

# VU Research Portal

## Bepaling van milieubeleid van ondernemingen

Verdam, AF

### **published in**

WPNR

2022

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

### **document license**

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Verdam, AF. (2022). Bepaling van milieubeleid van ondernemingen: Bepaling van milieubeleid van ondernemingen. Niet toetsbaar aan het gemene onrechtmatigedaadsrecht, maar aan vennootschapsrechtelijke normen. *WPNR*, 2022(7360), 131-130. [7360].  
[https://opmaat.sdu.nl/book/SDU\\_SDU\\_GENERIC\\_g\\_IMPRWPNR\\_20220273603/g\\_IMPRWPNR\\_20220273603](https://opmaat.sdu.nl/book/SDU_SDU_GENERIC_g_IMPRWPNR_20220273603/g_IMPRWPNR_20220273603)

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Bepaling van milieubeleid van ondernemingen

*Niet toetsbaar aan het gemene onrechtmatigedaadsrecht, maar aan vennootschapsrechtelijke normen*

## 1. Inleiding<sup>1</sup>

Het vonnis van de Rechtbank Den Haag in de zogenoemde *Klimaatzaak* aangespannen door Milieudefensie tegen Royal Dutch Shell Plc ('RDS'),<sup>2</sup> heeft in de pers veel aandacht getrokken.

Voorts zijn er inmiddels verschillende juridische beschouwingen aan gewijd.<sup>3</sup>

In deze bijdrage wil ik ingaan op de vraag hoe het vonnis van de rechtbank in deze zaak zich verhoudt tot uitgangspunten in het vennootschapsrecht. In de *Klimaatzaak* heeft de rechter – conform de eis – het voorliggend geschil benaderd vanuit het onrechtmatigedaadsrecht. Leidt de omstandigheid dat de casus die voorlag bij de rechtbank zich afspeelt in een vennootschappelijke context, niet tot toepasselijkheid van bepaalde vennootschapsrechtelijke benaderingswijzen en – concepten, in plaats van een beoordeling met name vanuit het onrechtmatigedaadsrecht en de gevaarzettingsleer?<sup>4</sup>

Ik wil in deze bijdrage ingaan op de vraag of een (rechts)persoon die handelt in hoedanigheid van moedermaatschappij of aandeelhouder, aansprakelijk kan worden gehouden op grond van het onrechtmatigedaadsrecht, zonder daarbij normen te betrekken die in het vennootschapsrecht gelden voor de beoordeling van het handelen van een aandeelhouder of moedermaatschappij. Het gaat in feite om de vraag naar het juridisch instrumentarium waarmee het geschil zou moeten worden 'aangevlogen' en beoordeeld.

## 2. Doorbraak van aansprakelijkheid?

In ons vennootschapsrecht – zo u wil concernrecht – maken we qua doorbraak een onderscheid tussen:<sup>5</sup>

- a) directe doorbraak, in het geval van vereenzelving van de moedermaatschappij met de dochtermaatschappij,<sup>6</sup> en
- b) indirecte doorbraak die z'n grondslag vindt in een zelfstandige onrechtmatige daad van de moedermaatschappij jegens een crediteur van de dochtermaatschappij.

De categorie van indirecte doorbraak kan volgens Assink worden onderverdeeld in 4 typen van gevallen:

- 1) gewekte schijn van kredietwaardigheid bij crediteuren van de dochtermaatschappij;
- 2) onttrekkingen uit het vermogen van de dochtermaatschappij;
- 3) stopzetting van noodzakelijke financiering van de dochtermaatschappij;



Prof. mr A.F. Verdam\*

- 4) hecht groepsverband en intensieve bemoeienis met het (ondernemings)beleid van de dochtermaatschappij.<sup>7</sup>

\* Hoogleraar ondernemingsrecht, verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel Recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) van de VU te Amsterdam.

1. Deze bijdrage is de uitgewerkte versie van een lezing die de auteur hield bij een debatmiddag van het Zuidas Instituut voor Financieel Recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) op 24 september 2021. De bijdragen aan deze bijeenkomst (ook spraken mr. A. Hammerstein, prof. mr. L.J. Smeehuijzen en prof. mr. J. Spier, onder voorzitterschap van prof. mr. W.J.M. van Veen) zijn gebundeld in een boekje in de ZIFO-reeks genaamd 'De klimaatzaak tegen Shell' – te verschijnen.
2. Rechtbank Den Haag 26-05-2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.
3. Zie uitgebreid over deze uitspraak C.C. van Dam, 'Doorbraak in de aansprakelijkheid van moedervennootschappen', *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021*, VDHI nr. 172, 2021/11, nr. II.1.3.4.
4. Hierna spreek ik kortheidshalve veelal van gevaarzetting (sleer).
5. Zie B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht (Deel 2)*, Deventer, 2013, par. 115, pag. 2254 e.v. en de daar genoemde literatuur. Zie ook S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn/M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer 2020, hoofdstuk 8, alsook voor een helder overzicht in de context van klimaatzaken G.J.H. van der Sagen en A.J.F. Lafarre, 'Transnationale ondernemingen en concernaansprakelijkheid (I) en (II)', *WPNR* (2021), nr. 7342 en 7343.
6. Assink, a.w., pag. 2257 e.v.; vereenzelving speelt met name indien misbruik wordt gemaakt van het verschil in identiteit van vennootschappen; het concept van vereenzelving wordt in de rechtspraak erg terughoudend toegepast.
7. Assink, a.w., pag. 2262 e.v.

Het gaat bij indirecte doorbraak steeds om een zorgplicht van de moedermaatschappij jegens de crediteuren van de dochter, die inhoudt dat de moedermaatschappij onder omstandigheden de belangen van de schuldeisers van de dochter moet ontzien, wanneer zij wetenschap heeft van benadeling.<sup>8</sup>

Maar in de kwestie die het onderwerp is van de *Klimaatzaak*, loopt de verantwoordelijkheid van de moedermaatschappij niet via de as van de (crediteuren van de) dochtermaatschappij. Het gaat hier niet om een zorgplicht van de moeder jegens schuldeisers van een dochtermaatschappij, of om vereenzelving van moeder en dochter. Het betreft hier geen doorbraak van aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in vennootschapsrechtelijke zin.

