Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Biodiversiteit & business – een verkenning

J.E.S. Hamster

1 Inleiding

Anno 2022 hebben de meeste ondernemingsrechtjuristen oog voor de toenemende juridische relevantie van klimaatverandering.[1] Datzelfde geldt voor mensenrechten: ooit slechts verbindend voor staten op grond van internationale verdragen worden nu ook ondernemingen in toenemende mate geacht mensenrechten te respecteren, op basis van *soft law*-standaarden, rechtspraak en (Europese) wetgeving. Wie denkt dat het bij die twee thema's blijft, komt bedrogen uit. Een nieuw thema wint met de dag aan belang en aandacht: biodiversiteit.[2] In *ESG*-land wordt dit als een van de grote onderwerpen voor de komende jaren gezien, en ook ngo's en wetgevers maken zich klaar om juridische invulling te geven aan dit thema. Dat vormt aanleiding om in dit artikel stil te staan bij de belangrijkste juridische aspecten rondom biodiversiteit. In paragraaf 2 bespreek ik wat biodiversiteit inhoudt en behandel ik de belangrijkste internationale verdragen. In paragraaf 3 ga ik in op de ontwikkeling van internationale soft law-standaarden op dit vlak. Ik sta stil bij de belangrijkste internationale wetgevingsontwikkelingen op dit gebied in paragraaf 4. In paragraaf 5 bespreek ik het toenemende aantal strategische procedures over biodiversiteit tegen ondernemingen. In de afsluitende paragraaf 6 bespreek ik wat ondernemingen en in het bijzonder hun *legal departments* kunnen en moeten doen om met biodiversiteit aan de slag te gaan.

2 Het begrip biodiversiteit en het internationale raamwerk

Met het (eventueel) succesvol aanpakken van klimaatverandering kan de wereld niet op haar lauweren rusten. Het klimaat is slechts één van meerdere *planetary boundaries* die, wanneer ze overschreden worden, het voortbestaan van leven op aarde in gevaar kunnen brengen.[3] Biodiversiteit is een andere, belangrijke planetaire grens. We hebben het dan over de enorme verscheidenheid aan leven op de planeet, variërend van de kleinste bacteriën tot blauwe vinvissen. Het Verdrag inzake biodiversiteit (Biodiversiteitsverdrag) uit 1992 definieert het als volgt:

1 Zie voor een inleidend overzichtsartikel over het internationale klimaatrecht J.E.S. Hamster, Het internationaal klimaatrecht in de belangstelling – een inleiding. Van het VN Raamwerkverdrag naar het Glasgow Pact, TOP 2021/482.

2 G. Gambetta, Biodiversity: The dust may have settled on COP26, but a different – and potentially less disappointing – COP is on the horizon, Responsible Investor 3 december 2021.

3 J. Rockström e.a., *Ecology and Society. Planetary boundaries: Exploring the safe operating space for humanity*, Ecology and Society (14) 2009/32. Bij het grotere publiek is deze theorie bekend geworden door de Netflix-documentaire Breaking Boundaries met David Attenborough, waarin Johan Rockström en zijn theorie over planetaire grenzen een belangrijke rol speelden.

doi: 10.5553/OenF/157012472022030002005

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

> 'The variability among living organisms from all sources including, inter alia, terrestrial, marine and other aquatic ecosystems and the ecological complexes of which they are part; this includes diversity within species, between species and of ecosystems.'[4]

Die soortendiversiteit is van essentieel belang voor een gezonde biosfeer, de nauw met elkaar verbonden ecosystemen die er met elkaar voor zorgen dat leven op aarde überhaupt mogelijk is.[5] Hoewel het uitsterven van soorten tot op zekere hoogte een natuurlijk verschijnsel is, gaat dat nu een factor 100 tot 1000 sneller dan gebruikelijk.[6] De cijfers zijn schrikbarend: tussen 1970 en 2016 was er een vermindering van 68% in dierenpopulaties, en meer dan een miljoen planten- en dierensoorten worden nu met uitsterven bedreigd.[7] De biomassa van wilde zoogdierenpopulaties is met 82% afgenomen.[8] Zo zijn er nog veel meer alarmerende statistieken, uiteengezet in recente rapporten van het IPBES[9] en IUCN.[10] Het bekende Global Risk Report van het World Economic Forum benoemde verlies aan biodiversiteit in 2022 als een van de drie belangrijkste wereldwijde risico's voor de komende tien jaar.[11]
Een tweede reden dat biodiversiteit een steeds belangrijker thema wordt, is de innige verwevenheid met klimaatverandering. Dat heeft enerzijds een negatief aspect: verlies van bossen en andere biosferen leiden tot enorme uitstoot van broeikasgassen – tussen 2010 en 2019 gaat het om tussen de 9% en 19% van alle door mensen veroorzaakte uitstoot.[12] De positieve keerzijde daarvan is dat biosferen (en de daarvoor essentiële biodiversiteit) een belangrijke rol kunnen spelen in het tegengaan van klimaatverandering. De opname van CO_2 door bossen, mangroves en oceanen is enorm, en er is brede consensus dat deze 'nature-based solutions' essentieel zijn om de doelen van het Verdrag van Parijs binnen handbereik te houden.[13] Het meest recente klimaatakkoord, het Glasgow Climate Pact benadrukt expliciet het belang van het beschermen en bewaren van de bestaande ecosystemen op aarde.[14]

