

Artikel

Van vrijblijvendheid naar due diligence: ESG in commerciële contracten

Mr. drs. S.G. van Elferen en dr. A.L. Vytopil LLB MSc*

1. Inleiding

80 Er zijn twee drijvende krachten voor de noodzaak om in commerciële contracten aandacht te besteden aan duurzaamheid: enerzijds de interne wil van contracterende partijen om op een verantwoorde wijze invulling te geven aan hun bedrijfsvoering en relatie, anderzijds de externe druk van investeerders, consumenten en wetgeving die daaraan toenemende eisen stellen. Beide krachten komen voort uit een toenemende aandacht voor duurzaamheid in de samenleving, onder druk van klimatologische en sociale veranderingen.

In dit artikel bespreken we duurzaamheid in de brede zin van het woord. Het gaat daarbij om de impact van bedrijfsvoering op zowel milieuthema's (zoals CO₂-uitstoot en biodiversiteit) als sociale thema's (zoals mensenrechten en inclusiviteit). Deze twee aspecten, aangevuld met de vraag hoe een onderneming dit organiseert, worden vaak samengevat in de in internationaal verband steeds meer gebruikte term ESG (Environment, Social and Governance). Dit containerbegrip laat zich moeilijk exact definiëren. In ieder geval gaat het om een breed palet van onderwerpen gerelateerd aan duurzaam ondernemen, die weliswaar een duidelijke samenhang vertonen, maar waarvoor geen eenduidige aanpak is en waarbij ontwikkelingen zich in rap tempo opvolgen. Die

* Mr. drs. S.G. van Elferen is als senior bedrijfsjurist werkzaam bij een grote onderneming. Hij schrijft dit artikel op persoonlijke titel. Dr. A.L. Vytopil, LLB MSc is als senior manager business & human rights werkzaam bij een accountants- en advieskantoor. Zij schrijft dit artikel op persoonlijke titel.

dynamiek maakt het enerzijds lastig voor juristen om gepaste oplossingen te bieden, maar biedt anderzijds ook juist een kans voor juristen om ESG binnen ondernemingen naar een hoger niveau te brengen.

In paragraaf 2 kijken we eerst naar de ontwikkelingen in wetgeving over duurzaamheid, omdat deze (terecht of onterecht) voor veel ondernemingen het startpunt vormen in het nadenken over ESG. In paragraaf 3 kijken we vervolgens hoe commerciële contracten (en de rol van de bedrijfsjurist in het algemeen) de onderneming kunnen helpen de ESG-ambities vorm te geven, waarbij wij concrete suggesties doen voor contractuele bepalingen. In paragraaf 4 volgen, tot slot, enkele afsluitende observaties.

2. Ontwikkelingen in wet- en regelgeving

De bronnen van verplichtingen op het gebied van ESG kunnen worden onderverdeeld in vijf categorieën: (1) niet-bindende kaders, (2) rapportageverplichtingen, (3) brede inspanningsverplichtingen, (4) specialistische wetgeving, die veelal een combinatie van de eerste twee verplichtingen omvat, maar toegespitst is op een bepaalde sector of een bepaalde ESG-doelstelling, en (5) door ondernemingen gehanteerde gedragscodes.¹

¹ Dergelijke gedragscodes kunnen een zelfstandige bron van verplichtingen en potentiële aansprakelijkheid vormen wanneer een onderneming deze onderschrijft, maar niet nakomt. Wij gaan in deze bijdrage niet nader in op de vraag in hoeverre door ondernemingen gehanteerde gedragscodes een zelfstandige aanleiding kunnen vormen voor het opnemen van contractuele verplichtingen. Zie daarover wel A.L. Vytopil Contractual Control in the Supply Chain: On Corporate Social Responsibility, Codes

Paragraaf 2.2 en verder gaan hierop in, met als doel een kort overzicht te bieden van enkele rechtsbronnen waarop contractanten bedacht moeten zijn. Paragraaf 2.1 duidt eerst het verschil in ontwikkelingen tussen Nederland en de Europese Unie, waarmee duidelijk wordt dat de relevante rechtsbronnen voornamelijk niet-Nederlands van aard zijn.

2.1 Ontwikkelingen in de Europese Unie en Nederland

In 2019 presenteerde de Europese Commissie de EU Green Deal,² een actieplan dat uitvoering beoogt te geven aan het Klimaatakkoord van Parijs uit 2015, met als doel te zorgen dat Europa in 2050 klimaatneutraal is. De EU Green Deal bestaat uit een breed pakket van beleidsinitiatieven, waaronder *Fit For 55*, het pakket dat beoogt de uitstoot van broeikasgassen tegen 2030 met 55% te verminderen, onder meer door aanpassingen in het emissiehandelssysteem. Een overzicht van de verschillende initiatieven valt buiten de reikwijdte van deze bijdrage, maar belangrijk voor nu zijn de volgende twee vaststellingen ten aanzien van de uitrol van de EU Green Deal.

Ten eerste is de wetgeving die tot nu toe voortkomt uit de EU Green Deal in principe gericht op relatief grote ondernemingen, vanuit de gedachte dat deze ondernemingen de markt in belangrijke mate vormgeven. Zodoende zijn het in de praktijk veelal de beursgenoteerde ondernemingen en financiële instellingen die het eerst met nieuwe ESG-wetgeving aan de slag moeten, vervolgens de grote private ondernemingen en pas daarna de kleinere private ondernemingen.

Ten tweede is de wetgeving die tot nu toe voortkomt uit de EU Green Deal met name gericht op het inzichtelijk maken van de ESG-impact van de bedrijfsvoering van ondernemingen en nog niet zozeer op het stellen van eisen aan die bedrijfsvoering ten behoeve van de ESG-doelen. Ook hier vertrouwt de Europese Commissie erop dat het marktmechanisme zijn werk doet: zodra grote ondernemingen en financiers hun ESG-impact openbaar maken en zodoende duidelijk wordt wat duurzame investeringen zijn, zullen investeerders hun geld op duurzame wijze inzetten.

In tegenstelling tot de Europese Commissie toont de Nederlandse wetgever nog weinig ambitie en daadkracht op het gebied van ESG. De Nederlandse regering heeft de afgelopen jaren gekozen voor een afwachtende houding, vanuit de voorkeur voor een door Europa gecreëerd gelijk speelveld.³ Waar verschillende EU-landen in de loop der jaren niettemin ESG-wetgeving introduceerden,⁴ is de ontwikkeling in Nederland beperkt gebleven.

of Conduct, Contracts and (Avoiding) Liability, Den Haag 2015, p. 73-76, p. 159-175.

