

Duurzaamheidsrapportage en gepaste zorgvuldigheid; *practice what you preach* (deel 2)

1. Inleiding

In deel 1 van deze tweedelige bijdrage heb ik stilgestaan bij de nationale en internationale (maatschappelijke) ontwikkelingen op het gebied van ESG-normering en enkele initiatieven die in dat kader zijn gepubliceerd.¹ Hierbij staan de rapportage- en zorgvuldigheidsplicht van de CSR-richtlijn respectievelijk het CSDD-richtlijnvoorstel centraal. Deel 2 ziet vervolgens op de recentelijk ingevoerde rapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen in het Britse vennootschapsrecht (par. 2), waarna de voor- en nadelen van de Europeesrechtelijke en Britse initiatieven aan de hand van enkele reacties daarop kunnen worden vergeleken (par. 3). Aan de hand van deze vergelijking sluit ik deze bijdrage af met een conclusie (par. 4) en met een drietal aanbevelingen (par. 5).

2. De rapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen in het Britse vennootschapsrecht

2.1. Aanleiding en totstandkoming van de Regulations

Op 31 januari 2020, slechts enkele maanden na publicatie van de Green Deal, besloot het Verenigd Koninkrijk uit de EU te treden. De toenmalige Britse minister-president, Boris Johnson, kondigde in dat kader aan dat de Britse wet- en regelgeving na de 'Brexit' niet noodzakelijkerwijs in lijn zou worden gebracht met de Europese regelgeving.² Desondanks lijkt duurzaamheid en milieu ook in het Verenigd Koninkrijk een belangrijk thema en gaat de opkomende ESG-beweging aldaar eveneens gepaard met greenwashing. Zo werden Boohoo en ASOS, twee grote Britse modeketens, onlangs nog op de vingers getikt door de met de ACM vergelijkbare *Competition and Markets Authority* vanwege misleidende en vage duurzaamheidsclaims.³

Ter regulering van de milieuproblematiek en de rol van het bedrijfsleven daarin, publiceerde de Britse overheid in oktober 2021 een beleidsplan vergelijkbaar met de Green Deal, getiteld '*Net Zero Strategy: Build Back Greener*' (hierna: 'Net Zero Strategy'). De einddoelstelling van de Net Zero Strategy is gelijk aan die van de Green Deal: het terugdringen van de uitstoot van broeikasgassen om in 2050 een circulaire economie te bewerkstelligen.⁴

Dit beleidsplan vormt tezamen met de niet-bindende richtsnoeren van de *Task Force on Climate-Related*

*Financial Disclosures*⁵ de basis voor de rapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen van de per april 2022 in werking getreden Regulations, waarmee wijzigingen zijn aangebracht in artikel 414C, 414CA en 414CB van de Companies Act.⁶ Het doel van de Regulations, zo volgt uit de toelichting daarop, is om openbaarmaking van klimaatgerelateerde informatie en het beheer van klimaatgerelateerde financiële risico's en mogelijkheden te bevorderen.

2.2. De niet-financiële en duurzaamheidsrapportageverplichting van de Regulations

Artikel 414C van de Companies Act heeft betrekking op het zogeheten '*strategic report*' (hierna: 'strategisch rapport'). Het gaat hierbij om een verslag waarin een getrouw beeld wordt geschetst van de activiteiten van de onderneming en waarin een beschrijving wordt gegeven van de voornaamste risico's en onzekerheden voor de onderneming.⁷

De inhoud van het strategisch rapport is zeer vergelijkbaar met dat van het bestuursverslag van artikel 2:391 lid 5 BW. Zo dient een evenwichtige en volledige analyse te worden verstrekt van de ontwikkeling en de resultaten van de onderneming gedurende het boekjaar, de positie van het bedrijf aan het einde van het boekjaar en de financiële en niet-financiële prestatie-indicatoren die hierbij van belang zijn.⁸

2.2.1. Formele reikwijdte

De formele reikwijdte van de niet-financiële en duurzaamheidsrapportageverplichting wordt nader toegelicht in artikel 414CA van de Companies Act. Hieruit volgt welke ondernemingen verplicht zijn tot het opnemen van niet-financiële informatie en een duurzaamheidsrapportage in het strategisch rapport, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen twee categorieën van ondernemingen.

In de eerste plaats omvat lid 1 van artikel 414CA van de Companies Act een opsomming van vijf soorten ondernemingen die vanwege hun functie of activiteiten onder de formele reikwijdte vallen. Het gaat hierbij om (i) beursgenoteerde ondernemingen, (ii) financiële dienstverleners, (iii) verzekeringsmaatschappijen of (iv) anderszins bij de verzekeringsmarkt betrokken ondernemingen en (v) ondernemingen met een notering aan de '*Alternative*

1. De afkortingen die in deze bijdrage worden gebruikt krijgen dezelfde betekenis als daaraan toegekend in deel 1 van dit tweeluik.

2. 'Boris Johnson to reject regulatory alignment in EU trade talks', *Financial Times* 2 februari 2020.

