

De betrekkelijkheid van kredietopzegging vanwege klimaataansprakelijkheid: twee (handelings)perspectieven voor banken

Een reactie op mr. F. Lambert, MvV 2023, p. 439-446

*Mr. P. Heemskerk en mr. R.H.J. Cox**

1 Inleiding

Een jaar terug verscheen in dit tijdschrift een artikel van onze hand over bancaire klimaataansprakelijkheid.¹ Sindsdien is er veel gebeurd.² De Europese Centrale Bank (ECB) heeft, opnieuw, meermaals op het risico van bancaire klimaataansprakelijkheid gewezen.³ Er zijn, opnieuw, onderzoeksrapporten verschenen die klimaataansprakelijkheidsrisico's signaleren, ook in de financiële sector.⁴ De beperking van klimaatverandering valt nu uitdrukkelijk binnen de ook op banken toepasselijke OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct (hierna: OECD Guidelines).⁵ VN-mensenrechtexperts hebben tien internationale banken aangesproken op hun individuele verantwoordelijkheid onder

de United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (hierna: UNGP)⁶ voor hun bijdrage aan de klimaatgerelateerde mensenrechtenimpacts van Saudi Aramco.⁷ Op 19 januari 2024 is ING door Milieudefensie aansprakelijk gesteld.⁸ En zo zijn er nog meer ontwikkelingen te noemen.⁹ Het past allemaal goed binnen het algemene beeld dat de bancaire sector weliswaar in beweging lijkt, maar nog steeds onvol-

* Mr. P. Heemskerk is advocaat bij Paulussen Advocaten in Maastricht. Mr. R.H.J. Cox is advocaat bij Paulussen Advocaten in Maastricht.

1 P. Heemskerk & R.H.J. Cox, Bancaire klimaataansprakelijkheid onder invloed van duurzaamheidswetgeving, MvV 2023, p. 93-106.

2 Deze bijdrage is afgerond op 8 maart 2024.

3 Zie o.a. F. Elderson, 'Come Hell or High Water': Addressing the Risks of Climate and Environment-Related Litigation for the Banking Sector, keynote speech tijdens de ECB Legal Conference op 4 september 2023; ECB, Risks from Misalignment of Banks' Financing with the EU Climate Objectives. Assessment of the Alignment of the European Banking Sector, 2024.

4 Zie o.a. J. Setzer & C. Higham, Global Trends in Climate Change Litigation: 2023 Snapshot, Londen: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science 2023; Climate-Related Litigation: Recent Trends and Developments, Parijs: Network for Greening the Financial System 2023; Report on Micro-Prudential Supervision of Climate-Related Litigation Risks, Parijs: Network for Greening the Financial System 2023; T. Wetzer e.a., Climate Risk Assessments Must Engage with the Law, Science 2024, p. 152-154.

5 OECD, OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, Parijs: OECD Publishing 2023, Chapter VI.

6 United Nations, United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework, New York/Genève: United Nations 2011.

7 Zie <https://spcommreports.ohchr.org/TimSearch/RelCom?code=SAU%203/2023>.

8 De aansprakelijkstelling is toegankelijk via: [9 Zo noemde de Europese Rekenkamer in een rapport van juni 2023 het 'bijzonder zorgwekkend dat er geen tekenen zijn dat er voldoende financiering beschikbaar zal worden gesteld om de ambitieuzere doelstellingen voor 2030 te halen, met name door de private sector'; zie European Court of Auditors, EU Climate and Energy Targets. 2020 Targets Achieved, but Little Indication That Actions to Reach the 2030 Targets Will Be Sufficient, 2023. Het ministerie van Financiën startte op 21 december 2023 samen met het ministerie van Economische Zaken en Klimaat een consultatie om te onderzoeken of klimaatwetgeving of andere maatregelen voor financiële ondernemingen kunnen helpen bij 'de grote opgave om onze economie te verduurzamen'; zie \[www.internetconsultatie.nl/klimaatmaatregelenfinancieelsector/b1\]\(http://www.internetconsultatie.nl/klimaatmaatregelenfinancieelsector/b1\). In december 2023 is overeenstemming bereikt over o.a. de opname van een transitieplanverplichting in het prudentieel raamwerk van CRD6 \(zie \[https://finance.ec.europa.eu/news/latest-updates-banking-package-2023-12-14_en\]\(https://finance.ec.europa.eu/news/latest-updates-banking-package-2023-12-14_en\)\) en is een politiek akkoord bereikt over de CSDDD met o.a. een transitieplanverplichting voor banken \(al is bij de afronding van deze bijdrage nog onzeker of dit akkoord zal standhouden\). Sinds 1 januari 2024 loopt het eerste verslagjaar waarover banken zullen moeten rapporteren over hun transitieplannen op grond van de CSRD.](https://milieudefensie.nl/actueel/de-brief-van-milieudefensie-aan-ing#:~:text=Wij%20stellen%20ING%20juridisch%20aansprakelijk,ons%20beroepen%20en%20de%20onderbouwing. Ons kantoor treedt in deze procedure op voor Milieudefensie.</p></div><div data-bbox=)

doende échte klimaatactie onderneemt.¹⁰ Ondertussen was in 2023 de mondiale uitstoot van broeikasgassen opnieuw groter dan ooit.¹¹

Ook in Nederlandse juridische literatuur was er enige aandacht voor bancaire klimaataansprakelijkheid.¹² Tamelijk uitvoerig en bovendien kritisch was Lambert, in zijn recente artikel ‘Between a rock and a hard place? Opzegging van kredietovereenkomsten door banken in het kader van ESG-doelstellingen’.¹³ Zijn beschrijving van de juridische (on)mogelijkheden bij kredietopzegging, deels als reactie op ons eerdere artikel, is te prijzen. Deze draagt bij aan een juridisch gemotiveerd debat over de mogelijkheden van een bank om invulling te geven aan haar civielrechtelijke klimaatverplichtingen. En de duidelijkheid die dit debat kan scheppen, baat zowel banken als andere belanghebbenden bij de oplossing van het klimaatprobleem. Het brengt urgente en betekenisvolle klimaatactie door banken – het imperatief waar klimaataansprakelijkheid om draait – immers alleen maar dichterbij. Om diezelfde reden aanvaarden wij graag de uitnodiging van de redactie om op het artikel van Lambert te reageren.

