

# De algemene zorgplicht uit de Omgevingswet en haar betekenis voor het ondernemings- en aansprakelijkheidsrecht

Prof. mr. J. M. de Jongh\*

*De Omgevingswet bevat een algemene zorgplicht die relevant kan zijn voor het ondernemingsrecht en het aansprakelijkheidsrecht. De zorgplicht beïnvloedt de bestuursopdracht en kan een bescheiden rol spelen in enquêteprocedures. In het aansprakelijkheidsrecht kan de zorgplicht doorwerken bij de concretisering van de open zorgvuldigheidsnorm, vooral in gevallen van gevaarzetting en hinder.*

## 1 Inleiding

Tijdens de coronapandemie woedde een debat over de vraag of in Boek 2 BW een bepaling moest worden opgenomen die bestuurders ertoe verplichtte ervoor te zorgen dat de vennootschap aan het maatschappelijk verkeer zou deelnemen als een verantwoordelijke vennootschap.<sup>1</sup> Dit debat is inmiddels geluwd, gedeeltelijk omdat de Europese wetgever voortvarender bleek dan de Nederlandse. Niet alle deelnemers aan dit debat zullen zich hebben gerealiseerd dat de wet al lange tijd een zorgplichtbepaling kende die verwantschap vertoont met een belangrijk aspect van de voorgestelde maatschappelijke zorgplicht. Deze was te vinden in een wet die ondernemingsrechtjuristen niet dagelijks zullen openslaan: art. 1.1a Wet milieu-beheer (Wm) bevatte namelijk al sinds 1994 een algemene

zorgplicht die was gericht tot *een ieder*, dus ook tot vennootschappen en hun bestuurders, en die betrekking had op de zorg voor het milieu.<sup>2</sup> In verschillende wetten op het gebied van het milieu- en omgevingsrecht waren vergelijkbare zorgplichten opgenomen.<sup>3</sup> Met de inwerkingtreding van de Omgevingswet (Ow) in 2024 zijn deze zorgplichten vervangen door een algemene zorgplicht die is neergelegd in art. 1.6 en 1.7 Ow.

In dit artikel onderzoek ik de achtergrond van de algemene wettelijke zorgplicht en haar betekenis voor het ondernemings- en aansprakelijkheidsrecht. Ik vang aan met een inleiding over de Ow (par. 2). Daarna spits ik mijn betoog toe op de algemene zorgplicht die in art. 1.7 Ow is neergelegd (par. 3). Vervolgens onderzoek ik de betekenis ervan voor het ondernemingsrecht en het aansprakelijkheidsrecht (par. 4 en par. 5).

## 2 Enkele uitgangspunten in de Ow

Tot voor kort was het milieu- en omgevingsrecht verbrokkeld en verdeeld over tientallen wetten. Met ingang van 2024 zijn deze samengebracht in de Ow en enkele daarvan afgeleide algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen. Met de Ow worden twee doelen in onderlinge samenhang nastreefd:

1. het bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit; en

2. Art. 1.1a Wm bepaalde, voor zover van belang:
  1. Een ieder neemt voldoende zorg voor het milieu in acht.
  2. De zorg, bedoeld in het eerste lid, houdt in ieder geval in dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen voor het milieu kunnen worden veroorzaakt, verplicht is dergelijk handelen achterwege te laten voor zover zulks in redelijkheid kan worden gevergd, dan wel alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd teneinde die gevolgen te voorkomen of, voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zoveel mogelijk te beperken of ongedaan te maken.<sup>7</sup> De wetgever beschouwde deze zorgplicht als een codificatie van de eigen verantwoordelijkheid van een ieder om zorg te dragen voor een schoon milieu. *Kamerstukken II 1992/93*, 21246, nr. 37, p. 3 en *Kamerstukken II 1992/93*, 21246, nr. 26.
  3. Art. 13 Wet bodembescherming, art. 6.8 Waterwet en art. 1.11 Wet natuurbescherming.

\* Prof. mr. J.M. de Jongh schrijft als hoogleraar ondernemingsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Hij is ook raadshere in het gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer).

1 J.W. Winter e.a., 'Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer', *Ondernemingsrecht* 2020/86; H.J. de Kluiver, 'Over de verantwoordelijke onderneming. Naar een Paradise by the dashboard light?', *Ondernemingsrecht* 2020/126; W.A. Westenbroek, 'Een maatschappelijke verantwoordelijkheid voor ondernemingen en (bange?) bestuurders of coronawetenschap in crisistijd?', *Ondernemingsrecht* 2021/3; A.J. Kaarls, 'Vage praatjes vullen geen gaatjes', *Ondernemingsrecht* 2021/4; G.N.H. Kemperink, 'De positie van de kapitaalvennootschap bij overnames en bij strategische samenwerking in geopolitieke context', in: *Toetsing van buitenlandse investeringen in geopolitiek en juridisch perspectief* (preadviezen Vereniging Handelsrecht), Zutphen: Paris 2020, p. 54 e.v.; P.F. van der Heijden, 'Oostenwind, of: van zacht recht naar harde handhaving', *Ondernemingsrecht* 2021/2; A.M. van Vught, 'Gaan de tijden veranderen?', *WPNR* 2020, afl. 7291, p. 501-502; J.W. Winter e.a., 'Naar een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen. Een antwoord op reacties', *Ondernemingsrecht* 2021/6.

2. het doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke functies (art. 1.3 Ow).

Beide doeleinden hebben betrekking op de *fysieke leefomgeving*. Dit centrale begrip in de Ow wordt slechts omschreven. De fysieke leefomgeving omvat niet alleen water, bodem, lucht, landschappen en natuur, maar ook bouwwerken, infrastructuur, watersystemen, cultureel erfgoed en werelderfgoed.<sup>4</sup> Klimaat als zodanig is geen onderdeel van de fysieke leefomgeving maar wordt gezien als een proces *binnen* de fysieke leefomgeving.<sup>5</sup> Activiteiten die een uitwerking kunnen hebben op het klimaat of op klimaatverandering kunnen aldus wel (nadelige) gevolgen hebben voor de fysieke leefomgeving, zodat die activiteiten vallen onder het bereik van de in paragraaf 3 te bespreken algemene zorgplicht.<sup>6</sup> Dit laat intussen onverlet dat het gebruik van natuurlijke hulpbronnen in elk geval gevolgen kan hebben voor de fysieke leefomgeving (art. 1.3 aanhef en onder b Ow).

