkheid aan bod, vervolgens de wettelijke invoering van een *group compliance*-plicht door CSDD-wetgeving en tenslotte de transformatie van het onrechtmatige daadsrecht in klimaatzaken die zoals *Shell Milieudéfensie* nu ook tegen private ondernemingen en niet alleen tegen de overheid (zoals in *Urgenda*¹⁵⁸ of de Belgische klimaatzaak¹⁵⁹) ingeleid worden.

2. Evoluties inzake groeps- en leveranciersketenaansprakelijkheid¹⁶⁰

¹⁵⁶ Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, Pb.L. 31 juli 2007, afl. 199, 40-49.

¹⁵⁷ Zie de degelijke analyse, in de context van een onderzoek naar de mogelijke sanctionering van het Duitse *Lieferkettengesetz* via het onrechtmatigedaadsrecht, bij G. WAGNER, “Haftung für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette”, *ZIP* 2021, 1095-1105.

¹⁵⁸ Hoge Raad, 20 december 2019, 19/00135, beschikbaar op <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2006>.

¹⁵⁹ Rb. Brussel 17 juni 2021, nr. 2015/4585/A, beschikbaar op http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210617_2660_judgment-1.pdf.

¹⁶⁰ Een relatief vroege (en uitstekende) tekst die opgebouwd is rond de bespreking van case law over de hier besproken groeps- en leveranciersketenaansprakelijkheid is P. BERGKAMP, “Models of Corporate Supply Chain Liability”, *Jura Falconis* 55, 2018-19, 178; Recenter en eveneens rond case law opgebouwd is X. THUNIS and J. GOLLIER “Devoir de vigilance des entreprises: vers une ‘responsabilité des entreprises’ juridiquement obligatoire” in *Liber amicorum Benoît Jadot*, Brussel, Larcier, 2021, nrs. 20 ff. Specifiek over de aansprakelijkheid van moederverenootschappen voor mensenrechtenschendingen op het niveau van dochterverenootschappen zie



Minstens sinds de Bhopal (Union Carbide)-ramp uit 1986¹⁶¹ en met hernieuwde intensiteit sinds de Rana Plaza-ramp uit 2013¹⁶², hebben slachtoffers van wanpraktijken van Europese en Noord-Amerikaanse multinationale groepen geprobeerd om in de landen van oorsprong van zulke groepen -dat wil zeggen: voor de rechtbanken van het land waar de controlerende moedervernootschap gevestigd is- schadevergoeding of andere vormen van genoegdoening te krijgen. Naast de twee genoemde gevallen is één van de bekendste saga's die van een grote groep inwoners van Ecuador die gepoogd hebben in Ecuador zelf schadevergoeding te krijgen voor de olievervuiling die het Amerikaanse Chevron daar veroorzaakt zou hebben. Oorspronkelijk leek dit uit te draaien op een overwinning van David tegen Goliath, toen de Ecuadoraanse rechtbank een schadevergoeding van \$ 19 miljard toekende, maar toen de slachtoffers poogden het Ecuadoraanse vonnis in de VS ten uitvoer te leggen, kwam in de procedures voor de Amerikaanse rechtbanken hierover aan het licht dat de Amerikaanse advocaat van de Ecuadoraanse eisers bewijsmateriaal vervalst zou hebben en, vooral, de Ecuadoraanse rechter wellicht heeft omgekocht¹⁶³.

In pogingen om beweerde mensenrechtenschendingen door private ondernemingen buiten de VS te laten veroordelen voor rechtscolleges in de VS, werd de zogenaamde *Alien Tort Statute* herontdekt¹⁶⁴ en dit was oorspronkelijk de voornamste route waarlangs bv. Nigeriaanse of Zuid-Amerikaanse slachtoffers van beweerde mensenrechtenschendingen door (ook Europese) multinationals met activiteiten of vestigingen in de V.S. probeerden genoegdoening te krijgen, voor Amerikaanse rechtbanken dus. In enkele ophefmakende arresten (in de eerste plaats *Kiobel*) heeft het *US Supreme Court* deze route evenwel afgesneden, door te oordelen dat een Amerikaanse wet geen extraterritoriale werking heeft tenzij het tegendeel duidelijk uit de wet zelf blijkt, en dat dit beginsel ook voor de *Alien Tort Statute* geldt, zodat gedrag van multinationals buiten de VS niet enkel omdat de multinational een Amerikaanse vestiging

(vanuit Duits perspectief, maar met verwerking van Britse rechtspraak) A. SCHALL, "Die Mutter-Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen ihrer Auslandstöchter", *ZGR* 2018, 479 e.v. .

¹⁶¹ P. BERGKAMP, 'Models of Corporate Supply Chain Liability', *Jura Falconis* (55) 2018-19, nr. 2, p. 161, voetnoot 1-3 met verwijzing naar *In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster* [1987] 634 F. Supp. 842, 844 (S.D.N.Y. 1986), 809 F.2d 195 (2d Cir.), cert. denied, 484 U.S. 871 (1987), *Das v. George Weston Limited* [2017] ONCA 1053, at 7 en *Das v. George Weston Limited* [2017] ONSC 4129, at 469.

¹⁶² A. KAZMIN B. JOPSON, J. POLITI en L. LUCAS, "Bangladesh factory disasters highlight regulatory failures", *FT*, 25 april 2013, <https://www.ft.com/content/9a551ce8-adab-11e2-82b8-00144feabdc0> .

¹⁶³ De advocaat werd in de V.S. veroordeeld tot een gevangenisstraf wegens *contempt of court* en elke beginnende rechtenstudent zou eigenlijk als deel van haar opvoeding het boek over deze geschiedenis moeten lezen: P.M BARRETT, *Law of The Jungle- The \$19 Billion Legal Battle over Oil in the Rainforest and the Lawyer Who'd Stop at Nothing to Win*, New York, Crown Publishing, 2014.

¹⁶⁴ 28 U.S.C. § 1350. De *Alien Tort Claims Statute* maakt deel uit van de Judiciary Act van 1789 (officieel getiteld "An Act to Establish the Judicial Courts of the United States").



heeft, aldaar kan “vervolgd” worden.¹⁶⁵ Dat heeft eisers sindsdien niet verhinderd om rechtscollages in Europa ervan te overtuigen dat zij bevoegd waren om te oordelen over de aansprakelijkheid van Europese moedervennootschappen voor schadegevallen die zich hadden voorgedaan buiten de EU, bij dochtervennootschappen, nevenvestigingen of leveranciers van de Europese groep. Op de IPR-vragen die hierbij spelen gaan we beknopt in in afdeling V.3 hieronder, hier willen we eerst de substantie van enkele gerechtelijke uitspraken behandelen die ingingen op de vraag in welke mate een moedervennootschap aansprakelijk kan zijn voor onrechtmatige daden begaan door of via haar dochter of zakenpartner.

a. Beroep doen op een gevaar veroorzakende zakenpartner kan een eigen fout zijn

Het hoeft niet te verwonderen dat niet alle vorderingen in deze sfeer succesvol zijn geweest. Een van de bekendste zaken is de KiK-procedure, die voor Duitse rechtbanken is gevoerd.¹⁶⁶ KiK is een Duitse producent van goedkope kledij. Een brand bij een Pakistaanse leverancier (geen dochtervennootschap) van KiK had vele werknemers het leven gekost, en er werd beweerd dat de brandveiligheid in de Pakistaanse fabriek sterk te wensen overliet en dat de leiding van KiK in Duitsland hiervan op de hoogte was, zodat Kik-Duitsland een fout had gemaakt door toch met die Pakistaanse leverancier verder te werken. Duitse rechtbanken verklaarden zich bevoegd en oordeelden terecht dat de aansprakelijkheid van de Duitse vennootschap naar Pakistaans recht moest beoordeeld worden, nu de schade zich in Pakistan had voorgedaan. Zij kwamen vervolgens tot de conclusie dat de vorderingen van de familieleden van de Pakistaanse slachtoffers van de brand, naar Pakistaans recht verjaard waren en dat de vorderingen om die reden ongegrond moesten worden verklaard.¹⁶⁷

De juridische kernvraag (als we de IPR-aspecten even buiten beschouwing laten) in “KiK” was zeer gelijkaardig aan die in de Britse zaak “Maran”¹⁶⁸. Beide zaken draaiden rond aansprakelijkheid voor ongelukken, niet bij dochtervennootschappen maar bij externe zakenpartners van een Europese moedervennootschap en in beide gevallen stond de vraag centraal of het als onrechtmatig gedrag van de moeder zelf kon beschouwd worden dat zij

¹⁶⁵ US Supreme Court, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 17 april 2013, No. 10–1491, beschikbaar op https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf. Zie ook US Supreme Court, *Daimler AG v Bauman*, (2014) 571 U.S. 117, beschikbaar op <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/571/117/>.

¹⁶⁶ *Jabir and others v. KiK Textilien und Non-Food GmbH*, Case No. 7 O 95/15, 10 januari 2019, beschikbaar op <https://www.lg-dortmund.nrw.de/behoerde/presse/Pressemitteilungen/PM-Urteil-KIK.pdf>

¹⁶⁷ Zie vorige voetnoot.

¹⁶⁸ *Begum v Maran (UK) Ltd (Rev1)* [2021] EWCA Civ 326, 10 maart 2021, beschikbaar op <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2021/326.html>.



zaken gedaan had met dergelijke zakenpartner terwijl zij wist of redelijkerwijs moest weten dat die zakenpartner voor zijn eigen werknemers onverantwoorde risico's creëerde.

In “Maran” ging het om een Britse groep die olietankers (schepen) uitbaatte. Eén van de dochtervennootschappen (Y) van die groep was eigenaar van een afgeschreven olietanker en de groep had beslist dat schip te verkopen. Maran, een zustervenootschap van Y, trad op als tussenpersoon (“shipping agent”) bij het vinden van een koper. Het schip werd door bemiddeling van Maran verkocht aan K, met het oog op de sloop van het schip. K deed voor de sloop beroep op een in Bangladesh gevestigde vennootschap, Zuma, een bekende maar ook notoire sloper van zulke schepen. Bij de sloop kwam een werknemer van Zuma om het leven. De weduwe van de omgekomen man vorderde voor Britse rechtbanken met succes schadevergoeding van de Britse vennootschap Maran. Het Engelse Court of Appeal oordeelde dat Maran zeer goed wist dat de koper van het schip het door Zuma zou laten slopen en dat de arbeidsomstandigheden bij Zuma zeer onveilig waren, zodat het voorspelbaar was dat er doden bij de sloop zouden vallen, eerder dan dat dat een uitzondering zou zijn.¹⁶⁹ De rechter leidde die (vermoedde) kennis van Maran onder meer af uit de hoge prijs waarvoor het afgedankte schip verkocht werd: die prijs overtrof duidelijk de sloopwaarde van dergelijk schip. De rechter zag in die hoge prijs een indicatie van het feit dat Maran zich zeer wel bewust was van het risico dat met de sloop door Zuma gepaard zou gaan.

Hoewel het Court of Appeal daarover vrij vaag blijft, lijkt het mij toch duidelijk dat de *negligence* waarop de veroordeling van Maran gebaseerd is, bestaat uit het zakendoen met een partner waarvan men wist of moest weten dat die naar aanleiding van de uitvoering van de opdracht met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid gevaren zou creëren voor zijn eigen werknemers die in ernstige schade voor die werknemers zou resulteren -met name lichamelijke schade of, volgens het hof met enige waarschijnlijkheid zelfs de dood van één of meer werknemers. Dat Maran niet de eigenaar was van het verkochte schip maar slechts een (groepsinterne) makelaar en, vooral, dat Maran het schip niet rechtstreeks aan Zuma (de materiële gevaar-en schadeveroorzaker) had verkocht, werd niet als juridisch belangrijk beschouwd, precies omdat de rechter het bewezen achtte dat Maran wel degelijk wist dat het schip door de koper aan Zuma zou overgedragen worden voor sloop.

¹⁶⁹ Begum v Maran (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326, 10 maart 2021, beschikbaar op <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2021/326.html> .



Juridisch is dit een foutaansprakelijkheid voor eigen daad: de fout bestaat erin beroep te doen op een tegenpartij (contractspartij, al is het onrechtstreeks) waarvan men moest weten dat die schade zal veroorzaken bij het uitvoeren van de opdracht die men haar geeft. Nochtans kan niet ontkend worden dat er slechts een zeer onrechtstreeks verband bestaat tussen gedrag van Maran en de schade die bestaat uit de dood, door nalatigheid van Zuma, van de arbeider. De fout van Maran bestaat hier blijkbaar uit het geven (via een tussenpersoon) van de sloopopdracht aan Zuma -het geven van een sloopopdracht is op zich geen fout, wel het geven van dergelijke opdracht aan een “gevaarlijke” sloper- en de schade wordt geacht uit het geven van die opdracht voort te vloeien (ook al is de onmiddellijke oorzaak overduidelijk gelegen in het gebrek aan veiligheidsmaatregelen bij Zuma). Naar Belgisch recht zou Zuma onmogelijk als een uitvoeringsagent noch als een aangestelde in de zin van art. 1384 lid 3 BW van Maran kunnen beschouwd worden. Wij vermoeden dat ook naar Brits recht een beroep op *vicarious liability* niet mogelijk zou zijn geweest. Bij zulke aansprakelijkheid voor andermans daad is men aansprakelijk voor andermans gedrag en die aansprakelijkheid berust niet op de gedachte dat men een fout heeft gemaakt bij het uitkiezen van de aangestelde of andere persoon voor wiens daden men aansprakelijk is. Bij aansprakelijkheid voor aangestelden speelt misschien de gedachte wel nog mee, in de heel verre achtergrond, dat men als aansteller zorgvuldig moet zijn bij het uitkiezen van aangestelden en dat men soms enige toezicht mogelijkheid op de aangestelde heeft. Maar die achtergrondgedachten zijn irrelevant in de juridische motivering van aanstellersaansprakelijkheid. Het gaat in werkelijkheid om een vorm van risicoaansprakelijkheid, waarbij de basisgedachte, minstens de meest overtuigende verklaring voor het creëren van deze aansprakelijkheid, is dat wanneer iemand activiteiten organiseert waarvan hij weet dat die risico's voor anderen kunnen meebrengen, hij aansprakelijk moet zijn voor wie onder zijn gezag die activiteiten mee uitvoeren. Aangezien Maran geen gezag (zelfs breed begrepen) over Zuma uitoefende, kon de *vicarious liability*-route niet gekozen worden.

Maran is wel degelijk op basis van een eigen fout aansprakelijk gesteld, en die fout bestond uit het zakendoen met een medecontractant waarvan men wist dat die gevaar voor anderen (zijn eigen werknemers) creëerde dat men zelf niet had kunnen creëren zonder zelf aansprakelijkheid op te lopen. Maran is dus burgerlijk “bestraft” voor het uitbesteden van gevaar-creatie: Maran mag zijn schepen slopen, maar ofwel moet het dat zelf in veilige omstandigheden doen, ofwel een externe sloper aantrekken die, zoniet gegarandeerd veilig werkt, dan toch geen reputatie van onveiligheid heeft. Kan men dan zeggen dat *Maran* uitgaat



van het bestaan van een *due diligence* plicht van ondernemingen tegenover hun zakenpartners? Wellicht niet, aangezien in het arrest wordt aangenomen dat Maran de reputatie van Zuma zeer goed kende (en wist dat Zuma zou ingeschakeld worden) en dus reeds wist of moest weten dat er hoogstwaarschijnlijk doden zouden vallen, dit zonder enige *due diligence*. In Belgische terminologie heeft Maran “wetens en willens” een gevaarlijke sloper gebruikt, en dit element van de zaak “op de koop toe” genomen. Niettemin is er een duidelijk verband tussen een zaak als *Maran* en de wettelijke *due diligence*-verplichtingen die in de nabije toekomst wellicht ook in België zullen ingevoerd worden en de aansprakelijkheid die daar mee gepaard zal gaan (zie afdeling V.2 hieronder). Die wetgeving wil het niet alleen mogelijk maken dat een vennootschap aansprakelijk gesteld wordt wegens zakendoen met een leverancier/zakenpartner waarvan zij daadwerkelijk weet dat die een gevaar voor de mensenrechten/arbeidsomstandigheden/het milieu vormt, maar voert een plicht in om de “gevaarlijke” zakenpartners in de waardeketen te identificeren en aansprakelijkheid voor het geval men die identificatie-oefening niet zorgvuldig heeft doorgevoerd.

b. *Vedanta en Shell Nigeria: aansprakelijkheid van de moedervernootschap voor eigen onrechtmatige daad of voor de onrechtmatige daad van een dochter?*

Het “*Vedanta*” arrest¹⁷⁰ is wat men een “landmark” beslissing van het *UK Supreme Court* mag noemen. Nadat in *Chandler v. Cape*¹⁷¹ was ingegaan op de vraag onder welke omstandigheden een moedervernootschap een *duty of care* tegenover werknemers van de dochter kon hebben¹⁷²- in casu ging het om een schadeclaim van een werknemer van een dochter die door blootstelling aan asbest kanker had ontwikkeld- geeft *Vedanta* de huidige stand van het Engelse recht weer over hoe men moet kijken naar *negligence*-aansprakelijkheid van een moedervernootschap voor wat er is misgelopen bij een dochter. De “lessen” uit *Vedanta* werden dan toegepast in *Okpabi v. Shell*,¹⁷³ de Britse “*Shell Nigeria*” zaak; ook in Nederland werd tegen Shell geprocedeerd wegens olievervuiling in de Niger-delta en de Nederlandse rechter volgde daarbij de redeneringen die door zijn Britse collega’s waren

¹⁷⁰ *Vedanta resources plc v. Lungowe* (2019) UKSC 20.