Hoewel biodiversiteit recentelijk dus volop in de aandacht staat, zijn er al enkele decennia verdragen die pogen internationale afspraken over biodiversiteit vast te leggen. Het belangrijkste daarvan is het hiervoor al aangehaalde Biodiversiteitsverdrag uit 1992, geratificeerd door 196 landen – dat wil zeggen alle VN-lidstaten

4 Biodiversiteitsverdrag, Trb. 1992, 164.
5 C. Folke e.a., *Our future in the Anthropocene biosphere*, Ambio (50) 2021, p. 834-869; S. Díaz e.a., *Assessing nature's contributions to people*, Science (359) 2018, p. 270-272.
6 IPBES, The global assessment report on biodiversity and ecosystem services, december 2020.
7 WWF, *Living Planet Report 2020; IUCN, IUCN Red List of Threatened Species*, 2022.
8 IPBES 2020.
9 IPBES staat voor de Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services.
10 IUCN staat voor de International Union for Conservation of Nature.
11 World Economic Forum, *The Global Risks Report 2022*.
12 IPCC, *Climate Change 2021 – The physical science basis*, 2021.
13 Energy Transitions Commission, *Keeping 1.5°C alive: Actions for the 2020s*, september 2021.
14 Het Glasgow Klimaatpact, hoofdstuk 4, overweging 38.

Onderneming en Financiering 2022 (30) 2
doi: 10.5553/OenF/157012472022030002005

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

met uitzondering van de Verenigde Staten. Het Biodiversiteitsverdrag bevat weinig concrete verplichtingen, en eist vooral dat staten zelf maatregelen nemen om verlies aan biodiversiteit tegen te gaan, zonder te specificeren hoe die maatregelen eruit moeten zien. De verdragspartijen komen eens in de twee jaar bij elkaar tijdens een zogenoemde Conference of the Parties (COP). De volgende COP – COP15 – vindt plaats in Kunming, China, in augustus 2022 en wordt als zeer belangrijk gezien om een nieuw, steviger internationaal regime te ontwikkelen: het post-2020 Global Biodiversity Framework.[15] De Kunming Declaration, een niet-bindende verklaring van de verdragspartijen in aanloop naar COP15, biedt hoop dat er inderdaad verstrekkende beslissingen genomen zouden kunnen worden, waaronder een concrete verplichting om 30% van het land en 30% van de zee tot beschermd gebied te verklaren, het zogeheten '30x30 doel'.[16]

Buiten het raamwerk van het Biodiversiteitsverdrag bieden vooral de *side agreements*, die de laatste jaren steeds vaker rondom grote klimaatconferenties worden gesloten, hoop.[17] Tijdens de klimaattop van 2021 in Glasgow bijvoorbeeld maakten 141 staten in de Glasgow Leaders' Declaration on Forests and Land Use een commitment ontbossing tegen 2030 een halt toe te roepen.[18] Nu is het probleem dat deze declaraties juridisch niet bindend zijn en vooral een mooie kans zijn voor staten om hun blazoen op te poetsen. De conclusie voor wat betreft het internationaal publiekrechtelijke kader is dan ook dat er weinig concrete normen zijn. Niet voor niets is alle hoop gevestigd op de COP15 in Kunming. De laatste berichten over de voorbereidende onderhandelingen zijn helaas weinig hoopvol.[19]

3 Soft law-ontwikkelingen

Tot niet zo lang geleden zouden ontwikkelingen op het gebied van *soft law* weinig aandacht krijgen in een serieus juridisch artikel. Vandaag de dag beseffen ook juristen dat grote thema's rondom ESG[20] praktisch volledig door beheerst worden, en dat die soft law-standaarden wel degelijk juridische relevantie hebben.[21] De United Nations Guiding Principles on Business & Human Rights geven bijvoorbeeld invulling aan wat verwacht kan worden van ondernemingen op het gebied van mensenrechten, zo oordeelde de rechtbank Den Haag in het Shell-klimaatvonnis.[22] Het is

15 COP15 is vanwege de covidpandemie al vier keer uitgesteld, dus ondertussen zijn we al twee jaar post-2020.
16 *Kunming Declaration: 'Ecological Civilization: Building a Shared Future for all Life on Earth'*, 13 oktober 2021.
17 Zie J.E.S. Hamster, Het internationaal klimaatrecht in de belangstelling – een inleiding. Van het VN Raamwerkverdrag naar het Glasgow Pact, TOP 2021/482.
18 *Glasgow Leaders' Declaration on Forests and Land Use*, 2 november 2021.
19 Onderhandelingen VN Top over ecologische crisis en biodiversiteit mislukt, De Volkskrant 30 maart 2022; What really happened at Geneva's crucial biodiversity negotiations?, The Guardian 2 april 2022.
20 ESG staat voor Environmental, Social and Governance.
21 Zie M.E. Coenraads & J.E.S. Hamster, Verantwoord ondernemen: van soft law naar hard law via strategisch procederen, TOP 2019/451, afl. 8, p. 31-39.
22 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (Milieudefensie/Shell).

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

interessant om te zien dat op het gebied van biodiversiteit het internationale bedrijfsleven, en dan met name de financiële sector, vooruitloopt op eventuele afspraken tussen staten in Kunming. In deze paragraaf behandel ik de belangrijkste soft law-ontwikkelingen op het gebied van *biodiversity targets, biodiversity reporting* en *biodiversity investor engagement*.

