

Bancaire klimaataansprakelijkheid onder invloed van duurzaamheidswetgeving

*Mr. P. Heemskerk en mr. R.H.J. Cox**

1 Inleiding

Sinds 2015 is klimaataansprakelijkheid niet langer een louter hypothetische aansprakelijkheidsvorm: op 24 juni van dat jaar oordeelde de rechtbank Den Haag dat de Staat een onrechtmatige daad beging door het hanteren van een klimaatplan met een onvoldoende ambitieuze emissiereductiedoelstelling.¹ Hof en Hoge Raad stelden het ontbreken van een goed staatselijk klimaatplan zelfs gelijk aan een (dreigende) schending van het recht op leven en een ongestoord gezinsleven.² Buitenlandse rechtscollages deden hetzelfde.³

Inmiddels zijn we pakweg acht jaar verder. In die periode heeft de juridische betekenis van klimaatverandering ook voor private partijen een grote ontwikkeling doorgemaakt. Civielrechtelijke klimaataansprakelijkheid voor een ontoereikend klimaatplan⁴ is inmiddels ook voor bedrijven een realiteit, zo blijkt uit de uitspraak van de rechtbank Den Haag in de zaak van Milieudefensie e.a. tegen Shell.⁵ Ook is er een stroom van wetgeving ontstaan die bedrijven moet aansporen (en op termijn zelfs dwingen) tot een meer duurzame bedrijfsvoering, inclusief het hanteren van een adequaat klimaatplan.

Binnen deze ontwikkelingen in het klimaatrecht nemen banken een bijzondere plaats in, in lijn met de bijzondere rol die zij vervullen in het maatschappelijke verkeer. Dit heeft zich vertaald in sectorspecifieke vrijwillige klimaatinitiatieven, zoals

de Net-Zero Banking Alliance (NZBA),⁶ maar ook in verdere regulering; sinds 2018 introduceert de Europese Unie in het kader van de Europese Green Deal veelomvattende duurzaamheidswetgeving,⁷ naadloos volgend op de regulering die ontsproot aan de financiële crisis van 2008. Ook bancaire toezichthouders geven de klimaatproblematiek topprioriteit.⁸ Toch hebben banken voorsnog geen klimaatplannen gemaakt die algemeen als toereikend worden beschouwd.⁹ De mogelijkheid dat banken in juridische procedures op hun klimaatplannen zullen worden aangesproken, krijgt steeds meer aandacht.¹⁰ De eerste klimaatzaak tegen een bank is inmiddels een feit.¹¹

6 De NZBA is een mondiaal platform in de bancaire sector onder coördinatie van de Verenigde Naties, als onderdeel van het initiatief 'Race to Zero'. Zie www.unepfi.org/net-zero-banking. Zie verder noot 28 en 38.

7 Het startschot hiervoor was het 'Action Plan: Financing Sustainable Growth'. Zie Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan: Financing Sustainable Growth, COM/2018/097 final. In par. 3.2 stippen we de belangrijkste bronnen van deze wetgeving aan.

8 Zie bijv. www.bankingsupervision.europa.eu/press/pr/date/2022/html/ssm.pr221102-2f7070c567.en.html.

9 Voor de Minister van Financiën is dit recent reden geweest tot het aankondigen van onderzoek naar verdere regulering. Zie Kamerbrief van de Minister van Financiën betreffende 'Voortgang klimaatcommitment financiële sector', 13 maart 2023, kenmerk 2023-0000069111 (zie ook noot 71). Zie voor de reactie van de financiële sector daarop www.nvb.nl/nieuws/financiële-sector-samen-met-overheid-en-bedrijven-verduurzaming-versnellen. Zie daarnaast www.milieudefensie.nl/actueel/onderzoek-naar-de-klimaatplannen-van-29-grote-vervuilers, www.banktrack.org/page/banks_and_climate (inclusief de bronnen waarnaar wordt doorverwezen) en de in noot 37 genoemde bronnen.

10 Zie bijv. M. Jongsma, Meerdere banken in vizier ngo's, Het Financieel Dagblad 23 februari 2023, F. Elderson, The European Climate Law and the European Central Bank, keynote speech tijdens het lustrumsymposium van de Vereniging voor Financieel Recht op 1 december 2022, en het daarin genoemde rapport 'Climate-Related Litigation: Raising Awareness about a Growing Source of Risk', Parijs: Network for Greening the Financial System 2021, R. de Jong, De dreigende werking van klimaataansprakelijkheid van financiële instellingen, NTBR 2022/4 en J. Solana, Climate Litigation in Financial Markets: A Typology, *Transnational Environmental Law* (9), 2020, afl. 1, p. 103 e.v.

11 M. Rosemain e.a., Activists Sue BNP over Energy Loans, TotalEnergies over Human Rights, Reuters 3 februari 2023.

* Mr. P. Heemskerk is advocaat bij Paulussen Advocaten in Maastricht. Mr. R.H.J. Cox is advocaat bij Paulussen Advocaten in Maastricht.

1 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145. Ons kantoor trad in deze procedure op voor Stichting Urgenda.

2 Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 en HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

3 Bijv. in Frankrijk (Tribunal administratif de Paris 3 februari 2021, 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1), Duitsland (Bundesverfassungsgericht 29 april 2021, ECLI:DE:BVerfG:2021:rs20210324.1bvr265618) en België (Tribunal de première instance francophone de Bruxelles 17 juni 2015, 4585/A). Ons kantoor treedt in de laatstgenoemde procedure op voor de eisers.

4 Zie voor een beschrijving van het fenomeen 'klimaatplan' par. 2.2.

5 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337. Wij verwijzen verder naar deze uitspraak als de 'Shell-uitspraak'. Ons kantoor treedt in deze procedure op voor de eisers.

Zowel in juridische literatuur als bij banken en hun adviseurs krijgt duurzaamheidswetgeving veel aandacht (dat wil zeggen: de voornoemde *toezichtrechtelijke* wetgeving). Dit is natuurlijk terecht, al was het maar omdat voor een sterk gereguleerd bedrijf als een bank naleving van wetgeving begrijpelijkerwijs hoofdzakelijk is. Het leidt daarnaast tot een groeiend besef van de maatschappelijke noodzaak van duurzaam bankieren en ondernemen en helpt bij het wegnemen van complexiteiten die een belemmering kunnen vormen voor het implementeren van een toereikend klimaatplan. Wij zien echter ook het risico dat binnen banken vooral de naleving van duurzaamheidswetgeving centraal komt te staan, in plaats van de andere opgave die voorligt: het beperken van gevaarlijke klimaatverandering door middel van het vaststellen en effectief implementeren van een klimaatplan dat daadwerkelijke en voldoende ambitieuze emissiereducties garandeert. Toch is vooral dit laatste van belang voor het beheersen van civielrechtelijke klimaataansprakelijkheid en het tegengaan van de (dreigende) mensenrechtenschendingen die aan die aansprakelijkheid mede ten grondslag liggen.

Dit roept de zeer actuele vraag op of banken niet meer van hun tijd, budget en talent zouden moeten aanwenden voor het vaststellen en implementeren van een voldoende ambitieus klimaatplan. Of anders gesteld: hoe moeten de belangen van duurzaamheidswetgeving en klimaataansprakelijkheid tegen elkaar worden gewogen? Die vraag kent naast een morele en bedrijfskundige ook een juridische invalshoek. Mede ter bevordering van een geïnformeerde afweging proberen wij in dit artikel de bancaire klimaataansprakelijkheid in het juiste perspectief te plaatsen. Daartoe schetsen wij allereerst onze visie op de civielrechtelijke contouren van bancaire klimaataansprakelijkheid (par. 2). Vervolgens behandelen wij de betekenis van duurzaamheidswetgeving voor deze bancaire klimaataansprakelijkheid (par. 3). Wij ronden daarna af met enkele slotbeschouwingen (par. 4).

2 Bancaire klimaataansprakelijkheid

2.1 De relevantie van een civielrechtelijke algemene zorgvuldigheidsnorm

Zonder inzicht in het nut en de noodzaak van bancaire klimaataansprakelijkheid lijkt een bespreking van de civielrechtelijke contouren daarvan wellicht niet zo relevant. Dit vraagt om een spoiler van één van onze conclusies in paragraaf 3: noch bestaande, noch voorziene duurzaamheidswetgeving garandeert dat bedrijven, banken daaronder begrepen, de emissiereducties bewerkstelligen die noodzakelijk zijn voor het behalen van de doelen van het Parijsakkoord uit 2015.¹² De Europese Unie en haar lidstaten bieden aldus geen bescherming tegen het aandeel van banken in de door klimaatverandering veroorzaakte (dreigende) schending van het recht op leven en het recht op een ongestoord gezinsleven. Ondertussen bevinden de jaarlijkse mondiale CO₂-emissies zich momenteel op

recordhoogte, ondanks een recordgroei van emissiearme energie.¹³ Terwijl voor het behoud van het (haalbare!) 1,5 °C-scenario de mondiale CO₂-emissies al in 2030 met ten minste 45% moeten zijn gedaald (ten opzichte van het niveau in 2010) en vervolgens met (netto) 100% moeten zijn gedaald in 2050 (of: netto nul emissies in 2050).¹⁴ Deze wetenschappelijke vaststelling is in 2021 nota bene door alle bij het Parijsakkoord aangesloten landen erkend en onderschreven in het Glasgow Climate Pact.¹⁵

Dat de duurzaamheidswetgeving tekortschiet, is een jammerlijke constatering, maar geen verrassing. Daarvoor zijn meerdere redenen. Allereerst past het in het bredere verschijnsel dat (ook niet-bancaire) duurzaamheidswetgeving maar beperkt effectief is in het beschermen van de belangen van mensenrechten en het milieu. Dit verschijnsel is aanleiding geweest voor de totstandkoming van de United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), het United Nations Global Compact (UN Global Compact) en de OECD Guidelines for Multinational Enterprises (OECD Guidelines). Het is dé reden waarom van bedrijven een eigen verantwoordelijkheid wordt gevraagd bij het beschermen van mensenrechten en het oplossen van belangrijke milieuproblemen zoals klimaatverandering. Bij de vormgeving en totstandkoming van deze drie internationale raamwerken voor bedrijven is breed onderkend dat de globalisering van markten (en de steeds groter wordende multinationale bedrijven als gevolg daarvan) een grote negatieve impact heeft op de kwetsbare belangen van de mensenrechten en het milieu. Binnen het systeem van internationaal marktdenken (waarin bijvoorbeeld schaalvergroting, aandeelhouderswaarde en kortetermijnwinstmaximalisatie veelal belangrijke prestatie-indicatoren zijn) is vaak weinig oog voor het beschermen van mensenrechten en milieu. Het gevolg is dat overheidsregulering op die onderwerpen als een belemmering voor succes wordt gezien. Dat leidt tot lobbyactiviteiten van bedrijven en bedrijfsverenigingen om strengere re-

¹² De formele Nederlandstalige benaming is 'Overeenkomst van Parijs'.