¹⁷¹ *Chandler v. Cape plc* (2012) EWCA (civ) 525.

¹⁷² De vraag moest beantwoord worden aan de hand van de vier “*Chandler indicia*”: ‘(1) The two companies’ businesses are the same in a relevant respect; (2) the parent company has, or ought to have, superior knowledge on some relevant aspect of health and safety in the particular industry; (3) the subsidiary’s system of work is unsafe -as the parent knew or ought to have known; and (4) the parent company knew, or ought to have foreseen, that the subsidiary relied on its superior knowledge’. Zie *Chandler v. Cape plc* (2012) EWCA (civ) 525, p. 80.

¹⁷³ Een analyse vanuit Duits perspectief maar ook voor de Belgische (of Europese) jurist interessant is H. FLEISCHER en S. KORCH, “*Okpabi v Royal Dutch Shell und das deutsche Deliktsrecht in Konzernlagen*”, *ZIP* 2021, 709 e.v.



gemaakt in *Vedanta*.¹⁷⁴ Wij beperken onze bespreking tot de Britse Shell Nigeria zaak¹⁷⁵, maar eerst dus de fundamenten die gelegd werden in “Vedanta”.

Vedanta was de Engelse moedervernootschap van een groep die via een Zambiaanse dochter in dat laatste land een kopermijn uitbaatte. Ongeveer 1800 Zambiaanse boeren gevestigd in de buurt van de mijn kloegen aan dat de uitbating van de kopermijn water vervuilde dat zij als drinkwater gebruikten maar ook om hun velden te irrigeren, en dat daardoor gezondheidsproblemen en schade aan gewassen was ontstaan. Er werd een vordering tegen de moeder ingesteld voor de Britse rechtbanken.

Het UK Supreme Court benadrukt in *Vedanta* in de eerste plaats twee principes. Vooreerst dat aansprakelijkheid van een moedervernootschap voor onrechtmatige daden op het niveau van een dochtervernootschap op zich niets abnormaals of uitzonderlijks is. Misschien was het in de praktijk nog niet vaak voorgekomen dat moedervernootschappen voor onrechtmatige daden bij de dochter aansprakelijk gesteld werden. Maar op theoretisch vlak vergt dergelijke aansprakelijkheid geen vernieuwingen of nieuwe leerstukken in het (Britse) onrechtmatige daadsrecht. Impliciet maar volgens ons zeker schuilt achter deze overwegingen van het Hof ook de gedachte dat de aparte rechtspersoonlijkheid van een dochter, of de beperkte aansprakelijkheid van de moeder als aandeelhouder van die dochter, gegevens zijn die niet relevant zijn voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de moeder op basis van onrechtmatige daad, en in die zin (ze zijn niet relevant) ook niet aan *tort*-aansprakelijkheid in de weg staan.

Het tweede punt dat het Hof benadrukt is dat het juridische controle-concept dat gebruikt wordt om moeder-dochterverhoudingen vast te stellen- in België zou het gaan om controle zoals omschreven in art. 1:14 WVV, definitie die zoals bekend teruggaat op een Europese accounting-richtlijn- niet relevant is om de mogelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van een moedervernootschap voor feiten zoals in *Vedanta* te beoordelen. De relevante vraag is daarentegen of de moedervernootschap het operationele management op één of ander activiteitengebied bij de dochter in handen heeft genomen. Een moedervernootschap controleert haar dochter per definitie in die zin, dat zij een beslissende invloed op de oriëntatie

¹⁷⁴ Zie de Nederlandse einduitspraken in *Oguru* Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132 en de gevoegde zaak “Dooh”, zelfde datum, ECLI:NL:GHDHA:2021:133. Voor een commentaar op de zaak na een tussenarrest, zie L. ENNEKING, “The future of foreign direct liability? Exploring the international relevance of the *Dutch Shell Nigeria case*”, 10 *Utrecht Law Review* 2014, p. 44-54.

¹⁷⁵ Voor een vergelijking van beide Shell Nigeria-zaken, met heel wat uitleg over de Nederlandse procedures, zie C. VAN DAM, “Doorbraak in de aansprakelijkheid van moedervernootschappen- Over drie Shell-nederlagen, het einde van een tijdperk en nieuwe paradigma’s” in *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021*, Deventer: Wolters Kluwer, 2021, 177-219.



van het beleid van de dochter kan uitoefenen indien zij dit wenst. Dat is op zich niet relevant bij de beoordeling van *tort*-aansprakelijkheid. Evenmin geeft de mogelijkheid om feitelijke controle op het operationele management uit te oefenen, in het algemeen aanleiding tot een zorgplicht van de moeder om de omstandigheden bij de dochter te controleren en te managen. Maar als een zorgvuldig feitenonderzoek van de feitelijke relatie tussen moeder en dochter aan het licht brengt dat de moeder daadwerkelijk heeft ingegrepen op de dagelijkse gang van zaken op en bepaald gebied bij de dochter, en er loopt dan iets mis (bv. olievervuiling) op dat gebied, dan kan *dit* de aansprakelijkheid van de moeder met zich meebrengen.

Dezelfde nadruk op een analyse van de feitelijke elementen van de moeder-dochterrelatie vindt men in *Okpabi v. Shell*, de Britse 'Shell Nigeria'-zaak.¹⁷⁶ In deze zaak werd de topholding van de Shell-groep, Royal Dutch Shell plc (RDS), aangeklaagd voor Britse rechtbanken wegens olievervuiling in Nigeria, beweerdelijk veroorzaakt door een Nigeriaanse dochtervennootschap. De heer Okpabi was deel van een gemeenschap in de Nigerdelta waar (beweerdelijk) zowel het water als het land vervuild werd door de activiteiten van de Nigeriaanse Shell-dochter. Meer dan 40.000 mensen uit de getroffen regio stelden een vordering in tegen RDS. Het Britse Supreme Court deed voorlopig, technisch gezien, alleen uitspraak over de ontvankelijkheid van de vordering, of, preciezer, over de vraag of de eisers een voldoende *case* hadden om de zaak verder ten gronde te laten behandelen. Om dit te kunnen beoordelen moest het Supreme Court reeds ingaan op de drempelvoorwaarden waaronder een Britse moedervenootschap potentieel aansprakelijk kan zijn voor in het buitenland 'via' een buitenlandse dochter begane beweerde onrechtmatige daden.

Het Supreme Court benadrukte, net als in *Vedanta*, dat 'controle' in de klassieke betekenis die voor ons op de Accountingrichtlijn teruggaat en klassiek in groepscontext gebruikt wordt om moeder-dochterrelaties vast te stellen, niet het determinerende concept kon zijn in zaken van groepsaansprakelijkheid. Controle is slechts het '*starting point*' van analyse en de cruciale vraag is "*the extent to which the parent did take over or share with the subsidiary the management of the relevant activity (here the pipeline operation)*".¹⁷⁷ Verder: "*control of a company and de facto management of a part of its activities are two different things*".¹⁷⁸ Veelbetekenend vinden wij dat het Supreme Court het Court of Appeal verwijt uitgegaan te zijn van de foute rechtsopvatting dat er een vermoeden zou zijn dat een moeder niet aansprakelijk

¹⁷⁶ *Okpabi & Others v. Royal Dutch Shell Plc & Another* (2021) UKSC 3.

¹⁷⁷ *Okpabi v. Shell*, par. 147.

¹⁷⁸ *Okpabi v. Shell*, par. 147.



is voor handelingen van haar dochters. Het hof voegt eraan toe dat er geen ‘*limiting principle*’ bestaat – anders dan het CA had aangenomen – dat de ‘promulgation’ van een groepsbreed beleid in verband met een bepaalde aangelegenheid op zichzelf geen aanleiding kon geven tot een duty of care. Het Supreme Court is van oordeel dat het Court of Appeal zich ook had vergist in verband met een punt dat al in *Vedanta* duidelijk was gemaakt, namelijk dat moederaansprakelijkheid gebaseerd op *negligence* een bijzondere, aparte, nieuwe vorm van *negligence* zou zijn. Volgens het Supreme Court is dat niet zo en moeten gewoon de algemene principes inzake *negligence* worden toegepast.¹⁷⁹ De *plaintiffs* hadden vier wat zij noemden ‘Vedanta routes’ opgeworpen via dewelke RDS eventueel aansprakelijk zou kunnen zijn voor de vervuiling in Nigeria.¹⁸⁰ Het Supreme Court lijkt aan te geven dat alle vier die factoren inderdaad een rol kunnen spelen bij de analyse van aansprakelijkheid van moeders voor wat er misloopt bij dochters op basis van *negligence*, maar dat het *in casu* voldoende was om vast te stellen dat routes (1) en (3) *in casu* openstonden om vast te stellen dat er ‘an issue to be tried’ was – technisch gezien moest het Supreme Court alleen over die drempelkwestie uitspraak doen. Die vier routes, corresponderend met vier factoren die in overweging genomen kunnen worden zijn: “(1) *Taking over the management or joint management of the relevant activity* (2) *providing defective advice and/or promulgating defective group-wide policies* (3) *taking steps to adopt and implement group-wide policies* (4) *holding out that it exercises a particular degree of supervision and control of a subsidiary.*”¹⁸¹ De lectuur van het ganse arrest maakt duidelijk dat het Supreme Court dit niet ziet als een exhaustieve lijst van alle relevante criteria. Een casusgebonden feitenanalyse dringt zich telkens op, en soms zal er mogelijks op basis van slechts een van de vier factoren een case inzake *negligence* gebouwd kunnen worden, in andere gevallen zullen andere elementen een rol spelen.

Hoewel *Okpabi* betrekking had op een geval waarin slechts de eerste van de zopas genoemde “Vedanta-routes” echt relevant was, en Shell aansprakelijkheid oploopt wegens een actief ingrijpen bij de dochter, nl. het overnemen van het management van de pijpleiding, hebben alle vier Vedanta-routes gemeen dat het om aansprakelijkheid voor eigen daad gaat. Om het te benadrukken: het gaat in deze rechtspraak niet om gevallen waarin de moeder aansprakelijk gesteld wordt voor handelingen van de dochter, en in dat opzicht niet om een variant van

¹⁷⁹ *Okpabi v. Shell*, par. 149.

¹⁸⁰ Zie *Okpabi v. Shell*, par. 26-27.

¹⁸¹ Deze bewoordingen werden overgenomen over uit de goede bespreking van de zaak in White & Case, ‘Okpabi v Royal Dutch Shell plc: UK Supreme Court allows Nigerian citizens’ environmental damage claim to proceed against UK parent company’, 19 februari 2021, sectie ‘publications and events’ op whitecase.com, maar ze stemmen letterlijk overeen met wat men par. 26-27 leest over de ‘vier Vedanta-routes’ die eisers (volgens het Supreme Court) onderscheiden hadden, behalve dat in het arrest zelf de namen van de betrokken vennootschappen voorkomen.



vicarious liability. De Britse moeder wordt aansprakelijk gesteld voor haar eigen onrechtmatige daad die in casu als het ware begaan is met gebruikmaking van de activa van de dochtervennootschap.

Er is ons geen rechtspraak van Belgische rechtscolleges in deze zin bekend. Maar het moet duidelijk zijn dat niets (precedenten, wetgeving, algemeen aanvaarde doctrines) een overname door Belgische rechters van de aanpak in *Vedanta* en *Okpabi* in de weg staat. Het zou daarbij gewoon gaan om toepassing van art. 1382 BW op gevallen waarin een Belgische moedervernootschap aansprakelijk is voor de fout die erin bestaat in het buitenland met gebruikmaking van activa en personeel van een buitenlandse dochter, aldaar schade te hebben veroorzaakt. Het gaat daarbij niet om bestuurdersaansprakelijkheid¹⁸² (de Belgische moeder is per hypothese helemaal geen bestuurder bij de dochter), noch hoeft een eiser aan te tonen dat de moeder feitelijk bestuurder van de dochter was. Het volstaat dat de eiser bewijst dat de moeder feitelijk heeft ingegrepen op het operationele management van de dochter (op een bepaald terrein, en dus zeker niet noodzakelijkerwijze alomvattend). Dergelijke aansprakelijkheid vormt ook geen inbreuk op of afwijking van het beginsel van de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders.¹⁸³ Dat beginsel -dat door sommige academici voor onwenselijk wordt gehouden op gebied van onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid¹⁸⁴, maar nog zeer stevig deel uitmaakt van het Belgische recht- houdt onder meer in dat een aandeelhouder (ook een controlerende aandeelhouder zoals een moeder) niet aansprakelijk is voor de onrechtmatige daden van de dochter, die een aparte rechtspersoon is met exclusieve aansprakelijkheid voor zijn eigen (in casu extra-contractuele) verbintenissen. Maar zoals bij herhaling reeds aangegeven, gaat het in ons scenario om aansprakelijkheid voor eigen daad; dat de dader van een onrechtmatige daad aandeelhouder is, of zelfs dat zij die onrechtmatige daad bij het uitoefenen van bevoegdheden of macht die zij als aandeelhouder heeft begaat, beschermt die dader natuurlijk niet tegen 1382-aansprakelijkheid. Om die reden is de kritiek die men in Belgische rechtsleer wel eens hoort, als zou de aansprakelijkheid van de moeder als kredietverlener aan de dochter, of de onrechtmatige daadsrecht die in het

¹⁸² Een bijdrage die enigszins ingaat op (volgens de auteurs wenselijke veranderingen rond) bestuurdersaansprakelijkheid in deze context is R. MCCORQUADALE en S. NEELY, "Directors' duties and human rights impacts: a comparative approach", *Journal of Corporate Law Studies*, 2022, p. 1.

¹⁸³ Over aansprakelijkheid van aandeelhouders, naar Belgisch recht, in vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, zie E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019.

¹⁸⁴ H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, "Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts", *The Yale Law Journal*, Vol. 100 (7), 1991, 1879-1934. Voor academische kritiek op dit standpunt, zie bv. S. BAINBRIDGE en S. HENDERSON, *Limited Liability- A Legal and Economic Analysis*, Cheltenham: Edgar Elgar, 2016, esp. p. 279 ff.; R. B. THOMPSON, "Unpacking Limited Liability: Direct and Vicarious Liability of Corporate Participants for Torts of the Enterprise", 74 *Vanderbilt Law Review*, 1994, 1 ff.; (overwegend kritisch) CHR. WITTING, *Liability of corporate Groups and Networks*, p. 342 ff. Genuanceerd H.J. DE KLUIVER, "Het einde van de rechtspersoonlijkheid: een rechtseconomisch perspectief" in *Relativering van rechtspersoonlijkheid*, (serie vanwege het Van der Heijden Instituut, 114), Deventer: Kluwer, 2012, 87-98.



Nederlandse concernrecht veel vaker aan aandeelhouders wordt opgelegd dan in België, strijdig zijn met de beperkte aansprakelijkheid, onterecht.

In zaken als *Vedanta* en “*Shell Nigeria*” kon men de moedervenootschap verwijten dat zij actief had ingegrepen op het operationeel niveau van de dochter, en daarbij een fout had gemaakt. Maar wat in gevallen waarin de moeder niet actief heeft ingegrepen: kan men dan beweren dat er op het bestuur van de moeder een surveillantieplicht rust waarbij het wat er op niveau van de dochters gebeurt moet bewaken, zodat er aansprakelijkheid kan ontstaan wanneer die bewakingsplicht niet met voldoende zorg wordt uitgeoefend. De traditionele opvatting, die nog steeds geldig is, is dat er geen dergelijke “*Konzernleitungspflicht*” is, tenzij regulering (bv. in de financiële sector) die oplegt. Het bestuur van een moeder zal nochtans de dochtervenootschappen wel moeten bewaken voor zover het weet of moet weten dat risico’s die zich op het niveau van de dochter voordoen, de moeder economisch kunnen “besmetten”, zodat het bewaken van de belangen van de eigen aandeelhouders impliceert dat men de dochters monitort. Maar zoals in Duitse rechtsleer en in Engelse rechtspraak gezegd is: in het algemeen is het hebben van de mogelijkheid en macht om bij een dochter in te grijpen, geen afdoende grondslag voor een juridische verplichting in te grijpen.¹⁸⁵

2. De impact van *supply chain/human rights due diligence* wetgeving¹⁸⁶

Het is hier dat de CSDD-wetgeving van belang is: deze voert een minstens groepsbrede due diligence verplichting in met daaraan gekoppeld aansprakelijkheid als er toch milieu-of

¹⁸⁵ Zie A. SCHALL, “Die Mutter-Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen ihrer Auslandstöchter”, *ZGR* 2018, o.a. p. 488, met verwijzing in zijn voetnoot 33 naar de BGH-rechtspraak die dit principe (feitelijke mogelijkheid een door andermans gedrag dreigend schadegeval te voorkomen, geeft geen aanleiding tot een juridische plicht tot ingrijpen) bevestigd/gevestigd heeft.

