

Lender liability: het nieuwe zwaard van Damocles?

Doortrekking van de in het Shell-vonnis gevolgde lijn zou kunnen aanzetten tot het aannemen van lender liability. Mijns inziens is dit een onwenselijke ontwikkeling.

Royal Dutch Shell werd vorig jaar door de Rechtbank Den Haag ertoe veroordeeld om zorg te dragen voor een reductie in de CO₂-uitstoot van de Shell-groep, haar toeleveranciers en haar afnemers. De Rechtbank baseerde deze beslissing op een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm op grond waarvan Shell verplicht zou zijn een gevaarlijke klimaatverandering tegen te gaan en de uitstoot terug te brengen in lijn met het Klimaatakkoord van Parijs. Deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm werd door de Rechtbank afgeleid uit mensenrechtenverdragen, breed gedragen opvattingen en internationaal aanvaarde klimaatnormen.

In mijn eerdere column over het Shell-vonnis (Financial Investigator 2021/5, p. 73) wees ik erop dat doortrekking van de lijn uit het Shell-vonnis zou kunnen leiden tot het aannemen van lender liability. Alsdan zou een bank die een lening of een kredietfaciliteit heeft verstrekt aan een onderneming die teveel CO₂ of stikstof uitstoot, verantwoordelijk worden gehouden voor het terugdringen van deze uitstoot en aansprakelijk zijn voor de daardoor veroorzaakte schade. Binnen de milieubeweging wordt wel gezinspeeld op het aanspreken van de banken. Concrete acties tegen banken zijn tot op heden echter uitgebleven.

Los van het feit dat het juridisch niet eenvoudig zal zijn om tot aansprakelijkheid van een kredietgever te concluderen, is het aannemen van lender liability mijns inziens onwenselijk.

Om de kredietverstrekking als onrechtmatig te kunnen kwalificeren, zal allereerst vereist zijn dat de bank bij de kredietverstrekking wist of moest weten dat de uitstoot van de door haar gefinancierde onderneming – gegeven de voor deze onderneming geldende (ongeschreven) zorgvuldigheidsregels – te hoog was. Daar-

naast zal er een causaal verband moeten zijn tussen de kredietverstrekking en de te hoge uitstoot, althans de daardoor veroorzaakte schade. In de praktijk zullen deze beide eisen een tamelijk hoge drempel opleveren voor het aannemen van aansprakelijkheid van kredietgevers.

Het aannemen van lender liability is onwenselijk omdat hier een handelen in overeenstemming met wet- en regelgeving met terugwerkende kracht onrechtmatig wordt geacht. Het is ook onwenselijk vanuit het oogpunt van eerlijke concurrentie. Als een vordering wordt ingesteld tegen een specifieke kredietgever, wordt deze benadeeld ten opzichte van concurrenten die vergelijkbare kredieten hebben verstrekt, maar die niet worden aangesproken. Ook kunnen de stabiliteit van het financiële systeem en de bereidheid van banken tot kredietverstrekking in gevaar komen als banken willekeurig in een procedure kunnen worden betrokken.

Met het aannemen van lender liability wordt helaas ook weer een stap gezet naar het aannemen van aansprakelijkheid van de aandeelhouder. Als een kredietgever – verstrekker van vreemd vermogen – aansprakelijk kan worden gehouden voor een teveel aan uitstoot, zal een aandeelhouder – verstrekker van eigen vermogen – eveneens met een dergelijke aansprakelijkheid kunnen worden geconfronteerd, zulks met voorbijgaan aan de vennootschappelijke scheidsmuren.

Het tegengaan van klimaatverandering is een nobel streven. Bij het behalen van de gestelde doelen is een belangrijke rol weggelegd voor de financiële sector. Om te bewerkstelligen dat kredietgevers meer oog hebben voor klimaatrisico's is al de nodige Europese regelgeving ingevoerd en er is nog meer op komst. In tegenstelling tot het instellen van private acties om de financiële sector te dwingen klimaatrisico's te verdisconteren in hun kredietverstrekking, wordt met deze regelgeving gewaarborgd dat elke marktdeelnemer de lasten van de bestrijding van klimaatverandering naar evenredigheid draagt. ■



Door **Prof. Mr. W.A.K. Rank**, Advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam en Hoogleraar Financieel Recht aan de Universiteit Leiden