3. 'UK competition watchdog to probe fashion retailers over greenwashing', *Financial Times* 29 juli 2022.

4. Department for Business, Energy & Industrial Strategy, *Net Zero Strategy: Build Back Greener*, 19 oktober 2021, p. 15-17.

5. Task Force on Climate-Related Financial Disclosures, *Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures*, 2017.

6. Companies (Strategic Report) (Climate-related Financial Disclosure) Regulations 2022 (SI 2022/31); Limited Liability Partnerships (Climate-related Financial Disclosure) Regulations 2022 (SI 2022/46).

7. Art. 414C lid 2 Companies Act.

8. Art. 414C lid 3 en 4 Companies Act.

Investment Market'.⁹ Deze categorie bestond reeds vóór de inwerkingtreding van de Regulations en is ongewijzigd gebleven.

De tweede categorie heeft betrekking op ondernemingen die voldoen aan de in artikel 414C van de Companies Act genoemde drempelwaarden, die ingevolge de Regulations in deze bepaling zijn opgenomen. Hierbij wordt nader onderscheid gemaakt tussen enerzijds moedermaatschappijen van een groep en anderzijds overige ondernemingen. Een onderneming die gedurende het boekjaar aan de top van een concern stond, oftewel de moedermaatschappij van de groep was, valt onder de formele reikwijdte indien (i) de omzet van de groep meer is dan 500 miljoen pond en (ii) de groep gedurende het boekjaar meer dan 500 werknemers in dienst had.¹⁰ Een onderneming die géén moedermaatschappij van een groep is (geweest), valt onder de formele reikwijdte indien (i) de onderneming omzet genereerde van meer dan 500 miljoen pond en (ii) de onderneming gedurende het boekjaar meer dan 500 werknemers in dienst had.¹¹ Zowel de werknemers- als de omzeldrempelwaarde ligt hiermee aanzienlijk hoger dan de drempelwaarden voor de formele reikwijdte van de duurzaamheidsrapportageverplichting van de CSR-richtlijn.

2.2.2. Materiële reikwijdte

De materiële reikwijdte van de niet-financiële en duurzaamheidsrapportageverplichting volgt uit artikel 414C en 414CB van de Companies Act. Reeds vóór de inwerkingtreding van de Regulations, bepaalde lid 2 van artikel 414C van de Companies Act dat een niet-financiële rapportageverplichting onderdeel uitmaakt van het strategisch rapport. Ten aanzien van deze bepaling is met de Regulations slechts één tekstuele wijziging doorgevoerd. Hieruit volgt dat in het strategisch rapport niet enkel 'niet-financiële informatie' dient te worden verstrekt, maar dat het strategisch rapport tevens een duurzaamheidsrapportage dient te bevatten. In dat opzicht is de wijziging door de Regulations vergelijkbaar met de eerste wijziging van de materiële reikwijdtebepaling van de CSR-richtlijn, waarin de term 'niet-financiële informatie' is vervangen door het begrip 'duurzaamheidsinformatie'. Of hieraan ook een vergelijkbare gedachte ten grondslag ligt, volgt niet uit de Regulations.

Vervolgens volgt uit het met de Regulations nieuw ingevoerde lid A1 van artikel 414CA van de Companies Act dat het strategisch rapport een '*non-financial and sustainability information statement*' (hierna: 'informatie-statement') bevat, waarin de klimaatgerelateerde financiële informatie met betrekking tot de company dient te wor-

den opgenomen. Het begrip 'klimaatgerelateerde financiële informatie' wordt gedefinieerd in het nieuw ingevoerde lid 2A van artikel 414CB van de Companies Act, waarin is bepaald dat in de duurzaamheidsrapportage acht concrete punten aan bod moeten komen. Hoewel daarbij in de toelichting op de Regulations geen expliciete aansluiting wordt gezocht, reflecteren de acht punten van de duurzaamheidsrapportageverplichting eveneens de strekking van het due diligence-proces zoals beschreven in de OESO Handreiking.

Het eerste onderwerp dat dient terug te komen in het strategisch rapport betreft een beschrijving van de wijze waarop de onderneming haar klimaatrisico's en -mogelijkheden beheert. De strekking van deze verplichting komt overeen met de eerste stap van het due diligence-proces, waarin het gaat om de integratie van duurzaamheidsnormen in het beleid en de managementsystemen van de onderneming.¹² Opgemerkt dient te worden dat, hoewel het gaat om de klimaatgerelateerde financiële informatie, het onderscheid tussen financiële en niet-financiële informatie niet altijd duidelijk is. Zo wijzen Brown en Myklebust erop dat de begrippen 'financiële informatie' en 'niet-financiële informatie' in het kader van deze duurzaamheidsrapportage niet strikt van elkaar kunnen worden onderscheiden, omdat duurzaamheids- en milieurisico's doorgaans zowel financiële als niet-financiële implicaties hebben voor de onderneming.¹³

