

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID IN HET LICHT VAN ESG

BESTUUR VAN VENNOOTSCHAPPEN - LEUVEN 18
NOVEMBER 2022

Arie Van Hoe

EVOLUTIE IN CLIMATE (CHANGE) LITIGATION

- Eerste stap: overheden
- Tweede stap: ondernemingen
- Derde stap: bestuurders
 - “Uiteindelijk zijn het altijd mensen die beslissingen nemen. En als zij zo’n bedrijf toch op ramkoers houden met het klimaat, kunnen ze in de toekomst ook als bestuurders ter verantwoording worden geroepen” (<https://www.vrt.be/vrtnu/a-z/duty-of-care/2022/duty-of-care/>)
- Vierde stap: banken, verzekeraars, auditors, advocaten, ...
- Vijfde stap: burgers/consumenten?

Subject: Shell’s actions and communications in response to the judgment of the District Court of The Hague and the potential exposure of directors to personal liability towards third parties (RC.26.358/16)

Dear Mr Van Beurden, dear Sir Mackenzie,

On behalf of Friends of the Earth Netherlands (“Milieudefensie”), we are addressing the CEO, the Executive Committee and the Board of Directors of Shell plc about Shell’s actions and communications in response to the judgment of the District Court of The Hague (the “Court”) dated 26 May 2021.

1. Introduction

In this judgment, the Court ordered Shell plc (“Shell”) to reduce the worldwide absolute emissions of the entire Shell-group with at least net 45% by 2030. In short, the Court found that Shell is responsible for significant CO₂-emissions which contribute to global warming and the urgent threat of dangerous climate change. The Court recognized that this will have serious and irreversible consequences and puts the human rights of Dutch citizens at risk. In light of this, Shell has an individual legal responsibility to take drastic measures to limit its own contribution to this global catastrophe, which cannot be conditional on society’s progress.¹ This means Shell must change its policy and use its power, control and influence to reduce CO₂-emissions in Scope 1, 2 and 3, including emissions from the products sold by the Shell-group.²

¹ District Court The Hague 26 May 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339, par. 4.5.2.

² The Court made clear that Shell’s policy must be focused on achieving net 45% emission reductions by 2030 (par. 4.4.39). Shell is free to decide how it achieves these reductions (par. 4.4.54). The Court has made it

<https://milieudefensie.nl/actueel/brief-aan-de-bestuurders-van-shell>

Mr. P. Courteos
Mr. J.S.B. Gorkisen
Mr. M. Schout
Mr. L.H.J. Somers
Mr. S.J. Keuls
Mr. V.C. Rozek
Mr. M.L. Kamakers
Mr. G. Sarandio

Adviseur
Prof. mr. J.G.J. Rinkes

Contact

Maastricht
St. Pieterskade 268
6212 AD Maastricht
T +31 43 321 6640
F +31 43 325 4301

Parkstad
Akerstraat 57
6411 GZ Weert
T +31 45 560 6000
F +31 45 560 6001

Postbus 131
6200 AC Maastricht

www.paulussas.nl

T.co@paulussas.nl
Doorkiesnr. +31 43 328 4113

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID

- Wat?
 - Externe bestuurdersaansprakelijkheid - schending algemene zorgvuldigheidsnorm - ingesteld door individuele (rechts)personen - met oog op schadevergoeding
- Aansprakelijkheidsrecht is rechtersrecht
 - “Les articles 1382 et 1383 du Code Civil ne comportent en effet ni définition de la faute, ni du lien causal ni du dommage, à tel point qu’un auteur s’est demandé si l’on pouvait accorder à ces articles le statut d’une véritable règle de droit.” (B. DUBUISSON, “Faut-il reformer le Code civil (II)? Interrogations et propositions concernant la responsabilité extracontractuelle”, *JT* 2016, 673-682)
- Artikel 1382 B.W. bevat geen op zichzelf staande zorgvuldigheidsplicht, wel een verplichting tot schadevergoeding wanneer de voorwaarden vervuld zijn
 - “Il [art. 1382 BW] n’interdit aucun comportement *in se*” (T. LÉONARD, *Faute extra-contractuelle et juridictions commerciales: principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute*”, *TBH* 2013, 953)
- Finaliteit aansprakelijkheidsrecht
 - shift van vergoeding naar preventie?
 - shift van verleden naar toekomst? (M.-A. FRISON-ROCHE, “La responsabilité ex ante, pilier du droit de la compliance”, *Recueil Dalloz* 2022, 621-624)

