



ESG-activisme en litigation

12 oktober 2022

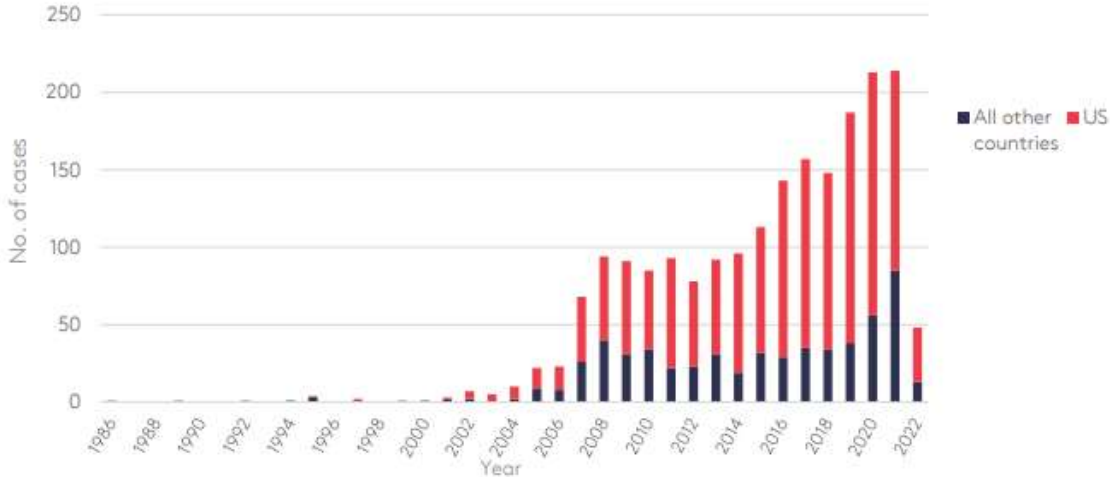
Gecombineerde bijeenkomst VCL / VvJ

Global trends in climate change litigation: 2022 snapshot

Joana Setzer and Catherine Higham

Policy report
June 2022

Figure 1.1. Total climate change cases over time, US and non-US (up to 31 May 2022)



Source: Authors based on CCLW and Sabin Center data

Figure 1.8. Outcomes in all non-US cases over time (up to 31 May 2022)



Note: The first recorded non-US case is in 1994
Source: Authors using CCLW data

1. Misleidende duurzaamheidsverslaggeving – Steven Hijink (advocaat Stibbe, hoogleraar RUN)
2. Hoe Follow This beleidsverandering afdwingt – Mark van Baal (oprichter [Follow This | Green shareholders change the world \(follow-this.org\)](https://www.follow-this.org/))
3. De groene litigation strategie van de VEB – Armand Kersten (Hoofd sustainable investment VEB)
4. ESG stakeholder litigation: ontwikkelingen en risico's – Minke Hoekstra (advocaat Hoekstra Legal)
5. Paneldiscussie

Misleidende Duurzaamheidsverslaggeving

VCL/VvJ najaarsbijeenkomst “ESG-activisme en litigation”

Plan van aanpak

- **Duurzaamheidsverslaggeving:** een beknopt overzicht van ontwikkelingen
- **Procederen over misleidende verslaggeving:** bouwstenen (*)
- **Een blik in de glazen bol:** naar nieuwe mogelijkheden voor ESG-litigation (*)

(*) met de nadruk op beursgenoteerde ondernemingen

De Europese *Corporate Sustainability Reporting Directive* (“CSRD”) als oplossing voor de huidige “alfabetsoep”

- **Nu:** een veelheid aan raamwerken, standaarden, etc.