In de *Klimaatzaak* wordt het handelen van de moedermaatschappij betiteld als onrechtmatig vanwege het beleid dat zij bepaalt voor de groep. Die feitelijke handelwijze op zich genomen vormt een gevaarstelling en aldus een onrechtmatige daad.

Men bedenke hierbij dat door deze invalshoek te kiezen als eiser, gekeken wordt naar het totaal van de groep en het totaal van de milieubedreigende activiteiten van alle dochtermaatschappijen gezamenlijk, dat het gevolg is van het door de moedermaatschappij bepaalde beleid. Door de zaak zo aan te vliegen worden de activiteiten en het gevoerde beleid van het hele concern op centraal niveau in de beoordeling betrokken.

Nu men in de *Klimaatzaak* niet komt tot een beoordeling van het handelen van de moedermaatschappij via de as van de bescherming van belanghebbenden bij de dochtermaatschappij, is het oordeel van de rechtbank ook moeilijk te vergelijken met eerdere rechterlijke uitspraken inzake milieuaansprakelijkheid van bedrijven op het niveau van de moeder.

Te denken is aan het arrest van het Hof Den Haag 29 januari 2021 *Shell Nigeria*,<sup>9</sup> waarin werd geoordeeld dat de moeder meer had kunnen doen en voor haar een zorgplicht werd aangenomen ten aanzien van de belanghebbenden bij de activiteiten van de dochter. De aansprakelijkheidspositie wordt daar beschouwd als een afgeleide van die van haar dochter. Is er geen onrechtmatige gedraging van de dochter, dan kan er in die benadering ook geen sprake zijn van een schending van een zorgplicht ter zake van de moeder.<sup>10</sup>

Ook de in dit kader belangrijke *Vedanta*-uitspraak van het Engelse Supreme Court van 10 april 2019<sup>11</sup> betreft “... The legal responsibility on the part of a parent company in relation to the activities of its subsidiaries...”<sup>12</sup> Of, zoals

samengevat door het hof Den Haag in overweging 3.31:

“als de moeder weet of behoort te weten dat haar dochter onrechtmatig schade aan derden toebrengt op een gebied waarop de moeder zich met de dochter bemoeit, dan rust als uitgangspunt op de moeder jegens die derden een *duty of care* om in te grijpen.”<sup>13</sup>

Het ging in voornoemde zaken veeleer om een analoge toepassing van de zorgvuldigheidsnorm van de moedermaatschappij – of een voor haar geldende *duty of care* – ten opzichte van onrechtmatige handelingen van de dochtermaatschappij. In de *Klimaatzaak* daarentegen werd het handelen van de dochtermaatschappij of de positie van haar crediteuren niet betrokken; zij waren ook geen partij in het geding. Het ging om het handelen van de moedermaatschappij als bepaler van het beleid voor de groep.

### 3. Aanknoping bij het begrip ‘beleidsbepaler’

Opvallend is dat de rechtbank in haar vonnis regelmatig het begrip ‘beleidsbepaler’ gebruikt. Ik geef hieronder enige overwegingen weer van de rechtbank in haar vonnis onder de paragraaf 4 “beoordeling”:

8. Zie de heldere uiteenzetting hierover van J.E. van Nuland, ‘Beleidsbepaling en aansprakelijkheid’, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 248 e.v. alsook p. 286 e.v.
9. Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132, NJF 2021, 77.
10. Zie S.M. Bartman en C. de Groot, ‘De *Shell Nigeria*-arresten van het Hof Den Haag, een doorbraak in internationale milieuschade?’, AA april 20210388, in het bijzonder nr. 6 e.v. Zie ook H.-J. de Kluiver, ‘Kroniek van het ondernemingsrecht’, *NJB* 2021/1216, onder de paragraaf Verplichtingen van (multinationale) ondernemingen voor het handelen van dochtervennootschappen in derde landen, alsook M.L. Lennaerts, ‘Moeders let op uw dochters! Over multinationals en human rights due diligence’, *MVO* 2021/5.3.
11. 2019 UKSC 20 (*Vedanta/Lungove*).
12. Zie hierover ook C. de Groot, ‘De rafelranden van het ondernemingsrecht: basis van een nieuw ‘adaptief’ (‘adaptive’) ondernemingsrecht?’, In: W.J.M. van Veen en A.F. Verdam (red.), *JB* (Huizink-bundel), ZIFO-reeks dl 29, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 14.3.
13. Zie echter Van Dam die stelt dat het Hof de Engelse uitspraak verkeerd samenvat, en dat uit *Vedanta* volgt dat een *duty of care* niet per definitie vereist dat de dochter nalatig heeft gehandeld; a.w., nr. II.1.7.1. Zie over de Engelse milieuzaken voorts Van der Sagen en Lafarre, a.w.

- a. “De rechtbank betreft in de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: (1.) de beleidsbepalende positie van RDS in de Shell-groep ...;” (4.4.2),
- b. “Uit de onder 2.5.1. t/m 2.5.7. weergegeven feiten volgt dat RDS het algemeen beleid van de Shell-groep bepaalt. De vennootschappen in de Shell-groep zijn verantwoordelijk voor de implementatie en uitvoering van het beleid en moeten daarbij voldoen aan toepasselijke wetgeving en contractuele verplichtingen. Deze uitvoeringsverantwoordelijkheid van de Shell-vennootschappen neemt niet weg dat RDS degene is die het algemeen beleid van de Shell-groep bepaalt.” (4.4.4.)
- c. “Naar het oordeel van de rechtbank kan van RDS veel worden verwacht. Zij staat aan het hoofd van de Shell-groep .... Zij vervult een beleidsbepalende positie binnen de Shell-groep.” (4.4.16)
- d. “Zoals eerder (in rov. 4.4.16.) is overwogen, kan op dit punt veel van RDS worden verwacht, als beleidsbepalend hoofd van de Shell-groep ...” (4.4.37)
- e. “RDS dient dus bij het formuleren van het concernbeleid van de Shell-groep tot richtsnoer te nemen dat ...” (4.4.39).