- ¹³ P. Friedlingstein e.a., Global Carbon Budget 2022, Earth System Science Data 2022/11; Global Energy Review: CO₂ Emissions in 2021. Global Emissions Rebound Sharply to Highest Ever Level, Parijs: International Energy Agency 2022.
- ¹⁴ Zie over de haalbaarheid van de vereiste emissiereducties (en de daarvoor vereiste maatregelen) volgens Working Group III (Mitigation of Climate Change) van het IPCC www.ipcc.ch/2022/04/04/ipcc-ar6-wgiii-pressrelease. Zie voor een meer gedetailleerd (maar niettemin goed leesbaar) overzicht van de mogelijkheden IPCC, 2022: Summary for Policymakers, in: P.R. Shukla e.a. (red.), Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge/New York: Cambridge University Press 2022, p. 17 e.v. Het op 20 maart 2023 aangenomen 'Synthesis Report of the IPCC Sixth Assessment Report' (AR6 SYR) van het IPCC plaatst dit in een breder kader, waarin ook de bevindingen van Working Group I (Physical Science Basis) en Working Group II (Climate Change Impacts, Adaptation and Vulnerability) worden betrokken. Zie voor de op 20 maart 2023 goedgekeurde (en eveneens goed leesbare) 'Summary for Policy Makers' van AR6 SYR www.ipcc.ch/report/ar6/syr.
- ¹⁵ Zie Glasgow Climate Pact, Decision 1/CMA.3 van 13 november 2021, par. 1-3 (over de wetenschap en de daaruit voortvloeiende urgentie en ernst van het klimaatprobleem) en par. 22 (over de noodzakelijke reductie van 45% per 2030 tot netto nul in 2050).

gelgeving op het gebied van mensenrechten en milieu tegen te gaan.¹⁶ De United Nations Human Rights Council (UN HRC) constateerde in 2008 dat schendingen van mensenrechten en milieu door bedrijven toenemen, maar nationale overheden en publieke instellingen door de internationalisering van het bedrijfsleven onvoldoende grip hebben op (met name) internationaal opererende bedrijven.¹⁷ De UN HRC stelde vast dat er door dit fenomeen een machtsvacuüm was ontstaan ('governance gap'), waarin en waardoor internationaal opererende bedrijven steeds makkelijker konden opereren zonder (afdwingbare) begrenzings op het gebied van mensenrechten en milieu. De UNGP, het UN Global Compact en de OECD Guidelines dringen daarom aan op zelfregulatie door (multinationale) bedrijven om dit machtsvacuüm zo veel mogelijk te dichten en bedrijven actief te betrekken bij het oplossen van toenemende inbreuken op de mensenrechten en het milieu.

Een tweede reden waarom de beperkte effectiviteit van duurzaamheidswetgeving voor banken niet verrast, is dat, zelfs zonder governance gap, het creëren van 'rule-based' wetgeving voor klimaatplannen lastig is. Daarmee bedoelen wij: wetgeving die *in detail* aangeeft welke *concrete* maatregelen van een individueel bedrijf worden verwacht. Uiteindelijk kan dit immers niet los worden gezien van de specifieke kenmerken van het individuele bedrijf (een multinational met omvangrijke fossiele activiteiten zal waarschijnlijk ingrijpender moeten transformeren dan een kleiner bedrijf in een emissiearme industrie). Daar komt nog bij dat de wetenschappelijke en maatschappelijke ontwikkelingen dermate snel gaan, dat de daaraan te ontleen kaders onvoldoende snel naar wetgeving kunnen worden vertaald. In ieder geval onvoldoende snel om recht te doen aan de omvang en urgentie van de voor een 1,5 °C-scenario noodzakelijke emissiereducties.

Nu duurzaamheidswetgeving vooralsnog geen sluitende bescherming biedt tegen mensenrechtenschendingen als gevolg van gevaarlijke klimaatverandering, rijst de vraag hoe de eerbiediging van die mensenrechten dan toch voldoende kan worden geborgd. Daarmee is de noodzaak gegeven van een algemene juridische grondslag die belanghebbenden in staat stelt zélf voor hun mensenrechten op te komen tegen een specifiek bedrijf (of specifieke groep van bedrijven) dat deze onvoldoende eerbiedigt.

2.2 Een contextgebonden algemene zorgvuldigheidsnorm

Onrechtmatige daad

Een dergelijke grondslag kan worden gevonden in art. 6:162 lid 2 BW, waaruit volgt dat een doen of nalaten in strijd met de

maatschappelijke zorgvuldigheid een onrechtmatige daad is. De bepaling omvat dus een 'principle-based' verplichting tot maatschappelijk zorgvuldig gedrag. Hierdoor heeft iedereen in de samenleving een maatschappelijke zorgplicht jegens anderen. Deze zorgplicht moet binnen de specifieke omstandigheden van een concrete situatie nader worden ingevuld. Bij het creëren van gevaar voor anderen krijgt die zorgplicht vorm door de zogeheten gevaarzettingen.¹⁸ Uit deze leer volgt dat art. 6:162 lid 2 BW bepaalde zorgverplichtingen kan scheppen tot bescherming van de (door klimaatverandering bedreigde) mensenrechten op leven en op een ongestoord gezinsleven.¹⁹

Volgens ons komen deze verplichtingen er, vereenvoudigd gesteld, op neer dat eenieder met een rechtens niet te negeren aandeel in de veroorzaking van de klimaatproblematiek verantwoordelijkheid moet nemen voor diens *fair share* in de beperking van mensenrechtenschendingen als gevolg van de gevaarlijke gevolgen van klimaatverandering.²⁰ Wie deze zorgplicht veronachtzaamt, begaat een onrechtmatige daad, die leidt tot wat wij korthedshalve klimaataansprakelijkheid noemen. Dit geldt ook voor (multinationale) bedrijven, die onder de UNGP, het UN Global Compact en de OECD Guidelines een uitdrukkelijke verantwoordelijkheid hebben voor de bescherming van (de door klimaatverandering bedreigde) mensenrechten. Niet in de laatste plaats omdat alle bij de United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) aangesloten staten al vanaf 2014 aangeven dat zij de klimaatopgave niet alleen aankunnen en dat daarvoor

18 Zie voor een algemeen overzicht van het leerstuk Janssen, in: GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW, aant. 6 (actueel t/m 1 december 2020).

19 Zie over de betekenis van mensenrechten en aanverwante instrumenten zoals de UNGP (en NZBA) onder art. 6:162 lid 2 BW onder meer Janssen, in: GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW, aant. 6.1.10 en 6.1.13 (actueel t/m 1 december 2020) en Asser/Sieburgh 6-IV 2019/71.

20 De Nederlandse Staat is aansprakelijk gehouden voor zijn directe en indirecte controle over nationale broeikasgasemissies, die 0,4% van de mondiale emissies vertegenwoordigen (de Belgische staat is aansprakelijk gehouden voor een aandeel van 0,3%). Zie noot 1 t/m 3. Een controle over 1/250 deel (of, uitgaande van de situatie in België, 1/333 deel) van de mondiale emissies is dus rechtens groot genoeg om tot klimaataansprakelijkheid te leiden. Controle over 1/1000 deel (0,1%) van de mondiale emissies is naar onze mening ook genoeg. Wij vermoeden dat, gelet op de ernst van de klimaatproblematiek en de noodzaak dat juist de grotere uitstoters mede verantwoordelijkheid nemen voor de oplossing ervan, ook een kleiner deel van 1/5000 (0,02%) of minder tot aansprakelijkheid zal kunnen leiden. Aldus hebben de meeste multinationale bedrijven een directe en indirecte controle over een aandeel van de mondiale emissies dat naar onze mening groot genoeg is voor het veroorzaken van klimaataansprakelijkheid. Tegelijkertijd maakt het voorgaande ook duidelijk dat kleinere bedrijven en particulieren niet behoeven te vrezen voor klimaataansprakelijkheid, omdat hun aandeel in het mondiale probleem zodanig klein is dat daaraan geen juridische relevantie toekomt.

16 Zie ook noot 75 met betrekking tot de lobbyactiviteiten van bedrijven in het kader van de in par. 3.2 besproken CSDD.

17 J.G. Ruggie, Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, UN HRC 2008.

proactieve actie van (multinationale) bedrijven noodzakelijk is.²¹

In paragraaf 2.3 t/m 2.5 zullen wij ingaan op de toepasselijkheid en meer specifieke betekenis van het voorgaande in de bancaire context. Maar eerst zullen wij hier nog stilstaan bij enkele algemene kenmerken van klimaataansprakelijkheid.²²

Snel ontwikkelend leerstuk

Een eerste is dat klimaataansprakelijkheid zich als leerstuk snel (door)ontwikkelt, net als de klimaatwetenschap en de maatschappelijke ontwikkelingen rondom klimaatverandering. Open normen zoals art. 6:162 lid 2 BW zijn bij uitstek geschikt om met maatschappelijke en wetenschappelijke ontwikkelingen mee te bewegen.²³ Die ontwikkelingen zullen ons inziens het aannemen van een juridisch afdwingbare maatschappelijke zorgplicht steeds verder gaan stutten. Dit past ook in de trend die (het mede veroorzaken van) klimaatverandering als een mensenrechtenkwesie onderkent.²⁴ Dat gezegd hebbende, mag de algemene notie van klimaataansprakelijkheid zoals hiervoor uiteengezet inmiddels geen novum meer heten; de reductieverplichtingen onder de rechterlijke uitspraken in zowel de Urgenda- als de Shell-zaak, waarvan de eerste dateert uit 2015, voeren op deze grondslag terug.²⁵

Klimaatplan voor emissiereducties

Dat brengt ons bij een tweede algemeen kenmerk van klimaataansprakelijkheid. De Urgenda- en Shell-zaak strekken tot *emissiereducties* (of meer precies, het op grond van art. 3:296 BW vorderen van de nakoming van de uit art. 6:162 lid 2 BW voortvloeiende emissiereductieverplichtingen). Er is dus *geen* sprake van een vordering tot schadevergoeding op grond van art. 6:162 lid 1 BW (waarmee het causaliteitsvereiste zoals be-

sloten in dat lid 1 en in art. 6:98 BW dus ook niet relevant is). Gelet op de aard van het klimaatprobleem zal dit niet verbazen: de (dreigende) schending van mensenrechten als gevolg van klimaatverandering komt voort uit de omvangrijke, structurele overschrijding van het maximum aan jaarlijkse emissies waarbinnen de doelstellingen van het Parijsakkoord nog binnen bereik blijven.²⁶ Om op koers te komen met deze doelstellingen, en zo die dreiging weg te nemen, zijn emissiereducties noodzakelijk. Om verantwoordelijkheid te nemen voor zijn fair share in die noodzakelijke emissiereducties, moet een bedrijf zich aantoonbaar aan passende emissiereductiedoelstellingen verbinden en zich daarnaast zodanig organiseren dat deze ook zullen worden gehaald.

Het meest geëigende middel daartoe is een 'klimaatplan'. Er bestaat inmiddels een grote verscheidenheid aan klimaatplannen, en ook de meeste banken hebben in enige vorm een klimaatplan gepubliceerd (mede aangespoord door de Europese Centrale Bank; ECB).²⁷ In algemene zin mag worden verwacht dat een bedrijf in een klimaatplan passende absolute reducties opneemt voor scope 1-, 2- en 3-emissies conform een 1,5 °C-scenario, daarbij tijdsgebonden doelstellingen hanteert vanaf 2030 of eerder, en aangeeft hoe het zijn doelstellingen zal implementeren in bijvoorbeeld zijn businessmodellen, strategie en governance.²⁸ Duidelijk moge zijn dat het enkele *hebben* van een klimaatplan niet volstaat; het bedrijf zal het ook daadwerkelijk en effectief moeten implementeren.

