

Koninklijke Vereniging 'Handelsrecht'
Preadviezen 2021

Koninklijke Vereeniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2021

Duurzaam ondernemen

Prof. dr. H. De Wulf

Prof. mr. M.W. Scheltema

Mr. dr. G.G. Hesen

Mr. J.A. Langezaal

Mr. H.A. Walkate MBA

Prof. mr. H.J. de Kluiver (red.)

en

Sustainable Transport

Mr. M.A.W. van Maanen

Mr. dr. J.A. Kruit



ISBN 978-94-6251-281-8
NUR 827

© 2021 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

Ten geleide – Prof. mr. H.J. de Kluiver / 11

Inleiding / 11

I. Duurzaam ondernemen en ESG / 12

1. De EU, ‘duurzaam ondernemen’ en ESG / 12
2. EU-regels en buitenwettelijke normen over mensenrechten due diligence / 14
3. De rol van de (bedrijfs)jurist en het perspectief van de onderneming / 17
4. Het perspectief van de belegger / 18

II. Sustainable Transport / 21

1. Context en cijfers / 22
2. Op weg naar een circulaire economie / 23
3. Regelgeving en financiering / 23
4. Financiering en digitalisering / 24

Afronding en conclusies / 25

Deel I. Duurzaam ondernemen en ESG: Perspectieven en verwachtingen

ESG en vennootschapsrecht: innig verbonden, maar ook duurzaam? –
Prof. dr. H. De Wulf / 29

- I. Van dienen aan het altaar van de *shareholder value* tot offers voor de ESG-god / 29
 1. Inleiding: de getijden der geschiedenis / 29
 2. De schommelingen in het governance-klimaat / 31

-
- II. Vier routes voor beleidsmakers om meer aandacht voor ESG-thema's van ondernemingen af te dwingen / 37
 - 1. Openbaarmakingsverplichtingen / 37
 - 2. Due diligence-verplichtingen ('zorgplicht') / 38
 - 3. Governance-ingrepen / 38
 - 4. Het onrechtmatigedaadconcept als invalspoort voor activisten en bereidwillige rechters / 39

 - III. De internationale en Europese beleidsachtergrond, zoals deels in *soft law* veruitwendigd / 40
 - 1. UNGP, OESO en ILO / 40
 - 2. De Europese Unie: de Green Deal en actieplan Sustainable Finance / 42

 - IV. *Corporate purpose* en *stakeholderism* of: waarom men beter beslissingsrechten herverdeelt dan bestuursplichten herformuleert / 45
 - 1. Strategische en governancebeslissingen nemen is een vorm van vreedzaam vechten / 45
 - 2. De Business Roundtable en de British Academy zetten de toon / 47
 - 3. Kan men 'corporate purpose' juridisch zeewaardig maken? / 50
 - 4. Mogelijke pistes die veelbelovender zijn om aandacht voor de belangen van niet-aandeelhouders af te dwingen / 59

 - V. ESG-aandeelhoudersactivisme / 63

 - VI. Openbaarmakingsverplichtingen: de EU als voortrekker tegen de rest van de wereld? / 65
 - 1. Een wildgroei aan private initiatieven, maar langzaam meer coördinatie / 65
 - 2. De bindende EU-regels (in wording) / 69

 - VII. Due diligence van de waardeketen / 73
 - 1. *ESG/human rights due diligence*: van *soft law* naar dwingende wetgeving / 73
 - 2. De Franse wet op de *devoir de vigilance* / 78
 - 3. Het Duitse 'Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten' / 81

4. Het voorstel van due diligence-richtlijn van het Europees Parlement van 10 maart 2021 / 84
 5. De mogelijke impact van het opleggen van due diligence-verplichtingen / 88
- VIII. Concern- en onrechtmatige daad aansprakelijkheid: naar een versmelting van mensenrechten en onrechtmatige daad? / 90
1. Moeders kunnen aansprakelijk zijn als ze feitelijk op het operationele management van buitenlandse dochters ingrijpen: van *Chandler* over *Vedanta* naar *Okpabi v. Shell* / 90
 2. De Shell-klimaatzaak: Nederland alweer gidsland of de blinde leidt de blinde? / 94
- Conclusies / 98

De juridisering van mensenrechten due diligence –

Prof. mr. M.W. Scheltema / 105

- 1 Inleiding / 105
 - 1.1 Algemeen / 105
 - 1.2 Het begrip mensenrechten due diligence / 105
- 2 Schets Nederlandse situatie / 110
 - 2.1 Wetgeving / 110
 - 2.2 Sectorconvenanten / 116
 - 2.3 Rechtspraak / 117
- 3 De inhoud van de verplichting due diligence te ondernemen in waardeketens / 120
 - 3.1 Algemeen / 120
 - 3.2 Wat gebeurt er nu al? / 122
 - 3.3 Aanwijzingen voor MRDD door middel van contracten / 123
 - 3.4 Verdere invulling / 125
 - 3.5 Twee specifieke vormen: klimaat en digital technologies / 133
 - 3.6 De rol van de bedrijfsjurist / 136
- 4 Conclusie en vooruitblik / 139

ESG vanuit de onderneming bekeken – Mr. J.A. Langezaal en

Mr. dr. G.G. Heslen / 141

- 1 Inleiding / 141
- 2 Beknopt overzicht ESG-ontwikkelingen / 141
- 3 Knelpunten en aanbevelingen naar aanleiding van de ESG-ontwikkelingen / 148
- 4 ESG en de rol van de bedrijfsjurist / 154
- 5 Conclusie / 155

Duurzaamheid en het perspectief van een belegger

– Mr. H.A. Walkate MBA / 157

Introductie en kernbegrippen / 157

- 1 Korte geschiedenis / 157
- 2 ESG-begrippen / 159
- 3 Doeleinden van ESG-beleggen / 160
- 4 ESG-instrumenten / 161
- 5 ESG-data, -rapportage en -openbaarmaking / 166
- 6 ‘Werkt’ ESG-beleggen? / 168
- 7 Aanbevelingen voor wet- en regelgeving / 171
- 8 Conclusie / 172

Deel II. Sustainable Transport**Sustainable Transport – Vele wegen leiden van Parijs naar Glasgow**

en verder – Mr. M.A.W. van Maanen en Mr. dr. J.A. Kruit / 175

- 1 Inleiding / 175
- 2 Juridisch kader; regelgevers, regelingen en rechtspraak / 178
 - 2.1 Inleiding / 178
 - 2.1.1 Verkenning van het juridische kader / 178
 - 2.1.2 Data en meten / 178
 - 2.1.3 Instrumentarium – soorten maatregelen / 179
 - 2.1.4 MBM’s/non-MBM’s / 180
 - 2.1.5 *Polluter pays*-principe / 181
 - 2.2 Intergouvernementele en supranationale regelgevers en regelingen / 182
 - 2.2.1 VN, EU en CCR / 182
 - 2.2.2 Verenigde Naties / 182

- 2.2.3 Europese Unie / 187
- 2.2.4 CCR / 192
- 2.3 Nationale regelgevers en regelingen / 192
- 2.4 Private regelgevers en regelingen / 195
- 2.5 Klimaatrechtspraak / 196
- 3 Energietransitie en uitstootvermindering / 197
- 3.1 Inleiding / 197
 - 3.1.1 Aandeel transport / 197
 - 3.1.2 Mogelijkheden tot verlaging transportemissies / 200
- 3.2 Brandstoftransitie (*fuel transition*) / 201
 - 3.2.1 Verschillende opties / 201
 - 3.2.2 Biobrandstof / 204
 - 3.2.3 Elektriciteit en *E-fuels* / 207
 - 3.2.4 FuelEU Maritime / 212
 - 3.2.5 ReFuelEU Aviation Initiative / 213
 - 3.2.6 Work in progress / 214
- 3.3 Vervoersmiddelen – mogelijkheden tot vergroening / 216
 - 3.3.1 Schonere en efficiëntere vervoersmiddelen / 216
 - 3.3.2 Dataverzameling / 216
 - 3.3.3 Vereisten aan nieuwe en bestaande vervoersmiddelen / 217
 - 3.3.4 Wijze van inzet vervoermiddelen / 222
- 3.4 Betalen naar gebruik; inclusief ETS en rekeningrijden / 224
 - 3.4.1 Beprijzing van uitstoot / 224
 - 3.4.2 Directe belasting / 225
 - 3.4.3 EU ETS – handel in emissierechten / 228
 - 3.4.4 Rekeningrijden/vrachtwagenheffing / 239
- 3.5 Circulaire economie / 241
 - 3.5.1 Noodzaak transitie naar circulaire economie / 241
 - 3.5.2 *Closed loop supply chains* / 242
 - 3.5.3 Circulaire economie en transport / 243
- 3.6 Rol (lucht)havens in het kader van verduurzaming / 248
 - 3.6.1 Positie (lucht)havens in de *supply chain* / 248
 - 3.6.2 Circulaire hubs / 249
- 3.7 Way forward / 250
- 4 Digitalisering / 252
- 4.1 Inleiding / 252

-
- 4.2 Regelingen en (supra)nationale initiatieven tot digitalisering / 253
 - 4.2.1 *WTO Trade Facilitation Agreement* / 253
 - 4.2.2 EU-initiatieven / 253
 - 4.2.3 Nederlandse Digitale Transport Strategie Goederenvervoer / 254
 - 4.3 Platforms en digitale marktplaatsen / 255
 - 4.3.1 Platforms / 255
 - 4.3.2 Internationale platforms voor digitale connectiviteit in de overzeese handel / 255
 - 4.3.3 Digitale marktplaatsen / 256
 - 4.3.4 Voorbeelden van digitale marktplaatsen / 257
 - 4.3.5 Onlinevrachtbeurzen / 258
 - 4.3.6 *Cargo bundling* en samenwerking tussen vervoerders / 259
 - 4.4 EU-Cabotageregeling / 260
 - 4.5 Digitalisering van vervoerdocumenten / 261
 - 4.5.1 E-Bill of lading / 261
 - 4.5.2 E-CMR vrachtbrief / 262
 - 4.6 Afronding digitalisering / 263
 - 5 Modal shift / 264
 - 5.1 Inleiding / 264
 - 5.2 Publiekrechtelijke regelingen en rapporten / 265
 - 5.3 Prikkels en ondersteuning van de *modal shift* / 267
 - 5.4 De *modal shift* en transportrecht / 268
 - 5.5 Uitdagingen voor de *modal shift* / 270
 - 6 Contractmanagement / 272
 - 6.1 Duurzaamheid door contractmanagement / 272
 - 6.2 Slotopmerkingen / 273
 - 7 Aandachtspunten/uitdagingen / 274
 - 7.1 Inleiding / 274
 - 7.2 *Business case* en *level playing field* / 274
 - 7.2.1 Transitiekosten zijn hoog / 274
 - 7.2.2 Fondsen en subsidies / 275
 - 7.2.3 Betrekken marktpartijen / 276
 - 7.2.4 Kansen transport / 278
 - 7.3 Infrastructuur / 279
 - 7.4 Toename vervoer / 282
 - 8 Evaluatie – *no silver bullet* / 283

Ten geleide

Prof. mr. H.J. de Kluiver^{*}

Inleiding

De Koninklijke Vereeniging Handelsrecht heeft al meer dan honderd jaar tot doel om na te denken over passende wet- en regelgeving die, zoals in 1918 de originele statuten het formuleerden, recht doet ‘aan de eischen der tegenwoordige samenleving’. Die doelstelling brengt mee dat er steeds belangrijke en uiterst actuele onderwerpen en thema’s hun weg vinden naar de preadviezen van de Vereeniging. Anno 2021 zijn zulke uiterst actuele thema’s zonder enige twijfel de bevordering van duurzaam ondernemen en een duurzaam handelsverkeer, in het bijzonder een duurzaam transport. Duurzaamheid wordt veelal verbonden met drie specifieke aandachtspunten die zien op het effect van handelen op het milieu (Environment), mens en maatschappij, met inbegrip van mensenrechten (Social) en goed, evenwichtig bestuur (Governance). Deze ESG-aspecten zullen in het navolgende nog veel aandacht krijgen.

Op 3 november a.s. zullen de leden van de Vereeniging de gelegenheid hebben om in een algemene vergadering van de Koninklijke Vereeniging Handelsrecht het gesprek over deze thema’s aan te gaan. Ter voorbereiding daarvan treft de lezer in het navolgende een aantal zeer informatieve en interessante preadviezen aan over de vermelde brede thema’s. Die preadviezen kunnen in twee delen worden onderscheiden.

Deel I van deze bundel omvat een viertal preadviezen die analyseren hoe duurzaam ondernemen en de incorporatie van ESG-doelstellingen in ondernemingsbeleid naderbij gebracht kunnen worden. Het geeft niet slechts een overzicht van de veelheid van juridische initiatieven en regelingen ter zake, maar stelt ook kritische vragen vanuit diverse perspectieven. Die perspectieven omvatten de wetenschap en de wetgever (zie de preadviezen van De Wulf en Scheltema), maar ook het perspectief van een belegger (zie het preadvies van Walkate) en het perspectief van ondernemingen die met de vele bestaande en nog te verwachten duurzaamheidsinitiatieven worden geconfronteerd (waarover het preadvies van Hesen en Langezaal).

Deel II van deze bundel bevat het veelomvattende preadvies van Van Maanen en Kruit en richt zich volledig op de vraag hoe duurzaam transport naderbij kan worden gebracht. Waar de discussie over de vraag naar duurzaam ondernemen reeds heeft geleid tot veel publicaties, is dat op het terrein van het algemene handelsverkeer, en met name het transport, veel minder het geval. Het preadvies van

* Prof. mr. H.J. de Kluiver is hoogleraar ondernemingsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en voorzitter van de Koninklijke Vereeniging Handelsrecht.

Van Maanen en Kruit levert daarmee een unieke en vernieuwende bijdrage aan het debat over *sustainable* transport. Het belicht niet slechts de veelheid van relevante regelingen, aspecten en uitdagingen in de transportsector maar ontwikkelt ook een visie op de mogelijke aanpak van de grote uitdagingen op dat terrein.

Ten behoeve van de lezers die wellicht niet in de gelegenheid zijn om alle mooie preadviezen voorafgaande aan de vergadering tot zich te nemen, geef ik in dit 'Ten geleide' kort aan welke onderwerpen aan de orde komen en welke punten voor debat daarmee worden aangereikt. Zoals gezegd zal dat debat nader worden gevoerd in de algemene vergadering van de Koninklijke Vereniging Handelsrecht op 3 november a.s.

I. DUURZAAM ONDERNEMEN EN ESG

Het debat over duurzaam ondernemen en het daarbij betrekken van ESG-factoren is al een tijdje in volle gang. Dat geldt in Nederland, maar zeker ook breder in de EU alsmede, tot op zekere hoogte, in de VS. Met name de EU heeft de ambitie om hierbij voorop te lopen en de meest duurzame en 'groene' economie ter wereld te worden met als ultieme doelstelling om in ieder geval in 2050 klimaatneutraal te zijn. Daartoe zijn termen als de EU Green Deal inmiddels breed ingeburgerd. Een nadere beschouwing van de duurzaamheidsthematiek kan dan ook niet om de ontwikkelingen in Europa heen.

1. De EU, 'duurzaam ondernemen' en ESG

Wij zijn erg verheugd dat prof. Hans De Wulf bereid is gevonden om ons mee te nemen in die Europese ontwikkelingen en zijn gedachten daaromtrent met ons te delen. Gelet op het somtijds geprononceerde debat in Nederland over deze onderwerpen, is het bijzonder verheugend dat hij op het verzoek is ingegaan om vanuit een buitenlands (Belgisch) perspectief zijn analyses over deze materie en de discussie in de EU en Nederland te delen. Dat heeft geresulteerd in een rijk essay dat niet slechts een veelheid aan feitelijke informatie over de breed uitwaaiende EU-regelgeving bevat, maar daarop ook kritisch reflecteert en belangrijke vragen stelt, regelmatig verluchtigd met beeldende metaforen. Zo verbeeldt De Wulf reeds in de eerste alinea van zijn bijdrage dat met het aanrollen van een ware ESG-golf op de Europese stranden ook sprake is van een cesuur in het denken over ondernemingsrecht.