2 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_6691.

3 Zie o.a. Kamerbrief met stand van zaken nationale wetgeving IMVO, 27 mei 2022, BZDOC-841960807-34.

4 Zie o.a. de Duitse Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz van 11 juni 2021, de Franse Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des en-

De Wet zorgplicht kinderarbeid⁵ werd wel aangenomen, maar is tot op heden nog niet in werking getreden omdat geen overeenstemming kon worden bereikt over de inhoud van de daarvoor benodigde algemene maatregel van bestuur.⁶ Recenter werden de voorbereidingen voor het initiatiefvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen in internationale context⁷ na forse kritiek vanuit een deel van het Nederlandse bedrijfsleven op de plank gelegd in afwachting van de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD),⁸ waarover meer in paragraaf 2.5. Wat wel de status van wet haalde, is de Wet ingroeiquote en streefcijfers,⁹ die als doel heeft de verhouding tussen vrouwen en mannen in de top en subtop van het bedrijfsleven evenwichtiger te maken.

Hoewel veel Europese wetgeving nog moet worden omgezet in Nederlandse wetgeving om daadwerkelijk van kracht te worden, is duidelijk dat de blik voor een beter begrip van de ESG-rechtsbronnen niet zozeer op Den Haag maar op Brussel moet worden gericht.

2.2 Niet-bindende ESG-kaders

Lange tijd was maatschappelijk verantwoord ondernemen iets wat bedrijven ondernamen uit vrijwilligheid en zonder dat die verplichtingen noodzakelijk binnen een bepaald kader of raamwerk pasten. Dat kader verscheen voor het eerst in 2011, toen zowel de UN Guiding Principles on Business & Human Rights als (een hernieuwde versie van) de Richtlijnen voor multinationale ondernemingen van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO-Richtlijnen) het licht zagen.

De UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPR)¹⁰ is een set beginselen gebouwd op drie pijlers: de verplichting van staten om mensenrechten te beschermen (*Protect*), de verplichting van ondernemingen om mensenrechten te respecteren (*Respect*) en de

treprises donneuses d'ordre van 27 maart 2017, de Zwitserse Ordonnance sur les devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants van 3 december 2021, en de Noorse Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven) van 10 juni 2021.

5 Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen (Wet zorgplicht kinderarbeid).

6 A.L. Vytopil, Het Wetsvoorstel Zorgplicht Kinderarbeid: naar een wettelijke zorgplicht voor maatschappelijk verantwoord ondernemen?, BJB 2017/79.

7 Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 2 (voorstel van wet) en nr. 3 (MvT).

8 RTL Nieuws 15 februari 2023, Kabinet blokkeert omstrepen wet voor maatschappelijk verantwoord ondernemen, www.rtlnieuws.nl/economie/artikel/5365993/kabinet-imvo-maatschappelijk-ondernemen-bedrijven-vno-ncw-boskalis.

9 Wet van 29 september 2021 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het evenwichtiger maken van de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in het bestuur en de raad van commissarissen van grote naamloze en besloten vennootschappen.

10 Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework, te raadplegen via www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

mogelijkheid voor slachtoffers van mensenrechtenschendingen om toegang tot een remedie te krijgen (*Remedy*). Hoewel de UNGP brede steun genieten van de lidstaten van de Verenigde Naties, zijn zij niet-bindend. Wel wordt in toenemende mate in juridische procedures een beroep op de UNGP gedaan om – zoals viel te verwachten¹¹ – de open normen van het privaatrecht in te kleuren. Zo gebruikte de rechtbank in het arrest Milieu-defensie/Shell¹² de UNGP om invulling te geven aan de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm aan de hand waarvan het handelen van Shell werd beoordeeld. Daarbij overwoog de rechtbank dat ‘uit de UNGP en andere soft law instrumenten kan worden afgeleid dat internationaal algemeen aanvaard is dat bedrijven mensenrechten dienen te respecteren’¹³ en ‘deze verantwoordelijkheid van bedrijven is niet optioneel. Zij geldt overal en ongeacht de lokale wettelijke context en is niet passief.’¹⁴ Met de toenemende acceptatie van een maatschappelijke plicht van ondernemingen (zeker in Europese landen) is de verwachting dat de UNGP steeds verder juridisch verankerd zullen raken.

Dezelfde ontwikkeling is te verwachten ten aanzien van de recent herziene OESO-Richtlijnen.¹⁵ De OESO-Richtlijnen hebben een ietwat andere status dan de UNGP, omdat er minder OESO-lidstaten dan VN-lidstaten zijn, maar zijn gebouwd op dezelfde principes. De meest recente wijziging van de OESO-Richtlijnen heeft ze bovendien nog dichter bij de UNGP gebracht. Bijzonder aan de OESO-Richtlijnen is dat zij voorzien in de aanwijzing van een nationaal contactpunt (NCP), dat bevoegd is klachten te horen in verband met mogelijke overtreding van de OESO-Richtlijnen. Die klachten worden achter gesloten deuren behandeld, waarna een openbare slotverklaring volgt. Sinds de oprichting in 2002 weten steeds meer partijen het Nederlandse NCP te vinden.¹⁶ Zo boog het Nederlandse NCP zich bijvoorbeeld vorig jaar over het klachtenmechanisme (*grievance mechanism*) van Shell Nigeria en oordeelde het dat dit ontoereikend was in het licht van zowel de OESO-Richtlijnen als de UNGP.¹⁷

In de meest recente versie van de Nederlandse Corporate Governance Code¹⁸ is als principe 1.1 opgenomen dat het bestuur van een vennootschap verantwoordelijk is voor duurzame waardecreatie op lange termijn, waarbij rekening moet worden gehouden met de effecten van

het handelen van de onderneming op mens en milieu. Daarbij wordt ook expliciet verwezen naar de UNGP en OESO-Richtlijnen.

Niet-bindende ESG-kaders worden in toenemende mate verankerd in juridische kaders, zowel indirect in de vorm van het invullen van open normen van privaatrecht, als direct in de vorm van verwijzing naar de UNGP in wetgeving of het inhoudelijk overnemen van die normen in wetgeving (dan wel contracten). Daarover in de volgende paragrafen meer.