Ook in eerdere overweging stelt de rechtbank dat RDS als tophoudstermaatschappij het algemeen beleid vaststelt van de Shell-groep (2.5.1.), alsook dat RDS als tophoudstermaatschappij rapporteert over de emissies van de verschillende Shell-vennootschappen (2.5.3. en 2.5.4.) Het doet de vennootschapsrechtjurist sterk denken aan het begrip ‘groepsmaatschappij’ zoals dat in het vennootschapsrecht geldt. Van een groepsmaatschappij is kort gezegd sprake in geval een dochtermaatschappij onderworpen is aan de centrale zeggenschap (‘control’) van de moeder, en deel uitmaakt van een economische eenheid.<sup>14</sup> De financiële gegevens van een groepsmaatschappij worden in beginsel geconsolideerd in de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij. Het zijn met elkaar verbonden elementen van het concept van dochtermaatschappijen die deel uitmaken van een groep. De elementen centrale zeggenschap, economische eenheid en geconsolideerde verantwoording en rapportage komen als centrale elementen, soms wat anders verwoord, terug als ankerpunten in het vonnis.

#### 4. Beleidsbepaler: casus

Het is evenwel bepaald de vraag of het door de rechtbank gehanteerde begrip ‘beleidsbepaler’ bij gevaarzetting een logisch aanknopingspunt vormt met name in een vennootschappelijke constellatie.

Laten we als voorbeeld de volgende casus nemen. De vennootschap BierSupply BV levert biervaten af in kelders van cafés die eigendom zijn van de bv. Daarbij wordt een nieuw beleid geïntroduceerd wat behelst dat in plaats van bij een open kelderluik een hekje om het gapende gat te zetten, een klein geel bordje met de tekst ‘gevaar’ wordt neergezet. Laten we ervan uitgaan dat dit nieuwe beleid als onrechtmatige gevaarzetting moet worden gekwalificeerd. Normaliter zou je verwachten dat de bv dan als de verantwoordelijke persoon voor deze vorm van gevaarzetting kan worden aangeduid.<sup>15</sup>

Stel dat het beleid bepaald is door X, als bestuurder van de bv. Indien het begrip ‘beleidsbepaler’ als aanknopingspunt wordt gehanteerd, zou dit betekenen dat bestuurder X verantwoordelijk kan worden gehouden. Geldt hier dan de binnen het vennootschapsrecht geldende drempel van ‘ernstig verwijt’ voor aansprakelijkheid van de bestuurder? Kunnen de collega’s van X indachtig de collegiale verantwoordelijkheid, in beginsel evenzeer als onrechtmatig handelende persoon worden aangemerkt?

Stel daarentegen dat het beleid bepaald is door de Manager Distributie van de onderneming. Kan dan deze manager dan als ‘beleidsbepaler’ juridisch verantwoordelijk worden gehouden?

En wat geldt indien – bijvoorbeeld op grond van een overeenkomst met de bv – het beleid is bepaald door een 10% aandeelhouder in de bv, die ook toeleverancier is van de gehanteerde gele bordjes. Kan die aandeelhouders dan als beleidsbepaler aansprakelijk worden gehouden?

Bij een bevestigend antwoord op deze vragen zal de vennootschapsrechtelijk georiënteerde jurist zich afvragen wat er overblijft van de regels met betrekking tot de vraag wie voor het handelen van een rechtspersoon verantwoordelijk kan

14. Zie art 2:24b BW, alsook P van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer 2017, nr. 12. B.

15. Zie de casuïstiek genoemd in K.J.O. Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, art.6:162 BW, aant. 6.6.1. e.v.

worden gehouden en wat er nodig is om te spreken van een verkeerd besturen of een onrechtmatig gedrag van bepaalde personen of organen. Het vennootschapsrecht kent niet het begrip ‘beleidsbepaler’ als aanknopingspunt voor aansprakelijkheid, wel dat van bestuurder of quasi-bestuurder.<sup>16</sup>

### 5. Uitgangspunten in vennootschapsrecht

Uitgangspunt in ons vennootschapsrecht is dat de kapitaalvennootschap een zelfstandige drager is van rechten en verplichtingen.<sup>17</sup> De aansprakelijkheid voor het handelen rust primair op de bv of nv. Voor kapitaalvennootschappen geldt als uitgangspunt een beperking van aansprakelijkheid van de aandeelhouders tot de investering gedaan in hun aandeel. Bij uitzondering geldt een aansprakelijkheid van bestuurders. Vergelijk Timmerman waar hij in zijn bijdrage over de grondslagen van geldend ondernemingsrecht als vijfde beginsel noemt:

*“Er bestaat een door rechtspersoonlijkheid tot stand gebracht scheiding tussen de vermogens van de aandeelhouders en dat van de nv en de bv, en een uitgesloten en beperkte aansprakelijkheid van bestuurders zijn aandeelhouders. De uitgesloten en beperkte aansprakelijkheid beschermen aandeelhouders en bestuurders. Vanwege de brede acceptatie van rechtspersoonlijkheid en uitgesloten aansprakelijkheid rust aansprakelijkheid voor door de nv of de bv verrichten handelingen (...) primair op de rechtspersoon op grond van betrekkelijk lichte criteria, zoals het maatschappelijke verkeerscriterium, en secundair, dat wil zeggen slechts onder bijzondere omstandigheden en op grond van strengere maatstaven, op de bestuurders en aandeelhouders persoonlijk.”<sup>18</sup>*

De achtergrond hiervoor is met name om te voorkomen dat bestuurders zich in hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.<sup>19</sup> Voorts is door de HR als ratio aanvaard dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van een handeling van de vennootschap; de bestuurder is (slechts) secundair dader.<sup>20</sup>

En wat betreft de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders is een belangrijke reden gelegen in de eisen van het economisch verkeer, in het bijzonder de zekerheid dat het verlies van aandeelhouders is beperkt tot de investering in het aandeel zelf.

