

De dreigende werking van klimaataansprakelijkheid van financiële instellingen

NTBR 2022/4

Redactioneel

De verplichtingen van financiële instellingen in het tegengaan van klimaatverandering en het faciliteren van de transitie naar een circulaire en klimaatneutrale economie staan in de schijnwerpers.²

Allereerst is er een veelvoud aan generieke (*soft law*) regels die bedrijven (waaronder dus financiële instellingen) verplichten te voorkomen dat hun activiteiten tot mensenrechtenschendingen leiden. Het wordt, mede vanwege *Urgenda* en de *Shell*-uitspraak,³ steeds meer gemeengoed dat bij de huidige stand van zaken het niet optreden tegen de gevolgen van klimaatverandering een mensenrechtenschending kan betekenen. Bovendien heeft de *Shell*-uitspraak laten zien dat het allerminst ondenkbaar is dat bedrijven civielrechtelijk aan een verplichting tot het beschermen van mensenrechten kunnen worden gehouden. Daarnaast zijn er vele Europese en nationale regels, zowel *soft law* als dwingendrechtelijke regels, die specifiek de verantwoordelijkheid van financiële instellingen om duurzame investeringen te faciliteren en niet-duurzame te ontmoedigen, vastleggen. Deze regelgeving, waarvan in het bijzonder de Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR) en de Taxonomieverordening van belang zijn, bevat met name rapportage-, controle- en transparantieplichtingen.⁴

1. Aansprakelijkheidsrisico's op het gebied van klimaatverandering

Inmiddels wordt ook duidelijk dat dit soort verplichtingen in combinatie met de (financiële) risico's van klimaatverandering een bron van handhavings- en aansprakelijkheidsrisico's zijn. Zo hangt de dreiging van een gebods- of verbodsactie óók financiële instellingen boven het hoofd. Dit werd nog maar eens geïllustreerd door de brief van Milieudefensie waarin de organisatie, al schermend met het voor hen (in eerste aanleg) gunstige *Shell*-vonnis, onder meer banken wijst op hun verantwoordelijkheid in het tegengaan van klimaatverandering.⁵ In het buitenland zijn bovendien al procedures gestart waarin (centrale) banken worden aangesproken op de gevolgen van hun financieringspraktijken voor het milieu. Zo is in 2021 door Client Earth een zaak gestart tegen de Nationale Bank van België (NBB). De ngo beargumenteert dat een groot deel van de aandelen die de bank opkoopt in het kader van het Europese Corporate Sector Purchase plan, uitgegeven is door bedrijven die actief zijn in broeikasgas-intensieve sectoren. De deelname van de NBB aan dit programma en het opkopen van aandelen uit die sectoren zou de schuldenlast van

1 Citeerwijze: E.R. de Jong, 'De dreigende werking van klimaataansprakelijkheid van financiële instellingen', *NTBR* 2022/4, afl. 2.

2 Zie over deze verplichtingen en de thematiek van dit redactioneel ook R. van den Bosch & P. Brouwer, 'Klimaat & Duurzaamheid, uitdagingen en dilemma's voor banken', *NJB* 2021/424.

3 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*) en Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

4 Verordening (EU) 2019/2088 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 betreffende informatieverschaffing over duurzaamheid in de financiële dienstensector; Verordening (EU) 2020/852 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2020 betreffende de totstandbrenging van een kader ter bevordering van duurzame beleggingen en tot wijziging van Verordening (EU) 2019/2088. Zie ook het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU, Richtlijn 2004/109/EG, Richtlijn 2006/43/EG en Richtlijn (EU) nr. 537/2014 betreffende duurzaamheidsrapportage door ondernemingen COM/2021/189 final en de Resolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2021 met aanbevelingen aan de Commissie inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven en verantwoordingsplicht van ondernemingen (2020/2129(INL)). Binnen afzienbare termijn wordt een wetsvoorstel van de Commissie verwacht op dit terrein. Op de datum van afronding van dit redactioneel was dat voorstel er nog niet.

5 <https://milieudefensie.nl/actueel/deze-brief-verandert-alles-grote-vervuilers-kom-met-een-klimaatplan>, laatst geraadpleegd op 10 februari 2022.

deze bedrijven drukken en daarmee deze niet-duurzame sectoren stimuleren. Dat leidt, aldus de ngo, tot strijdigheid met verschillende mensenrechtelijke en milieu-rechtelijke bepalingen.⁶

Voorts is het risico op schadeclaims voor (het nalaten om te waarschuwen tegen het gevaar van) *stranded assets* (bijv. assets die als gevolg van de energietransitie aan waarde verliezen) als gevolg van klimaatveranderinggerelateerde effecten reëel. Het is bijvoorbeeld goed voorstelbaar dat financiële instellingen richting cliënten en stakeholders een zorgverplichting hebben om geen risicovolle investeringen te doen in sectoren waar het gevaar bestaat van stranded assets en van aansprakelijkheidsprocedures tegen de ondernemingen waardoor het langetermijnrendement van investeringen in die ondernemingen wordt aangetast.⁷