10 Vgl. M. Giannetti e.a., ‘Glossy Green’ Banks: The Disconnect between Environmental Disclosures and Lending Activities (ECB Working Paper Series No. 2882), 2023, p. 2: ‘Interestingly, the findings reveal a disconnect: Despite positive sentiment in their environmental disclosures, banks emphasizing environment lend more to brown industries’; P. Sastri e.a., Business as Usual: Bank Climate Commitments, Lending, and Engagement, SSRN Electronic Journal, december 2023, p. 1: ‘However, climate-aligned banks do not change their lending or loan pricing differentially compared to banks without climate commitments, suggesting they are not actively divesting. (...) Firm borrowers are no more likely to set climate targets after their lender sets a climate target, which casts doubt on active engagement by lenders. These results call into question the efficacy of voluntary commitments.’

11 P. Friedlingstein e.a., Global Carbon Budget 2023, Earth System Science Data 2023/15, p. 5301-5369.

12 Zie o.a. A.J. Haasjes & M. Heezen, Opzegging van bancaire relaties, MvV 2023, p. 174-184; E. Bauw & E.H.P. Brans, Milieuprivaatrecht (Mon. Privaatrecht nr. 21), Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 4.4.3; W.M. Lieverse & T.G. Schoonewille, Duurzaam financieren: green bonds, en I.P. Palm-Steyerberg & M. van Rijn, Een duurzame wereld vraagt om duurzame bankiers, beide in: F.P.C. Strijbos e.a. (red.), Duurzaam bankieren (Onderneming en Recht nr. 143), Deventer: Wolters Kluwer 2023 (hierna: Strijbos e.a. 2023), par. 8.3.2 en 12.3; B.M.H. Fleuren, Het Shell-vonnis bezien vanuit internationaalrechtelijk perspectief: UN-soft law als potentiële bron voor afdwingbare rechtsplechten voor bedrijven?, in: J. van Bekkum e.a. (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 181), Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. II.6.2.2.1; F.A. van de Wakker, annotatie bij Rb. Midden-Nederland 13 juni 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2877, JOR 2023/264; D. Busch, Contractdwang en contractvrijheid in de financiële sector, in: I.S.J. Houben & D. Busch, Contractdwang en contractvrijheid. Preadviezen 2023. Uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Zutphen: Paris 2023, par. 2.9.11; M.J. Bosselaar, ESG litigation in de financiële sector; over class actions, climate change en greenwashing, FR 2023, afl. 10, p. 304-314.

13 F. Lambert, Between a rock and a hard place?, MvV 2023, p. 439-446. Eveneens tamelijk uitvoerig en kritisch over bancaire klimaataansprakelijkheid zijn B.W.G. van der Velden e.a., Procederen over duurzaamheid in de bancaire sector, in: Strijbos e.a. 2023, par. 14.1 e.v. Onze gezichtspunten in deze bijdrage zijn ook relevant als kanttekeningen bij (delen van) het betoog van laatstgenoemde auteurs.

2 Kadering van onze reactie: twee extra (handelings) perspectieven

De overkoepelende strekking van Lamberts artikel – naar Nederlands recht is kredietopzegging vanwege ESG-doelstellingen¹⁴ niet zomaar mogelijk – kan niet verbazen en deze weerspreken wij dan ook niet. Op diverse onderdelen zijn wij het dus eens met de analyse van met Lambert. Dat neemt niet weg dat zijn analyse op andere onderdelen afwijkt van de onze. Bovendien lijkt zijn interpretatie van onze argumentatie soms niet te stroken met onze oorspronkelijke bedoeling daarbij. Een gedetailleerde bespreking van dit alles zou wenselijk zijn. Maar daarvoor biedt onze reactie hier helaas onvoldoende ruimte.

Wel willen wij twee belangrijke, extra perspectieven aanreiken. Deze komen in het artikel van Lambert niet voldoende nadrukkelijk aan bod, maar zij zijn wat ons betreft essentieel voor een breder, betekenisvoller begrip van de opzegobstakels die hij beschrijft. Zonder dit begrip zouden die obstakels een onterecht grote betekenis kunnen krijgen. Bovendien bieden deze perspectieven ook *handelings*perspectief, in zoverre dat zij banken in staat stellen om zélf de door Lambert beschreven obstakels te vermijden of te beperken. Het zou zonde zijn als banken deze mogelijkheden niet gebruiken, want daardoor laten zij betekenisvolle klimaatactie onnodig onbenut. Daarbij heeft niemand baat.

3 Perspectief 1: vermijden van kredietopzegging

Het artikel van Lambert analyseert de situatie waarin een bank vanwege ESG-doelstellingen een kredietovereenkomst opzegt. Dat dit een goed voorstelbaar scenario is, staat vast. Daarmee is echter niet gezegd dat dit het enige of het belangrijkste scenario is bij de nakoming van klimaatverplichtingen door de bank.