In feite is dit alles gebaseerd op het uitgangspunt dat de rechtspersoon zich beweegt als zelfstandig persoon in het rechtsverkeer. Dat brengt mee dat men zich in beginsel dient te richten tot de rechtspersoon en niet tot zijn organen. Met andere woorden, er moet echt wat

aan de hand zijn willen de (leden van) organen zelf kunnen worden aangesproken; alsdan geldt in beginsel dat een aanspraak van die organen plaats vindt náást een aanspraak gericht tegen de vennootschap.

### 6. Aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders

Voor bestuurders geldt – zoals gezegd – voor een aansprakelijkheid de drempel van ernstig verwijt, zowel in geval van een interne aanspraak op grond van artikel 2:9 BW, als bij een aanspraak van ‘buitenstaanders’ bijvoorbeeld op grond van onrechtmatige daad.

In het algemeen geldt in het vennootschapsrecht een grote terughoudendheid om aandeelhouders persoonlijk aansprakelijk te houden. Kort gezegd is die route alleen open:

- in geval van de situatie van een quasi-bestuurder in de zin van artikel 2: 248 lid 7 BW (maar ook dan blijft de drempel gelden van ernstig verwijt, gelijk die van toepassing is op de gewone bestuurder),<sup>21</sup> of;
- in de voornoemde gevallen van aansprakelijkheid van de moedermaatschappij. Hiervan hebben we eerder geconstateerd dat die in casu niet aan de orde zijn.

Je kunt denk ik zeggen dat een aansprakelijkheid als aandeelhouder in de praktijk minder snel aan de orde is dan die als bestuurder; een aansprakelijkheidsstelling van de aandeelhouder is redelijk uitzonderlijk.

16. Zie ook Van Nuland (a.w., p. 276 e.v. en p. 288) die op genuanceerde wijze ingaat op de vraag of de (mede) beleidsbepalende positie van de moeder een grond voor doorbraak van aansprakelijkheid creëert. Zulks vloeit – zo schrijft hij – niet voort uit het enkele bestaan van een concernleidingsplicht. Maar waar het me hier om gaat is dat wanneer zo’n doorbraak wel zou ontstaan, ook volgens Van Nuland dit resulteert in een aansprakelijkheid jegens de crediteuren van de dochter, en dan op grond van het concept van quasi-bestuurder ex art 2: 248 lid 7 BW (zie ook hierna nr. 6), welke bescherming van de crediteuren van de dochter in de *Klimaatzaak* niet aan de orde is.

17. Zie art. 2:5 BW.

18. L. Timmerman, ‘Grondslagen van geldend ondernemingsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2009/2, beginsel 5.

19. Asser-Kroeze 2-I 2021/200.

20. Asser-Kroeze 2-I 2021/208.

21. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/194. Zie ook J.N. Schutte-Veenstra, ‘Formeel of feitelijk bestuurder; maakt het verschil?’, *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, VHI 140, 2017/8.7.

Ten aanzien van de positie van de bestuurder schrijft Assink dat een fundament van Nederlands ondernemingsrecht eruit bestaat dat een in hoedanigheid van bestuurder verrichtte gedraging rechtens in beginsel wordt aangemerkt als een gedraging van de vennootschap.<sup>22</sup> Naar mijn overtuiging kan dit worden doorgetrokken in die zin dat evenzeer als fundament van Nederlands ondernemingsrecht geldt dat een in hoedanigheid van aandeelhouder verrichtte gedraging rechtens in beginsel wordt aangemerkt als een gedraging van de vennootschap. Dat brengt mee dat indien er niet sprake is van een aansprakelijkheid van de vennootschap, men niet toekomt aan de vraag naar aansprakelijkheid van haar aandeelhouders.<sup>23</sup> De route die in de *Klimaatzaak* wordt gevolgd vormt een inbreuk op dit fundament.

### 7. Clash van twee rechtsgebieden

De jurist die vanuit het gemene aansprakelijkheidsrecht denkt, zal mogelijk kunnen redeneren dat iemand zich door fysiek handelen kan schuldig maken aan gevaarstelling, en als de handelende persoon daartoe wordt aangezet door iemand die dat in een beleid voorschrijft, die beleidsbepaler zich dan eveneens aan gevaarstelling schuldig kan maken. Dat geldt – zo zal hij mogelijk redeneren – ook als het een moedermaatschappij betreft die binnen de groep het beleid bepaalt.

Voor de vennootschapsrechtelijk jurist zal in de *Klimaatzaak* evenwel de vraag rijzen wat er overblijft van zijn vennootschapsrechtelijk referentiekader nu de (indirecte) aandeelhouder wordt aangesproken zonder dat de feitelijk handelende dochtermaatschappij wordt aangesproken. Wordt daarmee de vennootschapsrechtelijke benadering zoals net geschetst niet op zijn kop gezet?

De twee tegengestelde opvattingen zijn in wezen een clash van twee rechtsgebieden; het aansprakelijkheidsrecht en het vennootschapsrecht.<sup>24</sup> Een soortgelijke clash hebben we eerder gezien in het geschil dat aan de orde was en waarover de Hoge Raad heeft beslist in het *Hezemans Air-arrest*.<sup>25</sup>

Daarover is in dit literatuur veel discussie geweest.<sup>26</sup> Ik denk dat Timmerman volkomen gelijk heeft waar hij stelt dat de Hoge Raad hier een rechtspolitieke keuze heeft gemaakt door te stellen dat waar een persoon als bestuurder handelt, voor die personen de verhoogde drempel van ernstig verwijt voor aansprakelijkheid geldt.<sup>27</sup> Met andere woorden, in die situaties prevaleert het vennootschapsrecht en gaat dat vóór op het aansprakelijkheidsrecht.