Tussen de twee doeleinden van de Ow zal in veel gevallen spanning bestaan. In dat geval zal een (belangen)afweging noodzakelijk zijn om te bepalen of beide doelen toch met elkaar in overeenstemming kunnen worden gebracht, en zo nee, aan welk doel voorrang moet worden verleend. De Ow vormt het kader waarbinnen die afweging zal moeten plaatsvinden. Een belangrijk gezichtspunt daarbij is dat de beide doelen worden nagestreefd met het oog op *duurzame ontwikkeling* (art. 1.3 Ow): de ontwikkeling die voorziet in de behoeften van de huidige generatie zonder de mogelijkheden voor toekomstige generaties om in hun eigen behoeften te voorzien in gevaar te brengen.<sup>7</sup> De gerichtheid op duurzame ontwikkeling vormt een zeker convergentiepunt tussen de twee vaak tegenstelde doelen en kan bijdragen aan de door de wetgever gewenste samenhang tussen beide: bezien vanuit de lens van de duurzame ontwikkeling behoeft het in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit niet op voorhand in de weg te staan aan het ge-

bruik ervan voor maatschappelijke functies. Tegelijk kan het gebruik van de leefomgeving onder inachtneming van de behoeften van toekomstige generaties een waarborg bieden voor het behoud van die leefomgeving. Belangenconflicten en dilemma's zijn daarmee niet de wereld uit, maar de gerichtheid op duurzame ontwikkeling biedt wel een hulpmiddel om beide doelen in onderlinge samenhang na te streven.

### 3 Art. 1.7 Ow in de wetsgeschiedenis

Anders dan de Wm beoogt de Ow de fysieke leefomgeving niet zozeer te beschermen door activiteiten te weren, als wel door ruimte voor ontwikkeling te scheppen onder het bezien van continue zorg voor de kwaliteit van de fysieke leefomgeving.<sup>8</sup> In die opzet spelen algemene en bijzondere zorgplichten dan ook een belangrijke rol. Ik concentreer mij hier op de algemene zorgplicht – gelet op de samenhang spreek ik in enkelvoud – die is opgenomen in art. 1.6 en 1.7 Ow:

#### ‘Artikel 1.6

Een ieder draagt voldoende zorg voor de fysieke leefomgeving.

#### Artikel 1.7

Een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat zijn activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de fysieke leefomgeving, is verplicht:

- a. alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevraagd om die gevolgen te voorkomen,
- b. voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen: die gevolgen zoveel mogelijk te beperken of ongedaan te maken,
- c. als die gevolgen onvoldoende kunnen worden beperkt: die activiteit achterwege te laten voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevraagd.<sup>9</sup>

Met deze zorgplicht worden verschillende doelen nagestreefd. Allereerst heeft zij een signaalfunctie. De zorgplicht is gericht tot *een ieder* en brengt daarmee tot uitdrukking dat de verantwoordelijkheid voor de leefomgeving en omgevingskwaliteit niet een exclusieve zaak van de overheid is, maar ook die van burgers en bedrijven.<sup>9</sup> Richt de zorgplicht zich daarmee ook rechtstreeks tot bestuurders van vennootschappen? Naar ik meen volgt een bevestigend antwoord uit de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) over art. 1.1a Wm. Deze bepaling was eveneens tot een ieder gericht. Volgens de Afdeling stond de omstandigheid dat een BV had gehandeld in strijd met haar zorgplicht, niet eraan in de weg dat ook de bestuurder/enig aandeelhouder haar zorgplicht had geschonden.<sup>10</sup> Hetzelfde

<sup>4</sup> Art. 1.2 lid 2 Ow.

<sup>5</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 12, p. 275.

<sup>6</sup> Vgl. art. 1.3 jo. art. 2.1 lid 1 en 3 aanhef en onder i Ow. Natuurlijke hulpbronnen zijn niet opgenomen onder de omschrijving van fysieke leefomgeving; afhankelijk van de aard van de hulpbron, vallen deze wel onder de fysieke leefomgeving (delfstoffen), kunnen zij aan de fysieke leefomgeving worden onttrokken (windenergie, aardwarmte, waterkracht) of vallen ze erbuiten (biomassa). *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 12, p. 276. De wet is met het oog op duurzame ontwikkeling gericht op het bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving. Met het oog op die doelen kunnen nadere regels worden uitgewerkt die in ieder geval betrekking kunnen hebben op het tegengaan van klimaatverandering.

<sup>7</sup> Bijlage bij art. 1.1 Ow. Vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 393. De definitie sluit aan bij het internationaal aanvaarde begrip *sustainable development* dat door de commissie-Brundtland als volgt is omschreven: ‘Humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.’ Report of the World Commission on Environment and Development, 1987 (<https://digitallibrary.un.org/record/139811?v=pdf>).

<sup>8</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 7; *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 12, p. 281.

<sup>9</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 67. *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 12, p. 184.

<sup>10</sup> ABRvS 25 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK4371.

gold voor de aandeelhouder/feitelijk leidinggevende.<sup>11</sup> Nu de reikwijdte van de zorgplicht op dit punt ongewijzigd is gebleven, volgt mijns inziens hieruit dat de zorgplicht van art. 1.7 Wm zich in elk geval richt tot de bestuurders die tevens aandeelhouder zijn.

In de tweede plaats biedt de zorgplicht een leidraad voor gedrag wanneer geen concrete gedragsbepalingen voorhanden zijn of wanneer deze niet toereikend blijken. De zorgplicht heeft daarmee het karakter van een vangnetbepaling.<sup>12</sup> Dit blijkt ook uit de *lex specialis*-bepaling die is neergelegd in art. 1.8 Ow. Daarin is bepaald dat aan de zorgplicht in ieder geval wordt voldaan, voor zover bij wettelijk voorschrift of besluit specifieke regels zijn gesteld met het oog op de doelen van de wet, en die regels worden nageleefd. De vangnetfunctie kan volgens de wetgever een nuttige rol vervullen als het gaat om activiteiten die in Nederland nog niet voorkomen of om nieuwe technische ontwikkelingen die niet vergunningplichtig zijn en waarvoor de geldende regels niet voldoen.<sup>13</sup> Ook denkt de wetgever aan activiteiten die in het algemeen geen problemen veroorzaken of niet waren voorzien en daarom niet zijn gereguleerd, maar die in specifieke gevallen onacceptabele gevolgen voor de fysieke leefomgeving hebben.<sup>14</sup>

Hoewel burgers, bedrijven en overheden in beginsel vrij zijn te bepalen welke mate van zorg zij voldoende achten, beschouwt de minister het bieden van een maatstaf voor de beoordeling van gedrag als derde functie van de zorgplicht.<sup>15</sup> Art. 1.7 Ow biedt inderdaad de structuur van een ‘drietrapraket’ aan de hand waarvan de betrokkene een afweging kan maken. Dat laat onverlet dat deze basisstructuur op alle drie de afwegingsmomenten het nodige elastiek bevat: onder a bepaalt art. 1.7 dat de betrokkene alle maatregelen dient te nemen die *redelijkerwijs* kunnen worden gevraagd, onder b moeten de nadelige gevolgen *zoveel mogelijk* worden beperkt of ongedaan gemaakt, en onder c schrijft de wet voor dat de activiteit in het uiterste geval moet worden gestaakt voor zover dat *redelijkerwijs* van betrokkene kan worden gevraagd.

