

Knelpunten ESG-rapportageverplichtingen vanuit juridisch perspectief

Mr. Alexandra Jurgens-Boot en Aron Knijnenberg

INLEIDING

In de laatste jaren is er een golf aan Europese duurzaamheids-wetgeving over ons heen gekomen. De impact daarvan voor de financiële sector is groot. De achtergrond van de verschillende regelgeving is de meesten onder ons wel enigszins bekend. Het gaat met name om de *Sustainable Finance Disclosure Regulation* (SFDR), de *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD) en de Taxonomieverordening. De inhoud en onderlinge samenhang van de verschillende regelingen is voor velen echter onduidelijk.

Financiële marktdeelnemers (FMD's) die op basis van de SFDR moeten rapporteren, maar ook ondernemingen (zowel financiële als niet-financiële) die op basis van de CSRD moeten rapporteren zijn om meerdere redenen niet enthousiast over de rapportageverplichtingen. Deze leggen extra compliance druk op de organisaties en leiden af van het zetten van stappen tot echte verduurzaming. Het verkrijgen van betrouwbare en consistente data is bovendien een groot struikelblok.

In deze bijdrage zal eerst verduidelijking worden gegeven over de achtergrond van en de samenhang tussen de ESG-regelingen. Daarna wordt aan de hand van bestaand marktonderzoek een

beeld geschetst van de effectiviteit van de regelgeving. Ook te verwachten aanpassingen in de regelingen komen kort aan de orde.

Een van de grootste obstakels bij het rapporteren is het verkrijgen van kwalitatief goede ESG-data. Nader zal worden ingegaan op de uitdagingen die hierbij ontstaan, alsmede op de noodzaak tot uitwisselbaarheid van deze data.

Ten slotte zal worden ingegaan op hoe ESG-regelgeving mogelijkheden biedt om (financiële) ondernemingen aansprakelijk te stellen. Een invalshoek is die van aansprakelijkheid vanwege greenwashing, een andere is die vanwege klimaataansprakelijkheid. Aansprakelijkheid op basis van ESG-regelgeving zal een steeds groter risico gaan vormen voor FMD's en de bedrijven waarin zij beleggen.

ACHTERGROND EN SAMENHANG SFDR, CSRD EN TAXONOMIEVERORDENING

Met het oog op de duurzaamheidsdoelen van het in Parijs ondertekende Klimaatakkoord (Klimaatakkoord van Parijs, 2015) heeft de Europese Unie (EU) in 2018 het Actieplan 'Duurzame Groei Financiering' opgesteld om de financiering van deze duurzame transitie mogelijk te maken (Europese Commissie, 2018).

Mr. Alexandra Jurgens-Boot

Founding Partner van Boot Advocaten, Founder & CEO van Stichting Blue Building Institute en CEO van Stainable



Aron Knijnenberg

juridisch medewerker bij Boot Advocaten



Hieruit zijn de SFDR – die onder meer beoogt duidelijkheid te scheppen hoe duurzaam een financieel product is – en de Taxonomieverordening – die onder meer transparantie beoogt over de vraag hoe duurzaam een economische activiteit is – voortgekomen.

In het verlengde van het Klimaatakkoord werd in 2019 de Europese *Green Deal* gepresenteerd (Europese Commissie, 2019). Dit plan bevat verschillende beleidsinitiatieven die de EU moeten helpen in de transitie naar *net zero*: klimaatneutraal zijn in 2050. Een van deze plannen is het uitbreiden en verbeteren van niet-financiële rapportage, zodat betrouwbare en onderling vergelijkbare duurzaamheidsinformatie beschikbaar komt. De CSRD – die onder meer transparantie beoogt over de mate van duurzaamheid van de bedrijfsvoering – is ingevoerd om dit doel te bereiken (Richtlijn (EU) 2022/2464 (CSRD)).

DE ANGST BIJ FMD'S OM VAN GREENWASHING TE WORDEN BESCHULDIGD, LEIDT TOT 'GREENHUSHING'; NIET ALLE (IN POTENTIE) DUURZAME ACTIVITEITEN WORDEN OOK ZO AANGEMERKT

Belangrijke, steeds terugkerende onderwerpen uit de SFDR, CSRD én de Taxonomieverordening zijn CO₂-reductie, klimaatadaptatie, mensenrechten, impact van stakeholders en impact op de waardeketen. Deze drie Europese wetten verplichten een onderneming en haar keten in Europa, maar ook ondernemingen buiten Europa met aanzienlijke bedrijfsactiviteiten binnen de EU, om op een transparante wijze te rapporteren over hun werkzaamheden.