¹⁸⁶ Ook voordat er CSDD-wetgeving bestond, werd al uitgebreid nagedacht over de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van ondernemingen voor hun bevoorradingsketen. Een (onvolledige) greep uit de pre-wetgevingsliteratuur die op aansprakelijkheid focust: N. BUENO & C. BRIGHT, ‘Implementing Human Rights Due Diligence Through Corporate Civil Liability’, *International and Comparative Law Quarterly* (69) 2020, nr. 4, p. 789-818; L. ENNEKING, *Foreign Direct Liability and Beyond*, Den Haag: Eleven International Publishing 2012, 752p.; M.A. GEISTFELD, ‘The Law and Economics of Tort Liability for Human Rights Violations in Global Supply Chains’, *Journal of European Tort Law* (10) 2019, nr. 2, p. 130-165; J. HARTMANN & S. MOELLER, ‘Chain liability in multitier supply chains? Responsibility attributions for unsustainable supplier behavior’, *Journal of Operations Management* (32) 2014, nr. 5, p. 281-294; D. KINLEY & J. NAVIDI, ‘The Long Arm of Human Rights Risk: Supply Chain Management and Legal Responsibility’, *The Business and Human Rights Review* 2013, nr. 3, p. 10-14; P. ROTT, ‘Supply Chain Liability of Multinational Corporations?’, *European Review of Private Law* (23) 2015, nr. 3, p. 415-436; A. RÜHMKORF, *Corporate Social Responsibility, Private Law and Global Supply Chains*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2015, 288 p.; A. RÜHMKORF, ‘Corporate Social responsibility in der Lieferkette: governance und Verantwortlichkeiten’, *ZGR* 2018, p. 410-432; V. ULFBECK & A. EHLERS, ‘Tort Law, Corporate Groups and Supply Chain Liability for Workers’ Injuries: The Concept of Vicarious Liability’, beschikbaar op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2894949 ,



mensenrechtenschendingen in de waardeketen plaatsvinden. Zelfs indien de wetgeving dit niet expliciet zou bepalen, is het duidelijk dat wanneer dergelijke CSDD-verplichting aan een moedervernootschap wordt opgelegd, het bestuur van de moeder een eigen verplichting schendt indien het bestuur geen adequaat due diligence beleid zou ontwikkelen of geen systeem zou opzetten om mogelijke mensenrechten-en milieu due diligence risico's op te sporen. Men kan dit een “group compliance”-plicht van het moederbestuur noemen. De moeder en haar bestuurders zijn dan aansprakelijk, niet rechtstreeks voor het zich manifesteren van een mensenrechtenschending op het niveau van de dochter -bv. mensonwaardige arbeidspraktijken- maar voor het niet opsporen, in kaart brengen van zulke incidenten en het beperken van de gevolgen ervan. In werkelijkheid legt de bestaande Franse, Duitse en ontwerp-Europese wetgeving wel degelijk expliciet zulke verplichtingen aan de moeder en haar bestuur op. Om ons te beperken tot het ontwerp van Europese Richtlijn: art. 4 legt de geïmplementeerde vennootschappen op een due diligence door te voeren en een beleid te ontwikkelen (art.5), onder meer met het oog op het identificeren van actuele of potentiële “*adverse impacts*” op mensenrechten of milieu (art. 6). De moeder moet tevens “passende maatregelen” nemen om “*adverse impacts*” te voorkomen of, waar dat niet mogelijk is, de gevolgen ervan te verzachten, opnieuw doorheen de groep en leveranciersketen (art. 7). Artikel 8 bepaalt dat vennootschappen de “*adverse impacts*” die geïdentificeerd zijn, moet proberen beëindigen, inclusief door het betalen van schadevergoeding (“*damages*”) aan de getroffen personen en compensatie (“*compensation*”) aan de getroffen gemeenschappen. Art. 8 lid 3 (d) maakt duidelijk dat moedervernootschappen als onderdeel van dit remediëringsproces ook waar nodig de nodige investeringen in management, productieprocessen of infrastructuur zal moeten doen (om toekomstige negatieve impact te voorkomen). Hetzelfde art. 8 lid 3 (e) bepaalt dat “waar relevant” vennootschappen *verplicht* moeten worden door lidstaten om aan KMOs in hun waardeketen doelgerichte en proportionele “support” te bieden indien compliance met de gedragscode van de moedervernootschap of “corrective action” de leefbaarheid van die KMO in het gedrang zou brengen; afgaande op de formulering interpreteren we dit ook als *financiële* ondersteuning. Het is opmerkelijk dat sommige vennootschapsgroepen dit reeds doen zonder daartoe gedwongen te worden door CSDD-wetgeving.¹⁸⁷ Zo werd onlangs bericht dat Nestlé cacaoboeren zou betalen zodat zij geen kinderen meer hoefden in te zetten bij de oogst, en dat de zeer grote Amerikaanse supermarktketen Walmart KMOs in zijn bevoorradingsketen financieel zou ondersteunen, onder meer door renteloze leningen en het vlugger betalen van de facturen die Walmart verschuldigd is, om hen te helpen hun CO2-emissies te reduceren.

¹⁸⁷ E. TERAZONO, “Nestlé to pay cacao farmers to stop using child labour”, *FT* 27 januari 2022; “Walmart steps in to tackle supply chain emissions”, *FT Moral Money newsletter*, 8 december 2021.



De CSDD-ontwerp-richtlijn maakt duidelijk dat het bestuur verantwoordelijkheid moet dragen “for putting in place and overseeing the due diligence actions” die de ontwerp-richtlijn voorschrijft (art. 26). Daaruit volgt nog niet onmiddellijk *aansprakelijkheid* van de bestuurders wanneer de vennootschap haar due diligence-verplichtingen niet adequaat nakomt. Over bestuurders*aansprakelijkheid* zwijgt de ontwerp-richtlijn. Ongetwijfeld kan het nationale recht daarvoor wel bijzondere regels voorzien, en kan een slachtoffer zich proberen beroepen op het onrechtmatige daadsrecht tegen de bestuurders. De ontwerp-richtlijn daarentegen heeft het alleen over de aansprakelijkheid van de vennootschap (dit is in de eerste plaats: de moedervennootschap die de *due diligence* moet organiseren). Art. 24 van het Ontwerp verplicht lidstaten ervoor te zorgen dat vennootschappen burgerlijk aansprakelijk kunnen gehouden worden wanneer zij hun verplichtingen¹⁸⁸ tot het voorkomen en beëindigen van “*adverse impacts*” niet nakomen én als gevolg daarvan zich daadwerkelijk een “*adverse impact*” heeft voorgedaan en tot schade heeft geleid.

3. Enkele woorden over de IPR-aspecten¹⁸⁹

a. Zonder aanpassing van het IPR zou de CSDD-wetgeving een slag in het water kunnen worden

Wanneer iemand een Belgische moeder aansprakelijk zou willen stellen voor schending van de CSDD-verplichtingen die er zitten aan te komen, zullen de eisers de vordering voor een Belgische rechtbank willen brengen, hoewel de feiten zich in de meerderheid van de gevallen¹⁹⁰ in het buitenland zullen voorgedaan hebben. Met enige goede wil kan men staande houden dat de moeder haar door de Belgische wetgeving opgelegde CSDD-verplichtingen juridisch in België geschonden heeft (de Belgische vennootschap moest overeenkomstig Belgisch recht vanuit België toezicht uitoefenen op de buitenlandse dochter of leverancier), maar de schadeverwekkende handeling en de schade zullen zich in het buitenland hebben

¹⁸⁸ Overeenkomstig de artikelen 7 en 8 van de Ontwerp Richtlijn.

¹⁸⁹ Buiten de hierna geciteerde bijdragen van G. WAGNER, kan onder meer verwezen worden naar de landenrapporten in C. KASSEDJIAN en H.C. RIVERA (ed.), *Private international law aspects of corporate social responsibility*, Springer, 2020, 711 p.

¹⁹⁰ Voor een geval waarin een Engelse vennootschap van slavernij-achtige praktijken binnen het Verenigd Koninkrijk beschuldigd werd, zie het verhaal van P. NILSSON, “Boohoo ditches another Leicester supplier “in light of BBC probe”, *FT* 13 oktober 2020. Dit is de uitzondering die de regel bevestigt, al is niet zeker of de CSDD-wetgeving, eens zij van kracht is, niet ook volop in een binnenlandse context zal ingezet worden.



voorgedaan, en de slachtoffers -zij het niet noodzakelijk de ngo die hen soms zal vertegenwoordigen- zullen inwoners van het vreemde land zijn. Dit was ook zo in de zaken die aanleiding gaven tot de Britse concernaansprakelijkheidrechtspraak zoals *Vedanta* en *Okpabi*. Om die reden is het niet vanzelfsprekend dat de Belgische rechtbanken bevoegd zijn, en vooral niet dat Belgisch recht toepasselijk is. De Duitse hoogleraar Wagner heeft in dat verband een degelijke analyse van het Duitse *Lieferkettengesetz* gemaakt¹⁹¹. Deze wet bevat CSDD-verplichtingen, maar geen bijzondere aansprakelijkheidsregelen -integendeel, het was de bedoeling de wet alleen via *public enforcement*, dat wil zeggen door overheidsdiensten die overheidsmaatregelen zoals administratieve sancties nemen, af te laten dwingen, zonder de mogelijkheid van burgerrechtelijke aansprakelijkheidsvorderingen ingeleid door privé-personen (slachtoffers).¹⁹² Wagner argumenteert dat desondanks een schending van de verplichtingen uit de bedoelde wet een onrechtmatige daad naar Duits recht kan zijn. Maar toch argumenteert hij vervolgens ook, overtuigend, dat het *Lieferkettengesetz* op aansprakelijkheidsvlak een slag in het water dreigt te worden, nu zelden Duits recht toepasselijk zal zijn¹⁹³. Immers, het recht van Nigeria, Bangladesh of andere niet-Europese staten waar de schade zich voordoet, zal wél regelmatig net als het Duitse recht de ergste uitwassen – bv. compleet onveilige arbeidsomstandigheden of slavernijachtige praktijken- als onrechtmatige daad beschouwen. Maar bij gebrek aan lokale CSDD-wetgeving, zal op de Europese moedervenootschap volgens het lokale (bv. Nigeriaanse) recht geen verplichting rusten om de omstandigheden bij de lokale dochter of leverancier te monitoren, zodat niet de Europese moeder maar alleen de lokale dochter of leverancier een onrechtmatige daad hebben begaan en daarvoor aangesproken kunnen worden.

Een beknopte analyse van het vandaag geldende Belgische en vooral EU-IPR tonen inderdaad aan dat het weliswaar doorgaans niet al te moeilijk zal zijn om een bevoegdheidsgrond te vinden voor de Belgische rechtbanken wanneer een Belgische groep buiten de EU een “*adverse impact*” heeft veroorzaakt, maar dat dan bijna steeds het buitenlandse recht van toepassing zal zijn. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat de Belgische ontwerp-wetgeving ook een IPR-luik bevat, dat deze IPR-problemen wil oplossen. Het probleem daarbij is dat België wel bevoegd is om zijn eigen regels inzake internationale bevoegdheid voor onrechtmatige daad vast te leggen, althans voor feiten die zich buiten de EU hebben voorgedaan, maar dat België, gezien het bestaan en de draagwijdte van de Rome

¹⁹¹ Zie G. WAGNER, “Haftung für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette”, *ZIP* 2021, 1095-1105.

¹⁹² Daarover Bmz.de, Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, ‘Fragen und Antworten zum Lieferkettengesetz’ (Stand 9. Juni 2021) en de memorie van toelichting in Drucksache 19/28649, beschikbaar op <https://dserver.bundestag.de/btd/19/286/1928649.pdf>.

¹⁹³ G. WAGNER, “Haftung für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette”, *ZIP* 2021, 1103.



II Verordening, (wellicht) niet de bevoegdheid heeft om de regels inzake toepasselijk recht te bepalen; op dat vlak kan alleen actie op Europees niveau, door een wijziging van Rome II, soelaas brengen.

Laten we de vandaag geldende regels even summier bekijken. Het is daarbij belangrijk het hoofd koel te houden en een zorgvuldig onderscheid te maken tussen de regels die vandaag gelden, en de wenselijke, mogelijke toekomstige regels. Sommige auteurs lijken de twee niet goed uit elkaar te houden: het is zeker legitiem en zelfs een kerntaak van academisch onderzoek om wijzigingen aan het bestaande recht voor te stellen teneinde het geschikter te maken om wenselijke doelen te kunnen bereiken. Maar dat mag er niet toe leiden dat men argumenteert alsof zeer vergezochte interpretaties die men als auteur aan rechtbanken suggereert, de huidige regels een andere inhoud zouden kunnen of mogen geven dan ze hebben.

b. Bevoegdheidsregels onder Brussel I

Op gebied van internationale bevoegdheid zal de analyse doorgaans moeten vertrekken van art. 7(2) van de Brussel I Verordening.¹⁹⁴ Inzake de beoordeling van onrechtmatige daden zijn de rechtbanken bevoegd van de plaats van het schadebrengend feit of die van de woonplaats van de verweerder, naar keuze van de eiser.¹⁹⁵ Art. 63 van Brussel I bepaalt dat voor rechtspersonen de woonplaats ligt waar zij hetzij hun werkelijke zetel, hetzij hun statutaire zetel, hetzij hun voornaamste vestiging hebben. Dit komt er dus op neer dat de eiser die in de staat van de woonplaats van de verweerder wenst te dagvaarden, kan kiezen tussen die drie aanknopingspunten om de woonplaats van de (moeder)vennootschap te bepalen. Het “schadebrengend feit” wordt in de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie gedefinieerd als hetzij de plaats van de schadelijke handeling (bij de vervaardiging van een gevaarlijk product is dat de plaats van productie), hetzij de plaats waar de schade zich voordoet, en de

¹⁹⁴ Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Pb.L. 20 december 2012, afl. 351, 1-32.

¹⁹⁵ Art. 7 (2) verwijst naar de staat van het schadebrengend feit, maar dit doet geen afbreuk aan de algemene bevoegdheidsregel die de woonplaats van de verweerder aanwijst (art. 4 (2)). Op basis van de artikel 20-23 Brussel I verordening mogen werknemers hun werkgever ook dagvaarden op de plaats van tewerkstelling, ook wanneer zij slachtoffer zijn van feiten, bij de tewerkstelling, die tevens als onrechtmatige daad van de werkgever kunnen beschouwd worden. Maar in CSDD-casusposities zal deze bevoegdheidsgrond niet relevant zijn om de Belgische moeder aan te kunnen spreken, vooreerst omdat die zelden de werkgever van de buitenlandse arbeiders zal zijn, en ook omdat de plaats van tewerkstelling niet België zal zijn.



eiser mag kiezen tussen die plaatsen¹⁹⁶. In CSDD-casussen zal de schade zich voordoen in het niet-Europese land waar de dochter of leverancier actief is, maar kan men verdedigen dat het concept “schadelijke handeling” zich in tweeledige vorm manifesteert. Veronderstel een Belgische groep met holding te Brussel en met een Congolese dochter die in Congo een mijn uitbaat. In Congo zijn de arbeidsomstandigheden zo onveilig en ongezond dat van schending van mensenrechten kan gesproken worden; of wordt door al te lakse milieumaatregelen vervuiling aan de gewassen en het irrigatiewater van lokale boeren veroorzaakt. De “direct schadeveroorzakende handeling” vindt dan in Congo plaats, maar dit is slechts één van de schadeveroorzakende handelingen. Men kan argumenteren dat ook de Belgische moeder, op wie per veronderstelling een wettelijke CSDD-verplichting rust om dergelijke risico’s bij haar Congolese dochter te identificeren, bestrijden en voorkomen, door haar eigen Belgische CSDD-te schenden en als gevolg daarvan de “direct” schadelijke handelingen van de Congolese dochter te faciliteren in de zin van “laten gebeuren/niet voorkomen, zelf een schadelijke handeling stelt.