In ons eerdere artikel beschreven wij dat de klimaatverplichtingen van banken veelal zullen neerkomen op, samengevat, (1) een absolute reductie van het volume door de bank gefinancierde emissies en (2) een staking van het financieren van activiteiten die onverenigbaar zijn met het Parijsakkoord.¹⁵ Beide verplichtingen *kunnen* nopen tot de opzegging van kredieten aan bepaalde (emissie-intensieve) sectoren of klanten. Maar zij doen dat niet noodzakelijkerwijs, want ook zonder kredietopzegging kan een bank zich van deze verplichtingen kwijten. Dit betekent dat de bank de door Lambert beschre-

14 Onze reactie bestrijkt uitsluitend opzegging vanwege *klimaat*verplichtingen. Klimaat kan worden gezien als een onderdeel van ESG, maar kent een eigen context (onder meer wat betreft de wetenschappelijke en politieke consensus over de ernst en aard van het gevaar, de vereiste voorzorgsmaatregelen en de juridische duiding daarvan, zoals wij die deels in ons eerdere artikel beschreven). Een nadere analyse is nodig om te bepalen in hoeverre de perspectieven die wij aanreiken in deze bijdrage toepasbaar zijn op andersoortige ESG-thema’s.

15 Heemskerk & Cox 2023, par. 2.4. Het gaat hier niet alleen om kredietverstrekking, maar ook om het anderszins ondersteunen van emissies of activiteiten (bijv. d.m.v. dienstverlening bij de uitgifte van financiële instrumenten).

ven opzegobstakels kan vermijden. Hiervoor zijn twee redenen.

3.1 Reden 1: nakoming door engagement

De klimaatverplichtingen richten zich niet op de financiering als zodanig, maar op de uitstoot die met die financiering mogelijk wordt gemaakt. De financiering zelf is dus niet problematisch. Sterker: de financiering van de bank kan een nuttig (en zelfs noodzakelijk) instrument zijn om de klant te helpen zijn uitstoot te verminderen. Bovendien beschikt de bank nog over andere vormen van *leverage* (invloed)¹⁶ op de klant, zoals die uit hoofde van haar commerciële relatie met de klant en kennis van diens sector. De bank kan zo door middel van *engagement* (betrokkenheid)¹⁷ de klant dirigeren naar een Parijs-

conform transitiepad.¹⁸ Zodra de klant zich op dit pad bevindt, zal de bank (1) haar gefinancierde uitstoot zien dalen en (2) niet langer via die klant activiteiten financieren die onverenigbaar zijn met het Parijsakkoord. Op dat moment zal de bank de kredietrelatie met de betreffende klant dus kunnen voortzetten (of zelfs uitbreiden!), terwijl zij aan haar klimaatverplichtingen uitvoering geeft.

3.2 Reden 2: disengagement zonder kredietopzegging

Het is voorstelbaar dat klanten, de engagement van de bank ten spijt, niet (of niet snel genoeg) bewegen naar een Parijsconform transitiepad, of niet bereid of in staat blijken aan dat transitiepad uitvoering te geven. Ook is denkbaar dat de uitstootreductie van klanten niet (of niet snel genoeg) leidt tot de totale vermindering van gefinancierde emissies die de bank nodig heeft om aan haar eigen absolute reductieopgave te voldoen. In dat geval zal de bank daar conclusies aan moeten verbinden en kan zij de financiering van bepaalde klanten niet langer voortzetten. Oftewel, dan kan *disengagement* (beëindiging van betrokkenheid)¹⁹ geboden zijn. Allereerst omdat dit de facto bijdraagt aan de doelstellingen van het Parijs-

16 Onder 'leverage' verstaan wij het vermogen van de bank om de klant te bewegen tot een verandering in zijn werkwijzen, zoals dit ook onder de OECD Guidelines en de UNGP van belang is bij de invulling en nakoming van de (klimaat)verantwoordelijkheden van bedrijven; zie o.a. noot 17, 18 en 24 en par. 4.1 van deze bijdrage. Volgens de OECD Guidelines en de UNGP beschikt de bank over 'leverage' als zij beschikt over 'the ability to effect change in the wrongful practices of the entity that causes a harm', en moet zij die gebruiken voor het voorkomen of mitigeren van de (klimaat)impacts waarbij zij via haar zakelijke relaties betrokken is; zie OECD Guidelines, Commentary on Chapter II, nrs. 22 en 23; UNGP Principle 19 (incl. Commentary bij Principle 19, p. 21). De interpretatiegids bij de UNGP definieert de term nog iets uitvoeriger: 'Leverage is an advantage that gives power to influence. In the context of the Guiding Principles, it refers to the ability of a business enterprise to effect change in the wrongful practices of another party that is causing or contributing to an adverse human rights impact'; zie United Nations, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide*, New York/Genève: United Nations 2012, p. 7. Wij gebruiken verder de term 'invloed', als een (naar onze mening wat beperkte) vertaling van de term 'leverage' in voorgaande zin.

17 Onder 'engagement' verstaan wij de betrokkenheid van de bank bij de klant uit hoofde van de zakelijke relatie tussen de bank en de klant, zoals die ook onder de OECD Guidelines en de UNGP van belang is bij de invulling en nakoming van de (klimaat)verantwoordelijkheden van bedrijven; zie o.a. noot 18 en 24 en par. 4.1 van deze bijdrage. De OECD Guidelines en de UNGP verwijzen naar deze betrokkenheid veelal in algemenere of andere bewoordingen dan 'engagement' (welke term zij hoofdzakelijk gebruiken voor het betrekken van belanghebbenden, 'stakeholders', zoals 'civil society organisations'), maar soms wordt wel uitdrukkelijk verwezen naar 'engagement' in zakelijke relaties; zie OECD Guidelines, Commentary on Chapter II, nr. 23, waar 'engagement' wordt genoemd als een manier om invloed (vgl. noot 16) te gebruiken en vergroten bij het aansporen van o.a. klanten tot het voorkomen of beperken van negatieve (klimaat)impacts.

