

ESG-litigation: duurzaamheidsverslaggeving, CSRD en de jaarrekeningprocedure bij de Ondernemingskamer

*Mr. drs. K. van Middelaar**

ESG-litigation over duurzaamheidsverslaggeving kan met de implementatie van de Richtlijn duurzaamheidsrapportering (CSRD) en bijbehorende standaarden voor duurzaamheidsrapportage (ESRS) plaatsvinden via de jaarrekeningprocedure bij de Ondernemingskamer. Deze bijdrage bespreekt de sancties bij schending van de duurzaamheidsrapporteringsregels, het belanghebbendebegrip in de jaarrekeningprocedure en de rol van de AFM in het licht van de CSRD en ESRS.

1 Duurzaamheidsverslaggeving en de jaarrekeningprocedure

Environmental, social and governance (ESG)-gerelateerde wetgeving komt in rap tempo op Europese bedrijven af.¹ Een belangrijk onderdeel daarvan is de Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), de richtlijn met betrekking tot duurzaamheidsrapportering door ondernemingen.² De CSRD zal vanaf dit boekjaar 2024 van toepassing zijn op ondernemingen die nu onder de Richtlijn niet-financiële informatie vallen (hierna: de NFI-Richtlijn).³ Dit gaat in het kort om grote organisaties van openbaar belang (hierna: OOB's), zoals beursgenoteerde ondernemingen, banken en verzekeraars, met meer dan 500 werknemers. Vanaf boekjaar 2025 wordt de CSRD onder meer ook van toepassing op grote rechtspersonen in de zin van het jaarrekeningsrecht.⁴

Een belangrijk onderdeel van de CSRD is de invoering van de European Sustainability Reporting Standards (ESRS of standaarden voor duurzaamheidsrapportage). Over deze standaarden voor duurzaamheidsrapportage dient in bestuursverslagen te worden gerapporteerd.⁵ De standaarden voor duurzaamheidsrapportage zijn omvangrijk en bevatten uitgebreide rapporteringsverplichtingen rondom ESG-thema's. Het gaat daarbij om 82 openbaarmakingsverplichtingen, onderverdeeld in 12 standaarden rondom ESG-thema's, zoals 'Climate Change', 'Workers in the value chain' en 'Business conduct'.⁶ Het bestuursverslag van de ondernemingen waarop de CSRD van toepassing is, zal daarmee aanzienlijk worden uitgebreid.

Het Nederlands recht heeft een specifieke procedure voor geschillen waarin de inhoud van financiële verslaggeving in geschil is: de 'jaarrekeningprocedure' van artikel 2:447 BW e.v.⁷ De CSRD biedt een nieuw aanknopingspunt voor ESG-litigation.⁸ Op het eerste oog lijkt de jaarrekeningprocedure een logische rechtsingang voor ESG-litigation over duurzaamheidsrapportering. In de CSRD is specifiek overwogen dat duurzaamheidsinformatie actoren uit het maatschappelijk middenveld dient te bereiken die ondernemingen meer verantwoordelijk willen stellen voor de effecten die zij hebben op mens en milieu.⁹ Dit kan gevolgen hebben voor het belang-

* Mr. drs. K. van Middelaar is advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.
 1 L.J.M. Baks, L.K. van Dijk & J.B.S. Hijink, Reuzenstappen op het terrein van duurzaamheidsverslaggeving: de Europese CSRD en oprichting van de ISSB, *Ondernemingsrecht* 2022/36.
 2 Richtlijn (EU) 2022/2464 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 537/2014, Richtlijn 2004/109/EG, Richtlijn 2006/43/EG en Richtlijn 2013/34/EU, met betrekking tot duurzaamheidsrapportering door ondernemingen.
 3 Richtlijn 2014/95/EU tot wijziging van de bestaande Richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen.
 4 Art. 5 lid 2 sub b CSRD; art. 2:397 BW.

5 In dit artikel worden de termen duurzaamheidsverslaggeving en standaarden voor duurzaamheidsrapportage gebruikt in lijn met de Europese benaming. De standaarden voor duurzaamheidsrapportage omvatten echter niet alleen het thema duurzaamheid, maar ook sociale aspecten en governanceaspecten van de onderneming.
 6 EFRAG, ESRS E1 Climate Change, ESRS S2 Workers in the value chain en ESRS G1 Business conduct, 31 juli 2023, online beschikbaar op www.efrag.org/lab6#subtile1.
 7 In de praktijk wordt de term 'jaarrekeningprocedure' gebruikt. De jaarrekeningprocedure kan naast de jaarrekening echter ook het bestuursverslag en de overige gegevens (behalve de accountantsverklaring) omvatten.
 8 Denk aan de geruchtmakende zaken Urgenda/de Staat (waarin Urgenda vorderde dat de Staat de uitstoot van broeikasgassen in 2020 met 25% zou verminderen ten opzichte van 1990) en Milieudefensie/Shell (waarbij Milieudefensie vorderde dat Shell zijn uitstoot met 45% zou verminderen in 2030 ten opzichte van 2019), waarbij procedures werden gevoerd.
 9 Zie overweging 9 CSDR.

hebbendebegrip in de zin van artikel 2:448 BW over de jaarrekeningprocedure. Een relevante vraag is daarnaast hoe de Ondernemingskamer de standaarden voor duurzaamheidsrapportage zal wegen.

In dit artikel wordt ingegaan op de CSRD en standaarden voor duurzaamheidsrapportage, de vraag hoe deze in de jaarrekeningprocedure onderwerp van geschil kunnen worden en welke aandachtspunten daarbij komen kijken. Paragraaf 2 behandelt bestaande en toekomstige verplichtingen op het gebied van duurzaamheidsrapportage. In paragraaf 3 komt de jaarrekeningprocedure aan bod. In paragraaf 4 wordt ingegaan op de mogelijke consequenties van de CSRD voor de jaarrekeningprocedure. Het artikel wordt afgesloten met een conclusie waarin de belangrijkste bevindingen kort worden samengevat.