Op basis van art. 7 (2) Brussel I verordening zal het wellicht doorgaans relatief eenvoudig zijn de Belgische rechter als bevoegd aan te wijzen, hetzij omdat de Belgische holding de verweerder is, hetzij omdat men overeenkomstig de zopas geschetste redenering oordeelt dat een schadelijke handeling en daarom het schadebrengend feit zich ook in België heeft voorgedaan.

Eens men langs reguliere weg bevoegdheid van een Belgisch rechtscollege voor de Belgische moeder heeft kunnen verkrijgen, zal men in HRRD-gevallen doorgaans ook de buitenlandse (bv. Congolese) dochter in België mee in het geschil kunnen betrekken, op basis van samenhang (in de zin van art. 8 Brussel I).

De regels uit de Brussel I Verordening inzake bevoegdheid gelden in de regel alleen wanneer de verweerder in een procedure woonplaats in de Europese Unie heeft¹⁹⁷. In tegenstelling tot Rome II, inzake het toepasselijk recht in extra-contractuele aangelegenheden, geldt Brussel I

¹⁹⁶ Zie het rechtspraakoverzicht bij TH. KRUGER en J. VERHELLEN, *Internationaal Privaatrecht. De essentie*, Brugge, die Keure, 2019, 455-463.

¹⁹⁷ Zie TH. KRUGER en J. VERHELLEN, *Internationaal Privaatrecht. De essentie*, Brugge, die Keure, 2019, 75. Er zijn drie categorieën gevallen waarvoor een ander personeel toepassingsgebied geldt (bv. wanneer er een forumbeding op het spel staat, of in materies waarvoor Brussel I een exclusieve bevoegdheidsregel bevat) maar die zijn voor onze doelienden niet relevant.



niet mondiaal, ten aanzien van verweerders van buiten de EU. Is de verwerende vennootschap niet gevestigd in de EU, dan zal het Belgische WIPR de bevoegdheid van de Belgische rechtbanken bepalen. Overeenkomstig art. 96 WIPR heeft de eiser de keuze tussen de plaats waar de schade zich voordoet of de plaats van de schadeveroorzakende handeling, zodat de hierboven ontwikkelde gedachten onder Brussel I ook naar Belgisch recht kunnen toegepast worden.

c. Het toepasselijk recht volgens Rome II: plaats waar de schade zich voordoet

Voor slachtoffers van buiten de EU die een Belgische moedervenootschap in België aansprakelijk willen stellen, zal het moeilijker zijn om het Belgische recht toepasselijk verklaard te krijgen dan om een Belgische rechter van zijn bevoegdheid te overtuigen. Belgische rechtscolleges zullen de toepasselijke IPR-regels moeten zoeken in de Rome II Verordening¹⁹⁸. Deze heeft universele werking, niet alleen in die betekenis dat de regels inzake toepasselijk recht eruit gelden ongeacht of dit het recht van een lidstaat is of niet (art. 3 Rome II), maar ook in die zin dat van zodra een rechter uit een lidstaat bevoegd is om over een niet-contractuele vordering uitspraak te doen, deze de regels uit Rome II moet toepassen, ongeacht nationaliteit of woonplaats van de partijen en ongeacht de “Europese” of “niet-Europese” locatie van de feiten. Wanneer dus een Belgische rechtbank bevoegd blijkt om te oordelen over een onrechtmatige daad die zich in Congo heeft voorgedaan en waarvan de slachtoffers allen inwoners van Congo zijn, zal de Belgische rechtbank Rome II moeten hanteren om het toepasselijke recht te bepalen. Lidstaten van de EU zoals België zijn niet bevoegd om in hun nationale recht regels in te voeren of te hanteren die ingaan tegen Rome II.¹⁹⁹

De basisregel is vervat in artikel 4 lid 1 van de Rome II verordening. Inzake onrechtmatige daad is toepasselijk het recht van de staat waar de schade zich voordoet, ongeacht waar de schadeveroorzakende gebeurtenis zich voordoet en ongeacht waar de indirecte gevolgen van de onrechtmatige daad zich voordoen. Zowel de vraag of er een fout is begaan, of er schade is en wat de vergoedbare omvang daarvan is en of het vereiste causaal verband aanwezig en bewezen is, worden dan beoordeeld volgens het recht van de jurisdictie die door art. 4 is aangewezen. Toegepast op een typische CSDD-feitenconstellatie (zoals ons voorbeeld van

¹⁹⁸ Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, Pb.L. 31 juli 2007, afl. 199, 40-49.

¹⁹⁹ G. WAGNER, “Haftung für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette”, *ZIP* 2021, 1104 (linkerkolom), met verwijzingen.



de Congolese mijn in handen van een Belgische groep), betekent dit dus dat het niet-Europese (bv. Congolese) recht van toepassing zou zijn, niet het recht van de Belgische/Europese moedervereniging. Zoals ook aangegeven, zal dat recht geen CSDD-verplichtingen voor de moeder bevatten, zodat het moeilijk -doorgaans onmogelijk- wordt voor niet-Europese slachtoffers om de Europese moeder wegens schending van dergelijke verplichtingen op basis van onrechtmatige daad en dus met het oog op schadeherstel voor de Belgische rechtbank aan te spreken. Dat betekent niet dat de Europese moeder in het geheel niet op basis van onrechtmatige daadsrecht kan aangesproken worden. *Vedanta* en gelijkaardige gevallen bewijzen het tegendeel. In *Vedanta*, de *Shell*-zaken en bv. ook de Duitse *Kik*-zaak pasten Europese rechters Afrikaans resp. Pakistaans onrechtmatige daadsrecht toe om te bepalen of er een onrechtmatige daad begaan was, en kwam men op basis van de analyse van het vreemde recht tot de conclusie dat de door Europese ondernemingen in Afrika veroorzaakte wantoestanden ook volgens het recht van het lokale Afrikaanse recht een onrechtmatige daad uitmaakten. Het hielp daarbij misschien wel dat de betrokken landen allen voormalige Britse kolonies waren en dat de Europese rechter (wellicht op goede gronden, maar toch, zo is mijn indruk, zonder precies bewijs van de inhoud van het vreemde recht) aannam dat het plaatselijke onrechtmatige daadsrecht in essentie overeenstemde met het Engelse *tort law*. Maar in die gevallen zullen de eisers dan inderdaad de aanwezigheid van één van de “*Vedanta*-factoren” moeten bewijzen, zoals een actief ingrijpen van de moedervereniging op het operationele beleid van de dochter, of het afkondigen en implementeren van een groepsbeleid dat bijdraagt aan het totstandkomen of instandhouden van de toestand die de onrechtmatige daad uitmaakt. Schending door de moeder van haar Europese CSDD-verplichtingen zal niet volstaan voor aansprakelijkheid van de moeder, aangezien dat naar het recht van het land waar de schade is ontstaan, geen onrechtmatige daad zal zijn.

d. Ontsnappingsroutes onder Rome II ?²⁰⁰

Biedt Rome II dan geen ontsnappingsmogelijkheden- anders gezegd, kan men de Verordening niet zo interpreteren dat toch het recht van de Europese moeder toepassing vindt? Het korte antwoord lijkt “neen” te zijn²⁰¹ (zie evenwel wat we hieronder schrijven over art. 16 Rome II).

²⁰⁰ Bij onze analyse hiervan hebben we sterk voortgebouwd op G. WAGNER, “Haftung für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette”, *ZIP* 2021, 1104 en zijn uitbereidende analyse in G. WAGNER “Haftung für Menschenrechtsverletzungen”, *RabelsZ* 2016 (717), 739-749, beide artikelen met uitgebreide verwijzingen naar andere Duitse (IPR)-literatuur.

²⁰¹ Zie de analyse by G. WAGNER, “Haftung für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette”, *ZIP* 2021, 1104 en ook in die zin L. ENNEKING, *Foreign direct liability and beyond. Exploring the role of tort law in promoting corporate social responsibility and accountability*, Eleven Publishing, 2012, vooral 160-164.



Het is hier dat men intellectueel eerlijk en als jurist professioneel zorgvuldig moet blijven. Men kan pleiten voor allerlei vreemde interpretaties van woorden uit Rome II die de functie van de regels die erin vervat liggen miskennen en Rome II dus verwringen. Dat is de intellectueel oneerlijke weg. De enige legitieme weg bestaat erin vast te stellen dat de IPR-regels uit Rome II niet geschikt zijn om het wenselijke beleidsdoel, nl. aansprakelijkheid overeenkomstig Europese zorgvuldigheidsnormen van moedervenootschappen die via dochters buiten de EU wantoestanden laten voortbestaan, te bereiken, zodat het beleidsdoel moet bereikt worden door het amenderen van Rome II voor gevallen van ESG-aansprakelijkheid. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de CSDD- ontwerp-richtlijn van het Europese parlement van 10 maart 2021 bepalingen bevatte waarin voorgesteld werd om de beperkingen die uit het huidige IPR voortvloeien om Europese vennootschappen in Europa te dagvaarden en volgens Europees recht te laten veroordelen, terzijde te schuiven en dat ook het ontwerp van CSDD Richtlijn van de Europese Commissie een bepaling bevat om de normale IPR-regels terzijde te schuiven²⁰². Nochtans moet men aannemen dat Europese lidstaten zelf geen van Rome II afwijkende regels inzake het toepasselijke recht voor onrechtmatige daad, mogen ontwikkelen: dit moet via een amendering van Rome II gebeuren. Wellicht zijn de opstellers van het Commissie-ontwerp van oordeel dat lidstaten op basis van art. 16 van de Rome II verordening toch regels van “directe werking” die ze uitvaardigen voor een specifiek domein (zoals CSDD-aansprakelijkheid) voorrang mogen geven op de basisregels uit Rome II (over art. 16 Rome II, zie zodadelijk). Ook het Belgische wetsvoorstel 1903/1 inzake de invoering van een zorgplicht naar Belgisch recht bevat bepalingen in die zin²⁰³. De artikelen 28 en 29 van het wetsvoorstel bevatten IPR-regels. De eerste bepaalt dat Belgische rechtscollages bevoegd zouden zijn voor de beoordeling van schendingen van de zorgplicht (zoals omschreven in de Belgische wet) in het buitenland, voor zover de schender van de zorgplicht een onderneming is met activiteiten in België²⁰⁴. De tweede regel bepaalt dat eisers die een vordering inleiden wegens schending van de zorgplicht, steeds de keuze zouden hebben om de *lex fori* als het toepasselijke recht te kiezen. Aangezien België het forum kan zijn van zodra de onrechtmatig handelende moedervenootschap actief is in België, zou dit een keuze voor het Belgische recht -met daarin de CSDD-plicht voor de moeder, schending waarvan duidelijk een onrechtmatige daad in de zin van art. 1382 BW is- in hoofde van de buitenlandse slachtoffers gemakkelijk maken. Alleen

²⁰² Zie art. 22 lid 5 van de ontwerp-CSDD Richtlijn, dat luidt: “*Member states shall ensure that the liability provided for in provisions of national law transposing this Article (on civil liability-hdw) is of overriding mandatory application in cases where the law applicable to claims to that effect is not the law of a member State*”.

²⁰³ Wetsvoorstel houdende de instelling van een zorg- en verantwoordingsplicht voor de ondernemingen, over hun hele waardeketen heen, 2 april 2021, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1903/001.

²⁰⁴ Merk op dat het wetsvoorstel niet oplegt dat er een Belgische vestiging moet zijn, laat staan dat de voornaamste vestiging of statutaire zetel in België gevestigd moet zijn. Activiteiten in België volstaan. Indien ook andere Europese landen dergelijke regel zouden invoeren -en ze werden daartoe aangemoedigd door de ontwerp-richtlijn van het Europese parlement van 10 maart 2021- dan zou dit tot concurrerende bevoegdheid van vele Europese rechtscollages leiden, in het frequent voorkomende geval dat een Europese multinationale groep, actief is in verschillende Europese landen.



denken wij dat België dergelijke IPR-regel niet kan invoeren voor vorderingen die op onrechtmatige daad gebaseerd zijn, nu deze materie geregeld is in de Rome II verordening die voorrang heeft op Belgisch recht en zoals gezegd een universele toepassing vindt. De Raad van State heeft hierover geen opmerking gemaakt, maar dit is misschien te verklaren doordat- als wij de parlementaire stukken zorgvuldig bestudeerd hebben- de IPR-bepaling uit art. 29 van het wetsontwerp nog geen onderdeel uitmaakte van het voorontwerp van wet dat aan de Raad van State is voorgelegd; het moet blijkbaar achteraf zijn ingevoegd.

De Rome II Verordening biedt zoals gezegd bij een redelijk blijvende interpretatie geen mogelijkheden om, in afwijking van het recht van het land waar de schade zich voordoet (art. 4 lid 2 Verordening), het recht van het forum of meer algemeen het recht van de Europese moeder aan te duiden. Het derde lid van art. 4 Rome II laat toe om het recht van een ander land dan dat waar de schade zich voordoet te verkiezen, *“Indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band”* met het recht van dat land vertoont, wat zou kunnen *“berusten op een reeds eerder bestaande, nauw met de onrechtmatige daad samenhangende betrekking tussen de partijen, zoals een overeenkomst”*.

Deze bepaling kan evenwel niet gebruikt worden om het land van de schadeveroorzaker aan te duiden voor zover men de Belgische moedervennootschap als schadeveroorzaker zou beschouwen. Bij het opstellen van Rome II is immers net zeer bewust beslist dat de plaats waar de schade veroorzaakt is -in plaats van zich heeft voorgedaan- geen geschikt criterium was om het toepasselijke recht te bepalen. Men kan dus niet argumenteren dat sommige mensenrechtenschendingen, milieudelicten edm. naar het recht van het land van de moeder moeten beoordeeld worden omdat de Belgische moeder deze schadegevallen “zeer rechtstreeks” zou veroorzaakt hebben, met de buitenlandse dochter slechts als weinig belangrijk, als het ware transparant scherm of uitvoeringsmiddel. De locatie van de dochter en haar rol bij het totstandkomen van de schade zijn onder Rome II irrelevant, nu ze niks te maken hebben met de vraag waar de schade zich heeft voorgedaan. Daarnaast is het gewoonweg moeilijk denkbaar dat men in gevallen als *Okpabi* of *Vedanta* had kunnen argumenteren dat de zaak meer banden met het UK of Nederland vertoonde dan met Nigeria of Zimbabwe. Het omgekeerde was evident het geval.

Ook artikel 26 Rome II biedt geen soelaas. Dat artikel bepaalt in wezen dat het door Rome II aangewezen recht slechts terzijde kan geschoven worden als dat recht onverenigbaar is met



de openbare orde van het land van de forumrechter. Fundamentele rechten zoals het recht op menswaardige werkomstandigheden behoren ongetwijfeld tot de openbare orde van elke Europese forumrechter. Maar artikel 26 laat alleen toe om het vreemde (bv. Nigeriaanse) recht buiten toepassing te laten. Het kan evenwel nooit positief gebruikt worden om het forumrecht te verkiezen.

Artikel 17 Rome II verordening bepaalt dat bij de beoordeling van het gedrag van de potentieel aansprakelijke, feitelijk en op passende wijze rekening moet gehouden worden met veiligheidsvoorschriften en gedragsregels die van toepassing waren op de plaats en het tijdstip van de schadeveroorzakende gebeurtenis. De functie van deze bepaling is om het mogelijk te maken, in een systeem waarin het land waar de schade zich voordoet het toepasselijke recht en dus de toepasselijke gedragsnormen levert, toch voldoende rekening te houden met de zorgvuldigheidsnormen zoals ingevuld in het land waar het schadeveroorzakend gedrag gesteld werd. Deze mogelijkheid om ook dat recht een rol te laten spelen, met name bij het beoordelen van het al dan niet foutief karakter van een onrechtmatige daad, is bedoeld om een schadeveroorzaker die meent dat hij alle normen die van toepassing zijn op de plaats waar hij handelt, gerespecteerd te hebben, toch enigszins te beschermen tegen de blinde toepassing van de gedragsnormen van het land waar de schade zich heeft voorgedaan. Een Belgische onderneming die in Congo schade veroorzaakt door handelingen in België te stellen, zou zich dan op art. 17. kunnen beroepen om niet naar Congolees recht beoordeeld te worden- in Congo was de Belgische onderneming niet of niet noemenswaardig rechtstreeks actief- maar naar Belgisch recht. Voor de niet in Congo actieve vennootschap die aldaar niettemin schade veroorzaakt, kan het immers soms -alles hangt af van de concrete feiten- volledig onvoorzienbaar zijn dat zij zich overeenkomstig Congolese gedragsnormen had moeten gedragen. Indien men zich, omgekeerd, op art. 17 Rome II beroept om de strengere Belgische normen toe te passen op door de Belgische vennootschap of haar Congolese dochter of leverancier in Congo veroorzaakte schade, zet men art. 17 Rome II op zijn kop.