De basis voor zijn overwegingen is een boeiend overzicht van de ontwikkelingen rond ESG en het effect daarvan op de verhoudingen binnen de onderneming, de onderscheiden belangen en belangengroeperingen die daarmee verbonden zijn en een beschrijving van het *corporate governance*-debat dat de afgelopen dertig jaar omvat. De Wulf constateert dat na de schulden crisis en de economische crisis die ontstond in 2008 het begrip '*short termism*' is gemunt en opgeld heeft gedaan terwijl tegelijkertijd de rol van aandeelhouders, en de mate waarin het belang van aandeelhouders het ondernemingsbeleid bepaalt of zou moeten bepalen, steeds kritischer zijn gezien. Daarenboven hebben de snel toenemende zorgen over het klimaat en klimaatverandering de aandacht voor, en de kritiek op, ondernemingen en het door hen gevoerde ESG-beleid verder doen toenemen.

De Wulf bespreekt een viertal routes voor de wetgever en andere beleidsmakers om meer aandacht voor ESG-thema's te realiseren. Die vier te onderscheiden routes zijn: (1) meer transparantie door *openbaarmakings*verplichtingen voor ondernemingen, (2) het opleggen van (meer) *due diligence*-verplichtingen ('zorgplichten') aan ondernemingen met als doel te waarborgen dat ondernemingen niet medeplichtig zijn aan mensenrechtenschendingen in brede zin (waarbij ook schade aan het milieu als zodanig kan gelden), (3) ingrepen in de corporate governance van ondernemingen (zoals het opnemen van de verplichting voor bestuurders om met een veelheid van belangen te rekenen en/of het formuleren van een *corporate purpose* en/of een andere verdeling van bevoegdheden tussen organen van de vennootschap met inbegrip van bijvoorbeeld (meer) zeggenschapsrechten voor werknemers of *stakeholders* in brede zin) en (4) het verder ontwikkelen van het onrechtmatiggedaadsrecht en vergelijkbare concepten die uiteindelijk de rechter laten bepalen wat wel en niet door de beugel kan. De Wulf bespreekt al deze routes en belicht de voor- en nadelen daarvan.

Met name over de mogelijke routes (3) en (4) betoont De Wulf zich zeer kritisch. Dat geldt zeker voor route (3) en het voornemen van de Europese Commissie om dit te gieten in de vorm van verplichtingen van individuele bestuurders (*Directors' duties*) en de gedachte om aandeelhouders juist meer bevoegdheden te geven mede vanuit de zogenoemde *stewardship*-gedachte. Dat acht hij een onverstandige benadering. Ook route (4) acht hij ongewenst. Zijns inziens 'getuigt het van een verkeerde kijk op de relatieve efficiëntie van actie opgelegd aan individuele ondernemingen versus algemeen geldende regulering' en wordt bovendien 'de politieke legitimiteit van actie door ondernemingen overschat'.

Bij zijn kritische beschouwing stelt hij voorop dat de essentie van het vormen van ondernemingsbeleid altijd de uitkomst van een belangenstrijd zal zijn en dat de opgave steeds is om een evenwicht te vinden in het behartigen van een veelheid van belangen die zeker niet steeds eenvoudig met elkaar te verenigen zullen zijn. Door een brede opdracht aan bestuurders te geven om met veel belangen rekening te houden (*stakeholderism*) brengt men het debat echter zijns inziens niet verder. Als een nadere uitwerking daarvan analyseert De Wulf ook de voor- en nadelen van het formuleren van een *corporate purpose*. Hij wijst er op dat *short termism* en het behartigen van *stakeholders*-belangen twee heel verschillende dingen zijn en dat het tweede ('*stakeholders* centraal') zeker niet zonder meer meebrengt dat dan vervolgens geen kortetermijndoelen meer zullen worden nagestreefd. In dit verband meent De Wulf dat 'academische juristen' zouden moeten 'pogen om niet-juristen, maar ook een enkele collega, te bevrijden van de illusie dat vooruitgang op ESG-gebied kan bereikt worden door een algemeen geformuleerde zorgplicht aan bestuurders en commissarissen van vennootschappen op te leggen, of door, wat hetzelfde is, een wettelijke definitie van vennootschapsbelang te geven.'

Andere mogelijkheden van regulering die hij beziet zijn (a) het sleutelen aan de benoemingsrechten van bestuurders, (b) 'softe' inspraak van *stakeholders* en ESG-comités en (c) gebruik van andere, uitdrukkelijk 'sociale' rechtsvormen. Ook deze mogelijke beleidsopties ziet hij echter niet aanstonds eenduidig bijdragen aan het bevorderen van duurzaamheid en ESG-doelstellingen.

Na afweging van de geschetste opties argumenteert De Wulf waarom zijns inziens al met al (toch) het accent zou moeten liggen op een verdere versterking van openbaarmakingsverplichtingen van ondernemingen. Na een beschrijving van bestaande kaders constateert hij echter dat sprake is van een aanzienlijke wildgroei aan initiatieven, waarin slechts langzaam sprake lijkt van enige coördinatie. Een tweede kernprobleem dat hij signaleert is de grote vaagheid van begrippen en normen die zijn en worden geformuleerd. Die onbepaaldheid brengt zijns inziens een risico van een ‘verregaande moralisering van het ondernemingsgebeuren’ mee. Hij bepleit dat het verre de voorkeur verdient dat ‘met open vizier in de politieke arena gestreden zou worden voor het opleggen (...) van rechtszekere, duidelijk omschreven’ regels. In dit verband bespreekt hij tevens buitenlandse wetgeving waarbij zijns inziens de EU en Franse regelgeving blijven steken in vaagheden, het VK vooral symboolwetgeving kent en de Duitse wetgeving qua structuur en de omschrijving van de verplichtingen die de onderneming moet nakomen, het duidelijkst is. In dat verband vermeldt hij, in positieve zin, ook de Nederlandse Wet zorgplicht kinderarbeid (Wzk). De Duitse wet en de Nederlandse Wzk gaan uit van een systeem van verslaggeving en monitoring en toezicht dat moet leiden tot ‘verbeterplannen’ en pas nadien tot eventuele boetes of andere sancties (zo kan in Duitsland een onderneming als uiteindelijke sanctie ook drie jaar worden uitgesloten van overheidsopdrachten). Ook betoont De Wulf zich positief over dwingende ESG-*due diligence*-verplichtingen zij het dat die zijns inziens wel beduidend specifiekere zouden moeten worden verwoord. Bij te vage normen begaat de overheid zijns inziens een ‘schuldig verzuim bij het ontwerpen en op de markt brengen van haar wetgevingsproduct’. In het verlengde hiervan bespreekt hij ten slotte, ook in rechtsvergelijkend perspectief, de ontwikkelingen rond concernaansprakelijkheid en onrechtmatige daad van concernmoeders. Uiteraard komt daarbij ook de recente Shell Klimaatzaak aan de orde.

Uiteindelijk vat De Wulf de opdracht van juristen samen in de oproep om eraan bij te dragen ‘dat de geschikte juridische technieken worden gebruikt om de doelstellingen van de legitieme beleidsmakers te vertalen in een normatief kader dat op voet van gelijkheid op iedereen wordt toegepast’ en waarbij ook de rechtszekerheid haar plaats krijgt, zodat ‘het terrein niet overgelaten wordt aan initiatieven die vennootschappen uit welwillendheid ontplooien (...) noch aan activistische rechters’.

2. EU-regels en buitenwettelijke normen over mensenrechten *due diligence*

Bij het bepalen en formuleren van *due diligence*-verplichtingen voor ondernemingen, is steeds meer een oriëntatiepunt gezocht en gevonden in de eerbiediging van mensenrechten. Specifiek daaraan gewijd is het mooie preadvies van Scheltema. Waar De Wulf de naar verwachting komende EU-wetgeving onder de loep neemt en ingaat op de vraag naar de consistentie en effectiviteit daarvan, gaat Scheltema gedetailleerd in op bestaande en komende regelgeving die ‘mensenrechten *due diligence*’ in de waardeketen, in afkorting ‘MRDD’, centraal stelt. De doelstelling daarvan is het in kaart brengen van risico’s van de ondernemingsactiviteiten voor derden, met name risico’s die kunnen leiden tot een inbreuk op mensenrechten, en het beperken van die risico’s.

Op dit vlak zijn de OECD Richtlijnen voor multinationale ondernemingen, inmiddels aangevuld met de OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct en sectorspecifieke *guidance* (bijvoorbeeld in de sectoren landbouw, mineralen en kleding), mede leidend. Die regels brengen mee dat ondernemingen een beleid moeten opstellen om het mensenrechten-*due diligence*-proces vorm te geven en onderzoek moeten doen naar de risico's van inbreuken op mensenrechten in de gehele waardeketen. Heeft de onderneming de risico's veroorzaakt of daaraan bijgedragen (en dat 'bijdragen' moet breed worden verstaan), dan dienen ondernemingen deze risico's te adresseren. Hebben risico's zich verwezenlijkt, dan zal in beginsel herstel moeten plaatsvinden. Wat betreft dwingende regelgeving is voornamelijk slechts de EU-verordening inzake conflictmineralen direct van toepassing. Daarbij zal zich in 2022 naar verwachting voegen de dan in werking tredende Wet zorgplicht kinderarbeid. In de Tweede Kamer is een initiatiefwetsvoorstel aanhangig om de systematiek van die wet ook op een veel breder terrein van toepassing te doen zijn. In alle regelingen, zowel de OECD-geïnspireerde regels als (bestaande en komende) EU-voorschriften en nationale wetgeving, is een rol weggelegd voor klachtenprocedures en het consulteren van *stakeholders*.

Een ander belangrijk oriëntatiepunt voor de MRDD zijn de UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGP). Ook die worden steeds meer betrokken bij het verder ontwikkelen van wetgeving en rechtspraak. In de bekende recente uitspraak van 26 mei 2021 van de rechtbank Den Haag (ECLI:NL:RBDHA:2021:5337), de 'Shell Klimaatzaak', spelen die Principles, hoewel deze niet op zichzelf juridisch bindend zijn, een belangrijke rol. Scheltema wijst erop dat in zowel de OECD Richtlijnen als in de UNGP, *due diligence* in de gehele waardeketen uitgangspunt is en dus niet beperkt is tot het handelen van de onderneming zelf, maar ook betrekking moet hebben op het handelen van leveranciers en afnemers.

Overigens constateert Scheltema wel dat de rechtspraak weinig richting geeft en dat wetgeving die blijft steken in algemene verplichtingen juist niet leidt tot daadwerkelijke verbeteringen maar tot onduidelijkheden, administratieve lasten en *check the box*-benaderingen en dat zulke wetgeving ook niet bijdraagt aan het zeer gewenste *level playing field* voor alle ondernemingen. Dit laatste zou, zo noteert Scheltema terecht, nu juist een groot voordeel van wetgeving moeten zijn (maar veronderstelt wel een grote inspanning van de wetgever om kwalitatief goede wetgeving te produceren).

Een belangrijk onderwerp in het effectueren van mensenrechten *due diligence* en het naderbij brengen van resultaten, betreft de vraag hoe het toezicht op het handelen van ondernemingen met betrekking tot MRDD kan worden vormgegeven. Scheltema bepleit in dat kader een systematiek waarin een toezichthouder in overleg met ondernemingen en belanghebbenden een set van *best practices* ontwikkelt. Daarbij zou een *comply or explain*-model passen waarbij ondernemingen ook aan de toezichthouder kunnen uitleggen waarom in plaats van een bepaalde algemene *best practice*, gelet op de specifieke ondernemingsactiviteiten juist een andere aanpak beter 'werkt'. Om een dergelijke systematiek van toezicht succesvol en effectief te doen zijn is uiteraard van groot belang dat zo'n toezichthouder over voldoende kennis, capaciteit en budget beschikt. Dat zou ook kunnen evolueren naar

één Europese toezichthouder. Wat Scheltema betreft, is bij het naderbij brengen van een mensenrechtenbeleid een specifieke aansprakelijkheidsregeling minder voor de hand liggend.

De bedoelde *best practices* kunnen vorm krijgen in bijvoorbeeld sectorconvenanten. Een aantal van dergelijke convenanten is in Nederland reeds aangegaan en staat bekend als IMVO-convenanten (hetgeen staat voor: ‘Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen’). Inmiddels zijn er mede onder toezicht oog van de SER, elf van dergelijke convenanten gesloten (zie imvoconvenanten.nl) die mede ten doel hebben de OECD Richtlijnen te implementeren. Die convenanten kunnen vervolgens waar nuttig en nodig eventueel worden aangevuld met wetgeving zodat uiteindelijk een mix van ‘vrijwillige en verplichtende maatregelen’ kan ontstaan.

Evenals De Wulf besteedt ook Scheltema in dit verband aandacht aan buitenlandse, met name Duitse (‘Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz’) en Franse (‘Loi de vigilance’), wetgeving. Scheltema constateert dat die wetgeving in beginsel uitgaat van een verantwoordelijkheid van de onderneming voor partijen waarmee de onderneming een contractuele relatie onderhoudt (ook wel aangeduid als *First Tier* partijen), maar tekent daarbij aan dat de principes van de OECD en de UNGP een bredere reikwijdte hebben en ook rechters met regelmaat een bredere verantwoordelijkheid van ondernemingen aannemen. Niettemin geldt dat juist contractuele relaties een belangrijke rol spelen bij het vormgeven van MRDD omdat zo’n contractuele relatie een kader geeft waarbinnen een onderneming verplichtingen aan haar leveranciers en afnemers kan opleggen, met inbegrip van het opstellen van een *risk management plan* (en sancties, zoals eventueel ontbinding van het contract als de contractuele verplichtingen niet worden nagekomen, kunnen worden opgenomen). In zijn preadvies gaat Scheltema uitgebreid in op wat in dat kader zo al mogelijk is en geeft hij een aantal voorbeelden van mogelijke contractuele afspraken die hij mede ontleent aan de OECD-regelgeving en de IMVO-convenanten, maar ook aan modellen die de American Bar Association heeft opgesteld.

Scheltema gaat ook specifiek in op de verhouding tussen brede regelgeving ter zake van mensenrechten *due diligence* enerzijds en de eigensoortigheid van de klimaatproblematiek en de problematiek van *digital technologies* anderzijds. Nu het effect van het niet in acht nemen van beperkingen op die terreinen veelal niet direct zal zijn te herleiden tot een concreet nadeel voor concrete personen (anders dan in geval van schending van ‘klassieke’ mensenrechten die zich veel gemakkelijker en concreter laat aanwijzen), zal een ander soort wetgevend kader noodzakelijk zijn. Op deze terreinen zal veeleer de doelstelling moeten zijn dat ondernemingen samenwerken omdat alleen een gezamenlijke inspanning het beoogde effect kan hebben, zo betoogt hij. Ook waar de mensenrechten worden geraakt door *digital technologies* zal de benadering (moeten) afwijken van de traditionelere instrumenten om mensenrechtenschendingen te adresseren.

Hoe men het ook wendt of keert, de conclusie van Scheltema dat MRDD niet alleen een onderwerp is voor duurzaamheidsafdelingen van bedrijven en accountants, maar ook voor (bedrijfs)juristen is onontkoombaar. Tegelijkertijd constateert Scheltema dat ondanks het belang van het onderwerp (bedrijfs)juristen er nog

weinig kennis van hebben. Met zijn mooie preadvies levert hij een grote bijdrage aan de verbreding en verdieping van die kennis.

3. De rol van de (bedrijfs)jurist en het perspectief van de onderneming

Met zijn preadvies beoogt Scheltema mede om het belang van de rol van de bedrijfsjurist te belichten en deze juridische soldaten in de frontlinie van de duurzaamheids- en ESG-discussies concrete handvatten te bieden om MRDD te concretiseren en te operationaliseren. In dat kader zijn belangrijke aandachtspunten voor de bedrijfsjurist het nader invullen van het MRDD-beleid, met inbegrip van het uitwerken van het contractuele beleid van de onderneming ter zake van MRDD, het opzetten van consultaties met belanghebbenden en het structureren van klachtmechanismen. Dit zal gepaard moeten gaan met de ontwikkeling van *best practices* op het brede MRDD-terrein en samenwerking met toezichthouders. Terecht noteert Scheltema dat (bedrijfs)juristen bij al deze onderdelen nauw betrokken zouden moeten zijn. Tegelijkertijd wijst hij erop dat het hierbij gaat om tijdrovende en gecompliceerde kwesties en dat daarvoor binnen ondernemingen ook, financieel en qua personele invulling, ruimte zal moeten worden gemaakt.