2 Duurzaamheidsverslaggeving

2.1 Huidig wettelijk kader duurzaamheidsrapportage

Bij de implementatie van de NFI-Richtlijn in Nederland is artikel 2:391 lid 5 BW gewijzigd en zijn nadere voorschriften voor de inhoud van het bestuursverslag vastgesteld in het Besluit bekendmaking niet-financiële informatie (hierna: het NFI-Besluit).¹⁰ Het bestuursverslag van grote rechtspersonen¹¹ dient sindsdien op grond van artikel 2:391 lid 1 BW een analyse van zowel financiële als niet-financiële prestatie-indicatoren te bevatten, met inbegrip van milieu- en personeelsaangelegenheden.¹² Artikel 2:391 lid 1 BW bevat daarmee een ESG-openbaarmakingsverplichting. In artikel 2:391 lid 5 BW in samenhang met het NFI-Besluit is geregeld dat grote OOB's¹³ een niet-financiële verklaring moeten publiceren. Artikel 3 lid 1 NFI-Besluit bepaalt dat deze grote OOB's een mededeling moeten doen over onder meer beleid ten aanzien van milieu-, sociale en personeelsaangelegenheden, eerbiediging van mensenrechten en bestrijding van corruptie en omkoping. Artikel 3 lid 2 NFI-Besluit bepaalt daarbij dat indien de grote OOB niet een dergelijke verklaring heeft opgesteld, die grote OOB gemotiveerd opgave moet doen van de redenen daarvoor. Deze bepaling wordt daarom in de literatuur ook wel onder het 'comply or explain'-uitgangspunt van de NFI-Richt-

lijn geschaard.¹⁴ Door dit 'comply or explain'-principe konden grote OOB's onder de NFI-Richtlijn door middel van uitleg onder ESG-openbaarmakingsverplichtingen uit komen.

2.2 CSRD en standaarden voor duurzaamheidsrapportage¹⁵

De CSRD borduurt voort op de NFI-Richtlijn en breidt deze aanzienlijk uit. Belangrijke elementen van de CSRD zijn de verplichte duurzaamheidsrapportages en bijbehorende standaarden, de verplichte accountantscontrole op de duurzaamheidsrapportage en de invoering van een uniform elektronisch verslagleggingsformat. De CSRD bepaalt dat duurzaamheidsinformatie in een duidelijk herkenbaar gedeelte van het bestuursverslag opgenomen moet worden, en lidstaten mogen ondernemingen niet langer ontslaan van de verplichting om in het bestuursverslag informatie over duurzaamheidsaspecten op te nemen.¹⁶ Anders dan de NFI-Richtlijn bevat de CSRD dus geen 'comply or explain'-principe meer.

In de preambule van de CSRD wordt overwogen dat duurzaamheidsinformatie twee groepen van gebruikers dient te bereiken, namelijk:¹⁷

1. beleggers die een beter inzicht willen krijgen in de risico's en kansen die duurzaamheidskwesties met zich meebrengen voor hun beleggingen, en de effecten van die beleggingen op mens en milieu; en
2. actoren uit het maatschappelijk middenveld, waaronder niet-gouvernementele organisaties en sociale partners, die ondernemingen meer verantwoordelijk willen stellen voor de effecten die zij hebben op mens en milieu.

Financiële verslaggeving is van oudsher met name gericht op beleggers (naast crediteuren).¹⁸ Met de expliciete toevoeging van 'actoren uit het maatschappelijk middenveld die ondernemingen ter verantwoording willen roepen voor de effecten die zij hebben op mens en milieu' als groep van gebruikers die duurzaamheidsinformatie dient te bereiken, breidt de CSRD de doelgroep van rapportages in jaarverslagen aanzienlijk uit.

¹⁰ Besluit van 14 maart 2017, houdende regels ter uitvoering van richtlijn 2014/95/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 22 oktober 2014 tot wijziging van richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen, PbEU 2014, L 330 (NFI-Besluit bekendmaking).

¹¹ Groot in de zin van het jaarrekeningsrecht. Voor micro-, kleine en middelgrote rechtspersonen geldt de hier genoemde verplichting niet (art. 2:395a lid 6, 2:396 lid 7 respectievelijk 2:397 lid 8 BW).

¹² Art. 2:391 lid 1 BW.

¹³ Het gaat om OOB's in de zin van art. 2:389 lid 7 BW met een gemiddeld aantal werknemers van de rechtspersoon over het boekjaar van meer dan 500, die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet hebben voldaan aan ten minste één van de vereisten bedoeld in art. 2:397 lid 1 sub a en b BW.

¹⁴ L. Vytopil, Implementatie van de Richtlijn Niet-Financiële Informatie in Nederland, Ondernemingsrecht 2016/119.

¹⁵ Overigens bestaat momenteel meer (concept)wet- en regelgeving inzake duurzaamheidsverslaggeving, namelijk op grond van de Europese Taxonomieverordening (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), de Sustainable Finance Disclosure Regulation (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) en de aangepaste Nederlandse Corporate Governance Code. Deze nieuwe regelgeving wordt hier buiten beschouwing gelaten.

¹⁶ Overweging 57 CSRD.

¹⁷ Overweging 9 CSRD.

¹⁸ Zie de uitgebreide historische uiteenzetting en de ontwikkeling naar de focus op beleggers in het jaarrekeningsrecht in P.M. van der Zanden, De historische ontwikkeling van de jaarrekening, in: J.B.S. Hijink, M.P. Nieuwe Weme, G.P. Oosterhoff & L. in 't Veld (red.), Handboek jaarrekeningsrecht (VDHI nr. 164), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 43-73.

