Nieuwe aansprakelijkheidsrisico's door maatschappelijke verantwoordelijkheid

Manon Pluymen

18 april 2024

ACIS

JPR advocaten



Agenda

- Definities, MVO, duurzaam, ESG
- ESG verslaglegging in EU regelgeving, transparantie
- Spelers in het toezicht
- Greenwashing
  - Definitie
  - Regelgeving
  - Toezicht
- Bestuurdersaansprakelijkheid

Britse milieuclub vangt opnieuw bot in zaak tegen bestuurders van Shell

De Britse milieuorganisatie ClientEarth heeft ook in hoger beroep een zaak verloren die ze had aangespannen tegen bestuurders van Shell. Die zouden te weinig doen om het concern te verduurzamen. Maar het Britse Hof van Beroep verwerpt de claim.

Bard van de Weijer 15 november 2023, 19:56

Bron: De Volkskrant

Ontwikkelingen

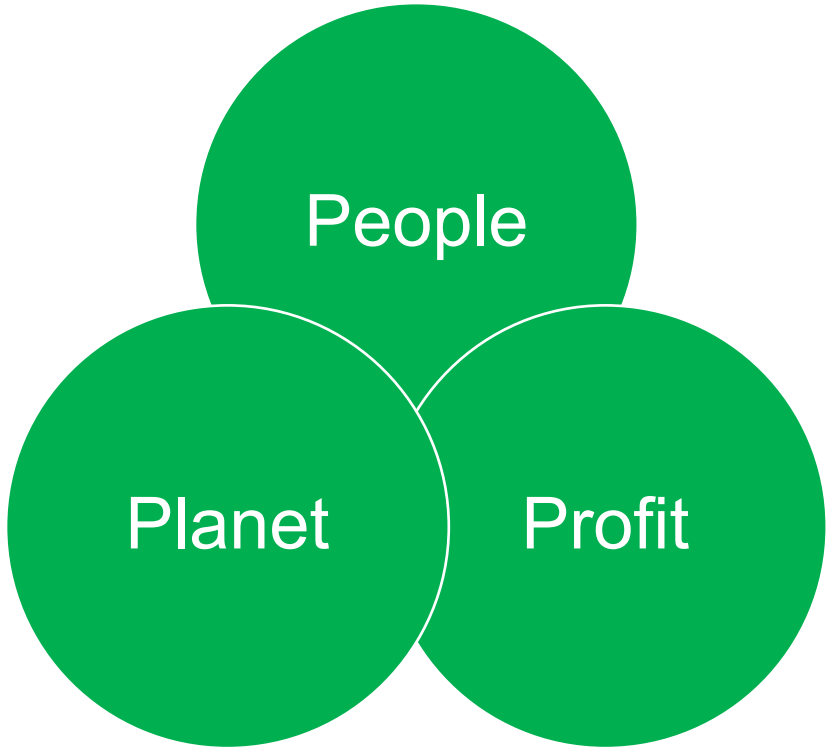
MVO

Duurzaamheid

ESG

MVO

- Bedrijfsmodel voor een betere wereld
- Duurzaam ondernemen
- Vrijwillige inspanningen
- Steeds minder vrijwillig

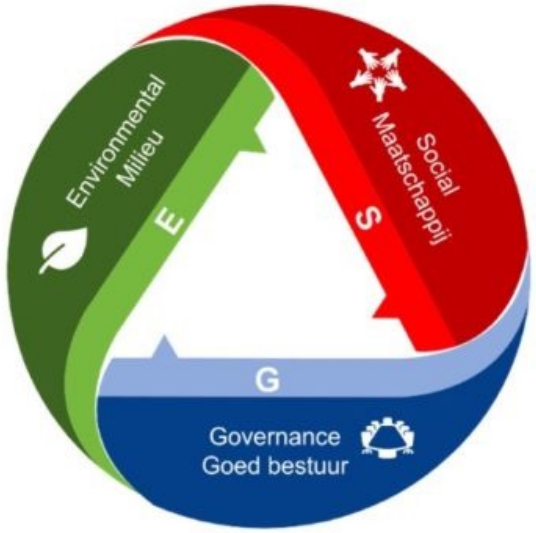


Duurzaamheid

- Wettelijke definitie ontbreekt
- Verzamelbegrip voor relatie organisatie met het milieu
- ESG breidt relatie uit naar maatschappelijke verantwoordelijkheid en gedrag