Contextgebonden

En dan een derde algemeen kenmerk van klimaataansprakelijkheid, dat bepalend is voor het minimale ambitieniveau van het klimaatplan en voor de concrete maatregelen die mogen worden verwacht ter implementatie daarvan. Dit kenmerk is dat klimaataansprakelijkheid, als exponent van het gevaarzettingsleerstuk, een *contextgebonden* kwesie betreft.²⁹ Met andere woorden: de specifieke omstandigheden van een partij bepalen mede waartoe zij uiteindelijk juridisch is gehouden, en dit kan dus van partij tot partij verschillen. Dit biedt partijen de waarborg dat de 'lasten' van het klimaatprobleem op een evenredige wijze worden verdeeld en dat zij niet zijn verplicht tot maatregelen die hun fair share te boven gaan. Dit moet niet

21 In 2014 is onder auspiciën van de Verenigde Naties de zogeheten Non-State Actor Zone for Climate Action (NAZCA) opgericht. De bedoeling van de NAZCA is de klimaatactie van bedrijven, investeerders en anderen te bevorderen en zichtbaar te maken, zodat een tweede actie-agenda ontstaat naast die van de staten zelf. De niet-staatelijke klimaatactie is vanaf dat moment onder de UNFCCC gecommuniceerd als een van de drie pijlers voor het dichtenvan de emissiekloof (de kloof tussen wat mondiaal aan emissiereducties moet gebeuren en hetgeen daadwerkelijk gebeurt). De andere twee pijlers zijn ambitieuze klimaatactie van staten en het mobiliseren van publieke en private financiën voor klimaatactie. Het Parijsakkoord en bijbehorend besluit 1/CP.21 verwijzen ook naar deze drie pijlers. Zie o.a. par. 133 e.v. van dat besluit en art. 2 van het Parijsakkoord.

22 Wij volstaan hier met enkele kenmerken op hoofdlijnen, uiteraard zonder daarbij volledig te zijn. Zie meer uitgebreid over de juridische grondslagen de overwegingen van rechtbank, hof en Hoge Raad in de Urgenda- en Shell-zaak (zie noot 1, 2, 5 en 25) en R.H.J. Cox, *Revolutie met recht*, Maastricht: Stichting Planet Prosperity Foundation 2011.

23 Vgl. Asser/Sieburgh 6-III 2018/330.

24 Zie noot 3 en (inclusief de aldaar aangehaalde rechtspraak en andere bronnen) N.J. Schrijver, *Internationaal klimaatrecht*. Een kolkende stroom, *RMThemis* 2023, afl. 1, p. 1 e.v. en M.J. Wewerinke-Singh & S. Bookman, *Intergenerationele rechtvaardigheid in besluitvorming over het klimaat: een wereldreis door de zich ontwikkelende jurisprudentie*, *RMThemis* 2023, afl. 1, p. 59 e.v.

25 Zie HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (m.n. par. 2.2.2, 2.3.1, 2.3.2 en 5.9.1) en Shell-uitspraak (m.n. par. 4.4).

26 Zie noot 14.

27 Zie par. 3.2. Zoals daar nader toegelicht, garanderen de richtsnoeren van de ECB niet dat het klimaatplan van de bank ook vanuit het oogpunt van klimaataansprakelijkheid volstaat.

28 Dit volgt onder meer uit de 'process criteria' van het initiatief 'Race to Zero', dat onder auspiciën van de Verenigde Naties is ontwikkeld en waarvan de NZBA onderdeel is (zie noot 6). Race to Zero huist onder het secretariaat van het UNFCCC. Er zijn inmiddels ruim 8000 bedrijven en financiële instellingen bij dit initiatief aangesloten. Zie www.unfccc.int/climate-action/race-to-zero-campaign en <https://racetozero.unfccc.int/system/criteria>. Zie ook noot 34 (over het onderscheid tussen scope 1-, 2- en 3-emissies) en 43 (over het onderscheid tussen de reductie van absolute emissies en de reductie van emissie-intensiteit).

29 Zie met betrekking tot het contextgebonden karakter van zorgvuldigheidsnormen bij gevaarzetting o.a. Janssen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.1.4 en 6.3.4 (actueel t/m 1 december 2020) en T. Hartlief e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 48 (S.D. Lindenbergh).

worden verward met een garantie op een moeiteloze transitie; het klimaatprobleem is naar zijn aard en omvang een uitdaging van ongekeerde proportie, en zelfs de meest beperkte beheersing daarvan vraagt van iedereen urgente en ingrijpende aanpassingen. Partijen doen er goed aan de betekenis daarvan binnen hun context diepgaand te doorgronden, zodat zij niet worden overvallen door de betekenis van de algemene zorgvuldigheidnorm in hun specifieke situatie (die voor een bank mogelijk veel verstrekkender is dan verondersteld; zie par. 2.4).³⁰ De daarbij mee te nemen omstandigheden zullen mede op individuele basis moeten worden bepaald en gewogen. Naar onze mening komt, in het algemeen en in lijn met bestendige rechtspraak over de gevaarzettingsleer, vooral gewicht toe aan omstandigheden die van invloed zijn op de feitelijke of te veronderstellen bekendheid met het risico van klimaatverandering (inclusief de ernst daarvan en de waarschijnlijkheid dat dit risico materialiseert) en de mogelijkheid van noodzaak om actie te ondernemen, waarvan de moeite en kosten in reële verhouding staan tot het risico van klimaatverandering. Voor bedrijven biedt de Shell-uitspraak meer specifieke aanknopingspunten voor relevante omstandigheden,³¹ gerubriceerd in veertien onderdelen, die naar deze algemene principes zijn te herleiden. Daarbij wijzen wij vooral op de betekenis die de rechtbank toekent aan de omvang van de CO₂-uitstoot van de Shell-groep, de (hiervoor al aangehaalde) UNGP, de controle en invloed van Royal Dutch Shell plc (hierna: RDS) op de CO₂-uitstoot van de Shell-groep en haar zakelijke relaties, mogelijke reductiepaden, de bezwaarlijkheid voor Shell om aan de reductieverplichting te voldoen en de proportionaliteit van de reductieverplichting van RDS. Dit overigens zonder te willen suggereren dat de Shell-uitspraak een universele en uitputtende opsomming geeft, of dat de overige omstandigheden die de rechtbank daarin meeweegt van geringer belang zijn.³²

2.3 De bancaire context

Nu wij hebben stilgestaan bij enkele algemene kenmerken van klimaataansprakelijkheid, kunnen wij ingaan op de toepasselijkheid en betekenis van klimaataansprakelijkheid in een bancaire context. Een eerste vraag daarbij is: kan een bank überhaupt binnen deze kaders worden geplaatst? Het antwoord lijkt ons evident: ja. De oorzaken van het klimaatprobleem zijn, net als de noodzakelijke maatregelen, dermate universeel dat de vraag vooral zou moeten zijn waarom een bank geen verantwoordelijkheid zou behoeven te nemen voor haar fair sha-

re. Een reden daarvoor kunnen wij niet vinden. Bovendien zou een andere conclusie zich niet verdragen met principe 14 van de UNGP, waarin uitdrukkelijk is vastgelegd dat bedrijven (de door klimaatverandering bedreigde) mensenrechten moeten eerbiedigen, ongeacht hun omvang, sector, operationele context, eigendom en structuur. De UNGP zijn door alle Nederlandse systeembanken onderschreven.³³

Omgekeerd zien wij juist goede redenen waarom banken door het nemen van verantwoordelijkheid voor hun fair share een zeer betekenisvolle bijdrage zouden kunnen en ook moeten leveren aan het beperken van (mensenrechtenschendingen als gevolg van) klimaatverandering. De belangrijkste is dat zij door middel van hun financieringen een groot volume broeikasgasemissies faciliteren: de drie grootste Nederlandse banken representeren op basis van de door hen zelf gerapporteerde data (die naar eigen zeggen niet dekkend zijn) al een volume gefinancierde emissies dat vergelijkbaar is met de uitstoot van menig Europees land.³⁴ Het werkelijke volume ligt moge-

33 Van de zeven Nederlandse systeembanken hebben zes zich uitdrukkelijk aan de UNGP geëngageerd. Zie ABN AMRO Human Rights Statement 2020 (www.abnamro.com/en/about-abn-amro/product/human-rights), BNG Bank mensenrechtenbeleid 2020 (www.bngbank.nl/over-BNG-Bank/Onze-duurzame-ontwikkelingsdoelen), ING Environmental and Social Risk Framework 2021 (www.ing.com/Sustainability/Sustainable-business/Environmental-and-social-risk-policies.htm), Rabobank Global Standard on Sustainable Development, ongedateerd (www.rabobank.com/en/about-rabobank/in-society/sustainability/records/human-rights/index.html), De Volksbank Human Rights Policy, ongedateerd (www.dev Volksbank.nl/en/corporate-responsibility/sustainability/sustainability-policy-documents) en NWB Bank Sustainability Policy, ongedateerd (www.nwbbank.com/en/investor-relations). Van LeasePlan, de zevende systeembank, hebben wij geen uitdrukkelijke onderschrijving van de UNGP kunnen vinden. Nu zij echter van haar leveranciers verlangt de UNGP te respecteren (www.leaseplan.com/corporate/site-services/supplier-code-of-conduct), veronderstellen wij dat zij ook zichzelf daaraan gebonden acht. Overigens lijkt ons voor de invulling van de algemene zorgvuldigheidnorm aan de hand van de UNGP irrelevant of een bedrijf deze heeft onderschreven of niet. Zie in deze lijn ook de Shell-uitspraak, par. 4.4.11.

34 Onder de broeikasgasverslaggevingsstandaarden van het Greenhouse Gas Protocol (zie www.ghgprotocol.org) heeft een bank meerdere soorten emissies, gerubriceerd als scope 1-, 2- en 3-emissies (met daarbinnen sub-categorieën). Scope 1- en 2-emissies zijn verbonden aan eigen bedrijfsmiddelen en de daarvoor ingekochte energie (denk aan vastgoed en de verwarming en verlichting daarvan). Bij gefinancierde emissies gaat het om de zogeheten 'scope 3 category 15 emissions'. ABN AMRO, ING en Rabobank rapporteren voor 2021 (een jaar met relatief lage emissies door de COVID-19-pandemie) gefinancierde emissievolumes van respectievelijk 26,2, 56 en 46,3 Mt CO₂e. Al deze banken geven aan dat hun data niet dekkend zijn, bijv. omdat deze niet de gehele financieringsportefeuille bestrijken of omdat scope 3-emissies van klanten niet zijn meegenomen. Zie ABN AMRO Integrated Annual Report 2021 (www.abnamro.com/en/about-abn-amro/product/download-centre), ING 2022 Climate Report (www.ing.com/Newsroom/News/ING-publishes-climate-report.htm) en Rabobank Our Road to Paris report (www.rabobank.nl/en/about-us/organization/results-and-reports/downloads). Het gefinancierde emissievolume van de overige Nederlandse systeembanken is in absolute termen eveneens groot, maar ligt relatief aanmerkelijk lager, waarbij dat van LeasePlan met 4,2 Mt CO₂e het hoogste is. Zie LeasePlan Annual Report 2021 (www.leaseplan.com/corporate/investors/annual-report-2021). In 2019 waren de emissievolumes van bijv. Noorwegen, Finland en Zwitserland respectievelijk 26,9, 58,4 en 44,3 Mt CO₂e. Zie www.climatewatchdata.org/ghg-emissions.