Hesen en Langezaal bouwen in hun mooie bijdrage voort op de observaties van Scheltema en hun conclusies liggen in het verlengde van die van Scheltema. Als bedrijfsjuristen werkzaam in de praktijk en bestuursleden van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen (NGB) kunnen Hesen en Langezaal als geen ander belichten waarmee ondernemingen worden geconfronteerd in de duurzaamheids- en ESG-discussie. Hesen en Langezaal stellen voorop dat de bereidheid bij ondernemingen om ESG-beleid te voeren en te intensiveren groot is en de urgentie daarvan zeker wordt gevoeld. In grotere ondernemingen wordt daarbij veelal als algemene leidraad genomen dat ondernemingen een bijdrage willen leveren aan het realiseren van een of meer van de zeventien UN Sustainable Development Goals (SDG's). Tegelijkertijd is het uiteraard onmogelijk om een bijdrage aan al die doelstellingen te leveren, nog daargelaten dat het ook niet steeds om elkaar ondersteunende doelstellingen gaat (denk bijvoorbeeld aan de doelstellingen van het creëren van werkgelegenheid, een goed salaris en een schoon milieu die niet noodzakelijkwijs op elkaar aansluiten).

Tegelijkertijd constateren zij ook dat het voor ondernemingen een enorme uitdaging is om de veelheid aan regelgeving in wetten, codes en andere regelgevende instrumenten te volgen en te implementeren. Dat geldt eens te meer waar doelstellingen niet dwingendrechtelijk zijn vastgelegd en daardoor niet leiden tot een *level playing field* voor alle ondernemingen. Als dat *level playing field* er niet is, is het een grote uitdaging om te voorkomen dat ambities van ondernemingen en de verwerkelijking daarvan vastlopen op de harde werkelijkheid van de internationale concurrentie. Het ontwikkelen van een zo veel mogelijk wereldwijde, maar in ieder geval Europese, standaard met betrekking tot de rapportage van ESG-activiteiten en de effecten daarvan is derhalve, met stip, zonder meer prioriteit nummer 1, zo stellen ook Hesen en Langezaal, die aldus aansluiten bij wat ook De Wulf en Scheltema in hun preadviezen constateren.

Hesen en Langezaal hebben als bestuursleden van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen mede de sondering van een aantal in het NGB vertegenwoordigde ondernemingen betrokken. Hoewel zij zelf ook benadrukken dat hun sondering zeker niet uitputtend is, levert dat wel reeds een interessante indicatie op van hetgeen bij ondernemingen leeft en wat de belangrijkste problemen zijn waarmee ondernemingen worden geconfronteerd. Die problemen betreffen in de kern steeds de grote mate van onduidelijkheid van de juridische kaders die allerlei, nationale en internationale, overheden en andere organisaties opstellen. Voor ondernemingen wordt het daarmee bijzonder moeilijk om een samenhangend beleid te ontwikkelen. Zoals gezegd zal de snelle juridisering van het denken in termen van ESG ook betekenen dat de bedrijfsjurist een veel grotere rol zal (moeten) krijgen in het vormgeven van het duurzaamheidsbeleid van de onderneming. Dat geldt zowel de betrokkenheid bij de formulering en de ontwikkeling van het ESG-beleid als ook de uitvoering daarvan zoals die tot uitdrukking zal (moeten) komen in, onder meer, het opleggen van het beleid aan leveranciers en afnemers, het structureren van overleg met belanghebbenden, het opstellen en managen van klachtprocedures, en de verantwoording van een en ander in de jaarrekening en/of andere documenten. Dat kan, aldus Hesen en Langezaal, mede omvatten dat ook in de *corporate governance* van de onderneming wijzigingen aangewezen kunnen zijn. In dat verband benadrukken zij dat het van groot belang is dat ESG-doelstellingen op het hoogste niveau binnen de onderneming worden gedragen en uitgedragen, en ook daadwerkelijk in concreet beleid en concrete acties worden vertaald. De uitvoering van het beleid zal vervolgens mede onderdeel moeten worden gemaakt van de verantwoordelijkheid van het lijnmanagement. Dat alles vraagt een actieve en proactieve houding van de bedrijfsjurist, zo stellen Hesen en Langezaal vast.

Ten slotte zal ook de aandacht moeten uitgaan naar de inrichting van het toezicht op de handhaving van het ESG-beleid. Evenzeer als alle regelstellende organisaties zich uitputten in het formuleren van eigen kaders en regels, lijkt het dat ook elke toezichthouder meent zich te moeten profileren als de bij uitstek geschikte instantie die toeziet op het naleven van ESG en duurzaamheidsdoelstellingen. Dat geldt bijvoorbeeld voor accountants, maar ook voor de AFM. Voor zowel accountants als de AFM zou de vraag kunnen worden gesteld of toezicht op ESG-beleid nu wel bij uitstek aansluit bij hun kennis en kunde. Daarenboven lijkt ook niet zonder meer logisch dat men een nationale toezichthouder een centrale rol zou toebedelen waar nu juist van het grootste belang is dat internationaal geldende regels en standaarden worden ontwikkeld. In het licht hiervan kan men zich zeker afvragen of het toezicht niet op een andere wijze en door een andere organisatie op zich zou moeten worden genomen. Verwezen zij hier naar wat daaromtrent reeds hiervoor bij de bespreking van de preadviezen van De Wulf en Scheltema is opgemerkt.

4. Het perspectief van de belegger

In het bovenstaande is de duurzaamheidsdiscussie primair benaderd vanuit het perspectief van de onderneming en degenen die in de onderneming werkzaam zijn, met inbegrip van de bedrijfsjurist(en). Als het gaat om het wel en wee van de onderneming nemen beleggers een bijzondere positie in als medefinanciers van de vennootschap. Dat in de vorige zin onderscheid wordt gemaakt tussen ‘onder-

neming' enerzijds en 'vennootschap' anderzijds, is geen *slip of the pen*. Beleggers zijn geen managers van de onderneming en hebben voor het management daarvan ook geen directe verantwoordelijkheid. Via hun positie als medefinanciers van de vennootschap (naast de uiteraard niet te veronachtzamen schuldfinanciering, in de vorm van obligaties en bancaire financiering) kunnen zij echter indirect wel degelijk belangrijke invloed op de richting en het bestuur van de onderneming en het management daarvan uitoefenen, nu de topmanagers van de onderneming ook het bestuur van de vennootschap plegen te vormen.

Ook beleggers worden steeds meer geacht bij hun beleggingsbeslissingen rekening te houden met ESG-criteria en aldus bij te dragen aan een 'verantwoord' of 'duurzaam' beleggingsbeleid. Of en hoe dit mogelijk wel of niet kan worden bereikt komt aan de orde in het mooie en boeiende preadvies van Walkate in deze bundel. In zijn interessante preadvies geeft hij als expert op het terrein van duurzaam beleggen een inkijkje in de voor beleggers bestaande mogelijkheden en moeilijkheden om aan een ESG-beleid bij te dragen. Na een overzicht van de — ook met betrekking tot beleggers gefragmenteerde — regelgeving en een kort maar illustratief historisch overzicht constateert Walkate dat er in de beleggingsindustrie veel aandacht is voor ESG-factoren en die bijvoorbeeld ook een steeds belangrijker criterium worden voor de selectie van vermogensbeheerders door pensioenfondsen.

Dat gezegd zijnde analyseert Walkate op zeer toegankelijke wijze welke verschillende benaderingen en strategieën achter het etiket ESG-beleggen schuil kunnen gaan. Dat kan variëren van het rekening houden met ESG-factoren bij het bepalen van de risico's van een belegging in een bepaalde onderneming, het spelen van een actieve rol in de *governance* van de onderneming (bijvoorbeeld door het zoeken van dialoog en het gericht uitoefenen van het stemrecht) tot het kiezen voor duurzame beleggingen waarbij uitdrukkelijk wordt beoogd bepaalde specifieke duurzame uitkomsten te bereiken. Onderdeel van dit laatste kan zijn het zogenoemde *impact investment* waarbij gericht bijvoorbeeld een of meer van de UN Sustainable Development Goals naderbij worden gebracht. Ten slotte vermeldt hij nog de categorie 'ethisch beleggen' waarbij beleggingen in bepaalde activiteiten bewust worden uitgesloten (zoals olie en gas, wapenindustrie en tabak). Walkate wijst erop dat deze laatste aanpak meer aan *virtue signaling* bijdraagt dan dat het effectief is in het oplossen van het gepercipieerde probleem (men laat immers de beleggingen dan over aan anderen die het ethische standpunt niet onderschrijven). Hij schetst dat de met de verschillende strategieën verbonden doelstellingen heel verschillend kunnen zijn en, naast *values alignment*, kunnen variëren van het beheersen of beperken van financiële risico's c.q. het juist bevorderen van het rendement van de belegging, tot het daadwerkelijk willen bijdragen aan een betere wereld.

Integratie van ESG-factoren in beleggingsbeslissingen ziet Walkate als een ook in de praktijk en door academici erkend relatief nuttig en hanteerbaar instrument om de risico's van beleggingen in kaart te brengen en te beheersen. Dat wil echter niet zeggen dat het ook een groot effect heeft op het vergroten van het rendement of het bijdragen aan een betere wereld. Voor beide is eigenlijk geen bewijs te vinden in praktijk en de literatuur, zo memoreert Walkate. Anders kan dat liggen voor een actief aandeelhouderschap van beleggers dat mede gericht is op het verbeteren van de *ESG-performance* door ondernemingen. Dit kan resulteren zowel in een beter

risicobeheer, een hoger rendement als een betere wereld. Tegelijkertijd geldt dat dit resultaat slechts bereikt kan worden door een kennis- en arbeidsintensief, en dus duur, proces van analyse te doorlopen. In vergelijking met de beheerskosten van passiever ingestelde beheerders levert dat een aanzienlijk nadeel voor actieve beheerders op. Een andere observatie van Walkate is dat de factoren die in de ESG-beweging veel nadruk krijgen zeker niet steeds materieel zijn in financiële zin en dus ook niet zonder meer bijdragen aan een hoger rendement (wat gelet op de eerder vermelde kosten een ESG-oriëntatie van beleggers dus niet bepaald aantrekkelijker doet zijn). Dit maakt dat ESG-oriëntaties van beleggers in de praktijk vaak een hoog *window-dressing*-gehalte hebben. Walkate plaatst ook de in de publiciteit breed uitgemeten succesvolle actie van Engine No. 1 om de board van ExxonMobil aangevuld te krijgen met een drietal leden, uitdrukkelijk in het perspectief dat Engine No. 1 uitdrukkelijk een economische rationale vooropstelde en juist meer macht voor de aandeelhouders nastreefde. Zoals Walkate opmerkt, is het daarmee enigszins ironisch dat dit ESG-succes is geboekt door activistische aandeelhouders die eerder aanhanger dan criticus van Milton Friedman zijn.

Wat betreft *impact investment* geeft Walkate een aantal criteria waaraan voldaan moet zijn met inbegrip van rendementsverhoging (als dat ontbreekt is het zijns inziens geen belegging, maar filantropie), meetbaarheid en daadwerkelijke intentie om impact te hebben en iets toe te voegen (*additionality*) dat anders (zonder de belegging) niet was gebeurd. Die categorie van *impact enabling*-beleggingen lijkt daarmee niet heel groot. Veeleer gaat het beleggers om *impact alignment*. Walkate signaleert dat *impact enabling*-beleggingen vaak te riskant en overigens vaak ook te kleinschalig zijn en bovendien vaak in (risicovollere) 'opkomende markten' plaatsvinden zodat deze voor grote (institutionele) beleggers zoals pensioenfondsen en verzekeringsmaatschappijen die aan strikte beleggingscriteria moeten voldoen, niet geschikt zijn.

Een oplossing voor de geschetste problemen kan zijn dat beleggingen plaatsvinden in de vorm van *blended finance*, met een grote rol voor de overheid als *co-investor* of garantieverstrekker. Walkate concludeert: 'Voor de meeste van de onder de noemer ESG besproken problemen kan men vaststellen dat deze zonder overheidsinterventie niet opgelost zullen worden.' Zijns inziens geldt dat in het bijzonder voor het tegengaan van 'climate change'. Daarvoor is een combinatie van regelgeving en financiële ondersteuning van nieuwe technologieën vereist. Het eerste is voor beleggers niet mogelijk en het tweede is financieel te riskant. Kort en goed: 'het proactief bijdragen aan effectief overheidsbeleid' kan niet van beleggers worden verwacht.

Het voorgaande neemt niet weg dat *climate change* (ook) boven aan het lijstje van beleggers staat. Walkate bespreekt diverse criteria die beleggers in dit verband kunnen hanteren, met inbegrip van het beperken van de totale *carbon footprint* van de gehele portefeuille of zelfs het streven de gehele portefeuille klimaatneutraal te verklaren (door een combinatie van uitsluiting van de vervuilenste activiteiten en compensaties door het planten van bomen enzovoort). Hij noteert dat ook dit vaak meer zal bijdragen aan risicobeheer dan aan het tegengaan van *climate change* als zodanig.

Net zoals in de overige preadviezen constateert ook Walkate dat sprake is van een snel groeiend aantal niet noodzakelijkerwijze convergerende standaarden en rapportageraamwerken en de noodzaak dat dit verandert. Er gloort hier hoop nu op uiteindelijk één of een zeer beperkt aantal wereldwijde rapportagestandaarden de vijf bekendste standaardsetters bereid lijken om samen te werken. Vooralnog bieden echter ook de relevante EU-initiatieven (zoals de Sustainable Finance Disclosure Regulation; SFDR) en -standaarden slechts zeer beperkt scherpte en eenduidigheid. In dat kader betoont Walkate zich kritisch over de overvloed aan beleggingsfondsen dat zich in het recente verleden met het label ‘duurzaam’ heeft getooid. Nu er veel vraag is naar ESG-gelabelde fondsen ligt greenwashing steeds nadrukkelijk op de loer, zo constateert hij.

Afsluitend is de conclusie van Walkate dat de vraag of ‘ESG-beleggen’ daadwerkelijk ‘werkt’ niet gemakkelijk en evenmin eenduidig beantwoord kan worden. Het onderzoek daarnaar is op zijn best ambigu terwijl ook niet steeds gezegd kan worden dat het onderzoek dat wordt gepresenteerd voor het ene of andere standpunt de wetenschappelijke toets kan doorstaan. Waar dat wel het geval is, rijst een zeer genuanceerd beeld op, zo laat Walkate ons zien. Veel aandacht voor daadwerkelijk gedegen onderzoek, dat populaire opvattingen bij voor- en tegenstanders kritisch beziet, lijkt er echter niet te zijn. Vooralnog lijkt de conclusie niet verder te kunnen gaan dan dat ESG niet of slechts zeer beperkt tot hogere rendementen leiden, maar wel een nuttig risicobeheersingsinstrument kan zijn zonder dat echter gezegd kan worden dat het leidt tot een betere wereld of, concreter geformuleerd, de realisatie van de UN Sustainable Development Goals. Als het om dit laatste gaat concludeert Walkate dat een actief aandeelhouderschap dat daadwerkelijk de intentie heeft ESG-doelen te bereiken en evenzeer daadwerkelijk iets toevoegt aan wat de onderneming toch al van plan was, mogelijk het effectiefst zal kunnen zijn.

Uiteindelijk echter, zo noteert Walkate, is overheidsbeleid cruciaal voor succes en is het wellicht een effectievere strategie van beleggers om dat overheidsbeleid te beïnvloeden. Die beïnvloeding zou in ieder geval gericht moeten zijn op strakkere en eenduidige regelgeving wanneer beleggingsfondsen als ‘duurzaam’ en ‘groen’ mogen worden geafficheerd en een verplichting om specifiek aan te geven welke doelen de vermogensbeheerder wil bereiken en daadwerkelijk bereikt. Maar ook hier, zo overweegt Walkate, is wellicht de meer effectieve weg om structuren te scheppen voor nauwe samenwerking van beleggers met nationale en internationale overheden, op basis van gedegen wetenschappelijk onderzoek, dan energie te verspillen aan ingewikkelde regelgeving waarvan betwijfeld kan worden of die uiteindelijk wel bijdraagt aan het daadwerkelijk realiseren van ESG-aspecten en een betere wereld. Die gerichtheid op ‘instrumenten die echt “werken”’, zou zijns inziens centraal moeten staan.