2.3 Rapportageverplichtingen

Rapportageverplichtingen gaan veelal een stap verder dan niet-bindende ESG-kaders.¹⁹ De EU Green Deal heeft vooralsnog geresulteerd in de drie richtlijnen die zich specifiek richten op ESG-rapportage: de Sustainable Finance Disclosure Regulation,²⁰ de Taxonomy Regulation²¹ en de Corporate Sustainability Reporting Directive.²²

De Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) werd in april 2021 gepubliceerd. De richtlijn betekent een uitbreiding van de huidige Non-Financial Reporting Directive (NFRD),²³ en schrijft voor dat steeds meer ondernemingen vanaf 2024 verplicht worden te rapporteren over hun impact op de mens en het klimaat. Zij moeten rapporteren aan de hand van het beginsel van dubbele materialiteit. Dat beginsel houdt kort gezegd in dat een thema materieel is en dat daar dus over moet worden gerapporteerd als het (1) invloed heeft op de waarde van de onderneming (zoals extreem weer) en/of (2) wordt beïnvloed door de bedrijfsvoering van de onderneming (zoals mensenrechtenschendingen in de keten).

Daarnaast verplicht de CSRD tot het meten van langetermijndoelstellingen, het publiceren van niet-financiële indicatoren zoals sociaal kapitaal, en zijn de onderne-

11 Vytopil 2015, p. 159-162.

12 Rb. Den Haag, C/09/571932/HA ZA 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5337>.

13 R.o. 4.4.14.

14 R.o. 4.4.15.

15 www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/oecd-guidelines-for-multinational-enterprises-on-responsible-business-conduct_81f92357-en.

16 www.oesorichtlijnen.nl/meldingen.

17 www.oesorichtlijnen.nl/meldingen/documenten/publicatie/2020/02/27/eindverklaring-obelle-vs.-spdc-shell.

18 Nederlandse Corporate Governance Code, geactualiseerd op 20 december 2022 en beschikbaar op www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2023/05/30/tk-bijlage-corporate-governance-code-2022.

19 Daarnaast bestaat uiteraard de mogelijkheid dat een onderneming op vrijwillige basis rapporteert over haar ESG-inspanningen, bijvoorbeeld door relevante informatie te publiceren op productverpakkingen, websites of in een apart duurzaamheidsverslag. De vrijheid die ondernemingen daarbij hebben is een bron van discussie, reden waarom het toepassingsbereik van rapportageverplichtingen snel uitbreidt. Zie daarover bijvoorbeeld ook het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de staving en het communiceren van uitdrukkelijke milieueclaims (Richtlijn groene claims) (2023/0085(COD)) en de Leidraad duurzaamheidsclaims (versie 2, 2023) van de Autoriteit Consument en Markt.

20 Verordening (EU) 2019/2088 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 betreffende informatievervalsing over duurzaamheid in de financiële dienstensector.

21 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.

22 Richtlijn (EU) 2022/2464 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 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.

23 Richtlijn (EU) 2014/95 van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2014 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen.

mingen verplicht deze ESG-informatie te laten controleren door de accountant op basis van *limited assurance*. Waar vanaf 1 januari 2024 het alleen verplicht is voor ondernemingen die nu vallen onder de NFRD, wordt de reikwijdte vanaf 2025 uitgebreid tot grote ondernemingen die nog niet onder de NFRD vallen. Vanaf 2026 vallen ook beursgenoteerde midden- en kleinbedrijven binnen het bereik van de CSRD.

De CSRD brengt met name een rapportageverplichting op het vlak van ESG-informatie met zich en legt daarvoor niet zozeer inhoudelijke normen op. Deze rapportageverplichtingen hebben niettemin een grote impact op het ESG-beleid van ondernemingen, omdat zij op een systematische manier ESG-informatie uit hun bedrijfsvoering moeten ophalen. Dit is een bewuste aanpak van de Europese Commissie; na te hebben afgedwongen dat ESG-prestaties inzichtelijk worden, hoopt de Europese Commissie dat de tucht van de markt zijn werk doet en ondernemingen met ondermaatse ESG-prestaties afstraft. Dat neemt niet weg dat de Europese Commissie ook zelf werkt aan inhoudelijke normen. Hoe dan ook, vandaag de dag hebben nog maar relatief weinig ondernemingen goed inzicht in hun eigen ESG-prestaties.

Een concreet voorbeeld van een rapportageverplichting onder de CSRD is ESRS 2 GOV-4, een van de rapportagestandaarden, die voorschrijft dat ondernemingen moeten rapporteren over hun due diligence-processen. Waar de term due diligence in de Nederlandse juridische praktijk vaak gebruikt wordt voor de specifieke onderzoeksplicht in het kader van fusies en overnames, ziet hij in de context van ESG eerder op het betrachten van een algemene zorgvuldigheidsplicht, waarbij onderzoek gedaan wordt naar de duurzaamheidsprestaties ten aanzien van de eigen onderneming en de waardeketen. Hoewel de standaard niet bepaalt hoe ondernemingen deze verplichting invullen (meer daarover in de volgende paragrafen), verwijst de toelichting expliciet naar de UNGP en OESO-Richtlijnen als kaders voor het verrichten van ESG-due diligence, waarmee duidelijk wordt dat als een onderneming due diligence verricht op basis van deze beginselen, dit in ieder geval voldoende zal zijn.²⁴ Een ander concreet voorbeeld van een rapportageverplichting onder de CSRD is ESRS S1-9, op basis waarvan ondernemingen moeten rapporteren over man-vrouwverhoudingen in de top van de onderneming. Dat sluit aan bij de rapportageverplichtingen onder de Wet ingroeiquota en streefcijfers, die hiervoor al even ter sprake kwam.

2.4 Inspanningsverplichtingen

Inspanningsverplichtingen gaan een stap verder dan rapportageverplichtingen; zo ver, dat de meeste wetgevers zich hier nog nauwelijks aan hebben durven wagen. Naar verwachting zal daarin verandering worden gebracht door de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD), een initiatief van Lara Wolters, lid

van het Europees Parlement.²⁵ Op 1 juni 2023 nam het Europees Parlement het tekstvoorstel aan.²⁶ In de maanden daarna zullen triloog onderhandelingen plaatsvinden tussen Europese Raad, Europese Commissie, Europees Parlement en lidstaten, om zo tot een finale versie te komen.

