

184. Groene belangen in de beroepsprocedure: afwegen of afwijzen?

MR. K.N. VAN DER HEIJDEN

Het bedrijfsleven staat voor een grote uitdaging om te verduurzamen. Ook ondernemingsraden hebben hierbij een rol. De ondernemingsraad heeft bijvoorbeeld adviesrecht over besluiten over milieuzorg. Maar, ook andersoortige besluiten waarover de ondernemingsraad om advies moet worden gevraagd, hebben gevolgen voor milieu en klimaat. De ondernemingsraad kan hier in zijn adviezen rekening mee houden. Wat als de ondernemer dit niet volgt? In dit artikel wordt onderzocht in hoeverre duurzaamheidsoverwegingen kunnen meewegen in de beroepsprocedure.

Inleiding en vraagstelling

Binnen diverse rechtsgebieden, waaronder het ondernemingsrecht en het aansprakelijkheidsrecht, bestaat steeds meer aandacht voor de rol van bedrijven bij de duurzaamheidsuitdagingen waar onze samenleving voor staat. Binnen het arbeidsrecht is die aandacht vooralsnog heel beperkt. Dit terwijl de ondernemingsraad op grond van art. 28 lid 4 WOR de zorg van de onderneming voor het milieu moet bevorderen.

Sturing op het klimaatbeleid is voor de ondernemingsraad niet alleen van belang vanwege de urgentie van de klimaatcrisis, maar bijvoorbeeld ook vanwege de toenemende duurzaamheidsverplichtingen van bedrijven en vanwege het tegengaan van *climate quitten* of *conscious quitten* – je baan opzeggen omdat het klimaatbeleid van je werkgever niet ambitieus genoeg is.¹

Het adviesrecht is voor de ondernemingsraad een middel om duurzaamheid te bevorderen. De ondernemingsraad kan immers in zijn advies duurzaamheidsoverwegingen opnemen.

In dit artikel onderzoek ik in hoeverre de duurzaamheidsimpact van besluiten kan meewegen in de beroepsprocedure. Dit is niet alleen relevant in een beroepsprocedure zelf, maar juist ook in het adviestraject daarvoor. Afhankelijk van het gewicht dat dergelijke belangen in de beroepsprocedure hebben, kan het voor de ondernemer een stok achter de deur vormen om bij de besluitvorming zeer serieus aandacht te besteden aan schadelijke milieu- en klimateffecten én aan het benutten van kansen die duurzaam ondernemen biedt. Bovendien toetst de Onderne-

mingskamer in de beroepsprocedure alleen aan bezwaren die de ondernemingsraad ook al in zijn advies naar voren heeft gebracht.²

Om bovengenoemde vraag te beantwoorden, bespreek ik eerst achtereenvolgens in hoeverre vennootschappen in hun besluitvorming maatschappelijke belangen moeten meewegen en in hoeverre ondernemingen milieu- en klimaatverplichtingen hebben. Vervolgens behandel ik welke belangen kunnen meewegen in de beroepsprocedure. Op basis van al het voorgaande bespreek ik tot slot in hoeverre duurzaamheidsoverwegingen kunnen worden gewogen in de beroepsprocedure.

Het vennootschapsbelang

Alvorens concreet in te gaan op de belangenafweging in de beroepsprocedure is het goed om stil te staan bij wat het belang van de onderneming is en in hoeverre een onderneming in haar besluitvorming maatschappelijke belangen moet meewegen.

Voor (ondernemingen die worden gedreven door) vennootschappen zijn hierover in de ondernemingsrechtelijke literatuur door de jaren heen veel ideeën gepasseerd: van het ‘verzelfstandigd vennootschapsbelang’ tot de resultantenleer, waarbij het vennootschapsbelang wordt gezien als resultaat van de afweging van belangen, waaronder de belangen van het personeel, leveranciers, afnemers en de regionale gemeenschap. En van de resultantenleer door naar de *enlightened shareholder value*-benadering, waarbij de vennootschap primair is gericht op het aandeelhoudersbelang, en verder naar de vennootschap als zijnde gericht

¹ J. Numann, ‘Jonge werknemer doet aan “climate quitting”: weg als baas niet groen is’, *De Telegraaf* 27 maart 2023.