SFDR

De SFDR, die al op 10 maart 2021 van toepassing is geworden, verplicht FMD's bepaalde duurzaamheidsinformatie te rapporteren, zowel over zichzelf als over de producten die zij voeren (Verordening (EU) 2019/2088 (SFDR)). FMD's zijn onder andere kredietinstellingen, beleggingsondernemingen, vermogensbeheerders, beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen, pensioenfondsen en verzekeraars. Onder een financieel product worden onder andere pensioenregelingen, verzekeringen en beleggingsfondsen geschaard. De SFDR legt rapportageverplichtingen op aan financiële producten en de eigen organisatie als geheel. Deze rapportageverplichtingen zijn uitgewerkt in de zogenaamde *Regulatory Technical Standards*, die vanaf 1 januari 2023 van toepassing zijn (Gedelegeerde Verordening (EU) 2022/1288 (Regulatory Technical Standards)).

De SFDR verplicht FMD's tevens om op entiteitsniveau te rapporteren over hoe duurzaamheidsrisico's worden meegenomen in hun beleggingsbeslissingen. Daarnaast moet worden gerapporteerd in hoeverre het verminderen van duurzaamheidsrisico's onderdeel is van het beloningsbeleid en of er rekening gehouden

wordt met negatieve effecten van de beleggingen. Ook moet worden gerapporteerd over het verminderen van negatieve effecten als de investering bijvoorbeeld mensenrechten schendt, actief bijdraagt aan ontbossing of kinderarbeid toepast.

De verantwoording op productniveau is verdeeld in drie niveaus van duurzaamheid, omschreven in artikel 9, 8 en 6 SFDR. Ook bekend als donkergroen (9), lichtgroen (8) en grijs (6). Een product dat voldoet aan de eisen van artikel 9 heeft ecologische en/of sociaal duurzame kenmerken als doelstelling. Dit betekent dat (vrijwel) alle beleggingen in dit product aantoonbaar duurzaam zijn conform de Taxonomieverordening en aantoonbaar geen negatief effect hebben op mens en milieu. Er worden geen mensenrechten geschonden en de positieve effecten op bijvoorbeeld energieverbruik of vermindering van discriminatie zijn aantoonbaar uitgewerkt en opgenomen in de rapportage. Artikel 8-producten promoten ecologische of sociaal duurzame kenmerken. Dit betekent dat dit product rekening houdt met de impact op mens of milieu, maar dat niet alle onderdelen van het product aan de strenge eisen van artikel 9 voldoen. Zowel bij artikel 8- als artikel 9-producten moeten de bedrijven waarin wordt belegd doen aan *good governance* conform onder andere de Corporate governance code, de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen en de United Nations Guiding Principles On Business and Human Rights (UNGP). Producten die niet aan de eisen van artikel 8 of 9 kunnen voldoen vallen automatisch onder artikel 6, waar geen duurzaamheidskenmerken of -doelstellingen worden verantwoord. Artikel 6 verplicht de onderneming daarentegen een verklaring te publiceren waarin het ontbreken van deze doelstellingen wordt toegelicht.

CSRD

De CSRD is in 2023 in de plaats gekomen van de *Non-Financial Reporting Directive* (NFRD), een EU-richtlijn uit 2014. Sinds 2017 moeten grote Organisaties van Openbaar Belang (OOB's) op basis hiervan al een niet-financiële verklaring openbaar maken. Hieronder vallen de grootste beursgenoteerde bedrijven, banken en verzekeraars. Met de invoering van de CSRD wordt de scope aan bedrijven verbreed, en moeten deze bedrijven ook hun eigen ESG-doelstellingen en -beleid voor de lange termijn formuleren, en onderzoek doen naar hun waardeketen. De rapportageverplichtingen van de NFRD worden door de CSRD dus sterk uitgebreid. Alle grote, middelgrote en beursgenoteerde kleine ondernemingen zullen hun duurzaamheidsgegevens moeten gaan verzamelen, ophalen uit de keten en openbaren. De OOB's bijten het spits af met rapporteren in 2025 over financieel jaar 2024, de jaren erna volgen de kleinere bedrijven gefaseerd. Ondernemingen moeten voor hun rapportages de zogeheten 'dubbele materialiteitsanalyse' uitvoeren. Hierbij wordt vanuit twee perspectieven gekeken of bepaalde duurzaamheidskwesaties relevant zijn voor het bedrijf. Het gaat in deze beoordeling zowel om de impact die het bedrijf heeft op de externe omgeving (inside-out), als om de kansen en risico's die duurzaamheidsfactoren vormen voor de onderneming (outside-in). Aan de hand van deze perspectieven wordt per onderwerp bepaald of het relevant is voor het bedrijf, en dus meegenomen moet worden in de duurzaamheidsverslaggeving in het bestuursverslag.