- **Vrijwillige toepassing:** inconsistent & slecht onderling vergelijkbaar, geen accountantscontrole verplicht
- **April 2021:** publicatie van het voorstel voor de Europese CSRD
- **Juni 2022:** finaal compromis CSRD

CSRD: de kern

Wanneer & waar?	FY 2024, Rapportages die gepubliceerd worden in 2025 1 januari 2024 voor ondernemingen die vallen onder de huidige Non Financial Reporting Directive (“NFRD”) (rapporteren in 2025 over 2024) 1 januari 2025 voor grote ondernemingen die niet thans al onder NFRD vallen (rapporteren in 2026 over 2025) 1 januari 2026 voor beursgenoteerde SMEs (rapporteren in 2027 over 2026) Onderdeel van het bestuursverslag
Welke ondernemingen?	Alle grote ondernemingen > 250 werknemers en/of > €40M omzet en/of > €20M activa (2 van de 3) Alle ondernemingen met beursnotering in EU (incl. statutair gevestigd in 3e land) Beursgenoteerde dochters (mits aan voorwaarden wordt voldaan) zijn uitgezonderd
Waarover rapporteren?	Brede categorie van ESG onderwerpen Dubbele materialiteit toepassen: duurzaamheidsrisico’s (inclusief klimaatrisico’s) die de onderneming beïnvloeden + impact van de onderneming op samenleving & natuur Rapportages sluiten aan bij Sustainable Finance Disclosure Regulation (“SFDR”) en de EU Taxonomy Regulation
Hoe?	EU Sustainability Reporting Standards (“ESRS”) Worden vastgesteld door de Europese Commissie, gebaseerd op technisch advies van EFRAG

Stand van zaken (najaar 2022): *concept* ESRs gepubliceerd & andere ontwikkelingen

- Finaal compromis CSRD (alleen nog publicatie in EU Publicatieblad vereist)
- *Concept* ESRs (gepubliceerd april 2022; finale standaarden verwacht in november 2022)
 - 13 concept standaarden; 137 specifieke publicatieverplichtingen, meer dan 400 pagina's.
 - Thematische standaarden over “Environment” (bijv. klimaat en vervuiling), over “Social” (bijv. eigen werknemers en werknemers in waardeketen) en over “Governance” (bijv. Governance, risicomanagement & interne controle, alsmede “business conduct”)
- Wetsvoorstel bij Tweede Kamer (36 157) met “implementatiehaakje” CSRD voor lagere regelgeving
- Globale ontwikkelingen in voorjaar 2022

<p>International Sustainability Standards Board (ISSB) created (2021)</p> 	 <p>U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION</p>
<p>1 Proposed IFRS S1 <i>General Requirements for Disclosure of Sustainability-related Financial Information</i></p> <p>2 Proposed IFRS S2 <i>Climate-related Disclosures</i></p>	<p>SEC Proposes Rules to Enhance and Standardize Climate-Related Disclosures for Investors</p>

Aspecten in de finale versie CSRD (t.o.v. voorstel)

- Méér dan verslaggeving, want (ook) ver(der)gaand normerend. Informatieverschaffing over o.a.:

- (iii) the plans of the group, *including implementing actions and related financial and investment plans*, to ensure that **█** its business model and strategy *are* compatible with the transition to a sustainable economy and with the limiting of global warming to 1.5 °C in line with the Paris Agreement *and the objective of achieving climate neutrality by 2050 as established in Regulation (EU) 2021/1119 (European Climate Law) and where relevant, the exposure of the group to coal, oil and gas-related activities;*
- (f) a description of the principal risks to the group related to sustainability matters, including the group's principal dependencies on such **█** matters, and how the group manages those risks;
- (b) a description of the *time-bound* targets related to sustainability matters set by the group, *including where appropriate absolute greenhouse gas emission reduction targets at least for 2030 and 2050, a description* **█** of the progress **█** *the group has made* towards achieving **█** those targets, and a specification of *whether the group's targets related to environmental matters are based on conclusive scientific evidence;*
- (e) a description of:
 - (i) the due diligence process implemented *by the group* with regard to sustainability matters, *and where applicable in line with EU requirements on undertakings to conduct a due diligence process;*
 - (iii) any actions taken *by the group*, and the result of such actions, to prevent, mitigate, *remediate or bring an end to* **█** actual or potential adverse impacts;