18 Vgl. OECD Guidelines, Commentary on Chapter VI, nr. 78: 'The use of leverage (...) and funding to (...) business relationships for climate mitigation and adaptation efforts will be crucial for meeting targets and addressing impacts.' Ook Lambert (2023, par. 3) wijst op het belang van engagement, evenals de door hem aangehaalde bronnen, andere bronnen (vgl. o.a. noot 22 t/m 24) en de sector zelf, zoals blijkt uit o.a. de Commitment Statement van de Net Zero Banking Alliance (NZBA); zie www.unepfi.org/wordpress/wp-content/uploads/2023/03/10-NZBA-PRB-Commitment-statement-D3.pdf. Ook Brouwer onderstreept in zijn overzicht van bancaire duurzaamheidsconvenanten (waaronder de NZBA) nadrukkelijk het belang van engagement (waarbij zijn veronderstelling dat disengagement berust op 'bovenwettelijke duurzaamheidsgronden', daarom 'geen sinecure' is en 'geen echte oplossing' kan zijn een aanmerkelijke nuancering vraagt, temeer omdat in zijn overzicht onbesproken blijft dat diverse convenanten juist ook het belang van disengagement onderkennen en tot disengagement kunnen nopen; vgl. o.a. par. 3.2 en 4.2 van deze bijdrage); zie W.A. Brouwer, *Bancaire duurzaamheidsconvenanten*, in: Strijbos e.a. 2023, par. 15.1. Deze brede onderkenning van het belang van engagement staat op gespannen voet met de opvatting van Van der Velden e.a., die stellen dat banken 'in beginsel weinig invloed' hebben; zie Van der Velden e.a. 2023, par. 4.3. Voor zover een bank inderdaad weinig invloed heeft, verwachten de OECD Guidelines en de UNGP dat de bank probeert haar invloed te vergroten d.m.v. o.a. contractuele voorwaarden (vgl. noot 16 en par. 4.1 van deze bijdrage) en de mogelijkheid van disengagement (vgl. noot 24). Bovendien is beperkte invloed volgens de OECD en UNGP een van de redenen om disengagement te overwegen (vgl. noot 22).

19 Onder 'disengagement' verstaan wij de beëindiging van de betrokkenheid van de bank bij de klant uit hoofde van de zakelijke relatie tussen de bank en de klant, zoals die ook onder de OECD Guidelines en de UNGP van belang is bij de invulling en nakoming van de (klimaat)verantwoordelijkheden van bedrijven; zie o.a. noot 22 en 24 en par. 4.3 van deze bijdrage. De OECD Guidelines gebruiken de letterlijke term 'disengagement', de UNGP spreken van 'ending the relationship'; vgl. noot 22 en 24.

akkoord,²⁰ of omdat dit de financiële risico's van de bank beperkt (waarvoor de bank onder toezicht staat).²¹ Maar ook omdat de bank anders haar klimaatverplichtingen schendt. Die eisen namelijk dat de bank niet onrechtmatig bijdraagt aan gevaarlijke klimaatverandering doordat (1) haar eigen emissies (scopes 1, 2 en 3) niet in lijn zijn met het Parijsakkoord of (2) zij activiteiten financiert die onverenigbaar zijn met het Parijsakkoord. Daaraan ligt mede ten grondslag dat de bank een individuele verantwoordelijkheid heeft voor zowel (1) haar eigen negatieve klimaatimpacts (wat dwingt tot een Parijsconform transitieplan met onder andere absolute reductiedoelen voor scopes 1, 2 en 3) als (2) haar betrokkenheid bij de negatieve klimaatimpacts van klanten. Dit is in lijn met onder andere de OECD Guidelines en UNGP,²² op de betekenis waarvan ook Lambert wijst.²³

Disengagement kan dus onvermijdelijk zijn. Maar dat punt bereikt de bank niet van de ene op de andere dag. De klant mag enige tijd worden gegund voor het opstellen en implementeren van een transitieplan, en bovendien zijn de daarin

opgenomen reductiedoelen in de toekomst gelegen. Dit geldt ook voor de reductiedoelen van de bank zelf. Dat biedt de bank ruimte om haar engagement eerst maximaal te benutten, waarna de bank kredieten aan achterblijvende klanten op de overeengekomen einddatum door 'natuurlijk verloop' kan laten eindigen, zonder dat kredietopzegging nodig is en zonder dat dit de betreffende klanten overvalt.

Uit het voorgaande blijkt: als de bank serieus werk maakt van effectief klimaatengagement, zal disengagement minder nodig zijn om aan haar klimaatverplichtingen te voldoen. Dat neemt niet weg dat disengagement alsnog geboden kan zijn, maar (1) dit maakt – als reëel escalatiescenario – de klimaatengagement alleen maar effectiever,²⁴ en (2) ook hier kan de bank anticiperen om opzegobstakels te vermijden. Als zij tijdig voorsorteert op de eventuele noodzaak tot disengagement, zal er minder reden tot kredietopzegging zijn. Zo kan de bank bij nieuw krediet bijvoorbeeld kortere looptijden hanteren om haar mogelijkheden tot tijdige disengagement op een later moment te vergroten.²⁵ Ook bij herfinanciering is dit een optie, bijvoorbeeld als op de einddatum van eerder krediet disengagement nog niet passend is (maar de bank wel een reële kans ziet dat de klant niet snel genoeg een Parijsconform transitiepad zal volgen). De bank kan dus zelf mogelijkheden scheppen om kredietopzegging te vermijden, met aandacht voor de positie van de klant. En hoe eerder de bank daarmee aan de slag gaat, hoe groter die mogelijkheden zullen zijn.