De onderwerpen waarover moet worden gerapporteerd, en de manier waarop dit moet gebeuren, volgen uit de *European Sustainability Reporting Standards* (ESRS). Het gaat om uiteenlopende onderwerpen verdeeld in ecologisch (E), sociaal (S) en governance (G) onderwerpen. Deze onderwerpen variëren op de E van vermindering van CO₂e-uitstoot, vergroten van biodiversiteit, tot verkleinen van klimaatrisico's.

Bij de negatieve sociale impacts die gerapporteerd moeten worden, kan gedacht worden aan de loonkloof tussen mannen en vrouwen, genderdiversiteit in de raad van bestuur, veiligheid op de werkvloer (ongevallenfrequentie), discriminatie en impact op de medewerkers in de keten. Een uniforme standaard voor wat 'sociaal duurzaam' inhoudt, is tot nu toe uitgebleven.

Governance is wel uitgewerkt in de genoemde ESRS standaarden. Hierin zijn regels en gedragsnormen opgenomen waaraan ondernemingen zich dienen te houden. Er moet gerapporteerd worden over onderwerpen zoals betalingspraktijken, zakelijk gedrag, leveranciersrelaties, klokkenluidersregelingen en anti-corruptiebeleid.

Ondernemingen moeten niet alleen rapporteren over onderwerpen die zij relevant achten voor hun bedrijfsvoering. Daarnaast is wettelijk voorgeschreven dat zij moeten rapporteren wat hun duurzaamheidsstrategie is, welke doelstellingen daarbij horen, wat er concreet wordt gedaan om die doelstellingen te bereiken en hoe de onderneming presteert. De accountant heeft vanaf 1 januari 2026 de taak om het duurzaamheidsverslag als onderdeel van het jaarverslag te controleren. De accountant controleert of het proces van het opgestelde beleid, de gestelde doelen, de methode van dataverzameling en de behaalde resultaten goed zijn doorlopen, uitgewerkt en gerapporteerd. Deze beperkte controle wordt vanaf 2028 verzaamd naar een meer inhoudelijke controle.

TAXONOMIEVERORDENING

Zowel de SFDR als de CSRD baseert de definitie van 'duurzaamheid' op de Taxonomieverordening, die werkt als een classificatiesysteem om uit te maken of een economische activiteit als ecologisch duurzaam kan worden aangemerkt. De economische activiteit kan alleen als duurzaam worden aangemerkt als deze substantieel bijdraagt aan één van de zes milieudoelstellingen: (i) klimaatmitigatie en (ii) klimaatadaptatie; (iii) duurzaam gebruik en bescherming van water en mariene hulpbronnen; (iv) de transitie naar een circulaire economie; (v) de preventie en bestrijding van vervuiling en verontreiniging; en (vi) de bescherming en het herstel van biodiversiteit en ecosystemen. Hieraan wordt bijvoorbeeld bijgedragen als een activiteit leidt tot meer toepassing van duurzame energie (klimaatmitigatie). Daarnaast mag de activiteit geen ernstige afbreuk doen aan de andere vijf doelstellingen. Dit wordt het 'Do No Significant Harm'-principe genoemd. Ook mensenrechten spelen een rol in de Taxonomieverordening, gezien de activiteit moet worden verricht met inachtneming van sociale minimumgaranties. Deze volgen onder andere uit de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen en het Europees recht. Gedacht kan hierbij

worden aan het bestrijden van corruptie en het voorkomen van kinderarbeid en (moderne) slavernij (Verordening (EU) 2020/852 (Taxonomieverordening)).

Hoe kan worden bijgedragen aan de milieudoelstellingen is per economische activiteit uitgewerkt in de technische screeningscriteria (Gedelegeerde Verordening (EU) 2021/2139 (Technische Screeningscriteria)). Voorbeelden van sectoren die *Taxonomy-aligned* kunnen worden zijn bouw en vastgoed, energieopwekking, bosbouw, productie en transport.

Ter illustratie werken wij de vereisten voor een *Taxonomy-aligned* nieuwbouwproject uit. Om te voldoen moet het gebouw energie-label A+++; een klimaatrisicoanalyse en waterbesparende maatregelen hebben. Daarnaast moet sprake zijn van een gezond binnenklimaat en moet circulair materiaalgebruik zijn toegepast. Ook moet het gebouw een positief effect hebben op de biodiversiteit en het ecosysteem. Gedurende de uitvoering moeten de mensen- en arbeidsrechten geborgd worden conform de sociale minimumgaranties. Pas als aan al deze vereisten wordt voldaan is het project in lijn met de Taxonomieverordening en mag het als duurzaam worden aangemerkt.