Opbouw en enkele elementen in de *concept* ESRs

DRAFT EUROPEAN SUSTAINABILITY REPORTING STANDARDS

April 2022



Open for comments until 8 August 2022

ESRS Exposure Drafts index

Cross-cutting Exposure Drafts

- ESRS 1 General principles
- ESRS 2 General, strategy, governance and materiality assessment

Topical standards - Environment

- ESRS E1 Climate change
- ESRS E2 Pollution
- ESRS E3 Water and marine resources
- ESRS E4 Biodiversity
- ESRS E5 Resource use and circular economy

Topical standards - Social

- ESRS S1 Own workforce
- ESRS S2 Workers in the value chain
- ESRS S3 Affected communities
- ESRS S4 Consumers & end-users

Topical standards - Governance

- ESRS G1 Governance, risk management and internal control
- ESRS G2 Business conduct

Opbouw en enkele elementen in de *concept* ESRs

Disclosure Requirement E1-1 – Transition plan for climate change mitigation

13. **The undertaking shall disclose its plans to ensure that its business model and strategy are compatible with the transition to a climate-neutral economy and with limiting global warming to 1.5 °C in line with the Paris Agreement.**
14. The principle to be followed under this Disclosure Requirement is to provide an understanding of the transition plan of the undertaking and its compatibility with limiting global warming to 1.5°C.

Opbouw en enkele elementen in de *concept* ESRs

Disclosure Requirement E2-6 – Pollution-related incidents and deposit impacts and risks, and financial exposure to the undertaking

45. **The undertaking shall disclose the impact of and its financial exposure to pollution-related incidents and deposits.**
46. The principle to be followed under this Disclosure Requirement is to provide an understanding of how principal pollution-related incidents and deposits may affect the environment and society and/or the undertaking's development, performance and position over the short-, medium- and long-term. **This includes the consideration that those potential future financial effects may not meet the recognition criteria set for financial statements at the reporting date.**
47. **The disclosure required by paragraph 45 shall include a description of major incidents and deposits, based on double-materiality assessments, whereby pollution had negative effects on the environment and/or on the undertaking's financial performance in the past reporting year, e.g. through interruptions of production and/or in supply chain as a result of pollution, or through pollution prevention and control measures.**

Opbouw en enkele elementen in de *concept* ESRs

Disclosure Requirement G1-8 – Internal control processes

38. **The undertaking shall provide information on its internal control processes, including in relation to the sustainability reporting process.**
39. The principle to be followed under this Disclosure Requirement is to inform about the aspects related to the governance factors that affect the undertaking's internal control processes, including in relation to sustainability reporting. This also includes an understanding of the supervision and monitoring of those processes by the undertaking's administrative, management and supervisory bodies.
40. The disclosure required by paragraph 38 shall include information on:
 - (a) the scope, main features and components of the undertaking's internal control process;
 - (b) a description of the periodic reporting on internal control processes to the administrative, management and supervisory bodies;
 - (c) the main features of the undertaking's internal control systems over the reporting process, including the process for reviewing and approving the information included in the sustainability reporting by the administrative, management and supervisory bodies.

Opbouw en enkele elementen in de *concept* ESRs

Disclosure Requirement 2-GR 10 - General statement of compliance

28. **The undertaking shall provide a statement of compliance with ESRs.**
29. The principle to be followed under this Disclosure Requirement is to inform the users about the compliance with ESRs requirements, following mandated disclosure requirements complemented by entity-specific disclosures.
30. The statement of compliance required by paragraph 28 shall comprise:
 - (a) a statement of:
 - i. compliance with ESRs; and
 - ii. if applicable, a list of ESRs applied early before they come effective and
 - (b) for entity-specific disclosures
 - i. an acknowledgement of the characteristics of information quality (see ESRs 1) as used by the undertaking as a reference to define the disclosures related to entity-specific material impacts, risks and opportunities;
 - ii. a description of specific steps, if any, taken to define the disclosures; and
 - iii. if applicable, a description of significant changes in (i) and/or (ii) as compared to the previous reporting period.