Conform artikel 1 NFI-Richtlijn dienen grote OOB's een niet-financiële verklaring in het bestuursverslag op te nemen in de mate waarin dit noodzakelijk is voor een goed begrip van de ontwikkeling, de resultaten en de positie van de onderneming. Ook zijn in de NFI-Richtlijn openbaarmakingsverplichtingen opgenomen die juist zien op een goed begrip van de effecten van de activiteiten van die grote OOB op milieu-, sociale en personeelsaangelegenheden, eerbiediging van mensenrechten en de bestrijding van corruptie en omkoping. Het gaat kortom enerzijds om risico's van de omgeving voor de onderneming en anderzijds om de effecten van de onderneming op de omgeving. In de CSRD wordt dit ook wel het 'dubbele materialiteitsperspectief' genoemd.¹⁹

De CSRD verplicht ondernemingen te rapporteren over ESG-gerelateerde risico's voor hun bedrijfsvoering.²⁰ Daarnaast zijn ondernemingen óók verplicht te rapporteren over hun effect op mens en milieu. Dit volgt bijvoorbeeld direct uit de standaarden voor duurzaamheidsrapportage: zo volgt bijvoorbeeld uit een standaard dat ondernemingen informatie openbaar moeten maken over bruto-broeikasgasemissies in tonnen CO₂-equivalenten.²¹ Financiële verslaggeving daarentegen ziet van oudsher op de risico's van de omgeving voor de onderneming en niet op de risico's van de onderneming voor de omgeving. In die zin is dubbele materialiteit, voor het eerst genoemd in de CSRD, een nieuw concept voor ondernemingen en accountants. De CSRD verduidelijkt dat ondernemingen het dubbele materialiteitsperspectief afzonderlijk moeten beschouwen en informatie bekend moeten maken die essentieel is vanuit beide perspectieven, alsmede informatie die essentieel is vanuit slechts één perspectief.²²

3 De jaarrekeningprocedure

Op verzoek van degenen die krachtens artikel 2:448 BW daartoe bevoegd zijn, kan de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam een rechtspersoon of vennootschap als bedoeld in artikel 2:360 BW bevelen de jaarrekening, het bestuursverslag en de overige gegevens in te richten overeenkomstig door haar te geven aanwijzingen.²³ Artikel 2:447 lid 2 BW bepaalt dat een verzoek op grond van artikel 2:447 lid 1 BW slechts kan worden ingediend op de grond dat de verzoeker van oordeel is dat het jaarverslag niet voldoet aan artikel 3 IAS-Verordening,²⁴ titel 9 Boek 2 BW of de voorschriften uit de Wet op het financieel toezicht (Wft).²⁵

Voor de vraag in hoeverre de Ondernemingskamer een bevel kan geven het jaarverslag in te richten conform haar aanwijzingen ten aanzien van ESG-openbaarmakingsverplichtingen, zoals vereisten omtrent het bestuursverslag van artikel 2:391 lid 1 en 5 BW of een specifieke standaard voor duurzaamheidsrapportage, is van belang welke gronden een verzoeker in de jaarrekeningprocedure naar voren kan brengen. Daarnaast is van belang welke personen de Ondernemingskamer kunnen verzoeken een jaarrekeningprocedure te starten in geval van een schending van ESG-openbaarmakingsverplichtingen.

3.1 Bevel van de Ondernemingskamer en gronden van het verzoek

Via de Implementatiewet Richtlijn openbaarmaking winstbelasting (hierna: de Implementatiewet)²⁶ is in Nederland geïmplementeerd dat de (standaarden voor) duurzaamheidsrapportage in het bestuursverslag moeten worden opgenomen.²⁷ De Implementatiewet wijzigt artikel 2:447 lid 1 BW en introduceert het nieuwe artikel 2:391a BW. De Implementatiewet creëert de wettelijke grondslag om via een algemene maatregel van bestuur bepaalde rechtspersonen en bijkantoren te verplichten conform de standaarden voor duurzaamheidsrapportage te rapporteren. Die algemene maatregel van bestuur wordt – bij de huidige stand van zaken – het Implementatiebesluit richtlijn duurzaamheidsrapportering, waarvan de consultatie op 18 december 2023 is gesloten.²⁸ Het Implementatiebesluit richtlijn duurzaamheidsrapportering zal binnen het bereik van titel 9 Boek 2 BW komen en dus onder de band van artikel 2:447 lid 1 BW vallen. De Ondernemingskamer kan langs deze route dus een bevel geven over duurzaamheidsrapportages, en schending van een standaard voor duurzaamheidsrapportage (ESRS) kan zodoende een grond vormen om een jaarrekeningprocedure te entameren.²⁹

19 Overweging 29 CSRD.

20 Overweging 29 CSRD.

21 EFRAG, ESRS E1-6 Climate Change, november 2022, sub 41, online beschikbaar op www.efrag.org/lab6. Zie voor een uitgebreidere beschrijving van de standaarden E.V.A. Eijkelenboom, European Sustainability Reporting Standards: een overzicht van Europese duurzaamheidsrapportageverplichtingen, *TvOB* 2022, afl. 5, p. 155-159.

22 Overweging 29 CSRD.

23 Art. 2:447 lid 1 BW.

24 Verordening (EG) 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen, *PbEG* 2002, L 243.

25 Art. 2:447 lid 2 BW.

26 De wetgever is voornemens de Richtlijn openbaarmaking winstbelasting via een algemene maatregel van bestuur te implementeren. Dit voornemen, zo volgt uit de Richtlijn openbaarmaking winstbelasting, geldt ook voor de implementatie van de CSDR. De Richtlijn openbaarmaking winstbelasting staat verder los van de CSDR.

27 Wet van 6 december 2023 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk wetboek tot implementatie van Richtlijn (EU) 2021/2101 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2021 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU wat betreft de openbaarmaking van informatie over de winstbelasting door bepaalde ondernemingen en bijkantoren (Implementatiewet Richtlijn openbaarmaking winstbelasting).