² Zie bijv. HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725.

op groei van de onderneming over de lange termijn en waardecreatie in brede zin.³

Maar, als het adviestraject juist is verlopen, welke belangen moeten er dan eigenlijk worden meegenomen in de belangenafweging?

En wat zegt de Hoge Raad? In het *Cancun*-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat ‘het vennootschapsbelang in de regel vooral wordt bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming’. Verder overwoog de Hoge Raad dat bestuurders, mede op grond van art. 2:8 BW, zorgvuldigheid moeten betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken en dat deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad.⁴ Wat moet worden verstaan onder ‘deze betrokkenen’ heeft de Hoge Raad niet beslist, maar in de literatuur is wel opgemerkt dat dit arrest enige ruimte biedt om een zorgplicht met betrekking tot negatieve externe effecten van de onderneming in de bestuursopdracht te verdisconteren.⁵

Vóór het *Cancun*-arrest had de Ondernemingskamer dit in een enquêteprocedure over de Fortis Bank al meer expliciet meegewogen.⁶ De Ondernemingskamer overwoog dat de beleidsvrijheid die het bestuur van een vennootschap heeft, mede wordt beïnvloed door de aard van de onderneming en dat in sommige gevallen de samenleving als geheel bij de resultaten van dat beleid belang heeft. De Ondernemingskamer overwoog verder dat de Fortis Bank door haar omvang zo diepgeworteld was in het Nederlandse financieel-economische verkeer dat zij een nutsfunctie vervulde. De dreigende ondergang van de onderneming bracht het risico mee dat zeer ernstige schade zou worden toegebracht aan het financiële systeem en de economie. Daarom moest het bestuur bij zijn besluitvorming ook het algemeen maatschappelijk belang betrekken.⁷

In de literatuur wordt door meerdere auteurs aangenomen dat het inmiddels wel tot de bestuurstaak hoort om maatschappelijke en milieuaspecten (steeds meer) bij besluit-

vorming af te wegen.⁸ Dat sluit aan bij de opdracht aan de ondernemingsraad ex art. 28 lid 4 WOR de zorg van de onderneming voor het milieu te bevorderen. Dat zou zinledig zijn als de wetgever niet van de ondernemer zelf verwacht dat hij groene belangen in zijn besluitvorming overweegt.⁹

Echt zaligmakend lijkt de maatschappelijke verantwoordelijkheid van vennootschappen overigens nog niet verankerd te zijn: een groep van vijftientig hoogleraren ondernemingsrecht heeft geconstateerd dat op dit moment onvoldoende is gewaarborgd dat vennootschappen zich ‘daadwerkelijk verantwoord gedragen in de samenleving’. Zij pleiten daarom voor de introductie van *responsible corporate citizenship* in de wettelijke taakopdracht van bestuurders en commissarissen.¹⁰

Milieu- en klimaatverplichtingen voor ondernemingen

Ondernemingen moeten ook rekening houden met concrete milieu- en klimaatverplichtingen. Welke verplichtingen gelden er zoal?

Staten committeren zich in toenemende mate om de klimaatcrisis tegen te gaan, bijvoorbeeld door het *UN Framework Convention on Climate Change*, de *Paris Agreement*, de *Glasgow Pact*, de *Deforestation Pledge*, de *Global Methane Pledge* en de *Green Deal*.¹¹ Dit zal zich steeds verder vertalen in ‘groene wet- en regelgeving’ die bedrijven raakt.