Ten slotte zijn toezichthouders zich zeer bewust van de implicaties van de transitie naar een klimaatneutrale economie en de risico's die klimaatverandering (ook) voor financiële instellingen met zich brengt. Zo neemt De Nederlandsche Bank (DNB) de 'klimaatkennis' van kandidaat-bestuurders en -commissarissen mee in de beoordeling van hun geschiktheid.⁸ Eveneens neemt de Europese Centrale Bank (en DNB) bij het banktoezicht klimaatrisico's mee in de beoordeling van de kapitaalpositie van EU-banken.⁹ Tegelijkertijd lijkt nog niet de gehele sector doordrongen van het belang van deze ontwikkelingen: financiële instellingen moeten in hun risicobeheer meer rekening houden met duurzaamheidsrisico's, zo concludeerde De Nederlandsche Bank eind 2021.¹⁰

2. De dreigende werking van klimaataansprakelijkheid

Om de aansprakelijkheidsrisico's te beheersen, kunnen financiële instellingen gaan doen aan, wat genoemd wordt, de-risken. Dat houdt in dat zij (zakelijke) klanten die in een sector actief zijn waarvan de bedrijfsmatige activiteiten op gespannen voet staan met klimaat- en duurzaamheidsdoelstellingen preventief gaan weren (en daarmee dus geen nieuwe zakelijke relaties aangaan). Eveneens kan dit inhouden dat langlopende kredieten voortijdig worden opgezegd of zelfs de gehele relatie met zo'n bedrijf wordt beëindigd. De-risken in de context van duurzaamheid kan zich met name voordoen onder de premisse dat, naast allerlei controle-, rapportage- en transparantieplichtingen, financiële instellingen de verplichting hebben om te voorkomen dat hun financieringspraktijken faciliteren dat bedrijven (onaanvaardbare) milieu- en gezondheidsrisico's veroorzaken en/of in stand houden. Dit betreft in potentie aardig wat bedrijven. De gedachte dat financiële instellingen zo'n verstrekkende verplichting hebben, is niet uit de lucht gegrepen. Het is immers goed denkbaar dat ze, in aanvulling op de verplichting om hun eigen uitstoot te reduceren, ook de verplichting hebben (zich in te spannen) hun scope 2-uitstoot (dat van toeleveranciers) en scope 3-uitstoot (dat van afnemers) te reduceren. De rechter heeft bepaald dat *Shell* in ieder geval zo'n verplichting heeft. Dat oordeel zou nog kunnen

6 Zie over ontwikkelingen in procedures tegen centrale banken en financiële instituties ook J. Setzer, C. Higham, A. Jackson & J. Solana, *Climate change litigation and central banks*, ECB Legal Working Paper Series No 21 / december 2021, p. 57 e.v.; S. Barker, J. Dellios & E. Mulholland, *Liability risk and adaptation finance*, Minter Ellison and UN Environment Programme and Finance Initiative, April 2021. Te raadplegen via <https://www.unepfi.org/wordpress/wp-content/uploads/2021/04/UNEPFIMinterEllison-Climate-Change-Litigation-Report.pdf>, laatst geraadpleegd op 10 februari 2022.

7 Zie voor een typologie van (mogelijke) claims tegen financiële instellingen: J. Solana, 'Climate Litigation in Financial Markets: A Typology', *Transnational Environmental Law*, vol. 9, no. 1, 2020, pp. 103-135.

8 <https://www.dnb.nl/voor-de-sector/open-boek-toezicht-fasen/voorafgaand-aan-toezicht/bestuurderstoetsing/aanvangstoetsing/klimaatrisico-s-onderdeel-van-personentoetsingen/>, laatst geraadpleegd op 10 februari 2022.

9 <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.202011finalguideonclimate-relatedandenvironmentalrisks-58213f6564.en.pdf>, laatst geraadpleegd op 31 januari 2022. De ECB is zich bewust van de implicaties van deze ontwikkeling, zie J. Setzer, C. Higham, A. Jackson & J. Solana, *Climate change litigation and central banks*, ECB Legal Working Paper Series, No 21 / december 2021.

10 R. van As (e.a.), *Op weg naar een duurzame balans*, De Nederlandsche Bank 2021, zie: <https://www.dnb.nl/actueel/algemeen-nieuws/oude-bulletins/duurzaamheidsrisico-s-ondanks-databeperkingen-wel-degelyk-meetbaar/>, laatst geraadpleegd op 10 februari 2022. DNB wijst er overigens al langer op dat meer aandacht voor deze risico's nodig is.

sneuvelen,¹¹ maar het zou van onverstandig (en vanuit aansprakelijkheidsrechtelijke optiek: risicovol) beleid getuigen als financiële instellingen niet zouden anticiperen op de mogelijkheid dat deze verstrekende verplichtingen op niet al te lange termijn ook voor financiële instellingen geldend recht zullen zijn.