Die rechtspolitieke keuze behelst en is gebaseerd op de gedachte – kort gezegd – om te voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwen-

selijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen; Timmerman omschrijft dat ook als de ratio dat men in Nederland graag ondernemerschap bevordert.<sup>28</sup>

Deze verhoogde drempel – zo wordt door de meesten in de literatuur aangenomen – ziet niet alleen op de aansprakelijkheid zelf, maar ook op de beoordeling van het bestuurlijk gedrag als zodanig, op het complex van handelingen in samenhang beschouwd.<sup>29</sup>

De beslissing van de HR in het *Hezemans Air-arrest* had betrekking op de aansprakelijkheid van *bestuurders*. In de *Klimaatzaak* is evenwel aan de orde de aansprakelijkheid van een persoon/rechtspersoon die in zijn hoedanigheid van (directe of indirecte) *aandeelhouder* handelt. Ik bepleit een analoge toepassing van de *Hezemans Air*-regel met betrekking tot de aandeelhouder, in die zin dat als een persoon in die hoedanigheid optreedt, ook hier de vennootschapsrechtelijke benadering van aansprakelijkheid van aandeelhouders geldt en vóórgaat op de criteria die in het gemene aansprakelijkheidsrecht gelden. En ook hier zal dat niet alleen hebben te gelden voor de aansprakelijkheid van de aandeelhouder, maar ook voor de beoordeling van de gedragingen van de aandeelhouder in samenhang beschouwd. Dit betekent dat zodra een onrechtmatige daadvordering uit het gemene recht betrekking heeft op het gedrag van een aandeelhouder, en daarmee binnendringt in een vennootschappelijke constellatie, deze naar mijn

22. Assink|Slagter, *Compendium* 2013, Deel 1 (p. 1007).

23. Vergelijk Assink met betrekking tot de secundaire aansprakelijkheid van de bestuurder, a.w., p. 1006.

24. In deze bijdrage ga ik niet in op de aspecten van internationaal privaatrecht die met betrekking tot een internationaal vertakte groep bepaald van belang zijn.

25. HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21.

26. Zie o.a. de literatuur genoemd door L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', noot 8 en 9, en F.M.J. Verstijlen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid na *Hezemans Air*', noot 3 en 4; Verstijlen spreekt van een 'avalanche' aan artikelen die de rechtsgeleerde literatuur overspoelde (a.w., nr. 1). Beide bijdragen zijn verschenen in J.B. Huizink en A.F. Verdam (red.), *Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW*, ZIFO reeks nr. 22, Deventer 2017.

27. A.w., nr. 2.

28. T.a.p.

29. Asser-Kroeze 2-I 2021/200.

idee moet worden beheerst door het regime zoals dat binnen het vennootschapsrecht is ontwikkeld met betrekking tot de aansprakelijkheid, en beoordeling van het gedrag als aandeelhouder. In wezen geldt hier eenzelfde argumentatie als gehanteerd bij de rechtspolitieke keuze van het *Hezemans Air*-arrest: de door Timmerman genoemde wens om ondernemerschap te bevorderen. Of meer ten gronde – en aansluitend op de in nr. 5 genoemde reden –: ten aanzien van de wederpartij dient primair sprake te zijn van een handelen van de vennootschap zelf; de aandeelhouders gelden (slechts) als secundair dader, die alleen in bepaalde gevallen aan de orde kan zijn. Ik denk dat de daar aangevoerde argumenten geldend voor de positie van de bestuurder, in versterkte mate gelden voor de aandeelhouder.

Een andere benadering zou gebruik van kapitaalvennootschappen in de gevarenzone brengen.<sup>30</sup>

### 8. Tussenconclusie

In het voorgaande heb ik enige kritische kanttekeningen gezet bij de aanvliegroute in de *Klimaatzaak*, daarin bestaande dat RDS wordt geacht onrechtmatig te handelen vanwege het beleid dat zij als (direct of indirect) aandeelhoudster voorschrijft aan haar groepsmaatschappijen. Deze benadering houdt mijns inziens geen stand nu het gaat om een vennootschappelijke constellatie die meebrengt dat vennootschapsrechtelijke uitgangspunten moeten worden gerespecteerd, met inbegrip van voornoemde categorieën van doorbraak van aansprakelijkheid die – zoals gezegd – hier niet aan de orde zijn.<sup>31</sup>

### 9. Vennootschapsrechtelijk instrumentarium: welke norm?

Intussen rijst de vraag op welke wijze men het beleid dat RDS als aandeelhoudster aan haar groepsmaatschappijen voorschrijft, aan de hand van een vennootschapsrechtelijk instrumentarium zou kunnen toetsen. Het gaat de eiser in deze zaak dan – denk ik – om de toetsing van het beleid dat wordt gevoerd voor de gehele groep, waarmee de milieubelastende activiteit van alle groepsmaatschappijen tezamen in aanmerking worden genomen. Het gaat dan om een norm die het handelen van de moedermaatschappij betreft in haar beleidsbepaling.

De norm die zich dan mogelijk opdringt, is die van het vennootschappelijk belang dat het richtsnoer dient te zijn voor het handelen van bestuur en raad van commissarissen van een kapitaalvennootschap. Dat geldt ook voor bestuur en commissarissen van een moedermaatschappij. Ik wil hier ingaan op de vraag of deze norm in een casus als in de *Milieuzaak* aan de orde is, mogelijk als toetssteen kan dienen.

Relevant is dat in het vennootschappelijk belang van een moedermaatschappij van een concern

niet alleen de vennootschappelijke belangen van de moedervennootschap zelf, maar ook die van de groepsmaatschappijen worden meegenomen. Die zijn daarin als het ware geconsolideerd. Dat geldt dus ook voor belangen van derden waar die geraakt worden door milieubelastende aspecten die zijn verbonden aan de activiteiten van de concerndochters. Dat geldt althans indien men aanneemt dat deze milieubelastende aspecten in het algemeen in het vennootschappelijk belang van de vennootschap moeten worden meegewogen. Op dit laatste kom ik hierna terug. Voorts rijst de vraag of het vennootschappelijk belang als primair interne gedragsnorm, een instrumentarium kan zijn voor partijen die het milieubeleid van een moedermaatschappij willen betwisten; daarop kom ik terug in nr. 12.