4 Perspectief 2: beperken van obstakels bij kredietopzegging

Voor zover disengagement noodzakelijk is én daarbij kredietopzegging niet kan worden vermeden, komen de door Lambert beschreven opzegobstakels in beeld.²⁶ Maar de proporties van die obstakels zijn geen statisch gegeven. Lamberts analyse van opzegobstakels berust op literatuur en jurisprudentie waarin de betekenis van gevaarlijke klimaatverandering en klimaataansprakelijkheid niet is meegewogen. Bovendien heeft de bank niet alleen invloed op haar mogelijkheden om kredietopzegging te vermijden (zie par. 3), maar ook op de mate waarin opzegobstakels haar belemmeren in het nakomen van

20 Ook disengagement kan een bijdrage leveren aan de oplossing van het klimaatprobleem. Een uitgebreide analyse voert hier te ver, maar deze kan er onder meer uit bestaan dat (1) de financieringskosten van de klant zullen stijgen (zeker op minder liquide markten, zoals die voor onderhandse leningen), waardoor uiteindelijk de vraag naar de (niet-Parijsconforme) producten en diensten van de klant zal afnemen, of (2) de klant in het geheel geen financiering meer kan krijgen, wat (zodra disengagement de enige reële optie blijkt) passend kan zijn omdat voor zijn (niet-Parijsconforme) producten en diensten geen plaats meer is in een (Parijsconforme) economie en samenleving. Het effect van disengagement kan worden vergroot als de bank deze, waar mogelijk, publiek aankondigt. Het effect van disengagement wint uiteraard aan betekenis als is gebleken dat engagement geen of een (te) beperkt effect heeft.

21 ECB, Good Practices for Climate-Related and Environmental Risk Management. Observations from the 2022 Thematic Review, november 2022, p. 21; Heemskerk & Cox 2023, p. 102; Lambert 2023, par. 3 en 4.2. Zie in meer detail (binnen een vollediger overzicht van het toezichtskader) E.P.M. Joosen, Banktoezicht in verband met ESG-gerelateerde risico's, in: Strijbos e.a. 2023, p. 346.

22 Vgl. OECD Guidelines, Commentary on Chapter II, nrs. 15, 22 en 25, Commentary on Chapter IV, nr. 47 en Commentary on Chapter VI, nrs. 76 en 77; OECD, OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct, Parijs: OECD Publishing 2018 (hierna: OECD RBC Guidance), p. 31; OECD, Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting: Key Considerations for Banks Implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Parijs: OECD Publishing 2019 (hierna: OECD Banking Guide), Measure 3.2(c); OECD, Responsible Business Conduct Due Diligence for Project and Asset Finance Transactions, Parijs: OECD Publishing 2022 (hierna: OECD Finance Guide), Measure 3, p. 47; UNGP Principles 13(b) en 19 (incl. Commentary bij Principle 19, p. 22); M. van Huijstee, L. de Leeuw & J. Wilde-Ramsing, Should I Stay or Should I Go? Exploring the Role of Disengagement in Human Rights Due Diligence, Amsterdam: Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen 2016, voetnoot 7. De voorgaande bronnen geven aanvullende factoren die kunnen (mee)bepalen wanneer disengagement aangewezen is.

23 Lambert 2023, p. 442. Zie voor een uitgebreidere beschrijving van de (niet-vrijblijvende) betekenis van de UNGP en OECD Guidelines (en de daaronder gegeven sectorspecifieke aanwijzingen voor financiële instellingen, zoals genoemd in noot 22) J.E.S. Hamster, Human rights due diligence in de financiële sector – de vrijblijvendheid voorbij, in: Strijbos e.a. 2023, par. 13.1 e.v. Deze betekenis roept de vraag op in hoeverre inderdaad sprake is van de door Van der Velden e.a. genoemde 'onduidelijkheid'; vgl. Van der Velden e.a. 2023, par. 4.

24 Het vooruitzicht van disengagement kan klanten responsiever maken voor engagement en wordt daarom gezien als onderdeel van effectief engagementbeleid; vgl. OECD Guidelines, Commentary on Chapter II, nr. 23 en Commentary on Chapter IV, nr. 48; OECD RBC Guidance, p. 78-81; OECD Finance Guide, p. 47; Van Huijstee e.a. 2016, p. 4; Dutch Banking Sector Agreement Working Group Enabling Remediation, Discussion Paper Working Group Enabling Remediation, Den Haag: Sociaal-Economische Raad 2019, par. 4.8.2; L. Sachs e.a., Finance for Zero: Redefining Financial-Sector Action to Achieve Global Climate Goals, New York: Columbia Center on Sustainable Investment 2023, p. 34.

25 Vgl. Van Huijstee e.a. 2016, p. 4; Giannetti e.a. 2023, par. 4.8.

26 Dat is overigens niet per definitie het geval. In bepaalde kredietovereenkomsten zal zijn gekozen voor een ander toepasselijk recht dan Nederlands recht en zal een kredietopzegging in beginsel naar dat andere toepasselijke recht moeten worden beoordeeld (waarbij de kredietopzegging lastiger, maar juist ook eenvoudiger kan blijken). Onze extra (handelings) perspectieven ter vermindering en beperking van opzegobstakels zijn in beginsel niet gebonden aan een specifieke jurisdictie.

klimaatverplichtingen als kredietopzegging onvermijdelijk blijkt. Hiervoor zijn drie redenen.

4.1 Reden 1: invloed op contractuele voorwaarden

Zoals hierboven gesteld, bereikt de bank het punt van disengagement niet van de ene op de andere dag. Dat geeft de bank ruimte om bij nieuw krediet of herfinancieringen, naast kortere looptijden, ook stringenter duurzaamheidsvoorwaarden te bedingen.²⁷ Deze kunnen onder meer inhouden dat de rente is gekoppeld aan de klimaatprestaties van de klant, dat de klant over klimaatprestaties rapporteert, en dat de klant zich aan bepaalde klimaatprestaties verbindt (zoals het tijdig vaststellen van een Parijsconform transitieplan of het behalen van de daarin opgenomen reductiedoelen). Maar óók dat de bank uitdrukkelijk bevoegd is tot opzegging als de klant faalt in het behalen van overeengekomen minimumklimaatprestaties.²⁸ Dat zal niet alleen de effectiviteit van engagement vergroten (zie par. 3), maar ook de kans dat een onvermijdelijke kredietopzegging juridisch standhoudt. Bij de beoordeling van kredietopzegging op grond van de (terughoudende) onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248 lid 2 BW staat immers voorop dat de bank in beginsel vrij is haar contractuele opzegbevoegdheden te gebruiken.²⁹ Dat zal zeker gelden als de bank zich beroept op (klimaat)specifieke beëindigingsgronden, die door toedoen van de klant zijn ‘getriggerd’ en die de bank heeft be-

dingen met het oog op haar eigen zwaarwegende klimaatverplichtingen (zie par. 4.2).