28 Concept Besluit houdende regels ter implementatie van Richtlijn (EU) 2022/2464 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 537/2014, Richtlijn 2004/109/EG, Richtlijn 2006/43/EG en Richtlijn 2013/34/EU, met betrekking tot duurzaamheidsrapportering door ondernemingen, *PbEU* 2022, L 322 (Implementatiebesluit richtlijn duurzaamheidsrapportering). Zie www.internetconsultatie.nl/duurzaamheidsrapportage/b1.

29 Kamerstukken II 2021/22, 36157, nr. 3, p. 20: 'Die verwijzing moet worden aangepast en daartoe wordt voorgesteld de artikelen aan te vullen zodat de procedure voor de ondernemingskamer ook betrekking zal hebben op alle in artikel 391a genoemde afzonderlijke jaarlijkse verslagen en verklaringen (onderdelen E, G en I). Doordat in artikel 447, eerste lid, wordt verwezen naar het bestuursverslag, hoeft de informatie die ingevolge een EU-richtlijn in het bestuursverslag moet worden opgenomen, niet herhaald te worden in de opsomming in dat artikel.'

Huidige wettelijke verplichtingen over duurzaamheidsverslaggeving staan onder andere in artikel 2:391 BW vermeld. Omdat een grond voor de jaarrekeningprocedure gelegen kan zijn in het feit dat de verzoeker meent dat sprake is van schending van titel 9 Boek 2 BW, kan een grond voor het starten van een jaarrekeningprocedure al gaan over duurzaamheidsverslaggevingsregels van artikel 2:391 BW.³⁰ Tot op heden zijn bij mijn weten geen jaarrekeningprocedures gevoerd over duurzaamheidsverslaggevingsregels.

3.2 Afwijking van financiële verslaggeving versus duurzaamheidsrapportering

In een eerdere conceptversie van de CSRD stond een specifieke regeling voor sancties bij inbreuken op het niet-naleven van de standaarden voor duurzaamheidsrapportage. Een meerderheid van de lidstaten verzocht echter om schrapting van deze (extra) sancties. De uiteindelijk aangenomen CSRD biedt om die reden geen specifieke regeling voor sancties bij inbreuken op het niet-naleven van de standaarden voor duurzaamheidsrapportage. De Nederlandse wetgever heeft echter via de Implementatiewet ervoor gekozen om schending van het nieuwe artikel 2:391a lid 2 BW in de Wet op de economische delicten (WED) op te nemen.³¹ Schending van verplichtingen omtrent de inhoud en inrichting van financiële verslaggeving staan daarentegen niet in de WED.³² De wetgever in Nederland heeft er namelijk voor gekozen de inhoud en inrichting van financiële verslaggeving te (laten) handhaven via civielrechtelijke weg: de jaarrekeningprocedure bij de Ondernemingskamer.³³ De keuze voor strafrechtelijke handhaving van duurzaamheidsrapportering is daarom opvallend. Met de strafrechtelijke handhaving van duurzaamheidsrapportering ontstaat een wezenlijk ander gevolg bij schending van duurzaamheidsrapportering (mogelijk een economisch delict) ten opzichte van schending van financiële verslaggevingsregels (geen economisch delict).

Binnen het jaarrekeningsrecht bestaan standaarden voor de inrichting van een jaarrekening, zoals de Nederlandse Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving en de International Financial Reporting Standards (IFRS).³⁴ De meeste van deze internationale IFRS zijn via de IAS-Verordening in de EU erkend (hier-

na: EU IFRS) en verplicht voor de inrichting van de geconsolideerde jaarrekening voor ondernemingen waarvan effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt binnen de EU/EER. De Ondernemingskamer heeft toepassing van de EU IFRS in de praktijk al meerdere malen getoetst.³⁵

Zo stond in een jaarrekeningprocedure aanhangig gemaakt door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) de vraag centraal of vanwege een afwijking van een IFRS de Ondernemingskamer het bevel moest geven tot wijziging van het jaarverslag. De Hoge Raad oordeelde in deze zaak (AFM/Spyker) dat de Ondernemingskamer een verzoek van de AFM tot het geven van een zodanig bevel mag afwijzen als zij tot de conclusie komt dat een redelijke uitleg van de IFRS en een redelijke toepassing daarvan ertoe leiden dat de jaarrekening het vereiste inzicht verschaft (in de zin van art. 2:362 BW) en een getrouw beeld geeft van het vermogen en van het resultaat, ook als op enkele punten (van ondergeschikt belang) niet (geheel) aan de voorschriften is voldaan.³⁶ De Hoge Raad neemt hierbij in overweging dat uit de IAS-Verordening volgt dat de lidstaten zorg moeten dragen voor een passend en rigoureuus handhavingstelsel, maar dat dit niet betekent dat de Ondernemingskamer verplicht zou zijn bij iedere afwijking van de IFRS een bevel te geven.³⁷

Een verzoeker kan een jaarrekeningprocedure bij de Ondernemingskamer entameren in geval van een schending van duurzaamheidsrapporteringregels, ook al is artikel 2:391a lid 2 BW al in de WED opgenomen. De standaarden voor duurzaamheidsrapportage zijn omvangrijk en leveren voor zowel ondernemingen als accountants vooralsnog veel vragen op. Het zou daarom logisch zijn als de Ondernemingskamer bij de afwijking van een standaard voor duurzaamheidsrapportage – net als bij een afwijking van een IFRS conform het AFM/Spyker-arrest – niet verplicht zou zijn om (altijd) een bevel te geven het bestuursverslag aan te passen.

4 Verzoekers bij de Ondernemingskamer

4.1 Kring van belanghebbenden

Het verzoek tot het instellen van de jaarrekeningprocedure kan worden gedaan door (1) iedere belanghebbende, (2) de advocaat-generaal bij het gerechtshof Amsterdam (om redenen van openbaar belang) en (3) de AFM.