Het verbaast dan ook niet dat de Raad van State de zorg heeft geuit dat de zorgplicht afbreuk kan doen aan de rechtszeker-

heid en handhaafbaarheid.<sup>16</sup> Deze kritiek heeft de wetgever niet op zijn schreden doen terugkeren:

‘De regering kiest (...) voor een algemene zorgplicht om de eigen verantwoordelijkheid te benadrukken en om anderszids een vangnet te bieden voor onvoorziene activiteiten of onvoorziene gevolgen van activiteiten. Dat vereist een open geformuleerde norm.’<sup>17</sup>

Tijdens de parlementaire behandeling is verder de vraag gesteld of de maatschappelijke discussie over een bepaald onderwerp wordt betrokken bij de toepassing van de zorgplicht. De minister heeft deze vraag bevestigend beantwoord:

‘Dit is zeker mogelijk. De maatschappelijke opvattingen bepalen wat van een initiatiefnemer “redelijkerwijs” kan worden gevraagd om gevolgen van een activiteit te voorkomen, of dat een initiatiefnemer zijn activiteit “redelijkerwijs” achterwege kan laten. De betekenis van de zorgplicht kan dus in de loop van de tijd veranderen.

Enkele voorbeelden:

- Een bedrijf start een nieuw proces, waarbij een stof vrijkomt die nog niet genormeerd is. Het bedrijf valt in een categorie bedrijven waarvoor algemene regels gelden. Het bedrijf is dus op grond van de zorgplicht verplicht de emissie van die stof te beperken, maar ook de gevolgen te beperken (bijvoorbeeld door gebruik van een schoorsteen, zodat de lokale blootstelling beperkt blijft). Als er aanwijzingen zijn dat er substantiële, nadelige gevolgen zijn en emissiebeperkende maatregelen onvoldoende helpen, moet in het uiterst geval de activiteit achterwege gelaten worden. (...).<sup>18</sup>

Uit de wetsgeschiedenis valt verder een *de minimis*-benadering af te leiden: de nadelige gevolgen moeten een zekere omvang hebben voordat schending van de zorgplicht in het vizier komt.<sup>19</sup> Spiegelbeeldig mag van ondernemingen met grootschalige activiteiten juist meer worden verwacht, aldus de minister:<sup>20</sup>

‘Van iemand die bedrijfsmatig activiteiten verricht, mag verwacht worden dat hij de mogelijke nadelige gevolgen van zijn activiteit voor de fysieke leefomgeving kent. Het gaat immers vaak om veel grootschaliger activiteiten dan activiteiten van burgers. Een bedrijf kan zich dus niet, althans minder dan een burger, beroepen op onwetendheid als het nalaat om preventief maatregelen te treffen om gevolgen voor de fysieke leefomgeving te voorkomen, te be-

11 ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:515. In ABRvS 21 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ9023 oordeelde de Afdeling dat de enig aandeelhouder van een rechtspersoon die bestuurder was van de eigeenaar buiten het bereik van de zorgplicht viel.

12 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 70. Vgl. onder het oude recht ABRvS 3 september 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AI1774. Zie ook A. Collignon, ‘Zorgplichten in het omgevingsrecht’, in: *Zorgplichten in het bestuursrecht* (preadviezen Vereniging voor Bestuursrecht), Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 184.

13 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 70.

14 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 70. *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 12, p. 181.

15 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 67. In de nota naar aanleiding van het verslag lijkt de minister deze opmerking wat te nuanceren (*Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 12, p. 181).

16 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 4, p. 15.

17 *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 12, p. 184.

18 *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 12, p. 182.

19 De minister geeft als voorbeeld de barbecue in de tuin die hinder voor de buren kan veroorzaken maar als normaal maatschappelijk verschijnsel geen overheidsbemoeienis vergt (*Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 70).

20 *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 12, p. 182.

perken of ongedaan te maken, waardoor er eerder sprake kan zijn van strijd met de zorgplicht.<sup>21</sup>

Art. 1.6 en 1.7 Ow worden bestuursrechtelijk gehandhaafd, en wel in gevallen waarin wordt gehandeld in *onmiskerbare* strijd met de zorgplicht.<sup>22</sup> Daartoe is vereist dat degene die de activiteit verricht, weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat concreet handelen of nalaten kan leiden tot nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving en dus weet of zou moeten weten dat hij daarmee handelt in strijd met de zorgplicht.<sup>23</sup> Ter illustratie heeft de minister opgemerkt dat onmiskerbare strijd zich kan voordoen

‘als een professional een nieuwe activiteit verricht, zich niet vergewist van mogelijke nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving en geen maatregelen neemt om die te voorkomen of te beperken. Maar “onmiskerbare strijd” kan ook ontstaan als een bevoegd gezag aangegeven heeft welke maatregelen genomen moeten worden ter naleving van de zorgplicht en deze maatregelen niet worden uitgevoerd.’<sup>24</sup>

#### 4 Betekenis voor het ondernemingsrecht

##### 4.1 Taakopdracht van het bestuur<sup>25</sup>

Wat zijn de praktische consequenties van de algemene zorgplicht voor vennootschappen en voor de bestuurlijke taakopdracht? Allereerst is van belang dat het hier gaat om een vangnetbepaling: als er bijzondere regels gelden en die worden nageleefd, dan wordt ook geacht te zijn voldaan aan de algemene zorgplicht. De zorgplicht is dus vooral van belang bij ongereguleerde, vaak nieuwe activiteiten. Daarnaast geldt zij als voor de activiteiten ten onrechte geen vergunning is aangevraagd of wanneer niet alle vergunningvoorwaarden of bijzondere regels worden nageleefd.

In dat geval volgt uit de aanhef van art. 1.7 Ow een onderzoeksplicht naar de mogelijk nadelige gevolgen van haar activiteiten voor de leefomgeving. De vennootschap zal dan voldoende kennis in huis moet hebben of haar beperkingen op dit punt moeten onderkennen en het onderzoek door een derde laten uitvoeren. Die onderzoeksplicht zal zwaarder wegen naarmate de activiteiten grootschaliger zijn en/of de gevolgen voor de fysieke leefomgeving groter.<sup>26</sup> Volgt uit dat onderzoek dat de activiteit nadelige gevolgen voor de leefomgeving heeft, dan zal de vennootschap moeten bezien hoe die kunnen worden voorkomen. Dat vergt een onderzoek naar alternatieven,

de daarmee verbonden kosten en naar de gevolgen van die alternatieven voor de leefomgeving en voor het bestendige succes van de onderneming.<sup>27</sup>

Indien niet alle nadelige gevolgen redelijkerwijs kunnen worden voorkomen, dient zich de vraag aan of deze gevolgen zo veel mogelijk kunnen worden beperkt en ongedaan gemaakt, en in het uiterste geval of van de vennootschap redelijkerwijs kan worden gevraagd de activiteit achterwege te laten. Telkens komt het daarbij aan op de kwaliteit van de afweging. Dat wil ten minste zeggen dat die afweging niet primair wordt gemaakt op basis van kwantificeerbare grootheden (EBITDA, kasstroomverwachtingen, et cetera), maar dat kwalitatieve afwegingselementen in het licht van de zorgplicht serieus worden meegewogen. Is een serieuze afweging gemaakt, dan staat de autonomie van de vennootschap ten aanzien van de uitkomst van de afweging voorop.