Procederen over misleidende verslaggeving: bouwstenen

- Grondslagen:
 - Publicatie van misleidende verslaggeving kan kwalificeren als onrechtmatige daad (art. 6:162 BW)
 - Evt. bestuurders tegenover derde persoonlijk aansprakelijk bij “misleidende voorstelling” (art. 2:139/249 BW)
- Hoe dan bij een misleidend duurzaamheidsverslag?
 - Jaarrekeningprocedure bij de OK o.g.v. art. 2:447 e.v. BW
 - Te laat (of onjuist) publiceren van voorwetenschap o.g.v. art 17 MAR, resp. publiceren van misleidende informatie (marktmanipulatie) o.g.v. art. 12 MAR
 - Mogelijke rollen van de AFM
 - Strafrechtelijke ontwikkelingen

Zijstap: persoonlijk aansprakelijkheid bestuurders én commissarissen voor bestuursverslag(?)

- Onderscheid bestuurders en commissarissen in art. 2:139/249 resp. art. 2:150/260 BW:

Artikel 139

Indien door de jaarrekening, door tussentijdse cijfers die de vennootschap bekend heeft gemaakt of door het bestuursverslag een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand der vennootschap, zijn de bestuurders tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk voor de schade, door dezen dientengevolge geleden. De bestuurder die bewijst dat dit aan hem niet te wijten is, is niet aansprakelijk.

Artikel 150

Indien door de jaarrekening een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand der vennootschap, zijn de commissarissen naast de bestuurders tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk voor de schade, door dezen dientengevolge geleden. De commissaris die bewijst dat zulks niet aan een tekortkoming zijnerzijds in het toezicht is te wijten, is niet aansprakelijk.

- Betwijfeld kan worden of dit onderscheid anno 2022 nog houdbaar is
 - Toegenomen betrokkenheid RvC bij totstandkomingsproces én inhoud bestuursverslag
 - Arbitrair onderscheid *one-tier* en *two-tier board*

De jaarrekeningprocedure

- **Artikel 447**
 1. Op verzoek van degenen die krachtens artikel 448 daartoe bevoegd zijn, kan de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam aan een rechtspersoon of vennootschap als bedoeld in artikel 360 waarop deze titel van toepassing is, een statutair in Nederland gevestigde effectenuitgevende instelling als bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Wet toezicht financiële verslaggeving of een beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht bevelen de jaarrekening, het bestuursverslag, de daaraan toe te voegen overige gegevens of het verslag, bedoeld in artikel 392a of artikel 5:25e van de Wet op het financieel toezicht, in te richten overeenkomstig door haar te geven aanwijzingen.
- Praktijk: bijna geen procedures over (uitsluitend) bestuursverslag
- Redenen?
 - Sowieso weinig jaarrekeningprocedures (enkele per jaar; in kader aansprakelijkheid niet voor de hand liggend)
 - Thans weinig “harde” normen voor inhoud bestuursverslag
 - NB. Ook in tuchtzaken accountants nauwelijks klachten over uitsluitend bestuursverslag

Bepalingen in de MAR

- Art. 17 lid 1 MAR (onverwijld openbaarmaking voorwetenschap)

1. Een uitgevende instelling maakt voorwetenschap die rechtstreeks betrekking heeft op die uitgevende instelling, zo snel mogelijk openbaar.