In de jurisprudentie en literatuur wordt voor wat betreft de belanghebbende een onderscheid gemaakt tussen de eerste

³⁰ In de jaarrekeningprocedure HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG8790, NJ 2009/345 m.nt. P. van Schilfgaarde (AFM/Spyker) kwam art. 2:391 BW (over het bestuursverslag) aan bod, maar dit zag niet op duurzaamheidsverslaggeving.

³¹ Art. II Implementatiewet. Voor een kritische beschouwing hierover, zie J.B.S. Hijink, Implementatiewet Richtlijn openbaarmaking winstbelasting – met ‘implementatiehaakje’ voor de CSRD – bij de Tweede Kamer ingediend, Ondernemingsrecht 2022/89, p. 639.

³² De wetsartikelen uit titel 9 Boek 2 BW die in de WED staan: art. 2:362 lid 6, laatste zin, 2:393 lid 1, 2:394 lid 3, 2:395, 2:451 lid 2, 2:452 lid 4 en 2:455 lid 2.

³³ Kamerstukken II 2005/06, 30336, nr. 3; zie ook Josephus Jitta, in: GS Rechtspersonen, afd. 16 Boek 2 BW, aant. 7.

³⁴ J.B.S. Hijink e.a., Bronnen van het jaarrekeningsrecht, in: J.B.S. Hijink, M.P. Nieuwe Weme, G.P. Oosterhoff & L. in 't Veld (red.), Handboek jaarrekeningsrecht (VDHI nr. 164), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 11-12.

³⁵ Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ4684, RF 2010/3, r.o. 3.17-3.21, Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:540, JOR 2018/123 m.nt. H. Beckman (Steinhoff) en HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG8790, NJ 2009/345 m.nt. P. van Schilfgaarde (AFM/Spyker).

³⁶ HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG8790, NJ 2009/345 m.nt. P. van Schilfgaarde (AFM/Spyker).

³⁷ HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG8790, NJ 2009/345 m.nt. P. van Schilfgaarde (AFM/Spyker), r.o. 3.4.3.

kring en tweede kring van belanghebbenden.³⁸ De Hoge Raad maakte dit onderscheid als eerst in het Dodewaard-arrest, waarin de vereniging ‘Stop Dodewaard’ zich de sluiting van kerncentrale Dodewaard tot doel had gesteld.³⁹ De Hoge Raad oordeelde in die jaarrekeningprocedure:

‘Een vereniging die, gelijk “Stop Dodewaard”, zich tot doel stelt het tegengaan van bepaalde ondernemingsactiviteiten kan niet reeds uit dien hoofde worden geacht te behoren tot de kring van bij de onderneming betrokkenen ter bescherming van wier belangen de jaarrekeningprocedure in het leven is geroepen. Een dergelijke vereniging heeft ten aanzien van de jaarrekening van de onderneming, welke de door haar bestreden activiteiten uitoefent, slechts dan het vereiste belang wanneer de door haar verlangde wijziging van de jaarrekening ertoe kan leiden dat een specifiek en concreet nadeel, voor haar in haar betrekkingen tot de onderneming verbonden aan de wijze waarop de jaarrekening op het aangevochten punt is ingericht, wordt ongedaan gemaakt of verminderd.’⁴⁰

De ‘eerste’ kring van belanghebbenden bestaat uit de bij de onderneming betrokkenen ter bescherming van wier belangen de jaarrekeningprocedure in het leven is geroepen. In HR 20 mei 1987⁴¹ kwam de vraag aan de orde of een werknemer kon gelden als een belanghebbende. De Hoge Raad oordeelde weliswaar dat van de werknemer werd verondersteld dat het vereiste belang aanwezig was, maar dat de betreffende rechtspersoon kon stellen en bewijzen dat geen specifiek en concreet nadeel bestond, als gevolg waarvan voor die werknemer niet het vereiste belang aanwezig was.⁴²

De tweede kring van belanghebbenden bestaat uit andere belanghebbenden die zullen moeten stellen, en zo nodig bewijzen, dat zij door een gestelde tekortkoming in de financiële verslaggeving een specifiek en concreet nadeel lijden dat door het herstel van de verslaggeving zou worden weggenomen of verminderd.⁴³ Voorbeelden van partijen uit die tweede kring van belanghebbenden zijn een voormalig bestuurder,⁴⁴ een polishouder (in geval van een verzekeringsmaatschappij),⁴⁵ con-

currenten⁴⁶ en de aandeelhouder van een moedermaatschappij in de jaarrekeningprocedure van een dochter van die moedermaatschappij.⁴⁷

De invoering van de CSRD en de daarbij behorende standaarden voor duurzaamheidsrapportage kan hernieuwd licht schijnen op het belanghebbendebegrip in de zin van artikel 2:448 BW. Zo komt de vraag op welke (rechts)persoon belang heeft bij de correcte informatie ten aanzien van de doelstellingen van de rechtspersoon over het Klimaatakkoord van Parijs,⁴⁸ hoeveel (uit fossiele bronnen opgewekte) energie wordt geconsumeerd,⁴⁹ of informatie over de ‘work-life balance’ binnen een onderneming.⁵⁰ Timmerman merkte al op dat het algemene belang dat de jaarrekening overeenkomstig wettelijke voorschriften moet worden ingericht, niet voldoende is om als belanghebbende een jaarrekeningprocedure te entameren.⁵¹ Hierna wordt daarom het belanghebbendebegrip besproken voor de aandeelhouder en de zogenaamde actoren uit het maatschappelijk middenveld (conform de CSRD).

4.1.1 De aandeelhouder als belanghebbende

Kroeze beschrijft binnen de eerste kring van belanghebbenden het onderscheid tussen degenen die geacht worden altijd het vereiste belang te hebben en degenen die verondersteld worden het vereiste belang te hebben.⁵² Als het vereiste belang altijd aanwezig is, dan is tegenbewijs niet mogelijk; wordt het vereiste belang verondersteld, dan zou de rechtspersoon kunnen stellen en bewijzen dat er geen specifiek en concreet nadeel bestaat, als gevolg waarvan een aandeelhouder niet het vereiste belang heeft.