Een beroep op art. 16 van Rome II is eveneens twijfelachtig. Dat artikel luidt: “*De bepalingen van deze verordening laten onverlet de toepassing van de rechtsregels van het land van de rechter die, ongeacht het recht dat op de niet-contractuele verbintenis van toepassing is, ter zake een dwingend karakter hebben.*” De bedoeling van deze bepaling lijkt te zijn dat de forumrechter normen uit zijn eigen rechtsorde die van fundamenteel belang en “directe toepasselijkheid” zijn, toe te passen, los van wat de normale regels uit Rome II bepalen. Men zou kunnen argumenteren dat CSDD-voorschriften zulke essentieel geachte dwingende



voorschriften zijn. Maar art. 16 Rome II wil zulke bepalingen geen extra-territoriale werking geven. De bedoeling van de bepaling lijkt eerder om, wanneer een feitenconstellatie duidelijke banden met het forum heeft, de rechter rechtstreeks toe te laten “binnenlandse” dwingende regels toe te passen. Wanneer de bijvoorbeeld Belgische forumrechter Belgische (toekomstige) CSDD-wetgeving zou toepassen om de 1382-aansprakelijkheid van de Belgische moeder te beoordelen voor feiten die zich exclusief in Congo hebben afgespeeld, kan men argumenteren dat er geen voldoende band tussen de feiten en de toepasselijke regels bestaat om de toepassing van de dwingende Belgische regels te rechtvaardigen.²⁰⁵

Nietemin vermoeden wij dat de Europese ontwerp CSDD Richtlijn die in haar art. 22, lid 5 lidstaten beveelt om ervoor te zorgen dat de nationale bepalingen inzake burgerlijke CSDD-aansprakelijkheid van “*overriding mandatory application*” zijn in gevallen waarin het op CSDD-vorderingen toepasselijke recht niet dat van een lidstaat is, voortbouwt op de idee dat lidstaten overeenkomstig art. 16 van Rome II zulke “direct toepasselijke wetgeving” kunnen aanduiden. Als dat het geval is, dan ware het toch veel duidelijker en rechtszekerder geweest om Rome II rechtstreeks te amenderen met het oog op CSDD-aansprakelijkheid.

Zoals gezegd bestaat de oplossing van het probleem er niet in Rome II onredelijk te gaan interpreteren, maar moet de beleidsdoelstelling bereikt worden door op een amendering van Rome II door de Europese Unie na te streven. Als men die weg inslaat, moet men er zich wel ten volle van bewust zijn dat men onrechtstreeks aan export van Europese normen doet, naar landen buiten de EU waar Europese vennootschappen actief zijn via vestigingen (eventueel dochtervennootschappen) en leveranciers. Het Europese moederhuis zal er dan immers moeten voor zorgen dat in pakweg Bangladesh of Nigeria, in de lokale productiefaciliteiten aldaar, Europese normen inzake bv. veiligheid en gezondheid op de werkplaats of milieu-impact van industriële activiteit, gerespecteerd worden. Aangezien het daarbij steeds gaat om fundamentele normen, die in sommige gevallen kunnen gezien worden als operationalisering van mensenrechten en in sommige (weze het veel minder talrijke²⁰⁶) gevallen overigens ook bindend zullen zijn voor het niet-Europese land waar de dochter gevestigd is omdat die staat is toetreden tot een internationaal verdrag, of de norm tevens overeenkomt met lokale opvattingen over de algemene zorgvuldigheidsnorm uit het onrechtmatige daadsrecht, is dergelijke aanpak o.i. goed verdedigbaar. Toch mag er op gewezen worden dat dit een opgedrongen vorm van extraterritoriale werking van Europese normen in Azië en Afrika vormt.

²⁰⁵Vgl. G. WAGNER “Haftung für Menschenrechtsverletzungen”, *RabelsZ* 2016 (717), 746-47.

²⁰⁶ Veel minder talrijk omdat er wel heel wat door de VN en andere internationale organisaties uitgevaardigde soft law bestaat, maar veel minder internationale bindende verdragen waarbij landen als Congo, Nigeria, Bangladesh of Vietnam om slechts enkele van de “usual suspects” te noemen, partij zijn.



Een enkeling zal hierin (o.i. ten onrechte) niet zozeer een welkome export van verlichte ideeën zien als eerder een vorm van Europees neokolonialisme.

4. Een zelfstandig afdwingbare plicht tot zorgvuldig gedrag die voorzorgsmaatregelen tegen klimaatopwarming omvat, gesteund op het mensenrecht op (een waardig) leven

In onze drietrapsrakket der ESG-aansprakelijkheid is de meest recente en meest verregaande ontwikkeling, de derde trap, de transformatie van het onrechtmatigedaadsrecht als instrument om rechtbanken, meestal op vordering van ngo's die een algemeenbelangactie²⁰⁷inleiden, toe te laten het gedrag van ondernemingen te reguleren, niet door aan de eisers schadevergoeding toe te kennen, maar door hen een injunctie op te leggen. Teneinde dat te kunnen doen baseert de rechter zich op “de algemene zorgvuldigheidsnorm” die in art. 1382 B.W. vervat ligt, maar die norm die een beoordelingsmaatstaf is wordt daarbij soms, ten onrechte, als een zelfstandige gedragsplicht gezien. Om in concreto te bepalen wat zorgvuldig gedrag voor de verwerende onderneming inhoudt, wordt dan regelmatig een beroep gedaan op mensenrechten, bv. het recht op leven zoals beschermd door de artikelen 2 en 8 van het EVRM. Men smokkelt als het ware die mensenrechten de algemene zorgvuldigheidsnorm binnen om zo de rechter toe te laten een nieuwe gedragsregel uit te vinden (en daarbij belangenafwegingen te maken die hem volgens ons niet toekomen).²⁰⁸ Het voornaamste front in deze oorlog is de “climate change litigation” (waarvan we hier geen algemeen overzicht kunnen geven).

Wij willen deze mogelijke transformatie van het onrechtmatigedaadsrecht analyseren aan de hand van het “Shell Milieudefensie” -vonnis van de rechtbank te Den Haag uit mei 2021. Op het moment van schrijven is hoger beroep tegen dit vonnis hangende, we willen daarom benadrukken dat het goed mogelijk is dat een hogere rechter in Nederland zal oordelen dat de Haagse rechter te ver is gegaan. Het Haagse vonnis is immers inderdaad verregaander dan de meeste rechtspraak die uit klimaatvorderingen geresulteerd is. Maar een reeks gelijkaardige vorderingen zijn wereldwijd hangend, waaronder bv. de vorderingen tegen

²⁰⁷ Zoals in België bv. mogelijk gemaakt door art. 17 lid 2 Ger. W., wat de afdwinging van mensenrechten betreft.

²⁰⁸ Dat mensenrechten en onrechtmatige daad “brothers in arms” zijn werd reeds tien jaar geleden (goedkeurend) vastgesteld door C. VAN DAM, ‘Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms – On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights’, *Journal of European Tort Law* 2011, nr. 3., 221 e.v. Een zeer lezenswaardige tekst over de invloed van het EVRM op het privaatrecht in het algemeen is R. REBHAHN, “Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention”, *Archiv für die civilistische Praxis* 2010, 489-554.



Mercedes en BMW om hen te dwingen tegen 2030 geen auto's met verbrandingsmotor meer te produceren²⁰⁹. Op de website van het Sabin Center dat een overzicht van *climate change litigation* bijhoudt, worden in februari 2022 66 cases van buiten de VS tegen ondernemingen in verband met klimaatdoelstellingen opgelijst, waaronder 16 vorderingen gebaseerd op de bewering dat de verwerende onderneming te veel broeikasgassen uitstoot of minstens haar verplichtingen terzake (bv. onder de Franse wet “sur la devoir de vigilance”²¹⁰) niet nakomt.²¹¹Een interessante case (niet opgenomen in de databank van het Sabin Center) werd aangespannen door een boer uit Peru, die wel degelijk schadevergoeding (en dus geen injunctie) vorderde van de Duitse energieproducent RWE, omdat de boer schade dreigde te leiden door de gevreesde overstroming van het gletsjermeer in de buurt waarvan hij woont. De overstroming van het meer was dreigend door het smelten van een gletsjer en dat smelten werd volgens de eiser mede veroorzaakt door de CO₂-uitstoot van het Duitse energieconcern, dat volgens de eiser verantwoordelijk was voor 0,47 % van de wereldwijde CO₂-uitstoot. Nadat de vordering in eerste aanleg ongegrond was verklaard (geen causaal verband bewezen), besliste het hof van beroep de zaak in behandeling te nemen en een expertise met plaatsbezoek in Peru te organiseren over het causaal verband tussen de RWE-uitstoot en het smelten van de gletsjer²¹². Wij zijn er niet in geslaagd een eindarrest te vinden, de zaak is volgens persberichten nog aanhangig²¹³. Dit soort zaken roept interessante vragen op over de geschiktheid van de bestaande juridische causaliteitstheorieën om schade ten gevolge van klimaatverandering te behandelen.

Overigens, *the empire strikes back*: Er zijn ook “omgekeerde” klimaatprocedures, waarbij bedrijven uit bv. de kolen-en olie-industrie zich baseren op internationale investeringsverdragen om staten voor een internationaal “investment arbitration” tribunaal te dagen, omdat zij vinden dat hun rechten geschonden worden door nationaal klimaatbeleid dat

²⁰⁹ De cases tegen BMW en Mercedes kan men volgen via <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/deutsche-umwelthilfe-duh-v-mercedes-benz-ag/> en <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/deutsche-umwelthilfe-duh-v-bmw/>. Ook tegen VW is een vordering ingeleid, de dagvaarding is beschikbaar in onze archieven.

²¹⁰ Zie de zaak *Envol vert et al. v. Casino* <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/envol-vert-et-al-v-casino/>. Hierbij wordt de Franse supermarktketen Casino aangeklaagd door een coalitie van ngo's die beweren dat Casino zijn verplichtingen onder de genoemde Franse wet geschonden heeft door beroep te doen op rundvleesproducenten uit Mexico en Brazilië die beweerdelijk wouden omhakken en daardoor “carbon sinks” vernietigen, en die de mensenrechten zouden schenden.

²¹¹ <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case-category/corporations/>.

²¹² Oberlandesgericht Hamm, 5. Zivilsenat, Aktenzeichen I-5 U 15/17. Zie bv. “Peruanischer Bauer erringt Teilerfolg gegen RWE”, *Die Zeit*, 13 november 2017.

²¹³ Zie

<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Hamm&Datum=30.11.2017&Aktenzeichen=5%20U%2015%2F17>



bv. dwingt tot stopzetting op korte termijn van de uitbating van op kolen werkende energiecentrales.²¹⁴

a. Shell Milieudéfensie: paradigma of outlier ?

In de zaak *Shell Milieudéfensie*²¹⁵ (ook bekend als de “*Shell klimaatzaak*” teneinde haar te onderscheiden van de “*Shell Nigeria*”-procedures) die elders in dit boek vereerd wordt met een aparte diepergaande bijdrage, is door een Nederlandse rechtbank (in eerste aanleg) aan de topholding van de Shell groep de verplichting opgelegd om zijn invloed in de groep te gebruiken om ervoor te zorgen dat de CO₂-emissies van de groep tegen 2030 45% lager liggen dan in 2019. Wat scope 1 emissies betreft (afkomstig van installaties eigendom of onder beheer van Shell zelf) gaat het om een resultaatsverbintenis, wat scope 3 betreft (emissies door klanten van Shell op basis van producten of diensten van Shell) om een inspanningsverbintenis. Deze verplichte emissiereductie bleek niet uit Nederlandse of andere wetgeving, noch kon zij afgeleid worden uit de implementatie door de Nederlandse overheid van een norm die voor de Nederlandse overheid bindend was. Het was overigens geenszins de Nederlandse overheid die Shell dagvaardde om Shell te dwingen zijn steentje bij te dragen aan de verwezenlijking van de klimaatplannen van de Nederlandse overheid. Het was een ngo -Milieudéfensie- die tegen Shell optrad, en erin slaagde de Haagse rechter een op voorhand niet bestaande emissiereductieverplichting aan de Shell-groep op te leggen.

De Nederlandse rechter steunde hiervoor op het Nederlandse equivalent van art. 1382 BW, nl art. 6:162 (Nederlands) BW. De zorgvuldigheidsnorm uit die bepaling werd geconcretiseerd aan de hand van een 14-tal factoren, waaronder een hele reeks niet-bindende “regels” omtrent klimaat en het (uiteraard wel bindende²¹⁶) recht op leven en (privé)leven zoals gewaarborgd door de artikelen 2 en 8 EVRM. Op basis van haar invulling van het zorgvuldigheidskoncept uit art. 6:162 BW kwam de rechter tot de conclusie dat Shell zich niet had gedragen zoals maatschappelijk betaamt. De procedurele basis voor de vordering was art. 3:305a BW (oud),

²¹⁴ Zie hierover het rapport van het International Institute for Sustainable Development, “Investor-state disputes in the international fossil fuel industry”, December 2021, 48 p. met in annex 2 een lijst van zulke arbitrages, beschikbaar op <https://www.iisd.org/system/files/2022-01/investor%E2%80%93state-disputes-fossil-fuel-industry.pdf> (laatst geconsulteerd 21 februari 2022). Voor een bericht over een recent aangespannen case van vier Europese energiegroepen die zich tegen Nederland, Italië, Slovenië en Polen beroepen op het “Energy Charter Treaty” (zie <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>), zie C. HODGSON, “European energy groups seek € 4 billion damages over fossil fuel projects” *FT* 11 februari 2021.

²¹⁵ Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, beschikbaar op <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5337>.

²¹⁶ Maar de vraag is: in welke mate?



op grond waarvan een stichting of vereniging een rechtsvordering kan instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen. De Haagse rechtbank stelt dat dit een algemeenbelangactie is, waarin algemene belangen (meervoud) worden behartigd, *“die niet individualiseerbaar zijn omdat zij toekomen aan een veel grotere groep van personen, die diffuus en onbepaald is. In een collectieve actie kan worden opgekomen voor het algemeen belang [hier gebruikt de rechtbank het enkelvoud-hdw] van het tegengaan van gevaarlijke klimaatverandering, door vermindering van CO₂-uitstoot.”*²¹⁷ Deze passus geeft blijk van een onprecies minstens onduidelijk door elkaar gebruiken van de woorden “algemene belangen” en “algemeen belang”, waarbij niet duidelijk is of die in de gegeven context hetzelfde betekenen. Dit verschijnsel is zeker niet tot de Haagse rechtbank beperkt, maar treft men ook in heel wat rechtsleer aan. We willen deze kwestie hier niet verder analyseren, maar volgens ons zou een groepering wel *in* het algemeen belang mogen optreden – dat wil zeggen ter verdediging van *een* onderdeel van het politiek gedefinieerde algemeen belang, bv. de regels uit de milieuwetgeving inzake emissienormen voor ondernemingen- indien zij daartoe door wetgeving gemachtigd is, en zeker ook collectieve, gemeenschappelijke maar persoonlijke belangen mogen verdedigen, maar geen vorderingen mogen instellen waarover de rechter alleen uitspraak kan doen door te bepalen wat het algemeen belang inhoudt wanneer de wetgever of een andere bevoegde overheid dit zelf nog niet bepaald heeft. In die zin lijkt het ons niet opportuun over “algemene belangen”(meervoud) te spreken, omdat daar ofwel gemeenschappelijke individuele belangen (eventueel in een collectieve *res nullius* – “commons”- zoals lucht) mee zullen bedoeld worden, ofwel *het* algemeen belang, wat anno 2022 in België gewoon een kortere uitdrukking is voor “Wat goed is voor de rechtsonderhorigen van een politieke gemeenschap die als soevereine staat vormgegeven is”.