Ook nu al bestaan er diverse instrumenten ter bevordering van ‘groen gedrag’ van bedrijven. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de *UN Guiding Principles on Business Human Rights* en de OESO-richtlijnen. Ook algemeen verbintenrechtelijke normen zijn relevant. Zo is in de literatuur wel geschreven dat *greenwashing* – je zegt dat je duurzaam doet, maar doet het niet – onder meer in strijd kan zijn met maatschappelijke betamelijkheidsnormen en een onrechtmatige daad kan vormen.¹² Door de *Corporate Sustainability Reporting Directive* zullen voor sommige bedrijven ook verplichtingen gaan gelden met betrekking tot duurzaamheidsverslaglegging.

Bovendien hebben bedrijven zich regelmatig – direct of indirect – aan allerlei duurzaamheidsverplichtingen gecom-

3 J.M. de Jongh, ‘Een maatschappelijke resultante’ in: B.F. Assink e.a., *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang* (IVOR nr. 115) 2019/1.
4 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799, r.o. 4.2.1-4.2.2.
5 J.M. de Jongh, ‘Say on climate’, *Ondernemingsrecht* 2021/110.
6 Hof Amsterdam 5 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0991, r.o. 4.3.
7 Hof Amsterdam 5 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0991, r.o. 4.4.

8 Zie bijv. J.M. de Jongh, ‘Een maatschappelijke resultante’ in: B.F. Assink e.a., *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang* (IVOR nr. 115) 2019/1, en M.M. Pielage, ‘De maatschappij, dat ben jij? Over maatschappelijke belangen als onderdeel van de bestuurstaak’, *TvOB* 2021/1.
9 J.M. de Jongh, ‘Say on climate’, *Ondernemingsrecht* 2021/110.
10 J.W. de Winter e.a. ‘Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijke verkeer’, *Ondernemingsrecht* 2020/86.
11 J.E.S. Hamster, ‘Het internationaal klimaatrecht in de belangstelling – een inleiding’, *TOP* 2021/482 (afl. 8), en J.E.S. Hamster, ‘Biodiversiteit & business – een verkenning’, *O&F* 2022/2.5.
12 J.E.S. Hamster, ‘Vijftig tinten groen – de vele civiele kleuren van greenwashing’, *NTBR* 2022/49.

mitteerd, bijvoorbeeld via het Klimaatakkoord, de onlangs vernieuwde *Corporate Governance Code*, de *Glasgow Financial Alliance to Net Zero*, de *Finance Pledge for Biodiversity*, de *UN Global Compact* en diverse IMVO-convenanten. In de vernieuwde *Corporate Governance Code* is bijvoorbeeld bepaald: ‘*Het bestuur houdt rekening met de effecten van het handelen van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming op mens en milieu en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van de stakeholder.*’

Alhoewel veel van de groene verplichtingen voor bedrijven *soft law* zijn, wordt verwacht dat deze verplichtingen steeds meer zullen opschuiven richting *hard law*. Dit komt onder meer omdat *soft law*-verplichtingen regelmatig worden toegepast bij de inkleuring van open normen, zoals bij de zorgvuldigheidsnorm in art. 6:162 BW.¹³

Daarbij komt dat beschadiging van
het milieu en het klimaat wordt
veroorzaakt door een veelvoud
aan actoren. Kan een ondernemer
zich hier achter ‘verschuilen’?

Iets vergelijkbaars zagen we al in de klimaatzaak van Milieudefensie tegen Shell.¹⁴ In de zaak van Urgenda tegen de Staat was al bepaald dat de Staat op grond van art. 2 van het EVRM – het recht op leven – verplicht is om ‘het zijne’ te doen om een gevaarlijke klimaatverandering tegen te gaan.¹⁵ In de klimaatzaak van Milieudefensie overwoog de rechtbank vervolgens dat alhoewel burgers alleen tegen staten een beroep kunnen doen op het recht op leven, dit recht van zo fundamenteel belang is dat het ook tussen private partijen een rol kan spelen.¹⁶