De discussie over de vraag of een partij altijd het vereiste belang heeft, of wordt verondersteld het vereiste belang te hebben, wordt met name gevoerd ten aanzien van de aandeelhouder. De Ondernemingskamer oordeelde in diverse jaarrekeningprocedures dat voor de aandeelhouder het vereiste belang wordt verondersteld (en dus tegenbewijs mogelijk is). Een wederpartij in de procedure kan dan stellen, en zo nodig bewijzen, dat het achterwege blijven van de door de aandeelhouder verlangde wijziging in de inrichting van de jaarstukken geen nadeel voor die aandeelhouder in zijn betrokkenheid bij de onderneming kan opleveren.⁵³ In één oudere uitspraak uit 1991 oordeelde de Ondernemingskamer echter dat de betreffende

38 Zie concl. A-G L. Timmerman 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:171, r.o. 3.3 e.v. voor een uitgebreide bespreking van de kring van belanghebbenden en de discussie in dit kader.

39 HR 26 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8964, NJ 1986/307 m.nt. Maeijer (Dodewaard).

40 HR 26 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8964, NJ 1986/307 m.nt. Maeijer (Dodewaard).

41 HR 20 mei 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9839, NJ 1987/973 m.nt. J.M.M. Maeijer (De Schelde).

42 HR 20 mei 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9839, NJ 1987/973 m.nt. J.M.M. Maeijer (De Schelde), r.o. 3.3-3.4.

43 Asser/Kroeze 2-I 2021/590 met verwijzing naar HR 20 mei 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9839, NJ 1987/973 (De Schelde).

44 Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AY7972, ARO 2006/140.

45 Hof Amsterdam (OK) 28 maart 1985, ECLI:NL:GHAMS:1985:AC9514, NJ 1987/974 (Centraal Beheer).

46 Hof Amsterdam (OK) 15 maart 1979, ECLI:NL:GHAMS:1979:AC4048, NJ 1979/573 (Gero).

47 Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2786, ARO 2014/197 (VRC Investments).

48 EFRAG, ESRS E1-1 Climate Change, 31 juli 2023, sub 14-17, online beschikbaar op www.efrag.org/lab6#subtitle1.

49 EFRAG, ESRS E1-5 Climate Change, 31 juli 2023, sub 35-39, online beschikbaar op www.efrag.org/lab6#subtitle1.

50 EFRAG, ESRS S1-15 Own workforce, 31 juli 2023, sub AR 96-97, online beschikbaar op www.efrag.org/lab6#subtitle1.

51 Concl. A-G L. Timmerman 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:171, r.o. 3.13.

52 Asser/Kroeze 2-I 2021/590.

53 Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:540, JOR 2018/123 m.nt. H. Beckman (Steinhoff), r.o. 3.12.

aandeelhouder niet hoeft te bewijzen dat hij nadeel lijdt als bepaalde posten in de jaarrekening niet worden gewijzigd.⁵⁴ Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis meende Beckman dat een aandeelhouder altijd het vereiste belang heeft.⁵⁵ Ook Kroeze gaat ervan uit dat de aandeelhouder altijd tot de eerste kring van belanghebbenden hoort.⁵⁶ Hijink stelde in zijn noot bij de GGN-beschikking dat tegenbewijs mogelijk zou moeten zijn.⁵⁷ De Hoge Raad heeft zich tot op heden niet uitgelaten over de vraag of een aandeelhouder altijd het vereiste belang heeft, of verondersteld wordt het vereiste belang te hebben.

Het zal voor een aandeelhouder lastig zijn om aan te tonen dat deze concreet en specifiek nadeel lijdt vanwege schending van een standaard voor duurzaamheidsrapportage, bijvoorbeeld als de rechtspersoon niet (voldoende) rapporteert over de mix van zijn energieconsumptie.⁵⁸ Het aantonen van een concreet en specifiek nadeel door de aandeelhouder zal ook lastig zijn als het gaat om openbaarmakingsverplichtingen omtrent het effect van de onderneming op de omgeving (een nieuwe verplichting vanuit het dubbele materialiteitsperspectief). Concrete of specifieke schade voorkomen aan de aandeelhouder(s) is ook geen doel van de CSRD. In het licht van het voorgaande is de toets van een ‘concreet en specifiek nadeel’ voor de aandeelhouder onlogisch en (te) bezwaarlijk als het gaat om duurzaamheidsrapportage.

Als de leer aangehouden dient te worden dat de aandeelhouder altijd het vereiste belang heeft, is de vraag welk concreet en specifiek nadeel de aandeelhouder lijdt niet meer relevant. De aandeelhouder hoeft zich dan geen zorgen te maken over ontvankelijkheid in dit kader. Een uitkomst kan zijn dat – in geval van een beursgenoteerde onderneming – eenieder een aandeel kan kopen en een jaarrekeningprocedure kan entameren tegen die beursgenoteerde onderneming in geval van schending van een duurzaamheidsrapporteringsregel. Dat een aandeelhouder belanghebbende is in de zin van artikel 2:448 BW, betekent overigens niet dat deze ook voldoende processueel belang heeft in de zin van artikel 3:303 BW. Dat vereiste van voldoende processueel belang in de zin van artikel 3:303 BW kan nog steeds in de weg staan aan het entameren van de jaarrekeningprocedure.⁵⁹

De vraag of een aandeelhouder altijd het vereiste belang heeft, of wordt verondersteld het vereiste belang te hebben, wordt met de invoering van de CSRD van (nog) groter belang.

4.1.2 Actoren uit het maatschappelijk middenveld als belanghebbende

De CSRD heeft expliciet tot doel om zich te richten tot ‘actoren uit het maatschappelijk middenveld, waaronder niet-gouvernementele organisaties en sociale partners, die ondernemingen meer verantwoordelijk willen stellen voor de effecten die zij hebben op mens en milieu’.⁶⁰ De CSRD geeft geen duidelijke omschrijving van het begrip ‘actoren uit het maatschappelijk middenveld’ anders dan dat in ieder geval niet-gouvernementele organisaties en sociale partners hierbinnen vallen. In Nederland zullen dergelijke actoren uit het maatschappelijk middenveld waarschijnlijk als een stichting of vereniging zijn ingericht. In het licht van de jaarrekeningprocedure is het Dodewaard-arrest hiervoor relevant.