II. SUSTAINABLE TRANSPORT

Zoals in de inleiding van dit Ten geleide reeds aangegeven valt het preadvies dit jaar uiteen in twee delen. Waar in Deel I wordt voortgebouwd op een in zekere zin reeds ontwikkeld debat over de mogelijkheden en instrumenten van ondernemingen om duurzaam ondernemen te bevorderen, betreft Deel II veeleer de ont-

ginning van duurzaamheid op het brede terrein van het handelsrecht en in het bijzonder het vervoer in de meest brede zin van het woord. Wij zijn bijzonder ingenomen met het vernieuwende, veelomvattende en bijzonder interessante preadvies van Van Maanen en Kruit. Het is een rijk document dat zich eigenlijk niet laat samenvatten en integrale bevelen ik dan ook van harte aan, ook door degenen die zichzelf niet (primair) als handelsrechtelijke juristen identificeren. De aangesneden onderwerpen zijn van groot belang ook voor al degenen die op andere rechtsterreinen werkzaam zijn.

1. Context en cijfers

Wat betreft de bijdrage van transport aan CO₂-emissies wordt geschat dat dit zo'n 27% van de totale mensgerelateerde CO₂-uitstoot vormt. Juist in de transportsector is de relatieve uitstoot van CO₂ in de afgelopen jaren niet afgenomen. Daarbij geldt wel dat per eenheid vervoerde vracht (of personen) scheepvaart en trein substantieel zuiniger zijn dan luchtvaart en vervoer over de weg. 70% van de uitstoot in de transportsector komt voor rekening van het wegvervoer, maar wel inclusief ook (privé)personenvervoer. De luchtvaart is goed voor een kleine 14% van de uitstoot in de transportsector. Waar het percentage van het wegvervoer als geheel wordt verwacht te dalen, wordt het aandeel van luchtvaart en scheepvaart verwacht te gaan stijgen. Bij een en ander speelt ook een rol dat het aantal reisbewegingen en de reisafstand per passagier veel meer zijn toegenomen (tussen 2005 en 2017 met 60%) dan de daling van het brandstofgebruik per passagier (dat daalde in de vermelde periode met 24%). In het licht van de verwachting van de OECD dat het wereldwijde vervoer in de komende dertig jaar zal verdubbelen, tekent dat wel de omvang van de uitdaging.

Zowel vervoerders als verladers hebben de intentie uitgesproken om wezenlijk bij te dragen aan verduurzaming en vergroening, maar in de praktijk loopt dit toch vaak vast op de aanzienlijk hogere kosten die met duurzamer vervoer verbonden zijn. Een substantiële bijdrage aan de vermindering van uitstoot zou, in het licht van het voorgaande, kunnen worden geleverd door meer gebruik van (relatief) minder vervuilende vervoersmodaliteiten. Men spreekt dan wel van *modal shift* (waarover hoofdstuk 5 van het preadvies van Van Maanen en Kruit). Zo heeft de EU Green Deal bijvoorbeeld mede als uitgangspunt dat 75% van het vervoer over de weg zou moeten worden verplaatst naar spoor- en binnenvaartvervoer (en *short sea*-vervoer, bijvoorbeeld via *coasters*). Aangenomen wordt dat sneltransport per vrachtwagen eigenlijk slechts in 20% van de gevallen nodig is. Het zou ook veel gemakkelijker moeten worden om in een vervoerstraject van de verschillende modaliteiten gebruik te maken (de zogenoemde 'synchromodaliteit'). Zoals Van Maanen en Kruit noteren, vergt een *modal shift* echter ook een *mental shift* bij verladers. Inmiddels wordt ook getracht die van overheidswege te bevorderen onder meer door een in maart 2021 gelanceerde subsidieregeling. Die multimodaliteit leidt uiteraard wel tot een potentieel aanzienlijke toename van het aantal partijen in de vervoersketen en daarmee ook tot ingewikkelde juridische vragen over verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden. Dat vergt dus ook een grote inspanning van juristen om een en ander (beter) te faciliteren en evenzeer een bereidheid van de overheid om de daarbij passende regelgeving te ontwikkelen en met gericht

overheidsbeleid te ondersteunen. In dat kader kan ook een beter contractmanagement een belangrijke rol spelen.

2. Op weg naar een circulaire economie

Van Maanen en Kruit stellen voorop dat duurzaam transport meer vergt dan alleen beperking van de CO₂-emissie en dat het moet gaan om een beweging – zij spreken van een holistische benadering – in de richting van een circulaire economie en dus bijvoorbeeld ook de beperking van lozing van afvalstoffen en de verwerking daarvan nadrukkelijk aandacht moet krijgen. Vanuit die gedachte behandelen zij de verschillende verduurzamingsonderwerpen integraal en niet per tak van transport. Zo komen aan de orde ‘brandstoftransitie’ (LNG, elektriciteit, biobrandstof, waterstof, enzovoort), schonere en efficiëntere vervoersmiddelen en innovatie van alle onderdelen daarvan en de wijze van inzet van vervoersmiddelen met inbegrip van efficiënter plannen en organiseren, een efficiënter (lees langzamer) vervoer, bijvoorbeeld door lagere snelheden op de weg, *slow steaming* op het water, hogere beladingsgraad enzovoort, en beprijzing van allerlei elementen en/of compensatie (door CO₂-afvang elders, het aanplanten van bomen enzovoort).

3. Regelgeving en financiering

Om een en ander te bereiken zijn volgens hen strikte(re) regelgeving en voldoende investeringen noodzakelijk. Bij een en ander stellen zij terecht voorop dat een zinvolle discussie en het formuleren van een zinvolle aanpak vergen dat de feiten voorop moeten staan. Betrouwbare data dienen de basis van een te ontwikkelen beleid te zijn. Op basis daarvan kan worden gekozen voor bepaalde soorten van maatregelen, zoals een labelsysteem, uitstootbeperkingen c.q. de beprijzing daarvan, enzovoort. Zij onderscheiden tussen *market based*- en *non-market based*-mechanismen. Bij *market based*-maatregelen wordt ernaar gestreefd om een effect te bereiken door invloed uit te oefenen op de beprijzing van goederen en diensten (met inbegrip van bijvoorbeeld rekeningrijden en toekenning van emissierechten en de mogelijke handel daarin, ook wel bekend als *cap and trade*). *Non-market based* zijn allerlei vormen van (andere) regulering. Het principe dat daarbij uitgangspunt is, is dat de vervuiler betaalt.

Vooralsnog is bij dit alles een probleem dat duurzamer vervoer veel duurder is dan traditioneel transport en dat vervoerders en verladers binnen de huidige regelkaders toch, mede vanuit concurrentieoverwegingen, veelal zullen kiezen voor bestaande transportmiddelen en -systemen en (nog) niet voor duurzamere (en duurdere) varianten. De kosten van de transitie naar een duurzame transportsector zijn hoog. Zo kost een elektrische truck momenteel nog 3,5 keer zoveel als een klassieke dieselvrachtwagen. Daarenboven is de afschrijvingsduur, zeker van schepen, lang en is daarmee vernieuwing op korte termijn (door de dan hoge afschrijvingskosten) een dure aangelegenheid. Belangrijk is eens te meer dat sprake is van een in economisch opzicht *level playing field*. Om dat te bereiken is, ook aldus de Europese Commissie, van groot belang dat zo veel mogelijk sprake is van een ‘gecoördineerde wereldwijde inspanning’. Van Maanen en Kruit stellen vast dat de markt daar ook om vraagt.

Eigen aan de regulering van vervoer is dat de regelgeving hier al lange tijd veel internationaler is dan waar het betreft duurzaam ondernemen. Wegvervoer, scheepvaart en luchtvaart zijn alle gereguleerd in supranationale verdragen met de bijbehorende regulerende en toezichthoudende organisaties die deels opereren onder de paraplu van de Verenigde Naties. Ook hier kan als uitgangspunt worden genomen de formulering van de zeventien Sustainable Development Goals (SDG's) die de VN heeft gesteld (en die ook in de andere preadviezen aan de orde komen) en het bekende Klimaatakkoord van Parijs dat met name ziet op een rigoureuze beperking van CO₂-emissies (die overeenkomst is aangegaan binnen het kader van het Raamverdrag van de VN inzake klimaatverandering (zie nader par. 2.2.2.2 van het preadvies)). Op 12 november 2021 vindt in Glasgow een nieuwe klimaatconferentie plaats om 'Parijs' te evalueren en verdergaande afspraken te maken. Daarbij is relevant dat in 'Parijs' de lucht- en scheepvaart grotendeels buiten beschouwing zijn gelaten. De internationale scheepvaart- en luchtvaartorganisaties – IMO en ICAO – hebben daaromtrent de afgelopen jaren overigens wel al een aanzienlijk aantal initiatieven genomen. Deze worden door Van Maanen en Kruit ook uitdrukkelijk besproken mede in het kader van de relevante verdragen. Vervolgens leggen zij ook het verband met de EU Green Deal en de EU-verordening die een Europese klimaatwet zal bevatten waarover op 28 juni jl. overeenstemming is bereikt alsmede met de Nederlandse raamwet ter zake en het zogenoemde Klimaatakkoord waaraan meer dan honderd partijen hebben meegewerkt.

4. Financiering en digitalisering

Een en ander roept natuurlijk ook serieuze vragen op met betrekking tot de financiering van alle initiatieven. Ook hier zal veel mede af kunnen hangen van overheidsbeleid (en overheidsgaranties) met inbegrip van financiering van R&D-projecten. Dat heeft ook de aandacht van de EU. Het zal mede aan kunnen komen op publiek/private initiatieven en de vraag hoe de markt voor groen schuld papier (*green bonds*) zich ontwikkelt. Terecht wijzen Van Maanen en Kruit erop dat een aanzienlijke complicatie bij het aantrekken van verdere financiering voor langlopende duurzaamheidsprojecten is dat zulks een aanzienlijke mate van rechtszekerheid vergt, terwijl momenteel juist sprake is van een transitiefase waarin de regelgeving steeds weer verandert mede in het licht van de maatschappelijke en technologische ontwikkelingen. Overigens stellen Van Maanen en Kruit wat betreft de te maken kosten van een duurzaam transport wel voorop dat economisch onderzoek indiceert dat het nu nemen van maatregelen aanzienlijk goedkoper is dan de kosten die klimaatverandering op de langere termijn zou meebrengen.

Het uiteindelijke doel van alle te ondernemen acties en maatregelen zal in de ogen van Van Maanen en Kruit, zoals gezegd, een circulaire economie (recycling) moeten zijn. Dat kan zich uitstrekken tot alle aspecten van vervoer (bijvoorbeeld als het gaat om spoorvervoer kan het ook gaan om de duurzaamheid van de dwarsliggers die de spoorbanen bij elkaar houden, enzovoort). Zo zouden zee- en luchthaven uiteindelijk moeten uitgroeien tot 'circulaire hubs'.

Bij verduurzaming en vergroening in de transportsector kan ook de voortgaande digitalisering een nuttige rol vervullen. Uitdrukkelijk besteden Van Maanen en

Kruit ook daaraan aandacht in hoofdstuk 4 van hun preadvies. Primair hebben zij daarbij het oog op het stroomlijnen en optimaliseren van logistieke processen. Zo noteren zij dat in de EU één op de vijf vrachtwagens leeg rondrijdt en goederentreinen na aflevering van de lading vaak weer leeg naar de plaats van vertrek gaan. Overigens houdt dat ook weer mede verband met politiek geïnspireerde regels die willen voorkomen dat buitenlandse vervoerders binnenlands transport afsnoepen van nationale vervoerders (de zogenoemde EU-Cabotageregeling). Daarmee wordt, aldus Van Maanen en Kruit, al decennia geworsteld. Dat omvat ook bijvoorbeeld voortgaande discussies over internationale standaarden voor documenten en communicatie, spelregels voor aansprakelijkheid (en overdracht van vermogensrechten), enzovoort. Ook dat zal de (verdere) ontwikkeling van digitale platforms en digitale marktplaatsen (en onlinevrachtbeurzen) vergen. In het preadvies geven Van Maanen en Kruit een interessant overzicht van de bestaande platformen, de werking daarvan en de (bestaande en nieuwe) initiatieven ter zake alsmede de (juridische en andere) problemen waar de praktijk bij het gebruik daarvan mee wordt geconfronteerd.

Al met al constateren Van Maanen en Kruit in hun fraaie, vernieuwende en veelomvattende preadvies dat de transportsector met vele uitdagingen wordt geconfronteerd op de weg naar een duurzamere en groenere toekomst. Anderzijds geldt dat deze beweging in de richting van een circulaire economie ook weer kansen biedt en kan bevorderen dat nieuwe technologieën tot ontwikkeling komen, zoals verbeterde laadpaaltechnologie voor vrachtverkeer en alles dat verband houdt met een transitie naar waterstof, maar ook het vergroten van de capaciteit op de binnenvaartwegen. Zoals al opgemerkt wijzen zij ook op het belang van wat zij noemen, de ‘regelgevende infrastructuur’ en een financiële infrastructuur. De wens tot effectieve regelgeving met een visie voor de lange termijn wordt breed gedragen, zo benadrukken zij. De omvang van de uitdagingen vraagt om een gezamenlijke inspanning van alle direct en indirect betrokkenen. ‘Als iedereen bijdraagt, kan het snel gaan’, zo besluiten Van Maanen en Kruit hun belangrijke preadvies.

Afronding en conclusies

Het bestuur van de Vereniging is zeer verheugd dat het thema duurzaamheid in de onderhavige preadviezen door eminente auteurs diepgaand is geanalyseerd en doordacht. Een en ander geeft de lezer niet slechts een schat aan informatie, maar zet ook aan tot overpeinzing en kritische beschouwing van de vele, soms divergerende, initiatieven die door wetgevers en andere regelgevende en toezichhoudende instanties worden genomen.

Na lezing van alle preadviezen dringen zich bij mij enkele conclusies en centrale vragen op. Vooreerst kan worden geconstateerd dat de verduurzamingsdiscussie en het besef van het belang van ESG-factoren zeer breed leven. Anno 2021 hoeft geen energie meer te worden gestoken in bewustwording daarvan. Tegelijkertijd komt in alle bijdragen duidelijk naar voren dat er sprake is van een *grote versnippering van initiatieven en regels* en een grote mate van onduidelijkheid van juridische kaders. Daar waar het verbinden van alle denkkraft, kennis en ervaring bij het ontwerpen van regels en verantwoordingskaders verre de voorkeur zou verdienen, buitelen

allerlei, nationale en internationale, overheden en instellingen, maar ook wetenschappers over elkaar heen bij het opstellen van zelf bedachte regels en verantwoordingskaders om maar zo snel mogelijk publiekelijk te tonen dat men met de problematiek begaan is. Dat is een bedreiging voor een daadwerkelijk effectieve aanpak van ESG-issues. Gehoopt mag worden op een transnationale samenwerking waarbij vervolgens lokale wetgevers en toezichthouders terughoudendheid aan de dag leggen met het uitvaardigen van extra specieuze voorschriften. Een tweede met het voorgaande samenhangende constatering zou kunnen zijn dat sprake is van allerlei regelgeving waarbij wordt gevluht in *brede algemene formuleringen* waarbij de symboolwerking het nogal eens lijkt te winnen van de effectiviteit van ESG-regelgeving. Dat draagt niet bij aan wezenlijke verandering. Ten derde is een eenduidige grondtoon in alle bijdragen dat *gecoördineerd gezamenlijk optreden van marktpartijen en de overheid noodzakelijk is* om voorwaarden voor de duurzaamheidstransitie te scheppen en die daadwerkelijk in gang te zetten. Het belang van publiek-private samenwerking, al of niet in als zodanig verwoord, kan men in de preadviezen met grote regelmaat tegenkomen. Ten slotte zou ik als vierde aandachtspunt uit alle preadviezen willen distilleren dat *ook de aard van de regelgeving zelf overdenking verdient*. Juist gelet op de brede problematiek lijkt een klassiek schema langs de lijnen van een voorschrift en een sanctie bij niet-naleving daarvan niet een voor de hand liggend schema. Veeleer is er behoefte aan een *toezichtstructuur* waarbinnen alle partijen op zoek gaan naar wat wel en wat niet ‘werkt’. Een interessant initiatief in deze richting is vervat in de Nederlandse Wet zorgplicht kinderarbeid. Die wet voorziet qua handhaving in een samenspel tussen ondernemingen en de toezichthouder, waarbij veel informatie wordt uitgewisseld en de toezichthouder primair bindende aanwijzingen kan geven (waarbij rekening kan worden gehouden met de specifieke situatie van de individuele onderneming of de specifieke aard van de sector) en vervolging pas na herhaalde niet-nakoming aan de orde is.¹

In de lange traditie van de Koninklijke Vereniging Handelsrecht bieden de in deze bundel opgenomen preadviezen vele handvatten aan zowel de wetgever als de praktijk om de geschetste uitdagingen op het brede vlak van ESG aan te gaan. Namens het bestuur van de vereniging betuig ik graag mijn grote dank aan alle preadviseurs voor hun even belangrijke als ook bijzonder fraaie preadviezen die wij dit jaar aan onze leden kunnen voorleggen. Wij zien uit naar een boeiende gedachteswisseling in de algemene vergadering van onze vereniging op 3 november a.s.