Op grond van de CSDDD worden ondernemingen die op de interne markt actief zijn – zowel ondernemingen die in de EU gevestigd zijn als grote ondernemingen van buiten de EU – verplicht verantwoord en duurzaam te ondernemen. Bedrijven worden verplicht gepaste zorgvuldigheid (due diligence) te betrachten. Zij moeten processen inrichten om risico's voor mens en milieu in hun ketens in kaart te brengen, de verwezenlijking van die risico's te voorkomen, aan te pakken of te stoppen, en daarover te communiceren. Daarnaast worden ondernemingen – in lijn met de derde pilaar van de UNGP – verplicht zorg te dragen voor of mee te werken aan herstelmaatregelen. Wanneer zij niet aan hun verplichtingen op grond van de CSDDD voldoen, kunnen zij – op grond van de tekst van 1 juni 2023 – aansprakelijk gehouden worden. Ook kan de nationale handhavingsautoriteit sancties aan hen opleggen (waaronder een boete van 5% van de wereldwijde netto-omzet).

De CSDDD zal in veel opzichten een verzwaring van de verplichtingen van internationaal handelende ondernemingen betekenen. Tot nu toe zijn de meeste ondernemingen verplicht om transparantie te betrachten in hun verslaglegging en – wanneer zij zich ook op de Australische, Britse of Californische markt begeven – om te verklaren welke maatregelen zij nemen om moderne slavernij en dwangarbeid in hun handelsketens te voorkomen.²⁷ De CSDDD gaat een stap verder en brengt een verplichting tot het doen van due diligence met zich. Hoewel nog onzekerheid bestaat over de definitieve vorm van deze verplichting zolang de CSDDD niet finaal is, is onze verwachting dat deze dicht bij een wettelijke verankering van de zes stappen uit de UNGP en OESO-Richtlijnen komt.

Een opvallend element van de CSDDD is het feit dat de CSDDD reeds anticipeert op het gebruik van contractuele bepalingen waarmee ondernemingen uitvoering gaan geven aan de CSDDD.²⁸ Zo bepaalt de CSDDD dat ondernemingen door middel van contractuele regelingen naleving van hun gedragscodes moeten afdwingen, dat de contracten ook moeten voorzien in actieplannen

24 [Draft] ESRS 1 General principles Exposure Draft, april 2022, p. 39-42.

25 Zie hierover o.a. L.F.H. Enneking, Van beleid naar gepaste zorgvuldigheid in mondiale waardeketens, NTBR 2022/43, afl. 10; T. Lambooy, Sketching the Wider Context for Introducing the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD), Ondernemingsrecht 2023/30; O.O. Cherednychenko, Mensenrechten, contractenrecht en internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen, NTBR 2022/47, afl. 10.

26 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937, te raadplegen op: www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html.

27 UK Modern Slavery Act 2015; Australian Modern Slavery Act 2018; California Transparency in the Supply Chain Act 2011.

28 Art. 7 lid 2 sub b jo. lid 4 en art. 8 lid 3 sub c jo. lid 5.

en dat ondernemingen hun relaties kunnen vragen vergelijkbare contractuele bepalingen op te nemen in hun contracten met andere partijen in dezelfde waardeketen. Die contractuele bepalingen moeten eerlijk, redelijk en niet-discriminatoire zijn. Is de wederpartij een midden- of kleinbedrijf, dan moet ze worden gecompenseerd voor de kosten van het naleven van de relevante contractuele bepalingen. Belangrijk daarbij is dat de bepalingen niet mogen leiden tot een verschuiving van de verantwoordelijkheid; ondernemingen kunnen hun due diligence niet wegcontracteren. Het is dan ook van essentieel belang dat ondernemingen na het opnemen van contractuele bepalingen ook daadwerkelijk invulling geven aan die bepalingen om te voldoen aan hun zorgplicht.²⁹ Hoe ver die zorgplicht reikt en wat in dat kader ‘appropriate measures’ zijn, zal van geval tot geval moeten worden bekeken.³⁰

2.5 Specifieke wetgeving

Op 1 januari 2021 nam de Europese Unie de Conflictmineralenverordening³¹ aan. Deze is vergelijkbaar met de Conflict Minerals Rule 1502 die in 2012 in de Verenigde Staten werd aangenomen. Onder deze verordening zijn in de EU gevestigde ondernemingen die tantalum, tin, tungsten en goud (kortweg 3TG genoemd) importeren, sinds 1 januari 2023 verplicht onderzoek te doen naar de herkomst van 3TG en te verklaren dat deze grondstoffen uit verantwoorde en conflictvrije bronnen afkomstig zijn. Een expertgroep stelt een lijst van risico- en conflictgebieden op. De verordening bouwt voort op de *OESO Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains from Conflict-Affected and High-Risk Areas* door eenzelfde vijfstappensysteem op te leggen aan importeurs van 3TG: ondernemingen moeten (1) een managementsysteem inrichten om deze risico's in kaart te brengen, (2) de risico's van negatieve impact in hun toeleveringsketen identificeren en vaststellen, (3) een strategie vaststellen om de geïdentificeerde risico's te adresseren, (4) jaarlijks onafhankelijke audits laten verrichten door een derde ten aanzien van de toegepaste zorgvuldigheid in de toeleveringsketen, en (5) jaarlijks verslag leggen over de wijze waarop zij gepaste zorgvuldigheid in de toeleveringsketen toepassen.

De Conflictmineralenverordening kent beperkingen. Zo werd kritiek geuit op het feit dat de EU bepaalde sectorbrede due diligence-programma's zou erkennen op grond waarvan importeurs hun due diligence-verplichting kunnen laten controleren door middel van door derden uit te voeren audits, om zodoende te laten bepalen dat zij voldoende gepaste zorgvuldigheid betrach-

ten. Ondernemingen die van zo'n programma lid zijn, hoeven dan niet meer aan voormelde stap 4 te voldoen. Ondernemingen zouden, zo vrezen non-gouvernementele organisaties, een dergelijk programma toestaan om hen de zorgplicht te laten ‘afkopen’ door deelname aan een programma, en door die ondernemingen daarmee vrij te stellen van overheidstoezicht.³² Desalniettemin betekent deze verordening dat – voor het eerst – naleving van de OESO-Richtlijnen wettelijk verplicht wordt voor ondernemingen die de 3TG importeren.