Het belangrijkste gevolg voor het ondernemingsrecht lijkt vooral indirect te zijn. De zorgplicht past in een ontwikkeling waarin de bestuursopdracht toenemend door duurzaamheidsaspecten wordt bepaald.<sup>28</sup> Zo kan het bestuur de *license to operate* van de onderneming trachten te verstevigen door duurzaamheidsaspecten centraal te stellen in de bestaansgrond (*purpose of raison d'être*) en in de hieruit voortvloeiende strategie en operationele uitwerking.<sup>29</sup> Tal van andere overwegingen kunnen daartoe evenzeer nopen. Zo zal het Europese Emissiehandelssysteem (*Emission Trading System* of ETS) kunnen leiden tot hoge energiekosten voor ondernemingen naarmate het bereik van ETS verder wordt uitgebreid. In die wetenschap kan het bestendige succes van de onderneming erbij zijn gebaat dat al op korte termijn wordt geïnvesteerd in een meer duurzame bedrijfsvoering. Ook uit marketingoverwegingen kan het belang van de onderneming zijn gediend met een serieuze duurzaamheidsstrategie.

Er is echter meer. Zo bepaalt art. 28 lid 4 Wet op de ondernemingsraden (WOR) dat de ondernemingsraad naar vermogen de zorg van de onderneming voor een goed milieu dient te bevorderen. Deze bepaling mist redelijke zin, indien eenzelfde verplichting niet ook op de ondernemer zou rusten. Daar komt bij dat vennootschappen waarop de *Corporate, Sustainability Reporting Directive* (CSRD) van toepassing is, moeten voldoen aan omvangrijke rapportageverplichtingen op het vlak van duurzaamheid.<sup>30</sup> Paradoxaal genoeg gaat van deze rap-

21 *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 23, p. 77-78.

22 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 67 en 71-72; *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 12, p. 184; *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 23, p. 83.

23 *Kamerstukken* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 70-71. Hieruit volgt overigens dat art. 1.7 Ow mede betrekking heeft op nalaten, al spreekt de wet, anders dan art. 1.1a Wv, slechts over een activiteit.

24 *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 12, p. 184.

25 Een deel van deze paragraaf is gelijk aan J.M. de Jongh, ‘Het semipublieke belang’, binnenkort te verschijnen in *Ondernemingsrecht*.

26 *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 23, p. 77-78.

27 Vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (*Cancun*) en HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:199 (*Cordial*). Over de inhoud van de bestuursopdracht en het bestendige succes van de onderneming kom ik aan het slot van deze paragraaf te spreken.

28 In deze richting ook J. van Bekkum, ‘Tijd voor heroverweging van de plaats van het algemeen belang in het vennootschapsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2023/75.

29 Vgl. B.F. Assink & L. Timmerman, ‘Welk type aandeelhouder moet de vennootschap dienen?’, *Ondernemingsrecht* 2024/59.

30 Richtlijn 2022/2464, *PbEU* 2022, L 322/15 van 16 december 2022 met betrekking tot duurzaamheidsrapportering door ondernemingen.

portageverplichtingen feitelijk een normerende werking uit.<sup>31</sup> Is deze normering op grond van de CSRD nog indirect, de *Corporate, Sustainability Due Diligence Directive* (CSDDD) zal *in scope*-ondernemingen verscheidene zorgplichten opleggen ten aanzien van bepaalde negatieve milieueffecten door ondernemingen.<sup>32</sup> Verder verplicht de CSDDD een transitieplan op te stellen, opdat het bedrijfsmodel en de strategie verenigbaar zijn met, kort gezegd, de doelen van Parijs.<sup>33</sup> De CSDDD verplicht *in scope*-ondernemingen hun uiterste best te doen om dat transitieplan uit te voeren. De CSRD en CSDDD kunnen ook gevolgen hebben voor ondernemingen die niet onder het bereik van deze richtlijnen vallen. De openheid die met de CSRD wordt afgedwongen en de zorgplichten die voortvloeien uit de CSDDD kunnen *in scope*-ondernemingen namelijk aanzetten tot veranderingen in de bedrijfsvoering van hun ketenpartners. Zo zullen *in scope*-ondernemingen in hun transitieplan tijdgebonden doelstellingen op het gebied van klimaatverandering voor 2030 en daaropvolgende vijfjaarlijkse stappen moeten opstellen en, in voorkomend geval, absolute emissiereductiedoelstellingen niet alleen voor *scope 1*, maar ook voor *scope 2 en 3* moeten opnemen. Praktisch gevolg hiervan kan zijn dat ook ketenpartners die niet onder het bereik van de CSDDD vallen een transitieplan zullen moeten opstellen en uitvoeren.

De Corporate Governance Code 2022 zet eveneens sterk in op duurzaamheid door *duurzame lange termijn waardecreatie* tot richtsnoer te nemen voor bestuurders en commissarissen. Aandeelhouders dienen volgens de Code het belang van een strategie die is gericht op duurzame langetermijnwaardecreatie te onderkennen. Hiermee strookt art. 5:87c lid 2 Wet op het financieel toezicht. Daarin wordt voorgeschreven dat institutionele beleggers een betrokkenheidsbeleid opstellen en openbaar maken waarin onder meer wordt ingegaan op maatschappelijke en ecologische effecten van de vennootschappen waarin is belegd. Zo begint de duurzaamheidstransitie op alle niveaus binnen te dringen in het ondernemingsrecht.

De zorgplicht uit de Ow past in deze ontwikkeling; daarbij moet worden bedacht dat in de Ow uitdrukkelijk is bepaald dat het gebruik van natuurlijke hulpbronnen gevolgen kan hebben voor de fysieke leefomgeving (art. 1.3 aanhef en onder b). Dat betekent dat het energiegebruik van de onderneming kan vallen binnen het bereik van de algemene zorgplicht.

Daarmee valt de algemene zorgplicht in te passen in de bredere ontwikkeling in het ondernemingsrecht, die op haar beurt strookt met de energie- en duurzaamheidstransitie in Europa. De maatschappelijke noodzaak daartoe wordt breed gedeeld,

31 S.B.J. Hijink & J.M. de Jongh, 'From Company Law to "Value Chain Law": Observations and Dilemmas on the CSDDD Proposal', *Ondernemingsrecht* 2023/29.

32 Richtlijn (EU) 2024/1760, inzake passende zorgvuldigheid van het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937 en Verordening (EU) 2023/2859, *PbEU* 5 juli 2024.

33 Art. 22 CSDDD.

ook door de partijen bij het hoofdlijnenakkoord en door het daarop gebaseerde regeerprogramma van de huidige regering.