Het tweede tot en met het vijfde punt gaan vervolgens in op de verplichting om uitgebreid en vanuit verschillende perspectieven te beschrijven op welke wijze de onderneming de klimaatgerelateerde risico's en kansen identificeert en beoordeelt. Dit voorschrift strookt met de tweede stap van het due diligence-proces, waarbij het gaat om het identificeren en beoordelen van de potentiële en werkelijke negatieve gevolgen van de activiteiten van de onderneming.¹⁴ Deze punten reflecteren het dubbele materialiteitsperspectief, zoals dit ook werd beschreven in het kader van de materiële reikwijdte van de duurzaamheidsrapportageverplichting van de CSR-richtlijn.¹⁵

Vanaf het vijfde punt loopt de volgorde van het due diligence-proces van de OESO Handreiking en die van de Britse rapportageverplichting uiteen. De inhoud blijft echter in grote mate vergelijkbaar. Zo bepalen het zesde en het achtste punt van de rapportageverplichting dat de onderneming haar strategie dient te evalueren en een beschrijving dient te verstrekken van de prestatie-indicatoren die worden toegepast om de voortgang wat betreft de aanpak van klimaatgerelateerde risico's en kansen te evalueren. Deze punten zijn vergelijkbaar met stap 4 van

9. Art. 414CA lid 1 Companies Act.

10. Art. 414CA lid 1A Companies Act jo. art. 414CA lid 2A onder b Companies Act jo. art. 414CA lid 4 onder b Companies Act.

11. Art. 414CA lid 1A Companies Act jo. art. 414CA lid 2A onder a Companies Act jo. art. 414CA lid 4 onder a Companies Act.

12. Art. 414CB lid 2A onder a Companies Act; OESO, *Due diligence handreiking voor maatschappelijk verantwoord ondernemen*, 2018, p. 20-21.

13. L. Brown, 'The climate-related financial disclosure regulations 2022: a step in the right direction for ESG in the private sector', *Env. L. Rev.* 2022, 24(3), p. 215; T. Myklebust, 'Climate-related Financial Risks: Considering an Emerging Framework for Assessment and Disclosure in a Regulatory Perspective', *European Business Law Review* 2022/33/3, p. 458.

14. Art. 414CB lid 2A onder b-e Companies Act; OESO, *Due diligence handreiking voor maatschappelijk verantwoord ondernemen*, 2018, p. 22-24.

15. Brown, *Env. L. Rev.* 2022, 24(3), p. 219.

het due diligence-proces, met betrekking tot het monitoren van de praktische toepassing en resultaten van het beleid.

Het zevende punt van de rapportageverplichting strookt op hoofdlijnen met de stappen 3 en 5 van het due diligence-proces, omtrent het aanpakken van de negatieve gevolgen en het communiceren over de in dat kader toegepaste werkwijze.¹⁶ Uit dit zevende punt volgt namelijk dat het strategisch rapport een omschrijving dient te bevatten van de wijze waarop de duurzaamheidsrisico's worden aangepakt en de duurzaamheidskansen worden benut. In de Regulations wordt op dit vlak dus zelfs een uitgebreidere beschrijving vereist dan door de OESO-voorschriften, omdat niet enkel de risico's, maar ook de kansen dienen te worden meegewogen. Hiermee resteert enkel de zesde stap van het due diligence-proces, waarin het gaat om het zorgdragen of meewerken aan herstelmaatregelen. Deze laatste verplichting valt niet als zodanig terug te lezen in de bepalingen van de Companies Act.

Tot slot bepaalt het nieuw ingevoerde artikel 414CB lid 4A en 4B van de Companies Act dat wanneer de bestuurders van een onderneming redelijkerwijs van mening zijn dat het verstrekken van bepaalde klimaatgerelateerde informatie niet vereist is, deze informatie mag worden weggelaten uit het strategisch rapport. De bestuurders kunnen hiertoe concluderen indien op grond van de aard van de bedrijfsactiviteiten en de wijze waarop deze worden uitgeoefend, de klimaatgerelateerde informatie niet noodzakelijk is voor een goed begrip van de activiteiten van de vennootschap.¹⁷ Het strategisch rapport dient in een dergelijk geval een duidelijke en gemotiveerde verklaring te bevatten van de grondslag van de overtuiging van de bestuurders.¹⁸

2.3. De impliciete zorgvuldigheidsplicht van de Regulations

Een zorgvuldigheidsplicht is niet expliciet opgenomen in het Britse vennootschapsrecht, maar is gelegen in de ratio achter het strategisch rapport zoals beschreven in lid 1 van artikel 414C van de Companies Act. Het lijkt derhalve niet de bedoeling te zijn geweest van de Britse wetgever om met de Regulations expliciet een zorgvuldigheidsplicht op het gebied van duurzaamheid te introduceren. Toch is dit het indirecte gevolg van de voorgenomde bepaling. De zorgvuldigheidsplicht is hiermee vergelijkbaar met het in paragraaf 3.2.2 beschreven indirecte gevolg van de CSR-richtlijn voor de uitoefening van de bestuurstaak.