Amsterdam, 15 september 2021

Prof. mr. Harm-Jan de Kluiver
Voorzitter van de Koninklijke Vereniging Handelsrecht

1. Dit is niet de plaats voor verdere uitwerking van een en ander. Ik verwijs voor een bredere beschouwing naar mijn bijdrage, ‘Op weg naar post-covid, duurzaam ondernemingsrecht. Over grote thema’s van deze tijd; climate change, mensenrechten, governance en de maatschappelijke onderneming’, *NJB* 2021, p. 1241 e.v. en specifiek voor deze kwestie naar p. 1246 e.v.

Deel I

Duurzaam ondernemen en ESG: Perspectieven en verwachtingen

ESG en vennootschapsrecht: innig verbonden, maar ook duurzaam?

Prof. dr. H. De Wulf*

I. Van dienen aan het altaar van de *shareholder value* tot offers voor de ESG-god

1. Inleiding: de getijden der geschiedenis

Geschiedenis is verandering. Af en toe treden caesuren in de geschiedenis op: men kan dan met recht stellen dat een nieuw tijdperk is aangebroken. Zoals bij elke niet-poëtische beschrijving van de werkelijkheid zijn die caesuren natuurlijk niet meer dan een onderdeel van kunstmatige modellen om de complexe werkelijkheid voor kille analyse behapbaar te maken; en de kenmerken van het nieuwe tijdperk gaan natuurlijk terug op verschillende draden van evolutie die soms jaren, soms vele decennia terugreiken in de tijd. Maar de vaststelling dat zonet een hoge golf op het strand gebroken is, wordt er niet minder juist om wanneer die golf al dagen op zee onderweg bleek te zijn. Zo een golf die een caesuur verbeeldt, is in 2019 gebroken op Europese en Noord-Amerikaanse stranden:¹ voor ondernemingen en hun financiers² is een nieuw tijdperk aangebroken waarin ESG-thema's centraal staan in regelgeving en in beleidsmatige en strategische debatten, zowel op het politieke als op ondernemingsniveau.

Dit preadvies behandelt de weerspiegeling van die nieuwe onderstroom in het ondernemingsrecht, maar dient ook wel enigszins als inleiding op de meer gespecialiseerde preadviezen in dit boek. We zullen zonder een onmogelijke exhaustiviteit

* Hans De Wulf is gewoon hoogleraar aan de Universiteit Gent, Financial Law Institute.

1. De rest van de wereld heeft er naar mijn indruk heel wat minder van gemerkt, ook de belangrijke Aziatische economieën niet. Voor *Japan*, zie het genuanceerde beeld dat blijkt uit het *Financial Times* (verder: *FT*) Special Report 'Japan and sustainability', 22 juli 2021, met onder meer een artikel over verklaringen van de ex-voorzitter van GPIF, een heel groot Japans pensioenfonds, die verklaarde dat beleggingsfondsen op *returns* moeten blijven focussen in plaats van zich op ESG toe te leggen (L. Lewis, 'Ex-chair of world's largest pension fund sounds caution on ESG'), maar anderzijds een artikel dat melding maakt van toegenomen ESG-inspanningen van een aantal grote Japanse bedrijven, zoals Nissan en Hitachi (K. Inagaki, 'Corporate Japan gets serious about ESG'). Volgens onderzoek van consultancybedrijf Willis Towers Watson zou (situatie in juni 2020) slechts 15% van de honderd grootste Japanse ondernemingen en zelfs slechts 5% van de tweeduizend vennootschappen op de hoofdmarkt van de beurs van Tokio 'ESG metrics' gebruiken om de omvang van de vergoeding van topmanagers mee te helpen bepalen, tegenover 52% van de Amerikaanse S&P 500 en 63% van de ondernemingen in de belangrijkste Europese beursindices. Zie Willis Towers Watson, *ESG and executive compensation: hearing from board members globally*, 2021, p. 17-18.
2. In de 'Unhedged' nieuwsbrief van de FT (zie R. Armstrong, 'Team ESG fights back', 26 augustus 2021) verklaarde een vermogensbeheerder: 'Something changed around 2016 (...) RFPs (request for proposals) for mandates started to screen fund managers on whether or not you were a UN Principles for Responsible Investment signatory – and it quickly became in Europe a binary decision point for them. Then they started to ask for copies of the firms' written responsible investment policies. Next came the grilling of CIOs and portfolio managers during client reviews on how closely they adhered to that policy, with documented evidence they did so in internal records. Obfuscation, eye rolling and dismissive waves of the hand from investment team members were replaced by requests for training, buying of new research tools and the arrival of more qualified voices.'

na te streven een algemeen overzicht geven van enkele debatten en ontwikkelingen binnen Europa, enerzijds op het niveau van de Europese Unie (EU), anderzijds op nationaal niveau. De rest van de wereld, zelfs de Verenigde Staten, komt slechts sporadisch aan bod. Ik zal, zonder dat mooie land met zijn boeiende ondernemingsrecht dood te wijgen, evenmin bijzondere aandacht voor Nederland aan de dag leggen, omdat ik ervan uitga dat de Nederlandse lezer gemakkelijk elders gedetailleerdere analyses van het Nederlandse recht kan vinden.

‘ESG’ – dat weet wie dit rond 2021 leest natuurlijk al lang – staat voor ‘Environmental, social and governance’-thema’s, waarbij men ‘social’ vaak zo invult dat daaronder ook aandacht voor mensenrechten valt. Wanneer anno 2021 iemand beweert dat een onderneming aandacht moet hebben voor ESG-thema’s, zou diezelfde persoon vijf jaar eerder hoogstwaarschijnlijk nog over CSR, *corporate social responsibility*, gesproken hebben. Maar de intensiteit en kwaliteit van het maatschappelijk debat rond CSR-thema’s zijn zodanig veranderd dat een nieuw letterwoord gerechtvaardigd lijkt. Het punt is net dat, tot ongeveer 2018, CSR een domein was waarover vooral gepraat werd door een beperkt aantal academici³ en een groter aantal ngo-activisten, terwijl sinds 2018-19 ESG, *sustainable corporate governance* en *sustainable finance*⁴ thema’s zijn die een prominente plaats innemen in het ondernemingsleven en in de academische debatten rond ondernemingsrecht.⁵

Ik zal me niet wagen aan een analyse van de factoren die tot die grotere aandacht voor duurzaamheid, mensenrechten en sociale kwesties hebben bijgedragen – het aantreden van een nieuwe generatie en het parallelle van het toneel verdwijnen van de generatie die pakweg in 1985 de ‘commanding heights’ van de maatschappij in handen had,⁶ de confrontatie in het dagelijkse leven met de gevolgen

3. Waarbij de juristen die zich met het thema bezighielden niet in het centrum van de belangstelling van hun collega’s stonden, in elk geval niet binnen het ondernemingsrecht.
4. Thema dat ik in deze bijdrage niet aanraak. Zie voor een goede korte inleiding over de grondslagen (niet geschikt als update van de recente initiatieven van Commissie en ECB): E. Bueren, ‘Sustainable Finance’, *ZGR* 2019, afl. 5, p. 813-875. Het recente verzamelwerk onder editorschap van D. Busch, G. Ferrarini & S. Grünewald, *Sustainable Finance in Europe*, Palgrave Macmillan 2021 wordt zeker een standaardwerk. Zie ook H. Liang & L. Renneboog, ‘Corporate Social Responsibility and Sustainable Finance: A Review of the Literature’, 2020, te verschijnen in Oxford Research Encyclopedia of Economics and Finance, beschikbaar op ssrn.com/abstract=3698631 (nadruk op de corporate finance-literatuur). Onmisbaar voor wie de evoluties in Europa wil volgen is ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance_en.
5. Voor juristen kan ik de volgende twee algemene overzichtswerken over ESG/duurzaamheid en ondernemingsrecht aanbevelen: B. Sjafjell & C. Bruner, *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cambridge University Press 2020, 737 p. en L. Enneking et al. (eds.), *Accountability, International Business Operations, and the Law*, Routledge 2020, 301 p. Het *Cambridge Journal of Human Rights and Business* (sinds 2011) wordt gevuld met bijdragen over de onderwerpen waarnaar zijn titel verwijst. In 2021 wijdde *Ondernemingsrecht* een bijzonder nummer (nr. 5) aan duurzaam ondernemingsrecht en het Duitse *ZGR* deed reeds in 2018 hetzelfde, zij het onder de hoofding ‘CSR’. Wie op de hoogte wil blijven van nieuwe ontwikkelingen – in de eerste plaats rond ‘business en human rights’, maar dit omvat een groot stuk van de duurzaamheidsdiscussie – zoals waargenomen door niet-gouvernementele activisten, zal veel hebben aan de website business-humanrights.org/en/.
6. Zie ‘Societies change their minds faster than people do: generational replacement is what shifts public opinion’, *The Economist* 31 oktober 2019, waarin met statistiek geïllustreerd wordt hoe bepaalde opvattingen (pakweg over de geoorlooftheid van abortus) niet zozeer doorbreken omdat mensen er in de loop van hun leven door overtuigd worden en hun mening veranderen, maar omdat de tegenstanders van nieuwe ideeën uit vorige generaties gewoon sterven of demografisch ‘verdrongen’ worden door de nieuwe generatie.

van de opwarming van de aarde, de onvrede over de economische situatie en daardoor, bij sommigen, over ‘het kapitalisme’,⁷ in de nasleep van de grote financiële crisis van 2007-2008 en de eurocrisis die kort daarna volgde, het besef bij vermogensbeheerders en verzekeraars dat zij hun beleggingsportefeuille tegen het moeilijk wegdiversifieerbaar klimaatrisico moeten beschermen⁸ zijn ongetwijfeld enkele onder veel meer factoren.

2. De schommelingen in het governance-klimaat

Ik wil de opkomst van de huidige *sustainable corporate governance*-debatten toch even situeren binnen de evolutie van het corporate governance-klimaat de voorbije veertig jaar.

a. De opkomst van shareholder value als ‘ideologie’

De jaren tachtig zagen de geleidelijke doorbraak van een toegenomen geloof in het belang van vrije markten en deregulering. In de Verenigde Staten begon men, met de (*hostile*) *takeover boom* (die in 1991 alweer voorbij was) en de geboorte van het private equity-fenomeen, al enigszins te evolueren naar de shareholder value-gedachte. Dit was een reactie op de toestand die na de Tweede Wereldoorlog tot en met de jaren zeventig overheerste. Toen leek winstgevendheid en het maximaliseren van aandeelhouderswaarde geen prioriteit te zijn bij genoteerde ondernemingen, maar stond een bureaucratisch management centraal, dat aan het hoofd stond van vaak gediversifieerde conglomeraten voor wie marktaandeel en andere graadmeters van omvang belangrijker waren dan winstgevendheid en efficiëntie. Volgens sommigen had het management een stilzwijgende consensus bereikt met de werknemers, door ook hun belang bij jobzekerheid boven de belangen van aandeelhouders te plaatsen.⁹ De idee dat bestuurders/commissarissen de vennootschap, althans haar topmanagement zouden monitoren teneinde de belangen van de aandeelhouders te bewaken, was tot de jaren negentig een lachertje. Het was een welkome evolutie dat dit langzaam begon te veranderen vanaf de jaren tachtig. Milton Friedman’s bekende dictum ‘The social responsibility of business is to increase its profits’ – dat ik door het te citeren niet wil ondersteunen – was in het jaar van verschijnen, 1970,¹⁰ niet bepaald de weergave van mainstream opvattingen, maar zou dat in de jaren tachtig wel worden.

7. Dat er ook door academici, zelfs door economen, bezorgd over de toekomst en aard van het kapitalisme wordt nagedacht, blijkt uit een kleine vloed aan recente boeken die vrij veel lezers hebben gevonden, waarvan ik er drie in elk geval lezenswaardig noem: P. Collier, *The Future of Capitalism*, 2018; R. Rajan, *The Third Pillar-How markets and the state leave the community behind*, 2019; R. Henderson, *Reimagining Capitalism in a World on Fire*, 2020. Zie ook de weinig opbeurende titels van de Duitse socioloog W. Streeck, *How will Capitalism End? Essays on a failing system* (2016), *Buying Time: the delayed crisis of democratic capitalism* (2017) en *Zwischen Globalismus und Demokratie: Politische Ökonomie im ausgehenden Neoliberalismus* (2021).
8. Daarover, als factor bij de recente aandacht voor ESG bij beleggingsfondsen, zie J. Coffee, ‘The future of disclosure: ESG, common ownership, and systematic risk’, 2021, beschikbaar op ssrn.com/abstract=3678197.
9. Zie bijv. het beeld van de structuur van de Amerikaanse economie en de ‘industrial relations’ in 1976 geschetst in J.K. Galbraith’s *The New Industrial State*.
10. M. Friedman, ‘A Friedman doctrine – The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits’, *The New York Times* 13 september 1970, beschikbaar op nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html.

In de jaren negentig brak de shareholder value-gedachte ook in Europa door. Vennootschappen moesten voor zichzelf duidelijke *rates of return* voor investeringen vooropstellen (en de *return on equity* (ROE) moest duidelijk hoger zijn dan investeringen in veilige overheidsobligaties). Indien de beschikbare middelen niet met voldoende rendement geïnvesteerd konden worden, moesten ze uitgekeerd worden aan aandeelhouders (in toenemende mate via inkoop van eigen aandelen) – al was het maar om *empire building* door managers te helpen bestrijden. De vergoeding van bestuurders en topmanagers moest afhankelijk gemaakt worden van de creatie van aandeelhouderswaarde (bijv. door de toekenning van aandelenopties). Het ouderwetse boekhoudrecht, waar activa aan historische aanschaffingswaarde werden geboekt, moest vervangen worden door financiële informatie die nuttiger was voor beleggers,¹¹ doordat zij gebaseerd was op het *mark-to-market*-principe. De ICT-boom van de jaren negentig eindigde in het barsten van de dotcombubbel, die de irrationaliteit van de financiële markten had geïllustreerd¹² evenals de oude wijsheid dat wanneer mensen die variabel verloon worden rijk kunnen worden wanneer de waarde van de onderneming stijgt, een heel aantal onder hen geneigd zal zijn de rapportering over de waarde van die onderneming kunstmatig en soms zelfs frauduleus te manipuleren.¹³ Maar de dotcomcrisis en de bijhorende schandalen (Enron, Worldcom en vele anderen) konden de evolutie naar een verdere ‘financialisatie’ van de economie¹⁴ nauwelijks afremmen.

b. De parallelle dominantie van agency theory als analysemodel; de vennootschap als contract

Parallel aan de opkomst van geloof in shareholder value was in de jaren tachtig ook de *agency theory* geformuleerd, waarbij onder meer benadrukt werd dat managers en bestuurders de agenten van de aandeelhouders waren¹⁵ en hadden Jensen en Meckling hun lezers reeds in 1976 ervan proberen te overtuigen dat aandeelhouders de ‘residual claimants’ van de vennootschap waren, aan wie, gezien de incompleetheid van hun claims en hun achterstelling tegenover schuldeisers, bijgevolg alle ‘overschot’ na het uitbetalen van de vaste claims op de ondernemingscashflows moest uitgekeerd worden.¹⁶ Tegelijk werd geargumenteed dat de onderneming een ‘nexus of contracts’, een samenstel of brandpunt van contracten (in metaforische zin) was.