- “Voorwetenschap” (art. 7 lid 1 MAR)

niet openbaar gemaakte informatie die concreet is en die rechtstreeks of onrechtstreeks betrekking heeft op een of meer uitgevende instellingen of op een of meer financiële instrumenten en die, indien zij openbaar zou worden gemaakt, een significante invloed zou kunnen hebben op de koers van deze financiële instrumenten of daarvan afgeleide financiële instrumenten;

- Art. 12 MAR (marktmanipulatie is)

c) de verspreiding van informatie, via de media, met inbegrip van internet, of via andere kanalen, waardoor daadwerkelijk of waarschijnlijk onjuiste of misleidende signalen worden afgegeven met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van een financieel instrument

of de koers van een of meer financiële instrumenten, daadwerkelijk of waarschijnlijk op een abnormaal of kunstmatig niveau wordt gebracht, met inbegrip van de verspreiding van geruchten wanneer de persoon die de informatie verspreidde, wist of had moeten weten dat de informatie onjuist of misleidend was;

De (mogelijke) rol(len) van de AFM

- Bestuursrechtelijk ingrijpen AFM vanwege overtredingen MAR (zie hiervoor)
- Zelfstandig – via Wet toezicht financiële verslaggeving – jaarrekeningprocedure entameren
- Klagen bij de AFM over gebrekkige toepassing jaarrekeningvoorschriften:

ClientEarth 

Notification to the Dutch Authority for the Financial Markets
November 2021

Background and overview of Notification

1 Background

This Notification is addressed from ClientEarth and the Plastic Soup Foundation to the Dutch Authority for the Financial Markets (the **AFM**) and it relates to the management report of Ahold Delhaize N.V. in respect of the financial year ending 3 January 2021, published on 2 March 2021 (the **Management Report**).¹

- Accountants aanspreken:

In 2022 willen we in het toezicht op accountantsorganisaties en verslaggeving het volgende bereiken:

- Betere verbinding tussen niet-financiële en financiële verslaggeving.

Strafrechtelijke ontwikkelingen

- Nieuw art. 2:391a BW in wetsvoorstel (36 157) met “implementatiehaakje” CSRD:

Artikel 391a

1. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere voorschriften worden gesteld omtrent de inhoud van het bestuursverslag.
2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen ter uitvoering van bindende EU-rechtshandelingen regels worden gesteld omtrent de verplichtingen ~~van bepaalde rechtspersonen en bijkantoren~~ tot het opnemen van informatie in het bestuursverslag, ~~tot het opstellen en~~

- Maar óók: aanpassing WED:

In de Wet op de economische delicten is de verwijzing naar artikel 392a vervangen door een verwijzing naar artikel 391a lid 2, zodat alle verplichtingen tot het opnemen van informatie in het bestuursverslag, tot het opstellen en openbaar maken van een afzonderlijk jaarlijks verslag en tot het opstellen en openbaar maken van een of meer daarmee samenhangende verklaringen, die strekken tot uitvoering van bindende EU-rechtshandelingen, strafrechtelijk worden gesanctioneerd.

Een blik vooruit (1/2)

- Enorme toename van, zeer gedetailleerde, voorschriften op het terrein van duurzaamheidsverslaggeving...
- ... en daarmee voor de inhoud van het bestuursverslag
- Daarnaast toegenomen aandacht van de AFM voor duurzaamheidsverslaggeving...
- ... en van accountants...



NIEUWS | 26 september 2022

Milieudefensie: Klimaat moet kernpunt in accountantscontrole zijn

Niet alleen grote vervuilende bedrijven dragen verantwoordelijkheid voor het tegengaan van klimaatverandering, maar ook hun accountants, vindt Milieudefensie.