FOUT

- De algemene zorgvuldigheidsnorm is een open norm die - onder toezicht van Cassatie - wordt ingevuld door de feitenrechter
 - MvT Hervorming, 54: “ (...) *de inhoud van de gedragsregel [wordt] in werkelijkheid a posteriori vastgesteld wordt door de rechter op basis van de concrete omstandigheden van het geval.*”
 - “*soupage de sécurité*” (X. THUNIS) - “*une norme très accueillante*” (B. DUBUISSON)

- Via de algemene zorgvuldigheidsnorm wordt de (niet-)juridische *Zeitgeist* (die duurzaamheid centraal stelt) juridisch relevant
 - Green Deal, CSRD, CSDD, Taxonomy, soft law, corporate governance code, ...

- Bestuursbeslissingen met impact op klimaat en klimaatverandering
 - “*The alarm bells are deafening, and the evidence is irrefutable: greenhouse gas emissions from fossil fuel burning and deforestation are choking our planet and putting billions of people at immediate risk*” (António Guterres, 9 augustus 2021) **versus** “*World’s biggest carmakers to build 400m more vehicles than 1.5C climate target will allow*” (The Guardian, 10 november 2022)
 - Verhouding economie/ecologie?
 - ❖ Advies van de Commissie voor de hervorming van het strafrecht omtrent de opname van de misdaad van ecocide in het nieuw Strafwetboek: “*De verboden gevolgen zijn hier de milieuschade die duidelijk buitensporig zou zijn in verhouding met de verwachte sociale en economische voordelen. Dit concept introduceert een criterium van onevenredigheid dat de beginselen van het milieurecht weerspiegelt.*”

SCHADE

- “Schade vormt vandaag dan ook de alfa en de omega van de burgerlijke aansprakelijkheid (...)” (P. GILLAERTS)
- Basisvereisten
 - Zekere (ook toekomstige) schade
 - “La responsabilité civile (...) attend le dommage et ne permet pas aisément de l’anticiper” (B. DUBUISSON)
 - Persoonlijke schade
 - Kan onderdeel zijn van “ruimere” (door meerdere (rechts)personen geleden) schade
- Bijzondere schadeposten
 - Morele schade (familieleden slachtoffers overstromingen?)
 - Preventiekosten
 - ❖ **Art. 5.176:** “De kosten van dringende en redelijke maatregelen om dreigende schade of de verergering van schade te voorkomen, vallen ten laste van de aansprakelijke of van degene die aansprakelijk zou zijn indien de schade zich zou hebben voorgedaan.”
 - Collectieve belangen
 - ❖ **Art. 5.172, lid 2:** “De schade die het gevolg is van de aantasting van collectieve belangen wordt hersteld in de gevallen en onder de voorwaarden bepaald bij de wet.”

CAUSAAL VERBAND

- Conditio sine qua non-test en rechterlijke creatie van een rechtmatig alternatief
 - Belangrijke hervorming regels inzake causaal verband : “Kennelijk onredelijk” - “Samenloop met voldoende oorzaken” - “Samenloop van tot aansprakelijkheid leidende gebeurtenissen” - “Gemeenschappelijke fout” - “Alternatieve causaliteit. Collectieve fout” - “Alternatieve causaliteit. Afzonderlijke feiten”
 - Samen te lezen met nieuwe regels inzake bewijs (boek 8 BW)
- Causaal verband en klimaatverandering?
 - *“En réalité, l'établissement d'un lien causal entre des manquements aussi largement définis et un dommage collectif relève d'une tâche quasiment impossible, du moins si on utilise les règles du droit commun”* (B. DUBUISSON)
 - R. F. STUART-SMITH e.a., “Filling the evidentiary gap in climate litigation”, *Nature Climate Change* 2021, 651-655

