

De klimaatverplichtingen van de bank en de zorgvuldigheidsnorm op het niveau van de individuele kredietrelatie

Een naschrift op de reactie van Heemskerk en Cox op MvV 2023, p. 439-446

*Mr. F. Lambert**

1 Inleiding

Mij is door de redactie van dit tijdschrift de mogelijkheid geboden om door middel van dit naschrift te reageren op de reactie van Heemskerk en Cox op mijn eerdere bijdrage ‘Between a rock and a hard place? Opzegging van kredietovereenkomsten door banken in het kader van ESG-doelstellingen’.¹ Een verzoek waar ik bij deze graag aan voldoe.

Alhoewel ik op verschillende punten een andere opvatting heb dan Heemskerk en Cox, acht ik het prijzenswaardig dat zij de moeite hebben genomen om vrij uitgebreid te reageren op mijn eerdere bijdrage. Ik stel daarbij voorop dat ik het eens ben met hun observatie dat mijn eerdere bijdrage is gebaseerd op bestaande literatuur en jurisprudentie waarin gevaarlijke klimaatverandering en klimaataansprakelijkheid niet altijd, althans mogelijk nog onvoldoende, zijn meegewogen. Het is daarom op zichzelf geen onvoorstelbare gedachte dat een Nederlandse rechter juridische vragen met betrekking tot de voorkoming van gevaarlijke klimaatverandering en klimaataansprakelijkheid anders beoordeelt dan soortgelijke juridische vragen met betrekking tot bijvoorbeeld antiwitwaswetgeving. Of, en zo ja, in hoeverre dat daadwerkelijk het geval zal zijn, is op dit moment nog onzeker. Mede in dat licht is het relevant om juist nu het debat over de klimaatverplichtingen van banken te voeren.²

In hun reactie bespreken Heemskerk en Cox dat opzegging van kredietovereenkomsten voor banken niet altijd nodig zal zijn voor banken om te kunnen voldoen aan hun klimaatverplichtingen, omdat – kort gezegd – banken (1) de noodzaak

daartoe kunnen vermijden door positieve gedragsveranderingen bij kredietnemers te bewerkstelligen door middel van actieve stakeholder engagement, en (2) disengagement kunnen laten plaatsvinden op andere wijzen dan opzegging van kredietovereenkomsten, en opzegging slechts plaatsvindt bij wijze van last resort.³

In dit naschrift beperk ik mij tot bespreking van de volgende argumenten van Heemskerk en Cox: (1) beëindiging van kredietovereenkomsten zou mogelijk moeten zijn zonder toetsing aan de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW, omdat de opzeggingsverplichting is gebaseerd op een wettelijke opzeggingsverplichting, (2) als banken klimaatverplichtingen voor een kredietnemer vastleggen in kredietdocumentatie, leidt de schending daarvan door een kredietnemer tot een zwaarwegende omstandigheid die de toets van art. 6:248 lid 2 BW doorstaat, en (3) van banken moet worden gevergd dat zij een beëindigingsvergoeding betalen aan kredietnemers ter beëindiging van kredietovereenkomsten, en dit moet desnoods met ‘contractsdwang’ van banken kunnen worden afgedwongen.

De vraag of een bank lopende kredietovereenkomsten tussentijds rechtsgeldig kan beëindigen, is van groot belang. Eventuele juridische (on)mogelijkheden van een bank in dat kader zullen logischerwijs gevolgen hebben voor de (on)mogelijkheden van de bank om gedragsveranderingen bij kredietnemers teweeg te brengen door middel van actieve stakeholder engagement. Immers, als een bank niet geloofwaardig kan dreigen dat zij een lopende kredietovereenkomst tussentijds rechtsgeldig kan beëindigen, zal een kredietnemer naar verwachting minder snel geneigd zijn om de door de bank gewenste gedragsverandering te implementeren.

* Mr. F. Lambert is advocaat bij Linklaters te Amsterdam. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

1 F. Lambert, *Between a rock and a hard place? Opzegging van kredietovereenkomsten door banken in het kader van ESG-doelstellingen*, MvV 2023, afl. 12, p. 439-446.

2 Heemskerk en Cox beperken zich in hun reactie tot de bespreking van emissiereductieverplichtingen van private partijen ter voorkoming van gevaarlijke klimaatverandering. Ik zal mij daarom daartoe ook in dit naschrift beperken.