Het bovenstaande illustreert dat de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke opvattingen over de bestuurlijke taakopdracht evolueren. Mede gelet op art. 3:12 BW is het dan ook niet zozeer de vraag *of* duurzaamheid een rol te spelen heeft in de bestuurlijke taakopdracht, als *wel op welke wijze* dit moet geschieden. De Hoge Raad heeft in *Cancun* en *Cordial* overwogen dat het bestuur zich in de regel vooral dient te richten op het bestendige succes van de onderneming.<sup>34</sup> De Hoge Raad heeft echter niet ingevuld wat onder dat succes moet worden verstaan. Op dit punt kunnen wij wellicht wat leren van het omgevingsrecht. In paragraaf 2 bleek reeds dat het conflict tussen de twee hoofddoelen van de Ow – het bevorderen van een goede leefomgeving en het doelmatig gebruik ervan – vaak kan worden verminderd als beide worden geplaatst in de sleutel van duurzame ontwikkeling.

Vergelijkbare belangenconflicten spelen zich af op het niveau van de onderneming. Het bestuur dient het bestendige succes van de onderneming te bevorderen en moet als belangrijke actor in het maatschappelijk verkeer tegelijk rekening houden met tal van externe (maatschappelijke) belangen. Tot de belangrijkste opgaven van onze tijd behoren de energie- en duurzaamheidstransitie. Zou het bestendige succes van de onderneming dan niet mede in het teken kunnen staan van duurzame ontwikkeling? Daarbij moet worden bedacht dat in het *bestendige* succes van de onderneming in tijden van energietransitie niet alleen een element van langetermijngerichtheid besloten ligt, maar ook van duurzaamheid. Het bestendige succes van de onderneming zou dan kunnen worden opgevat als het streven naar een duurzaam rendabele onderneming die voorziet in de behoeften van haar klanten zonder de mogelijkheden voor toekomstige generaties om in hun eigen behoeften te voorzien in gevaar te brengen. Dit betekent naar mijn inzicht dat bestuurders naar geldend recht negatieve milieu- en klimaateffecten van het ondernemingsbeleid in hun afwegingen dienen te betrekken en dat zij negatieve effecten van ondernemingsbeleid op milieu en klimaat zo veel als redelijkerwijs mogelijk voorkomen of beperken.

Wat in een concreet geval van het bestuur kan worden gevegd, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Daarbij komt niet alleen gewicht toe aan de aard en de ernst van de negatieve effecten, maar spelen mijns inziens ook de factoren tijd en padafhankelijkheid een rol. Met die laatste factoren doel ik op het volgende. De maatschappelijke opvattingen omtrent negatieve effecten zijn in de loop van de tijd gewijzigd en het ziet ernaar uit dat die ontwikkeling nog niet is voltooid: vandaag wordt meer van bestuurders verlangd dan gisteren; morgen zal waarschijnlijk meer van hen mogen worden verwacht dan vandaag. Dit gegeven kan meewegen bij de beoor-

34 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (*Cancun*) en HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:199 (*Cordial*).

deling van bestuurlijk gedrag: zo is denkbaar dat het bestuur een twintig jaar oude maar nog niet afgeschreven fabriek vooralsnog (met aanpassingen) kan laten draaien, terwijl het niet meer aanvaardbaar kan zijn eenzelfde fabriek vandaag de dag nieuw te laten bouwen; een bestaande fabriek is niet van de ene op de andere dag circulair te maken. Gaat het daarentegen om nieuwe investeringsbeslissingen, dan zal juist meer van het bestuur kunnen worden verwacht, zeker wanneer de gevolgen van die beslissingen tot in de verre toekomst zullen worden gevoeld.

#### 4.2 De zorgplicht ten overstaan van de Ondernemingskamer

De algemene zorgplicht uit de Ow kan ook een rol spelen in procedures ten overstaan van de Ondernemingskamer, bijvoorbeeld in een enquêteprocedure. Zo kunnen verzoekers van een enquête aan hun verzoek ten grondslag leggen dat de niet-naleving van art. 1.7 Ow gegronde redenen oplevert om te twifelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken.

Het is echter de vraag of een verzoek op deze grond snel toewijsbaar zal zijn. Voor toewijzing van een enquêteverzoek moet zijn gebleken van feiten en omstandigheden die tezamen een behoorlijke kans inhouden dat bij nader onderzoek blijkt van onjuist beleid.<sup>35</sup> Met inachtneming van de wetsgeschiedenis bij art. 1.7 Ow kan pas bij een *onmiskerbare schending* van de zorgplicht worden gesproken van onjuist beleid.<sup>36</sup> De Ondernemingskamer zal dan ook in de eerste fase van de enquêteprocedure moeten vaststellen dat een behoorlijke kans bestaat dat bij nader onderzoek blijkt van onmiskerbare schending van de zorgplicht. Er bestaat aldus een duidelijk onderscheid tussen de door het bestuur in acht te nemen *gedragsnorm* en de door de Ondernemingskamer te hanteren *toetsingsnorm*.<sup>37</sup>

Dit is in lijn met de terughoudende toetsing door de Ondernemingskamer op onderwerpen waar het bestuur beleidsvrijheid toekomt. Wanneer kortom in het afwegingsproces voldoende zorgvuldigheid is betracht, zal de Ondernemingskamer niet snel treden in de *uitkomst* van de afwegingen door het bestuur. Dit zal vermoedelijk pas anders zijn in betrekkelijk evidente duurzaamheidsmisstanden waarin bijvoorbeeld ernstige vervuiling optreedt of de volksgezondheid in het geding is.<sup>38</sup> Vaak zullen in dat soort gevallen ook meer specifieke wettelijke normen zijn overtreden en zal het verzoek ook zonder art. 1.7 Ow toewijsbaar zijn. Het is daarmee de vraag of art. 1.7 Ow een zelfstandige rol zal spelen in procedures waarin verzoeker

schending van de zorgplicht aan zijn enquêteverzoek ten grondslag legt.

Om nog een andere reden acht ik de kans niet heel groot dat art. 1.7 Ow vanuit het perspectief van verzoekers een grote rol zal spelen. Dat heeft te maken met de ontvankelijkheidseisen als bedoeld in art. 2:346 BW. De meeste verzoekers in een enquêteprocedure zijn (minderheids)aandeelhouders. Deze zullen niet vaak belang hebben om hun verzoek te gronden op schending van art. 1.7 Ow. Anders dan het vermogensrecht kent het enquêterecht – naar mijn mening op goede gronden – geen collectieve actie als bedoeld in art. 3:305a BW. Dat betekent dat een ngo die gebruik wil maken van het enquêterecht, voldoende aandelen en/of volmachten zal moeten verwerven om aan de wettelijke ontvankelijkheidsdrempels te kunnen voldoen. Zowel in besloten als in open verhoudingen zal dat maar zelden lukken. De verlaging van de toegangsdrempel voor aandeelhouders in sommige beursvennootschappen per 1 januari 2025 zal hierin naar verwachting niet veel verandering brengen.<sup>39</sup>