ESG

- Beoordelen van inspanningen van bedrijven
- Rapportage standaarden
- 17 sustainable development goals SDG



Environmental Milieu	Social Maatschappij	Governance Goed bestuur
Klimaatveranderings-strategie	Gelijke kansen	Bedrijfsethiek
Biodiversiteit	Vrijheid van vereniging	Naleving wet- en regelgeving (compliance)
Water-efficiëntie	Gezondheid en veiligheid	Onafhankelijkheid bestuur
Energie-efficiëntie	Mensenrechten	Bonuscultuur
Carbonintensiteit	Klant- en product-verantwoordelijkheid	Aandeelhouder democratie
Milieubeheersysteem	Kinderarbeid	

Bron: duurzaam-beleggen.nl

Environmental, maar ook Governance

Environmental
Milieu

Klimaatveranderings-
strategie
Biodiversiteit
Water-efficiëntie
Energie-efficiëntie
Carbonintensiteit
Milieubeheersysteem

Governance
Goed bestuur

Bedrijfsethiek
Naleving wet- en
regelgeving (compliance)
Onafhankelijkheid bestuur
Bonuscultuur
Aandeelhouder democratie

Royal Dutch Shell moet CO2-uitstoot terugbrengen

Den Haag, 26 mei 2021
De rechtbank Den Haag beveelt Royal Dutch Shell (RDS) om via het concernbeleid van de Shell-groep de CO2-uitstoot eind 2030 terug te brengen tot netto 45% ten opzichte van het niveau van 2019.

NOS Nieuws • Woensdag, 15:24 • Aangepast woensdag, 16:10

Forse boete van 25 miljoen dollar voor accountantskantoor KPMG wegens fraude

KPMG krijgt in de VS een boete van 25 miljoen dollar (23 miljoen euro) van de Amerikaanse toezichthouder voor accountants. De Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB) stelt vast dat medewerkers van de accountantstak van KPMG Nederland fraudeerden bij verplichte interne kennistoetsen.

Bron: De Rechtspraak

Bestuurder KPMG persoonlijk aangesproken

In het kort

- KPMG Nederland moet een boete van $25 mln betalen, na een onderzoek van de Amerikaanse toezichthouder PCAOB in samenwerking met de AFM.
- Bij KPMG zijn op grote schaal antwoorden van verplichte toetsen gedeeld en examens samen gemaakt.
- De toezichthouders rekenen het KPMG zwaar aan dat de firma het gesjoemel lange tijd verzweeg, terwijl er al wel onderzoek naar liep.

In het kort

- KPMG kreeg woensdag een recordboete van $25 mln van de Amerikaanse toezichthouder PCAOB.
- De boete viel zo hoog uit omdat de top van het bedrijf de toezichthouder laat, verkeerd en onvolledig informeerde tijdens een lopend onderzoek.
- Het lijkt onvermijdelijk dat de boete meer zaken in beweging gaat zetten.

Bron: FD – 10 en 11 april 2024

Nestlé moet minder ongezonde dingen maken

In het kort

- ShareAction vraagt Nestlé in motie op aandeelhoudersvergadering om meer gezonde producten te produceren.
- Het past in de trend van burgerorganisaties die bedrijven tot de orde roepen wanneer de overheid in hun ogen te weinig doet.
- De activistische aandeelhouders wijzen het Zwitserse concern ook op financiële risico's op de lange termijn, in de vorm van boetes of reputatieschade.