Er zijn verschillende elementen aan het vonnis die juridisch boeiend zijn en volgens ons symptomatisch voor ontwikkelingen in het onrechtmatigedaadsrecht waarvan sommige ook in België reeds aan de oppervlakte getreden zijn.

b. De rechter als casuïstische regulator

Vooreerst valt op dat de door de rechter vastgestelde schending van de zorgvuldigheidsplicht uit het onrechtmatige daadsrecht, wordt gesanctioneerd met het opleggen van een zeer specifieke gedragsregel -reductie van de CO₂emissie met een bepaalde hoeveelheid over een

²¹⁷ Rechtsoverweging 4.2.2 van het vonnis.



bepaalde tijdsduur- die bij wijze van injunctie aan de Shell groep wordt opgelegd. Het onrechtmatige daadsrecht wordt dus gebruikt, niet om schadevergoeding toe te kennen, maar om een injunctie op te leggen. Men zou toch minstens naar Belgisch recht een lastig te verdedigen stelling innemen indien men zou beweren dat die injunctie een vorm van herstel in natura was, want ook dergelijk bevel tot herstel in natura vereist dat er (dreigende) schade is vastgesteld, die causaal voortvloeit uit de fout. *In casu* heeft de Haagse Rechtbank wel uitgebreid en overtuigend gewezen op de risico's van klimaatopwarming, op de bijdrage van CO₂-uitstoot daaraan en op het feit dat ook de Shell-groep CO₂-uitstoot veroorzaakt. Maar zij heeft geen concrete schade vastgesteld -dat was haar ook niet gevraagd, nu de eisers inderdaad om een injunctie vroegen- laat staan geanalyseerd of er een causaal verband bestaat tussen enige schade (bv. de opwarming van de aarde) en gedrag van Shell. Men kan argumenteren dat dit ook niet nodig was, precies omdat geen schadevergoeding gevorderd werd maar daarentegen nou net een injunctie. Maar dan blijft het toch een feit dat de grondslag voor de vaststelling dat Shell zich onbetamelijk zou hebben gedragen, de onrechtmatige daadnorm is. Op die manier laat de Haagse rechtbank -en bij uitbreiding het Nederlandse rechtssysteem als we zouden aannemen dat de Haagse rechtbank minstens op dit vlak een correcte toepassing van het Nederlandse recht heeft gemaakt- toe dat eisers van twee walletjes eten: enerzijds hoeven zij niet te bewijzen dat een recht van hen geschonden is want niet alleen hoeft een onrechtmatige daad niet te bestaan uit schending van een recht, maar (minstens naar Belgisch recht) volstaat de schending van een *belang* om van vergoedbare schade te kunnen spreken²¹⁸; tegelijk, omdat geen schadevergoeding maar een injunctie wordt gevorderd, hoeven de eisers toch geen schade te bewijzen en kan ook de rechter om de moeilijke vragen over bestaan en omvang van schade en causaal verband heen schaatsen. Er mag, wat bewijs van fout en schade betreft (twee te onderscheiden maar in realiteit intiem verbonden kwesties, bv. in die zin dat in het onrechtmatige daadsrecht normaal de vraag of er een fout is begaan, niet gesteld wordt als er geen aanwijzingen van schade zijn), toch ook wel op gewezen worden dat de Haagse rechter niet vaststelt dat Shell enige voor Shell verbindende emissienorm geschonden had, noch dat Nederland de voor Nederland bindende emissiereductiestreefdoelen niet zou kunnen halen indien Shell zijn uitstoot niet vlugger reduceerde (laat staan dat de Nederlandse Staat in deze zaak Shell voor de rechter gedaagd heeft teneinde Shell tot de gepaste medewerking bij het bereiken van de Nederland-brede doelstellingen te bewegen).

²¹⁸ Cass. 16 januari 1939, *Pas.* 1939, I, 25.



Terwijl de rechtbank dus niet vaststelt dat Shell enige bindende regel inzake emissies heeft geschonden, oordeelt de rechtbank wel dat de plannen van Shell om tegen 2030 zijn emissies te reduceren, te voorwaardelijk en niet ambitieus genoeg zijn, wat juridisch vertaald wordt in het oordeel dat Shell zich niet gedraagt/zal gedragen zoals maatschappelijk betaamt (onrechtmatigedaad-criterium). Door (opnieuw: in plaats van schadevergoeding toe te kennen) een heel precieze emissiereductieverplichting aan Shell op te leggen, creëert de rechtbank tijdens het proces zelf een zeer precieze gedragsregel die voorafgaand aan het proces helemaal niet bestond. Feitelijk beschouwd gedraagt de rechtbank zich hier als een regulator die zelf normen uitvaardigt en vervolgens afdwingt, met dat belangrijke verschil dat een rechtbank natuurlijk alleen kan optreden ter afdwinging van een regel wanneer een eisende partij dit vraagt -in casu een ngo die in wezen het algemeen belang pretendeert te verdedigen; de uitspraak van de rechtbank heeft natuurlijk ook alleen uitwerking tegenover de verweerder, de rechtbank kan geen algemeen geldende reglementen uitvaardigen. Overigens kunnen regulerende overheden ofwel alleen bestaande regels toepassen, ofwel “uitvoerende” reglementen aannemen die slechts de toepassing van een hogere meer algemene norm zijn. De rechtbank kan op basis van het extreem vage onrechtmatige daad-criterium evenwel zelf een norm uitvinden (en vervolgens toepassen).

c. Soft law als uitdrukking van consensus over wat maatschappelijk betaamt ?

Dit brengt ons bij een tweede punt waarop we de bijzondere aandacht willen trekken. Dat Shell zich niet gedraagt overeenkomstig wat maatschappelijk betamelijk is, leidt de rechtbank niet alleen af uit de op een of ander niveau bindende mensenrechten vervat in de artikelen 2 en 8 van het EVRM, maar ook uit een hele reeks *soft law* documenten, die voor niemand verbindend zijn, en qua inhoud niet bestaan uit precieze regels, maar eerder uit aansporingen om zich, onder meer op vlak van klimaatopwarming, voor bepaalde doelstellingen in te spannen, en die daarnaast voorbeelden van *best practices* bevatten. Sommige van die *soft law*-instrumenten richten zich exclusief tot staten, andere, zoals de *UN Guiding Principles*, zowel tot staten als ondernemingen. Shell had blijkbaar sommige van die niet-bindende instrumenten vrijwillig onderschreven. Daaruit kan men volgens ons hoogstens afleiden dat Shell zich ertoe verbond om zich in te zetten om bij te dragen tot het bereiken van de algemene doelstellingen uit de genoemde documenten. Aangezien die documenten geen gekwantificeerde emissiereductiedoelstellingen voor ondernemingen bevatten, kan men er moeilijk uit afleiden wanneer een onderneming als Shell genoeg had gedaan om zijn bijdrage te proberen leveren. Dit klemmt des te meer nu uit de *soft law* documenten niet kan afgeleid worden *hoe*, via welke



kanalen, Shell de doelstellingen moest nastreven. Maar het punt dat we willen maken staat los van de specifieke casus en is van meer algemeen belang: men maakt volgens ons een fundamentele argumentatiefout wanneer men uit niet-bindende soft law-normen het bestaan van een maatschappelijke consensus afleidt. Het lijkt ons veel overtuigender om, net omgekeerd, uit het niet bindend karakter van de documenten, en in het bijzonder uit het feit dat men er na vrij lange onderhandelingen met dat doel nog niet in geslaagd is de “Ruggie Principles” in een voor staten bindend verdrag te gieten, af te leiden dat er net helemaal *geen* consensus is over de erin vervatte principes en standaarden en dat zij dus niet dienstig zijn om in rechte te bepalen wat maatschappelijk betaamt.

d. Van zorgvuldigheidsnorm naar zorgvuldigheidsplicht

Een uitspraak als *Shell Milieudefensie* is alleen mogelijk wanneer een rechter, op vraag en voorstel van de eisende partij, de algemene zorgvuldigheidsnorm waarnaar art. 1382 B.W. verwijst, tot een zelfstandige, in rechte afdwingbare gedragsplicht maakt. Naar Belgisch recht kan dit niet, een rechter die het voorbeeld van de hHagse rechtbank volgde zou artikel 1382 B.W. schenden en de uitspraak zou daarom door Cassatie verbroken moeten worden. Naar Belgisch recht bestaat geen plicht zich ten allen tijde zorgvuldig te gedragen²¹⁹. Art. 1382 B.W. bepaalt niets meer dan dat wie een fout begaat -zich onzorgvuldig gedraagt- en daardoor schade veroorzaakt, die schade moet vergoeden. Indien er geen schade is (of ernstige dreigende schade) die in causaal verband staat met de fout, bestaat er geen vorderingsrecht (bij gebrek aan slachtoffer overigens). Artikel 1382 BW bevat een (door rechters in te vullen) blanco *standaard* (“fout”) om gedrag te beoordelen, *geen gedragsnorm*, laat staan een als dusdanig (zonder schade en causaal verband) afdwingbare gedragsnorm. In artikel 1382 BW ligt dus helemaal geen plicht vervat om zich zorgvuldig te gedragen. Er ligt wel een subjectief recht op schadevergoeding voor slachtoffers van foutief gedrag in vervat. We willen hier een voorbeeld herhalen dat één van ons ook al elders gegeven heeft:²²⁰Veronderstel even dat er in België geen wettelijke regels bestaan over snelheid in het wegverkeer. Sommige bestuurders scheuren aan 180 km. per uur over autosnelwegen ook wanneer het druk, donker en regenachtig is. Velen zullen zulke bestuurders “asociaal” vinden en zelfs immoreel,

²¹⁹ L. CORNELIS, ‘Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?’, in: M. Storme (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Gent, Mys & Brees 1993, (1), 20; Zie ook L. CORNELIS, *Beginnelen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Vol. I, Antwerpen, Maklu, 1989, 9, nr. 5. M. KRUIHOF, Preadvises, (voetnoot 6), 141-142, vooral. nr. 123; F. AUVRAY, “Bedenkingen omtrent het foutbegrip in het hervormingsproject: discussies waar ik graag bij was geweest” *TPR* 2021/1, (87), 101-108.

²²⁰ H. DE WULF, “ESG en vennootschapsrecht: innig verbonden, maar ook duurzaam?” (voetnoot 2), p. 101; H. DE WULF, “Some thoughts on the regulatory use of tort law in a corporate context; including: why *Shell Milieudefensie* constitutes an abuse of tort law” in *Liber amicorum Xavier Dieux*, Larcier, p. 678, te verschijnen in 2022.



aangezien zij andere weggebruikers in gevaar brengen. Het lijkt vrij duidelijk dat het hier om onzorgvuldig gedrag in de zin van art. 1382 B.W. zou gaan (ongeacht of hierover een maatschappelijke consensus bestaat; wat wij voor België overigens sterk betwijfelen). Maar zolang dergelijke “raser” geen ongevallen veroorzaakt en aldus schade veroorzaakt, zou een Belgische rechter aan de notoire snelheidsduivel geen injunctie kunnen opleggen om nooit, of niet wanneer het regent en druk is, meer dan 140 km/uur te rijden, laat staan een verbod om met de auto te rijden of zich op de snelweg te begeven. Art. 1382 B.W. is geen machtiging aan rechters om activiteiten te reguleren, ook niet op vraag van een eiser die kan aantonen dat zijn belang op het spel staat (bv. een auto-pendelaar die dagelijks hetzelfde traject Kortrijk-Gent aflegt als de snelheidsduivel).

e. De fusie tussen onrechtmatige daad en mensenrechten

Een ander opmerkelijk aspect van de Shell Milieudefensie-zaak is dat de rechtbank – op voorstel van de eiser – een mensenrecht in de algemene zorgvuldigheidsnorm binnen smokkelt. De norm uit art. 6:162 Nederlands BW – hetgeen volgens ongeschreven recht maatschappelijk betamelijk is, dus equivalent van de zorgvuldigheidsnorm waarnaar art. 1382 BW verwijst – wordt mede ingevuld en gestalte gegeven op basis van het recht op leven en respect voor het privé-leven zoals verankerd in de artikelen 2 en 8 van het EVRM. De Nederlandse rechtbank voelde zich ongetwijfeld gesterkt door het *Urgenda*-arrest²²¹ in haar overtuiging dat dit een geoorloofde ingreep was. In *Urgenda* had de Hoge raad onder meer geoordeeld dat burgers tegenover de overheid, op basis van de artikelen 2 en 8 EVRM, een recht op een niet al te opwarmend en dus leefbaar klimaat kunnen laten gelden. Toch vinden wij de aanpak van de Haagse rechtbank niet opportuun, en zou een Belgische rechter niet dezelfde weg mogen opgaan.

Door zich op het bestaan van een recht te beroepen vermengt de rechter de categorieën recht en politiek (en belang en subjectief recht). Subjectieve rechten zijn troeven: wie titularis is van een recht, kan een prestatie, onthouding of meer algemeen een bepaald gedrag van een andere partij eisen, in geval van zakelijke rechten zelfs tegenover de hele wereld en niet slechts, zoals bij persoonlijke rechten, van een bepaalde persoon. Het subjectieve recht moet daarbij niet afgewogen worden tegen (andere) belangen, dat mag zelfs niet, minstens hoeft de

²²¹ Hoge Raad, 20 december 2019, 19/00135, beschikbaar op <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2006>.



titularis zich dat niet te laten welgevallen: de rechtsorde - dat wil zeggen: de politiek- heeft die belangenafweging al gemaakt teneinde tot de formulering en allocatie van het subjectieve recht te komen. De kern van het politieke daarentegen is wat Chantal Mouffe “agonistische beslissingen” nemen heeft genoemd: het doorhakken van knopen wanneer belangen en waarden (meestal verbonden met verschillende belangengroepen) met elkaar botsen in een “*we/they relation where the conflicting parties, although acknowledging that there is no rational solution to their conflict, nevertheless recognize the legitimacy of their opponents*”²²². Rechten en regels worden door politieke gezagsdragers geproduceerd en gealloceerd. Daarbij maakt de politiek, zonder enige nuttige richtlijn aan bv. moraalfilosofie of *welfare economics* te kunnen ontlenen, belangenafwegingen, waarbij bij fiat (macht) beslist wordt hoe de op het spel staande belangen tegen elkaar afgewogen worden. Daarbij zullen er verliezers zijn, nl. belanghebbenden wiens belangen niet vertaald worden in juridische aanspraken, omdat de machthebbers het beter vonden andere belangen te laten overwegen. Met andere woorden, de politieke creatie van rechtsregels en rechten is een bindende invulling van wat het algemeen belang in een concrete situatie vereist, en dit gebeurt niet volgens inhoudelijke regels of leidende principes. In landen die *judicial review* kennen, kan die politieke belangenafweging wel herbekeken worden, in het licht van de grondrechten, door grondwettelijke hoven die dan tevens politieke organen zijn. De gewone rechterlijke macht mag zich niet met deze kwestie inlaten. Net omwille van het feit dat de wetgever binnen de grenzen van de grondwet soeverein is -en dus een politieke beslissing neemt, niet volgens logische of morele regels rechtsregels vormt- overheerst minstens sinds de tweede wereldoorlog in Europa de overtuiging dat dergelijke soort alles bij elkaar wille-keurige besluitvorming slechts legitiem is wanneer de politici democratisch aangeduid worden, zodat zij alle burgers en in die zin alle op het spel staande belangen vertegenwoordigen.²²³

Contrasteer daarmee de aanpak van de Haagse rechtbank. In rechtsoverweging 4.5.3 stelt zij dat het beleid, de beleidsvoornemens en de ambities van Shell niet stroken met de (door de rechtbank gecreëerde) reductieverplichting van Shell en dat daarin “*een dreigende schending van de reductieverplichting*” besloten ligt, zodat het gevorderde bevel moet toegewezen worden. En vervolgens: “*Er is geen ruimte voor een belangenafweging*”. De rechtbank legt niet uit waarom er geen ruimte is voor een belangenafweging, maar het lijkt duidelijk dat zij

²²² C. MOUFFE, *On the Political*, London, Routledge, 2005, 20.

²²³ Voor in elk geval erg interessante en goed gebrachte, en o.i. ook inhoudelijk zeer overtuigende beschouwingen rond dit probleemveld, zie de 2019 BBC Reith Lectures door Jonathan Lord Sumption, “Law and the decline of politics”, beschikbaar op <https://www.bbc.co.uk/programmes/m00057m9>. (Men mag wel zeggen dat Sumption geen voorstander is van “judicial review” en vindt dat het EHRM zich te “activistisch” opstelt bij de interpretatie van het EVRM. In elk geval met het eerste standpunt zijn wij het niet eens. Maar de argumentatie van Sumption in de Reith Lectures is van een supreme helderheid).



redeneert dat wanneer een (juridische)verplichting geschonden is, er geen belangenafweging moet gebeuren. Daarin heeft de rechtbank op zich gelijk. Het problematische aan de aanpak van de rechtbank is, dat zij een precieze reductieverplichting-regel heeft uitgevonden die voorafgaand aan het proces geen deel uitmaakte van het Nederlandse (of internationale) recht en dat zij het creëren (“vinden” of “vaststellen” zouden hier ongepaste woorden zijn, die de feiten geweld aandoen) van die verplichting in belangrijke mate rechtvaardigt met verwijzing naar een mensenrecht op een niet al te zeer opwarmend klimaat, aldus, zoals gezegd, een expliciete belangenafweging schijnbaar vermijdend. Anders gezegd: de rechtbank heeft wél een belangenafweging gemaakt: op een schaal van 0 tot 100 kent zij het belang om tot CO2 emissiereductie te komen een waarde van 100 toe, en andere belangen een gewicht van 0 (onder die andere belangen bevindt zich onder veel meer het belang van Shell, zijn werknemers en investeerders om tijd te krijgen voor de organisatie van de emissiereductie, het belang van de maatschappij om door niet te snel afscheid te nemen van fossiele brandstoffen de bevoorradingszekerheid te blijven garanderen en energie betaalbaar te houden). Alleen, die belangenafweging wordt niet als dusdanig in het vonnis geformuleerd, en door het voor te stellen alsof er een *recht* op een niet-opwarmend klimaat bestaat, stelt de rechtbank het misleidend zo voor alsof zij geen belangenafweging maakt, maar slechts een bestaand recht (van de inwoners van Nederland en het Waddengebied) en daarmee corresponderende verplichting (van Shell) afdwingt (wellicht heeft de rechtbank ook zichzelf op dit punt, te goeder trouw, in een mooi voorbeeld van psychologisch zelfbedrog, om de tuin geleid).

f. Een ongeoorloofd *gouvernement des juges*

Door niet een bestaande verplichting van Shell af te dwingen, maar dergelijke verplichting te construeren en door een belangenafweging te maken maar het zo voor te stellen alsof zij slechts via de algemene zorgvuldigheidsnorm een bestaand recht afdwingt, gaat de rechter o.i. de bevoegdheden van de rechterlijke macht te buiten. Indien dit voorbeeld navolging krijgt, dreigen we in een *gouvernement des juges* terecht te komen. Door de standaard om gedrag te beoordelen die de algemene zorgvuldigheidsnorm is, om te vormen tot een als dusdanig afdwingbare plicht tot zorgvuldig gedrag, en door een private onderneming te veroordelen op basis van de onrechtmatigedaadsnorm terwijl er geen schade nog dreigende schade is vastgesteld -doch slechts de *dreigende* schending van een ten onrechte geconstrueerde gedragsplicht- schendt de rechtbank ook verschillende beginselen van onrechtmatige daadsrecht- althans indien men de beslissing door een Belgische juridische bril bekijkt.