Niet alleen aandeelhouders, ook de vennootschap zelf kan in een enquêteprocedure een beroep doen op de algemene zorgplicht uit de Ow. Zij kan haar zorgplicht inzetten als verweer, bijvoorbeeld als een onwelgevallige bieder of activistische aandeelhouder het enquêtemiddel gebruikt om zijn belangen te dienen. De vennootschap zou kunnen betogen dat de zorgplicht uit de Ow ertoe noopt weerstand te bieden aan de wensen van de bieder of aandeelhouder. De vennootschap kan ook zelf het initiatief nemen en de enquêteprocedure inzetten als defensief instrument in een zogeheten zelfenquête, waarin zij de handelwijze van haar aandeelhouders ter discussie stelt.<sup>40</sup> De vennootschap zal dan wel concreet moeten maken dat zij de zorgplicht van art. 1.7 Ow ook werkelijk naleeft en moeten beargumenteren wat hiervan de gevolgen zijn voor de (aan het bestuur voorbehouden) strategie, dit in relatie tot de wensen van de onwelgevallige bieder of activistische aandeelhouder.<sup>41</sup>

Ook valt niet uit te sluiten dat de wettelijke bedenktijd als bedoeld in art. 2:114b BW wordt ingeroepen onder meer op de grond dat een onwelgevallig bod of de wensen van de activistische aandeelhouder kunnen leiden tot een schending van de zorgplicht. Ingevolge art. 2:114b lid 3 BW zal de Ondernemingskamer de handelwijze en de opstelling van het bestuur terughoudend toetsen.

Slotsom is dan ook dat er de nodige wetten en praktische bezwaren in de weg zullen staan aan een geslaagd beroep op art. 1.7 Ow ten overstaan van de Ondernemingskamer. De zorgplicht zal vermoedelijk eerder door de vennootschap dan door aandeelhouders aan de orde worden gesteld.

35 Vgl. concl. A-G B.F. Assink 23 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1240, onder 3.27.

36 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 67 en 71-72; *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 12, p. 184; *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 23, p. 83.

37 Over dit onderscheid o.a. L. Timmerman, 'Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief. Over het onderscheid tussen gedragsnormen en toetsingsnormen', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 555-562.

38 Vgl. J. van Bekkum, 'De advocaat-generaal en duurzaamheidsmisstanden in het enquêterecht', *WPNR* 2023, afl. 7407, p. 337-343.

39 *Stb.* 2024, 174 en *Stb.* 2024, 175.

40 Art. 2:346 aanhef en onder d jo. art. 2:344 BW.

41 Vgl. Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965 (*Elliot c.s./Akzo Nobel*), r.o. 3.21-3.22.

## 5 Art. 1.7 Ow en aansprakelijkheid

### 5.1 Aansprakelijkheid van de rechtspersoon

Onder het oude recht heeft de Hoge Raad geoordeeld dat art. 1.1a Wm niet een norm bevatte die, wat betreft de aansprakelijkheid voor – kort gezegd – saneringskosten voor asbestschade, naast het bepaalde in art. 6:162 BW zelfstandige betekenis had.<sup>42</sup> Het ligt niet in de rede anders te oordelen ten aanzien van art. 1.7 Ow. De wetsgeschiedenis biedt hiertoe geen aanknopingspunten; de wetgever heeft juist gekozen voor handhaving via het bestuursrecht.

Dat betekent echter niet dat art. 1.7 Ow zonder betekenis is wanneer een vennootschap uit onrechtmatige daad aansprakelijk wordt gesteld voor schade aan de leefomgeving die het gevolg is van een door haar uitgeoefende activiteit. De zorgplicht van art. 1.7 Ow kan bijvoorbeeld een indirecte rol spelen bij de invulling van de open zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW.<sup>43</sup> Daartoe is niet vereist dat art. 1.7 Ow rechtstreeks van toepassing is.<sup>44</sup> Aan art. 1.7 Ow kan namelijk ook reflexwerking toekomen, waarbij de rechter bij de invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm inhoudelijke inspiratie put uit een bepaling die strikt genomen niet van toepassing is.<sup>45</sup>

Die reflexwerking is mijns inziens niet zozeer erin gelegen dat art. 1.7 Ow eerder leidt tot aansprakelijkheid wegens schending van een open zorgvuldigheidsnorm, als wel in de structuur van de rechterlijke afweging en de motivering van het rechterlijk oordeel. Art. 1.7 Ow bevat een duidelijke hiërarchische afwegingsstructuur met drie vragen die achtereenvolgens moeten worden beantwoord. Op alle drie de afwegingsniveaus speelt het evenredigheidsbeginsel een rol: Kunnen de nadelige gevolgen *redelijkerwijs* worden voorkomen? Kunnen de gevolgen *zo veel mogelijk* worden beperkt of ongedaan gemaakt? Kan *redelijkerwijze* worden gevraagd de activiteiten te beëindigen?

<sup>42</sup> HR 7 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0341, *NJ* 2004/292 (*Warteringen/GIK*).

<sup>43</sup> In Rb. Amsterdam 21 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:1019 (*duikongeval*) woog bijv. de omstandigheid dat de gemeente zelf een zorgplicht had aanvaard om de grootste gevaren van wildzwemmen te beperken mee in het kader van een beoordeling aan de hand van de Kelderluik-criteria.

<sup>44</sup> Ik herinner eraan dat het directe toepassingsbereik van art. 1.7 Ow ingevolge art. 1.8 Ow in zoverre beperkt is, dat aan de zorgplicht van art. 1.7 in ieder geval wordt voldaan voor zover bij wettelijk voorschrift of besluit specifieke regels zijn gesteld. Vgl. E. Bauw & E.H.P. Brans, *Milieuprivaatrecht* (Mon. Privaatrecht 21), Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 54-55.

<sup>45</sup> Hierover o.a. K.J.O. Jansen, commentaar op art. 6:162 BW, in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer (online), aant. 5.1.5; J.L. Smeehuijzen, 'Hoe oordeelt de feitenrechter over strijd met de maatschappelijke betamelijkheid in de zin van art. 6:162 lid 2 BW? Een jurisprudentieonderzoek', *VR* 2017/125. Vgl. verder Bauw & Brans 2023, p. 213-214.

Deze afwegingsstructuur was niet alleen al herkenbaar in art. 1.1a Wm.<sup>46</sup> Dezelfde structuur valt ook in de CSDDD te ontwaren. De CSDDD begint met de verplichting om gepaste zorgvuldigheid in de risicobeheersystemen van de onderneming te integreren (art. 7), om de feitelijke en potentiële negatieve effecten vast te stellen en te beoordelen (art. 8) en om daarbij prioriteiten te stellen op basis van de ernst en de waarschijnlijkheid van de negatieve effecten (art. 9). Deze stappen doen denken aan een uitgewerkte versie van de aanhef van art. 1.7 Ow, waarin wordt uitgegaan van geobjectiveerde wetenschap van betrokkene omtrent de gevolgen van de bewuste activiteit. Daarna moeten met inachtneming van de inventarisatie en prioriteringen keuzes worden gemaakt op basis van art. 10 en 11 CSDDD. Art. 10 CSDDD ziet op het voorkomen of verlichten van *potentiële* negatieve effecten:

‘De lidstaten zorgen ervoor dat ondernemingen passende maatregelen treffen om potentiële negatieve effecten die op grond van artikel 8 vastgesteld zijn of hadden moeten zijn, te voorkomen of, indien preventie niet of niet onmiddellijk mogelijk is, afdoende te verlichten (...).’<sup>47</sup>