Recent werd door de Europese Unie de Verordening voor ontbossingvrije producten³³ aangenomen. De Ontbossingsverordening geldt ten aanzien van bepaalde grondstoffen die met ontbossing geassocieerd worden: cacao, koffie, soja, palmolie, hout, rubber en vee, en daarvan afgeleide producten (zoals chocolade, maar ook leer, cosmetica enzovoort). In de toekomst worden mogelijk andere producten aan deze lijst toegevoegd. Ondernemingen die dergelijke grondstoffen importeren naar of exporteren vanuit de EU, worden verplicht te bewijzen dat deze niet met ontbossing geassocieerd kunnen worden. Ook ondernemingen die niet in de EU gevestigd zijn, vallen daarmee onder deze verplichtingen. Ondernemingen worden onder de Ontbossingsverordening verplicht gepaste zorgvuldigheid te betrachten, die – op grond van de verordening – bijvoorbeeld kan bestaan uit het verzamelen van geografische informatie (waaronder satellietfoto's) ten aanzien van het stuk grond waar de producten geproduceerd werden, het bepalen van het risico dat niet aan de Ontbossingsverordening zou worden voldaan, en het reduceren van dat risico tot een verwaarloosbaar niveau.

Door zulke specifieke verplichtingen op te nemen voor ondernemingen is te verwachten dat ondernemingen behoefte krijgen aan betere kwaliteitsdata ten aanzien van de bronnen waarvan zij bepaalde producten afnemen, zodat de zichtbaarheid en traceerbaarheid van die producten vergroot worden. Ook is de verwachting dat de eisen ten aanzien van nieuwe en bestaande leveranciers strenger zullen worden om beter zicht te krijgen op het risico ten aanzien van die leveranciers.

De zogeheten RoHS-richtlijn wordt momenteel door de Europese Unie bijgewerkt in de vorm van een verordening. Deze update zou vergaande eisen omvatten over de waardeketen van batterijen.³⁴

29 Zie hierover ook C.J.W. Baaij & A.G. Castermans, Maatschappelijk verantwoord ondernemen en de doelmatigheid van contractuele toezeggingen in de handelsketen, NTBR 2022/48, afl. 10.

30 Zie hierover ook C.C. van Dam, Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor leveranciers en afnemers, NTBR 2022/45, afl. 10.

31 Verordening (EU) 2017/821 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot vaststelling van verplichtingen inzake passende zorgvuldigheid in de toeleveringsketen voor Unie-importeurs van tin, tantaal en wolframa, de overeenkomstige ertsen, en goud uit conflict- en hoogrisicogebieden.

32 Core Group, The EU Conflict Minerals Regulation Implementation at the EU Member State level, Review paper, juni 2021, te raadplegen via <https://ipisresearch.be/wp-content/uploads/2021/06/Review-paper-on-EU-Conflict-Minerals-Regulation-1-1.pdf>.

33 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het op de markt van de Unie aanbieden en de uitvoer uit de Unie van bepaalde grondstoffen en producten die met ontbossing en bosdegradatie verband houden, en tot intrekking van Verordening (EU) nr. 995/2010.

34 Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 14 juni 2023 over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake batterijen en afgedankte batterijen, tot intrekking van Richtlijn 2006/66/EG en tot wijziging van Verordening (EU) 2019/1020.

Tot slot wordt op Europees niveau gewerkt aan een Dwangarbeidrichtlijn,³⁵ op grond waarvan producten gemaakt met dwangarbeid niet toegelaten zullen worden op de interne markt. Het voorstel werd op 14 september 2022 bekendgemaakt door de Europese Commissie en zou betekenen dat nationale handhavingsautoriteiten (te benoemen per lidstaat) onderzoeksbevoegdheden zouden krijgen ten aanzien van producten waarvan een ‘gegronde bezorgdheid’ (*substantiated concern*) zou bestaan dat zij met behulp van dwangarbeid gemaakt zouden zijn. Als dat het geval is, kan een formeel onderzoek gestart worden. Indien gegrond, kan de handhavingsautoriteit verbieden het product op de interne markt te plaatsen. De exploitant kan verplicht worden de producten van de markt te verwijderen en de relevante producten te vernietigen. De Dwangarbeidrichtlijn beoogt de due diligence-verplichtingen die in andere instrumenten opgenomen zijn niet te dupliceren, maar aan te vullen. Waar de Dwangarbeidrichtlijn niet zou voorzien in een verplichting tot het betrachten van gepaste zorgvuldigheid, zou deze daar indirect wel toe leiden. De mate waarin en de wijze waarop de exploitant due diligence verricht heeft, worden meegewogen in het kader van het onderzoek door de handhavingsautoriteit.

2.6 Wetgeving: van rapportage naar inspanning
Zo beschouwd heeft ESG zich in de afgelopen vijf jaar snel ontwikkeld van een *nice to have* tot een verplicht onderdeel van de verslaggeving voor grotere ondernemingen. Kijken we nog vijf jaar vooruit, dan achten wij de kans reëel dat ook voor het midden- en kleinbedrijf ESG niet langer vrijblijvend is en dat op steeds meer deelgebieden wettelijke eisen aan ondernemingen worden gesteld. In feite is die ontwikkeling al een tijdje gaande, getuige bijvoorbeeld de beperkingen op het gebruik van wegwerpverpakkingen. ESG is niet meer weg te denken uit de bedrijfsvoering van ondernemingen. Ook ESG-due diligence zal steeds meer gemeengoed worden. Dat heeft impact op contracten. In de navolgende alinea’s gaan wij in op de vraag welke ontwikkelingen wij zien en verwachten, welk soort regelgeving in welke contractuele setting de meest ESG-ambitieuze doelen nastreeft, en hoe een ambitieuze ESG-bepaling eruit zou kunnen zien.

3. Commerciële contracten

Uit de hiervoor geschetste ontwikkelingen in de wetgeving op het vlak van zowel rapportage als due diligence herleiden wij twee lessen voor commerciële contracten:

1. Contracten moeten het ten eerste mede mogelijk maken dat een onderneming inzicht heeft in haar ESG-impact door de gehele waardeketen (*value chain*). Deze impact vindt niet alleen plaats binnen

de bedrijfsvoering van de onderneming zelf, maar ook in die van leveranciers en afnemers.³⁶ Zo kwalificeren voor veel ondernemingen de meeste CO₂-emissies niet binnen de zogeheten scope 1 (directe eigen emissies), maar binnen scope 2 (indirecte eigen emissies) en scope 3 (emissies in de waardeketen)). Contracten met die leveranciers en afnemers moeten ondernemingen allereerst in staat stellen de relevante informatie te verzamelen door de verschillende lagen van hun waardeketen heen.