FMD's moeten in hun SFDR-rapportages vermelden welk percentage van het product *Taxonomy-alignment* tot doel heeft gesteld en aanvullend welk percentage aan de eisen van de Taxonomieverordening heeft voldaan. Dit percentage bepaalt in grote mate of het product valt onder artikel 6, 8 of 9 van de SFDR. Banken hebben grote interesse in projecten die voldoen aan de Taxonomieverordening, omdat deze passen in hun artikel 8 of 9-SFDR fonds. Vastgoed dat goed scoort op klimaatadaptatie en energiezuinigheid wordt bijvoorbeeld tegen een hogere waarde getaxeerd en daarop kunnen financieringen tegen betere voorwaarden worden verleend.

Duidelijk is dat de SFDR, CSRD en Taxonomieverordening nauw met elkaar verbonden zijn en van elkaar afhankelijk zijn om de achterliggende doelen van het Klimaatakkoord van Parijs en de *European Green Deal* te bewerkstelligen. Al sinds de ESG-regelgeving van kracht is, klinkt vanuit de markt echter kritiek op de effectiviteit ervan (Europese Commissie, 2023).

EFFECTIVITEIT VAN DE REGELGEVING

Artikel 19 van de SFDR vereist dat de Europese Commissie uiterlijk op 30 december 2022 een evaluatie zou houden van de toepassing van de Verordening. Deze deadline werd niet gehaald. Op 3 mei 2024 publiceerde de Europese Commissie alsnog een rapport over de implementatie van de SFDR, na een gerichte consultatie waaraan verschillende belanghebbenden uit de financiële sector deelnamen (Joint Committee of the European Supervisory Authorities, 2024). Een groot deel van de respondenten bestond uit FMD's. De resultaten van het onderzoek laten zien dat er brede steun is voor de doelen van de Verordening, maar dat er in de sector wordt getwijfeld aan de effectiviteit van de huidige versie van de SFDR. Zo komt uit het onderzoeksrapport naar voren dat de Verordening op bepaalde punten niet goed is afgestemd op andere wet- en regelgeving zoals de CSRD en de Taxonomieverordening. Daarnaast ontbreekt het volgens

de respondenten aan juridische duidelijkheid met betrekking tot belangrijke termen zoals ‘duurzame belegging’. Ook geven deelnemers aan het onderzoek aan moeite te hebben met het verzamelen van de benodigde data voor hun duurzaamheidsrapportages.

In het geval van de Taxonomieverordening is ook nog veel winst te behalen wat effectiviteit betreft. Uit een Benchmarkstudie van PwC die in juni 2024 werd gepubliceerd, volgt dat de Verordening nog lang niet alle economische activiteiten dekt, en maar een klein deel van de totaal uitstaande financieringen (PwC, 2024). Daarnaast worden veel activiteiten en producten in de rapportages uit voorzorg als niet-duurzaam aangemerkt, vanwege de strenge criteria, complexiteit van de regelgeving en een gebrek aan betrouwbare data. Financiële instellingen zijn, als gevolg van deze uitdagingen, bang om van *greenwashing* beticht te worden. Onder *greenwashing* wordt verstaan dat een onjuiste of ongefundeerde indruk gegeven wordt van de duurzame kenmerken of doelstellingen van een product. Hierdoor kunnen consumenten of beleggers misleid worden. De angst bij FMD's om van *greenwashing* te worden beschuldigd, leidt tot *'greenhushing'*; niet alle (in potentie) duurzame activiteiten worden ook zo aangemerkt.

NAAST DE GEFASEERDE INWERKINGSTREDING VAN DE CSRD DIE VOOR MEER OPENBARE DUURZAAMHEIDSGEGEVENS ZAL ZORGEN, IS EEN GOEDE DATA-INFRASTRUCTUUR CRUCIAAL

De huidige Taxonomieverordening geeft dus geen volledig beeld van de mate van duurzaamheid van kapitaalstromen en economische activiteiten. Volgens het onderzoek leidt dit ertoe dat de meeste financiële instellingen de *Taxonomy-alignment* van producten en activiteiten nog niet betrekken bij hun investeringsbesluitvorming, en nog geen concrete doelen stellen om het aandeel van duurzame investeringen te vergroten (PwC, 2024).