3. Ervaringen in het kader van de Wwft

Dat de-risken negatieve effecten kan hebben, illustreren de ervaringen in het kader van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: de Wwft, die voortvloeit uit Europese anti-witwasrichtlijnen).¹² Met die wet hebben banken een zware verantwoordelijkheid gekregen om te voorkomen dat ze faciliteren dat criminele geldstromen door het financiële stelsel lopen.¹³ Schending van de wet kan leiden tot strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en aansprakelijkheidsrechtelijke sancties en brengt ook reputationele (en daarmee financiële) risico's met zich. De Europese Bankautoriteit signaleerde in 2020 al dat een van de (neven)effecten van de wet is dat (Nederlandse) banken, op zichzelf genomen legitieme ondernemingen en organisaties die in een branche actief zijn waar een verhoogd risico bestaat op witwassen, criminaliteit, fraude en financiering van terrorisme, preventief weren.¹⁴ Ook zouden zakelijke relaties met dergelijke partijen voortijdig worden beëindigd. Gewezen wordt op seksclubs en betaald voetbalclubs.¹⁵ Hoewel één maatschappelijk belang (het tegengaan van witwassen) gediend wordt met deze praktijk van de-risken, dreigen andere maatschappelijke belangen het onderspit te delven. Zo wordt op het gegeven gewezen dat toegang tot het bancaire betalingsverkeer essentieel is om te kunnen functioneren in het maatschappelijke verkeer (er wordt zelfs gesproken van het recht op een bankrekening, dat overigens voor een consument wettelijk is vastgelegd in art. 4:71f Wet op het financieel toezicht). Hierop aansluitend, en wellicht nog belangrijker, brengt de praktijk van de-risken (indirect) belangrijke keuzes met zich over de inrichting van onze maatschappij. De-risking kan de facto leiden tot ontmoediging of zelfs het onmogelijk maken van bepaalde legitieme activiteiten. Ofwel: de-risken kan leiden tot een vorm van maatschappelijke uitsluiting zonder expliciete juridische grondslag daarvoor.¹⁶ En juist dat effect is, althans zolang strijdigheid met de Wwft nog niet vaststaat maar een mogelijkheid is, problematisch. Hetzelfde bezwaar kan tegen de-risken in de context van duurzaamheid worden geuit. Want ook hier geldt dat veel bedrijfsactiviteiten die het klimaat vervuilen als zodanig (vooralsnog) legitiem en juridisch toegestaan zijn. Bovendien geldt dat veel van die activiteiten (vooralsnog) nodig zijn voor het functioneren van de maatschappij.

3. Dilemma's in de context van duurzaamheid

De afgelopen tijd hebben privaatrechtelijke leerstukken als waarborg gediend tegen de ongewenste effecten van de-risken in het kader van de Wwft. Inmiddels is namelijk in de rechtspraak aanvaard dat – onder omstandigheden, en uiteraard

11 Het ligt voor de hand dat de scope 2- en scope 3-reductieverplichtingen een belangrijk twistpunt zullen vormen in hoger beroep.

12 Zie hierover: T. Beekhuis, 'De-riskende banken: Wwft-conform gedrag, of toch niet?', 8 oktober 2020, <http://blog.ucall.nl/index.php/2020/10/de-riskende-banken-wwft-conform-gedrag-of-toch-niet/>, laatst geraadpleegd op 31 januari 2022.

13 De verplichtingen die banken hebben, zijn zowel relevant voor de precontractuele fase (d.w.z. in de beslissing om een zakelijke relatie met een partij aan te gaan) als de contractuele fase (d.w.z. in de uitvoering daarvan, en dan in het bijzonder het uitvoeren van financiële transacties). Art. 5 lid 1 Wwft bepaalt dat het een instelling verboden is een zakelijke relatie aan te gaan met of een transactie uit te voeren voor een cliënt, tenzij aan een aantal belangrijke anti-witwasverplichtingen is voldaan. Ingevolge art. 36 Wwft worden (bepaalde) privaatrechtelijke rechtshandelingen die in strijd met de wet zijn aangegaan echter niet aangetast door de wet, waardoor zo'n rechtshandeling niet met nietigheid wordt bedreigd (zie art. 3:40 lid 3 BW).

14 <https://fd.nl/beurs/1355840/bankenautoriteit-vreest-dat-witwasregels-doel-voorbij-schieten>, laatst geraadpleegd op 31 januari 2022.