De rechtbank overwoog verder dat bedrijven negatieve gevolgen op mensenrechtengebied moeten aanpakken als zij daar een aandeel in hebben,¹⁷ gebruikte het recht op leven bij de inkleuring van de zorgvuldigheidsnorm in art. 6:162 BW en besliste dat Shell verplicht was om haar CO₂-uitstoot met 45% te verminderen, gelijk aan de vermindering die volgens het IPCC voor 2030 wereldwijd nodig is om de opwarming van de aarde tot 1,5 graad te beperken.¹⁸ De verplichting ziet zowel op scope 1-emissies – uitstoot in de eigen bedrijfsvoering – als op scope 2 en

3-emissies – uitstoot van respectievelijk toeleveranciers en eindgebruikers van Shell-producten. Voor de scope 1-emissies gaat het om een resultaatsverplichting en voor scope 2 en 3 om een zwaarwegende inspanningsverplichting.¹⁹ De rechtbank kwam tot het oordeel na afweging van diverse omstandigheden, waaronder de bijzonder grote CO₂-footprint van Shell; die is groter dan die van veel landen op zich.²⁰

Shell had nog aangevoerd dat zij niet kon worden verplicht om haar CO₂-uitstoot te reduceren omdat haar uitstoot valt onder het Europese emissiehandelssysteem (‘ETS’). Dit is een ‘*cap and trade*’-systeem waarbinnen emissierechten van ondernemingen worden beperkt en dat als doel heeft om de CO₂-uitstoot te beperken. De rechtbank overwoog dat het feit dat Shell onder ETS valt inderdaad een vrijwarende werking heeft, maar niet voor zover de reductieverplichting van Shell verder gaat dan de doelstelling van ETS.²¹ Aangezien ETS enkel zag op de beperking van scope 1 en 2-emissies binnen de EU, viel een groot deel van de emissie van Shell niet onder de vrijwarende werking. Dat sluit aan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad waaruit, kort gezegd, volgt dat de vraag in hoeverre een verleende vergunning aan aansprakelijkheid in de weg staat, afhangt van de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust.²²

Dat concurrenten de vervuilende positie van Shell volgens het bedrijf zouden overnemen als Shell zou worden verplicht om haar uitstoot te verminderen, mocht Shell verder ook niet baten. Alle beetjes helpen en het belang van Shell weegt minder zwaar dan het belang dat met de verplichting was gediend, aldus de rechtbank.²³

In een andere zaak werd Shell ook al aansprakelijk gehouden in verband milieueffecten, ditmaal naar aanleiding van olie lekkages bij pijpleidingen in Nigeria.²⁴ Volgens het hof Den Haag had Shell naar Nigeriaans recht een ‘*duty of care*’ geschonden.

Door de dreiging van aansprakelijkheid die dit soort uitspraken ook voor andere bedrijven met zich brengt en door de toename van ‘groene verplichtingen’, ligt het voor de hand dat een steeds bredere groep ondernemingen rekening (moet) houden met milieu- en klimateffecten als gevolg van hun beleid en handelen, en hun ondernemingsraden met hun invloed hierop.

13 M.E. Coenraads & J.E.S. Hamster, ‘Verantwoord ondernemen: van soft law naar harde verplichting via strategisch procederen’, *TOP* 2019/451 (afl. 8).

14 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

15 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 5.7.1.

16 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.9.

17 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.15.

18 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.32.

19 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.23 en 4.4.24.

20 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.5.

21 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.44 e.v.

22 HR 10 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1311.

23 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.49.

24 Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132.

Welke belangen kunnen meewegen in de beroepsprocedure?

Dat brengt mij bij het adviesrecht. De ondernemingsraad moet over diverse soorten besluiten worden geraadpleegd. Deze besluiten kunnen effect hebben op het milieu of het klimaat. Dat zal in ieder geval zo zijn bij adviesrecht over belangrijke milieumaatregelen (art. 25 lid 1 sub I WOR). Sprengers en Terpstra schreven onlangs een artikel over de reikwijdte van deze categorie adviesplichtige besluiten.²⁵ Ook maatregelen die in een andere categorie vallen, kunnen echter milieu- of klimaateffecten hebben.