Met betrekking tot het stellen van *targets* op het gebied van biodiversiteit is een van de belangrijkste ontwikkelingen de *Finance for Biodiversity Pledge*.[23] In deze Pledge committeren de ondertekenaars, ondertussen meer dan negentig grote banken en investeerders met meer dan $ 13 biljoen aan beheerd vermogen, zich om samen te werken om per 2025 biodiversiteitsdoelen te stellen en daar ook verantwoording over af te leggen. De deelnemende instellingen hebben stichtingen en een werkgroep opgericht om te onderzoeken hoe hun impact op de biodiversiteit gemeten kan worden, hoe ze actief aan *stakeholder engagement* kunnen doen, en om staten te beïnvloeden een alomvattend en ambitieus verdrag te sluiten in Kunming.[24]

De vraag hoe biodiversiteitsdoelen eruit kunnen zien, gaat hopelijk worden beantwoord door het Science Based Targets Initiative (STBI). Het STBI helpt ondernemingen klimaatdoelen vast te stellen en te meten in hoeverre het ook lukt die doelen te behalen. Het STBI is van plan nog in 2022 op wetenschap gebaseerde doelen vast te stellen voor het behoud van biodiversiteit.[25] Daarmee is de volgende belangrijke vraag hoe ondernemingen verantwoording kunnen afleggen over hun impact op de biodiversiteit. Er zijn nog geen erkende rapportagemethoden op het gebied van biodiversiteit, maar er wordt hard gewerkt aan de ontwikkeling daarvan. Noemenswaardig zijn de werkzaamheden van de Climate Disclosure Standards Board (CSDB), de Global Reporting Initiative (GRI) en de European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG). EFRAG is een adviesorgaan dat met name bekend is om zijn werkzaamheden rondom de rapportagestandaarden in de Corporate Sustainability Reporting Directive. GRI is bekend van de ontwikkeling van de GRI Standards, een van de gouden standaarden op het gebied van ESG-rapportage. Samen werken GRI en EFRAG aan de ontwikkeling van een *Biodiversity Standard* in 2022.[26] Zij zullen daarbij het uitgangspunt van 'double materiality' hanteren – bedrijven moeten niet alleen rapporteren over de impact van het verlies aan biodiversiteit op de activiteiten van ondernemingen, maar ook, in de omgekeerde richting, over de impact van de bedrijfsactiviteiten op biodiversiteit.
De CDSB daarentegen focust slechts op de impact van het verlies aan biodiversiteit op de waarde van een onderneming (de zogeheten *enterprise value*-benadering) in zijn recent gelanceerde handleiding over *disclosures* ten aanzien van biodiversiteit. Dit debat – *double materiality* versus *enterprise value* – speelt ook ten aanzien van

23 Zie www.financeforbiodiversity.org/.
24 Zie www.financeforbiodiversity.org/publications/aligning-financial-flows-with-biodiversity-goals-and-targets/.
25 Gambetta 2021.
26 Zie www.globalreporting.org/about-gri/news-center/efrag-and-gri-to-co-construct-biodiversity-standard/.

Onderneming en Financiering 2022 (30) 2
doi: 10.5553/OenF/157012472022030002005

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

andere deelterreinen van duurzaamheid, zoals rapportageverplichtingen op het gebied van klimaat. De EU kiest daarbij steevast voor de double materiality-lijn, terwijl er in globale vrijwillige standaarden een voorkeur lijkt te bestaan voor de (minder verstrekkende) enterprise value-benadering.[27]

Het project waar misschien nog wel het meest van verwacht wordt, is het Framework van de Taskforce on Nature-Related Financial Disclosures (TNFD). Een soortgelijke taskforce op het gebied van klimaatverandering, de Taskforce on Climate-Related Financial Disclosures (TCFD) heeft de leidende standaard ontwikkeld op het gebied van klimaat-disclosures. De hoop is dat de TNFD hetzelfde kan betekenen voor disclosures op het gebied van biodiversiteit. De TNFD bouwt daarbij voort op het werk van het STBI. In februari 2022 is een 'beta v0.1'-versie van de standaard gelanceerd. Onder de standaard zijn er vier typen disclosures, namelijk ten aanzien van governance, strategie, risicomanagement en doelstellingen van de onderneming. Onder de governance-disclosures moet een bedrijf beschrijven hoe het bestuur toezicht houdt op aan natuur gerelateerde risico's en kansen, en hoe het hogere management deze risico's beoordeelt en er beleid op maakt. Onder de strategische disclosures moet een onderneming de aan natuur gerelateerde risico's beschrijven voor de korte, middellange en lange termijn, evenals welke impact die risico's hebben op de bedrijfsvoering. Ook zal de onderneming moeten beschrijven welke interactie zij heeft met kwetsbare ecosystemen. Onder de risicomanagement-disclosures moet een onderneming aangeven op welke manier zij deze risico's geïdentificeerd heeft, en hoe zij risicomanagement geïntegreerd heeft in haar bedrijfsvoering. Tot slot moet een onderneming duidelijk maken welke *metrics* zij heeft gebruikt om deze risico's in kaart te brengen, welke doelen de onderneming heeft gesteld, en wat haar daadwerkelijke prestaties zijn ten opzichte van die doelen.[28]
Ook op de vraag hoe investeerders *engagement* kunnen inzetten bij de ondernemingen die zij financieren of waarin zij een aandeel houden, ontwikkelen zich de contouren van een antwoord. Een andere variant op een succesvol klimaatinitiatief is namelijk de Nature Action 100+, gemodelleerd naar de Climate Action 100+. Dat is een groep van meer dan zevenhonderd investeerders met meer dan $ 68 biljoen aan beheerd vermogen, die met elkaar hebben afgesproken besturen van ondernemingen waar ze een belang in hebben in de algemene vergadering aan te spreken op hun klimaatbeleid. Het plan voor de Nature Action 100+ staat nog in de kinderschoenen, maar het idee is dat investeerders op vergelijkbare wijze deelnemingen aan zullen sporen concrete plannen te ontwikkelen om verlies aan biodiversiteit tegen te gaan.[29]