Elders heb ik betoogd dat de invloed van de moeder op het beleid van haar dochtermaatschappijen groot is, bijzonder groot.<sup>32</sup> De keerzijde daarvan is naar mijn mening dat er een sterke consolidatie plaatsvindt van de respectieve vennootschappelijke belangen van de groepsmaatschappijen in het (geconsolideerde) vennootschappelijk belang van de moedermaatschappij. De geconsolideerde invulling op centraal niveau van het vennootschappelijk belang van de moeder is een pendant van de centrale leiding door de moeder van de groep.<sup>33</sup>

Vorenbedoeld vennootschapsrechtelijk instrumentarium om het beleid van de moeder met betrekking tot de groep te toetsen, zou dan bestaan uit een toetsing van het gevoerde beleid

30. Zie in dit verband L. Timmerman, 'Ernstige verwijten over ernstig verwijt', *Ondernemingsrecht* 2019/45.

31. Zie voor een tegengesteld geluid, in een pleidooi om een route via Boek 6 BW te verkiezen boven een vennootschapsrechtelijke enquêteprocedure, B.C. Elion, 'Het enquêterecht als instrument om mvo-misstanden aan te pakken: een brug te ver', *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021*, Deventer: Kluwer 2021, (VDHI nr. 172) 2021/11, nr. III.3.

32. 'Het bestuur van de dochter in concernverband', *Ondernemingsrecht* 2019/77.

33. Zie van mijn hand ook: 'Moeder en concerndochter: van de centrale rol van de belangen van de dochtercrediteuren', *WPNR* 2020/7275, onder nr. 8.

aan het (geconsolideerde) vennootschappelijk belang van de moeder, waarbij het zal gaan om de vraag of dat beleid strookt met het vennootschappelijk belang waar dat mede wordt ingeleurd door de milieubelastende aspecten en -gevolgen van dat beleid.

### 10. Inkleuring vennootschappelijk belang door milieuaspecten?

Deze toetsing is – zoals gezegd – alleen aan de orde indien aangenomen mag worden dat milieubelastende aspecten meewegen in het vennootschappelijk belang. Hoe staat de doctrine ten opzichte van het meewegen van externe, maatschappelijke en milieubelangen in de norm van het vennootschappelijk belang? Van Solinge en Nieuwe Weme schrijven dat in toenemende mate ook maatschappelijke belangen, zoals milieuaspecten, erkenning vinden als mee te wegen deelbelangen. Het komt ook tot uiting in de Corporate Governance Code, waarbij wordt gesteld dat de belangen van alle stakeholders worden meegewogen en het aandeelhoudersbelang niet langer een belang is dat zwaarder weegt dan de belangen van andere stakeholders. Van Solinge en Nieuwe Weme noemen dit een kern beginsel van de Corporate Governance Code.<sup>34</sup>

Terzijde: Van Solinge en Nieuwe Weme zien de zorgvuldigheid die met betrekking tot de belangen van alle stakeholders moet worden betracht als een tweede element van de norm van het vennootschappelijk belang, naast het eerste element dat bestaat uit het bevorderen van het bestendig succes van de onderneming. Mij lijkt dit een juiste benadering.<sup>35</sup> Anderen menen evenwel dat de norm van het vennootschappelijk belang tot voornoemd eerste element is beperkt, maar dat volgens de Hoge Raad daarnaast een zorgvuldigheidsplicht – te onderscheiden van de norm van het vennootschappelijk belang – geldt.<sup>36</sup> Het verschil in benadering is denk ik voor een groot deel van semantische aard. Ik spreek hier verder van het vennootschappelijk belang; zij die dat zien als beperkt tot voornoemd eerste element kunnen mijn beschouwingen lezen als betrekking hebbend op de vraag of voornoemde zorgvuldigheidsplicht ook betrekking heeft op milieubelangen.

### 11. Externe kosten als onderdeel van het vennootschappelijk belang

Interessant is dat De Jongh in het kader van mee te wegen milieubelangen, spreekt van ‘externe kosten’ waarvan veelal wordt verondersteld dat die door publiekrechtelijke regels worden geadresseerd, zoals veiligheidsvoorschriften en milieuvoorschriften, maar dat die veronderstelling in de praktijk veel-

al te optimistisch blijkt. De Jongh bepleit de gedragsnorm dat het bestuur het risico op externe kosten als relevant gezichtspunt in zijn afweging dient te betrekken. Ik benadruk dat in deze zienswijze tot uiting komt dat het niet zo is dat het bestuur hier geen rekening mee dient te houden omdat het door publiekrechtelijke regels zou moeten worden geadresseerd.<sup>37</sup>

Ik denk dat goed verdedigbaar is dat externe kosten in bepaalde gevallen moeten worden meegewogen als onderdeel van het vennootschappelijk belang. Daarbij zijn naar mijn mening ondermeer de volgende – elkaar deels overlappende – factoren relevant:

- de maatschappelijke opvattingen of de betrokken externe kosten aanvaardbaar zijn;<sup>38</sup>
- de maatschappelijke opvattingen over de ‘nalatigheid’ van de overheid om ter zake afdoende maatregelen (in het bijzonder met betrekking tot regelgeving en naleving) te treffen;<sup>39</sup>
- de vennootschap heeft in haar strategie en beleid de wens tot het behartigen van de milieubelangen tot de hare gemaakt.<sup>40</sup>

34. A.w., nr. 123. Zie voor een pleidooi hiervoor J.E.S. Hamster, ‘Maatschappelijk verantwoord ondernemen en het enquêterecht – a perfect match’, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021*, Deventer: Kluwer 2021, (VDHI nr. 172) 2021/11, nr. III.4.4. Zie voor een genuanceerde, maar minder vergaande benadering L.F.H. Enneking en R.A.G. Heesakkers, ‘Vennootschappelijk belang en (internationaal) maatschappelijk verantwoord ondernemen, in: B. Kemp e.a., *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang*’, Deventer: Kluwer 2019, IVOR nr. 115, 2019/12.1-12.5.