Hoewel de tekst van lid 1 van artikel 414C van de Companies Act met de inwerkingtreding van de Regulations

ongewijzigd is gebleven en de zorgvuldigheidsplicht dus reeds daarvoor bestond, is zowel de formele als de materiële reikwijdte van de zorgvuldigheidsplicht als gevolg van de hiervoor besproken rapportageverplichting aanzienlijk verruimd.

2.3.1. Formele reikwijdte

Het ongewijzigde lid 1 van artikel 414C van de Companies Act bepaalt dat het doel van het strategisch rapport is om informatie te verstrekken aan bij de onderneming betrokken personen, en om handvatten te bieden voor de beoordeling van de taakuitoefening door de bestuurders van ondernemingen in de zin van artikel 172 van de Companies Act. Het is onderdeel van de bestuurstaak om het strategisch rapport op te stellen en zorg te dragen voor een juiste inhoud daarvan.¹⁹

De formele reikwijdte van de zorgvuldigheidsplicht sluit hiermee aan bij de formele reikwijdte van de niet-financiële en duurzaamheidsrapportageverplichting. Enkel de bestuurders van ondernemingen die onder deze rapportageverplichting vallen, zijn verplicht tot het opstellen van een strategisch rapport en zijn hiermee onderworpen aan de impliciete zorgvuldigheidsplicht.

2.3.2. Materiële reikwijdte

De materiële reikwijdte van de zorgvuldigheidsplicht volgt in de eerste plaats uit de hiervoor genoemde bestuurstaak, zoals beschreven in artikel 172 van de Companies Act. Uit deze bepaling, die met de Regulations ongewijzigd is gebleven, volgt dat de bestuurder te goeder trouw dient te handelen ter bevordering van het succes van de onderneming. De kern van de bestuurstaak binnen het Britse vennootschapsrecht is daarmee vergelijkbaar met de taak van bestuurders van een Nederlandse B.V., zoals volgt uit artikel 2:129 en 2:239 BW en de rechtspraak, in het bijzonder de Cancun-beschikking van de Hoge Raad.²⁰

Bij het vergelijken van de voorgenomde bepalingen valt op dat lid 1 van artikel 172 van de Companies Act bepaalt dat de bestuurder bij de taakuitoefening rekening dient te houden met een niet-limitatieve opsomming van gezichtspunten, waaronder de gevolgen van de activiteiten van de onderneming voor het milieu. Een dergelijke benadering van het vennootschappelijk belang, waarbij de bestuurder primair handelt ter bevordering van het succes van de onderneming met enige aandacht voor overige belanghebbenden, wordt ook wel aangeduid als de 'enlightened shareholder value'-benadering.²¹ Daarbij geldt echter wel dat aan het aandeelhoudersbelang groter ge-

16. Art. 414CB lid 2A onder f Companies Act; OESO Handreiking 2018, p. 25-26; Art. 414CB lid 2A onder g Companies Act; OESO Handreiking 2018, p. 28.

17. Art. 414CB lid 4A Companies Act.

18. Art. 414CB lid 4B Companies Act.

19. Department for Business, Energy & Industrial Strategy, *Mandatory climate-related financial disclosures by publicly quoted companies, large private companies and LLPs. Non-binding guidance*, februari 2021, p. 18.

20. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:779, NJ 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Roovers/Cancun Holding I*); HR 1 april 1949, ECLI:NL:HR:1949:126, NJ 1949/465, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Doetinchemse IJzergieterij*).

21. J.M. de Jongh, 'Een maatschappelijke resultante', in: B. Kemp, H. Koster & C.A. Schwarz, *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 18-19.

wicht toekomt dan aan de overige deelbelangen.²² Een dergelijke expliciete zorgvuldigheidsplicht van bestuurders op het gebied van duurzaamheid en milieu ontbreekt tot op heden in de Nederlandse wetgeving, maar is al wel terug te lezen in de Code.²³ De verankering van een expliciete zorgvuldigheidsplicht met betrekking tot duurzaamheid in het Nederlandse vennootschapsrecht is echter wel voorgesteld in het in paragraaf 2.3.1 genoemde pamflet en zal eveneens aan de orde zijn bij inwerkingtreding van het CSDD-richtlijnvoorstel.

De materiële reikwijdte van de zorgvuldigheidsplicht met betrekking tot duurzaamheid en milieu wordt nader ingevuld door de met de Regulations ingevoerde niet-financiële en duurzaamheidsrapportageverplichting. De bestuurder wordt daarmee praktisch gezien verantwoordelijk voor de uitvoering van een met de OESO-voorschriften vergelijkbaar due diligence-proces, waarover vervolgens dient te worden gerapporteerd. Het gevolg hiervan is dat de bestuurder mogelijk wordt blootgesteld aan aanvullende aansprakelijkheidsrisico's. Evenals in het Nederlandse recht dient hierbij onderscheid te worden gemaakt tussen interne bestuurdersaansprakelijkheid en externe bestuurdersaansprakelijkheid.²⁴