Overigens zijn er ook enkele belangrijke individuele spelers die doelen stellen op het gebied van biodiversiteit-engagement en daarmee, simpelweg door hun positie

27 G. Gambetta, G7 impact taskforce weighs in on enterprise value vs. double materiality debate, Responsible Investor 14 december 2021.
28 Zie https://tnfd.global/tnfd-framework/.
29 Zie https://blogs.worldbank.org/psd/nature-action-100-proposal-targeted-investor-engagement-biodiversity.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

op de kapitaalmarkt, een normerend effect hebben. Zo heeft Norges Bank Investment Management, een van 's werelds grootste *asset managers*, in augustus 2021 bekendgemaakt wat zij van haar *portfolio companies* verwacht op het gebied van duurzaamheid.[30] Daaronder valt onder meer een verplichting om de materiële impact van activiteiten, producten en diensten op de biodiversiteit te rapporteren, waarbij Norges Bank verwacht dat deze ondernemingen voor zover mogelijk erkende rapportagemethoden gebruiken.
Ook landelijk wordt er aan de weg getimmerd. Partijen bij het IMVO-convenant voor de verzekeringssector hebben bijvoorbeeld een ESG-beleggingsraamwerk voor het thema biodiversiteit opgesteld. Dit raamwerk biedt handvatten voor verzekeraars om *due diligence* uit te kunnen voeren om risico's in hun beleggingsportefeuille ten aanzien van biodiversiteitsverlies te identificeren, mitigeren en voorkomen.[31]

Interessant om verder nog te benoemen, hoewel niet strikt juridisch, is de ontwikkeling van financiële producten rondom biodiversiteit. HSBC heeft bijvoorbeeld een benchmark gelanceerd die focust op prestaties op het gebied van biodiversiteit, vergelijkbaar met bijvoorbeeld specifieke ESG-fondsen. ASN heeft een biodiversiteitsfonds opgericht dat investeert in projecten en initiatieven die een meetbare positieve bijdrage leveren aan de biodiversiteit.[32] Tot slot zijn enkele staten van plan groene obligaties uit te geven, die gekoppeld zijn aan het behoud van bijvoorbeeld bossen of koraalriffen.[33]

4 Biodiversiteitsverplichtingen voor ondernemingen

Natuurlijk is de bescherming van het milieu van oudsher een onderdeel van het nationale omgevingsrecht; overheden houden bij de verlening van vergunning rekening met milieuaspecten, en tegen de vergunningverlening dan wel -weigering staan bezwaar en beroep open. Er is gelukkig al een veelvoud aan Europese regelgeving op dat vlak – variërend van de Habitatrichtlijn[34] tot de Vogelrichtlijn[35] en de Verordening betreffende invasieve en uitheemse soorten.[36] Tegelijkertijd is er een groeiend besef dat deze bestuursrechtelijke aanpak te weinig zoden aan de dijk zet: ik hoef alleen maar te wijzen op de schrikbarende cijfers die ik in paragraaf 2 aanhaalde, of op nationale schaal naar het recente rapport van de Raad voor de Leefomgeving en Infrastructuur. De boodschap van dat laatste rapport is dat, al onze

30 Zie www.nbim.no/en/publications/expectation-documents/.
31 Zie www.imvoconvenanten.nl/-/media/imvo/files/verzekeringssector/biodiversiteit.pdf?la=nl&hash=5BA1BD838980262F75BD1D23382777CE.
32 HSBC launches indexes that screen firms for biodiversity risk, Bloomberg 23 november 2021.
33 Ontwikkelingslanden storten zich op natuurbehoud in ruil voor krediet, Het Financieele Dagblad 15 november 2021.
34 Richtlijn 92/43/EEC van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna.
35 Richtlijn 2009/147/EC van 30 november 2009 inzake het behoud van de wilde vogelstand.
36 Verordening 1143/2014 van 22 oktober 2014 betreffende de preventie en beheersing van de introductie en verspreiding van invasieve uitheemse soorten.

Onderneming en Financiering 2022 (30) 2
doi: 10.5553/OenF/157012472022030002005

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

milieuwetgeving ten spijt, Nederland afkoerst op een biodiversiteit bestaande uit wat brandnetels en kraaien.[37]
Er is daarom een groeiende voorkeur voor het opleggen van directe verplichtingen aan het bedrijfsleven, variërend van rapportageverplichtingen tot due diligence-verplichtingen en daadwerkelijke verboden bepaalde producten te verhandelen. Wat interessant is aan nieuwe (Europese) wetgevingsinitiatieven op het gebied van klimaat, milieu en mensenrechten is dat zij geen rekening houden met de klassieke scheidslijnen tussen rechtsgebieden en gelijktijdig elementen van contractenrecht, bestuursrecht, ondernemingsrecht, financieel toezichtrecht en aansprakelijkheidsrecht inzetten om tot een zo effectief mogelijke handhaving van regels te komen. In deze paragraaf bespreek ik enkele van de meest relevante Europese projecten op dit snijvlak. Ik ga ook kort in op ontwikkelingen in het financiële toezicht.