Als de ondernemer afwijkt van het advies van de ondernemingsraad en de ondernemingsraad beroep instelt, toetst de Ondernemingskamer of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot het besluit kon komen (art. 26 lid 4 en 5 WOR). De Ondernemingskamer toetst daarbij nadrukkelijk niet hoe de ondernemer het beste had kunnen besluiten;²⁶ de ondernemer heeft immers een zekere beleidsvrijheid.²⁷ De grens daarvan kan bijvoorbeeld worden overschreden als de ondernemer onvoldoende (inzichtelijk) de belangen heeft afgewogen.²⁸ Maar, als de besluitvorming juist is verlopen, welke belangen moeten er dan eigenlijk worden meegenomen in de belangenafweging?

In de parlementaire geschiedenis is het volgende geschreven over de belangenafweging: *‘Het gaat (...) om een marginale toetsing welke beoogt te bereiken dat de ondernemer, evenals een overheidsorgaan, alle relevante belangen tegen elkaar moet afwegen. Echter met dien verstande, dat belangen die voor de ondernemer relevant zijn dat niet behoeven te zijn voor de overheid en omgekeerd. De ondernemer mag uiteindelijk immers het ondernemingsbelang laten prevaleren, hetgeen een andere inhoud heeft – althans kan hebben – dan het algemeen belang dat voor de overheid doorslaggevend moet zijn.’*²⁹ Uit de zinsnede dat het ondernemingsbelang mag ‘prevaleren’ kan worden afgeleid dat ook andere belangen dan het ondernemingsbelang moeten worden gewogen en uit de vergelijking met de belangenafweging van een overheidsorgaan kan verder worden afgeleid dat de ondernemer óók ‘het algemene belang’ moet wegen.

Wat valt er onder het ondernemingsbelang en het algemeen belang en welke andere belangen kunnen worden meegewogen? In de rechtspraak is dit niet uitgekristalliseerd. Er worden doorgaans simpelweg diverse belangen gewogen: typische bedrijfseconomische belangen zoals het verbeteren

van de winstgevendheid en concurrentiepositie,³⁰ maar ook het werknemersbelang.³¹ Uit het arrest van de Hoge Raad inzake Holland Casino kan verder bijvoorbeeld worden afgeleid dat wel kan worden meegewogen dat een besluit in strijd is met de wet, maar, zoals voor alle belangen geldt, alleen als de ondernemingsraad dit bezwaar al in zijn advies naar voren had gebracht.³²

Voorts kan de zorg voor milieu en klimaat meewegen als het besluit invloed heeft op de vervulling van concrete duurzaamheidsverplichtingen

Verder kan uit de rechtspraak van de Ondernemingskamer worden afgeleid dat afspraken met de ondernemingsraad relevant zijn bij de beoordeling in een beroepsprocedure. Zo oordeelde de Ondernemingskamer dat de ondernemer een eerdere afspraak met de ondernemingsraad moest meewegen in de besluitvorming.³³ In een andere zaak overwoog de Ondernemingskamer dat de ondernemer niet *‘tot in lengte van dagen’* slechts met de instemming van de ondernemingsraad besluiten kan nemen die afwijken van afspraken met de ondernemingsraad.³⁴ Ofwel: de ondernemer moet zich voor een bepaalde tijd aan afspraken met de ondernemingsraad houden, maar op enig moment niet meer? In een andere uitspraak overwoog de Ondernemingskamer dat een afwijking van gemaakte afspraken met de ondernemingsraad viel te billijken.³⁵ Het ging in die zaak overigens wel slechts om een afwijking van een klein deel van afspraken, welke door omstandigheden inhoudsloos waren geworden. Alhoewel uit deze uitspraken kan worden afgeleid dat afspraken met de ondernemingsraad in de beroepsprocedure niet ‘heilig’ zijn, lijkt de Ondernemingskamer wel degelijk waarde te hechten aan dergelijke afspraken.