In het Dodewaard-arrest ging de Hoge Raad in op de vraag of een vereniging als belanghebbende aangemerkt kon worden in een jaarrekeningprocedure. Josephus Jitta legt het Dodewaard-arrest zo uit dat het verwezenlijken van een statutair of ideëel doel onvoldoende is om als belanghebbende te worden aangemerkt.⁶¹ Storm meent dat stichtingen en verenigingen een jaarrekeningprocedure kunnen beginnen indien die strekt tot bescherming van belangen van aandeelhouders of andere belanghebbenden, voor zover zij die belangen ingevolge hun statuten behartigen, en noemt daarbij als voorbeeld een stichting of vereniging van aandeelhouders die als gevolg van een onjuiste winstberekening dividend missen.⁶² Beckman meende dat onder het oude collectieve-actierecht een stichting of vereniging in de zin van artikel 3:305a BW kan optreden in een jaarrekeningprocedure waarin de collectieve-actiemogelijkheid geen uitbreiding is van ‘iedere belanghebbende’, maar een ‘praktisch hulpmiddel die een procedure kan vergemakkelijken’.⁶³

Het gegeven dat de CSRD zo expliciet is bedoeld voor actoren uit het maatschappelijk middenveld die ondernemingen ‘meer verantwoordelijk willen stellen’, is veelzeggend. Een manier om in Nederland ondernemingen ter verantwoording te roepen voor de effecten die zij hebben op mens en milieu is via het voeren van juridische procedures. Dit kan ook door middel van de jaarrekeningprocedure, bijvoorbeeld als een onderneming in strijd met de CSRD niet of onvoldoende rapporteert over standaarden voor duurzaamheidsrapportage. Het in 1985 gewezen Dodewaard-arrest komt daarmee in een nieuw daglicht te staan.

De CSRD draagt op deze manier eraan bij dat actoren uit het maatschappelijk middenveld eerder als belanghebbende kunnen worden aangemerkt. Dit gegeven wordt nog eens versterkt

54 Hof Amsterdam (OK) 18 juli 1991, NV 1991, p. 217.

55 Zie de noot van H. Beckman bij Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:540, JOR 2018/123 (Steinhoff).

56 Asser/Kroeze 2-I 2021/590.

57 Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2313, JOR 2018/304 m.nt. J.B.S. Hijink (GGN Beheer).

58 EFRAG, ERS E1-5 Climate Change, 31 juli 2023, sub 35-39, online beschikbaar op www.efrag.org/lab6#subtitle1.

59 Concl. A-G L. Timmerman 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:171, r.o. 3.13.

60 Overweging 9 CSRD.

61 M.W. Josephus Jitta, Jaarrekeningprocedure, in: J.B.S. Hijink, M.P. Nieuwe Weme, G.P. Oosterhoff & L. in 't Veld (red.), Handboek jaarrekeningenrecht (VDHI nr. 164), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 1030.

62 Reactie P. Storm op H. Beckman, De jaarrekeningprocedure, WPNR 2014, afl. 7037, p. 1054.

63 H. Beckman, Ondernemingsrecht door en voor Mick den Boogert (IVOR nr. 62), Deventer: Kluwer 2008, p. 78-79.

door het feit dat de CSRD expliciet overweegt dat actoren uit het maatschappelijk middenveld ook belanghebbende kunnen zijn.⁶⁴ Het Dodewaard-arrest lijkt een strengere toets te hantieren en de hiervoor besproken auteurs lijken ook een hogere maatstaf aan te leggen voor een stichting of vereniging als belanghebbende.

Het in het jaarrekeningenrecht relatief nieuwe begrip van ‘dubbele materialiteit’ speelt daarbij ook een rol. De vraag is, gelet op de dubbele materialiteit, welke verzoeker belang erbij heeft dat de rechtspersoon zich houdt aan zijn duurzaamheidsrapportage waar het gaat om de CO₂-uitstoot in de atmosfeer tegen te gaan. Is dat de financiële belegger die met het oog op een nieuwe CO₂-belasting de impact van die maatregel op de rechtspersoon wil berekenen? Of is ook belanghebbende de niet-gouvernementele organisatie die zich tot doel heeft gesteld om CO₂-uitstoot in de atmosfeer tegen te gaan? Gelet op de bewoordingen van de CSRD en in het kader van de ‘dubbele materialiteit’ zouden beide kunnen gelden als belanghebbende. Voor de belegger zit het belang in de risico’s voor de onderneming en voor de niet-gouvernementele organisatie zit het belang in de effecten van de onderneming. Deze argumentatie volgend is het verwezenlijken van een statutair of ideëel doel dan wel voldoende om als belanghebbende te worden aangemerkt.⁶⁵

4.2 De AFM

Ook de AFM is bevoegd de jaarrekeningprocedure te entameren, maar alleen waar het gaat om effectenuitgevende instellingen die op grond van de Wet toezicht financiële verslaggeving (Wtfov) onder haar toezicht staan (hierna: beursgenoteerde ondernemingen).⁶⁶

De CSRD wijzigt de positie van nationale toezichthouders ten opzichte van beursgenoteerde ondernemingen, in de zin dat die toezichthouder (in Nederland: de AFM) ook toezicht gaat houden op duurzaamheidsrapportage van die beursgenoteerde ondernemingen.⁶⁷ Duurzaamheidsrapportering op grond van de CSRD zal in het bestuursverslag worden opgenomen en de AFM houdt ook toezicht op het bestuursverslag.⁶⁸ Voor de AFM is daarmee een rol weggelegd in het toezicht op de standaarden voor duurzaamheidsrapportage.