Deze stappen zijn in de kern dezelfde als de afwegingen die art. 1.7 onder a en b Ow voorschrijft. De derde stap van art. 1.7 Ow – het achterwege laten van de activiteit vanwege de nadelige gevolgen – is hierin nog niet terug te vinden. Art. 10 CSDDD gaat immers over preventie van *potentiële* negatieve effecten van de activiteit. Art. 11 CSDDD ziet op het nemen van gepaste maatregelen die erop zijn gericht om de *feitelijke* negatieve effecten te beëindigen. Daartoe moeten ondernemingen onder meer (art. 11 lid 3 CSDDD):

- a. het negatieve effect of neutraliseren of de omvang ervan tot een minimum beperken; dergelijke maatregelen staan in verhouding tot de ernst van het negatieve effect en tot de betrokkenheid van de onderneming bij het negatieve effect;
- b. indien het negatieve effect niet onmiddellijk kan worden beëindigd: onverwijld een corrigerend actieplan ontwikkelen en uitvoeren, met redelijke en duidelijk omschreven tijdschema's voor de toepassing van passende maatregelen, en kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren voor het meten van verbeteringen; (...).

Opnieuw gaat het hier om een evenredigheidstoets die overeenkomsten bevat met art. 1.7 onder a en b Ow. In het uiterste geval, zo bepaalt art. 11 lid 7 CSDDD, kan worden gevraagd om de betrokken activiteit te beëindigen – een stap die ook kan voortvloeien uit art. 1.7 onder c Ow.

<sup>46</sup> Ook art. 1.2 van de voorgestelde Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen is gelijklopend aan art. 1.7 Ow, met dien verstande dat de te verrichten afweging betrekking heeft op nadelige gevolgen voor mensenrechten of het milieu in een land buiten Nederland (*Kamerstukken II* 2022/23, 35761, nr. 9 (gewijzigd wetsvoorstel n.a.v. advisering van de Raad van State) zoals nader gewijzigd in *Kamerstukken II* 2022/23, 35761, nr. 17 (NvW)).

<sup>47</sup> Art. 10 lid 1 CSDDD.

Het voert te ver hier in detail in te gaan op de CSDDD. Hier gaat het vooral om de afwegingsvragen die ondernemingen bij het veroorzaken van negatieve externe effecten zullen moeten beantwoorden. De te verrichten afwegingen met toepassing van het evenredigheidsbeginsel vertonen telkens grote overeenkomsten.

Daarmee is de structuur van art. 1.7 Ow mijns inziens geschikt om ook buiten het directe toepassingsbereik te worden gebruikt bij de concretisering van de open zorgvuldigheidsnorm, bijvoorbeeld bij milieuaansprakelijkheid of hinder. De vraag of een gedraging die mogelijk inbreuk maakt op de belangen van anderen als onrechtmatig moet worden gekwalificeerd, wordt in de context van milieuaansprakelijkheid beantwoord aan de hand van de zogeheten Kelderluikcriteria.<sup>48</sup> Tot de relevante gezichtspunten behoren de kans op schade, de aard van de gedraging, de aard en ernst van de eventuele schade en de bezwaarlijkheid en gebruikelijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen.<sup>49</sup> Hoewel de Kelderluikcriteria enig houvast bieden, blijft de uitkomst van de rechterlijke afweging met grote onzekerheid omgeven. Vooral als op de voet van art. 3:296 BW een bevel of een verbod wordt gevorderd, kan die rechtsonzekerheid worden verminderd wanneer de rechterlijke afweging geschiedt aan de hand van de drietrapsraket van art. 1.7 Ow. In elk van de drie afwegingsvragen kunnen Kelderluikcriteria een rol spelen. Zo kunnen de kans op schade en de aard en ernst van de eventuele schade alsmede de bezwaarlijkheid van preventieve maatregelen worden betrokken in het kader van de vraag of *redelijkerwijs* mag worden gevraagd om de schadelijke gevolgen te voorkomen. De ernst van de schade en de bezwaarlijkheid van preventieve of beperkende maatregelen kunnen worden meegewogen indien de eiser vordert dat de nadelige gevolgen van de activiteiten worden beperkt of ongedaan gemaakt, of dat de betrokken activiteit wordt beëindigd. De afweging aan de hand van de Kelderluikcriteria kan hierdoor aan structuur winnen, evenals de kwaliteit van de rechterlijke motivering. Met behulp van de structuur van art. 1.7 Ow kan de open Kelderluiknorm wat opschuiven in de richting van een halfopen norm.<sup>50</sup> Indien een schadevergoedingsvordering wordt ingesteld, kan het afwegingskader van art. 1.7 Ow afhankelijk van de feitelijke grondslag van de vordering eveneens bijdragen aan de structuur van de rechterlijke afweging.

Ook in gevallen van hinder laat zich een reflexwerking van de zorgplicht uit de Ow denken. Het antwoord op de vraag naar de onrechtmatigheid van hinder hangt af van de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor veroorzaakte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval.

Daartoe behoren het gewicht van de belangen die door de hinderlijke activiteit worden gediend, de mogelijkheid (mede gezien de daaraan verbonden kosten) en de bereidheid van de veroorzaker om maatregelen tot voorkoming van schade te nemen en de plaatselijke omstandigheden.<sup>51</sup> Deze gezichtspunten kunnen worden vervlochten in een afweging die is geïnspireerd op de drietrapsraket van art. 1.7 Ow. In gevallen van hinder weegt mee, maar is niet beslissend, of de veroorzaker voldoet aan de vergunningsvoorwaarden.<sup>52</sup> In dat geval is art. 1.7 Ow als gevolg van art. 1.8 Ow niet rechtstreeks van toepassing, maar dit sluit een reflexwerking bij de concretisering van de open zorgvuldigheidsnorm niet uit; wel mag de vergunninghouder dan in het algemeen erop vertrouwen dat de vergunning overeenkomstig de wet is verleend en dat de overeenkomstig de wet in aanmerking te nemen belangen door de vergunningverlenende instantie volledig en op juiste wijze zijn afgewogen, en dat hij gerechtigd is van die vergunning gebruik te maken.<sup>53</sup>

Een reflexwerking, nu van art. 1.6 Ow, is denkbaar indien het gaat om de verstrekking van informatie bij de aanvraag van een vergunning. Als illustratie verwijs ik naar het vonnis van de rechtbank Rotterdam inzake Chemours.<sup>54</sup> De zaak gaat over de aansprakelijkheid van Chemours voor de verontreiniging van gemeentelijke gronden met PFOA. De rechtbank stelde vast dat in 1984 verschillende zorgwekkende onderzoeksresultaten beschikbaar waren gekomen die voor Du Pont VS (de rechtsvoorganger van Chemours in de Verenigde Staten) reden waren om sommige werknemers niet meer met PFOA te laten werken. Bovendien onderkende Du Pont VS dat de uitstoot van PFOA ook voor de omgeving schadelijke gevolgen zou kunnen hebben en dat haar juridische en milieuafdelingen waarschijnlijk zouden pleiten voor het stoppen met de uitstoot van PFOA. Deze informatie is destijds op grond van bedrijfseconomische afwegingen niet gedeeld met de Nederlandse autoriteiten. Hierdoor is naar het oordeel van de rechtbank aan Gedeputeerde Staten en de gemeenten de mogelijkheid ontnomen om te beoordelen wat in deze situatie passend zou zijn. De rechtbank beoordeelt dit nalaten als onzorgvuldig. Om tot die conclusie te komen is de algemene zorgplicht uit de Ow niet noodzakelijk. Tegelijk kan de in art. 1.6 Ow bedoelde zorgplicht in een situatie als deze dienen als wettelijk aanknopingspunt bij de rechterlijke invulling van de open zorgvuldigheidsnorm. De wettelijke zorgplicht kan daarmee bijdragen aan de democratische legitimiteit van het rechterlijk oordeel.