Duurzaamheidsoverwegingen in de beroepsprocedure

Voor zover mij bekend zijn er geen uitspraken waarin duurzaamheidsoverwegingen zijn meegewogen in de beroepsprocedure. Kijkend naar de diverse belangen die kunnen meewegen in de beroepsprocedure lijken duurzaamheidsoverwegingen echter op verschillende manieren te kunnen worden betrokken in die procedure. Hierna bespreek ik achtereenvolgens hoe duurzaamheidsaspecten kunnen meewegen als onderdeel van het algemeen belang, als onderdeel van het ondernemingsbelang of als zelfstandig ander belang.

25 L.C.J. Sprengers & A.A.W. Terpstra, ‘De ondernemingsraad en het adviesrecht over milieumaatregelen: het terra incognita van de WOR’, *ArbeidsRecht* 2023/10.
26 Zie bijv. hof Amsterdam 23 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4585.
27 Zie bijv. hof Amsterdam 1 mei 1980, *NJ* 1981/271.
28 Zie bijv. hof Amsterdam 16 maart 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV9235.
29 *Kamerstukken II* 1975/76, 13954, nrs. 1-3, p. 42.

30 Zie bijv. hof Amsterdam 12 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1978.
31 Zie bijv. hof Amsterdam 8 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2643.
32 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725.
33 Zie bijv. hof Amsterdam 24 mei 1984, ECLI:NL:GHAMS:1984:AC8424.
34 OK 31 juli 2003, «JAR» 2003/240.
35 OK 30 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1182.

Duurzaamheidsaspecten meewegen als onderdeel van het algemeen belang ...

Allereerst kan de zorg voor milieu en klimaat als ‘algemeen belang’ worden meegewogen. Dit belang is niet doorslaggevend. Het ondernemingsbelang mag immers prevaleren. Daarbij komt dat beschadiging van het milieu en het klimaat wordt veroorzaakt door een veelvoud aan actoren. Kan een ondernemer zich hier achter ‘verschuilen’? Het is verdedigbaar dat dit maar beperkt het geval is. Het algemeen belang wordt gedragen door alle individuele actoren tezamen; iedereen is mede verantwoordelijk. Als individuen daar niet op kunnen worden aangesproken, kan het algemeen belang niet goed worden gediend. Wel kan aan de hand van de hiervoor besproken *Fortis*-uitspraak worden geredeneerd dat het maatschappelijk belang zwaarder moet wegen naarmate de maatschappelijke gevolgen van een besluit groter zijn. Dit is enerzijds zo als het aandeel van de onderneming in de problematiek groter is, maar ook als de urgentie van het probleem toeneemt. Bij grote urgentie moeten alle zeilen worden bijgezet en kan de maatschappij zich geen enkele *missing link* veroorloven. Omdat er inmiddels wel wetenschappelijke consensus over bestaat dat het tegengaan van klimaatverandering zeer urgent is, kan zo worden geredeneerd dat ook bedrijven die niet een ‘topvervuiler’ zijn het algemeen belang van zorg voor het milieu en het klimaat moeten meewegen.

... als onderdeel van het ondernemingsbelang ...

Ten tweede kan de zorg voor milieu en klimaat meewegen in het kader van het ondernemingsbelang.

Bij vennootschappen kan aan de hand van het eerder in deze bijdrage besproken *Cancun*-arrest worden geredeneerd dat (het bestuur van) de vennootschap de zorg voor het milieu en het klimaat in bepaalde mate moet meewegen in zijn/haar besluitvorming.

Daarnaast kan in het algemeen – ook bij ondernemingen die worden gedreven vanuit een andere rechtsvorm – worden geredeneerd dat het ondernemingsbelang in het geding is als er (mogelijk) wettelijke verplichtingen worden geschonden. Schending van wettelijke verplichtingen is een sterk argument voor het standpunt dat de ondernemer in redelijkheid niet tot het besluit heeft kunnen komen. Een besluit dat in strijd is met de wet kan immers nietig of vernietigbaar zijn op grond van art. 2:14 of 2:15 BW en bovendien is het voorkomen van aansprakelijkheden in het belang van de onderneming.