'Nestlé profileert zichzelf als ESG-frontrunner', zegt Hester Holtland, die als senior portfolio manager sustainable investing bij VGZ verantwoordelijk is voor de samenwerking met ShareAction. 'Hun slogan is het "verbeteren van het leven van mensen door voeding". Dan moeten ze zich daar ook aan houden, vinden wij. Nestlé is niet het slechtste jongetje van de klas, er zijn bedrijven die het slechter doen op dit gebied. Maar we verwachten meer van ze.'

Bron: FD – 16 april 2024

Kansen en risico’s ESG

- Bedrijven met een hoge ESG score:
  - Kunnen beter producten en diensten afstemmen op consumenten
  - Zijn financieel sterker – komen beter uit een crisis
- Vertrouwen van de consument en derden is de basis
  - Betrouwbare claims
  - Controle op claims
- EU dwingt tot transparantie via:
  - ESG verslaglegging in regelgeving
  - Verbod op greenwashing

EU-regelgeving

- Taxonomieverordening ((EU) 2020/852)
- Transparantieverordening SFRD ((EU) 2019/2088)
- CSRD ((EU 2021/2417)
- CSDDD (CS3D richtlijn)

Toezicht op regelgeving

- AFM
  - Bevorderen van transparantie
  - Toezicht op duurzaamheidsclaims en informatieverstrekking
- DNB toezicht (beheerste bedrijfsvoering waaronder ESG-risico's, art. 3:17 Wft)
- ESMA, EBA, EIOPA – Europese toezichtautoriteiten
- ACM
  - Onderzoek naar duurzaamheidsclaims
  - Boetes, lasten onder dwangsom
- Reclame Code Commissie
  - Code voor duurzaamheidsreclame
  - Particulier of bedrijf kan klacht indienen

Greenwashing – definitie

- Uit advies aan Europese Commissie van EIOPA blijkt dat:
  - Concrete wettelijke definitie van greenwashing ontbreekt
  - Term wel voorkomt in verschillende EU-regelgeving

- Greenwashing ziet niet alleen op milieuclaims, maar op alle duurzaamheidsclaims
  - Vandaar dat greenwashing ook wel ESG washing of sustainability washing wordt genoemd

Greenwashing – definitie

- Overweging 11 Taxonomieverordening:
  - Met “greenwashing” wordt in het kader van deze verordening de praktijk bedoeld waarbij een oneerlijk concurrentievoordeel wordt verkregen door een financieel product als milieuvriendelijk in de markt te zetten, terwijl het in feite niet aan elementaire *milieu*normen voldoet.

- Overweging 2 CSRD:
  - Financiële producten waarvan ten onrechte wordt beweerd dat zij *duurzaam* zijn

Greenwashing – definitie

- EOIPA progress rapport 1 juni 2023:

"a practice whereby sustainability-related statements, declarations, actions, or communications do not clearly and fairly reflect the underlying sustainability profile of an entity, a financial product, or financial services. This practice may be misleading to consumers, investors, or other market participants".

Greenwashing – algemene richtlijnen

- Nu geen specifiek EU-wettelijk kader
- Per land verschillende interpretaties van greenwashing
- Ook geen specifieke wettelijke bepalingen in Nederlands recht
- Voor Nederland zijn deze algemene richtlijnen van belang:
  - Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, NL: Wet Oneerlijke handelspraktijken (OHP), boek 6 BW, artt.193 a t/m 193j
  - Nederlandse Reclame Code
  - Code voor duurzaamheidsreclame
  - Leidraad duurzaamheidsclaims van ACM en AFM

Greenwashing – Oneerlijke handelspraktijken

- Art. 6:193c BW
- **Misleidende handelingen**, Verstrekte informatie is feitelijk onjuist (productkenmerk, prijs, hoedanigheid handelaar)