15 Beekhuis 2021.

16 Een (averechts) neveneffect kan overigens ook zijn dat partijen die de gevolgen merken van de-risken hun toevlucht zoeken tot alternatieve financieringsmodellen, die niet of aan minder strenge regulering en toezicht onderhevig zijn. Zie Beekhuis 2021.

zolang er wordt voldaan aan de Wwft-verplichtingen – de bijzondere zorgplicht van banken met zich kan brengen dat zij een *verplichting* hebben een betaalrekening aan te bieden aan professionele partijen (daarbij overigens aansluitend bij het wettelijk vastgelegde recht van een consument op een bankrekening).¹⁷ Daarnaast kan ook de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden eraan in de weg staan dat een financiële instelling een bestaande langlopende relatie voortijdig beëindigt.

Uiteraard is deze rechtspraak niet een-op-een toe te passen op alle vormen van de-risken in de context van duurzaamheid. Ik haal dit voorbeeld eruit omdat, zo is in de literatuur ook aangestipt, deze ontwikkeling banken in een spagaat brengt: een te lakse houding brengt de nodige aansprakelijkheids- en handhavingsrisico's met zich, terwijl een te risicoaverse houding er ook toe kan leiden dat zij via de civielrechtelijke weg worden aangesproken.

Ook wanneer financiële instellingen in hun bedrijfsvoering rekenschap willen geven van de dreiging van klimaataansprakelijkheid kunnen zij in deze spagaat terecht komen. De beslissing om bedrijven in de olie- en gasector niet (meer) te financieren wordt bijvoorbeeld, bij gebrek aan dwingendrechtelijke regels, ingegeven door beleidsmatige overwegingen. Als zij hiertoe overgaan, lopen banken het risico hierin te worden teruggefloten door de civiele rechter. Tegelijkertijd lopen ze, zoals hiervoor beschreven, risico's op klimaataansprakelijkheid voor het financieren van dergelijke partijen. Van den Bosch en Brouwer geven daarnaast het voorbeeld van financiering van woonhuizen die in een gebied liggen dat (extra) gevoelig is voor de gevolgen van klimaatverandering. "De prijs van dergelijke huizen zal waarschijnlijk dalen en degenen die het zich kunnen veroorloven zullen verhuizen naar een plek waar ze dat risico niet of minder lopen. Degenen die zich dit echter niet kunnen veroorloven blijven achter in een huis waarvan de waarde daalt. Gebiedt de zorgplicht van banken dan dat (aanstaande) eigenaren van dergelijke huizen juist wel gefinancierd worden (om verdere ellende te voorkomen)? Of moet de geldkraan dicht, omdat de klimaatrisico's en financiële risico's voor de client voorzienbaar waren en daarmee een financieel risico vormen voor de bank om als grotere en professionele partij de consequenties te dragen?"¹⁸

Met andere woorden: het nalaten van de-risken kan leiden tot juridische sancties, maar de-risken als zodanig ook.

4. Onduidelijkheid over juridische verplichtingen

Vanuit duurzaamheidsperspectief valt de dreiging van klimaataansprakelijkheid toe te juichen. Financiële instellingen worden door verschillende actoren (de rechter, aandeelhouders, belangenorganisaties etc.) ertoe aangezet duurzaamheidsdoel-einden te internaliseren en zo hun noodzakelijke steentje bij te dragen aan de transitie naar een klimaatneutrale economie en het tegengaan van klimaatverandering. Het is bovendien wederom een krachtig voorbeeld van hoe het aansprakelijkheidsrecht publieke regulering kan aanvullen en de tekortkomingen daarvan (bij het beschermen van onze planeet) een klein beetje kan ondervangen. Tegelijkertijd moeten we ons goed (blijven) afvragen welke effecten van die dreiging van aansprakelijkheid wenselijk zijn en welke niet. Het uiteindelijke probleem in dat verband is rechtsonzekerheid. We staan slechts aan het begin van een proces waarin veel van de verplichtingen die financiële instellingen hebben in het tegengaan van klimaatverandering zich nog moeten uitkristalliseren.¹⁹ Wat financiële instellingen, naast het rapporteren en informeren over klimaatrisico's, specifiek op het gebied van klimaatverandering moeten doen, is allesbehalve duidelijk. Sturing vanuit de (Europese) wetgever is meer dan welkom. Aannemelijker is het dat de civiele rechter die sturing van geval tot geval op basis van open normen zal moeten geven. Zoiets kan al snel een aantal jaren duren. Het blijft de komende tijd dus behelpen.

¹⁷ Zie onder meer HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, NJ 2021/352.

¹⁸ Van den Bosch & Brouwer 2021, p. 431. Ze halen overigens ook het voorbeeld van financiering van bedrijven in de olie- en gasector aan.

¹⁹ Zie voor eerste stappen daartoe J. Spier, 'Juridische verplichtingen van kernspelers', NJB 2021/908.