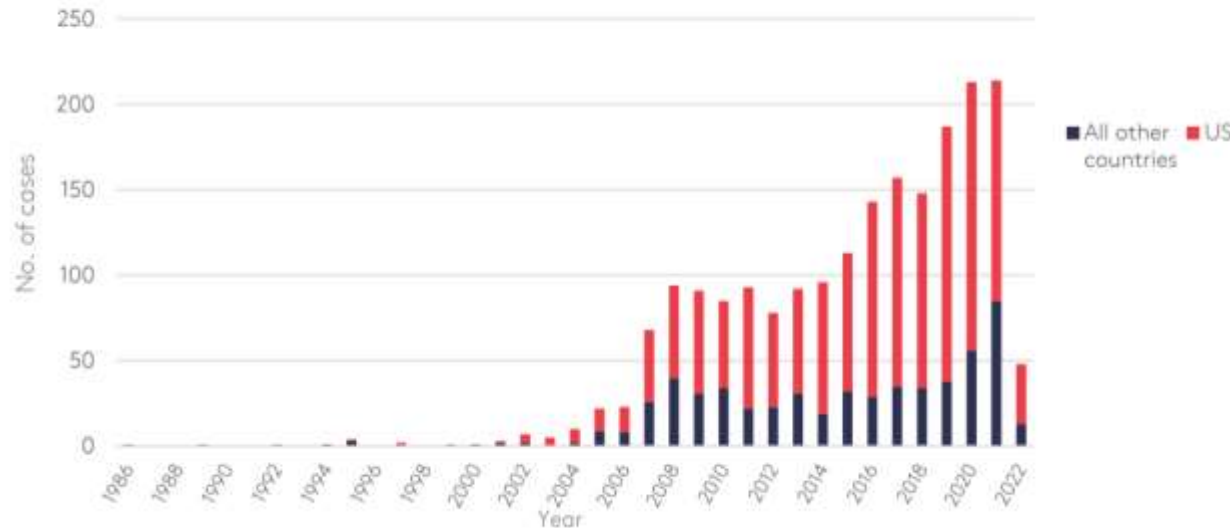
Klimaatverandering in de jaarrekening

PwC neemt klimaatgerelateerde risico's standaard mee in jaarrekeningcontroles

Een blik vooruit (2/2)

- En (nu al) een toenemende aandacht van *litigators* (*)

Figure 1.1. Total climate change cases over time, US and non-US (up to 31 May 2022)



- Kortom: alle seinen op groen voor ESG-litigation (nu alleen nog de wereld verbeteren)



**Follow
this**



Annual General Meeting 2016
ROYAL DUTCH SHELL PLC





Responses to climate resolutions

Thanks to investors' votes, 5 oil majors reluctantly accepted accountability for Scope 3 (product emissions).

X = against

	Companies' advice to shareholders	Scope 3 Ambitions
	X "unreasonable"	✓ 28 November 2017
	X "[no] engagement with end users"	✓ 6 February 2020
	X "BP does not control [Scope 3]"	✓ 12 February 2020
	X "unnecessary"	✓ 30 September 2021
	X "Chevron's actions [...] are appropriate"	✓ 11 October 2021