Het reeds bestaande artikel 463 van de Companies Act ziet op interne aansprakelijkheidsrisico's in geval van onjuiste of misleidende verklaringen in, onder meer, het strategisch rapport. Uit lid 2 van deze bepaling volgt dat een bestuurder aansprakelijk is jegens de company voor het verlies dat zij lijdt als gevolg van (i) een onjuiste of misleidende verklaring of (ii) omissie van informatie die in het strategisch rapport had moeten worden opgenomen. De bestuurder is enkel aansprakelijk indien (i) hij wist dat de verklaring onwaar of misleidend was of roekeloos was ten aanzien van de onwaarheid of het misleidende karakter ervan, of (ii) hij wist dat het weglaten een bedrieglijk verzwijgen van een belangrijk feit was, zo volgt uit lid 3 van de voorgenoemde bepaling. Daarnaast kan interne bestuurdersaansprakelijkheid voortvloeien uit schending van de bestuurstaken, waaronder de hiervoor genoemde verplichting van artikel 172 van de Companies Act om te handelen naar het succes van de onderneming.

Wat betreft de externe aansprakelijkheidsrisico's bepaalt lid 4 van artikel 463 van de Companies Act dat een bestuurder niet aansprakelijk kan worden gesteld door een

andere persoon dan de company voor het feit dat deze persoon of een ander, is afgegaan op informatie in het strategisch rapport. Het gevolg van deze bepaling is dat de bestuurder van een onderneming met de wijziging van artikel 414C-414CB van de Companies Act niet wordt blootgesteld aan nieuwe civiele aansprakelijkheidsrisico's ten opzichte van derden. Derden kunnen zich in beginsel evenmin beroepen op onbehoorlijke vervulling van de in artikel 172 van de Companies Act beschreven bestuurstaken, omdat deze verplichting zoals gezegd, enkel jegens de onderneming moet worden nagekomen.²⁵

Met het ontbreken van een grondslag voor externe bestuurdersaansprakelijkheid kan ten aanzien van beursgenoteerde ondernemingen niet worden voorkomen dat belangenorganisaties door het kopen van aandelen als (activistische) aandeelhouder een beroep kunnen doen op een interne bestuurdersaansprakelijkheidsgrond uit hoofde van een zogenoemde 'derivative action'. Op grond daarvan kunnen een of meer aandeelhouders de bestuurder namens de vennootschap aansprakelijk stellen wegens onbehoorlijke taakvervulling.²⁶ Dit is dan ook waar de Britse milieubelangenorganisatie ClientEarth haar eerdergenoemde aansprakelijkheidsprocedure tegen de bestuurders van Shell op baseert.²⁷

2.3.3. Handhavings- en sanctiemechanisme

De Britse wetgever heeft expliciet gekozen om met de hiervoor genoemde wetswijzigingen geen nieuw handhavingsmechanisme te introduceren. De ratio hierachter, zo volgt uit de toelichting op de Regulations, is gelegen in de internetconsultatie die is voorafgegaan aan de inwerkingtreding van de wetswijzigingen. In de consultatiereacties – waarvan enkele hierna, in paragraaf 3, worden toegelicht – gaf 71% van de 137 respondenten aan dat de huidige handhavingsmechanismen van de Companies Act toereikend zijn.²⁸

Mede naar aanleiding van de uitkomst van deze internetconsultatie heeft de Britse wetgever gekozen voor secundaire wetgeving. Dit betreft een soort regelgeving waarmee invulling wordt gegeven aan bestaande wetgeving. Er wordt in dit geval dus met de Regulations, als secundaire wetgeving, invulling gegeven aan de Companies

22. A.F. Verdam, 'Het vennootschappelijk belang: méér dan "enlightened shareholder value"', *Ondernemingsrecht* 2013/18, afl. 3, p. 93; McCorquodale & Neely, *Journal of Corporate Law Studies* (2022), p. 6.

23. Principe 2.4 Corporate Governance Code 2022.

24. Zie voor een overzicht van de verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

25. McCorquodale & Neely, *Journal of Corporate Law Studies* (2022), p. 5 en 27-29; hiermee wordt niet uitgesloten dat een derde de bestuurder van een beursvennootschap aansprakelijk houdt voor het openbaren van misleidende informatie, zoals naar Nederlands recht bedoeld in de Wet op het financieel toezicht. De implicaties van het Britse financieel toezichtrecht op de bestuurdersaansprakelijkheid vallen buiten de reikwijdte van het onderzoek waarop deze bijdrage is gebaseerd.

26. Art. 260 Companies Act; P. Yeoh, *Environmental, Social and Governance (ESG) Laws, Regulations and Practices in the Digital Era*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 226.

27. clientearth.org/latest/press-office/press/clientearth-files-climate-risk-lawsuit-against-shell-s-board-with-support-from-institutional-investors; 'Climate group prepares legal action against Shell directors', *FT* 15 maart 2022.

28. Department for Business, Energy and Industrial Strategy, *Impact Assessment (IA) dated 1 October 2021 on Mandating climate-related financial disclosures by publicly quoted companies, large private companies and Limited Liability Partnerships (LLPs)*, BEIS-5061(2), p. 12.

