

1 INLEIDING

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

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

1 Vrij naar Lucebert.

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

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

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

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

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

Ik verwacht (met vele anderen) dat het aantal zaken tegen grote ondernemingen over duurzaamheid gaat toenemen. Dat heeft twee redenen. Ten eerste vinden milieugroeperingen en mensenrechtenorganisaties (hierna: NGO's⁷) dat overheden bestaande wetten te weinig handhaven en te langzaam zijn met het aannemen van nieuwe wetten. NGO's richten hun hoop daarom op de rechter.⁸ Ten tweede komt er een uitzonderlijk grote hoeveelheid wetgeving op bedrijven af op dit gebied – de politiek zit niet helemaal stil. Die wetgeving kan deels worden gehandhaafd door overheden. Maar het is nadrukkelijk ook de bedoeling dat er 'privaat gehandhaafd' wordt, oftewel: de hoop bij de wetgever is dat ondernemingen zich aan de nieuwe wetten zullen gaan houden doordat burgers en NGO's die bedrijven aansprakelijk gaan stellen bij de burgerlijke rechter. Niet alleen om een ge- of verbod af te dwingen, maar ook door schadevergoeding te vorderen.⁹ Ik denk dat zulke procedures zinvol en effectief kunnen zijn om slachtoffers te compenseren voor concrete schade die zij hebben geleden. Maar de hoop van velen, ook juristen,¹⁰ is dat zulke procedures – en de angst voor zulke procedures – structurele gedragsverandering teweeg zullen brengen, zowel bij de onderneming die wordt aangesproken als bij andere ondernemingen. Een uitstraaleffect – dat is nodig voor een duurzamere wereld. Er is nu eenmaal geen geld of capaciteit om het hele bedrijfsleven voor de rechter te dagen. Over dat uitstraaleffect ben ik sceptisch.

Om de redenen voor mijn scepsis inzichtelijk te maken, moet ik wat voorwerk verrichten. Ik zal eerst de belangrijkste duurzaamheidswetgeving toelichten die eraan komt (hoofdstuk 2). Dat is een deel van de 'kleine revolutie'. Ook zal ik (in hoofdstuk 3) ingaan op de positie waarin beleidsmakers van ondernemingen zich bevinden: in welk krachtenveld opereren zij? In hoofdstuk 4 beschouw ik hoe de wettelijke opdracht aan

7 Niet-gouvernementele organisaties.

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

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

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

vennootschapsbestuurders zich verhoudt tot de (duurzaamheids)verplichtingen van die vennootschap zelf. In hoofdstuk 5 licht ik kort het verschil tussen publieke en private handhaving toe.

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

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