theguardian

**Follow This leads investor rebellions
to tackle global heating**



Climate Resolutions Shell



Top 10 Dutch investors

- ✓ for
- abstain
- ✗ against
- no shares

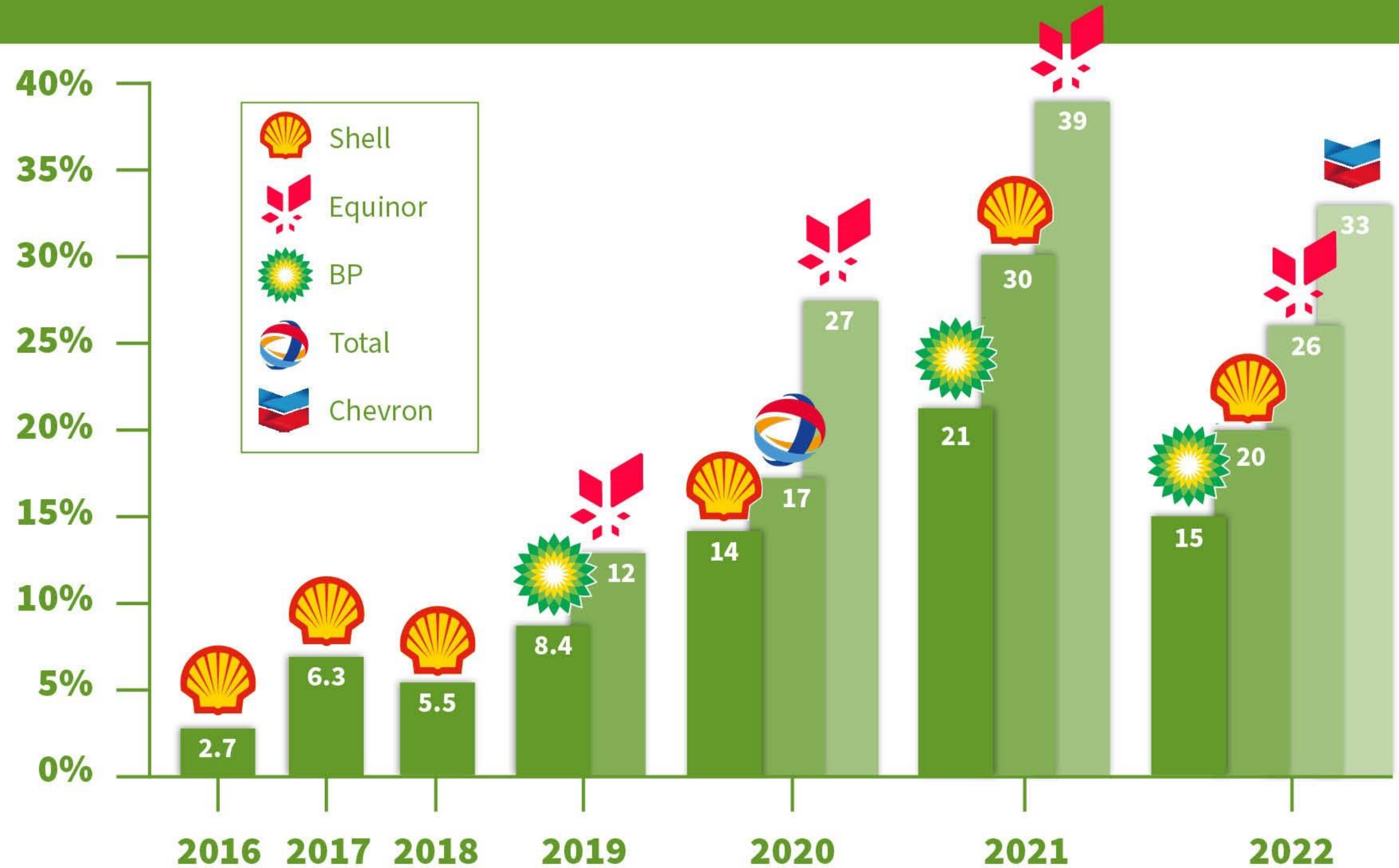
		Shell					
Investor	Total Assets	2016	2017	2018	2020	2021	2022
apg	€ 627 billion	✗	✗	○	○	○	✓
AEGON	€ 388 billion	✗	○	✓	✓	✓	✓
NN investment partners	€ 301 billion	✗	○	✓	✓	✓	✓
PGGM	€ 273 billion	✗	○	○	○	✓	✓
achmea	€ 220 billion	✗	✓	○	✓	✓	✓
			✗		○		
ROBECO	€ 201 billion	✗	✗	○	○	○	✓
MN	€ 130 billion	○	✓	✓	✓	✓	✓
VAN LANSCHOT KEMPEN	€ 99 billion	✗	✓	✓	○	○	✓
Blue Sky Group	€ 25 billion	✗	✓	✓	✓	✓	✓
actiam	€ 22 billion	✓	✓	✓	✓	—	—

Votes for Climate Resolutions

Follow this

Shareholders support the company to set Paris-consistent targets for all emissions (Scope 1, 2, and 3*)

* Scope 3 = product emissions
Total: filed by institutional investors
Equinor: excluding government shares
Chevron: 1 of 6 resolutions in the US that received 17% to 42%





Shell's response to the Follow This climate resolution



2016

“unwise”

2017

“unreasonable”

2018 - 2021

“unnecessary”

2022

“unrealistic”



SATIE framework

Five crucial steps to full Paris-alignment

- S** Shareholders vote for emission reduction targets, crucially including **Scope 3**.
- A** Company sets **Ambitions** covering Scope 3,
- T** advances these into Paris-consistent **Targets**,
- I** that lead to Paris-consistent **Investments**,
- E** that result in absolute **Emission** reductions on a 1.5°C pathway.