4.2 Reden 2: juridisch gewicht van

klimaatverplichtingen en aanverwante omstandigheden

In ons eerdere artikel beschreven wij dat de klimaatverplichtingen van de bank berusten op een *wettelijke* zorgvuldighedennorm (art. 6:162 lid 2 BW), die mede wordt ingevuld aan de hand van de mensenrechten.³⁰ Er is dus wel degelijk een juridische, positiefrechtelijke verplichting die tot opzegging kan dwingen, zeker als de nakoming van klimaatverplichtingen via engagement niet slaagt en disengagement langs andere weg niet mogelijk is. Van dit gegeven kan niet worden geabstraheerd bij de toepassing van de onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248 lid 2 BW (zie par. 4.1).³¹ Binnen die kaders moeten immers alle relevante omstandigheden worden meegewogen. Zo ook dat de klimaatverplichtingen van de bank (en enige onvermijdelijke kredietopzegging ter uitvoering daarvan) niet strekken tot bescherming van een individueel vermogensbelang van de bank, maar tot bescherming van het leven en

27 Vgl. OECD Guidelines, Commentary on Chapter II, nr. 23; OECD RBC Guidance, p. 79; OECD Banking Guide, p. 49; OECD Finance Guide, p. 40; Van Huijstee e.a. 2016, p. 4; Giannetti e.a. 2023, par. 4.8; Sachs e.a. 2023, p. 35-39; T.J. Ubink, Sustainability Covenants in (Syndicated) Loan Documentation, in: Strijbos e.a. 2023, par. 7.1 e.v. De contractuele mogelijkheden van banken gaan daarmee verder dan Van der Velden e.a. lijken te veronderstellen, waar zij menen dat de invloed van een bank in beginsel beperkt is tot ‘het monitoren van kredietrisico’s van klanten’; zie Van der Velden e.a. 2023, par. 4.3.

28 Vgl. OECD RBC Guidance, p. 78; OECD Banking Guide, p. 53; Van Huijstee e.a. 2016, p. 4; Sachs e.a. 2023, p. 34-39.

29 Uit HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929 (ING/De Keijzer Beheer) volgt dat de niet-toepasselijkheid van een contractuele opzegbevoegdheid slechts kan volgen uit de *beperkende* werking van de redelijkheid en billijkheid, d.w.z. als de toepassing van die opzegbevoegdheid ‘onaanvaardbaar’ is als bedoeld in art. 6:248 lid 2 BW. Lambert lijkt echter van mening dat de bank aan een aantal *aanvullende* voorwaarden moet voldoen, zoals een individueel financieel risico bij kredietvoortzetting (zie ook noot 32 van deze bijdrage), een wettelijke beëindigingsplicht en causaliteit (nog los van de vraag of niet ook hieraan zou zijn voldaan); zie Lambert 2023, par. 5. Ook Van der Velden e.a. lijken een (te) ruime toetsing voor te staan, waar zij stellen dat een beroep op duurzaamheidsaspecten ‘spoedig tot een onaanvaardbare opzegging [kan] leiden’; zie Van der Velden e.a. 2023, par. 4.3. Voornoemde opvattingen van Lambert en Van der Velden e.a. verdragen zich niet met de terughoudendheid van de onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248 lid 2 BW, zoals uitvoeriger beschreven door Haasjes & Heezen 2023, par. 2 en 3.5. Overigens stellen Haasjes en Heezen ook dat, mede vanwege deze terughoudendheid, *categoriale* opzegging mogelijk is, bijv. vanwege ESG-doelstellingen; zie Haasjes & Heezen 2023, par. 3.6. Busch wijst in zijn bespreking van de onaanvaardbaarheidstoets op de mogelijkheid van een (in opzeggingsrechtspraak ook getoonde) differentiatie tussen de opzegging van betaalrekeningen (waarbij de klant een specifiek belang heeft om te kunnen deelnemen aan het betalingsverkeer) en die van andere producten (zoals krediet, waar het in Lamberts artikel en in deze bijdrage om gaat, en dat in het kader van klimaataansprakelijkheid van veel groter belang is dan betaalrekeningen); zie Busch 2023, par. 7.6.6.

30 Heemskerck & Cox 2023, par. 2.2 en 2.3.

31 Los van de vraag of toetsing aan art. 6:248 lid 2 BW überhaupt nodig is als kredietopzegging onvermijdelijk is om te voldoen aan klimaatverplichtingen op grond van art. 6:162 lid 2 BW. Vgl. Rb. Overijssel 2 februari 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:595: ‘Als de verplichting tot opzegging voortvloeit uit een wettelijke regeling, dan is voor de daadwerkelijke opzegging niet tevens een contractuele grondslag vereist.’ Overigens is goed voorstelbaar dat het bestaan van een wettelijke grondslag ook ruimere mogelijkheden biedt voor de toepassing van andere relevante juridische gronden (onder Nederlands recht of buitenlands recht), zoals wij benoemen in ons eerdere artikel; Heemskerck & Cox 2023, par. 2.5, p. 101.

ongestoord gezinsleven van talloze individuen.³² Evenzeer zal kunnen meewegen dat onder andere (1) de klant geen Parijsconform transitiepad volgt en dat de bank actief heeft getracht daarin met engagement verandering te brengen, al dan niet met het vooruitzicht van mogelijke disengagement en aan de hand van daarop toegesneden contractuele voorwaarden (zie par. 3.1 en 4.1), (2) de bank daardoor financiële risico's loopt en daarvoor onder toezicht staat (zie par. 3.2), en (3) onder de OECD Guidelines en de UNGP disengagement geboden is (zie par. 3.2).³³ Bovendien kan meewegen dat de bank de klant een beëindigingsvergoeding heeft aangeboden, die door de klant is afgeslagen (zie par. 4.3).