    - Een **handelspraktijk** die gepaard gaat met **onjuiste informatie** en derhalve op onwaarheden berust of op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, zelfs bij feitelijk correcte informatie, de **gemiddelde consument** bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van:

        a) Het bestaan of de aard van het product
        b) De voornaamste kenmerken van het product
        c) De reikwijdte van de verplichtingen van de handelaar, motieven voor de handelspraktijk en de aard van het verkoopproces

Greenwashing – Oneerlijke handelspraktijken

- Art. 6:193d BW
- **Misleidende omissie**, essentiële productinformatie wordt weggelaten
    - Een handelspraktijk die in haar feitelijke context **essentiële informatie** welke de **gemiddelde consument**, naargelang de context, nodig heeft om een **geïnformeerd besluit** over een transactie te nemen, **weglaat** en die de gemiddelde consument er toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.
    - Ook misleidend is het **verborgen houden**, op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel **laattijdig verstrekken** van essentiële informatie
    - Bv prijs blijkt te bestaan uit niet genoemde bijkomende kosten

Greenwashing – Oneerlijke handelspraktijken

- ECLI:NL:RBAMS:2024:1512 (KLM), r.o. 4.13:

  De Europese Commissie heeft eind 2021 **Richtsnoeren** geformuleerd met betrekking tot de uitlegging en toepassing van de Richtlijn, die de goede toepassing van de Richtlijn moeten vergemakkelijken.2 Deze Richtsnoeren zijn dus relevant bij de uitleg van de artikelen 6:193a-j BW.

Greenwashing – Oneerlijke handelspraktijken

- ECLI:NL:RBAMS:2024:1512 (KLM), r.o. 4.16
- Paragraaf 4.1.1.3 Richtsnoeren (“De toepassing van artikel 6 van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken op milieuclaims”) (samengevat):
  - Ook het **beeldmateriaal** en de **algemene productpresentatie** d.w.z. ontwerp, kleurkeuze, afbeeldingen, foto’s, geluiden, symbolen en etiketten) dienen een **waarheidsgetrouwe en nauwkeurige weergave** te zijn van de omvang van het milieuvoordeel, en geen te rooskleurig beeld te geven van het behaalde voordeel.
  - Milieuclaims kunnen **misleidend** zijn als ze gebaseerd zijn op **vage en algemene verklaringen** over milieuvoordelen, zonder fatsoenlijke onderbouwing van het voordeel en zonder te vermelden op welk aspect van het product de claim betrekking heeft. Voorbeelden van dergelijke claims zijn “milieuvriendelijk”, “eco”, “groen”, “ecologisch”, “duurzaam”, […] maar ook **generieke claims** “bewust en verantwoord”

Greenwashing – Leidraad duurzaamheidsclaims ACM

- ECLI:NL:RBAMS:2024:1512 (KLM), r.o. 4.18

- ACM Vijf vuistregels:
    1. Wees duidelijk over het duurzaamheidsvoordeel
    2. Onderbouw met feiten en blijf actueel
    3. Maak eerlijke vergelijkingen
    4. Wees duidelijk over de duurzaamheid van uw bedrijf
    5. Zaai geen verwarring met visuele claims

Greenwashing – Nederlandse Reclame Code

- ECLI:NL:RBAMS:2024:1512 (KLM), r.o. 4.19
- Code voor Duurzaamheidsreclame (CDR)
  - Vervangt de Milieu Reclame Code (geldig tot 1 februari 2023)
  - Onderscheid milieuclaims en ethische claims
  - Artikel 3 Misleiding



Bron: Fossielvrij NL – 18 december 2023

Greenwashing – ECLI:NL:RBAMS:2024:1512 (KLM)

Reclames KLM waren misleidend, consument niet eerlijk geïnformeerd

Amsterdam, 20 maart 2024

Een aantal reclame-uitingen die KLM in het verleden voerde, is misleidend en daarmee onrechtmatig oordeelt de rechtbank. Dat is de uitkomst in de collectieve actie die stichting Fossielvrij aanspande tegen KLM omdat zij vindt dat KLM aan greenwashing doet.