Zowel bij de SFDR als de Taxonomieverordening worden vanuit de markt dus verschillende problemen aangewezen die zich voordoen bij de implementatie van de regels door de betreffende ondernemingen en instellingen. De Europese Commissie introduceerde implementatierichtsnoeren voor de Taxonomieverordening, die regelmatig worden bijgewerkt en de bruikbaarheid van de Verordening voor de markt moeten verbeteren. Daarnaast moeten deze ertoe leiden dat de duurzaamheidsprofielen van financiële instellingen beter met elkaar te vergelijken zijn voor beleggers en consumenten. Ook de SFDR is vanaf het moment van invoering aan wijzigingen en aanvullingen onderhevig. Op het moment van schrijven van dit artikel werkt de Europese Commissie aan een herziening van de SFDR, na consultatie binnen de verschillende lidstaten. In een gezamenlijk advies van de Europese toezichthouders ESMA, EBA en EIOPA dat in juni jl. werd gepubliceerd, pleiten zij voor een duidelijkere

definitie van wanneer een investering als duurzaam kwalificeert. Deze definitie moet beter aansluiten op de Taxonomieverordening. Ook adviseren zij om een classificatiesysteem voor producten in te voeren op basis van nieuwe categorieën. Deze categorieën moeten eenvoudig zijn en worden ingedeeld op basis van duidelijke, objectieve criteria. Daarnaast brengen de toezichthouders het idee naar voren om aanvullende rapportagevereisten in te stellen voor financiële producten die geen duurzame kenmerken of doelstellingen hebben. De kans is dus groot dat FMD's in de komende jaren te maken krijgen met belangrijke wijzigingen van de SFDR.

Bij de SFDR en de Taxonomieverordening wordt al een en ander duidelijk over de effectiviteit. Van de CSRD moet dit nog blijken. Interessant in dit kader is een enquête van PwC uit juni 2024 (PwC, 2024). Hierin is aan bedrijven die in 2025 of 2026 moeten rapporteren gevraagd in hoeverre zij denken dat de CSRD voordelen biedt voor hun onderneming. Wat opvalt is dat de bedrijven vertrouwen hebben dat ze aan de rapportagevereisten kunnen voldoen, maar zeer verdeeld zijn als het gaat om de voordelen die de implementatie van de richtlijn kan bieden voor de onderneming. Wel is daarbij relevant dat de bedrijven die in 2025 begonnen zijn met rapporteren positiever zijn dan de bedrijven die in 2026 voor het eerst moeten gaan rapporteren.

DATAVERGARING EN -INFRASTRUCTUUR

In al het onderzoek naar het implementeren van de ESG-regelgeving komt het verzamelen van kwalitatief goede data terug als probleem. In de eerdergenoemde SFDR-consultatie in 2023 gaf 88 procent van de deelnemers aan moeite te hebben met het voldoen aan de rapportagevereisten, wegens het ontbreken van voldoende (kwalitatief goede) data. Ook in het PwC-onderzoek naar de effectiviteit van de Taxonomieverordening wordt een gebrek aan betrouwbare data veel genoemd als probleem bij het rapporteren. In de *jaarlijkse Global Corporate Reporting Survey* van EY onder investeerders en CFO's worden problemen als inconsistente, incomplete en verouderde niet-financiële data ook vaak ervaren rondom het rapporteren (EY, 2024). Dit geldt zowel binnen als buiten Europa als een obstakel.

Erg verrassend kan dit probleem niet zijn. Duurzaamheidsinformatie is over het algemeen moeilijker in harde cijfers te vangen dan bijvoorbeeld financiële informatie. Daarnaast is een rapportageplichtige onderneming grotendeels afhankelijk van gegevens van andere partijen. Een FMD die moet rapporteren op grond van de SFDR over een onderneming waarin hij heeft belegd, heeft data nodig van die onderneming. Deze bedrijven zijn echter niet allemaal verplicht om dergelijke gegevens te openbaren. Daarnaast zijn de gegevens die wel beschikbaar zijn niet altijd in overeenstemming met de vereisten uit de SFDR. Externe dataleveranciers, die worden ingeschakeld bij gebrek aan rechtstreeks verkregen gegevens, gebruiken vaak verschillende meet- en rekenmethoden, die tot hele andere resultaten leiden. Verschillen ontstaan doordat sommige leveranciers aannames doen, benchmarken of zich op verouderde data baseren in plaats van op concrete real-time data. Naast verschil in opnames zijn ook veel verschillen in de rekenmethodes zichtbaar. Het is van

groot belang om te weten of de datapartner een gevalideerde rekenmethode gebruikt in plaats van een zelfgemaakte berekening in Excel. De input kan hetzelfde zijn, maar het resultaat verschilt.