3 Heemskerk en Cox bespreken uitsluitend de situatie ten aanzien van klimaattuitstoot, maar opgemerkt dient te worden dat ESG-doelstellingen op meer onderwerpen betrekking hebben dan alleen klimaattuitstoot.

2 Belangrijke kanttekeningen bij een ongeschreven wettelijke zorgvuldigheidsnorm die strekt tot klimaatverplichtingen

Heemskerk en Cox nemen in hun reactie als uitgangspunt dat er op basis van art. 6:162 lid 2 BW een wettelijke zorgvuldigheidsnorm zou bestaan die banken noopt tot het treffen van maatregelen ter voorkoming van gevaarlijke klimaatverandering. Het bestaan van die zorgvuldigheidsnorm zou hoofdzakelijk volgen uit het Milieudefensie c.s./Shell-vonnis.⁴ Om de argumenten van Heemskerk en Cox in een juist kader te kunnen plaatsen, maak ik op het bestaan en de inhoud van die zorgvuldigheidsnorm graag twee belangrijke kanttekeningen.

Ten eerste is het vooralsnog niet duidelijk – laat staan definitief – of, en zo ja, in hoeverre er op grond van art. 6:162 lid 2 BW een ongeschreven wettelijke zorgvuldigheidsnorm bestaat die een private partij verplicht tot het treffen van maatregelen om gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen. De vraag of een zodanige zorgvuldigheidsnorm geldt voor Shell, ligt thans nog voor in het door Shell ingestelde hoger beroep⁵ tegen het vonnis van de rechtbank Den Haag.⁶ Voor zover deze ongeschreven wettelijke zorgvuldigheidsnorm zou bestaan, betekent dat niet noodzakelijkerwijs dat deze ook afdwingbaar is jegens andere bedrijven in het algemeen⁷ en banken in het bijzonder.⁸

Ten tweede: zelfs indien zou worden aangenomen dat een zodanige zorgvuldigheidsnorm voor banken zou bestaan, dan volgt uit het Milieudefensie c.s./Shell-vonnis uitsluitend dat deze betrekking heeft op de reductieverplichting ten aanzien van de gehele energieportefeuille van de groep van die betreffende bank.⁹ Dit is iets geheel anders dan bijvoorbeeld de opzeggingsverplichting op individueel relatieniveau die voor

banken geldt bij de opzegging van een klantrelatie in het kader van antiwitwaswetgeving (art. 5 lid 3 Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft)).¹⁰

Heemskerk en Cox betoogden in hun eerdere bijdrage dat het banken op basis van de ongeschreven wettelijke zorgvuldigheidsnorm niet zou zijn toegestaan om activiteiten te financieren die in strijd zijn met de doelstellingen van het Parijsakkoord.¹¹ Zoals hierboven uiteengezet, volgt uit het Milieudefensie c.s./Shell-vonnis mijns inziens geen zorgvuldigheidsnorm die een bank noopt tot het treffen van specifieke maatregelen op het niveau van een individuele relatie, zoals bijvoorbeeld de opzegging van een individuele kredietovereenkomst door een bank, als de bank daarmee doelstellingen zou financieren die in strijd zijn met de doelstellingen van het Parijsakkoord. Dit is overigens nog afgezien van de praktisch zeer lastig te beantwoorden vraag op welke wijze zou moeten worden vastgesteld dat een specifieke kredietovereenkomst een specifieke activiteit van een kredietnemer financiert.¹² De rechtbank Den Haag overwoog namelijk dat de aan Shell opgelegde reductieverplichting ziet op de gehele energieportefeuille van de Shell-groep en dat het aan Shell is om vorm te geven aan de aan haar opgelegde reductieverplichting. Ten aanzien van de relaties van Shell overwoog de rechtbank Den Haag dat sprake is van een zwaarwegende inspanningsverplichting, waarbij van Shell kan worden verwacht dat zij de nodige stappen neemt om de ernstige risico's als gevolg van de door deze zakelijke relaties gegenereerde CO₂-uitstoot op te heffen of te voorkomen, en haar invloed aanwendt om eventueel voortdurende gevolgen zo veel mogelijk te beperken.¹³

Weliswaar eist Milieudefensie in haar brief d.d. 19 januari 2024¹⁴ aan ING Bank op basis van de ongeschreven wettelijke zorgvuldigheidsnorm dat ING Bank individuele kredietovereenkomsten van grote zakelijke klanten beëindigt als de onderliggende kredietnemers niet aan specifieke – door Milieudefensie geformuleerde – vereisten voldoen, maar Milieude-

4 P. Heemskerk & R.H.J. Cox, *Bancaire klimaataansprakelijkheid onder invloed van duurzaamheidswetgeving*, MvV 2023, afl. 3, par. 2.4.