11. Die via de opkomende en fiscaal gestimuleerde fondsenindustrie in toenemende mate naar de kapitaalmarkt gelokt werden.

12. Een mooie intellectuele geschiedenis van de ontwikkeling van het idee van efficiënte kapitaalmarkten en de correctie ervan door inzichten uit de *behavioral finance* waaronder de ‘irrational exuberance’-theorie van Robert Shiller biedt J. Fox, *The Myth of the Rational Market*, 2009.

13. Zie de mijns inziens erg overtuigende beschouwingen over variabele vergoeding bij Jaap Winter, ‘Corporate Governance Going Astray: Executive Remuneration Built to Fail’, in: *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter 2010, p. 1521-1535, ook beschikbaar op ssrn.com/abstract=165213.

14. Zie daarover populariserend maar degelijk R. Reich, *Supercapitalism*, 2007.

15. Zie onder meer E. Fama & M. Jensen, ‘Separation of ownership and control’, *Journal of Law and Economics* (26) 1983, p. 301; E. Fama, ‘Agency problems and the theory of the firm’, *Journal of Political Economy* (88) 1980, p. 288-307.

16. Zie M. Jensen & W. Meckling, ‘Theory of the firm: managerial behavior, agency cost and ownership structure’, *Journal of Financial Economics* (3) 1976, nr. 4, p. 305-360.

Agency theory was en is een uitmuntend analyse-instrument, maar men mag niet in de illusie leven dat de theorie, en de contractuele kijk op de vennootschap die ongeveer terzelfder tijd *bon ton* werden, beleidsmatig of ideologisch neutraal waren.¹⁷ De contractuele retoriek werd onder (veel) meer gebruikt om, in de geest van Coase, te argumenteren dat de contractspartijen die de vennootschap vormden, minstens hadden opgericht – waarmee men aan de aandeelhouders dacht, hoewel de ‘oorspronkelijke’ agency theory terecht alle stakeholders als *agents* van elkaar zag, namelijk partijen die samenwerkten met een gemeenschappelijk doel maar in conflict komen door divergerende risicopreferenties – de organisatie van de vennootschap (inclusief de verdeling van governance-rechten en uiteraard ook de verdeling van het financieel surplus) vrij langs contractuele weg moesten kunnen regelen, niet gehinderd door dwingend recht dat bepaalde stakeholders (schuldeisers, werknemers bijvoorbeeld) paternalistisch zou beschermen en op die manier alleen maar efficiënte oplossingen in de weg zou staan.¹⁸ Ook juristen begonnen zelfs over kapitaalvennootschappen als de N.V. in contractuele termen te spreken – metaforen die in de VS bijvoorbeeld ook werden gebruikt om pleidooien voor het contractualiseren, lees afbouwen, van fiduciaire verplichtingen van bestuurders te rechtvaardigen, of de verregaande mogelijkheden die in Delaware werden gecreëerd om de vennootschap van aansprakelijkheidsvorderingen tegen haar eigen bestuurders te beroven, te legitimeren. Concurrerende analysemodellen, zoals het ‘Team Production’-model van de onderneming ontwikkeld door Stout/Blair¹⁹ werden wel respectvol bejegend maar hadden, naar mijn subjectieve indruk, helemaal niet de wijdverbreide impact op academici en intellectuelen die de agency theory had, al helemaal niet onder academische economen.

De shareholder value-beweging had hier en daar ook rechtstreekse invloed op de evolutie van de vennootschapswetgeving. In de VS versoepelde de Securities and Exchange Commission (SEC), de toezichthouder van de verschillende effectenbeurzen) eind jaren negentig onder meer de ‘proxy-regulering’ om communicatie door aandeelhouders met elkaar te vergemakkelijken, zodat zij konden ‘samenspannen’ om hun rechten op de algemene vergadering collectief uit te oefenen en in de aanloop ervan ‘shareholder proposals’ te lanceren die om stemmen streden met de alternatieve voorstellen van de board/het management. In Nederland werd in de jaren negentig de vraag gesteld of het structuurregime, typisch uitvloeisel van een poldermodelmentaliteit waarin subtiele evenwichten (bijv. bij de samenstelling van de raad van commissarissen) van belang worden geacht, de invloed van de aandeelhouders niet te zeer beknotte en werd op die soul searching gereageerd

-
17. Zie de reactie van V. Brudney, ‘Corporate governance, agency costs and the rhetoric of contract’, *Columbia Law Review* (85) 1985, p. 1403-1444 waarin deze reageerde tegen de afbouw van dwingende regels onder invloed van ‘contractuele retoriek’. Als gevolg hiervan werd Brudney (volkomen onterecht) weggezet als ‘iemand van de vorige generatie’ die niet mee was met de intellectueel hoogwaardige *law & economics* en corporate finance analyses van ondernemingen.
18. In die geest, en het soort redeneerwijze illustrerend waartegen Brudney (vorige voetnoot) een gevecht (dat hij verloor) voerde, F. Easterbrook & D. Fischel, ‘Contract and fiduciary duty’, *Journal of Law & Economics* (36) 1993, p. 425-466.
19. M. Blair & L. Stout, ‘A team production theory of corporate law’, *Virginia Law Review* (82) 1999, p. 247-328.

met een aantal hervormingen tussen 1999 en 2004 die de aandeelhouder als investeerder meer centraal stelden.²⁰

Inmiddels hadden allerlei factoren eveneens vanaf de jaren negentig tot een enorme groei van institutionele investeerders geleid, zodat vandaag de ‘Big Three’ Amerikaanse vermogensbeheerders (BlackRock, State Street, Vanguard) de grootste aandeelhouder zijn bij 90% van S&P 500-vennootschappen²¹ en zij ook in Europa bij veel grote genoteerde vennootschappen tot de grootste aandeelhouders behoren.²²

Vanaf ongeveer 2002 was men getuige van de doorbraak van activistische aandeelhouders, oorspronkelijk vaak hedge funds, en van een enorme bloei van de al oudere private equity-industrie.

c. Tegenbeweging in slow motion: klachten over ‘short termism’ en de hang naar ‘shareholder engagement’

Na de financiële crisis kwam er een vertraagde tegenreactie tegen het shareholder value-evangelie die zich als het ware in slow motion afspeelde. Men werd het erover eens dat variabele vergoedingen subtieler ontworpen moesten worden dan voorheen en dat het vaste, niet van voor de aandeelhouders positieve prestaties afhankelijke deel van de vergoeding van leidinggevenden groter moest worden. Men stelde openlijk in vraag of een focus op shareholder value wel zo een goed idee was, nu volgens sommigen in de financiële sector druk van aandeelhouders op managementteams om onrealistische returns on equity te realiseren, tot het nemen van excessieve risico’s had bijgedragen.²³

Dat belette niet dat na een korte inzinking aandeelhoudersactivisme en schuldgefinancierde overnames door private equity-huizen bloeiden als nooit tevoren, tot op vandaag. Maar bij Europese beleidsmakers was er sprake van een backlash tegen beide fenomenen – weze het dat als het op concrete maatregelen aankwam

20. Voor een mooi stukje intellectuele geschiedenis, zie F.G.K. Overkleef, *De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen – een analyse van recht, gebeurtenissen en ideeën* (IvO-reeks nr. 103), Wolters Kluwer 2017.

21. Voor dit cijfer, en meer cijfergegevens over het aandeel van verschillende soorten institutionele beleggers, en vooral het aandeel van ‘passieve’ beleggers zoals indexfondsen, in Amerikaanse vennootschappen, zie J. Fichtner & E.M. Heemsker, ‘The New Permanent Universal Owners: Index Funds, (Im)patient Capital, and the Claim of Long-termism’, 2018, ssrn.com/abstract=2988937.

22. De Amerikaanse ‘Big Three’ vermogensbeheerders zijn bij 70% van de vijftig grote Europese ondernemingen die de Euro Stoxx 50 index vormen, de grootste of tweede aandeelhouder, zie J. Fichtner & E.M. Heemsker, ‘The New Permanent Universal Owners: Index Funds, (Im)patient Capital, and the Claim of Long-termism’, 2018, ssrn.com/abstract=2988937, p. 18. Voor algemene cijfers over het aandeel van institutionele aandeelhouders in Europese genoteerde vennootschappen, maar reeds tien jaar oud (daterend uit 2012), zie IODS en OEE, ‘Under the Tender: Who Owns the European Economy? Evolution of the ownership of EU-listed companies between 1970 and 2012: final report’, 2016, op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/db5b2604-e1d7-11e5-8a50-01aa75ed71a1/language-en. Recenter (2019) en veel algemener qua informatie (bijv. institutionele aandeelhouders zouden wereldwijd 41% van de aandelen bezitten) OECD, ‘Who are the owners of the world’s listed companies and why should we care?’, 2019, oecd.org/corporate/who-are-the-owners-of-the-worlds-listed-companies-and-why-should-we-care.htm.

23. Zie bijv. het ondanks de titel heel ernstige boek van de gerespecteerde, ‘ordoliberalen’ (en eurosceptische) Duitse econoom H.-W. Sinn, *Casino Capitalism – How the financial crisis came about and what to do about it*, 2010.

vooral het aandeelhoudersactivisme in het vizier kwam, en private equity grotendeels ongemoeid werd gelaten. De eerste en vooral tweede Aandeelhoudersrichtlijnen (Shareholder Rights Directive, SRD I en SRD II²⁴) waren symptomatisch.²⁵ Consideransen 2 en 15 van SRD II overwogen dat ‘de betrokkenheid van institutionele beleggers en vermogensbeheerders vaak onvoldoende is en te sterk is gericht op kortetermijnrendementen’ en dat ‘vennootschappen zich onder druk van de kapitaalmarkten vooral op de korte termijn richten’.²⁶ De ‘kortzichtigheid van de kapitaalmarkten’ was overigens ook een (ook toen niet afdoende onderbouwde²⁷) aanname in het Groenboek *corporate governance* uit 2011.²⁸

Een kernbedoeling van SRD II is institutionele aandeelhouders in de ruime zin (van pensioenfondsen tot vermogensbeheerders) aan te zetten tot ‘shareholder engagement’,²⁹ wat erop neerkomt dat een investeerder niet alleen actief opvolgt wat er bij de vennootschap zoal leeft (monitoring), maar hij liefst ook van zijn stemrecht gebruik maakt (voting) en daarbij niet ‘zonder nadenken’ de voorstellen van het management maar evenmin die van activistische aandeelhouders goedkeurt of via een blanco volmacht aan een *proxy advisor* laat goedkeuren, maar daarentegen in dialoog treedt met de vennootschapsleiding, om met haar te reflecteren over bijvoorbeeld de governancepraktijken van de vennootschap of haar strategische richting. Een expliciete doelstelling van SRD II is daarbij om de door de beleidsmakers ontwaarde kortetermijnfocus bij vennootschapsleidingen tegen te werken³⁰ – vooral wanneer die leiding onder druk staat van de financiële markten of, vooral, activistische aandeelhouders.³¹ Men hoopt dat langetermijnaandeelhouders

24. SRD I: Richtlijn 2007/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen (*PbEU* 2007, L 184/17-24); SRD II: Richtlijn 2017/828/EU van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft (*PbEU* 2017, L 132/1-25).
25. Zie ook in die zin C. van der Elst, ‘Shareholder engagement duties: the European move beyond stewardship’, in: H. Birkmose & K. Sergakis (eds.), *Enforcing shareholders’ duties*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, p. 74.
26. Overwegingen 2, respectievelijk 15 SRD II.
27. Men spreekt in termen van ‘er wordt gesuggereerd dat’ en ‘sommige beleggers hebben geklaagd dat’.
28. Europese Commissie, *Groenboek: Het EU-kader inzake corporate governance*, COM(2011)164, 5 april 2011, p. 13.
29. Voor enkele van de betere papers rond shareholder engagement, zie de reeds geciteerde paper van Fichtner & Heemskerk (2018) en L.A. Bebchuk & S. Hirst, ‘Index Funds and the Future of Corporate Governance: Theory, Evidence, and Policy’, *Columbia Law Review* 2019, ssrn.com/abstract=3282794, die – controversieel – argumenteren dat passieve beleggers zoals indexfondsen veel te weinig aan *engagement* doen, omdat zij zouden nalaten te lobbyen, of bij individuele ondernemingen campagnes opzetten, bij ondernemingen die governancestructuren handhaven waarvan economisch onderzoek lijkt aangetoond te hebben dat zij suboptimaal zijn voor de creatie van aandeelhouderswaarde; zie ook E. Rock & M. Kahan, ‘Index Funds and Corporate Governance: Let Shareholders be Shareholders’, 2019, ssrn.com/abstract=3295098, die niet alleen argumenteren dat indexfondsen spontaan genoeg aan *engagement* doen, maar daar ook voldoende incentives voor hebben. Interessant als overzicht van het stewardship en engagement ecosystem is de nota van BlackRock: B. Novick, M. Edkins & T. Clark, ‘The Investment Stewardship Ecosystem’, Blackrock Memorandum, 2018, blackrock.com/corporate/literature/whitepaper/viewpointinvestment-stewardship-ecosystem-july-2018.pdf; zie ook J.N. Gordon, ‘Systematic Stewardship’ (February 14, 2021), *Columbia Law and Economics*, Working Paper No. 640, 2021, ssrn.com/abstract=3782814.
30. Zie overwegingen 2 en 15 SRD II.
31. Over *short termism*, zie bijv. (ik raad vooral de tekst van Roe aan): J. Kay, ‘The Kay Review of UK Equity Markets and Long-Term Decision Making’, Final Report, 1 juli 2012, 112p.; L. Bebchuk, ‘The Myth that Insulating Boards Serves Long-term Value’, *Columbia Law Review* (113) 2013, nr. 6,

als pensioenfondsen of de talrijke indexfondsen die niet zomaar een aandeel uit de portfeuille kunnen verwijderen, een tegengewicht zullen bieden tegen activisten. Het weinige rigoureuze onderzoek naar de langetermijneffecten van hedgefundactivisme bevat nochtans geen indicaties dat de positieve effecten ervan op ondernemingswaarde zich slechts op de korte termijn voordoen.³² Er is veel te weinig onderzoek naar die langetermijneffecten om er iets betrouwbaars over te kunnen zeggen. Het punt is dat er evenmin bewijs is dat dit soort activisme op een nefaste manier op de korte termijn focust.

De centrale kritiek van veel kortetermijnkritici is dat vennootschappen te veel uitkeringen zouden doen (dividenden en inkoop eigen aandelen)³³ waardoor (het causaal verband wordt gemakkelijk aangenomen) er ‘te weinig’ investeringen in R&D of kapitaalgoederen zouden gebeuren. Indien er inderdaad te veel uitkeringen en te weinig langetermijninvesteringen zouden gebeuren, valt ernstig te betwijfelen dat ‘shareholder engagement’ daar iets aan zal veranderen – al was het maar (maar er zijn veel meer redenen te bedenken) omdat institutionele aandeelhouders zeker niet meer of zelfs maar even geschikt zijn als managementteams om een geschikt investeringsbeleid voor individuele vennootschappen uit te stippelen.