De komende jaren wordt verbetering verwacht ten aanzien van het dataprobleem, nu steeds meer bedrijven zullen gaan rapporteren op basis van de CSRD. De data die uit deze rapportages volgen, kunnen door FMD's en financieel adviseurs gebruikt worden voor hun eigen SFDR-verslaggeving. Hiervoor is het van groot belang dat de CSRD, SFDR en de Taxonomieverordening goed op elkaar zijn afgestemd. In de herziening van de SFDR gaat daar dan ook aandacht naar uit.

Naast de gefaseerde inwerkingtreding van de CSRD die voor meer openbare duurzaamheidsgegevens zal zorgen, is een goede data-infrastructuur cruciaal. Hiervoor is zelfs een Europese verordening aangenomen, die een centraal datapunt in het leven moet gaan roepen (Verordening (EU) 2023/2859 (ESAP-verordening)), het *European Single Access Point* (ESAP). De komende jaren worden hierin steeds meer publieke financiële en niet-financiële data toegankelijk gemaakt in één database. Dit zal ook gelden voor de Taxonomie-, SFDR- en CSRD-rapportages. Uiteindelijk zal het ESAP-systeem data-uitwisseling in de volledige waardeketen makkelijker maken. Alle partijen krijgen namelijk beter inzicht in de data van de bedrijven en financiële producten waarin wordt geïnvesteerd. Daarnaast kunnen beleggers en consumenten op deze manier eenvoudiger zien wat de prestaties en doelstellingen van bedrijven op het gebied van duurzaamheid zijn.

Het aanleveren van de in de SFDR en CSRD benodigde data dienen conform het door ESAP benodigde format gedaan te worden. De SFDR en CSRD zijn inmiddels in een online platform geautomatiseerd, waarin bedrijven hun proces, dataverzameling en rapportages geautomatiseerd kunnen inrichten. Voor grote bedrijven met veel kapitaal en mankracht is dit mogelijk, voor een gemiddeld MKB-bedrijf een zware opgave. Zo heeft de Hema de CO₂-uitstoot over 2019 van circa 30.000 producten al in kaart gebracht, en daarbij haar leveranciers betrokken. Andere grote ondernemingen zoals Philips hebben al grote stappen gezet in het implementeren van de ESG-strategie in hun eigen en de wereldwijde (dochter)ondernemingen. Uit onderzoek blijkt dat grote ondernemingen met name worstelen met het in lijn brengen van de strategie tussen verschillende (dochter)ondernemingen (Garcia Nelen, Keijzer, & Vletter-van Dort, 2024). De meeste MKB-bedrijven moeten nog starten met het incorporeren van de ESG-vraagstukken.

AANSPRAKELIJKHEID

Ondanks het ervaren gebrek aan effectiviteit van bepaalde aspecten van de regelgeving, en de besproken obstakels bij het rapporteren, doen FMD's er goed aan hun rapportageprocessen op orde te brengen. De ontwikkelingen van de ESG-regelgeving in de afgelopen jaren zorgen namelijk voor aansprakelijkheidsrisico's voor ondernemingen, ook in de financiële sector.

Zoals bekend is de AFM belast met het toezicht op en handhaving van de SFDR, de Taxonomieverordening en CSRD. Vooralsnog heeft de toezichthouder controle op naleving van de SFDR beperkt tot onder meer *self-assessments*. Aangezien de Verordening inmiddels langere tijd van kracht is, heeft de AFM aangegeven hierop strenger te zullen gaan toezien. FMD's die tekortschieten in hun rapportages kunnen door de toezichthouder worden aangesproken, en te maken krijgen met handhavend optreden, hetgeen kan leiden tot onder andere reputatieschade.

Naast het toezicht van de AFM vormt civiele aansprakelijkheid een risico voor FMD's. Dit risico bestaat uit aansprakelijkheid voor de partijen zelf, op basis van *greenwashing* en klimaat-aansprakelijkheid. Daarnaast kunnen FMD's schade lijden als de bedrijven waarin zij beleggen niet voldoen aan de duurzaamheidswetgeving. Als de accountant bijvoorbeeld het bestuursverslag van een onderneming waarin is belegd niet wil goedkeuren, omdat niet is voldaan aan de CSRD-vereisten, kan dit negatief effect hebben op de waarde van de onderneming.