Zoals uit het voorgaande bleek kan schending van wettelijke verplichtingen aan de orde zijn bij schending van *hard law*, als gevolg van *greenwashing*, maar ook via toepassing van de zorgvuldigheidsnorm bij schending van *soft law* of fundamentele rechten uit verdragen. Aan de hand van de uitspraak in de klimaatzaak tegen Shell kan worden geredeneerd dat schending van de wet via toepassing van de zorg-

vuldigheidsnorm eerder aan de orde is als het scope 1-emissies betreft, naarmate de urgentie van bedreiging van milieu en klimaat verder toeneemt en naarmate de onderneming daar een groter aandeel in heeft. Omdat Shell voor wat betreft vervuiling een uitzonderlijk bedrijf is, is het echter maar de vraag in hoeverre minder vervuilende bedrijven moeten vrezen voor schending van de zorgvuldigheidsnorm. Dit zal vaak niet het geval zijn. Dat de zorg voor milieu en klimaat als onderdeel van het ondernemingsbelang moet meewegen omdat (mogelijk) sprake is van schending van een wettelijke verplichting, zal dus ook minder vaak van toepassing zijn; vaker zullen bedrijven groene impact (alleen) moeten meewegen als onderdeel van het (niet prevalerende) algemeen belang (zie hierboven).

Verder kan duurzaamheid meewegen als de toekomstbestendigheid van de onderneming door het besluit negatief wordt beïnvloed

De zorg voor milieu en klimaat kan ook als onderdeel van het ondernemingsbelang meewegen als het besluit invloed heeft op de vervulling van concrete duurzaamheidsverplichtingen waar de onderneming zich vrijwillig aan heeft gecommitteerd, bijvoorbeeld door deelname aan duurzaamheidscodes, *pledges* enzovoorts. Als het naleven van deze toezeggingen ernstig zou worden bemoeilijkt bij uitvoering van het voorgenomen besluit, lijkt dit zeker een mee te wegen omstandigheid. Immers, als de onderneming zich een bepaald doel heeft gesteld, lijkt het voor de beoordeling of een ondernemer redelijkerwijs tot een besluit heeft kunnen komen van belang hoe dit besluit zich verhoudt tot het gestelde doel. Dat zou wellicht anders zijn als de ondernemer zegt te willen terugkomen op de gedane *pledges*. Maar, daarover kan de ondernemingsraad mogelijk weer adviesrecht hebben op grond van art. 25 lid 1 sub I WOR.³⁶

Daarnaast kunnen duurzaamheidseffecten worden meegewogen als de onderneming met het genomen besluit toezeggingen aan of afspraken met de ondernemingsraad over verduurzaming schendt, of als het nakomen daarvan voor de ondernemer vrijwel onhaalbaar zou worden. De ondernemingsraad kan beargumenteren dat een besluit dat in strijd is met gemaakte afspraken of toezeggingen kennelijk onredelijk is. Gelet op de rechtspraak van de Ondernemingskamer slaagt zo’n argument niet altijd, maar is hiervoor wel enige ruimte.

Verder kan duurzaamheid meewegen als de toekomstbestendigheid van de onderneming door het besluit negatief wordt beïnvloed. Het is goed verdedigbaar dat dit niet in het belang van de onderneming is. Bij vennootschappen

³⁶ Zie par. 2.4 in L.C.J. Sprengers & A.A.W. Terpstra, ‘De ondernemingsraad en het adviesrecht over milieumaatregelen: het terra incognita van de WOR’, *ArbeidsRecht* 2023/10.

kan ook met verwijzing naar het *Cancun*-arrest worden geredeneerd dat het besluit niet bevorderend is voor ‘het bestendige succes van de onderneming’.