Act, als primaire wetgeving.²⁹ Het is onder secundaire wetgeving niet mogelijk om een nieuw handhavingmechanisme te introduceren. Het feit dat geen extra handha-ver is aangewezen, betekent volgens de Britse wetgever echter wel dat de Regulations naar verwachting zullen leiden tot extra kosten voor toezicht en handhaving door de Financial Conduct Authority en de Financial Reporting Council.³⁰

3. Reacties op de rapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen

De positieve aspecten die in de literatuur en de consultatiereacties ten aanzien van de voorgenoemde voorstellen zijn genoemd, komen in grote mate overeen. Zo lijkt er consensus te bestaan over de opvatting dat rapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen bevorderlijk zijn voor de langetermijnwaardecreatie van de onderneming en dat daarmee tegemoet wordt gekomen aan de behoefte aan meer transparantie die op het gebied van duurzaamheid leeft in de maatschappij.³¹ Deze transparantie zal door een efficiëntere allocatie van kapitaal uiteindelijk kunnen bijdragen aan de transitie naar een duurzame samenleving.³²

Een opvallend voordeel dat in het kader van de CSR-richtlijn wordt genoemd is het zogenoemde ‘trickle down’-effect, waarmee wordt bedoeld op de mogelijkheid dat ondernemingen die niet onder de formele reikwijdte van de duurzaamheidsrapportageverplichting vallen toch daaraan gaan voldoen, omdat ‘zij door rapportageplichtige contractspartijen [...] worden aangespoord [...] vrijwillig openheid van zaken te geven.’³³ Mijns inziens wordt hiermee onterecht een zeer rooskleurig beeld geschetst van de bereidheid van ondernemingen om vrijwillig aan duurzaamheidsvoorschriften te voldoen, temeer omdat de niet-bindende OESO-voorschriften door het gros van deze kleinere ondernemingen ook niet wordt nageleefd. Een vergelijkbare gedachtegang ligt ten grondslag aan de

in het kader van de Regulations gemaakte opmerking dat duurzaamheidsvoorschriften een gunstig vestigingsklimaat bewerkstelligen voor bedrijven die hun ‘ESG-credentials’ wensen te onderwerpen aan hoogwaardige, wereldwijde ESG-standaarden.³⁴ De vraag rijst in hoeverre grote ondernemingen hier daadwerkelijk waarde aan hechten, omdat uit onderzoek is gebleken dat het enkele vooruitzicht van verplichte ESG-normering voor veel in Nederland gevestigde vennootschappen al reden genoeg is voor het overwegen van een verplaatsing van de activiteiten naar het buitenland.³⁵ Een tegenovergesteld – en naar mijn mening, realistischer – beeld wordt geschetst in de reacties op het CSDD-richtlijnvoorstel. In die reacties wordt opgemerkt dat ESG-normering mogelijk leidt tot *forum shopping*, waarbij ondernemingen zich juist zullen vestigen in de lidstaat met het meest gunstige vestigingsklimaat.³⁶

Wat betreft de nadelen van ESG-normering wordt bij de CSR-richtlijn en het CSDD-richtlijnvoorstel gewezen op de mogelijke aansprakelijkheidsrisico’s voor bestuurders.³⁷ Deze keerzijde wordt in het kader van de Britse wetgeving niet opgemerkt. Wellicht dat dit kan worden herleid naar de expliciete uitsluiting van de externe bestuurdersaansprakelijkheid. Voorts bevatten beide Europese voorstellen volgens verschillende auteurs te vage bewoordingen, hetgeen niet bevorderlijk is voor de effectiviteit van de daaruit voortvloeiende regelingen en zouden die voorstellen mogelijk leiden tot een lappendeken aan ESG-normering.³⁸ Wederom worden deze nadelen in het kader van de Regulations niet genoemd. Nadelen die omgekeerd wél worden genoemd over de Regulations en niet terug te lezen zijn in de reacties op de Europese initiatieven, betreffen het gebrek aan handhavingmogelijkheden en een onwenselijke ‘comply or explain’-aanpak ten aanzien van de rapportageverplichting.³⁹

29. BEIS-5061(2), p. 15-16.

30. BEIS-5061(2), p. 27.

31. The Investment Association, *Response to BEIS Consultation on requiring mandatory climate-related financial disclosures by publicly quoted companies, large private companies and Limited Liability Partnerships (LLPs)*, 5 mei 2022, p. 2 en 4; Baaijens & Van Amsterdam 2022, p. 111; Kamp-Roelands & Linthorst 2018, p. 269; Blom & Dickhoff 2021, p. 263; M. de Koning & R.M. Sinke, ‘ESG-compliance in een toeleveringsketen; een juridische verkenning’, *Bb* 2022/22, afl. 6, p. 73; S.B. Garcia Nelen, ‘Een Europees initiatief over duurzame corporate governance’, *Ondernemingsrecht* 2021/32, afl. 5, p. 193.