35. Zie van mijn hand: ‘Tets over de verhouding tussen de institutionele opvatting, het vennootschapsbelang en de norm van redelijkheid en billijkheid, mede in relatie tot bestuurders, commissarissen en aandeelhouders’, *WPNR 2015/7062*, nr. 5.

36. Zie bijvoorbeeld W.J.M. van Veen, ‘Het belang van de rechtspersoon en zijn raison d’être’, *WPNR 2017/7162*, nr. 7 e.v.

37. J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 206.

38. Zie De Jongh, a.w., p. 485.

39. Zie over ‘reguleringsfalen’ Smeehuijzen nr 2 e.v. in de in voetnoot 1 genoemde bundel.

40. Assink spreekt in dit verband verhelderend van “het naar binnen halen” van de zorg voor een beter milieu; B.F. Assink, ‘Belang van de vennootschap, overnemer en algemeen belang’, *WPNR 2015/7048*, p. 113.



Een fictief voorbeeld bij de tweede genoemde factor kan zijn de situatie dat een cokesfabriek in Zuid-Limburg binnen de – naar verluidt door de lokale overheid met het oog op de werkgelegenheid zeer ruim gestelde – emissienormen van een vergunning, giftige stoffen uitstoot die schadelijke effecten hebben op de gezondheid van de omwonende kinderen.

## 12. Intern karakter; sancties

De norm van het vennootschappelijk belang is een interne norm, in die zin dat het een richtsnoer is voor het handelen van bestuur en raad van commissarissen. Het is niet zo dat schending daarvan resulteert in een onrechtmatige daad jegens derden buiten de vennootschap. Maar als het gaat om de vraag (zie nr. 9 hiervoor) aan de hand van welk vennootschapsrechtelijk instrumentarium een milieubeleid dat een moedermaatschappij aan haar dochtermaatschappijen voorschrijft kan worden getoetst, komt de norm van het vennootschappelijk belang in beeld. Wanneer men de milieubelastende aspecten van de activiteiten van groepsmaatschappijen meeweegt als deelbelangen in het vennootschappelijk belang van de concernmoeder, zou dit ertoe kunnen leiden dat een te terughoudend milieubeleid van de moeder kan leiden tot een aantastbaarheid van het daaraan ten grondslag liggende bestuursbesluit, of tot een oordeel in een enquêteprocedure om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen.

Ik voeg daar meteen aan toe dat vrij breed in de literatuur wordt betoogd dat terughoudendheid is gepast bij de toetsing van deze nog weinig vastomlijnde maatschappelijke aspecten van ondernemen in het kader van vennootschapsrechtelijke normen waaronder de norm van bestuurlijk gedrag.<sup>41</sup>

Het interne karakter van de norm alsook het ‘interne’ karakter van de sancties (die gelegen zijn in een mogelijke aantasting of wijziging van het beleid) komt ook tot uiting in de kring van actiegerechtigden. Het voert te ver om in dit bestek daarop in te gaan, echter niet zonder te hebben opgemerkt dat breed wordt aangenomen dat het hier gaat om ‘institutioneel betrokkenen’, zoals aandeelhouders.<sup>42</sup> De drempel om daartoe toe te treden is evenwel niet hoog.

Bij de eerdergenoemde sancties bij bestuurlijk gedrag dat niet in het vennootschappelijk belang is, dient ook genoemd te worden de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders. Waar hiervoor is betoogd dat terughoudendheid is gepast bij de toetsing van de nog weinig vastomlijnde maatschappelijke aspecten van ondernemen in het kader van vennootschapsrechtelijke normen

als redelijkheid en billijkheid en behoorlijke taakvervulling, zal die beperkte ‘vastomlijndheid’ daarenboven in versterkte mate van invloed zijn op de drempel van ernstig verwijt voor persoonlijke aansprakelijkheid.

Ook het karakter van de sanctie zal – zo komt mij voor – daarbij een rol spelen. Juist bij een materie waarin weinig vastomlijnde en niet door eenieder op dezelfde wijze ingeschatte normen gelden, dient onderscheid gemaakt te worden naar het doel van de sanctie. Gaat het om een sanctie die wordt ingezet om te komen tot een strenger milieubeleid van de moedermaatschappij, of gaat het om aansprakelijkheidsstelling voor fouten die men daarbij in het verleden heeft gemaakt? Juist in zo’n uiterst complexe materie als het wegen van de verschillende deelbelangen om te komen tot de bepaling van wat het vennootschappelijk belang in een concrete situatie vergt, zal de drempel van ernstig verwijt in de praktijk bepaald substantie dienen te hebben.

## 13. Gaat dit te ver? Proportionaliteit

Het zal voor velen niet licht voor te stellen zijn dat een zo ernstig gewicht zal toekomen aan milieubelangen als deelbelangen mee te wegen bij de bepaling van wat het vennootschappelijk belang eist, dat die belangen tot een ander – dan voorgenomen – beleid nopen en kunnen dwingen. Maar als de omstandigheden zo ernstig zijn dat die buiten de vennootschapsrechtelijke context ertoe leiden dat de voorgenomen beleidsbepaling binnen het onrechtmatigedaadsrecht kunnen worden gekwalificeerd als een onrechtmatige daad van gevaarzetting, dan is het niet zo verwonderlijk dat een en ander via de weg van het vennootschapsrecht ook zijn invloed zal kunnen hebben op de norm van het vennootschappelijk belang, en daarmee op zijn beurt een invloed op de inhoud van het uiteindelijk te bepalen beleid. Vinden we dit ver gaan, dan is dat mogelijk omdat we dit ook via de route van onrechtmatige gevaarzetting erg ver vinden gaan.

41. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/127.