Het is in die omgeving dat, wellicht in de eerste plaats omdat het klimaat nu een reële bezorgdheid is van de meeste denkende mensen en omdat links (mensenrechten)activisme nu veel vocaler is dan in de periode 1985-2007, de ESG-discussie is doorgebroken: Enerzijds bloeien aandeelhoudersactivisme en private equity-overnames als nooit tevoren, ondanks reeds langer bestaande twijfels bij een te grote focus op de creatie van aandeelhouderswaarde. Anderzijds nemen de klachten over short termism toe en pogen beleidsmakers om de institutionele aandeelhouders die de potentieel meest impactvolle aandeelhouders zijn bij vennootschappen zonder controlerende aandeelhouder, te stimuleren om een tegengewicht te vor-

p. 1637-1694; M.F. Brauer, ‘The effects of short-term and long-term oriented managerial behavior on medium-term financial performance: longitudinal evidence from Europe’, *Journal of Business Economics and Management* (14) 2013, nr. 2, p. 386-402; R. Davies, A.G. Haldane, M. Nielsen & S. Pezzini, ‘Measuring the costs of short-termism’, *Journal of Financial Stability* (12) 2014, p. 16-25; M.J. Mauboussin & D. Callahan, ‘A Long Look at Short-Termism: Questioning the Premise’, *Journal of Applied Corporate Finance* (27) 2015, p. 71; A. Bowdren, ‘Contextualising Short-Termism: Does the Corporate Legal Landscape Facilitate Managerial Myopia?’, *UCL Journal of Law and Jurisprudence* (5) 2016, nr. 2, p. 285-312; M.J. Roe, ‘Corporate Short-Termism: In the Boardroom and in the Courtroom’, in: J.N. Gordon & W. Ringe (eds.), *The Oxford handbook of corporate law and governance*, Oxford: Oxford University Press 2018, p. 425-448; ESMA, ‘Report: undue short-term pressure on corporations’, 18 december 2019, 164p.

32. Het bekendst is wel L.A. Bebchuk, A. Brav & W. Jiang, ‘The Long-Term Effects of Hedge Fund Activism’, *Columbia Law Review* (115) 2015, p. 1097.

33. Ophefmakend en invloedrijk maar methodologisch bekritiseerbaar was het onderzoek van W. Lazonick, ‘Profits without Prosperity’, *Harvard Business Review* (92) 2014, nr. 9, p. 46-55, waarin deze leek aan te tonen dat de S&P 500-vennootschappen 90% van hun netto-inkomsten uitbetaalden via dividenden en inkoop van eigen aandelen. Maar net zoals het nog te bespreken EY-rapport over *short termism en directors’ duties* hield hij daarbij geen rekening met het feit dat dat uitgekeerde geld misschien opnieuw geïnvesteerd wordt door de aandeelhouders die het ontvangen, noch hield hij rekening met de ‘inkomsten’ van diezelfde ondernemingen via aandelenuitgiftes. Als men die in rekening bracht, kwam men tot een pay-out ratio van slechts 44%, en zelfs maar 22% indien men de stap zet om inkomsten uit schuldfinanciering mee in rekening te brengen, zie J. Fried & Ch. Wang, ‘Short-Termism and Shareholder Payouts: Getting Corporate Capital Flows Right’, 2017, beschikbaar op shareholderforum.com/access/Library/20170108_Fried-Wang.pdf.

men³⁴ voor dat beweerde kortetermijndenken en het aandeelhoudersactivisme dat dat zou aanvuren. Een gepolariseerd of minstens veelvormig landschap dus.

II. Vier routes voor beleidsmakers om meer aandacht voor ESG-thema's van ondernemingen af te dwingen

Er zijn een viertal juridische kanalen waarlangs beleidsmakers ondernemingen ertoe aanzetten om meer aandacht voor ESG-factoren te hebben.

1. Openbaarmakingsverplichtingen

Vooreerst zijn er openbaarmakingsverplichtingen (*disclosure*). Een eerste type openbaarmakingsregels richt zich tot dienstverlenende en industriële ondernemingen zelf: die moeten allerlei niet-financiële informatie over zichzelf bekendmaken om de buitenwereld – investeerders maar ook de maatschappij in het algemeen – toe te laten zich een beeld te vormen van de praktijken op het gebied van bijvoorbeeld arbeidsomstandigheden, mensenrechten, klimaatinspanningen, diversiteit binnen de onderneming. Op basis van die informatie kunnen investeerders beslissen al dan niet in de onderneming te investeren, en kunnen aandeelhouders zich eventueel activistisch opstellen. Als beleidsmakers het doel zouden nastreven investeerders te stimuleren om geld te onttrekken aan ondernemingen met een zwak ESG-beleid en te herinvesteren in ondernemingen met een sterker profiel, dan veronderstelt zulke marktwerking uiteraard dat investeerders over de informatie beschikken om een onderscheid te kunnen maken tussen sterke en zwakke profielen.

Een tweede soort disclosure-verplichtingen richt zich tot de investeerders zelf: collectieve beleggingsfondsen en hun aanbieders, en meer algemeen aanbieders van financiële producten, moeten informatie bekendmaken over de duurzaamheid van hun portefeuille, of over de vraag of zij investeren in vennootschappen die niet goed scoren op een aantal ESG-gradimeters. Dan kunnen (andere)vermogensbeheerders en rechtstreekse eindbeleggers een 'geïnformeerde beslissing' nemen of zij hun geld willen toevertrouwen aan dergelijk beleggingsvehikel. Op die manier wordt ook 'greenwashing' bestreden, de praktijk waarbij een onderneming of beleggingsfonds zichzelf als 'groen' of 'duurzaam' voordoet, maar het in werkelijkheid niet is. Rechtstreekse bestrijding van greenwashing gebeurt door taxonomieën en erkende certificaten: alleen beleggingsvehikels die aan een reeks ESG-standaarden voldoen, mogen zichzelf op een bepaalde manier in de markt zetten als 'duurzaam', 'groen', enzovoort.³⁵

34. Men is het er immers over eens dat activistische aandeelhouders op zichzelf, ook wanneer ze 'samenhangen' (acting in concert, wolf packs) zeer zelden voldoende stemmen hebben om in geval van controverse een stemming te winnen. Maar toch winnen zij vaak stemmingen omdat zij de steun krijgen van institutionelen. Zie de beschrijving van het model bij R.J. Gilson & J.N. Gordon, 'The Agency Costs of Agency Capitalism: Activist Investors and the Revaluation of Governance Rights', *Columbia Law Review* (113) 2013, nr. 4, p. 863-928.

35. Over met name duurzaamheidscertificering, zie uitgebreid M. Burgi & F. Möslein (eds.), *Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften*, München: Beck 2021, 433 p.

2. Due diligence-verplichtingen ('zorgplicht')

Een tweede, originelere techniek die regelgevers beginnen te hanteren bestaat uit het opleggen van due diligence-verplichtingen. Die bestaan er in wezen uit dat een onderneming ertoe verplicht wordt, minstens aangezet wordt, om na te gaan of andere ondernemingen waarmee zij zaken doet, zich aan ESG-relevante regels maar eventueel ook *best practices* houden. Bijvoorbeeld om na te gaan of toeleveranciers zich niet schuldig maken aan kinderarbeid of slavernijachtige praktijken; dan wel of zij zich niet bezondigen aan al te weinig duurzame praktijken, zoals het zonder meer platbranden van bossen om ruimte voor soja- of palmolieplantages te creëren. Zoals we zullen bespreken worden ondernemingen er dan vaak toe verplicht om op basis van het due diligence-onderzoek, dat overigens een wederkerend gegeven is, een soort risicomangementverslag op te stellen waarin zij de ESG-risico's waaraan zij zijn blootgesteld in kaart brengen en een beleid uitwerken om die risico's te beheersen en verminderen. Soms moet het verslag daarover ook algemeen bekendgemaakt worden, bijvoorbeeld via de website van de rapporterende vennootschap.

3. Governance-ingrepen

Een derde techniek bestaat uit wat ik governance-ingrepen noem. Daaronder vallen verschillende mogelijke technieken.

Vooreerst kan men vennootschappen ertoe aanzetten de creatie van aandeelhouderswaarde, minstens de maximalisatie van de financiële ondernemingswaarde of winst, niet als enige of hoofddoelstelling na te streven. De in 2019 doorgebroken 'corporate purpose'-discussie is hier te situeren. Nauw verwant hiermee kan men (als wetgever of rechter) proberen bestuursplichten zo te formuleren dat bestuurders verplicht worden met de belangen van andere stakeholders dan aandeelhouders rekening te houden, duurzaam te denken, de vennootschap niet met alleen maar oog voor korte termijn financieel gewin te leiden, en het mogelijk te maken bestuurders aansprakelijk te stellen, eventueel bestuursbeslissingen zelfs nietig te laten verklaren wanneer bestuurders zich hier niet aan houden. Anno 2021 overweegt de Europese Commissie om een richtlijn op te stellen die lidstaten zou verplichten dergelijke kijk op *directors' duties* in wetgeving te gieten,³⁶ maar zoals verder uit te leggen valt te hopen dat de Commissie zal afzien van dergelijke onvruchtbare aanpak. In elk geval moet men ook deze plannen van de Commissie zien tegen de achtergrond van de corporate purpose-discussie en de debatten over beweerd 'short termism' in bestuurskamers en de wenselijkheid van op de lange termijn gericht *stewardship* door aandeelhouders, wat sommige dolende zielen als een tegengewicht voor kortetermijnaandeelhoudersactivisme zien.

36. Oorspronkelijk geformuleerd in de Mededeling van de Commissie, 'De Europese Green Deal', 11 december 2019, COM(2019)640 final.

Men kan als regelgever ook ‘sociale’ rechtsvormen ter beschikking stellen die ondernemers kunnen aannemen om aan de buitenwereld te signaleren dat de vennootschap niet primair in het maximaliseren van aandeelhouderswaarde geïnteresseerd is.

Een derde soort governance-ingreep bestaat erin de beslissingsrechten anders te verdelen en/ of de samenstelling van de beslissingsorganen, zoals raad van commissarissen, anders te regelen met het oog op het versterken van aandacht voor ESG, of minstens het geven van een ‘voice’ aan andere stakeholders dan aandeelhouders. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan het uitbreiden van bestaande systemen van werknemersmedezeggenschap of verlenen van de mogelijkheid aan anderen dan aandeelhouders van vorderingsrechten om beslissingen aan te vechten of het bestuur aansprakelijk te stellen. Men zou zelfs kunnen overwegen om stakeholders stemrecht te geven over bepaalde materies. Voor zover we zien, koesteren Europese of Noord-Amerikaanse landen, evenmin als de Europese Commissie, enig plan in die richting. Wel pleiten sommigen voor het instellen van nog maar een comité binnen het bestuur, in navolging van bijvoorbeeld audit- en remuneratiecomités, ditmaal met de bedoeling een comité of minstens één of twee ‘lead directors’ aan te duiden die zich toespitsen op duurzaamheidsvraagstukken.³⁷

4. Het onrechtmatigedaadconcept als invalspoort voor activisten en bereidwillige rechters

De handhaving van ESG-regelgeving (vierde element) kan zoals steeds via *public* en *private enforcement* (of een mix van beide) gebeuren. Dat is ook wat we in werkelijkheid vaststellen. De nog te bespreken Duitse wet over leveranciersketens wil uitdrukkelijk geen nieuwe mogelijkheden tot aansprakelijkheidsvorderingen tegen ondernemingen creëren; de handhaving ervan is toevertrouwd aan een overheidsdienst, die boetes kan opleggen. Maar het burgerlijke aansprakelijkheidsrecht, een vorm van private handhaving, speelt in het algemeen een belangrijke rol in het ESG-verhaal. Het niet of slecht naleven van de nieuwe wettelijke ESG due diligenceverplichtingen kan in sommige jurisdicties, zoals Frankrijk, wel degelijk aanleiding geven tot een zelfstandige soort aansprakelijkheidsvordering, waarbij bovendien soms (opnieuw zoals in Frankrijk) bevoegdheid gegeven wordt aan bepaalde ‘representatieve organisaties’ (ngo’s) om het algemeen belang af te dwingen door ook zonder persoonlijke schade aan de (leden van) de organisatie, een burgerlijke schadeclaim in te leiden. De techniek bij uitstek van private rechtshandhaving blijft natuurlijk de vordering strekkende tot schadevergoeding gebaseerd op de algemene delictuele zorgvuldigheidsnorm. Een opvallende ontwikkeling daarbij is dat volgens sommige rechtspraak een recht op een schoon leefmilieu een mensenrecht is en de beweerde schending van dat mensenrecht tegelijk een onrechtmatige daad uitmaakt die tot schadevergoeding aanleiding kan geven. Ook op het gebied van de concernaansprakelijkheid – vaak gebaseerd op de algemene zorgvuldigheidsnorm of doctrines die bij licht bezien slechts toepassingen daarvan onder een andere naam zijn – beweegt een en ander. Vooral in het Verenigd Koninkrijk (VK)

37. Zie o.a. J. Winter e.a., ‘Naar een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen. Een antwoord op de reacties’, *Ondernemingsrecht* 2021/6, p. 36.

– in Duitsland bijvoorbeeld lijkt de rechtspraak voorlopig conservatiever – lijkt de hoogste rechtspraak sinds de *Vedanta*-zaak (zie verder) als achterliggende gedachte te hanteren dat het *Trennungsprinzip* – elke rechtspersoon heeft zijn eigen vermogen en sfeer van verantwoordelijkheid, ook al zijn die rechtspersonen verbonden door controlebanden – niet echt meer het uitgangspunt is eens iemand overtuigend kan argumenteren dat de zaak vanuit het oogpunt van de onrechtmatige daad (*negligence*) moet bekeken worden. Bij een en ander rijst de vraag in welke mate de aloude idee van toerekening van handelingen en daardoor verantwoordingsplicht aan individuele (rechts)personen, in ons recht nog overeind blijft (we gaan daar in onze conclusie even op in).³⁸

III. De internationale en Europese beleidsachtergrond, zoals deels in *soft law* veruitwendigd

Zoals gezegd is corporate social responsibility natuurlijk al een oud thema en zeker in de context van multinationale ondernemingen bestaat een lange traditie van *soft law*-instrumenten die door internationale organisaties worden opgesteld die staten en ondernemingen ertoe willen aanzetten om bij de uitbating van ondernemingen respect voor veiligheid en gezondheid van werknemers en aandacht voor het milieu ernstig te nemen.³⁹ Vandaag zijn vooral een aantal instrumenten ontwikkeld binnen de schoot van de VN, OESO en ILO (International Labour Organization) van belang.

1. UNGP, OESO en ILO

Het meest ‘high level’ zijn de zogenoemde Ruggie principes,⁴⁰ officieel United Nations Guiding Principles on Business and Human rights⁴¹ uit 2011, ook wel kortweg als de UNGP bekend.⁴² Dit document is tot stand gekomen nadat de UN Human Rights Commission, na een door de VN-lidstaten verworpen poging van deze Commissie om normen over ondernemingen en mensenrechten op te stellen, vond dat de ‘standards of corporate responsibility and accountability regarding human rights’ moesten geïdentificeerd en verduidelijkt worden, methodologieën voor

38. Zie U. Di Fabio, ‘Metamorphosen der Zurechnung. Droht der Verlust personaler Rechtssubjektivität?’, *JZ* 2020, p. 1073-1079.

39. Wie een vrij volledig overzicht van zulke instrumenten voor zover van belang voor ‘business and ESG/sustainability/human rights’ zoekt, kan volstaan met het raadplegen van de preambule van de resolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2021, die begint met een lange opsomming ervan. Zie European Parliament resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/20129 INL), beschikbaar op europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.html.

40. Zo genoemd naar de drijvende kracht achter de formulering ervan, John Ruggie, inmiddels hoogleraar te Harvard.

41. UN Human Rights Office, Guiding Principles on Business and Human Rights, Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework, 2011, 42p., beschikbaar op scholar.harvard.edu/files/john-ruggie/files/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

42. Deze zijn op hun beurt vastgesteld in uitvoering van het United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework for Business and Human Rights uit 2008.