ER KOMT VOOR FINANCIËLE SPECIALISTEN EEN DISCIPLINE BIJ, NAMELIJK GEDEGEN KENNIS VAN (ONTWIKKELINGEN IN) ESG-REGELGEVING

Een belangrijk doel van de SFDR is om de eerder beschreven *greenwashing* tegen te gaan, door FMD's hun duurzaamheidsclaims te laten onderbouwen. Als FMD's toch een onjuiste of ongefundeerde claim doen, kan dit in strijd zijn met bepalingen uit de SFDR en dus onrechtmatig. Ook kan een dergelijke claim een oneerlijke handelspraktijk vormen, vanwege misleiding van de consument. Zowel individuele beleggers als belangengroepen kunnen op basis hiervan naar de civiele rechter. In het bedrijfsleven gebeurde dit al in de zaak van stichting Fossilvrij tegen KLM, waarin de Rechtbank dit jaar oordeelde dat bepaalde reclames met duurzaamheidsclaims van KLM misleidend waren en een oneerlijke handelspraktijk vormden (Rechtbank Amsterdam, 2024). Ook voor FMD's die niet scherp zijn op de duurzaamheidswetgeving dreigt een toename van dit soort procedures, met mogelijke schadeclaims en een aangetaste reputatie tot gevolg.

Naast aansprakelijkheid vanwege *greenwashing*, moeten FMD's zich ook zorgen maken over de toenemende hoeveelheid rechtszaken op het gebied van klimaataansprakelijkheid. Deze trend begon bij de Urgenda-zaak in 2019, waarin de Hoge Raad Nederland verplichtte de uitstoot van broeikasgassen te verminderen (Hoge Raad, 2019). Hierop volgde in 2021 de rechtszaak van o.a. Milieudefensie tegen Shell, waarin de rechtbank bepaalde dat Shell zijn CO₂-uitstoot in 2030 met 45% moet hebben teruggebracht ten opzichte van 2019 (Rechtbank Den Haag, 2021). Op 12 november 2024 heeft het Gerechtshof Den Haag Shell echter in hoger beroep in het gelijk gesteld. Het Hof erkent wel dat Shell tegenover burgers verplicht is haar uitstoot te beperken.

De mogelijkheid om voor dergelijke zaken naar de rechter te gaan blijft dus open. Echter oordeelde het Hof dat het niet goed mogelijk is een bepaald percentage aan CO₂-reductie vast te stellen waaraan een individuele onderneming als Shell zou moeten voldoen. Daarover ontbreekt wetenschappelijke consensus (Gerechtshof Den Haag, 2024). Milieudefensie klaagt onder-tussen ook ING aan, vanwege de uitstoot die de bank financiert met bijvoorbeeld uitstaande leningen. Met dit soort rechtszaken, meestal gevoerd in de vorm van *class actions*, komt klimaat-aansprakelijkheid voor de financiële sector erg dichtbij.

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID

Na het aansprakelijk stellen van landen en ondernemingen, is de volgende stap voor verschillende belangengroepen het aansprakelijk stellen van bestuurders. Hiervoor moet worden aangetoond dat een bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt van het onrechtmatig handelen. Hiervoor geldt van oudsher een hoge drempel. Met het oog op de groeiende hoeveelheid strenge ESG-regelgeving en de toename van *class-action* rechtszaken valt echter niet uit te sluiten dat ook bestuurders op termijn aan de beurt komen. De eerste procedures op dit gebied zijn ook al een feit.

CONCLUSIE

De ESG-regelgeving die de afgelopen jaren is uitgerold, en de nieuwe regels die er nog aankomen, zorgen op termijn voor grote veranderingen in de financiële sector en het bedrijfsleven. Op het moment is vooral sprake van uitdagingen die de regelgeving met zich meebrengt. Zo blijkt het verzamelen van betrouwbare data vooralsnog een probleem voor veel partijen, en zijn de verschillende richtlijnen en verordeningen op bepaalde punten nog niet goed op elkaar afgestemd. Er zijn bovendien vraagtekens te plaatsen bij de effectiviteit van de regelgeving. De komende jaren zijn hierin significante wijzigingen en aanvullingen te verwachten. Daarnaast moeten steeds meer partijen gaan rapporteren. Ook (kleinere) bedrijven in de keten van rapportageplichtigen moeten voorbereid zijn om hiervoor de benodigde data te kunnen aanleveren. De verplichtingen die ontstaan uit de ESG-regelgeving nemen door de inwerkingtreding van de CSRD alleen maar toe. Ook op het gebied van *ESG-litigation* is een duidelijke toename van zaken zichtbaar. Het stijgende aantal rechtszaken en collectieve acties op grond van ESG vormt een reëel risico voor de sector. Daarom is het van groot belang om als organisatie op de hoogte te blijven van de snel veranderende regelgeving en te zorgen voor een complete en betrouwbare data-infrastructuur. Een helder beleid met betrekking tot mens en milieu zal de komende jaren hoe dan ook een belangrijk thema worden voor het gehele bedrijfsleven, in het bijzonder voor de financiële sector. Er komt voor financiële specialisten een discipline bij, namelijk gedegen kennis van (ontwikkelingen in) ESG-regelgeving.