5 Memorie van grieven van Shell, grief 1. Toegankelijk via www.milieudefensie.nl.

6 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, JOR 2021/208 (Milieudefensie c.s./Shell), r.o. 4.4. Per de datum van dit naschrift is nog geen arrest gewezen inzake de hoger beroepprocedure.

7 Zie Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, JOR 2021/208 (Milieudefensie c.s./Shell), r.o. 4.4.27 en 4.4.29, waarin de rechtbank Den Haag uitdrukkelijk overweegt geen juridisch bindende norm te formuleren voor het tegengaan van gevaarlijke klimaatverandering en/of het te volgen reductiepad. Vgl. B.M.H. Fleuren, *Het Shell-vonnis bezien vanuit internationaalrechtelijk perspectief: UN-soft law als potentiële bron voor afdwingbare rechtsplichten voor bedrijven?*, in: J. van Bekkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2022-2023*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 425. Zie ook J.J. Smeehuijzen, *De veroordeling van Shell tot 45% CO₂-reductie in 2030: over legitimiteit en effectiviteit*, in: A. Hammerstein e.a., *De klimaatzaak tegen Shell*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 29-30. Zie anders: S.J.M. Biesmans, *annotatie bij Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, JOR 2021/208 (Milieudefensie c.s./Shell)*, onder 9 en 10.

8 Zie bijv. B.W.G. van der Velden, T.M. Sweerts & S.R.F. Aarts, *Procederen over duurzaamheid in de bancaire sector*, in: F.P.C. Strijbos e.a. (red.), *Duurzaam bankieren*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 461.

9 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, JOR 2021/208 (Milieudefensie c.s./Shell), r.o. 4.4.1-4.4.2.

10 art. 5 lid 3 Wwft luidt als volgt: 'Indien een instelling met betrekking tot een zakelijke relatie niet kan voldoen aan artikel 3, eerste tot en met vierde en veertiende lid, onderdeel a, beëindigt de instelling die zakelijke relatie.'

11 Heemskerk & Cox 2023, par. 2.4.

12 Heemskerk en Cox menen dat banken geen activiteiten mogen financieren die onverenigbaar zijn met de doelstellingen van het Parijsakkoord, zoals energieopwekking met kolen, de ontginning en exploitatie van nieuwe olie- en gasvelden en activiteiten ter ondersteuning daarvan. Financiering van een bank hoeft niet noodzakelijkerwijs te zijn verstrekt ten behoeve van een specifieke activiteit van een kredietnemer (zogeheten: projectfinanciering), die al dan niet in overeenstemming is met de doelstellingen van het Parijsakkoord. Financiering kan immers worden verstrekt als werkkapitaal in plaats van projectfinanciering. De concrete aanwending van de financiering zal in dat geval vrij ingewikkeld zijn om te identificeren. Dit geldt in het bijzonder bij een wereldwijd opererende kredietnemer met een complexe vennootschappelijke structuur en ondoorzichtige interne geldstromen, waarbij sprake is van één groepsentiteit die (vrijwel) alle financieringen voor de gehele groep aantrekt en/of een of meerdere cash pooling arrangements binnen de groep.

13 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, JOR 2021/208 (Milieudefensie c.s./Shell), r.o. 4.4.55.

14 Brief d.d. 19 januari 2024 van Milieudefensie aan ING Bank, par. 2.1.

fensie baseert zich niet op enig precedent en evenmin ben ik bekend met enig relevant precedent van de Nederlandse rechter.