30 Zie in vergelijkbare zin ten aanzien van financiële instellingen: De Jong 2022.

31 Shell-uitspraak, par. 4.4.

32 Naast de hier genoemde omstandigheden betreft de rechtbank Den Haag nog een aantal andere, evenzeer belangrijke omstandigheden in haar overweging, zoals de gevolgen van CO₂-uitstoot voor Nederland en het Waddengebied, het recht op leven en een ongestoord gezinsleven van de Nederlandse ingezetenen en de inwoners van het Waddengebied, wat ervoor nodig is om gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen, de dubbele uitdaging om gevaarlijke opwarming van de aarde tegen te gaan en te voorzien in de vraag naar energie van de groeiende wereldbevolking, de effectiviteit van de reductieverplichting en de verantwoordelijkheid van staten en de samenleving.

lijk nog een stuk hoger.³⁵ Als financier kan een bank op de reductie van dit grote volume emissies veel invloed uitoefenen. In de eerste plaats door de keuzes die zij maakt om bepaalde emissie-intensieve of juist -arme activiteiten wel of niet te financieren. Het Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) wijst hier op sectorale en regionale 'financing gaps': op mondiaal niveau moet de voor klimaatmitigatie vereiste financiering vóór 2030 nog toenemen met een factor 3 tot 6, terwijl de financiering van fossiele activiteiten juist onvoldoende snel afneemt.³⁶ Maar een bank heeft ook invloed door haar klanten tot emissiereducties te bewegen, via informele weg of door aan haar financiering voorwaarden te verbinden (zoals een adequaat klimaatplan, bij gebreke waarvan de klant in een hoger rentetarief valt of de financiering verliest).

Dat banken deze invloed moeten aanwenden is niet controversieel.³⁷ Temeer omdat banken dit ook zelf onderkennen. Op individuele basis benadrukken banken hun toewijding aan het Parijsakkoord veelvuldig, in bijvoorbeeld klimaatplannen, jaarverslagen en marketinguitlatingen. Op sectoraal niveau heeft deze toewijding zich vertaald in meerdere gedragscodes en toezeggingen, zoals het Klimaatstatement Nederlandse Banken, het Klimaatcommitment Financiële Sector en de

NZBA.³⁸ Bovendien lijkt ons dat een bank ook vanuit eigenbelang haar invloed zou moeten gebruiken om haar financieringsactiviteiten te verduurzamen. Daarvoor bestaan meerdere redenen, die zich hier niet allemaal laten bespreken, maar één daarvan is dat die verduurzaming cruciaal lijkt voor de bestendigheid van het bedrijfsmodel van de bank; naast bijvoorbeeld de strategische, reputationele en commerciële aspecten daarvan, gaat het hier ook om de financiële consequenties van niet-duurzame financieringsactiviteiten. Deze zullen het risicoprofiel van de financieringsportefeuille doen toenemen, bijvoorbeeld door de waardevermindering van niet-duurzaam onderpand, waardoor als gevolg van hogere (verplichte) kapitaalbuffers de kapitaalkosten van de bank zullen stijgen. Het verwondert niet dat de ECB, als prudentieel toezichthouder, met toenemende dwang van banken verwacht dat zij hun invloed gebruiken om hun blootstelling aan klimaat- en milieurisico's te beheersen.³⁹

2.4 De verplichtingen in een individueel geval

Gelet op de voorgaande paragrafen lijkt er weinig reden tot discussie over de aard en omvang van het risico van klimaatverandering en de noodzaak dit te beperken, of over de bekendheid van banken daarmee. Even onomstreden lijkt ons tegen die achtergrond dat banken invloed hebben op (een soms zeer groot volume) emissies van klanten en die invloed ook moeten gebruiken. Dit staat in schril contrast met het toenemende debat over dat wat banken ook daadwerkelijk doen; regelmatig klinkt het geluid dat banken met het oog op klimaatverandering ontoelaatbare activiteiten verrichten of te weinig verstrekkende maatregelen nemen, en daarmee klimaataansprakelijkheid riskeren.⁴⁰ Wij denken dat dit geluid in meerdere gevallen terecht zou kunnen zijn.

Het voorgaande impliceert dat banken weliswaar het klimaatprobleem en hun rol daarin zouden moeten begrijpen, maar een te beperkte invulling geven aan de vertaling daarvan naar concrete verplichtingen op individueel niveau. De oorzaak daarvan lijkt dat banken niet weten welke moeite en kosten in reële verhouding staan tot de risico's van klimaatverandering en de mogelijkheden om die te beperken, zowel voor henzelf als voor hun klanten (of dat zij aan die moeite en kosten, onbewust of om opportunistische redenen, een te beperkte invul-

35 W. Warmerdam e.a., Dutch Financial Sector Financed Emissions: Financed Emissions from Corporate Finance and Investment Portfolios, Amsterdam: Profundo 2022.

36 Hoewel vaak de nadruk ligt op de financing gaps in ontwikkelingslanden, is in bijv. Europa nog steeds een toename vereist met een factor 2 tot 4 en in Noord-Amerika met een factor 3 tot 6. Ook sectoraal zijn er grote verschillen. In de zogeheten AFOLU-sector (Agriculture, Forestry and Other Land Use) is bijv. een toename vereist met een factor 10 tot 31. Zie S. Kreibichl e.a., Investment and Finance, in: P.R. Shukla e.a. (red.), Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge/New York: Cambridge University Press 2022, par. 15.5.2.

37 Een eerste (generiek) aanknopingspunt werd reeds gegeven met art. 2(1) (c) van het Parijsakkoord. Sindsdien zijn toenemend prescriptieve aanwijzingen gegeven. Zie bijv. Marrakech Partnership (Global Climate Action United Nations Climate Change), Climate Action Pathway Energy Action Table, 2021. Zie in de context van COP27 in Sharm-el-Sheikh bijv. High Level Expert Group on the Net Zero Emissions Commitments of Non-State Entities, Integrity Matters: Net Zero Commitments by Businesses, Financial Institutions, Cities and Regions, 2022. Zie ook de opmerkingen van secretaris-generaal van de Verenigde Naties António Guterres bij de publicatie van dit rapport: 'The problem is that the criteria and benchmarks for these net-zero commitments have varying levels of rigor and loopholes wide enough to drive a diesel truck through. We must have zero tolerance for net-zero greenwashing. (...) Net-zero pledges must be in line with IPCC scenarios limiting warming to 1.5 degrees. That means global emissions must decline by at least 45 per cent by 2030 – and reach net zero by 2050. Pledges should have interim targets every five years starting in 2025. And these targets must cover all greenhouse gas emissions and all scopes of emissions. For financial institutions, this means all financed activities.' Zie www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2022-11-08/secretary-generals-remarks-launch-of-report-of-high-level-expert-group-net-zero-commitments-delivered. In het Nederlandse recht kan dit worden geplaatst binnen een algemenere ontwikkeling waarbij bedrijven een steeds uitdrukkelijker verantwoordelijkheid voor hun negatieve externaliteiten wordt toegedicht, bijv. onder de Corporate Governance Code 2022.

38 Zie ook noot 6. Volgens de NZBA hebben financiële instellingen een belangrijke rol bij het reduceren van hun scope 3-emissies en zijn leden daarom gehouden tot het bepalen van doelen voor koolstofreducties in de meest emissie-intensieve sectoren, in lijn met het 1,5 °C-doel van het Parijsakkoord op basis van transitiepaden met 'no/low overshoot' volgens de best beschikbare wetenschap. Daarnaast committeren leden zich tot het opschalen van de financiering van geloofwaardige, veilige en hoogwaardige klimaatoplossingen. Zie NZBA Commitment Statement en NZBA Frequently Asked Questions, p. 4 e.v. Het Klimaatcommitment Financiële Sector is onderdeel van het Nederlandse Klimaatakkoord en bepaalt o.a. uitdrukkelijk dat financiële instellingen deelnemen aan de financiering van de energietransitie en dat zij reductiedoelen bepalen, in aansluiting bij de (internationale) ontwikkelingen en standaarden op dit gebied. Zie in dat verband ook recent de in noot 9 genoemde Kamerbrief.

39 Zie hierover in meer detail par. 3.2.

40 Vgl. noot 9 t/m 11.

ling geven). Zij maken, vanuit het oogpunt van klimaat-aansprakelijkheid,⁴¹ een onjuiste inschatting van wat een fair share van hen verlangt in termen van, bijvoorbeeld, de beïnvloeding van klanten (hoe hard en verstrekkend zijn financieringsvoorwaarden?), de emissiereducties van klanten (hoe ambitieus is hun emissiereductiepad?), commerciële en financiële offers (hoeveel rendementsverlies op fossiele financieringen is acceptabel?), de effectiviteit van maatregelen (wat als de klant naar de concurrent gaat?) en strategische, organisatorische of operationele veranderingen (hoeveel investeringen zijn gerechtvaardigd voor betere emissiedata?).

Die inschatting betreft in beginsel een afweging op individueel niveau. Maar wij willen hier, in algemene zin, het volgende over kwijt: het belangrijkste is dat de werkelijke aard, schaal en daarmee ernst van het klimaatprobleem te allen tijde en ten volle voor ogen moet worden gehouden, waaronder de wereldwijde verstrekkende consequenties voor de mensenrechten van huidige en toekomstige generaties. Dit klemmt vooral wanneer het bedrijfsbelang van de bank hiertegen moet worden gewogen. Die afweging laat zich het meest eenvoudig kenschetsen door te verwijzen naar de Shell-uitspraak, waarin de rechtbank Den Haag (na zich uitvoerig te hebben verdiept in het klimaatprobleem, en in het voetspoor van de Urgenda-uitspraak van de Hoge Raad) stelt dat de bedrijfseconomische belangen van de Shell-groep minder zwaar wegen dan het belang bij het beperken van gevaarlijke klimaatverandering.⁴² Daarbij overweegt de rechtbank uitdrukkelijk dat dit van de Shell-groep een koerswijziging vraagt, grenzen kan stellen aan de groei van de Shell-groep, en dat ingrijpende maatregelen en financiële offers mogen worden geëist. Daarmee lijkt ons in ieder geval uitgesloten dat een bank activiteiten mag financieren die onverenigbaar zijn met de doelstellingen van het Parijsakkoord. Dat vereist allereerst dat een bank stopt met de financiering van een aantal evident onverenigbare activiteiten, zoals energieopwekking met kolen, de ontginning en exploitatie van nieuwe olie- en gasvelden en activiteiten ter ondersteuning daarvan. Maar hierbij valt ook te denken aan de activiteiten van bepaalde categorieën emissie-intensieve bedrijven die nalaten zich te schikken in een emissiereductiepad dat voldoende aantoonbaar verenigbaar is met het Parijsakkoord. Bovendien lijkt ons dat een bank zich in bepaalde omstandigheden zou moeten verbinden aan een bepaalde (minimum)reductie van het totaal van de door haar gefinancierde emissies. Wij kunnen ons bijvoorbeeld voorstellen dat een bank die een emissievolume financiert dat groter is dan dat van menig (geïndustrialiseerd) land, en daarbij in emissie-intensieve sectoren actief is, in ieder geval een emissiereductiepad moet volgen dat een pro-

portionele *absolute*⁴³ afname van het gefinancierde emissievolume representeert. Ons lijkt niet onwaarschijnlijk dat die afname zou moeten neerkomen op een reductie van ten minste 45% per 2030, aansluiting zoekend bij wat het mondiaal gemiddeld te realiseren reductieniveau per 2030 moet zijn.⁴⁴ Immers, hoe *fair* is voor een dergelijke bank een *share* die ruimte laat voor het gelijk blijven of zelfs toenemen van emissies, terwijl – door alle geografische, sectorale en andersoortige grenzen heen – verstrekkende en urgente emissiereducties onvermijdelijk zijn om zelfs maar in de buurt te komen van de doelstellingen van het Parijsakkoord (en daarmee grootschalige mensenrechtenschendingen enigszins te beperken)?