LUCIANO LLIUYA V. RWE AG

- Overstromingsgevaar lager gelegen dorp als gevolg van smelten gletsjers
- RWE is verantwoordelijk voor 0.47% van de post-industriële CO2-uitstoot
- Dhr. Lliuya vordert preventiekosten overstroming woning
 - Fout?
 - Schade?
 - Causaal verband?
- “Rogatoire commissie”: mei 2022



<http://climatecasechart.com/non-us-case/liuya-v-rwe-ag/>

BESLUIT

- Fout, schade en causaal verband *lijkt* een moeilijke opgave maar AS-recht blijft rechtersrecht, met ruimte voor beleid van de rechter
 - *“De relativiteitseis en het vereiste van causaal verband vormen geen onoverkomelijke barrière. Het zijn drempels die zo hoog en zo laag zijn als de rechtspolitiek wil springen.”*
(J. H. NIEUWENHUIS, “Zij die geboren worden groeten u. Aansprakelijkheid jegens toekomstige generaties?” *RM Themis* 1988, 359-367)
- Bestuurders moeten duurzaamheid meer dan ooit centraal stellen, ook uit eigenbelang
 - Art. 25 voorstel CSDD: *“De lidstaten zorgen ervoor dat bestuurders van ondernemingen (...) bij het vervullen van hun plicht om te handelen in het belang van de onderneming, rekening houden met de gevolgen van hun beslissingen voor duurzaamheidskwesties, met inbegrip van, waar van toepassing, de gevolgen voor mensenrechten, klimaatverandering en milieu, ook op korte, middellange en lange termijn.”*

BANGE BESTUURDERS

Mr. M.J. Kroeze

BEZORGDHEID NA BESLUIT

- Creatie en afdwinging van zelfstandige zorgvuldigheidsplicht: “beter voorkomen dan genezen”?
 - **Art. 5.188. Bevel of verbod**: *“Onverminderd het recht op herstel van de schade, kan de rechter aan iemand die op foutieve wijze anderen schade dreigt te berokkenen een bevel of verbod opleggen dat erop gericht is om de foutieve gedraging of de verderzetting of herhaling ervan te voorkomen.”*
 - **MvT, 218**: *“Het gaat om preventieve maatregelen ter verzekering van de naleving van de in artikel 5.146 vervatte rechtsplicht om niet onrechtmatig te handelen.”*
 - B. DUBUISSON, “Responsabilité civile et changement climatique. Libres propos sur le jugement rendu dans l’affaire « *Klimaatzaak »*” in *Liber amicorum Xavier Thunis*, Brussel, Larcier, 2022, 280: *“La question fondamentale est (...) de savoir si l’on peut fonder une telle injonction sur la base de la violation de la règle générale de prudence qui est construite a posteriori par le juge saisi du litige, en fonction des circonstances de l’espèce?”*

LITERATUUR

- X. DIEUX, “« Économie durable » Responsabilité des administrateurs et des commissaires” in *Les instruments de droit des sociétés et de droit financier de l'économie durable*, Brussel, Larcier, 2021, 237-276.
- X. DIEUX, “Sociétalisme et Liberté: Pour une Supervision du Risque Climatique” in *Liber amicorum Xavier Thunis*, Brussel, Larcier, 2022, 123-151.
- B. DUBUISSON, “Responsabilité civile et changement climatique. Libres propos sur le jugement rendu dans l’affaire « Klimaatzaak »” in *Liber amicorum Xavier Thunis*, Brussel, Larcier, 2022, 259-286.
- R. FELTKAMP, A. FRANÇOIS en L. CORNELIS, “Le droit privé au service d’une société durable: rêve our réalité démocratique” in *Recht en duurzaamheid*, Brussel, Larcier, 2022, 105-177.
- L. CORNELIS, *Samenlevingsgericht (aansprakelijkheids)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 217 p.
- H. DE WULF, “Some thoughts on the regulatory use of tort law in a corporate context” in *Liber Amicorum Xavier Dieux*, Brussel, Larcier, 2022, 731-770.
- P. GILLAERTS, *De rol van de Belgische declaratoire vordering bij het nastreven van de niet-vergoedende doelstellingen van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, proefschrift KUL, 2020, 718 p.
- H. BOCKEN, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, Brussel, Bruylant, 1979, 500 p.