3 Verkoop van activa als effectieve mogelijkheid tot disengagement?

Met betrekking tot de ongeschreven wettelijke zorgvuldigheidsnorm bespreken Heemskerk en Cox als alternatief voor disengagement door opzegging van kredietovereenkomsten nog dat banken ook andersluidende mogelijkheden hebben om lopende kredietovereenkomsten te beëindigen, bijvoorbeeld door deze niet te hernieuwen als deze aflopen. Op zichzelf ben ik dit eens met Heemskerk en Cox.¹⁵

Een interessante (onderbelichte) wijze van disengagement, die Heemskerk en Cox onbesproken laten, maar die ik wel in mijn bijdrage benoemde,¹⁶ is het verkopen van activa om aan klimaatverplichtingen te voldoen. Niet ondenkbaar is immers de situatie waarin een bank bepaalde kredietovereenkomsten zou willen afstoten om te kunnen voldoen aan haar klimaatverplichtingen. De vraag in hoeverre het Shell vrijstaat om activa te verkopen teneinde emissiereductie te bewerkstelligen, ligt thans voor in het hoger beroep van de Shell-zaak.¹⁷ Milieudefensie c.s. betogen in die procedure dat individuele bedrijven een verplichting hebben tot absolute emissiereductie en dat het Shell daarom in beginsel niet vrijstaat aan haar klimaatverplichtingen te voldoen door activa te verkopen.¹⁸ Deze discussie zou mijns inziens nog breder moeten worden gevoerd dan uitsluitend de situatie waarin activa worden verkocht. Activa zoals kredietovereenkomsten kunnen immers ook op andere wijzen worden vervreemd zonder dat noodzakelijkerwijs emissiereductie plaatsvindt. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan: (af)splitsing (art. 2:334a BW), subrogatie (art. 6:12 BW) en/of schuldoverneming (art. 6:155 BW). Gedetailleerde bespreking van deze kwestie valt buiten de reikwijdte van dit naschrift, maar duidelijk is wel dat het onderwerp controversieel is en dat een Nederlandse rechter hier op enig moment ongetwijfeld nog over zal moeten beslissen. Overigens is het voornog onzeker of het gerechtshof Den Haag in de Shell-zaak inhoudelijk zal beslissen over de vraag of Shell aan haar reductieverplichtingen kan voldoen door activa te verkopen, omdat Shell bezwaar heeft gemaakt tegen het betoog van Milieudefensie c.s. op basis van de tweeconclusieregel en het verbod op *reformatio in peius*.¹⁹

¹⁵ Zie ook Lambert 2023, par. 3 en 4.

¹⁶ Lambert 2023, par. 4.

¹⁷ Zie o.m. memorie van grieven van Shell, par. 9.2.10-9.2.17.

¹⁸ Pleidooi Milieudefensie c.s., zittingsdag 3, deel 2, par. 104-116. Zie ook antwoorden Milieudefensie c.s. op vragen van het hof ten behoeve van de mondelinge behandeling op 12 april 2024, p. 1-4 alsmede antwoorden Shell op vragen van het hof ten behoeve van de mondelinge behandeling op 12 april 2024 (hierna: Antwoorden Shell), par. 1.3 ('Het beweerdelijk niet mogen meetellen van desinvesteringen').

¹⁹ Antwoorden Shell, par. 1.2.1 en 1.2.2.

4 art. 6:248 lid 2 BW en art. 6:2 lid 2 BW vormen de relevante toets of beëindiging is toegelaten

Op basis van de door mij hiervoor geformuleerde kanttekeningen lijkt mij de stelling van Heemskerk en Cox dat uit het Milieudefensie c.s./Shell-vonnis volgt dat – naar huidig recht – een bank een individuele kredietovereenkomst kan opzeggen op basis van art. 6:162 lid 2 BW onhoudbaar. Het argument van Heemskerk en Cox dat de OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct (hierna: MNE Guidelines) en de UN Guiding Principles (hierna: UNGP) vergen dat disengagement geboden kan zijn, maakt dit mijns inziens niet anders. Noch uit de MNE Guidelines, noch uit de UNGP volgen momenteel rechtstreeks afdwingbare verplichtingen voor private partijen. Hooguit kunnen de MNE Guidelines en de UNGP mogelijk worden gebruikt als invulling van een ongeschreven wettelijke zorgvuldigheidsnorm op basis van art. 6:162 lid 2 BW, maar die geldt aldus – op basis van het in appel ter discussie staande Milieudefensie c.s./Shell-vonnis van de Rechtbank – slechts voor de emissiereductie van de gehele groep van de bank en niet op een individueel relatieniveau.