De AFM kan een beursgenoteerde onderneming verzoeken om nadere toelichting bij de financiële verslaggeving van die beursgenoteerde onderneming. Naar aanleiding daarvan kan de AFM mededelen dat de financiële verslaggeving, of een onderdeel daarvan, niet voldoet aan de voorschriften, en daarbij

een aanbeveling doen. Onder de definitie van ‘financiële verslaggeving’ valt ook het bestuursverslag, en daarmee dus ook de standaarden voor duurzaamheidsrapportering die in het bestuursverslag gaan worden opgenomen.⁶⁹ De AFM kan in de rapportering over boekjaar 2024 dus aan beursgenoteerde ondernemingen ook nadere toelichting vragen over de duurzaamheidsrapportage, of mededelen dat die duurzaamheidsrapportage niet voldoet aan titel 9 Boek 2 BW, alsmede aanbevelen hoe die beursgenoteerde onderneming die naleving wel bereikt. De AFM kan pas een jaarrekeningprocedure entameren als deze stappen uit de Wtfov zijn doorlopen. De AFM heeft daarmee een andere drempel voor het entameren van de jaarrekeningprocedure over duurzaamheidsrapportage dan een belanghebbende (in de zin van art. 2:448 lid 1 BW).

Vooruitlopend op de CSRD heeft de AFM een verkenning gedaan naar de rapportage van de grootste beursgenoteerde ondernemingen over klimaat.⁷⁰ Ook waarschuwde de AFM in de financiële pers dat reden voor extra onderzoek en mogelijke sancties de vrees van accountants was dat zij duurzaamheidsverslagen niet zonder meer konden goedkeuren, omdat die bedrijven niet op tijd klaar zijn met de invoering van de CSRD.⁷¹ Op basis van die berichtgeving lijkt het dat de AFM de rol van toezichthouder op duurzaamheidsrapportage door beursgenoteerde ondernemingen dus actief gaat vormgeven.

5 Conclusie

De CSRD en standaarden voor duurzaamheidsrapportering leiden tot een aanzienlijke uitbreiding van het bestuursverslag. Via de jaarrekeningprocedure kunnen onder meer belanghebbenden en de AFM de Ondernemingskamer verzoeken de rechtspersoon een bevel te geven het bestuursverslag aan te passen. De jaarrekeningprocedure kan daarmee een belangrijke rol gaan spelen bij ESG-litigation over duurzaamheidsrapportering.

Artikel 2:391a lid 2 BW – het wetsartikel waarin de grondslag voor duurzaamheidsrapportering in titel 9 Boek 2 is opgenomen – staat sinds kort in de WED. Schending van artikel 2:391a lid 2 BW krijgt hiermee een wezenlijk ander gevolg dan schending van financiële verslaggevingsregels, bijvoorbeeld over de inhoud en inrichting van de jaarrekening. Een schending van dergelijke financiële verslaggevingsregels is niet in de WED opgenomen. De Hoge Raad heeft juist in het AFM/Spyker-arrest bepaald dat niet bij iedere afwijking van de IFRS de Ondernemingskamer een bevel hoeft te geven het jaarverslag aan te passen. In deze bijdrage wordt betoogd dat een vergelijkbare regel kan gelden ten aanzien van duurzaamheidsrapporteringsregels in het bestuursverslag.

⁶⁴ Overweging 13 CSRD. Dat actoren uit het maatschappelijk middenveld als belanghebbende worden genoemd in de CSRD, betekent niet automatisch dat dergelijke actoren uit het maatschappelijk middenveld ook belanghebbende in de zin van art. 2:448 BW zijn.

⁶⁵ Zie anders Josephus Jitta 2020, p. 1030.

⁶⁶ Art. 2:447 BW.

⁶⁷ Overweging 79 CSRD.

⁶⁸ Zie art. 1 sub b onder 2° Wtfov; Kamerstukken II 2021/22, 36157, nr. 3, p. 11.

⁶⁹ Art. 1 sub d onder 3° Wtfov.

⁷⁰ AFM, CSRD: geen tijd te verliezen! Verkenning toepassing nieuwe regelgeving duurzaamheid in jaarverslag (CSRD) bij beursgenoteerde ondernemingen en accountantsorganisaties, 2023.

⁷¹ Accountants zullen niet zomaar handtekening zetten onder onvolledig duurzaamheidsverslag, FD 28 november 2023.

Voor de jaarrekeningprocedure is daarbij van belang dat het aannemelijk is dat het belanghebbendebegrip door de invoering van de CSRD zal wijzigen. De toets dat de aandeelhouder een ‘concreet en specifiek’ nadeel dient aan te tonen om ontvankelijk te zijn in de jaarrekeningprocedures voor de Ondernemingskamer, lijkt in geval van duurzaamheidsrapportering voor de aandeelhouder(s) een onlogische en bezwaarlijke toets. De vraag of een aandeelhouder altijd belanghebbende is of (slechts) verondersteld wordt te zijn, is met de invoering van de CSRD daarom nog relevanter. In deze bijdrage wordt ook betoogd dat de CSRD maakt dat actoren uit het maatschappelijk middenveld eerder als belanghebbende in de zin van artikel 2:448 lid 1 BW kunnen worden aangemerkt. Verder is voor de AFM via bevoegdheden op grond van de Wtftv ook een rol weggelegd in het toezicht op duurzaamheidsrapportering door beursgenoteerde ondernemingen. De vraag is hoe de AFM die rol als toezichthouder in de praktijk gaat vormgeven.

Hoe deze vragen zich uitkristalliseren, zal pas duidelijk worden als de eerste jaarverslagen openbaar worden gemaakt waarin de standaarden voor duurzaamheidsrapportage zijn opgenomen. Tot die tijd hebben ondernemingen veel werk te verzetten vanwege de CSRD en zal dit voldoende voer voor discussie zijn voor juristen.