- Consument niet eerlijk en concreet geïnformeerd
- De verstrekte informatie is niet feitelijk juist of de verstrekte of weggelaten informatie is in de context waarin de informatie is verstrekt of weggelaten, misleidend.
- Reclame-uitingen onrechtmatig en in strijd met de Wet oneerlijke handelspraktijken (6:193 a-j BW)
- Richtsnoeren Europese Commissie relevant voor beoordeling
- Verklaring voor recht toegewezen

EU-regelgeving – Richtlijn 2024/825

Empowering consumers for the green transition

- Op 6 maart 2024 gepubliceerd
- Wijzigen richtlijn oneerlijke handelspraktijken (2005) en richtlijn consumentenrechten (2011)
- Bestrijden van oneerlijke handelspraktijken die consumenten beletten te kiezen voor groenere of meer circulaire producten en diensten

EU-regelgeving – Green Claims directive

- Aangenomen door Europees Parlement, nog goedkeuring Raad nodig
- Bevat een verbod op greenwashing
- Introduceert een verificatiesysteem voor bedrijven die (met name) **uitdrukkelijke** milieugerelateerde claims willen doen
    - Bedrijven moeten claim onderbouwen met bewijs en **vooraf** laten goedkeuren door door de EU-lidstaten aangewezen controleurs

Greenwashing – Leidraad duurzaamheidsclaims AFM

- AFM Drie uitgangspunten:
    1. Juist, representatief en actueel
    2. Concreet en goed onderbouwd
    3. Begrijpelijk, passend en vindbaar

Greenwashing – aansprakelijkheidsrisico

- Aansprakelijkheid voor schade op grond van onrechtmatige daad of toerekenbare tekortkoming
    - *Soft law* wordt *hard law* door implementatie van EU regelgeving over transparantie en greenwashing (o.a.CSRD)
- Geslaagd beroep op dwaling en bedrog kunnen leiden tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van overeenkomst (prijsaanpassing)
- Aansprakelijkheid voor bedrijven tegen bedrijven vanwege misleidende reclame of ongeoorloofde vergelijkende reclame

Gevolgen voor bestuurders

- Reputatieschade
  - Naming & shaming door Reclame Code Commissie
- Boetes
  - ACM tot 900.000 euro of 1% van de jaaromzet voor duurzaamheidsclaims die oneerlijke handelspraktijken zijn
- Bestuurdersaansprakelijkheid
  - Interne aansprakelijkheid (2:9 BW)
  - Externe aansprakelijkheid (6:162 BW)



Bron: Milieudefensie

Interne bestuurdersaansprakelijkheid

- ‘Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een **behoorlijke vervulling van zijn taak**.’
- Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van **onbehoorlijk bestuur**, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen **ernstig verwijt** kan worden gemaakt en hij niet **nalatig** is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

- Ongeschreven standaard zorgplicht uit de *Royal Dutch Shell vs Milieudefensie*-zaak waarschijnlijk onvoldoende voor interne bestuurdersaansprakelijkheid
- Causaal verband en toerekenbaarheid?

Externe bestuurdersaansprakelijkheid

- 6:162 BW vereist schending van maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm
- KPNQwest-arrest
  - Onjuiste informatieverschaffing door ondernemingen aan (potentiële) aandeelhouders kan in strijd zijn met een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm
- Reflexwerking van Taxonomieverordening en CSRD?

Beschouwingen voor de toekomst

- Rol van WAMCA
- Kosten voor verweer
- Bestuurdersaansprakelijkheid uit NIS 2 voor bepaalde instanties (cyberveiligheid)

- ‘Uit onderzoek van de Europese Commissie is gebleken dat meer dan de helft van onderzochte duurzaamheidsclaims vaag, misleidend of ongefundeerd was.’ *NJB 2023/2696*