Een eventuele opzegging van de kredietovereenkomst door de bank zal daarom primair moeten plaatsvinden op grond van een daartoe strekkende contractuele bevoegdheid van de bank, die derhalve de toets van art. 6:248 lid 2 BW dient te kunnen doorstaan en waarbij tevens gewicht wordt toegekend aan de zorgplicht van de bank.²⁰

Anders dan Heemskerk en Cox betogen, lijkt het mij maar de vraag of het opnemen van specifieke klimaatverplichtingen voor een kredietnemer in kredietovereenkomsten en de schending daarvan dusdanig zware omstandigheden vormen dat deze de toets van art. 6:248 lid 2 BW doorstaan en ervoor zorgen dat een opzegging niet in strijd is met de zorgplicht van de bank. Soortgelijke verplichtingen zijn standaard vermeld in contractuele relaties met banken ten aanzien van witwassen, maar deze bepalingen hebben in de rechtspraak geen relevante rol bij de beoordeling in hoeverre een bank een relatie rechtsgeldig kan beëindigen.

Ten overvloede: zelfs indien het betoog van Heemskerk en Cox zou worden gevolgd dat uit de wet een concrete opzeggingsverplichting voortvloeit, dan dient op basis van art. 6:2 lid 2 BW een gelijkkluidende maatstaf te worden gehanteerd.²¹ Op basis van art. 6:2 lid 2 BW is een krachtens wet geldende regel immers niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

²⁰ HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929, NJ 2015/70, JOR 2015/8 (ING/De Keijzer), r.o. 3.5.2 en 3.5.4.

²¹ Asser/Sieburgh 6-1 2020/58.

5 Het verplichten van een beëindigingsvergoeding is een praktisch onuitvoerbaar en onwenselijk idee

Tot slot zet ik (nogmaals) mijn vraagtekens bij de juridische mogelijkheid en de wenselijkheid van het in de reactie van Heemskerk en Cox herhaalde idee dat banken zouden moeten kunnen worden verplicht een beëindigingsvergoeding met een kredietnemer overeen te komen als het juridisch onmogelijk blijkt een kredietovereenkomst rechtsgeldig te beëindigen.

In hun reactie volstaan Heemskerk en Cox feitelijk met een herhaling van het idee, met vermelding van slechts één nieuw argument, namelijk dat een beëindigingsvergoeding zou passen in het concept van ‘contractsdwang’, waarbij banken op grond van het Yin Yang II-arrest²² kunnen worden gedwongen om te contracteren. Hierna zal ik bespreken dat de vergelijking met het Yin Yang II-arrest spraak loopt. Voor het overige moet ik volstaan met een verwijzing naar wat ik hierover reeds schreef in mijn eerdere bijdrage.²³

In het Yin Yang II-arrest overwoog de Hoge Raad dat op banken op grond van hun maatschappelijke positie, ook ten aanzien van niet-consumenten, de verplichting kan rusten een betaalrekening aan te bieden en dat het daarbij zwaar weegt dat het zonder betaalrekening vrijwel onmogelijk is om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer en om een bedrijf te exploiteren.²⁴ Hetgeen Heemskerk en Cox voorstaan met een ‘gedwongen’ beëindigingsvergoeding lijkt de tegengestelde situatie, omdat de ‘contractsdwang’ in dat geval er juist toe leidt dat een kredietnemer niet langer gebruik kan maken van een bepaalde door de bank aangeboden dienstverlening. Er is dan immers juist sprake van disengagement, terwijl in Yin Yang II als gevolg van de ‘contractsdwang’ juist sprake was van een nieuwe bankrelatie (dus: de tegengestelde situatie). Bovendien zou een kredietnemer deze beëindigingsvergoeding dan van een bank moeten (kunnen) eisen, hetgeen een onrealistisch scenario lijkt, omdat diezelfde kredietnemer in dat geval juist een succesvol rechtsmiddel heeft ingesteld om te voorkomen dat de bank een lopende kredietovereenkomst zou beëindigen. De kredietnemer wil in dat geval dus juist niet dat de kredietrelatie wordt beëindigd.

22 HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, JOR 2022/35 (ING/Yin Yang II).

23 Lambert 2023, p. 446.

24 HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, JOR 2022/35 (ING/Yin Yang II), r.o. 3.2.