2.5 De relatie tot de bancaire zorgplicht

Een volgende algemene overweging die wij willen delen, en die eveneens kan helpen bij het bepalen van de verplichtingen in een individueel geval, betreft de relatie tussen bancaire klimaataansprakelijkheid en de bancaire zorgplicht. Met dit laatste bedoelen wij de ‘traditionele’ bancaire zorgplicht, zoals deze in rechtspraak en literatuur al uitvoerig tot ontwikkeling is gekomen.⁴⁵

In literatuur is de verantwoordelijkheid van banken bij klimaatverandering al eerder vanuit de kaders van deze bancaire

43 Bij emissiereductiedoelstelling is het van groot belang te onderscheiden tussen de reductie van *absolute emissies* en de reductie van *emissie-intensiteit*. Het eerste houdt in dat de werkelijke emissies (‘real-world emissions’) afnemen, het tweede dat het emissievolume per productie-eenheid (bijv. kWh) afneemt. Voor het behalen van de doelen van het Parijsakkoord is een reductie van *absolute* emissies nodig. Een afname van emissie-intensiteit garandeert geen afname van absolute emissies (de afname van emissie-intensiteit kan immers teniet worden gedaan door een verhoudingsgewijs grotere toename van productie-eenheden).

44 De mondiaal per 2030 te realiseren reductie van 45% (ten opzichte van het mondiale emissieniveau van 2010) is een gemiddelde. Het is het gemiddelde van de optelsom van de reducties door de ontwikkelde landen (die op basis van het Parijsakkoord meer dan het gemiddelde moeten reduceren) en die van de ontwikkelingslanden (die vooralsnog minder dan het gemiddelde hoeven te reduceren). Van banken die hun omzet vooral genereren in de ontwikkelde landen (het merendeel van de banken) mag naar onze mening dus minimaal worden geëist dat zij aansluiting zoeken bij dit mondiaal gemiddelde van 45%, terwijl ook te betogen is dat zij, gete op het voorgaande, een (veel) hoger reductiepercentage zouden moeten aanhouden voor 2030.

45 Afhankelijk van de situatie voert deze bancaire zorgplicht terug op contractuele grondslagen zoals art. 6:248 en 7:401 BW of buitencontractuele grondslagen zoals art. 6:162 BW, dat ook de grondslag vormt voor klimaataansprakelijkheid; zie par. 2.2. Al in 1957 heeft de Hoge Raad een bancaire zorgplicht tegenover derden aangenomen. Zie HR 28 juni 1957, ECLI:NL:PHR:1957:AG2021. De bancaire zorgplicht, in relatie tot klanten en derden, is in latere rechtspraak verder ontwikkeld, zie bijv. HR 1 juni 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AB7632 en HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, waarin de Hoge Raad oordeelde dat ‘de maatschappelijke functie van banken een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar klanten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’, waarvan de reikwijdte afhangt van ‘de omstandigheden van het geval’ (par. 3.6.2). De bancaire zorgplicht kan verder strekken dan waartoe regelgeving verplicht. Zie HR 5 juni 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH2815, HR 5 juni 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH2811 en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH2822.

41 Ook vanuit het oogpunt van duurzaamheidswetgeving maken zij mogelijk een onjuiste inschatting. Zie over de verwachtingen van de ECB (die ook klimaatplannen en beheersing van ‘litigation risk’ omvatten; zie par. 3.2) en de kritische bevindingen van de ECB ter zake www.bankingsupervision.europa.eu/press/pr/date/2022/html/ssm.pr221102-2f7070c567.en.html en F.W.J. van der Eerden, *Duurzaamheid en banken*, in: M.J. van Loopik e.a. (red.), *The Twin Transition: Digital & Sustainable Finance*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, par. 3.1 t/m 3.3.

42 Shell-uitspraak, par. 4.4.53.

zorgplicht belicht.⁴⁶ Daarbij is ook gewezen op de obstakels die daarin zouden kunnen zijn gelegen voor bancaire klimaataansprakelijkheid. Het gaat daarbij allereerst om de obstakels die zouden volgen uit rechtspraak over de bancaire zorgplicht jegens derden, waaruit blijkt dat de kring van derden die bescherming genieten niet onbegrensd is.⁴⁷ Daarnaast wordt gesteld dat de bancaire zorgplicht ten aanzien van klanten kan conflicteren met bancaire klimaataansprakelijkheid, omdat de bancaire zorgplicht in de weg zou kunnen staan aan de (voor emissiereducties noodzakelijke) weigering of beëindiging van dienstverlening.⁴⁸ Wij denken dat, voor zover al van obstakels kan worden gesproken, deze voor een bank minder complicerend zijn dan soms lijkt te worden gedacht. In ieder geval staan zij aan bancaire klimaataansprakelijkheid niet bij voorbaat in de weg.

De traditionele bancaire zorgplicht komt met name tot uitdrukking in situaties waarin de bank haar bedrijfsbelang moet laten wijken voor het belang van de klant,⁴⁹ en in situaties waarin de bank zich actief moet bekommeren om de belangen van derden.⁵⁰ Deze zorgplicht is tot dusver tot ontwikkeling gekomen binnen de context van de financiële belangen van klanten (bijvoorbeeld als afnemer) en derden (bijvoorbeeld als belegger) bij producten en diensten van de bank en kent – bin-

nen die context – inderdaad begrenzingsen.⁵¹ Toch is die zorgplicht juist een verdere aanwijzing voor het bestaan van een grondslag voor bancaire klimaataansprakelijkheid; uit zowel rechtspraak als literatuur kan worden afgeleid dat de bancaire zorgplicht, in de kern, berust op het principe dat een bank vanwege haar maatschappelijke functie (en de daarmee samenhangende expertise) rekening moet houden met de belangen van klanten en derden die zelf niet of beperkt voor hun belangen kunnen opkomen.⁵² Nu dit principe zo ver kan strekken dat een bank vanwege haar maatschappelijke functie haar bedrijfsbelang ondergeschikt moet maken aan het louter financiële belang van een enkele klant of derde die op eigen initiatief (en zelfs in weerwil van waarschuwingen) haar producten en diensten gebruikt, valt niet in te zien waarom haar maatschappelijke functie géén bescherming zou bieden tegen de groot-schalige schending van de mensenrechten van talloze individuen. Temeer omdat die maatschappelijke functie in het kader van klimaatverandering niet alleen door wetenschap en politiek, maar ook door banken zelf wordt ingekleurd, banken diepgaande kennis moeten hebben van de risico's van klimaatverandering, vrijwel alle banken beweren klimaatverandering (en mensenrechtenschendingen in het algemeen) tegen te gaan, de emissies waarop een bank invloed heeft in geen enkele verhouding staan tot die van de genoemde individuen, en vele van deze individuen zich actief uitspreken en verzetten tegen klimaatverandering en tegen het aandeel daarin van de financiële sector.

Dat de bancaire zorgplicht ten aanzien van klanten zou kunnen conflicteren met bancaire klimaataansprakelijkheid, kan conceptueel juist zijn. Maar of dat conflict ook tot veel praktische complicaties moet leiden, vragen wij ons af. De strekking van de bancaire zorgplicht moet volgens vaste rechtspraak steeds worden beoordeeld aan de hand van de omstandighe-

46 Zie onder meer B. Bierens, De bancaire zorgplicht, klimaatverandering en het Europese Actieplan: duurzame groei financieren, in: D. Busch e.a. (red.), *Zorgplicht in de financiële sector* (Onderneming en Recht nr. 122), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 173-206. Zie verder noot 47 en 48.

47 Zie S.Y.T. Meijer e.a., *Climate Change and the Financial Sector: Soft Law in Public Interest Litigation*, in: F.E.J. Beekhoven van den Boezem e.a. (red.), *Sustainability and Financial Markets* (Law of Business and Finance, Vol. 17), Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 5, par. 4, Bierens 2020, par. 6.2.1 en D. Horemans, *Aansprakelijkheid en duurzaamheid in de financiële sector*, in: M.J. van Loopik e.a. (red.), *The Twin Transition: Digital & Sustainable Finance*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, par. 3.1.

48 Zie Bierens 2020, par. 6.9.2 en R. van den Bosch & P. Brouwer, *Klimaat & Duurzaamheid, uitdagingen en dilemma's voor banken*, NJB 2021/424, par. 5.

49 Dit kan zo ver gaan dat de bank de klant moet waarschuwen voor de risico's van een product, de klant moet adviseren een product niet af te nemen of zelfs de klant het product moet weigeren (ook als de klant eigener beweging om het product heeft gevraagd en toezichtrechtelijke gedragsregels niet tot waarschuwing, advies of weigering verplichten). Zie bijv. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 en HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012.

50 Zie m.n. HR 28 juni 1957, ECLI:NL:PHR:1957:AG2021, HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713 en HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399. Zie voor een overzicht van de bancaire zorgplicht tegenover derden F.R.H. van der Leeuw & A.E.E. Verspyck Mijnsen, *Zorgplicht van banken tegenover derden*, in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector* (Onderneming en Recht nr. 78), Deventer: Kluwer 2013, hoofdstuk 17 en A.J.C.M. Meijns, *Bank, zorgplicht en derden: enkele lessen voor de bancaire praktijk*, MvV 2013, afl. 12, p. 349-354.

51 Zie over de beperking van het begrip 'derde' Van der Leeuw & Verspyck Mijnsen 2013, par. 17.5. Zie specifiek in de context van klimaatverandering S.Y.T. Meijer e.a., *Climate Change and the Financial Sector: Soft Law in Public Interest Litigation*, in: F.E.J. Beekhoven van den Boezem e.a. (red.), *Sustainability and Financial Markets* (Law of Business and Finance, Vol. 17), Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 5, par. 4, waarin de auteurs als randvoorwaarden aannemen dat 'there has to be *actual knowledge* of a threat to the *financial interests* of third parties that have somehow *relied* on the bank's supervision (e.g. monitoring payments)'. Als deze elementen al als universele randvoorwaarden zouden moeten worden aangenomen (wat niet zeker is, omdat de auteurs deze kennelijk afleiden uit de beschikbare en daarmee *contextgebonden* rechtspraak), is goed verdedigbaar dat daaraan bij klimaataansprakelijkheid is voldaan: een bank is doorgaans bij uitstek bekend met de risico's van klimaatverandering voor de (ook financiële) belangen van derden (vgl. par. 2.3 en 3.3) en deze derden mogen erop vertrouwen dat een bank voor die belangen waakt (o.a. omdat de meeste banken hun rol bij het beperken van die risico's publiekelijk beklemtonen via bijv. gedragscodes en toezeggingen). Dit nog daargelaten dat bij een vordering die niet strekt tot financiële schadevergoeding, niet voor de hand ligt dat de zorgplicht zich zou moeten beperken tot enkel de financiële belangen van derden.