2. Contracten moeten het vervolgens ook mede mogelijk maken dat de onderneming in staat is actie te ondernemen wanneer haar ESG-impact negatief blijkt te zijn. In geval van misstanden in de waardeketen, *upstream* of *downstream*, moet een onderneming haar zakelijke relaties daarop kunnen aanspreken. Hiervoor doen wij suggesties in paragraaf 3.2.

Deze lessen gelden niet alleen bij het aangaan van nieuwe contracten. Ook bestaande contracten met een lange looptijd zullen mogelijk moeten worden herzien in het licht van nieuwe ESG-vereisten. Dit vereist een samenwerking tussen de bedrijfsjurist en andere betrokken functies in de onderneming, waaronder zeker ook de commerciële functies. Uit onze praktijkervaringen op dat gebied herleiden wij een derde les, wellicht de belangrijkste:

3. Contracten kunnen een belangrijke faciliterende rol spelen in de uitvoering van de ESG-strategie van een onderneming. Cruciaal daarbij is evenwel dat er een gedegen ESG-strategie is. In de praktijk zien wij dat vrijwel alle ondernemingen het belang van ESG voor hun bedrijfsvoering onderschrijven, maar dat er nog maar weinig ondernemingen zijn die ESG volwaardig in hun strategie en operaties hebben geïntegreerd.³⁷ Zonder die integratie is het risico groot dat contractuele ESG-bepalingen – als die al gebruikt worden – dode letters blijven. Wij zien hier een rol voor de bedrijfsjurist als aanjager. Hierover meer in paragraaf 3.3.

In paragraaf 3.1 kijken we naar gangbare contractuele bepalingen omtrent ESG. In paragraaf 3.2 doen wij een suggestie voor een contractuele bepaling die de eerste twee hiervoor genoemde lessen in praktijk brengt op een betere wijze dan de gebruikelijke contracten. In pa-

36 Bij ESG-impact van afnemers kan gedacht worden aan de verkoop van technologieën die gebruikers in staat stellen inbreuk te maken op het recht op privacy (waaronder interceptie-, af luister- en gezichtsherkenningstechnologieën) of aan farmaceutische producten die – als zij onveilig verwerkt worden – leiden tot milieuvuiling. Het principe dat een afnemer primair zelf verantwoordelijkheid draagt voor de juiste toepassing van een product, ontslaat de verkoper niet van zijn due diligence-verplichtingen ten aanzien van die toepassing. Hoe ver die verplichtingen strekken, is sterk afhankelijk van de combinatie van het product en de afnemer.

37 Discrepancie tussen de publieke uitingen van een onderneming over haar ESG-strategie enerzijds en de daadwerkelijke implementatie daarvan anderzijds kan een belangrijke opstap vormen naar aansprakelijkheid. Deze interessant discussie valt buiten de reikwijdte van deze bijdrage, maar komt bijvoorbeeld aan de orde in de eerdergenoemde uitspraak van Rb. Den Haag inzake Milieudefensie/Shell, r.o. 4.5.2.

35 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake een verbod op met dwangarbeid vervaardigde producten op de markt van de Unie (2022/0269 (COD)).

ragraaf 3.3 weiden we uit over de rol van de bedrijfsjurist als aanjager van duurzaamheid.

3.1 Gangbare ESG-contractbepalingen

De meest basale ESG-contractbepaling die wij in praktijk zien loopt langs de volgende lijnen:

In the execution of this agreement, each Party shall comply with all applicable laws and regulations.

Deze bepaling is eigenlijk niet geschreven voor ESG-doeleinden, maar veeleer voor klassieke juridische punten van zorg, zoals productregulering en corruptiebestrijding. De bepaling leent zich evenwel voor ESG-doeleinden nu ESG steeds meer in wetgeving verankerd wordt. In de praktijk hebben wij echter nog niet gezien dat op basis van een bepaling als deze een betekenisvolle invulling wordt gegeven aan ESG. Het is moeilijk in te zien hoe een algemene bepaling als deze voldoende houvast biedt voor het verkrijgen van alle relevante ESG-informatie en voor het nemen van acties wanneer uit deze informatie blijkt dat de relevante ESG-belangen onvoldoende geborgd zijn, zeker gezien het feit dat verreweg de meeste ESG-wetgeving geen klip-en-klare antwoorden biedt op de vraag hoe de vaak relatief abstracte normen in specifieke gevallen moeten worden ingevuld.³⁸ Zelfs wanneer een onderneming een ESG-strategie hanteert die enkel gericht is op het voldoen aan wettelijke verplichtingen, menen wij dat zij er goed aan doet daartoe meer contractuele waarborgen in te bouwen.

Meer zoden aan de ESG-dijk zet een bepaling langs de volgende lijnen, die we eveneens vaak in de praktijk zien:³⁹

In the execution of this agreement, each Party shall comply with the code of conduct of Party X, attached as Schedule Y.

Afhankelijk van de kwaliteit van de relevante gedragscode kan een bepaling als deze een goede aanzet zijn voor het verankeren van ESG in een contract.⁴⁰ Partijen die ESG hoog op hun agenda hebben staan, kunnen aan de hand van een gedragscode met gedetailleerde voorschriften op een breed scala van ESG-onderwerpen een betekenisvol contract optuigen. In de praktijk zien we hierbij echter twee beperkingen: (1) veel gedragscodes zijn onvoldoende specifiek en/of bestrijken slechts een deel van de relevante ESG-onderwerpen, en (2) vaak krijgt een bepaling als de vorenstaande geen praktische invulling in de uitvoering van het contract.

Er is daarom in de praktijk behoefte aan ESG-contractbepalingen die meer houvast bieden. Wij zien die echter

nog nauwelijks. Er zijn wel goede initiatieven tot het ontwikkelen van modelbepalingen. Zo heeft de American Bar Association de *Model Contract Clauses to Protect Workers in International Supply Chains*⁴¹ opgesteld, die specifiek zien op de bescherming van mensenrechten in de waardeketen. Een ander noemenswaardig initiatief is *The Chancery Lane Project's Net Zero Toolkit*,⁴² een set van modelbepalingen van en voor praktijkjuristen, specifiek gericht op het streven naar *net zero*. Wij verwachten dat de definitieve CSDDD ook aanleiding zal vormen voor het opstellen van modelbepalingen, mede gezien de vereisten omtrent contractuele bepalingen die hiervoor al ter sprake kwamen.