Er kunnen dus meerdere, zwaarwegende omstandigheden bestaan die maken dat kredietopzegging vanwege klimaatverplichtingen niet 'in de gegeven omstandigheden naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' is als bedoeld in art. 6:248 lid 2 BW.

32 Ook daarom is naar onze mening het individuele financiële risico van de bank van slechts zeer geringe (en wellicht zelfs geen) betekenis, terwijl Lambert dit risico juist als randvoorwaarde voor opzegbevoegdheid lijkt te zien; vgl. Lambert 2023, par. 5.2; zie noot 29 van deze bijdrage. De gevaarzettinsleer (waar de klimaatverplichtingen van de bank mede op steunen; zie Heemskerk & Cox 2023, par. 2.2) geeft gewicht aan de aard en omvang van het te beschermen belang, zowel bij het bepalen van de onrechtmatigheid van het gewraakte handelen of nalaten als bij de beoordeling van de (on)bezwaarlijkheid van de te nemen voorzorgsmaatregelen. Daarbij krijgt een kans op personenschade (zoals grootschalig aan de orde bij gevaarlijke klimaatverandering) begrijpelijkerwijs zwaarder gewicht dan een kans op zaakschade of (a fortiori) zuivere vermogensschade. Vgl. Jansen, in: GS Onrechtmatige daad, aant. 6.4.3.1 en 6.4.4.4 (en de daar genoemde literatuur). In de Shell-zaak oordeelde de rechtbank dat de bedrijfseconomische belangen van de Shell-groep minder zwaar wegen dan het belang bij het beperken van gevaarlijke klimaatverandering, dat dit van de Shell-groep een koerswijziging vraagt, dat dit grenzen kan stellen aan de groei van de Shell-groep, en dat ingrijpende maatregelen en financiële offers mogen worden geëist. Zie Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, par. 4.4.53. Een dergelijke weging van belangen in *het geval van klimaataansprakelijkheid* is in lijn met de weging van belangen in *sommige gevallen* van de 'traditionele' bancaire zorgplicht, waarin de bank haar bedrijfsbelang (zoals de winst op een product of vermindering van preventieve kosten) moet laten wijken voor het belang van de klant of een derde (dat in die gevallen 'slechts' een zuiver vermogensbelang is, zoals de financiële schade als gevolg van een ongeschikt product of ponzizwendel via rekeningen bij de bank). Wij hebben in ons eerdere artikel *niet* willen betogen dat de bancaire zorgplicht (noch in het algemeen, noch bij kredietopzegging in het bijzonder) inhoudt dat de bank haar bedrijfsbelang in *alle gevallen* (en dus ook buiten gevallen van klimaataansprakelijkheid) voetstoots moet laten wijken voor het belang van de klant of derden, zoals Haasjes en Heezen ons lijken te hebben begrepen; zie Haasjes & Heezen 2023, voetnoot 15.

33 Lambert wijst erop dat het belang van de bank bij het behoud van 'cruciale' zakelijke relaties ook onder de OECD Guidelines en de UNGP een relevante omstandigheid is; zie Lambert 2023, p. 443. Dit is op zichzelf juist, maar hij miskent dat daarbij vooral bepalend is of die zakelijke relatie een product of dienst *verschafft*, die *essentieel* is voor het bedrijf van de bank en waarvoor *geen alternatief* beschikbaar is. Ons lijkt onwaarschijnlijk dat een klant van de bank als zodanig classificeert. Bovendien miskent hij dat de OECD Guidelines en de UNGP onderkennen dat zelfs een cruciale zakelijke relatie moet worden beëindigd als de ernst van de negatieve impact van de relatie daartoe noopt. Zie OECD Guidelines, Commentary on Chapter II, nr. 23 en Commentary on Chapter IV, nr. 48; OECD RBC Guidance, p. 81; UNGP Principle 19, Commentary, p. 22.

4.3 Reden 3: disengagement door alternatieve maatregelen

Als kredietopzegging (niettegenstaande alle voorgaande mogelijkheden en overwegingen) onvermijdelijk is en bovendien op grote of onoverkomelijke opzegobstakels lijkt te stuiten, betekent dit alsnog niet dat nakoming van klimaatverplichtingen door disengagement onmogelijk is. In ons eerdere artikel noemden wij als mogelijke oplossingsrichting dat de bank met de klant een beëindigingsvergoeding overeenkomt (al dan niet als schikking in een te kostbaar of langdurig opzeggeding).³⁴ Lambert werpt een aantal bedenkingen op, die er samengevat op neerkomen dat (1) een beëindigingsvergoeding niet toegestaan en bovendien onwenselijk zou zijn, en (2) van de bank ook geen beëindigingsvergoeding zou kunnen worden verlangd.³⁵ Maar deze doen aan de mogelijkheid van een beëindigingsvergoeding niet af.

Wat betreft de eerste bedenking wijzen wij erop dat disengagement (en een beëindigingsvergoeding al helemaal) vaak een *last resort* zal zijn. De bank komt daar dus pas aan toe nadat engagement heeft gefaald. Lambert wijst terecht op de betekenis van onder andere de OECD Guidelines en de UNGP. Maar deze onderkennen nu juist, zoals ook Lambert constateert, dat disengagement niet alleen *mogelijk*, maar ook *geboden* is als engagement niet effectief of niet haalbaar is, of als de ernst van de klimaatimpact dit verlangt. Disengagement kenmerkt zich dus juist als *last resort* omdat het een minder wenselijke uitkomst kan zijn dan dat de klant zich na engagement op een Parijsconform transitiepad begeeft. Bovendien kan disengagement wel degelijk wenselijke effecten hebben. Zij vervult een eigen functie bij het tegengaan van negatieve klimaatimpacts³⁶ en onderstreept de individuele verantwoordelijkheid van ketenpartijen (zoals de bank) voor hun betrokkenheid bij de negatieve klimaatimpacts van klanten (zie par. 3). Lambert stelt terecht dat de bank niet buiten haar juridische bevoegdheden mag treden, maar dat is niet aan de orde als de bank en de klant hun contractsvrijheid benutten door een beëindigingsvergoeding overeen te komen.³⁷ Daarbij kan de bank bovendien voorwaarden bedingen om de nadelige gevolgen van haar disengagement voor mensenrechten en milieu te beperken.³⁸ Wij zien al met al dus geen reden waarom een beëindigingsvergoeding a priori niet toegestaan of onwenselijk zou zijn, als de bank via engagement niet in haar klimaatverplichtingen kan slagen. Wat ons betreft ligt een beëindigingsvergoeding dan ook wel degelijk als mogelijkheid open.