We willen het punt van het *gouvernement des juges* kort verder toelichten. Het probleem met een vonnis als *Shell Milieudéfense* is niet dat de rechter een uitspraak doet met beleidsmatige impact. Het probleem lijkt mij evenmin dat de rechter horizontale werking aan een mensenrecht verleent door het zoals gezegd in de onrechtmatigedaadsnorm binnen te smokkelen om deze vorm te geven. Het probleem is dat de rechter aan beleid doet door precieze reductienormen (en bijhorende timing) aan Shell op te leggen, en aldus een regel maakt die alleen door de wetgevende macht kan gemaakt worden (en vervolgens door het overheidsapparaat kan afgedwongen worden).

Wanneer rechters schadevergoeding toekennen wegens een onrechtmatige daad, heeft dat meer dan eens een beleidsmatige impact, zodat men terecht kan stellen dat het onrechtmatige daadsrecht een middel van *private enforcement* kan zijn en dat het *effect* van sommige rechtspraak, die bv. een ganse industrie dwingt de kost van negatieve externaliteiten te internaliseren, dat van regulering benadert. Wanneer bv. massaschadeclaims tegen de asbestindustrie die industrie naar het bankroet drijven, heeft dat inderdaad hetzelfde effect als overheidsingrijpen dat die industrie verbiedt of sterk aan banden legt. Maar *dat* is geen “beleid van de rechter” indien de rechter gewoon schadevergoeding toekent voor fouten die in causaal verband staan met die schade (of de regels inzake risicoaansprakelijkheid die de wetgever heeft ingevoerd, toepast). In zulke gevallen is er geen constitutioneel probleem.

De vraag in welke mate mensenrechten horizontale werking hebben, is boeiend en het antwoord gecompliceerd. Het is niet zeker of de vraag wel zinvol is, minstens verdenken wij haar ervan een reëel vraagstuk verkeerd te *framen*; maar we hoeven dit probleem hier niet te analyseren om de stelling te mogen verkondigen dat ook ondernemingen zich aan mensenrechten moeten houden: ook een private onderneming mag mensen niet aan slavernij onderwerpen, bijvoorbeeld, wellicht zullen weinigen dit betwisten met argumenten over de beperkte horizontale werking van grondrechten. De echte vraag is wat de *aard* is van mensenrechten algemeen en de *draagwijdte* van specifieke mensenrechten. Zijn mensenrechten subjectieve rechten, begrepen als het recht om een bepaald gedrag (eventueel een nalaten) van een ander rechtssubject te eisen of een *power* over het eigen vermogen? Tenzij men de verwerpelijke naïeve en wereldvreemde, zelfs met manifest met de feiten strijdige opvatting aanhangt dat de tekst van grondrechten zoals geformuleerd in grondwetten, *bills of rights* en internationale verdragen duidelijk de draagwijdte ervan aangeeft,



zonder veel nood aan interpretatie, lijkt het mij juist om te stellen dat tekstueel geformuleerde grondrechten een dubbele aard hebben: hun kernbetekenis correspondeert inderdaad met een subjectief recht; maar daarnaast zijn zij een machtiging aan grondwettelijke hoven en internationale mensenrechtenhoven om nieuwe subjectieve rechten in het leven te roepen. Dit gebeurt ook bij *judicial review* van wetten voor nationale grondwettelijke hoven, en in de procedures die burgers tegen staten aanspannen bij internationale mensenrechtenhoven. Het is bekend dat het Europese Hof voor de rechten van de mens voortdurend nieuwe “deelrechten” uitvindt onder art. 2 en 8 van het EVRM, rechten die zonder enige twijfel nooit gecontempleerd werden door degenen die de tekst van die EVRM-artikelen hebben vastgelegd en die wellicht in vele gevallen ook niet gedekt worden door de oorspronkelijke functie van die verdragsbepalingen. Er bestaat een levendig debat over de geoorloofdheid en opportuniteit hiervan, waar we hier niet op hoeven in te gaan.

Wel willen we het punt maken dat grondwettelijke en mensenrechtenhoven niet behoren tot de gewone rechterlijke macht, en o.i. zonder meer politieke organen zijn. Voor hen is het, volgens ons, legitiem dat zij fundamentele belangenafwegingen maken en aldus binnen het al bij al floue kader van de grondwet de politieke beslissing nemen hoe in een bepaald conflict tussen niet-ondergeschikte waarden zoals vrijheid van godsdienst en vrijheid van meningsuiting, dat conflict moet worden opgelost. Toch legt de scheiding der machten die impliciet maar duidelijk verankerd is in onze constitutionele orde ook aan hen (en natuurlijk nog veel sterker aan de gewone rechterlijke macht) een beperking op: wanneer een grondwettelijk Hof vaststelt dat een wet strijdig is met pakweg de vrijheid van onderwijs, mag het Hof eventueel die wet vernietigen of bevelen dat zij buiten toepassing blijft, maar het komt het Hof niet toe zelf een nieuwe wet te schrijven die wel grondwetsconform is. Zo ook, wanneer een rechtbank vaststelt dat een overheid haar internationale verdragsverplichtingen schendt door geen klimaatactieplan op te stellen, komt het de rechtbank niet toe zelf een klimaatactieplan op te stellen/de inhoud daarvan bindend vast te stellen. Natuurlijk, wanneer een staat internationaalrechtelijk gebonden is door een verdrag dat hem verplicht ervoor te zorgen dat de ingezetenen van zijn territorium tegen 2030 x % minder stikstof produceren, kan de rechter vaststellen dat die precieze, bindende doelstelling niet gehaald wordt. De rechter kan ook tien jaar voor 2030 vast stellen dat de staat zijn inspanningen moet opdrijven, want dat anders de doelstelling onmogelijk kan gehaald worden. Maar geen rechter (ook een grondwettelijk hof niet) is bevoegd de overheid te bevelen *hoe*, via welke concrete maatregelen, zij de verbindende doelstelling moet halen (en hoe de overheid daarbij bv. de belangen van iedereen bij een leefbaar klimaat moet afwegen tegen de belangen van bijna iedereen om met continu van energie bevoorraad te worden en de energiefactuur niet



buitensporig te zien stijgen). Wanneer zelfs een grondwettelijk Hof een overheid niet een bepaald klimaatactieplan (in de zin van concrete maatregelen vervat in zo een plan) kan opleggen, hoeveel minder kan dan een gewone rechter nieuw recht creëren door aan een private onderneming concrete emissiereductienormen op te leggen die niet in regelgeving terug te vinden zijn noch er deductief uit afgeleid kunnen worden. Dit is immers -men verlieze het niet uit het oog- geen situatie van toekenning van schadevergoeding of opleggen van herstel in natura, maar het preventief afdwingen van een door de rechter gecreëerde regel.

Er is hier een verband met de historische aard van mensenrechten. De “eerste generatie” mensenrechten, die men “burgerlijke en politieke rechten” kon noemen of, wellicht geschikter, liberale mensenrechten, waren in wezen negatieve “afweerrechten”, die burgers konden invoeren tegen de overheid om bepaalde vormen van overheidsingrijpen op het leven van de burgers, te verhinderen. De tweede generatie mensenrechten²²⁴, voornamelijk vanaf de Tweede Wereldoorlog ingevoerd, waaronder prominent sociaal-economische rechten, zijn er eerder op gericht de overheid te verplichten actief mee te werken aan de positieve verwezenlijking van de mogelijkheden die burgers hebben om een waardig leven te leiden. Men kan zich afvragen of de beide soorten rechten juridisch niet wezenlijk verschillend van elkaar zijn, met name dat de eerste wellicht, minstens in hun kernbetekenis, met subjectieve rechten van burgers corresponderen, terwijl de tweede misschien eerder slechts een politieke inspanningsverbintenis aan de overheid opleggen. Ook vandaag is het ook onder mensenrechtenspecialisten omstreden in welke mate “actieve mensenrechten” wel degelijk juridische “rechten” zijn²²⁵. Zelfs indien men niet aanvaardt dat mensenrechten actieve “eisrechten” (subjectieve rechten) van burgers (en bedrijven, al is dat bij sommigen controversieel) tegen de overheid zijn, dan nog kan niet betwijfeld worden dat de overheid de “actieve” plicht heeft om via het privaatrecht mensen de mogelijkheid te geven respect voor

²²⁴ Het onderscheid eerste-tweede generatie mensenrechten nemen we over van M. NUSSBAUM, *Mogelijkheden scheppen*, Amsterdam, Ambo, 2012, p. 96 (In dit boek zet Nussbaum haar versie van de *capabilities approach* van mensenrechten en moraal uiteen) en A. SEN, *The idea of Justice* (volgende voetnoot), p. 380-81. Eerste generatie: politieke en burgerlijke rechten; tweede generatie: sociale en maatschappelijke rechten.

²²⁵ Cf. M.-C. DEMBOUR, “What are human rights ? Four Schools of Thought”, *Human Rights Quarterly* 32, 2010, die schrijft (p. 2 en haar voetnoot 3) dat voor één van de door vier door haar geïdentificeerde denkrichtingen “*human rights are entitlements that, at their core, are negative in character and thus, are absolute*” en (haar voetnoot 3) “*The natural school tends to conceive of human rights as entailing negative obligations that can be expressed as an obligation (e.g. on the government) to refrain from doing something (e.g. torturing). Only negative obligations can be absolute, for positive obligations (e.g. to provide education) are never as clear-cut as a simple prohibition to do something.*” Zie ook de niet-jurist A. SEN, die in *The idea of Justice*, London, Allen Lane, 2009, die schrijft: “*One thing they are not are claims that these human rights are already established legal rights, enshrined through legislation or common law.*” (p. 358) en zich dan verder (p. 363) ook aansluit bij wat hij beweert ook de zienswijze van de rechtsfilosofen H. Hart en J. Raz te zijn, nl. dat mensenrechten geen klassieke juridische (subjectieve) rechten zijn, maar (“slechts”) aansporingen tot wetgeving en andere vormen van overheidsactie om hen te verwezenlijken (p. 363, onder verwijzing naar H. HART, “Are there any natural rights ?” *The Philosophical Review*, Vol. 64, 1955, 175-191, en J. RAZ, “Human rights without foundations” in S. BESSON en J. TASIOLAS, *The philosophy of international law*, Oxford, OUP, 2010).



hun mensenrechten af te dwingen, en uiteraard ook (maar dit is weer een negatief aspect) bij zijn wetgeving niet tegen (de verwezenlijking van) mensenrechten in mag gaan. Een klassiek voorbeeld betreft hier precies de plicht van de overheid om het onrechtmatiggedaadsrecht te ontwikkelen en ter beschikking te stellen om schadevergoedingsclaims voor schending van mensenrechten, zoals het eigendomsrecht en respect voor de lichamelijke integriteit, mogelijk te maken²²⁶, dit als het ware in uitvoering van art. 13 EVRM, dat bepaalt dat eenieder wiens fundamentele rechten geschonden worden, een “*daadwerkelijk rechtsmiddel*”²²⁷ voor een *nationale instantie* moet krijgen. Het zou een redeneerfout zijn daaruit te concluderen dat de gewone rechter die bevoegd is om te oordelen over 1382-vorderingen, bijgevolg ook bevoegd is om de draagwijdte van de mensenrechten, begrepen als concretisering van de zorgvuldigheidsnorm, te bepalen. Maar het punt waar het ons hier om gaat is eerder het volgende: terwijl men kan argumenteren (als is het controversieel) dat sommige mensenrechten, bv. het recht op een dak boven het hoofd of op medische zorgen, een actieve inspanningsverbintenis van de overheid met zich meebrengen, zou het veel te ver gaan dat een rechter, zelfs een grondwettelijk hof, ondernemingen (of burgers) beveelt, door een specifieke gedragslijn op te leggen, actief mee te werken aan de realisatie van zulke mensenrechten. Dat is een niet-overschrijdbare rode lijn in de horizontale werking van mensenrechten. Als in een grondwet bepaald zou zijn dat iedere burger recht heeft op betaalbare toegang tot medische basiszorg, komt het zelfs niet toe aan een grondwettelijk hof, dat kan vaststellen dat de overheid niet voldoende doet om dit recht te realiseren, om concrete maatregelen op te leggen die moeten genomen worden om die toegang tot medische basiszorg te bereiken. Zo is het ook met klimaatdoelstellingen. Een rechter kan vaststellen dat de overheid meer maatregelen, inclusief wetgeving moet uitvaardigen om bepaalde voor de staat bindende klimaatdoelstellingen te bereiken. Maar de rechter kan die wetgeving niet zelf uitvaardigen en daarbij de belangenafwegingen maken die politiek moeten gebeuren. Als de Nederlandse overheid aan Shell en andere bedrijven geen specifieke emissiereductie normen oplegt, kan een rechter wel vaststellen dat die overheid in gebreke blijft, maar helemaal niet rechtsreeks aan Shell bepaalde emissiereductie normen opleggen. Dat is

²²⁶ Aldus terecht bv. C. VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford, OUP, 2^{de} editie, 2013, p.26 nr. 202-2. En meer in detail nr. 711-4, p. 222-24. Zie ook nadrukkelijk G. WAGNER, “Haftung für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette”, *ZIP* 2021, 1096: voor het onrechtmatiggedaadsrecht is het “*Kernbereich seiner Aufgabe*” mensenrechten te beschermen. Wagner -één van de meest vooraanstaande specialisten onrechtmatige daad in Duitsland- bekritiseert ook die “*Teilen der privatrechtlichen Literatur (die) die Präventionsfunktion des Deliktsrechts*” in vraag stellen of minimaliseren. Hij vervolgt “*Schadensvergütung in Geld ist jedenfalls nicht genug, wenn es um den Schutz der elementaren Interessen an Leib, Leben und Gesundheit geht; Schadensverhütung ist geboten*” (*ibidem*). Zulke preventieve inzet van het onrechtmatiggedaadsrecht is volgens hem juridisch om grondrechtenredenen verplicht omdat een systeem dat er zich zou toe beperken slecht schadevergoeding achteraf toe te kennen, een stimulans zou zijn tot “*haftungsvermeidendes Verhalten*”, waarmee de auteur kennelijk doelt op “ontduiking” van aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid, en niet wil zeggen dat het schadevergoedingsrecht *ex ante* een prikkel tot zorgvuldigheid en daarom aansprakelijkheidsvermijdend gedrag kan zijn.