32. S.F.W. van den Bosch, ‘Rapporteren over duurzaamheid: van perceptie naar deceptie?’, *TvOB* 2022, afl. 6, p. 167.

33. L. van Amsterdam, ‘Sustainability accounting: in lichtsnelheid naar kwantitatieve duurzaamheidsverslaggeving’, *Bb* 2021/90, afl. 20, p. 359.

34. Yeoh 2022, p. 70.

35. ‘Een vijfde bedrijven overweegt vertrek uit Nederland’, *FD* 2 november 2022; SEO Economisch Onderzoek, *Het Nederlandse innovatielandschap; de toekomst tegemoet*, 2 november 2022, p. 34-35.

36. Te Brake 2022, p. 85.

37. J.E.S. Hamster, ‘De verwachte richtlijn duurzame corporate governance: verantwoord ondernemen moet hoog op de bestuursagenda’, *MvO* 2021/7.10, afl. 7/8, p. 276; Dijk & Van Hijink, *Ondernemingsrecht* 2022/87, p. 628; Van Amsterdam 2021, p. 360; C.H.A. van Oostrum, ‘In vergelijking gewogen: de CSDD en tweede generatie bindende ketenregelgeving’, *O&F* 2022/2.4, afl. 2, p. 39; Hamster 2022, p. 157-158.

38. Van Dijk & Hijink 2021, p. 285; Baks, Hijink & Rietveld, *Ondernemingsrecht* 2021/34, p. 214; Baks, Van Dijk & Hijink, *Ondernemingsrecht* 2022/36, p. 227; C.J.A. van Geffen, ‘EU richtlijnvoorstel duurzaamheidsrapportage: een (r)evolutie in verslaggeving’, *TvJ* 2021, nr. 3, p. 99; S.B. Garcia Nelen, ‘Het voorstel voor een Europese Corporate Sustainability Due Diligence-richtlijn’, *Ondernemingsrecht* 2022/41, p. 271-272; De Koning & Sinke 2022, p. 73.

39. McCorquodale & Neely, *Journal of Corporate Law Studies* (2022), p. 20; Brown, *Env. Law Rev.* 2022 24(3), p. 218; E3G, *Consultation Response: Mandatory Climate-related Financial Disclosures*, 9 juli 2021, p. 12; Climate Disclosure Standards Board, *CDSB Response to the Consultation on requiring mandatory climate-related financial disclosures by publicly quoted companies, large private companies and Limited Liability Partnerships (LLPs)*, 2021, p. 5; *Consultatiereactie IA*, 5 mei 2022, p. 11; ClientEarth, *ClientEarth Response to BEIS Consultation on Mandatory climate-related financial disclosures*, 7 mei 2021, p. 12-13.

4. Conclusie

In deel 2 van dit tweeluik ben ik ingegaan op de rapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen die per april 2022 in werking zijn getreden binnen het Britse vennootschapsrecht. Hoewel de gevolgen daarvan pas in het eerstvolgende boekjaar na inwerkingtreding duidelijk zullen worden, kunnen bij het vergelijken van de Regulations en de Europeesrechtelijke initiatieven, en de reacties daarop, enkele voor- en nadelen in kaart worden gebracht.

Met name de kans op aansprakelijkheid blijft mijns inziens een terecht opgemerkt risico. Ongeacht de slagingskans van de vordering hangt de externe aansprakelijkheid met de huidige bewoordingen van de CSR-richtlijn en het CSDD-richtlijnvoorstel als een donkere wolk boven het hoofd van elke bestuurder. Een gedachte die wordt gevoed door de recentelijk door ClientEarth ingestelde aansprakelijkheidsvordering op grond van vergelijkbare Britse rapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen. Een dergelijke angst zou volledig haaks staan op een vruchtbare discussie over de rol van het bedrijfsleven in het duurzaamheidsdebat, die de CSR-richtlijn en het CSDD-richtlijnvoorstel nu juist op gang kunnen brengen.

Daarnaast ben ik van mening dat de huidige formuleringen van de Europese initiatieven, waarmee extensieve en kostbare verplichtingen worden voorgeschreven, door bedrijven worden geïnterpreteerd als verplichte kostenpost, in plaats van als een activiteit ter bevordering van de langetermijnwaarde van de onderneming. Hierdoor bestaat het gevaar dat de rapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen door bedrijven worden benaderd als een afvink-exercitie en daarmee hun doel voorbijschieten. De Europese wetgever zou er in dat kader mijns inziens goed aan doen de verplichtingen zodanig te versimpelen dat zij slechts zien op het nastreven van de doelstellingen van de Green Deal en het FF55-pakket en daarmee de ondergrens vormen voor de maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemingen. Een dergelijke aanpak laat tevens weinig ruimte voor verschillen in implementatiestrategie, hetgeen bevorderlijk is voor het voorkomen van *forum shopping*. Of vervolgens in het kader van de veranderende consumptiebehoefte op vrijwillige basis aanvullende veranderingen worden doorgevoerd, is dan aan deze bedrijven zelf.

5. Aanbevelingen

Aan de hand van de bovenstaande conclusies doe ik graag een drietal aanbevelingen voor de Europese wetgever, ten aanzien van de formulering van de duurzaamheidsrapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen, en voor de Nederlandse wetgever, in het kader van de implementatie daarvan in het nationale vennootschapsrecht.