52 Zie de eerdergenoemde rechtspraak en voor een uitgebreider overzicht D. Busch e.a. (red.), *Zorgplicht in de financiële sector* (Onderneming en Recht nr. 122), Deventer: Wolters Kluwer 2020 en D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector* (Onderneming en Recht nr. 78), Deventer: Kluwer 2013.

den van het geval. Voor zover zich al een conflict voordoet, zal daarom de bank de betrokken belangen moeten wegen, waarbij – in lijn met de Shell-uitspraak – de bedrijfseconomische belangen van haarzelf en de klant mogelijk minder zwaar wegen dan het grote belang van het beperken van gevaarlijke klimaatverandering.⁵³ Waar dit grote belang betekent dat de bank een nieuwe klant (of een bestaande klant nieuwe dienstverlening) moet weigeren, lijkt ons daarmee in beginsel de kous af: de bancaire zorgplicht verplicht een bank slechts tot het aanbieden van een betaalrekening, terwijl bancaire klimaataansprakelijkheid vooral zal dwingen tot het weigeren van financiering en de daarmee samenhangende producten.⁵⁴ Dat de bancaire zorgplicht zomaar tot die categorie dienstverlening kan worden opgerekt, lijkt ons allerminst evident, en zeker niet als dit in conflict komt met het belang bij het beperken van klimaatverandering. De beëindiging van bestaande dienstverlening zal doorgaans complexer liggen. Al was het maar omdat hier ook andere factoren zullen spelen, zoals contractuele voorwaarden, juridisch relevante verwachtingen van de klant en het toepasselijke recht (dat mogelijk niet-Nederlands is). Maar deze omstandigheden vormen als zodanig nog geen onoverkomelijk obstakel. Daarvoor zijn twee redenen. Allereerst bestaan binnen het Nederlandse verbintenissenrecht meerdere mogelijkheden om het belang van het beperken van klimaatverandering mee te wegen in de contractuele verhouding tussen de bank en haar klant, zelfs als contractuele voorwaarden de bewegingsruimte van een bank begrenzen. Een diepgaande analyse voert hier te ver. Maar wij denken dat bijvoorbeeld aanknopingspunten zouden kunnen worden gezocht in algemene leerstukken zoals de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 jo. art. 3:12 BW) en wellicht zelfs onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW).⁵⁵ Of in meer open bevoegdheden en normen in contractuele bepalingen (zoals art. 35 en 37 van de Algemene Bankvoorwaarden, material adverse change-, illegality- en unlawfulness-clausules en – in relatie tot bepaalde leningnemers – mogelijk zelfs compliance with laws-verplichtingen). De toepassing daarvan binnen de context van klimaatverandering vraagt om het verleggen van de bestaande juridische denkkaders. Dat is echter bij uitstek waarvoor deze normen geschikt (en soms zelfs bedoeld) zijn,

zeker bij een probleem met de proporties van klimaatverandering. Dit lijkt ons een uitgelezen kans voor praktijkjuristen om vanuit eigen expertise en creativiteit deze mogelijkheden te benutten en zo een tastbare positieve bijdrage te leveren.

De tweede reden waarom de bancaire zorgplicht bij de beëindiging van dienstverlening geen onoverkomelijk obstakel behoeft te zijn, is dat de algemene zorgvuldigheidsnorm voor klimaataansprakelijkheid als zodanig niet noodzakelijkerwijs dwingt tot het *abrupt* beëindigen van de dienstverlening aan *specifieke* klant. Met andere woorden: de bank kan tijdig met klanten in gesprek gaan over de vereiste emissiereducties en de consequenties voor de dienstverlening als deze achterblijven, en heeft dan de ruimte om op proportionele wijze invulling te geven aan de vereiste zorgvuldigheid jegens klanten. Zoals hiervoor al bleek, mogen in dat proces van de bank ook (financiële) offers worden verwacht (zie par. 2.4). Daarbij valt natuurlijk te denken aan rentekortingen bij positieve scores op duurzaamheidscriteria. Maar wellicht ook aan een beëindigingsvergoeding aan de klant als de bank meent dat het afscheid van een klant onvermijdelijk is, maar wordt belemmerd door contractuele voorwaarden en de bancaire zorgplicht bij het opzeggen van krediet. Reden te meer voor een snelle implementatie van een voldoende ambitieus klimaatplan, zodat de bank de mogelijkheid creëert om – gericht en met voldoende tijd – het volume gefinancierde emissies te laten afnemen door natuurlijk verloop (en dus zonder onnodige offers als voornoemd).

3 Betekenis van duurzaamheidswetgeving

3.1 Het vertrekpunt

De tussenstand van paragraaf 2 zou zich kunnen laten terugbrengen tot het volgende: er is een algemene zorgvuldigheidsnorm op grond waarvan civielrechtelijke klimaataansprakelijkheid dreigt voor banken die onvoldoende verantwoordelijkheid nemen voor hun fair share in de beperking van klimaatverandering, waarbij de verplichtingen van een bank in concreto contextgebonden zijn, maar waarbij het zuivere bedrijfseconomische belang van de bank in ieder geval niet vrijwaart en waarbij beleidswijzigingen, grenzen aan groei, ingrijpende maatregelen en financiële offers gevraagd mogen worden.

Naast deze verplichtingen zullen banken zich ook rekenschap moeten geven van hun verplichtingen onder duurzaamheidswetgeving, die gedetailleerd, omvangrijk en nog in ontwikkeling is. Eén kijk op deze samenloop van verplichtingen kan zijn dat banken zich daarmee voor een herculeaanse taak zien gesteld waarvan zij niet (kunnen) weten hoe zich daarvan te kwijten, de uitvoerigheid van de duurzaamheidswetgeving en de daarmee gemoeide implementatie-inspanningen ten spijt. Die onzekerheid zou dan ten koste gaan van, bijvoorbeeld, de efficiëntie van de bank, het vestigingsklimaat en de snelheid en effectiviteit van de maatregelen om klimaatverandering tegen te gaan.

53 Zie par. 2.4 en in het bijzonder noot 42. Wij willen ook wijzen op het principe 'klantbelang centraal', zoals dat ook terugkomt in art. 4:24a Wft en de op grond van art. 4:15a Wft vereiste bankierseed. Dit principe kan, bij een grammaticale interpretatie daarvan, zo worden uitgelegd dat het belang van de klant altijd prevaleert boven andere belangen (waaronder het belang van de samenleving, dat volgens de bankierseed uitdrukkelijk moet worden meegewogen). Deze uitleg lijkt ons niet juist, onder meer omdat het principe tot stand is gekomen als tegenwicht voor het *eigen* belang van de bank. Ook in literatuur heerst de opvatting dat het klantbelang weliswaar centraal, maar niet altijd als exclusief belang vooropstaat. Zie bijv. K.W.H. Broekhuizen, De pluriforme betekenis van klant centraal, FR 2017, afl. 7/8, p. 330-340 en M.K.Z. Groot, Bankierseed, klantbelang centraal en bankmedewerkers, FRP 2015/397.

54 HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652.

55 Vgl. A. van der Hilst, Label C-verplichting voor kantoren: (vergaande) implicaties voor verhuurders én huurders, TvHB 2017, afl. 6, p. 399-408, waarin de auteur wijst op de mogelijke verplichting van huurders onder art. 6:258 BW om mee te werken aan de voor een label C-verplichting noodzakelijke aanpassingen aan vastgoed.

Wij denken dat een optimistischere visie constructiever en bovendien gerechtvaardigd is.

3.2 De hoofdkenmerken van duurzaamheidswetgeving

Over de genoemde duurzaamheidswetgeving is op meerdere plaatsen al eerder uitvoerig geschreven.⁵⁶ Dat maakt een gedetailleerde uiteenzetting hier overbodig, en een dergelijke uiteenzetting dient ook niet het doel van dit artikel. Wel willen wij in vogelvlucht de belangrijkste duurzaamheidswetgeving benoemen, en daarbij ingaan op haar voor bancaire klimaat-aansprakelijkheid relevante hoofdkenmerken. Daarbij laat zij zich tot op zekere hoogte categoriseren.

Prudentiële regelgeving

De eerste categorie duurzaamheidswetgeving beoogt banken te beschermen tegen duurzaamheidsrisico's waaraan zij zelf en hun klanten zijn blootgesteld.⁵⁷ Daartoe verscherpt deze wetgeving het voor banken geldende prudentieel toezicht met betrekking tot het risico dat duurzaamheidsfactoren van nadelige invloed zijn op de bank en haar klanten (*outside-in*). Het gaat daarbij om klimaatgerelateerde kredietrisico's in de vorm van zowel (1) fysieke risico's (denk aan waardeverlies van onderpand door overstroming) als (2) transitierisico's (denk aan waardeverlies van onderpand dat geen functie heeft in een niet-fossiele samenleving, vaak 'stranded assets' genoemd). Maar het gaat ook om reputationele risico's en het risico van rechtszaken ('litigation risk'). Deze risico's met nadelige invloed op de bank moeten, voor de goede orde, worden onderscheiden van de risico's die zijn verbonden aan de nadelige duurzaamheidseffecten die *uitgaan* van de bank en haar klanten (*inside-out*). Het verscherpte toezicht op *outside-in* risico's bestaat uit aanvullende vereisten op het gebied van onder meer governance, risicobeheer en kapitaaleisen. Deze vereisten zullen terugkomen in de CRR (Capital Requirements Regulation) en CRD (Capital Requirements Directive), waarvoor nog wijzigingen in de maak zijn.⁵⁸

Maar wij willen ook wijzen op de al bestaande richtsnoeren van prudentiële toezichthouders: zo heeft de ECB, als toezichthouder van systeembanken, in 2020 gedetailleerde verwachtingen kenbaar gemaakt over de betekenis van klimaat-

en milieurisico's voor banken.⁵⁹ Deze verwachtingen zijn niet vrijblijvend; de ECB heeft aangekondigd dat zij van banken een stapsgewijze implementatie verlangt en uitgaat van volledige nakoming per einde 2024 (waarna zij zo nodig handhavend zal optreden).⁶⁰ De verwachtingen richten zich onder meer op businessmodellen, strategie, governance, risicobereidheid en risicobeheer.

Een van de doelen daarvan is het voorkomen van een te abrupte en schoksgewijze transitie naar een emissiearme economie. Dit betekent onder meer dat de ECB verlangt dat banken aan de hand van langetermijnanalyses (in lijn met bijvoorbeeld de reductiedoelstellingen van de Europese Unie) transitie-scenario's ontwikkelen voor hun verdienmodellen. Tegen die achtergrond wijst de ECB banken op de mogelijkheid tijdsgebonden doelstellingen te formuleren met betrekking tot de aan hun financieringen verbonden emissies. Dergelijke scenario's en doelstellingen acht de ECB ook van belang ter beheersing van reputatierisico's en litigation risk verbonden aan initiatieven zoals de NZBA, zo blijkt uit de 'good practices' die de ECB afgelopen najaar heeft gedeeld.⁶¹ Die good practices geven bovendien handreikingen voor de wijze waarop banken deze scenario's en doelstellingen verder kunnen vormgeven en verwezenlijken, onder meer aan de hand van aanwijzingen voor het bevorderen van verduurzaming bij klanten ('engagement') en waar nodig beëindigen van de klantrelatie ('divestment').

Aldus dwingt de ECB, tot op zekere hoogte, banken tot het opstellen van een klimaatplan. Daarmee is echter niet gezegd dat deze klimaatplannen ook toereikend zijn. Hiervoor signaleerden wij al dat eerder het tegenovergestelde het geval is, ook volgens de ECB.⁶² Vanuit het oogpunt van klimaataansprakelijkheid zullen de richtsnoeren van de ECB banken ook niet aansporen tot voldoende verstrekkende verbeteringen van hun klimaatplannen; klimaataansprakelijkheid komt voort uit *inside-out* risico's, terwijl de richtsnoeren van de ECB – als instrument voor de beheersing van *outside-in* risico's – geen voorschriften geven die garanderen dat banken verantwoordelijkheid nemen voor hun fair share in het beperken van gevaarlijke klimaatverandering.