42. Zie bijvoorbeeld C.H.C. Overes, ‘De belanghebbenden in het rechtspersonenrecht’, in: C.H.C. Overes en W.J.M. van Veen (red.), *Met recht betrokken* (Van der Ploeg-bundel), Deventer 2012, p. 244 e.v.

Is dat omdat de kwalificatie onjuist is, of omdat de omstandigheden die in feite de grond vormen voor zo'n kwalificatie, nauwelijks in volle omvang voorstelbaar zijn?<sup>43</sup>

Bij dit alles speelt naar mijn mening ook dat in de *Klimaatzaak* door de rechtbank wat weinig rekening lijkt te worden gehouden met de bedrijfseconomische belangen van Shell, zoals haar concurrentiepositie, en de gevolgen daarvoor van het vonnis.<sup>44</sup>

In het midden latend of dat bij de toepassing van de gevaarzettingsleer niet in aanmerking had moeten worden genomen, lijkt mij dat dit een aspect is dat in ieder geval zeker bij de bepaling van het vennootschappelijk belang moet worden meegewogen, en wel in sterke mate.

Dat is het mooie van de norm van het vennootschappelijk belang, dat daarin zoveel belangen, zoals die zich voordoen bij – en ten aanzien van – de vennootschap, moeten worden meegewogen en tegen elkaar moeten worden afgewogen. De pluraliteit van de belangen die in de vennootschap samenkomen, komt in die norm tot uiting. Ik denk méér, althans meer geëxpliciteerd en in vele gevallen ook meer gedifferentieerd, dan in de criteria die voor gevaarstelling gelden.

De norm van het vennootschappelijk belang laat een afweging toe die sterk op maat is gesneden op de betrokken situatie. Het is een afweging – waarin per definitie proportionaliteit – een grote rol speelt: hoe groot is het gevaar en het risico op 'externe kosten', de hoegrootheid van die kosten ter vermijding ervan, de impact daarop van een ander beleid, wat kan de onderneming dragen, wat zijn de gevolgen van een ander beleid, leidt een ander beleid er mogelijk toe dat de vervuilende activiteiten bijvoorbeeld door een Chinese concurrent ter plaatse worden voortgezet etc.? Het zijn vergelijkbare criteria zoals die in de *Kelderluikleer* gelden, maar in een andere context, in het kader van een ander concept, gewogen.<sup>45</sup>

#### 14. Conclusie

In deze bijdrage heb ik betoogd dat de beoordeling van het beleid van een concernmoeder voor haar groepsmaatschappijen, vanwege de vennootschapsrechtelijke context niet 'zomaar' kan plaatsvinden aan de hand van de normen van het gemene onrechtmatiggedaadsrecht.

Hierbij dienen de vennootschapsrechtelijke uitgangspunten zoals die gelden voor de beoordeling van het gedrag van een bestuurder of een aandeelhouder van een vennootschap te worden betrokken; die uitgangspunten gaan vóór op de normen uit het gemene onrechtmatiggedaadsrecht.

Gaat het om een toetsing van het concernbeleid dat door een moedermaatschappij voor haar groepsmaatschappijen wordt bepaald, dan is

verdedigbaar dat daarvoor als vennootschapsrechtelijke norm die van het vennootschappelijk belang in aanmerking komt. In het vennootschappelijk belang van de moeder worden de respectieve belangen van haar dochtermaatschappijen meegenomen; die zijn daarin als het ware geconsolideerd. Naar mijn mening dienen onder omstandigheden ook milieuaspecten, als mee te wegen deelbelangen te worden meegenomen.

Bepaald niet te benijden is het bestuur dat deze deelbelangen tegen andere belangen, zoals de economische positie en concurrentiepositie van de onderneming, dient af te wegen. Dat is precies de reden waarom een terughoudendheid moet worden betracht bij toetsing hiervan door de rechter. Dat behoeft evenwel uiteraard niet te betekenen dat de rechter in een concreet geval niet zou kunnen oordelen dat de moedermaatschappij tot een aangescherpt milieubeleid dient te komen. De afwezigheid van milieuregelgeving en ook anderszins de afwezigheid van een zekere mate van maatschappelijke consensus over hoe de milieuproblematiek zou moeten worden aangepakt, alsook de verschillende wijzen waarop hiermee in verschillende mondiale gebieden – ook door ondernemingen – wordt omgegaan, werkt juist voor mondiaal opererende ondernemingen bijzonder complicerend. Dat zal doorwerken in de terughoudendheid die de rechter zal moeten betrachten bij de toetsing van een beleid aan de norm van het vennootschappelijk belang.

43. Terzijde wijs ik op de pleidooien van Van Dam en Smeehuijzen om voor moedervervennootschappen een risicoaansprakelijkheid te aanvaarden voor geëxternaliseerde kosten die door onvrijwillige – in de zin van: niet-contractuele – crediteuren van de dochtermaatschappij worden geleden indien – als ik het goed begrijp – ter zake van de geëxternaliseerde risico's sprake is van een concernbeleid; Van Dam, a.w., II.1.6.4 e.v., J.L. Smeehuijzen, 'Aansprakelijkheid van de moeder bij onrechtmatige daden van de dochter', *NJB* 2021/2813. Dit zou wel een zeer radicale wijziging van ons 'concernrecht' betekenen.

44. Alsook met de uiteindelijke praktische gevolgen van het vonnis voor de belangen die in het geding zijn.

45. Zie ook De Jongh, t.a.p., in zijn voetnoot 57, waarin hij stelt dat Kelderluik-achtige criteria enig houvast kunnen bieden bij de vraag in welke mate de externe risico's moeten worden meegewogen, bijvoorbeeld: moet men de externe risico's meer meewegen naarmate de kans op verwezenlijking van risico stijgt, de te verwachten schade groot is, en het eenvoudig is om de risico's te beperken? Men bedenke hierbij dat ook bij de *Kelderluik*criteria de regel van proportionaliteit zeer sterk tot uiting komt toegespitst op de situatie van gevaarstelling.