4.1 Europese wetgeving

De Europese Commissie heeft een ambitieuze biodiversiteitsstrategie opgesteld voor 2030.[38] Hieronder vallen allereerst enkele klassiek milieurechtelijke verplichtingen voor de lidstaten, zoals de uitbreiding van Natura 2000-gebieden, het EU Nature Restoration Plan, met verplichtingen voor de lidstaten tot natuurherstel, en het Zero Pollution Action Plan om een flinke hoeveelheid pesticiden en chemicaliën te verbieden in de EU.
Binnen deze biodiversiteitsstrategie zijn er enkele belangrijke wetgevingsprojecten die rechtstreeks impact hebben op het bedrijfsleven.[39] In de eerste plaats is dat de Taxonomieverordening.[40] Over deze verordening is veel geschreven in het kader van klimaatbeleid, maar zij legt ook vast welke bedrijfsactiviteiten een positieve bijdrage leveren aan biodiversiteitsherstel en dus als duurzaam mogen worden bestempeld door financiële instellingen. Financiële instellingen moeten aangeven dat deze duurzame beleggingen voldoen aan het *do no significant harm*-principe, dat wil zeggen dat zij geen significante schade toebrengen in het licht van de milieudoelstellingen van de EU. Daarnaast moeten financiële instellingen op grond van deze verordening aangeven hoe zij duurzaamheidsrisico's, waaronder risico's van biodiversiteitsverlies, meewegen in hun financiële beslissingen.

Biodiversiteit wordt ook onderdeel van de Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) ter vervanging van de Non-Financial Reporting Directive (NFRD). Als het voorstel van de Europese Commissie wordt aangenomen door het Europees Parlement – naar verwachting in het voorjaar van 2022 –, dan zullen deze uitgebreidere rapportageverplichtingen voor zo'n drieduizend Nederlandse onderne-

37 Raad voor de Leefomgeving en Infrastructuur, Natuurinclusief Nederland: natuur overal en voor iedereen, maart 2022.
38 Te vinden op https://ec.europa.eu/environment/strategy/biodiversity-strategy-2030_en.
39 Zie https://ec.europa.eu/environment/strategy/biodiversity-strategy-2030_en.
40 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.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

mingen naar verwachting ingaan in 2023.[41] Hoewel de rapportagestandaarden nog niet bekend zijn – en op dit moment worden opgesteld door de al eerder besproken EFRAG[42] –, maakt het voorstel duidelijk dat er ook rapportageverplichtingen zullen komen met betrekking tot biodiversiteit.[43]

Het meest in het oog springende voorbeeld hiervan is het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn inzake passende zorgvuldigheid met betrekking tot duurzaamheid in het bedrijfsleven, of de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD).[44] Het voorstel introduceert due diligence-verplichtingen voor grote Europese en niet-Europese ondernemingen gemodelleerd naar de soft law-standaarden van de United Nations Guiding Principles on Business & Human Rights (UNGP) en de OECD Guidelines on Responsible Business Conduct (OECD Guidelines). Zij behelzen, in de kern, een verplichting om het risico op negatieve effecten op de mensenrechten en negatieve milieueffecten te identificeren, de bevindingen te implementeren met het oog op het voorkomen en verminderen van zulke schendingen, de implementatie te controleren en tot slot daarover te communiceren.[45] Zo ook in het voorstel van de Commissie: een onderneming dient (1) een due diligence-beleid te ontwikkelen ten aanzien van mensenrechten en milieueffecten op grond van art. 5, (2) negatieve effecten op mensenrechten te identificeren op grond van art. 6, (3) actuele en mogelijke negatieve effecten te voorkomen, mitigeren of minimaliseren op basis van art. 7 en 8, (4) een klachtenmechanisme op te zetten op grond van art. 9, (5) dit hele proces te monitoren en waar nodig aanpassingen door te voeren op basis van art. 10, en (6) over dit hele proces te rapporteren op grond van art. 11.[46] De annexen bij het voorstel bevatten een lijst met mensenrechtenverdragen en milieuverdragen die te gelden hebben als 'negatieve effecten' en waarop dus due diligence moet plaatsvinden. Daaronder valt een schending van art. 10 v Biodiversiteitsverdrag, waarin een verplichting is opgenomen maatregelen te nemen ten aanzien van het gebruik van natuurlijke hulpbronnen om negatieve gevolgen voor de biodiversiteit te vermijden of te minimaliseren. Dat betekent dat biodiversiteitsverlies dus onderdeel wordt van de due diligence-verplichtingen onder de CSDDD.

41 De Europese Raad heeft zijn zienswijzen al bekendgemaakt, zie www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/02/24/council-adopts-position-on-the-corporate-sustainability-reporting-directive-csrd/.

42 EFRAG heeft al wel een *working paper* openbaar gemaakt met een voorstel voor biodiversiteitsstandaarden, www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=%2fsites%2fwebpublishing%2fSiteAssets%2fESRS%2520E4%2520on%2520biodiversity%2520and%2520ecosystems.pdf.

43 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU, Richtlijn 2004/109/EG, Richtlijn 2006/43/EG en Richtlijn (EU) 537/2014 betreffende duurzaamheidsrapportage door ondernemingen, 2021/0104 (COD), overweging 40.

44 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, 2022/0051 (COD).

45 Zie bijv. de definitie in de OESO-richtlijnen over verantwoord ondernemen, hoofdstuk II, Algemene beginselen voor bedrijfsbeleid, aanbeveling 145.

46 Zie voor een uitgebreide analyse J.E.S. Hamster, Due diligence inzake duurzaamheid: een kritische beschouwing van het voorstel van de Europese Commissie, MvO 2021, afl. 7/8, p. 270-277.