Regelgeving voor verduurzaming van kapitaalstromen

Een tweede categorie duurzaamheidswetgeving waarmee banken van doen hebben, beoogt kapitaalstromen te verduurza-

56 Er zijn meerdere nuttige themanummers en themabundels verschenen. Bijv. NTBR 2022, afl. 10, M.J. van Loopik e.a. (red.), *The Twin Transition: Digital & Sustainable Finance*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, FR 2021, afl. 8/9 en F.E.J. Beekhoven van den Boezem e.a. (red.), *Sustainability and Financial Markets (Law of Business and Finance, Vol. 17)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

57 Zie over deze categorie ook Van der Eerden 2022.

58 Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 575/2013 as regards requirements for credit risk, credit valuation adjustment risk, operational risk, market risk and the output floor, 2021/0342/COD; Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/36/EU as regards supervisory powers, sanctions, third-country branches, and environmental, social and governance risks, and amending Directive 2014/59/EU, 2021/0341/COD.

59 European Central Bank, *Guide on Climate-Related and Environmental Risks. Supervisory Expectations Relating to Risk Management and Disclosure*, november 2020. Van bankbestuurders verlangt de ECB dat zij beschikken over adequate kennis van klimaat- en milieurisico's, deze risico's meenemen in de strategie, de bedrijfsdoelen en het risicobeheer van de bank, en op deze risico's effectief toezien. Zie European Central Bank, *Guide to Fit and Proper Assessments*, december 2021.

60 Zie www.bankingsupervision.europa.eu/press/pr/date/2022/html/ssm.pr221102~2f7070c567.en.html.

61 European Central Bank, *Good Practices for Climate-Related and Environmental Risk Management. Observations from the 2022 Thematic Review*, november 2022.

62 Zie noot 9 t/m 11 en 41.

men.⁶³ Belangrijke pijlers hiervan zijn de SFDR (Sustainable Finance Disclosure Regulation) en de Taxonomieverordening, maar bijvoorbeeld ook de Duurzaamheidsbenchmarkverordening en de toekomstige European Green Bond Standard kunnen in deze categorie worden geplaatst.⁶⁴ Bij deze wetgeving staat centraal dat duurzaamheidskenmerken een nadrukkelijker plaats (kunnen) krijgen in beleggingsbeslissingen. De sleutel daartoe is harmonisatie van standaarden en transparantie, zo is de gedachte; beleggingsbeslissingen moeten op basis van de juiste duurzaamheidsinformatie kunnen worden genomen (zeker als de belegger een 'groene' belegging beoogt, want dan ligt 'greenwashing' op de loer).

Dat schept verplichtingen voor onder andere uitgevende instellingen en intermediairs (vermogensbeheerders, verzekeraars met insurance-based investment products en hun tussenpersonen). Banken treden vaak in meerdere van die hoedanigheden op. Deze verplichtingen moeten beleggers beter zicht geven op de duurzaamheidskenmerken van een beleggingsproduct. Dat wil zeggen: de duurzaamheidsrisico's waaraan het product is blootgesteld (outside-in impact op rendement), en de duurzaamheidseffecten die van het product uitgaan (inside-out impact op duurzaamheid).⁶⁵ Ook geven deze verplichtingen beleggers de mogelijkheid zich uit te spreken over hun voorkeuren ter zake, die hun intermediair vervolgens in zijn dienstverlening moet betrekken.

Regelgeving voor verslaglegging

De derde categorie duurzaamheidswetgeving, die naast banken ook andere grote (financiële en niet-financiële) bedrijven raakt, beoogt eveneens een grotere transparantie. Hier draait het om verslaglegging inzake de duurzaamheidskenmerken van de bank *zelf*, vanuit zowel een inside-out als een outside-in perspectief. Dit is niet helemaal nieuw, want sinds 2018 geeft de NFRD (Non-Financial Reporting Directive) al vereisten op dit vlak.⁶⁶ Deze vereisten zullen worden uitgebreid onder de al genoemde Taxonomieverordening, die banken vanaf verslagjaar 2023 verplicht tot het rapporteren van hun GAR (green asset ratio, oftewel het aandeel duurzame activa in het totaal van activa op de balans van de bank). Maar van groter belang is de CSRD (Corporate Sustainability Reporting Di-

rective), die vanaf verslagjaar 2024 in werking treedt.⁶⁷ Onder de CSRD zullen rapportagestandaarden worden vastgesteld die verplichten tot een veel bredere en meer gedetailleerde verslaglegging dan de NFRD nu voorschrijft, met afzonderlijke voorschriften voor verschillende duurzaamheidsthema's.⁶⁸ Onder de conceptstandaarden met betrekking tot klimaatverandering⁶⁹ zullen banken en (CSRD in-scope) klanten verplicht zijn tot rapportage van onder meer scope 1-, 2- en 3-emissies, maar bijvoorbeeld ook tot openbaarmaking van klimaatplannen, emissiereductiedoelen, de beoordeling van bestuur en toezichthouders tegen de achtergrond daarvan, acties voor klimaatmitigatie en -adaptatie en de daaraan toegekende middelen. En daar is nog (lang) niet alles mee gezegd.

Regelgeving voor het nemen van 'passende maatregelen'

En dan de vierde categorie, in zekere zin een buitencategorie; deze duurzaamheidswetgeving beoogt banken (en andere grote financiële en niet-financiële bedrijven) niet alleen te bewegen, maar ook te *dwingen* tot een beperking van hun nadelige (inside-out) duurzaamheidseffecten. Het betreft hier met name de concept-CSDD (Corporate Sustainability Due Diligence Directive),⁷⁰ die binnen Nederland niet los kan worden gezien van het eerdere voorstel voor een Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen.⁷¹ De vorming van deze wetgeving is nog volop gaande, en waartoe deze precies zal verplichten, is nog niet zeker.⁷² Dat komt mede doordat deze vierde categorie duurzaamheidswetgeving verder gaat dan de eerste drie, die zich strikt genomen beperken tot het beheersen (en niet beperken) van outside-in risico's (categorie 1) en het

63 Zie over deze categorie o.a. R.E. Labeur, Vermogensbeheerders en duurzaamheidstransparantie, R.P. Raas, Duurzaamheidsvoorkeuren: een hernieuwde kennismaking en W.F. Mulder, EU Green Bond Standard, allen in: M.J. van Loopik e.a. (red.), *The Twin Transition: Digital & Sustainable Finance*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

64 Zie daarnaast Commission Delegated Regulations 2021/1253, 2021/1255, 2021/1256 en 2021/1257 en Regulation 2019/2089.

65 In hoeverre de Taxonomieverordening daar in alle gevallen in slaagt, is de vraag, nu daarin nucleaire energie en gas onder voorwaarden worden erkend als 'transitieactiviteit' onder art. 10 lid 2. Zie ook K. Abnett, Greenpeace to Sue EU over 'Green' Label for Gas and Nuclear, Reuters 9 februari 2023.

66 Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups.

67 Directive (EU) 2022/2464 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 amending Regulation (EU) No 537/2014, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Directive 2013/34/EU, as regards corporate sustainability reporting.

68 Zie voor de concepten van de European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG) die de Europese Commissie naar verwachting midden 2023 zal aannemen www.efrag.org/Meetings/2211141505388508/EFrag-SRB-Meeting-15-November.

69 EFRAG Draft European Sustainability Reporting Standards, ESRS E1 Climate Change, november 2022.

70 Zie voor het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie 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.

71 Zie voor het wetsvoorstel in zijn meest recente vorm Voorstel van wet van de leden Van der Graaf, Jasper van Dijk, Thijssen, Van der Lee, Koekkoek en Hammelburg houdende regels voor gepaste zorgvuldigheid in waardeketens om schending van mensenrechten en het milieu tegen te gaan bij het bedrijven van buitenlandse handel (Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen), Kamerstukken II 2022/23, 35761, nr. 9. Binnen de Nederlandse context moet ook worden gewezen op de recente Kamerbrief van de Minister van Financiën (zie noot 9), waarin zij onderzoek aankondigt naar verdere regulering voor het vergroten van de bijdrage van de financiële sector aan het versnellen van de klimaattransitie. De daarbij genoemde 'huidige denkrichtingen' zijn op dit moment dermate algemeen dat wij deze in dit artikel buiten beschouwing laten. Wel merken wij op dat de in de Kamerbrief genoemde verplichting om financieringen en beleggingen in lijn te brengen met de doelstellingen van het Parijsakkoord naar onze mening een *resultaats*verplichting zou moeten zijn.

72 Wij gaan steeds uit van de voorstellen waarnaar wij verwijzen in noot 70 en 71.

door informatie stimuleren (en niet bewerkstelligen) van verduurzaming (categorie 2 en 3).

Het belangrijkste instrument in deze vierde categorie is een verplichting tot ‘due diligence’ in de keten, in het Nederlands ‘passende zorgvuldigheid’ genoemd. Die verplichting komt neer op het nemen van ‘passende maatregelen’ om nadelige duurzaamheidseffecten te identificeren, voorkomen, mitigeren en beëindigen (art. 4 t/m 11 CSDD). Ook is er een verplichting tot het opstellen van een klimaatplan, dat het bedrijfsmodel en de strategie van het bedrijf ‘verenigbaar’ moet maken met de overgang naar een duurzame economie en het Parijsakkoord (art. 15 CSDD). Deze verplichtingen winnen aan kracht doordat de CSDD voorziet in publiekrechtelijk toezicht (art. 17 t/m 21 CSDD) en bovendien in uitdrukkelijke civielrechtelijke aansprakelijkheid (art. 22 CSDD). Dit zonder aan bestaande, strengere aansprakelijkheidsregimes af te willen doen (art. 1 lid 2 en 22 lid 4 CSDD).

Hoewel de Europese Commissie verdere richtsnoeren zal kunnen geven (art. 13 en 14 lid 4 CSDD), verwachten wij dat een aanzienlijke interpretatie- en concretiseringslag nodig zal blijven om te bepalen waartoe de CSDD in een individueel geval verplicht.⁷³ Dat onderstreept de noodzaak van een effectief mechanisme om de naleving van verplichtingen te kunnen afdwingen (ook civielrechtelijk, zoals de Europese Commissie in haar voorstel onderkent).⁷⁴ Het valt immers te verwachten dat sommige bedrijven hun verplichtingen te weinig verstrekkend en mogelijk zelfs opportunistisch interpreteren. Temeer omdat op zowel de concept-CSDD als het Nederlandse wetsvoorstel de nodige kritiek wordt geuit. Weliswaar valt op beide initiatieven wetgevingstechnisch nog wel het nodige op en aan te merken, ook vanuit het groene belang geredeneerd, maar de discussie gaat verder; dat duurzaamheid (eerbiediging van mensenrechten daaronder begrepen) niet langer vrijblijvend

is, lijkt voor sommige partijen de werkelijke steen des aanstoots.⁷⁵

3.3 De relatie tot bancaire klimaataansprakelijkheid

Hoe nu deze duurzaamheidswetgeving te beschouwen in relatie tot bancaire klimaataansprakelijkheid?⁷⁶ Eén ding is zeker: zij geeft geen panklaar middel om bancaire klimaataansprakelijkheid te vermijden.

De eerste drie categorieën duurzaamheidswetgeving dienen een geheel ander doel dan bancaire klimaataansprakelijkheid (beheersing van outside-in risico’s en het door informatie stimuleren van verduurzaming). De vierde categorie raakt wél aan aansprakelijkheid, maar de verplichtingen onder deze duurzaamheidswetgeving zijn contextgebonden, net als de algemene zorgvuldigheidsnorm voor klimaataansprakelijkheid. En bovendien laten de verplichtingen onder de vierde categorie klimaataansprakelijkheid onder de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW onverlet. Wat een bank moet doen om invulling te geven aan haar verplichtingen in het kader van klimaatverandering, blijft dus boven alles een contextgebonden kwestie.