48 Bauw & Brans 2023, p. 63.

49 HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6934, *NJ* 2006/244; HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136 (*Kelderluik*).

50 Over het onderscheid tussen open en halfopen normen: L. Timmerman, 'Een paar opmerkingen over open normen in het ondernemingsrecht oftewel hoe maak je van een open norm een halfopen norm?', in: M.Y. Nethe (red.), *De rol van open normen in het ondernemingsrecht* (IVOR nr. 130), Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 1-12.

51 HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1106, *NJ* 2017/265; HR 18 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2704, *NJ* 1999/69; HR 28 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1717, *NJ* 1995/513; HR 3 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0235, *NJ* 1991/476; HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0150, *NJ* 1992/639; HR 23 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5713, *NJ* 1989/743 (*Kalimijnen*).

52 HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, *NJ* 2006/418.

53 HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, *NJ* 2006/418.

54 Rb. Rotterdam 27 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:8987.



### 5.2 Bestuurdersaansprakelijkheid

Wat betekent het voorgaande indien naast de vennootschap ook de bestuurder in persoon wordt aangesproken? Volgens vaste jurisprudentie geldt in dat geval een verhoogde drempel, die erop neerkomt dat de betrokken bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.<sup>55</sup> Deze open norm geldt onder meer indien een bestuurder wordt aangesproken tot vergoeding van schade aan de fysieke leefomgeving.

Afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de feitelijke grondslag van de vordering kan bij de invulling van die open norm acht worden geslagen op de afwegingen die op grond van art. 1.7 Ow zijn voorgeschreven. Hetgeen hiervoor over de aansprakelijkheid van de vennootschap is betoogd, valt dan overeenkomstig, maar met inachtneming van de verhoogde drempel toe te passen op de aansprakelijkheid van de bestuurder uit onrechtmatige daad. De verhoogde drempel zal zijn weerslag hebben op de vereiste ernst van de nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving. Ook de (normatieve) wetenschap van de bestuurder van deze gevolgen zal daarbij een rol spelen, evenals de vraag of de onderzoeksplicht ten aanzien van de gevolgen voor de leefomgeving is nagekomen.

## 6 Conclusie

De steeds voller wordende fysieke leefomgeving stelt niet alleen overheden voor ingewikkelde dilemma's. Ook private actoren lopen tegen grenzen van de leefomgeving aan. De wetgever heeft daarom welbewust een zorgplicht in het leven geroepen die erop is gericht dat *een ieder* de mogelijk nadelige gevolgen van zijn activiteiten op de leefomgeving in aanmerking neemt. Deze zorgplicht is daarmee ook relevant voor vennootschappen en hun bestuurders. De zorgplicht wordt geactiveerd wanneer de betrokkene weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat zijn activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de fysieke leefomgeving. In dat geval dient deze alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevraagd om die gevolgen te voorkomen. Voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, dienen zij zo veel mogelijk te worden beperkt of ongedaan gemaakt. Als die gevolgen onvoldoende kunnen worden beperkt, dient de activiteit achterwege te worden gelaten, voor zover dat redelijkerwijs van betrokkene kan worden gevraagd.

De Ow is erop gericht om twee vaak conflicterende doelen – het bevorderen van een goede leefomgeving en het gebruik daarvan voor maatschappelijke doeleinden – met elkaar in verbinding te brengen. Daartoe beziet de wetgever deze doelen vanuit de lens van de duurzame ontwikkeling: de ontwikkeling die voorziet in de behoeften van de huidige generatie zonder de belangen van toekomstige generaties te schaden. Vanuit het perspectief van de duurzame ontwikkeling kan spanning tussen beide wettelijke doelen worden verminderd.

Ondernemingsrechtjuristen kunnen leren van dit uitgangspunt in de Ow. In lijn met de algemene duurzaamheidssteden binnen het ondernemingsrecht kan de verplichting van het bestuur om zich te richten naar het bestendige succes van de onderneming worden uitgelegd als het streven naar een duurzaam rendabele onderneming die voorziet in de behoeften van haar klanten zonder de mogelijkheden voor toekomstige generaties om in hun eigen behoeften te voorzien in gevaar te brengen. Dit betekent dat bestuurders negatieve milieu- en klimaateffecten van het ondernemingsbeleid in hun afwegingen dienen te betrekken en dat zij negatieve effecten van ondernemingsbeleid op milieu en klimaat zo veel als redelijkerwijs mogelijk voorkomen of beperken. Een dergelijke invulling van de bestuurlijke taakopdracht kan niet alleen van dienst zijn bij de bestuurlijke afwegingen in het kader van de wettelijke zorgplicht, maar ook in bredere zin in het kader van de energietransitie een nuttige functie vervullen.

De zorgplicht vraagt van de vennootschap bij nadelige gevolgen van haar activiteit voor de fysieke leefomgeving een serieuze afweging te maken waarin naast kwantificeerbare grootheden ook kwalitatieve elementen een rol spelen. Waar het bestuur een serieuze afweging maakt, past de rechter terughoudendheid ten aanzien van de uitkomst daarvan.

Naar verwachting zal de zorgplicht geen grote rol vervullen in procedures ten overstaan van de Ondernemingskamer: op dit punt bestaat een duidelijk onderscheid tussen de gedragsnorm van bestuurders en de toetsingsnorm van de rechter. Daar komt bij dat aandeelhouders niet vaak een belang zullen hebben zich in een enquêteprocedure op de zorgplicht te beroepen. Eerder is denkbaar dat de vennootschap bij wijze van verweer een beroep doet op haar zorgplicht.

Een grotere rol kan de zorgplicht spelen in het kader van een vordering uit onrechtmatige daad. De wettelijke structuur van art. 1.7 Ow – die overeenkomsten vertoont met de structuur van de CSDDD – leent zich voor reflexwerking in situaties van gevaarstelling en hinder; de Kelderluikcriteria kunnen goed worden verweven in de getrapte afweging van art. 1.7 Ow. Hierdoor kan de rechterlijke toetsing aan de open zorgvuldigheidsnorm – en daarmee de motivering door de rechter – aan structuur winnen.

<sup>55</sup> Zie o.a. HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627 (RCl).