Onderneming en Financiering 2022 (30) 2
doi: 10.5553/OenF/157012472022030002005

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

De Europese Commissie heeft ook een voorstel gedaan voor een ontbossingsverordening.[47] Onder deze verordening mogen bedrijven bepaalde producten – onder andere rundvlees, soja, hout, cacao en koffie – op de Europese markt brengen die gelinkt zijn aan ontbossing, wat heel concreet betekent dat er na 31 december 2020 geen bossen gekapt mogen zijn om die producten te produceren. Partijen die handelen in deze producten hebben een due diligence-verplichting om erop toe te zien dat dit inderdaad niet het geval is.[48]

Een laatste ontwikkeling die het benoemen waard is, is de herziening van de Environmental Liability Directive. Dat is een oude en weinig spannende richtlijn die administratief verhaal regelt van kosten die gemaakt moeten worden om milieuschade te herstellen. Het Europees Parlement ziet in een nieuwe versie graag een civiel aansprakelijkheidsregime voor milieuschade en een verplichting voor de onderneming om zekerheid te stellen voor mogelijke milieuschade.[49] Tot slot wil het Europees Parlement in de Environmental Crimes Directive het misdrijf 'ecocide' opnemen – de vernietiging van de natuur door opzettelijke handelingen of grove nalatigheid.[50]

4.2 Toezicht financiële sector

Ook de financiële toezichthouders zien het belang van biodiversiteit in. De Nederlandsche Bank (DNB) heeft samen met het Planbureau voor de Leefomgeving een onderzoek uitgevoerd naar het effect van biodiversiteitsverlies.[51] DNB heeft in haar *sustainable finance strategy* aangekondigd de uitkomsten van dit onderzoek om te gaan zetten in concreet beleid en heeft ook al eerste adviezen op dit vlak openbaar gemaakt.[52] De Autoriteit Financiële Markten erkent het belang van rapportage over niet-financiële waardecreatie en, de keerzijde daarvan, niet-financiële risico's, en heeft in dat kader biodiversiteit expliciet benoemd.[53] De wijze waarop toezichthouders de effecten van klimaatverandering steeds nadrukkelijker in hun toetsingskader zijn gaan betrekken, zal ongetwijfeld een blauwdruk vormen voor

47 Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the making available on the Union market as well as export from the Union of certain commodities and products associated with deforestation and forest degradation and repealing Regulation (EU) No 995/2010, 2021/0366 (COD).

48 Voorstel ontbossingsrichtlijn, art. 1, 3 en 4.

49 Zie www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210517IPR04121/environmental-liability-rules-need-revamping.

50 Er is geen internationaal geaccepteerde definitie, hoewel een groep internationale juristen onder leiding van professor Philip Sands een definitie heeft voorgesteld om op te nemen in het statuut van het Internationaal Strafhof: 'For the purpose of this Statute, "ecocide" means unlawful or wanton acts committed with knowledge that there is a substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the environment being caused by those acts.' Zie https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf.

51 Zie www.dnb.nl/actueel/algemeen-nieuws/persberichten-2020/dnb-en-pbl-biodiversiteitsverlies-leidttot-financiele-risico-s/.

52 Zie www.dnb.nl/actueel/algemeen-nieuws/persberichten-2020/financiele-instellingen-delen-aanpakbiodiversiteit/.

53 Zie www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2019/dec/waardecreatie-wint-aan-belang.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

eenzelfde ontwikkeling op het gebied van biodiversiteit.[54] Deze nationale ontwikkelingen zijn in lijn met internationale trends in het financieel toezicht. Het netwerk van centrale banken en toezichthouders voor vergroening van het financiële stelsel oordeelde zeer recent nog dat biodiversiteitsverlies significante macro-economische implicaties kan hebben en daarmee rechtstreeks invloed heeft op de financiële stabiliteit.[55]

5 Strategische procedures tegen ondernemingen rondom biodiversiteit

De hiervoor besproken wetgevingsprojecten leggen alle concrete biodiversiteitsverplichtingen aan bedrijven op. Zij hebben gemeen dat er nationale en/of Europese toezichthouders zijn die op naleving van deze verplichtingen toezien. Daarnaast houden deze concrete verplichtingen voor ondernemingen ook de mogelijkheid in te worden aangesproken op schending van die verplichtingen in civiele procedures. Sommige voorstellen maken dit expliciet: zo bevat het voorstel voor de CSDDD een expliciete verplichting voor lidstaten civiele aansprakelijkheidsacties mogelijk te maken voor schending van de due diligence-verplichtingen in het voorstel. Voor andere wetgevingstrajecten is dit minder uitdrukkelijk opgenomen in de tekst van de verordening of richtlijn zelf, maar volgt dit simpelweg uit het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht: handelen in strijd met een wettelijke plicht kan immers leiden tot aansprakelijkheid voor schade, mits aan de overige voorwaarden voor schadeplichtigheid is voldaan.