3.2 Suggestie voor nieuwe ESG-contractbepalingen

Gangbare ESG-contractbepalingen laten contractspartijen de ruimte afspraken te maken op principeniveau en dus niet noodzakelijkerwijs ook op praktisch niveau. Wanneer contractspartijen in aanvulling daarop ook kiezen voor meer concrete rapportageverplichtingen en ESG-doelen, creëren partijen ten eerste een meer actieve dialoog over de voor hen relevante ESG-onderwerpen, ten tweede een mogelijkheid om de ESG-impact van hun relatie inzichtelijk te maken, en ten derde een middel om negatieve impact te beperken.

Hier volgt een opzet voor een nieuwe ESG-contractbepaling die naar onze inschatting een belangrijke aanvulling biedt op de reeds gangbare bepalingen. De eerste paragraaf van de bepaling zou als volgt kunnen luiden:

1.1 ESG principles. *Parties wish to shape their business relationship in a way that takes into account the interests of the environment and the people affected by their business relationship, with the aim to optimize positive impact and minimize negative impact. To do so, Parties shall (i) comply with the provisions of this clause 1 (ESG), (ii) comply with applicable laws and regulations, (iii) comply with their respective codes of conduct, and (iv) to the extent not provided for by items (i) through (iii), use reasonable efforts to do all such things that may be reasonably required to mitigate actual and potential negative environmental and social impact through their business relationship.*

Deze eerste paragraaf beoogt een ESG-basis te bieden waar contractspartijen gedurende hun hele relatie op terug kunnen vallen. Deze basis bestaat uit een expliciete gedeelde intentie (het respecteren van de belangen van mens en milieu), een structuur om daaraan vorm te geven (die wordt uitgewerkt in de volgende paragrafen), een duidelijke ondergrens (wet- en regelgeving, alsook de eigen gedragscodes van de ondernemingen) en een stok achter de deur voor het geval dat de structuur en de ondergrens gedurende de uitvoering van het contract onvoldoende houvast blijken te bieden voor een goede

38 Vytopil 2015, p. 68.

39 Vytopil 2015, p. 122.

40 Vytopil 2015; M.C. Menting, *Industry codes of conduct in a multi-layered Dutch private law*, Prisma Print 2016; K. Mitkidis, S. Perkovic & P. Mitkidis, *Tendencies in contractual governance to promote human and labour rights in transnational supply chains*. *Competition & Change* 2019/4, p. 397-419.

41 www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/human_rights/contractual-clauses-project/mccs-full-report.pdf.

42 <https://chancerylaneproject.org/toolkit/>.

invulling van de ESG-verantwoordelijkheden van partijen. Vooral in langlopende contracten achten wij het noodzakelijk dat partijen de flexibiliteit, maar niet vrijblijvendheid, inbouwen om invulling te geven aan toekomstige ESG-ontwikkelingen.

De bepaling zou als volgt verder kunnen gaan:

1.2 Governance. *Each Party shall designate one or more persons who will serve as their contact points for ESG-related aspects of this agreement. These contact persons must (i) attend to the execution of this clause 1 (ESG), (ii) be reasonably knowledgeable on the ESG topics that are material to this agreement, (iii) have regular meetings with each other, at least once per month, and (iv) be in close contact with colleagues who execute this agreement at an operational level, to obtain relevant ESG-related information and to procure implementation of ESG-related actions.*

Met deze tweede paragraaf krijgt de G van ESG handen en voeten. Door contractspartijen te verplichten capabele personen verantwoordelijkheid te geven over de uitvoering van de ESG-aspecten van de overeenkomsten die personen in contact te brengen met elkaar en met hun collega's die uitvoering geven aan de operationele aspecten van de overeenkomst, ontstaat een concrete invulling van ESG-ambities die niet (althans zeker niet vanzelf) ontstaat door alleen het aanhechten van een gedragscode.

Vervolgens zou kunnen worden voorzien in rapportageverplichtingen:

1.3 Reporting. *Parties acknowledge that laws and regulations may require them to disclose ESG-related aspects of their businesses, including this agreement. To this effect, each Party shall provide to the other Party within reasonable time all information reasonably requested by the other Party in relation to the ESG-related aspects of this agreement, in such a format and level of detail that the requesting Party can use the information to comply with its disclosure obligations. The requesting Party shall not use the information for any other purpose and shall limit the storage of the information to the minimum requirements of the relevant laws and regulations.*

Deze derde paragraaf biedt een contractspartij de mogelijkheid alle informatie op te vragen die zij van de andere contractspartij nodig heeft voor wettelijk verplichte rapportage over de ESG-impact van haar bedrijfsvoering. De paragraaf is breed ingestoken, maar kan op diverse punten worden aangescherpt naar behoefte van partijen. Deze bepaling dient gelezen te worden in het licht van het feit dat ESG-informatie commercieel gevoelig kan liggen (wegens de behoefte aan informatie over onder-toeleveranciers). Aan het verschaffen van dergelijke commercieel gevoelige informatie kan echter – verwachten wij – niet meer ontkomen worden nu onder meer de CSRD verplicht tot het aannemen van key

performance indicators die de hele waardeketen aangaan. Waar verwezen wordt naar 'laws and regulations', kan specifiek de CSRD of andere relevante wetgeving worden genoemd, of kan met verwijzing naar de gedragscode of het ESG-beleid van de onderneming ook nog meer informatie worden gevraagd dan dat de wet voorschrijft. Ook kan worden gespecificeerd wat 'reasonable time' is, met concrete tijdslijnen voor het indienen en beantwoorden van informatieverzoeken. Wellicht is er aanleiding om te voorzien in een compensatieregeling voor kosten, zeker wanneer te verwachten is dat de ene partij veel meer informatie moet gaan aanleveren dan de andere.

Verder kan worden voorzien in specifieke due diligence- en rapportageverplichtingen:

1.4 Due diligence. *Parties acknowledge that laws and regulations may require them to perform ESG due diligence in relation to this agreement, including taking appropriate measures to identify, prevent and/or mitigate actual and potential adverse human rights impacts and adverse environmental impacts arising from this agreement. To this effect, each Party shall (i) take appropriate measures to identify actual and potential adverse human rights impacts and adverse environmental impacts arising from its activities and those of its business partners in relation to this agreement, (ii) in case of the identification of potential adverse impact: take appropriate measures to prevent or adequately mitigate the potential adverse impact, (iii) in case of the identification of actual adverse impact: take appropriate measures to bring the actual adverse impact to an end, or minimize the adverse impact in case it cannot be brought to an end, and (iv) inform the other Party of each action in accordance with this paragraph in such a format and level of detail that the other Party can use the information to comply with its due diligence obligations.*

Deze vierde paragraaf geeft contractspartijen een kader voor de invulling van hun due diligence-verplichtingen. Net zoals de voorgaande paragraaf is deze paragraaf breed ingestoken en op diverse punten voor aanscherping vatbaar. Hier zien de 'laws and regulations' primair op de CSDDD, maar het werkt in principe ook voor andere wetgeving op hetzelfde terrein. Verdere specificatie van de wijze waarop impact wordt geïdentificeerd en gepaste maatregelen tot stand worden gebracht, kan ook zinvol zijn.