Een negatieve invloed op de toekomstbestendigheid kan onder meer aan de orde zijn als de reputatie en marktpositie van een onderneming door het onvoldoende verminderen van haar *footprint* zal verslechteren en/of als het hierdoor lastiger zal zijn om benodigde vergunningen te verkrijgen. Dit kan bijvoorbeeld worden onderbouwd aan de hand van *bench marks* of marktanalyses. Ook kan de toekomstbestendigheid negatief worden beïnvloed als de onderneming door het besluit verder wordt belemmerd om talent aan te trekken en te behouden. Vanwege het groeiende fenomeen van *climate quitten* en *conscious quitten* zal dit in toenemende mate gewicht in de schaal kunnen leggen.³⁷

... en als andere belangen?

Verder kan een ondernemingsraad nog wijzen op het belang van de regionale gemeenschap en werknemers bij bescherming van hun leefomgeving. Aanhangers van de resultantenleer kunnen betogen dat het belang van de regio en het personeel onderdeel is van het vennootschapsbelang. Omdat niet expliciet uit de jurisprudentie van de Hoge Raad of de Ondernemingskamer volgt dat het belang van de regionale gemeenschap als onderdeel van het vennootschapsbelang moet meewegen, lijkt dit wel wat ver gezocht.

Als alternatief kan de ondernemingsraad betogen dat het belang van de regionale gemeenschap of werknemers als zelfstandig ‘ander belang’ vergt dat schadelijke milieu- en klimaateffecten van de onderneming worden tegengegaan. Andere belangen wegen weliswaar minder zwaar dan het ondernemingsbelang (dat mag prevaleren), maar kunnen wel gewicht in de schaal leggen.

Conclusie

Activistische aandeelhouders, belangengroepen die bedrijven aansprakelijk stellen en het Openbaar Ministerie dat strafrechtelijk onderzoek doet naar een bedrijf. Wat is de volgende actor die juridische middelen inzet om te proberen om duurzamer handelen van een bedrijf af te dwingen? Op basis van dit beknopte onderzoek kan worden gecon-

cludeerd dat dit zomaar een ondernemingsraad zou kunnen zijn die een beroepsprocedure start.

Duurzaamheidsoverwegingen kunnen immers op verschillende manieren meewegen in de beoordeling of de ondernemer in redelijkheid tot een besluit heeft kunnen komen. Zo kan de zorg voor klimaat en milieu direct als algemeen belang gewicht in de schaal leggen. Daarnaast kunnen duurzaamheidsoverwegingen ook indirect meewegen, bijvoorbeeld via het zwaarder wegende ondernemingsbelang, vanwege het effect van duurzaamheid op de toekomstbestendigheid van de onderneming en vanwege de toenemende (zelf opgelegde) duurzaamheidsverplichtingen voor ondernemingen. Daarnaast kan bijvoorbeeld meewegen welke afspraken tussen de ondernemingsraad en de ondernemer zijn gemaakt over het klimaatbeleid van de onderneming.

Dit artikel is slechts een eerste aanzet om de mogelijkheden van een ‘groene beroepsprocedure’ te verkennen. Het zou interessant zijn om te zien hoe de Ondernemingskamer met zo’n procedure zou omgaan. Voorlopig zijn er in ieder geval nog tal van vragen die (grondigere) beantwoording vergen: wat is precies de waarde van maatschappelijke belangen, interne doelstellingen en *pledges* in de beroepsprocedure en in hoeverre kan de ondernemingsraad de ondernemer houden aan afspraken over milieu- en klimaatimpact? Daarnaast is het interessant om te bezien hoe de ondernemingsraad op andere manieren de zorg voor het milieu en het klimaat kan bevorderen. Voor gevallen waarin ondernemingsraden een enquêterecht hebben, kan bijvoorbeeld worden onderzocht in hoeverre in een enquêteprocedure de milieu- en klimaatimpact van een onderneming kan meewegen.

Dit artikel is afgesloten op 8 juni 2023.

Over de auteur



Mw. mr. K.N. (Karlijn) van der Heijden
Advocaat te Utrecht bij Wijn & Stael Advocaten

³⁷ J. Numann, ‘Jonge werknemer doet aan “climate quitting”: weg als baas niet groen is’, *De Telegraaf* 27 maart 2023.