	S	A	T	I	E
	Scope 3	Ambitions	Targets	Investments	Emissions
 Shell	✓	✓	✗	✗	✗
 bp	✓	✓	✗	✗	✗
 equinor	✓	✓	✗	✗	✗
 TOTAL	✓	✓	✗	✗	✗
 Chevron	✓	✓	✗	✗	✗
 ConocoPhillips	✓	✗	✗	✗	✗
 ExxonMobil	✓	✗	✗	✗	✗
 OXY	✓	✓	✗	✗	✗
 PHILLIPS 66	✓	✓	✗	✗	✗



**Follow
this**



About European Investors-VEB

BACKGROUND

For almost a century, European Investors-VEB aim to strengthen the representation of investors in Europe by the following activities:

- i. Engaging with listed companies at their AGMs and in one-on-ones, representing long-term investors, based on our inhouse analyses which include qualitative criteria;
- ii. Initiating legal proceedings to bring about governance changes and to have compensation awarded to investors that have incurred losses on their investments due to fraud, deceit or mismanagement from the part of companies listed in Europe, banks, accountants and (former) directors;
- iii. Representing investors in legislative and regulatory discussions within Europe on areas which directly impact their legal position and their investments.

Please visit our website www.europeaninvestors.eu for more information on our activities and pending securities litigation.

OUR TRACK RECORD

We have an unrivalled track-record in conducting legal actions towards compensation of investor damages or the repair and improvement of lapses in corporate governance.

Largest cases	Amount
Fortis	€ 1,23 B
Ahold (Deloitte)	\$ 1,1 B
Steinhoff (Deloitte)	€ 1,4 B
Shell (SEC)	\$ 515 M
Unilever	€ 325 M
World Online	€ 118 M
Converium	\$ 59 M

Pending cases, like:

- Imtech bankruptcy
- SNS Reaal



**ESG
litigation,
een reëel
risico?**

Practice what you preach





Data

- <https://influencemap.org/report/Big-Oil-s-Agenda-on-Climate-Change-2022-19585>
- <https://cdn.minderoo.org/content/uploads/2021/05/27094234/20211105-Plastic-Waste-Makers-Index.pdf>
- <https://climateandhealthalliance.org/press-releases/international-health-organizations-call-for-fossil-fuel-non-proliferation-treaty-to-protect-lives-of-current-and-future-generations>
- [We've issued legal warnings to Nestlé, Danone and others over plastic | ClientEarth](#)
- [Toxic Chemicals in Shein and Other Fast Fashion Clothing \(insider.com\)](#)
- <https://www.oecd.org/publications/global-plastics-outlook-aa1edf33-en.htm>
- [Scores | Eerlijke Geldwijzer](#)

Precedenten



Stakeholders



Trends

“Further cases have been brought against the Carbon Majors and other fossil fuel companies, especially outside of the United States, in the last 12 months. Cases against corporate actors are also increasingly targeting the food, agriculture, transport, plastics and finance sectors.”

(...) “the number of cases with strategic ambition continues to rise, suggesting that climate litigation has firmly established itself as an activist strategy across jurisdictions.”

“Five areas to watch in the coming year are: cases involving personal responsibility, cases challenging commitments that over-rely on greenhouse gas removals or ‘negative emissions’ technologies; cases focused on short-lived climate pollutants; cases explicitly concerned with the climate and biodiversity nexus; and strategies exploring legal recourse for the ‘loss and damage’ resulting from climate change.”

“Climate aligned cases include: climate washing, corporate framework, compensation, personal responsibility, public finance and failure to adapt.”

Uit: Global trends in climate change litigation: 2022 snapshot, Policy Report June 2022.

HOEKSTRA LEGAL