Daar komt bij dat soft law-normen veel minder vrijblijvend zijn dan soms gedacht: zij kunnen een belangrijke rol spelen bij de invulling en/of inkleuring van open normen van Nederlands privaatrecht.[56] Dat geldt in de eerste plaats voor normen waar ondernemingen zich expliciet aan hebben gecommitteerd, maar ook voor soft law-normen die zodanig breed geaccepteerd zijn dat zij een invulling kunnen geven aan een maatschappelijke norm, zonder een expliciet commitment.[57]

Dat betekent dat er voldoende aanvliegroutes zijn voor belangengroeperingen om procedures rondom biodiversiteit te beginnen. Mijn indruk is dat ngo's staan te popelen om daar inderdaad mee aan de slag te gaan.[58] Strategisch procederen heeft een stormachtige groei doorgemaakt de afgelopen jaren, internationaal, maar in Nederland in het bijzonder, getuige de succesvolle procedures tegen de Nederlandse Staat (Urgenda) en Shell.[59] Richtte de eerste golf strategische procedures zich op overheden, een tweede golf mikte op procedures tegen grote vervuilers, zoals ener-

54 B. Bierman, Sustainable capital: Prudential supervision on climate risks for banks, in: F.E.J. Beekhoven van den Boezem, C. Jansen & B. Schuijling (red.), Sustainability and financial markets (Series Law of Business and Finance, Vol. 17), Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 6, p. 129-162.

55 Zie www.ngfs.net/en/communique-de-presse/ngfs-acknowledges-nature-related-risks-could-have-significant-macroeconomic-and-financial.

56 Coenraads & Hamster 2019; C. van Dam, *Enhancing human rights protection: A company lawyer's business* (oratie Rotterdam), 2015, p. 5: 'Het onderscheid tussen hard law en soft law is vloeiend en ze raken meer en meer met elkaar verweven.'

57 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (Milieudefensie/Shell), r.o. 4.4.27.

58 Legal eagles: How climate litigation is shaping ambitious cases for nature, The Guardian 16 maart 2022.

59 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (Milieudefensie/Shell).

Onderneming en Financiering 2022 (30) 2
doi: 10.5553/OenF/157012472022030002005

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

giebedrijven. Nu de eerste golf tot wereldwijde successen leidt en ook de tweede golf in sommige vooroplopende jurisdicties zoals Nederland succesvol is, is mijn verwachting dat een derde golf zich zal richten op de 'enablers' van grote vervuilers, zoals de banken die energiebedrijven financieren, en op andere *planetary boundaries* dan alleen het klimaat.[60] Wetenschappers die zich bezighouden met biodiversiteit zien het succes van klimaatprocedures en wijzen ook in wetenschappelijke publicaties op de mogelijke inzet van strategische procedures op het gebied van biodiversiteit.[61]

Procedures rondom biodiversiteit zijn anders dan klimaatprocedures in de zin dat zij per definitie plaatselijker van aard zijn. Een CO_2-molecuul uitgestoten in Nederland draagt evenveel bij aan klimaatverandering in Australië als een Australische molecuul aan klimaatverandering in Nederland. Dat ligt met biodiversiteit anders: ontbossing van de Amazone draagt in eerste instantie bij aan biodiversiteitsverlies in de Amazone. Weliswaar zijn veel ecosystemen grensoverschrijdend, maar zo universeel als klimaatverandering zal biodiversiteitsverlies nooit worden. Dat brengt met zich mee dat actiegroepen zich zullen richten op specifieke situaties van biodiversiteitsverlies – net zoals zij zich in *human rights litigation* richten op een specifieke mensenrechtenschending. Dat hoeft aan de effectiviteit van zo'n procedure niets af te doen – zoals Milieudefensie bewees met haar procedure tegen Shell over olielekkages in slechts drie dorpjes in de Nigerdelta in Nigeria.[62]

Als het biodiversiteitsverlies zich voordoet in ontwikkelingslanden waar procedures weinig kansrijk zijn, dan betekent dat wel dat ngo's een manier moeten vinden om rechtsmacht te vinden in bijvoorbeeld het land van de zetel van de betrokken multinationale onderneming. Daarin zijn de nieuwe Europese wetgevingsvoorstellen uitermate belangrijk: zij creëren immers zelfstandige verplichtingen rondom biodiversiteit voor de Europese moedermaatschappijen, los van de vraag of de uiteindelijke negatieve impact op de biodiversiteit veroorzaakt is door een dochtermaatschappij of toeleverancier. Een goed voorbeeld van het type procedure dat ik verwacht, is de zaak die Braziliaanse en Colombiaanse ngo's in een Franse rechtbank aanspanden tegen de Franse supermarktketen Casino voor de verkoop van rundvlees gelinkt aan ontbossing van de Amazone, met als argument dat Casino haar due diligence-verplichting had geschonden door vlees in te kopen van een partij waarvan bekend is dat zij actief bijdraagt aan deze ontbossing.[63]

Een andere invalshoek die vermoedelijk aan belang zal winnen als gevolg van de Taxonomieverordening en de CSRD zijn acties rondom misrepresentatie van materiële, aan biodiversiteit gerelateerde risico's in (financiële) verslaglegging, zoals een

60 Zie bijv. https://news.bloomberglaw.com/environment-and-energy/earthjustice-goes-on-offense-with-biodiversity-litigation-center.

61 J. Phelps e.a., Environmental liability litigation could remedy biodiversity loss, Conservation Letters, A journal of the Society for Conservation Biology (14) 2021, afl. 6.

62 Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132 (Milieudefensie/Shell).