Mijn eerste aanbeveling ziet op het uitsluiten van de externe bestuurdersaansprakelijkheid ten aanzien van de duurzaamheidsrapportage- en zorgvuldigheidsplicht. Hoewel de CSR-richtlijn en het CSDD-richtlijnvoorstel geen nieuwe grond introduceren voor externe bestuur-

dersaansprakelijkheid en de verantwoordelijkheid voor ESG-kwesties reeds impliciet op grond van het belangenpluralisme onderdeel is van de bestuurlijke taakuitoefening, biedt de concretisering van de verantwoordelijkheid van bestuurders voor ESG-kwesties een duidelijk handvat aan derden om de bestuurder in rechte aan te spreken. Om dit te voorkomen kan aansluiting worden gezocht bij de uitsluiting van externe bestuurdersaansprakelijkheid in lid 4 van artikel 463 van de Companies Act. Een dergelijke aanpassing kan de vrees voor bestuurdersaansprakelijkheidsrisico's verlichten, zonder afbreuk te doen aan overige handhavings- en sanctiemogelijkheden. Immers, de vennootschap zou bij de inwerkingtreding van het CSDD-richtlijnvoorstel nog steeds civielrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld door een nader door de lidstaat te bepalen kring van personen en bij onbehoorlijke taakvervulling kan de bestuurder nog steeds door de vennootschap zelf in rechte worden aangesproken uit hoofde van interne bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van artikel 2:9 BW. Daarnaast heeft uitsluiting van de externe bestuurdersaansprakelijkheid geen gevolgen voor de aan de hand van implementatiewetgeving vast te stellen handhavingsmogelijkheden zoals beschreven in de CSR-richtlijn.

In de tweede plaats stel ik voor om de verplichtingen van de CSR-richtlijn en het CSDD-richtlijnvoorstel te verwerken in bestaande wetgeving. Zo kan de duurzaamheidsrapportageverplichting worden opgenomen in het jaarrekeningenrecht en kan de zorgvuldigheidsplicht van het CSDD-richtlijnvoorstel worden verwerkt in het vennootschappelijk belang, zoals beschreven in artikel 2:129/239 lid 5 BW. Hiermee wordt voorkomen dat de Europese verplichtingen leiden tot de 'lappendeken aan wet- en regelgeving' of 'alfabetsoep', waar in de literatuur voor wordt gevreesd. Voor het verwerken van de zorgvuldigheidsplicht in de bestuurstaak kan aansluiting worden gezocht bij de taakomschrijving van bestuurders van companies in het Verenigd Koninkrijk, zoals beschreven in artikel 172 van de Companies Act, door het introduceren van een – al dan niet limitatieve – opsomming van belangen die door de bestuurder in acht moeten worden genomen in het kader van de taakuitoefening. Door inzichtelijk te maken welke belangen expliciet moeten worden meegewogen, wordt mijns inziens tevens tegemoetgekomen aan de kritiek omtrent de vage bewoordingen van de Europese initiatieven.

Tot slot stel ik voor om in implementatiewetgeving bij het bepalen van de op grond van de CSR-richtlijn te verschaffen informatie, zoals beschreven in lid 1 en lid 2 van artikel 19 bis van de Jaarrekeningenrichtlijn, de nadruk te leggen op meetbare informatie. Daarbij is mijn suggestie dat de duurzaamheidsrapportage zich voornamelijk richt op informatieverstrekking omtrent (i) de plannen van de onderneming in het kader van de beperking van de opwarming van de aarde tot 1,5 °C in overeenstemming met de Overeenkomst van Parijs en (ii) de absolute broeikasgasemissiereductiedoelstellingen voor 2030 en 2050.⁴⁰ Hiermee wordt wederom het gebruik van vage open normen, zoals 'veerkracht van het bedrijfsmo-

40. Art. 19 bis lid 2 onder a sub ii Jaarrekeningenrichtlijn respectievelijk art. 19 bis lid 2 onder b Jaarrekeningenrichtlijn.

del', 'kansen', 'risico's' en 'effecten van de onderneming', tot een minimum beperkt en worden vennootschappen en hun bestuurders in staat gesteld om op laagdrempelige wijze de daad bij het woord te voegen.

Met inachtneming van de bovenstaande aanbevelingen kunnen de CSR-richtlijn en het CSDD-richtlijnvoorstel als ondergrens voor het maatschappelijk verantwoord ondernemen een positieve bijdrage leveren aan het duurzaamheidsbeleid van vennootschappen en de taakopdracht van bestuurders, zonder dat zij daarbij gebonden zijn aan tal van gecompliceerde duurzaamheidsverplichtingen bij de realisatie waarvan ook nog eens externe aansprakelijkheid dreigt. In dat kader sluit ik graag af met een treffende boodschap van een van 's werelds meest befaamde juristen:

'An ounce of practice is worth more than tons of preaching.'

- Mahatma Gandhi