Conceptueel kunnen we daarmee leven, geredeneerd vanuit zowel het klimaatbelang als het belang van de bank. Het klimaatbelang heeft de zekerheid dat een bank verplicht is tot niet minder dan haar redelijke bijdrage aan het oplossen van het klimaatprobleem, wat gelet op de omvang en urgentie van de noodzakelijke maatregelen valt toe te juichen. Het belang van de bank is gediend met de waarborg dat de ‘lasten’ van het beperken van klimaatverandering proportioneel worden verdeeld (zie par. 2.2), en ook bij de flexibiliteit om haar verplichtingen naar eigen inzicht handen en voeten te geven. Maar, meer praktisch bezien, staat de bank nog steeds zelf voor de taak geobjectiveerd te bepalen wat haar fair share nu eigenlijk is en hoe die concreet in te vullen. Nu dit zou kunnen leiden tot de conclusie dat zij haar volume gefinancierde absolute emissies per 2030 moet terugbrengen met ten minste 45% (zie par. 2.4), betekent dit dat de bank zélf zal moeten besluiten

73 Het Nederlandse wetsvoorstel is op onderdelen meer prescriptief. In zijn meest recente vorm verlangt het wetsvoorstel in art. 2.4.2 een klimaatplan dat, als er potentiële of daadwerkelijke risico’s op nadelige gevolgen voor klimaatverandering zijn gevonden, ook doelstellingen bevat voor de reductie van netto-broeikasgasemissies van ten minste 55% in 2030 ten opzichte van de niveaus in 1990.

74 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, p. 16.

75 Zie bijv. B. van Dijk, Boskalis-topman: ‘Aanzien van Nederland op het wereldtoneel bladdert af’, Het Financieel Dagblad 2 januari 2023. Er is dan ook een stevige lobby voor tegengas tegen de CSDD op gang gekomen. Zie ook L. van Lonkhuyzen e.a., De lat voor verantwoord ondernemen moet niet te hoog liggen, vindt de bedrijvenlobby, NRC 28 februari 2023. Het belang van kwalitatieve wetgeving onderschrijven wij volledig, maar wij betreuren het meer materiële tegengeluid. Niet alleen vanwege de urgentie van het klimaatprobleem. Maar ook omdat een Europees, algemeen en breed afgedwongen kader voor de onvermijdelijke zorgvuldigheidsverplichtingen van bedrijven ons in *ieders* belang lijkt, de tegenstribbelende bedrijven daaronder begrepen. Bij afwezigheid daarvan zullen deze verplichtingen immers enkel via incidentele (civiele) acties kunnen worden afgedwongen, wat voor zowel duurzaamheidsvoorlopers als -achterblijvers ten koste gaat van het vaak zo belangrijk gevonden level playing field.

76 De duurzaamheidswetgeving is ook van invloed op andere vormen van bancaire aansprakelijkheid, bijv. jegens klanten die vertrouwen op advies of informatie bij een duurzame verbouwing of belegging. Deze andere aansprakelijkheidsvormen vallen buiten het bereik van dit artikel. Zie over deze aansprakelijkheidsvormen onder meer Bierens 2020.

over koerswijzigingen, grenzen aan de groei, ingrijpende maatregelen en financiële offers (zie par. 2.4). Die uitdaging is groot, maar daarmee niet minder nodig. Het lijkt ons een uitdaging waarbij de duurzaamheidswetgeving zou kunnen worden verwelkomd als een behulpzame stimulans.

Een belangrijke reden daarvoor is allereerst dat de duurzaamheidswetgeving ondersteunend is bij het *opstellen* van een toereikend en beter verifieerbaar klimaatplan, doordat zij de bank dwingt tot – maar daarmee ook helpt bij – het verkrijgen en geven van inzicht. In de eerste plaats bewerkstelligt de duurzaamheidswetgeving steeds meer en kwalitatief betere duurzaamheidsinformatie met betrekking tot haar *portefeuille*. De bank verkrijgt meer inzicht in, bijvoorbeeld, de klimaatrisico's waaraan haar portefeuille is blootgesteld (outside-in), de nadelige effecten van die portefeuille (inside-out), de toe- of afname van die effecten en de redelijke vooruitzichten, maar ook het onbenutte potentieel dienaangaande (op basis van inzicht in bijvoorbeeld de strategie, de reductiedoelen en acties van de klant). Dit bevordert de mogelijkheden van de bank om een beter gefundeerd en ambitieus klimaatplan te definiëren. Eenzelfde behulpzame dwang gaat uit van de verplichting voor de bank tot het publiceren van *eigen* duurzaamheidsinformatie, zoals scope 1-, 2- en 3-emissies en de GAR, maar ook transitieplannen en emissiereductiedoelen. Niet in de laatste plaats omdat dit, dankzij duurzaamheidswetgeving, op een meer uniforme wijze zal moeten gebeuren. Daardoor laten bijvoorbeeld emissievolumes en reductiedoelstellingen zich eerlijker met die van andere banken vergelijken. Een ambitieuze stap van de bank vooruit zal door klanten en andere belanghebbenden dus ook beter op waarde kunnen worden geschat.

Ook bij het *implementeren* van een ambitieus klimaatplan is de duurzaamheidswetgeving de bank van dienst, bijvoorbeeld omdat duurzaamheidsrisico's adequater en bovendien meer geharmoniseerd zullen worden ingeprijsd en de bank door betere informatie ook beter op duurzaamheidsprestaties van klanten zal kunnen sturen. Bovendien lijkt de duurzaamheidswetgeving ons een zeer geschikt aanknopingspunt voor een intensivering van gesprekken met klanten. Natuurlijk allereerst doordat met de beschikbaarheid van betere informatie een gericht gesprek over de verduurzaming van de klant mogelijk is ('engagement'). Maar daar hoeft het niet bij te blijven, in het bijzonder waar het grotere klanten in meer emissie-intensieve sectoren betreft: zeker de vierde categorie duurzaamheidswetgeving (die zowel bank als klant tot beperking van nadelige duurzaamheidseffecten *dwingt*) zou de bank kunnen gebruiken als extra aanknopingspunt om in gesprek te gaan over (een aanscherping van) de duurzaamheidscriteria waaronder de bank de relatie met de klant wil voortzetten of juist wil kunnen beëindigen ('divestment'). De bank heeft er immers belang bij zeker te stellen dat zij geen klanten financiert die niet aan deze wetgeving voldoen.

In het licht van klimaataansprakelijkheid is duurzaamheidswetgeving voor een bank dus een welkome stimulans, omdat

zij de bank kan helpen beter *uitvoering* te geven aan haar verplichtingen bij het beperken van gevaarlijke klimaatverandering. Wat betreft de *strekking* van die verplichtingen gaat daarmee samen dat de duurzaamheidswetgeving deze eerder zal verzwaren dan verlichten. Maar banken doen er goed aan deze verzwarende invloed van duurzaamheidswetgeving niet te overschatten. Althans niet dermate dat dit leidt tot de conclusie dat een bank, in afwachting van de (deels toekomstige) duurzaamheidswetgeving, geen concrete verplichtingen heeft. Ook nu al mag van banken op grond van de algemene zorgvuldigheidnorm van art. 6:162 lid 2 BW worden verwacht dat zij verantwoordelijkheid nemen voor hun fair share in het beperken van gevaarlijke klimaatverandering, wat in een individueel geval tot verstrekkende maatregelen kan verplichten (par. 2, in het bijzonder par. 2.4). Temeer omdat de omvang en urgentie van de voor een 1,5 °C-scenario noodzakelijke maatregelen betekenen dat deze maatregelen simpelweg geen uitstel kunnen dulden om op koers te blijven (par. 2.1).

4 Slot

De boodschap zal duidelijk zijn: naleving van duurzaamheidswetgeving is belangrijk, maar voor banken is een groter belang gelegen in het vaststellen en effectief implementeren van een toereikend klimaatplan. Vanuit juridisch perspectief is dat belang gelegen in het vermijden van klimaataansprakelijkheid. Maar het uiteindelijke belang is natuurlijk het beperken van gevaarlijke klimaatverandering, en de bedreiging van mensenrechten als gevolg daarvan. Dat is naast (wat ons betreft) een morele verplichting, ook (en dat doet hier meer ter zake) een juridische verplichting.⁷⁷

Een toereikend klimaatplan is een klimaatplan dat daadwerkelijke en voldoende ambitieuze emissiereducties garandeert. En wel zodanig dat dit de fair share van de bank in de beperking van gevaarlijke klimaatverandering representeert. In paragraaf 2.4 kwam al aan de orde dat dit kan verplichten tot een verstrekkender klimaatplan dan wel wordt verondersteld; het kan zomaar zijn dat het volume gefinancierde absolute emissies met ten minste 45% moet afnemen en koerswijzigingen, grenzen aan groei, ingrijpende maatregelen en financiële offers onvermijdelijk zijn. Omdat klimaataansprakelijkheid een contextgebonden kwestie is, die bovendien wordt gekleurd door veranderende wetenschappelijke en maatschappelijke ontwikkelingen, valt op voorhand slechts beperkt helderheid te geven over wat dit nu precies betekent in een individueel geval. En dat is ook inherent aan de onduidelijkheid die gepaard gaat met grote transities: we weten dat het traditionele kader niet meer past, maar het nieuwe kader moet zich nog vormen. De bank zal dus vooral zelf haar juridische verplichtingen moeten bepalen, en blijven heroverwegen, ondanks de daarmee gepaard gaande onzekerheid. Dit vraagt veel van de bank, zeker als pijnlijke beslissingen noodzakelijk zijn.

⁷⁷ Toch lijkt ons dat het (ook praktisch gezien) waardevol kan zijn ook de moraliteit van die verplichting voor ogen te houden, al was het maar omdat de motivatie voor een waardegedreven transitie vermoedelijk groter zal zijn dan die voor een compliancegedreven implementatietraject.

Maar daarmee ligt er niet alleen een opgave voor de bank en haar bestuurders. Er ligt ook een verantwoordelijkheid bij andere bij de bank betrokken actoren. Zij kunnen de bank helpen meer grip te krijgen op haar individuele verplichtingen en de feitelijke nakoming daarvan. Belangenorganisaties door het uitspreken van hun verwachtingen. Toezichthouders door het scheppen van duidelijke kaders voor de implementatie van duurzaamheidswetgeving en het onderkennen van de betekenis en impact van (maatregelen ter voorkoming van) klimaat-ansprakelijkheid. Klanten door de bereidheid om met de bank in gesprek te gaan vanuit het besef dat verduurzaming voor zowel de bank als henzelf onvermijdelijk is. Adviseurs, intern en extern, door het verstrekken van accurate informatie over de positie van de bank en haar klanten, vanuit het begrip dat traditionele kaders veranderen en vanuit de creativiteit om gebruik te maken van de mogelijkheden die dit scheidt (zoals het opnieuw benaderen van open normen in de contractuele relatie met de klant, of het benutten van de positieve stimulans die uitgaat van duurzaamheidswetgeving).

Uiteindelijk is klimaatverandering immers een opgave voor ons allemaal. En ligt het dan niet voor de hand dat iedereen de verantwoordelijkheid neemt om, binnen de eigen invloedssfeer, daar een betekenisvolle bijdrage aan te leveren? Die oproep lijkt wellicht een open deur, maar zou weleens veel meer kunnen inhouden dan gedacht, ook voor (juridische) beroepsbeoefenaars. In termen van uitdagingen (de meeste klimaatplannen schieten immers nog schromelijk tekort), maar vooral ook in termen van kansen om kennis en ervaring op een vernieuwende en intellectueel stimulerende manier te kunnen inzetten voor de oplossing van een van de grootste problemen van deze tijd.