De tweede bedenking maakt dit niet anders: als het overeenkomen van een beëindigingsvergoeding al nooit een *verplicht-*

34 Heemskerk & Cox 2023, par. 2.5, p. 101.

35 Lambert 2023, p. 446.

36 Vgl. noot 20, 22 en 24.

37 Overigens dienen banken zich volgens de OECD Guidelines ook af te vragen wat de juridische gevolgen zijn als zij *niet* disengagen en moeten zij zich bewust zijn van de juridische risico's bij het voortzetten van de relatie; zie OECD RBC Guidance, p. 31.

38 De OECD Guidelines spreken over 'responsible disengagement'; zie OECD Guidelines, Commentary on Chapter II, nrs. 23 en 25.

ting zou kunnen zijn, dan doet dat niets af aan het feit dat het nog steeds een *mogelijkheid* is die kan bijdragen aan (verplichte) disengagement. Daarnaast: ons lijkt het niet bij voorbaat onmogelijk of onredelijk dat de klimaatverplichtingen de bank tot enige beëindigingsvergoeding kunnen dwingen, als die voor de bank noodzakelijk blijkt om tijdig aan haar klimaatverplichtingen te voldoen (zeker als de bank zélf aan het ontstaan van opzegobstakels heeft bijgedragen, bijvoorbeeld door ineffectieve engagement of niet-passende contractuele voorwaarden). Vanwege hun maatschappelijke functie zijn banken met contractdwang al bekend, zelfs als een uitgesproken wettelijke grond ontbreekt.³⁹ De klimaatverplichtingen van de bank beschermen een bijzonder zwaarwegend belang, op basis van een wettelijke grondslag (zie par. 4.2).⁴⁰ Wij zien niet in waarom dat geen zelfstandige juridische grond zou kunnen vormen die kan dwingen tot (het overeenkomen van) een beëindigingsvergoeding (daargelaten of deze ook door de klant zelf kan worden ingeroepen). Dit zou de bank bovendien een passende financiële prikkel kunnen geven om disengagement (en dus kredietopzegging) door effectieve engagement te voorkomen. Die prikkel baat zowel de klant als de door klimaatverandering getroffen mensenrechtenbelangen.

Het voorgaande maakt duidelijk: zelfs als kredietopzegging onvermijdelijk blijkt, betekent dat niet dat opzegobstakels voor de bank onoverkomelijke belemmeringen opwerpen om aan haar klimaatverplichtingen te voldoen. Er zijn diverse mogelijkheden en alternatieven voorhanden om deze obstakels te beperken, en met de juiste (juridische) denkkraft zijn er vast nog meer te vinden. Gelet op het zwaarwegende belang van de klimaatverplichtingen, mag worden verwacht dat de bank deze opties in vergaande mate verkent en benut.

5 Slot: een rock, maar geen hard place

Klimaatverandering is een ‘rock’, misschien zelfs een komeet waarvan de levensbedreigende gevaren nu nog enigszins kunnen worden beperkt.⁴¹ Maar de preventieve maatregelen die banken kunnen nemen zijn hoogstnodig en zouden geen ‘hard place’ behoeven te zijn. Althans niet omdat obstakels bij kredietopzegging banken ervan weerhouden deze maatregelen te nemen, met als gevolg dat zij in hun klimaatverplichtingen tekortschieten. Daarmee is niet gezegd dat banken voor een eenvoudige opgave staan. Wij hebben daarom hierbij een poging gedaan om banken te tonen hoe zij door hun eigen, anticiperend handelen hun positie ook zelf minder hard kunnen

maken, zeker als zij voortvarend te werk gaan. Wij hopen daarmee een (bescheiden) bijdrage te hebben geleverd aan een breder debat, dat banken kan helpen bij het vergroten van hun (juridische) mogelijkheden tot betekenisvolle klimaatactie. Er ligt een belangrijke en urgente verantwoordelijkheid bij de bank, haar grootzakelijke klanten en hun juridisch adviseurs om deze mogelijkheden te identificeren, creëren en hanteren. Waarbij het juiste gewicht moet worden gegeven aan de aard en omvang van de klimaatverplichtingen van de bank. Dat baat zowel de bank als haar klanten en alle andere belanghebbenden bij de oplossing van het klimaatprobleem.

³⁹ HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652 (ING/Yin Yang II). Zie over de vraag of deze contractdwang berust op de ‘traditionele’ bijzondere zorgplicht van de bank tegenover derden of op een andere grond: Haasjes & Heezen 2023, par. 2.3; Busch 2023, par. 4.3.

⁴⁰ Vgl. noot 32.

⁴¹ A. McKay, Don’t Look Up, Hyperobject Industries en Bluegrass Films 2021. Overigens heeft klimaatverandering ook nu al grootschalig verstrekkende gevolgen, ten koste van o.a. mensenlevens; zie o.a. H. Lee & J. Romero (red.), Climate Change 2023: Synthesis Report. Summary for Policymakers (Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change), Genève: IPCC 2023, par. A2, www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/climate-change-and-health.