Een vijfde paragraaf verplicht contractspartijen ook in hun contracten met andere partijen in de waardeketen afspraken van gelijke strekking op te nemen:

1.5 Value chain approach. *Each Party shall include provisions similar to this clause 1 (ESG) in its agreements with third parties that are part of the value chain of the other Party.*

Een bepaling langs deze lijnen lijkt ons zinvol, omdat een significant deel van zowel de rapportageverplichtin-

gen als de due diligence-verplichtingen zich uitstrekt tot andere partijen in de waardeketen. Dergelijke bepalingen zijn ook al enige tijd gangbaar in de ESG-contractspraktijk (nu het gebrek aan transparantie zich vooral *beyond tier 1* wreekt), en de CSDDD stuurt hier ook op aan.

Tot slot achten wij het zinvol concrete gevolgen te verbinden aan niet-nakoming van de voorgaande paragrafen:

1.6 Enforcement. *If a Party does not comply with its obligations under this clause 1 (ESG) after having been given a reasonable opportunity by the other Party to correct any non-compliance, (i) it shall be liable for all losses incurred by the other Party as a result of that non-compliance, including any indirect or consequential damages resulting from the other Party not being able to comply with its reporting or due diligence obligations under laws and regulations, and (ii) the other Party may terminate this agreement with immediate effect and without any compensation (other than payment of any amounts outstanding at the moment of termination).*

Zonder een paragraaf langs deze lijnen zijn de voorgaande paragrafen een stuk lastiger afdwingbaar. Door het schadebegrip veel ruimer te maken dan dat van artikel 6:96 BW wordt de sanctie op niet-nakoming een stuk groter. Het opnemen van een expliciete beëindigingsgrond voorkomt een discussie over de vraag of een tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt.

3.3 Rol van de bedrijfsjurist

Volgens een rapport van de UN Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises staan bedrijfsjuristen vaak in de weg aan een effectieve implementatie van ESG-due diligence door een overmatige focus op het beperken van aansprakelijkheden.⁴³ Ook in onze praktijken zien wij nog veel juristen die ESG primair als een aansprakelijkheidsrisico zien. Hoewel dat zeker een relevante as in de ESG-discussie is (getuige ook het arrest Milieudefensie/Shell), menen wij dat de bedrijfsjurist over andere assen veel meer waarde toe kan voegen.

Wij menen dat een goede inbedding van ESG in de bedrijfsvoering van cruciaal belang is voor het belang van de vennootschap, en dat een goede bedrijfsjurist (meer dan veel van zijn collega's in andere functionele disciplines) bij uitstek in een positie zit om dit vennootschappelijk belang over het voetlicht te brengen. Uiteraard is dat vennootschappelijk belang gebaat bij een verdediging tegen de risico's van ESG, maar het is nog veel meer gebaat bij een proactieve invulling van een ESG-strategie. In bestuurskamers groeit weliswaar het besef dat ESG integraal onderdeel moet worden van de strategie van de onderneming, maar er zijn nog maar

weinig ondernemingen die erin slagen daar een overtuigende invulling aan te geven, met name buiten de eerste laag van de handelsketen. De bedrijfsjurist kan daarin helpen, niet alleen door te wijzen op de risico's van ESG-initiatieven, maar nog veel meer op de risico's van het gebrek aan ESG-initiatieven. Binnen ondernemingen die al gemotiveerd zijn goed invulling geven aan ESG zal dan niet zozeer nodig zijn, maar binnen ondernemingen die de externe druk van wetgeving nodig hebben kan de bedrijfsjurist een belangrijke rol spelen in het vormgeven van de strategie van de onderneming. Ongeacht de strategie van de onderneming kan de bedrijfsjurist ervoor zorgen dat ESG op passende wijze in commerciële contracten wordt verankerd en kan hij of zij vervolgens ook een waardevolle bijdrage leveren aan de invulling daarvan door te adviseren over de reikwijdte van de zorgplicht van de onderneming en door aanknopingspunten te bieden om daaraan te voldoen.

4. Afsluitende overwegingen

In de afgelopen vijftien jaar heeft wet- en regelgeving op het vlak van ESG zich ontwikkeld van breed geformuleerde richtlijnen, via rapportageverplichtingen, naar verplichtingen tot het doen van due diligence. Waar de eerste contractuele ESG-bepalingen zich beperkten tot een verplichting wet- en regelgeving na te leven, dan wel een tot verplichting voor partijen om zich aan een bepaalde gedragscode te houden, verwachten wij dat toekomstige contractuele ESG-bepalingen significant meer handen en voeten moeten krijgen om gelijke tred te houden met de wetgeving. Gebruik van doordachte ESG-bepalingen kan partijen in staat stellen beter inzicht te krijgen in hun ESG-impact, om vervolgens ook naar die inzichten te kunnen handelen.

Wij zien dat soort ESG-bepalingen nog niet op grote schaal. Dat betekent dat er zowel nieuwe taken als nieuwe mogelijkheden voor praktijkjuristen in het verschiep liggen. In de uitvoering van die taken zal de bedrijfsjurist in sterke mate afhankelijk zijn van het ESG-ambitieniveau van de onderneming. Is dat ambitieniveau hoog, dan kan de bedrijfsjurist een belangrijke rol spelen in de uitvoering van die ambitie door relaties met andere partijen in de waardeketen te versterken met goede contracten. Is dat ambitieniveau laag, dan moet de bedrijfsjurist waken voor de ondergrens en zijn collega's erop wijzen dat de wetgeving op allerlei terreinen steeds meer van ondernemingen vraagt. In beide gevallen is het vennootschappelijk belang gebaat bij een jurist die zich bewust is van de mogelijke breedte en diepte van ESG-bepalingen in contracten.

43 United Nations General Assembly, The Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises (16 juni 2018) UN Doc A/73/163, par. 41, filename A_73_163-EN.pdf, <https://digitallibrary.un.org/record/1639520>.