²²⁷ Een slechte vertaling van het Engelse “effective remedy”.



nochtans wat de Haagse rechter gedaan heeft in *Shell Milieudefensie*, en los van de andere gebreken die in de redeneringen van het vonnis vervat liggen, is dit de fundamentele zwakte van het vonnis, minstens zijn wij ervan overtuigd dat dit een zwakte zou zijn binnen de Belgische rechtsorde. In de “Belgische klimaatzaak”²²⁸ die tegen de Belgische Staat -en niet tegen een private onderneming-werd aangespannen, heeft de Brusselse rechtbank wel de Belgische staat veroordeeld wegens de ontoereikendheid van zijn klimaatacties. Maar terecht heeft de rechtbank vervolgens geweigerd om aan de Belgische overheid een concreet CO₂-emissiereductieschema op te leggen. Evenzeer terecht heeft de rechtbank zich daarbij beroepen op de *trias politica*, de scheiding der machten.²²⁹

g. De wetgever faciliteert algemeenbelangacties door ngo’s

Rechters kunnen natuurlijk slechts regulerend optreden en bepalen wat in het algemeen belang is wanneer hen daar om gevraagd wordt door eisers in een gerechtelijke procedure. Sinds de jaren 1980, maar met een versnelde evolutie in het voorbije decennium, hebben wetgevers in België en verschillende andere landen (zoals Nederland) niet alleen collectieve acties ietwat gefaciliteerd (dat wil zeggen: *class actions* waar één persoon of, meer gebruikelijk, één representatieve organisatie (rechtspersoon) optreedt ter behartiging van de individuele maar gelijklopende belangen van een grote groep personen, die allen gebonden zullen zijn door de uitkomst van de gerechtelijke procedure) maar vooral, en meer prominent, “algemeenbelang vorderingen” mogelijk gemaakt. In Nederland is te wijzen op de invoering en amendering van art. 3:305a BW, in België was de meest algemene en verregaande ingreep de invoering, in 2018, van het tweede lid van art. 17 Ger. W. Dit laat rechtspersonen toe vorderingen in te leiden om mensenrechten (zoals vervat in de Belgische Grondwet en internationale instrumenten die België binden) af te dwingen via injuncties (zonder de mogelijkheid schadevergoeding te vorderen), voor zover het “*maatschappelijk doel van de rechtspersoon van bijzondere aard is, onderscheiden van het nastreven van het algemeen belang*”. Ons aanvoelen is dat, wil men toelaten dat deze wetsbepaling bruikbaar is, men haar niet al te letterlijk mag lezen. Het afdwingen van respect voor mensenrechten is immers steeds onderdeel van het algemeen belang, het laten bepalen, door een rechter, wat een

²²⁸ Rb. Brussel 17 juni 2021, nr. 2015/4585/A beschikbaar op http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210617_2660_judgment-1.pdf.

²²⁹ Over de moderne betekenis van dit slechts impliciet in de Belgische Grondwet vervatte beginsel, zie bv. A. ALEN en L.J. WINTGENS (eds.) *De trias politica ruimer bekeken*, Gent, Larcier 2000. Voor een zeer lezenswaardige en voor onze problematiek relevante analyse van de relevantie van dit beginsel wanneer algemeenbelangacties worden ingeleid, zie A. WIRTGEN, “Civiele acties tegen de Staat: een verstoorde balans in de trias politica?”, in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadviezen 2020-2021 : De algemeenbelangactie en de civiele rechter - Oplichting*, Den Haag/Antwerpen, Boom Juridisch, 2021, 13-72.



mensenrecht concreet inhoudt raakt al helemaal aan het algemeen belang, aangezien het er dan om gaat te bepalen wat het algemeen belang in concreto vereist, wat meestal zal impliceren dat onverzoenbare belangen tegen elkaar afgewogen zullen moeten worden wat, duidelijker gezegd, impliceert dat de belangen van een bepaalde groep het moeten afleggen tegen andere belangen. Combineer die vaststelling met de intellectueel-juridisch correcte vaststelling van het Hof van cassatie in zijn Eikendael-rechtspraak²³⁰ -die door art. 17 lid 2 Ger. W. terzijde geschoven wordt wanneer het om mensenrechten gaat- dat een rechtspersoon het algemeen belang of een onderdeel van het algemeen belang niet tot een eigen belang kan maken door het in zijn statuten als na te streven doel op te nemen, en het wordt moeilijk zich een privé-organisatie in te beelden die via rechtbanken opkomt voor mensenrechten en toch niet een rechterlijke definiëring van het algemeen belang nastreeft. Wat daar ook van zij, bepalingen als art. 17 lid 2. Ger. W. laten toe dat de belangen van slachtoffers van mensenrechtenschendingen door ondernemingen, hun belangen laten verdedigen door een reeds bestaande ngo die zich op zulke zaken toelegt.

Dezelfde soort ngo's worden in de Franse, Duitse en ontwerp Europese CSDD-wetgeving expliciet als "gedwongen gesprekspartners" voor ondernemingen erkend. De Franse wet gaat hierin evenwel een stuk verder dan de Europese Ontwerp-richtlijn. Die laatste bevat bv. geen bepaling die erop neer zou komen dat ngo's die actief zijn op gebied van mensenrechten of milieu, vermoed worden een belang te hebben om gerechtelijke procedures te voeren ter afdwinging van een adequaat due diligence-beleid of ter vertegenwoordiging van de belangen van de slachtoffers van schendingen van mensenrechten of het milieurecht. Dit wordt blijkbaar aan Europees en nationaal procesrecht overgelaten. Maar artikel 6, lid 4 ontwerp CSDD richtlijn voorziet in de verplichting voor vennootschappen om ,“where relevant”, bij het identificeren en in kaart brengen van de mogelijke “adverse impacts” die de moedervenootschap en haar waardeketen kunnen veroorzaken, werknemers en andere belanghebbenden te consulteren. Dat is op zich nog het gezond verstand zelf, aangezien hier primair de direct geaffecteerden bedoeld zijn. Artikel 9, lid 2 van de Ontwerp-richtlijn vermeldt wel uitdrukkelijk niet alleen stakeholders, maar ook “civil society organisations”: zij moeten in elk geval de mogelijkheid krijgen om klachten (“complaints”) bij de vennootschap in te dienen. Artikel 26 van de ontwerp-Richtlijn bepaalt dat bij het ontwikkelen van het due diligence-beleid, de bestuurders die daarvoor verantwoordelijk zijn, gepaste aandacht (“due consideration”) moeten hebben voor de input van stakeholders en “civil society organisations”. Wij zouden de Belgische wetgever aanraden om bij de implementatie van de richtlijn in het Belgische recht,

²³⁰ Cass. 19 november 1982, *Arr. Cass.* 1982, 372, *Pas.* 1982, 338 concl. Adv.-gen. Krings.



dicht bij de Europese aanpak te blijven, en niet het voorbeeld van Frankrijk te volgen dat in zijn wetgeving een verdergaande vorderingsbevoegdheid en ondernemingsstrategische rol voor ngo's voorzien heeft.

Conclusie

Ondernemingen en het ondernemingsrecht maken deel uit van een maatschappij en het is zonneklaar dat in die maatschappij duurzaamheid veel meer aandacht krijgt dan 20 jaar geleden. “*Corporate social responsibility*”- een uitdrukking die tegenwoordig grotendeels verdrongen is door “ESG”- was een thema waar academische juristen (en economen en managementspecialisten) zich vanaf de jaren '90 mee bezighielden, net zoals activisten en ngo's. Ook de klimaatproblematiek kreeg in dat decennium voor het eerst ernstige aandacht. Maar ook al werd *corporate governance* in dat decennium een begrip waarmee ondernemingsleidingen vertrouwd raakten, via de eerste generatie *corporate governance* codes, toch was het ook het decennium waarin een geloof in *shareholder value* als leidster voor ondernemingen dominant werd, en zou blijven tot de financiële crisis van 2007-2008. Het is pas de voorbije vijf jaar, en vooral sinds 2018-19, dat men een grondige verandering van het maatschappelijke, academische en ondernemingsklimaat waarneemt, vooral in West-Europa (ook elders, met name op de Amerikaanse kapitaalmarkten, maar toch duidelijk minder).²³¹ Ondernemingen en de juristen die hen adviseren moeten met de nieuwe realiteit omgaan. Er is een brede waaier aan activistische interventies tot ontplooiing gekomen, zowel vanwege (soms kleine) institutionele investeerders als van ngo's, die ondernemingen onder druk zetten om in alle aspecten van hun beleid meer aandacht te hebben voor duurzaamheid. Het is zeer waarschijnlijk dat de komende jaren in de Atlantische ruimte de druk op *executives* om in hun verloning rekening te houden met ESG-factoren, alleen maar zal toenemen. Het lijkt ons eveneens waarschijnlijk dat de *corporate sustainability due diligence* Richtlijn op het niveau van de EU zal worden aangenomen, aangezien Frankrijk en Duitsland al eerder gelijkaardige wetgeving hadden aangenomen. De verplichting die dergelijke wetgeving oplegt aan het bestuur van een moedervenootschap om wereldwijd de ESG-risico's in kaart te brengen die zich bij dochtervenootschappen maar ook in de rest van de leveranciersketen voordoen, en de sancties die daaraan verbonden kunnen worden, betekenen althans voor de grootste vennootschappen min of meer het einde van het “*Trennungsprinzip*” inzake onrechtmatige daad, met name dat een rechtspersoon alleen aansprakelijk is voor de door

²³¹ Als men een symbolisch maar wel degelijk impactvol moment zoekt, lijkt de eerste klimaat-schoolstaking onder leiding van Greta Thunberg ons een geschikte kandidaat. Die vond plaats in augustus 2018, op het einde van Zwedens heetste zomer ooit gemeten, zie <https://www.theguardian.com/science/2018/sep/01/swedish-15-year-old-cutting-class-to-fight-the-climate-crisis>.

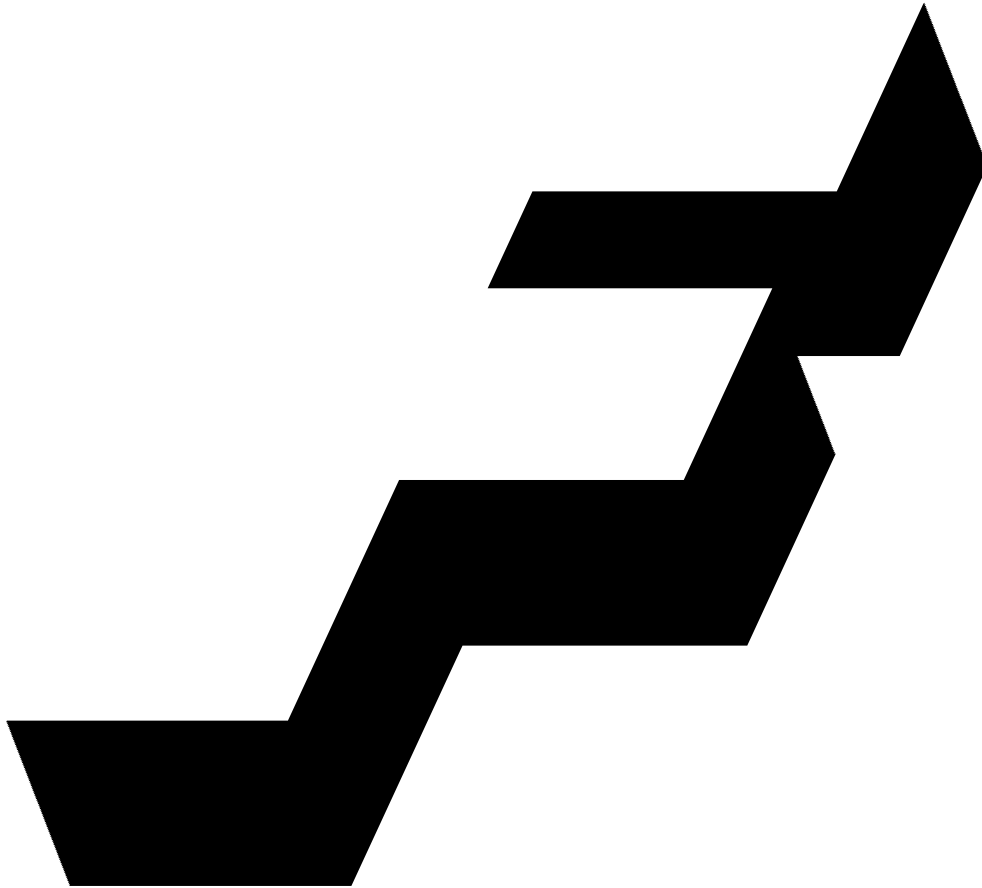


hem veroorzaakte onrechtmatige daden. Dit gaat verder dan de Britse rechtspraak die, terecht, moedervernootschappen potentieel aansprakelijk heeft geoordeeld op basis van onrechtmatige daad, wanneer zij *zelf* via de activa en personeelsleden van een buitenlandse dochter aldaar een onrechtmatige daad begingen. De Europese *due diligence*-wetgeving is ook betekenisvol omdat zij volgens ons een culturele overwinning van ngo-activisten op ondernemingen en hun traditionele juristen symboliseert. Door voor te schrijven dat ondernemingen bij het ontwikkelen en implementatie van hun CSDD-beleid in quasi-voortdurende dialoog met belanghebbenden -in de praktijk: ngo's- moeten staan, krijgen die ESG-activisten natuurlijk een belangrijke hefboom in handen. Waar velen in de jaren 1985-2008 nog volhielden dat aandeelhouders de belangrijkste stakeholders in vennootschappen waren, worden grote ondernemingen nu stilaan gedwongen niet alleen werknemers en schuldeisers ernstig te nemen -hun belangen zijn al vele decennia lang sterk verdedigd door het juridische systeem, weze het in shareholder value-hoogdagen wellicht minder dan voorheen- maar moeten zij nu ook voor het eerst, zo is ons aanvoelen, ernstig rekening houden met “de maatschappij” als stakeholder, althans voor zover de ondernemingsactiviteit “*adverse impacts*” op die maatschappij heeft. Die uitdrukking -“*adverse impacts*”- lijkt ons veelbetekenend. Het ontwerp van CSDD-richtlijn is wetstechnisch van een hogere kwaliteit dan het legistiek dramatisch slecht geformuleerde ontwerp van zulke richtlijn dat het Europese parlement bij zijn resolutie van 10 maart 2021 had gevoegd. Maar ook het Commissie-ontwerp hanteert een taal die, zo is onze indruk, eerder die van de mensenrechtenactivist dan van de ondernemingsjurist of advocaat op de *corporate* afdeling van een groot kantoor is. Dit is een betekenisvolle stijlbreuk, die iets zegt over de politieke krachtsverhoudingen en maatschappelijk-culturele evoluties.

Zeer algemeen achten wij de hierboven geschetste ontwikkelingen qua oriëntatie wenselijk. Dat is anders met de *climate litigation* tegen private ondernemingen. Hier dreigen sommige rechters zichzelf tot reguleerder van bedrijfstakken te maken. Dit is niet wenselijk omdat rechters hiervoor niet uitgerust zijn, een “adversarial” gerechtelijke procedure geen geschikte procedure is om bezonnen regulering te formuleren, en deze “regulering” bovendien zeer ongelijk en stuksgewijs wordt toegepast, namelijk alleen op die ondernemingen die voor de rechtbank gesleept worden. Belangrijker nog is dat rechtspraak zoals in *Shell Milieudefensie* vrij duidelijk strijdig zou zijn met de Belgische constitutionele orde (scheiding der machten), en een misbruik van het onrechtmatigedaadsrecht zou vormen. Velen vinden dat politici te weinig doen om ESG-thema's, en vooral klimaatopwarming, aan te pakken. Wij begrijpen niet waarom dat een rechtvaardigingsgrond zou zijn om rechters toe te laten dan maar zelf regulering uit te vaardigen en aldus fundamentele belangenafwegingen te maken die in een systeem van



“*balance of powers*” of scheiding der machten alleen aan de wetgever toekomen. Een rechter kan rechtmatig vaststellen dat een staat zijn internationale of grondwettelijke verplichtingen niet nakomt door geen of te weinig efficiënte wetgeving en reglementering uit te vaardigen om ondernemingen te dwingen bijvoorbeeld hun uitstoot van broeikasgassen te verminderen. Maar net zo min als een rechter, vanzelfsprekend, dergelijke internationale verplichtingen zelf kan creëren, mag hij zelf de regels maken die aan ondernemingen worden opgelegd, onder het mom slechts het algemene zorgvuldigheidscriterium, zoals geïnterpreteerd in het licht van mensenrechtenbepalingen, toe te passen, overigens niet om schadevergoeding of herstel in natura toe te kennen maar om een injunctie op te leggen. Wel moet worden vastgesteld dat diezelfde politici aan wie wordt verweten veel te weinig daadkrachtig rond duurzaamheid (en vele andere thema’s) te besturen, de voorbije twintig jaar de afdwinging van de wel reëel bestaande regels steeds meer hebben uitbesteed aan de “*civil society*”, door de mogelijkheden voor ngo’s om algemeenbelangacties in te leiden voortdurend uit te breiden. Maar de afdwinging van door politici gemaakte regels, mag niet degenereren in de rechterlijke creatie en allocatie van subjectieve rechten en regels. We hopen daarom dat het vonnis in eerste aanleg in de zaak Shell Milieudefensie in België of elders geen navolging krijgt, en dat uiteindelijk de Nederlandse Hoge Raad het vonnis hervormt. Inmiddels zijn gelijkaardige procedures wel al opgestart, bijvoorbeeld tegen de Duitse auto-industrie, om die te dwingen tegen 2030 geen auto’s meer te bouwen die op fossiele brandstof rijden. Als een rechterlijke uitspraak die zulke vordering, bij gebrek aan wetgeving, zou toekennen geen onwenselijk *gouvernement des juges* zou zijn, wat dan wel?



The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit in the Faculty of Law and Criminology of Ghent University, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.

The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research output of the Financial Law Institute's researchers to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. The working papers are provisional.