63 Zie https://globalalliance.me/amazon-indigenous-communities-and-international-ngos-sue-supermarket-giant-casino-over-deforestation-and-human-rights-violations/.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

prospectus of jaarverslag.[64] Publieke uitingen zoals reclames of jaarverslagen die een misleidend beeld geven van de prestaties van een onderneming op het gebied van biodiversiteit kunnen leiden tot *greenwashing* claims.[65]

Een laatste interessante ontwikkeling die het benoemen waard is, is het daadwerkelijk toekennen van rechten aan de natuur. Dat was lange tijd een wat esoterische theorie die weinig serieus werd genomen door juristen en wetgevers (want bedacht in hippiewalhalla San Francisco in de jaren zeventig).[66] Toch is het door de bank genomen geen ongebruikelijk idee: het recht kent immers aan allerlei verzonnen constructies rechtspersoonlijkheid toe, niet in de laatste plaats aan de vennootschap. Waarom dan niet ook aan daadwerkelijk bestaande zaken zoals bossen of bergen? De grondwet van Ecuador legt sinds 2008 vast dat de natuur recht heeft op respect voor haar bestaan.[67] In Canada, Nieuw-Zeeland, India en Bangladesh zijn rechten toegekend aan rivieren, en nog twaalf andere landen hebben in rechtspraak of wetgeving erkend dat de natuur rechten kan hebben.[68] Dat betekent dat ondernemingen inbreuk kunnen maken op rechten van de natuur en daaromtrent aansprakelijk kunnen worden gehouden. In Ecuador bijvoorbeeld zijn plannen voor een kopermijn in een bijzonder natuurgebied uiteindelijk gestrand bij het constitutionele hof omdat hiermee inbreuk werd gemaakt op de rechten van de natuur, hoewel alle vereiste vergunningen waren verleend. De ontwikkelingen op dit vlak volgen elkaar in razendsnel tempo op, en het zou mij niet verbazen als de eerste rechtszaken tegen ondernemingen op basis van de rechten van de natuur niet lang meer op zich laten wachten.

6 Wat kunnen ondernemingen doen?

Ik vrees niet te overdrijven als ik stel dat slechts bij een zeer kleine minderheid van het Nederlandse bedrijfsleven kennis over biodiversiteit aanwezig is binnen legal departments, *audit & risk committees* en raden van bestuur en/of commissarissen. Bij de thema's klimaatverandering en mensenrechten speelt dat ook nog steeds, terwijl die thema's al veel langer in het middelpunt van de belangstelling staan. Een onderzoek van *Harvard Business Review* in 2021 onder 1188 bestuurders van Fortune 100-bedrijven leidde tot de schokkende bevinding dat 5 (!) bestuurders relevante ESG-expertise hadden.[69]

64 A.C.W. Pijls, Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor misleidende financiële verslaggeving, TvOB 2020, afl. 5, p. 154-167.

65 Ik ben hier schatplichtig aan een mooi rapport van het Commonwealth Climate and Law Initiative, een denktank die verschillende *causes of action* rondom *biodiversity litigation* heeft uitgedacht: Commonwealth Climate and Law Initiative, *The emergence of foreseeable biodiversity-related liability risks for financial institutions: A gathering storm?*, augustus 2020.

66 Het idee is uitgedacht in een ronduit briljant artikel van Ch. Stone, *Should trees have standing?*, Southern California Law Review (45) 1972, p. 450-501.

67 Art. 71 grondwet van Ecuador.

68 C. Kauffman, Rights of nature: Institutions, Law & policy for sustainable development, in: J. Sowers (red.), The Oxford handbook of comparative environmental politics, Oxford: Oxford University Press 2021.

69 Boards are obstructing ESG – At their own peril, Harvard Business Review 18 januari 2021.

Onderneming en Financiering 2022 (30) 2
doi: 10.5553/OenF/157012472022030002005

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Een eerste en noodzakelijke stap is dus de ontwikkeling van expertise over biodiversiteit en de mogelijke impact die de onderneming daarop kan hebben. Voor zeer grote, beursgenoteerde ondernemingen zou dat daadwerkelijk een zelfstandige functie in het ESG- of sustainability-team kunnen zijn; minder grote ondernemingen zullen ervoor moeten zorgen dat hun sustainability-specialisten zich laten scholen op het gebied van biodiversiteit. Zoals blijkt uit de eerste soft law-standaarden op dit vlak is het nadrukkelijk de bedoeling dat ook het bestuur, het hogere management en de audit & risk committees aspecten van biodiversiteit integreren in hun besluitvorming; ook zij moeten dus weten wat van de onderneming verwacht wordt op dit vlak. Dat geldt tot slot ook voor het legal department en de teams die zich bezighouden met verslagleggings- en rapportageverplichtingen.
Het legal department zal vervolgens moeten analyseren welke verplichtingen rondom biodiversiteit, al dan niet op basis van soft law-standaarden, de komende jaren zullen gaan gelden voor de onderneming. Ook als er onder de Europese wetgevingsvoorstellen geen rechtstreekse verplichtingen op een onderneming rusten, is de kans aanzienlijk dat de onderneming er op een andere manier mee geconfronteerd wordt: bijvoorbeeld doordat de verplichting negatieve biodiversiteitseffecten te identificeren en te voorkomen opgenomen wordt in contracten met partijen die wel onder de CSDDD vallen, of doordat financiers of investeerders in het kader van hun eigen verplichtingen een actief biodiversiteitsbeleid willen zien.

Welke verplichtingen er ook precies op de onderneming zullen rusten, het ligt erg voor de hand dat het in kaart brengen van de eventuele negatieve effecten van haar activiteiten op de biodiversiteit onderdeel van die verplichting zal zijn. Zeker voor multinationale ondernemingen met een complexe waardeketen zal dat een uitdagende exercitie worden. Met de exponentiële groei aan wetgeving en soft law die ondernemingen de komende jaren op dit vlak te wachten staat, zou ik ondernemingen willen aanraden daar zo tijdig mogelijk mee te beginnen.