Literatuur

- Europese Commissie. (2018). *Actieplan: Duurzame Groei Financiering, COM(2018) 97*. Brussel: Europese Commissie.
- Europese Commissie. (2019). *Communication from the Commission – The European Green Deal COM(2019) 640*. Brussel: Europese Commissie.
- Europese Commissie. (2023). *Final Report on draft Regulatory Technical Standards. On the review of PAI and financial product disclosures in the SFDR Delegated Regulation*. Brussel: JC 2023 55.
- EY. (2024). *How can CFOs be confident in value creation without confidence in reporting?*
- Garcia Nelen, m., Keijzer, m., & Vletter-van Dort, P. (2024). *Intra-Group ESG Dynamics: Challenges in Dutch multinational parent-subsidiary relationships*. Den Haag: Boom.
- Gedelegeerde Verordening (EU) 2021/2139 (Technische Screeningscriteria). *Gedelegeerde Verordening (EU) 2021/2139 tot aanvulling van Verordening (EU) 2020/852 van het Europees Parlement en de Raad door technische screeningcriteria vast te stellen om de voorwaarden te bepalen waaronder een specif.* Brussel: PbEU L 442/1.
- Gedelegeerde Verordening (EU) 2022/1288 (Regulatory Technical Standards). *Gedelegeerde Verordening (EU) 2022/1288 van de Commissie van 6 april 2022 tot aanvulling van Verordening (EU) 2019/2088 met technische reguleringsnormen tot nadere bepaling van de inhoud en presentatie van de informatie met betrekking tot het beginsel "ge*. Brussel: PbEU L 196/1.
- Gerechtshof Den Haag. (2024, november 12). Shell/ Milieudefensie. *ECLI:NL:GHDHA:2024:2099*. Den Haag.
- Hoge Raad. (2019, december 20). Urgenda/Staat der Nederlanden. Den Haag: Hoge Raad, *ECLI:NL:HR:2019:2006*.
- Joint Committee of the European Supervisory Authorities. (2024). *Joint ESAs Opinion on the assessment of the Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR)*. Brussel: Joint Committee of the European Supervisory Authorities.
- Klimaatakkoord van Parijs. (2015). Verenigde Naties.
- Montenegro, M. (2023, februari 20). *Betere ESG-prestaties leiden tot betere bedrijfsprestaties*. Opgehaald van woltersklower.com: <https://www.woltersklower.com/nl-nl/expert-insights/the-importance-of-esg-as-a-key-drive-of-corporate-performance>
- PwC. (2024, juni 18). *Maak EU-taxonomie eenvoudiger, maar niet minder streng*. Opgehaald van [pwc.nl](https://www.pwc.nl/nl/actueel-en-publicaties/diensten-en-sectoren/financiele-sector/maak-eu-taxonomie-eenvoudiger-maar-niet-minder-streng.html): <https://www.pwc.nl/nl/actueel-en-publicaties/diensten-en-sectoren/financiele-sector/maak-eu-taxonomie-eenvoudiger-maar-niet-minder-streng.html>
- PwC. (2024). *PwC's Global CSRD Survey 2024: The promise and reality of CSRD reporting*.
- Rechtbank Amsterdam. (2024, maart 20). Fossielvrij/KLM. Amsterdam: Rechtbank Amsterdam, *ECLI:NL:RBAMS:2024:1512*.
- Rechtbank Den Haag. (2021, mei 26). Milieudefensie/Shell. *ECLI:NL:RBDHA:2021:5337*. Den Haag.
- Richtlijn (EU) 2022/2464 (CSRD). *Richtlijn (EU) 2022/2464 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*. Brussel: PbEU 2022, L 322.
- Silva Kas, R. (2024, juni). Duurzaamheid en aansprakelijkheid in de financiële sector. *Ars Aequi*. Ars Aequi.
- Strijbos, F., Schuijling, B., Bierens, B., & Cent, P. (2023). *Duurzaam bankieren*. Deventer: Wolters Kluwer.
- Verordening (EU) 2019/2088 (SFDR). *Verordening (EU) 2019/2088 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 betreffende informatieverschaffing over duurzaamheid in de financiële dienstensector*. PbEU 2019 L 317/1.
- Verordening (EU) 2020/852 (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*. Brussel: PbEU 2020 L 198/13.
- Verordening (EU) 2023/2859 (ESAP-verordening). *Verordening (EU) 2023/2859 tot oprichting van een Europees centraal toegangspunt dat gecentraliseerde toegang biedt tot voor financiële diensten, kapitaalmarkten en duurzaamheid relevante publiek beschikbare informatie*. Brussel: PBL 20 december 2023.