‘human rights impact assessment’ moesten ontwikkeld worden en ook ‘best practices’ van staten en ondernemingen op dit gebied moesten geïdentificeerd worden.⁴³ Prof. Ruggie slaagde er als speciaal gezant ter zake in om een document op te stellen dat door de ganse Commissie ondersteund werd, het zogenoemde Framework.⁴⁴ De Guiding Principles zijn een poging tot operationalisering of in elk geval iets meer concretisering van het Framework. De UNGP worden gedragen door heel veel staten, maar zijn wellicht net daarom niet bindend. Het zou ook enorm verbazen indien men er via de VN in zou slagen bindende kracht aan zulke overigens door hun erg algemene formuleringen sowieso moeilijk juridisch toepasbare principes te verlenen. De kracht van de Principles is eerder dat zij invloed hebben gehad op het werk van de rijklandenclub die de OESO (OECD) is, en dat sommige individuele landen maar ook het Europees Parlement (via zijn verder te bespreken resolutie en ontwerprijtlijn van 10 maart 2021) lijken aan te sturen op het gedeeltelijk omzetten in harde, bindende wetgeving van ideeën die in de Ruggie Principles aan bod komen en door OESO-rapporten al iets concreter uitgewerkt zijn (maar nog te weinig om rechtstreeks juridisch operationaliseerbaar te zijn). We hebben al vermeld dat het opleggen van ESG due diligence-verplichtingen een van de opvallendste en belangrijkste trends van de voorbije jaren is, en de UNGP hebben daarbij een inspirerende rol gespeeld.

De OESO heeft reeds in 1976 zijn eerste richtlijnen voor behoorlijk gedrag van multinationals opgesteld, waarvan de meest recente versie uit 2011 dateert (*OECD Guidelines*).⁴⁵ Deze versie is uitdrukkelijk zo opgesteld dat zij de Ruggie Principles incorporeert. De richtlijnen zijn niet bindend en er is dan ook geen echt handhavingsmechanisme. Wel zijn in uitvoering van de Guidelines in de meeste van de 42 OESO-lidstaten nationale contactpunten opgericht, die overheidsinstanties zijn die aan bewustwording kunnen doen en waarbij ondernemingen te rade kunnen gaan over de implementatie van de Guidelines. Via die nationale contactpunten kunnen ondernemingen en hun stakeholders ook beroep doen op een vrijwillig conflictresolutiemechanisme, waarvan de uitkomst niet bindend is; het gaat dus eerder om een soort gestructureerd overleg of vrijblijvende mediatie. De *Guidelines* gaan vergezeld van een meer praktisch georiënteerde gids (uit 2018) voor het doorvoeren van mensenrechten- en sociale due diligence⁴⁶. Daarnaast heeft de OESO verschillende sectorale due diligence-handleidingen gepubliceerd — deze handleidingen behandelen niet alleen due diligence in de enge zin, maar meer algemeen ‘behoorlijk’ ‘supply chain management’ — evenals een due diligence-gids voor institutionele investeerders die willen nagaan of een investering verant-

43. Zie de beknopte uitleg over de ontstaansgeschiedenis op de Harvard website van John Ruggie en op (met uitgebreide lezing beschikbaar op YouTube) business-humanrights.org/en/big-issues/un-guiding-principles-on-business-human-rights/background-history-of-guiding-principles/.

44. United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework for Business and Human Rights uit 2008. De basisgedachte is dat staten mensenrechten moeten beschermen, ondernemingen ze moeten respecteren en dat een betere toegang tot handhavingsmechanismen, zowel gerechtelijke als niet-gerechtelijke, moest ontwikkeld worden, vooral op nationaal niveau, dan het geval was toen het Framework (in 2008) aanvaard werd.

45. OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011 edition, 95p., beschikbaar op mneguidelines.oecd.org/guidelines/.

46. OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct, 2018, 100p., beschikbaar op mneguidelines.oecd.org/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm.

woord is in het licht van de risico's die zij zou kunnen meebrengen op milieu- en sociaal vlak.⁴⁷

Op vlak van de ILO is het richtinggevende high level document de ILO 'Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy',⁴⁸ waarvan de meest recente, vijfde, editie uit 2017 stamt. De overkoepelende, zeer algemene bedoeling is multinationals ertoe aan te zetten een positieve bijdrage te leveren aan de ontwikkeling van de economische en sociale vooruitgang in de landen waar zij actief zijn en hen aan te sporen te waken over goede arbeidsomstandigheden, overheden ertoe te bewegen de nodige wetten aan te nemen om goede werkomstandigheden te verzekeren, inclusief door overleg tussen werknemers en werkgevers en door organisatie van een arbeidsinspectie, en werknemers, werkgevers en overheden te laten samenwerken om de doelstellingen van de Declaration te bereiken. Er is een hele reeks Conventions en Recommendations die als implementatie van de overkoepelende Declaration kunnen beschouwd worden en door de ILO ook zo voorgesteld worden en waarvan grote onderdelen wel de graad van precisie benaderen die men bijvoorbeeld van een toepasbare wettekst verwacht.

2. De Europese Unie: de Green Deal en actieplan Sustainable Finance

Binnen de Europese Unie zijn de 'Green Deal' en het Actieplan 'Duurzame groei financieren' (sustainable finance) het overkoepelende kader voor veel van de ontwikkelingen die in dit preadvies besproken worden, inclusief de 'sustainable corporate governance'-initiatieven en een hele rist Europese wetgeving over duurzaamheidsverslaggeving.

a. De Green Deal en het Actieplan duurzame Groei

De Europese 'Green Deal'⁴⁹ wil van Europa een competitieve en duurzame economie maken die tegen 2050 netto geen broeikasgassen uitstoot, mede (maar niet alleen) om tegemoet te komen aan de verplichtingen van het Klimaatakkoord van Parijs.⁵⁰ Een centrale doelstelling is 'duurzaamheid' te integreren in alle beleidsmaatregelen van de EU.⁵¹ In haar Mededeling wijst de Commissie erop dat 'de private sector cruciaal zal zijn bij de financiering van de groene transitie' en dat in het licht daarvan de Commissie in het derde kwartaal van 2020 met een vernieuwde strategie voor duurzame financiering zou komen, met een focus op drie acties. Ten eerste het verstevigen van het fundament voor duurzame investeringen door het ontwikkelen van een taxonomie voor de classificatie van ecologisch duurzame activiteiten, door ervoor te zorgen dat duurzaamheid wordt geïntegreerd in het 'corporate governance-kader' waarbinnen vooral kortetermijndenken moet bestreden worden

47. Allen raadpleegbaar op mneguidelines.oecd.org/guidelines/.

48. International Labour Organization, 'Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy', 2017, 33p., beschikbaar op ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf.

49. Zoals voorgesteld in de Mededeling van de Commissie, 'De Europese Green Deal', 11 december 2019, COM(2019)640 final.

50. UN Paris Agreement 12 december 2015, beschikbaar op unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf.

51. Zie Green Deal Mededeling, p. 18.

en door ondernemingen en financiële instellingen te verplichten meer gegevens over hun klimaat- en milieubeleid openbaar te maken – die laatste doelstelling zou gerealiseerd worden door een herziening van de Richtlijn niet-financiële informatie (NFI, NFRD). Ten tweede zou de Commissie ernaar streven het voor investeerders en ondernemingen eenvoudiger te maken duurzame investeringen en beleggingen te identificeren en de geloofwaardigheid ervan te verifiëren, bijvoorbeeld door het ontwikkelen van keurmerken voor retail beleggingsproducten en een EU-standaard voor groene obligaties. Ten derde zou het financiële systeem volgens de Commissie meer rekening moeten houden met klimaat- en milieurisico's en die in die zin integreren, bijvoorbeeld doordat ze worden meegenomen bij het ontwikkelen van het prudentieel beleid in de financiële sector, waarbij, onder meer, de weerbaarheid van verzekeringsmaatschappijen tegen schadeclaims als gevolg van natuurrampen moet worden bewaakt. ECB heeft inderdaad verschillende initiatieven op dit vlak ontwikkeld.

De Green Deal van de Commissie was in feite al voorafgegaan door een 'Actieplan: duurzame groei financieren' uit 2018,⁵² dat dan achteraf werd voorgesteld als een van de acties ter implementatie van de Green Deal. In dit Actieplan werden tien acties voorgesteld, waaronder ook toen al, als tiende Actie: 'Duurzame corporate governance bevorderen en kortetermijndenken op de kapitaalmarkten verminderen'.⁵³ In het kader daarvan zou de Commissie nagaan of het nodig was 'raden van bestuur ertoe te verplichten een duurzaamheidsstrategie te ontwikkelen en bekend te maken, inclusief passende zorgvuldigheidseisen in de gehele leveringsketen, met meetbare duurzaamheidsdoelstellingen', en of het nodig was 'de regels te verduidelijken volgens dewelke de bestuurders worden geacht in het langetermijnbelang van de onderneming te handelen'. De Europese toezichthoudende autoriteiten (zoals de Europese Autoriteit voor effecten en markten (ESMA)) werd verzocht tegen begin 2019 'informatie te verzamelen over overmatige kortetermijndruk van kapitaalmarkten op ondernemingen'.⁵⁴

Er kunnen op vlak van de EU dus drie grote actiepakketten onderscheiden worden: sustainable finance, sustainable corporate governance en het derde dat voor een groot stuk in de doorsnede van de beide eerste domeinen zit, namelijk sustainability disclosure. In de sustainable finance-pijler, die we hier verder niet bespreken, ligt de nadruk toch vooral op allerlei initiatieven in verband met milieu, klimaat en de groene-energietransitie. Binnen de sustainable corporate governance-pijler ligt de nadruk tot nog toe vooral op twee gebieden,⁵⁵ namelijk enerzijds *human rights due diligence* in de leveranciersketen (waarbij men moet beseffen dat recht op schoon milieu en sociale rechten (ook) in deze context ook als mensenrechten be-

52. Zie Mededeling van de Commissie 'Actieplan: duurzame groei financieren', 8 maart 2018, COM(2018)97 final.

53. Mededeling van de Commissie 'Actieplan: duurzame groei financieren', 8 maart 2018, COM(2018)97 final, 13.

54. *Ibid.* ESMA, EBA en EIOPA kwamen dan ook elk met een rapport hierover, zie bijvoorbeeld esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma30-22-762_report_on_undue_short-term_pressure_on_corporations_from_the_financial_sector.pdf.

55. Zie voor deze twee krachtlijnen, en de bijhorende studies, de afdeling 'Company Law and corporate governance' op de website van de EU Commissie: ec.europa.eu/info/business-economy-euro/doing-business-eu/company-law-and-corporate-governance_en.

schouwd worden) en anderzijds de strijd tegen wat gezien wordt als nefast kortetermijndenken van ondernemingen, wat (dat leek in elk geval tot mei 2021 nog het plan) moest leiden tot een aanpassing van de regels rond *directors' duties*. Over beide aangelegenheden (due diligence en directors' duties) werd een rapport besteld door de Europese Commissie. De 'Study' rond due diligence in leveranciersketens werd voornamelijk door academici opgesteld, is zeer omvangrijk en heel degelijk.⁵⁶ De EY study rond directors' duties⁵⁷ is daarentegen aan vernietigende kritiek blootgesteld.

b. Vertraging en misschien ook verlaten van de poging het vennootschapsbelang in een richtlijn te formuleren

Oorspronkelijk was aangekondigd dat de Europese Commissie tegen juni 2021 met een wetgevend voorstel inzake *sustainable corporate governance* op de proppen zou komen, maar die timing is duidelijk niet gehaald. De zaak is volgens persberichten naar de herfst van 2021 verschoven.⁵⁸ Daarbij zou ook beslist zijn om de afhandeling van dit project niet alleen onder de leiding van Justitie-commissaris Didier Reynders te laten gebeuren, maar commissaris voor de interne markt Thierry Breton aan hem toe te voegen. Sommige waarnemers zagen dit (volgens mij ten onrechte) als een veeg teken⁵⁹ omdat Breton een verleden heeft als uitvoerend bestuurslid bij een aantal grote Franse ondernemingen. Het uitstel kwam er nadat de 'Regulatory Scrutiny Board'⁶⁰ een 'rode kaart' aan het impact assessment had gegeven. Deze Regulatory Scrutiny Board is een panel van vijf tot zeven personen binnen de Commissie dat advies geeft aan de Commissie over de kwaliteit van voorgestelde regelgeving, vooral naar aanleiding van impact assessments van prille ideeën van de Commissie en over evaluatie-oefeningen van reeds aangenomen EU-wetgeving die de Commissie regelmatig onderneemt. 'Rode kaarten' zijn niet erg uitzonderlijk: volgens het jaarverslag 2020 van de Board kregen 15 van de 39 voorstellen waarover de Board zich dat jaar boog een rode kaart, en is het niet uitzonderlijk dat impact assessments drie keer aan de Board moeten voorgelegd worden vooraleer ze groen licht krijgen, en de Commissie alsnog met een officieel wetgevingsvoorstel komt. Er werd bericht dat de Scandinavische landen en een groot deel van de industrie

56. Study on due diligence requirements through the supply chain – Final report, januari 2020, op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en. De studie werd opgesteld door het British Institute of International and Comparative Law, Civic consulting en ISE.

57. EY, 'Study on directors' duties and sustainable corporate governance', juli 2020, op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e47928a2-d20b-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en, 185p. Een van de meer opmerkelijke 'harde' aanbevelingen die in de studie aan de Europese Commissie wordt gedaan is het harmoniseren op Europees niveau van het begrip 'vennootschapsbelang', met daarin begrepen de belangen van aandeelhouders, de langetermijnbelangen van de vennootschap op meer dan 5-10 jaar, de belangen van alle stakeholders en van de samenleving in het algemeen (*Ibid.*, 51).

58. 'Europe Inc. wins as EU delays new business rules', 21 mei 2021, politico.eu/article/europe-inc-puts-brussels-new-business-rules-on-ice/.

59. Zie het in de vorige voetnoot geciteerde Politico-artikel en zie tevens business-humanrights.org/de/nieuwste-meldungen/commentary-by-passing-world-leading-legislation-eu-could-establish-front-runner-status-in-sustainability-justice/.

60. 'The Regulatory Scrutiny Board is an independent body within the Commission that advises the College of Commissioners. It provides central quality control and support for Commission impact assessments and evaluations at early stages of the legislative process.' Zie ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board_en.

ervoor ijverden om een mogelijke wetgevende interventie inzake *directors duties* of governance in het algemeen te laten vallen, en alleen met regelgeving over *ESG due diligence* verder te gaan. Zoals ik zal betogen zou dat een wijs besluit zijn. Met de wetgevende inspanningen inzake due diligence staat men in die zin verder, omdat niet alleen het fundament gelegd door de genoemde studie veel steviger is dan inzake directors' duties, maar bovendien het Europees Parlement op 10 maart 2021 een belangrijke resolutie over 'corporate due diligence and corporate accountability' heeft aangenomen⁶¹ waaraan het – daarin schuilt het belang van de resolutie⁶² – een ontwerp van een richtlijn over het onderwerp heeft gehecht. Dat ontwerp is wetstechnisch voorlopig nog een ramp, en getuigt van een redeneerwijze die bij de rechtgeaarde ondernemingsjurist als bedenkelijk moet overkomen, maar is wel een belangrijke concrete stap. We zullen er dan ook nog uitgebreid blijven bij stilstaan.

IV. *Corporate purpose* en *stakeholderism* of: waarom men beter beslissingsrechten herverdeelt dan bestuursplichten herformuleert

1. Strategische en governancebeslissingen nemen is een vorm van vreedzaam vechten

Het *corporate purpose*-debat⁶³ draait rond de normatieve vraag wat de ultieme doelstelling moet zijn die vennootschappen zouden moeten nastreven. Met name gaat het debat over de vraag of het creëren van aandeelhouderswaarde die ultieme doelstelling moet zijn, dan wel dat vennootschappen moeten gezien worden als vehikels om ook de belangen van andere *stakeholders* zoals werknemers te behartigen; of nog dat vennootschappen moreel of misschien ook juridisch verplicht zijn bij het nemen van strategische, minstens belangrijke beslissingen, een evenwicht te zoeken tussen het creëren van bijkomende aandeelhouderswaarde en aandacht voor milieu en duurzaamheid, mensenrechten, arbeidsvoorwaarden. Natuurlijk moeten vennootschappen sowieso het bestaande milieu- en arbeidsrecht respecteren, en mogen zij de mensenrechten (bijv. verbod op slavernij, verbod op discriminatie)

61. European Parliament resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/20129 INL), beschikbaar op europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.html.

62. Het Europees Parlement verspreidt over de hier genoemde thema's meer resoluties en standpunten dan hier zelfs in een voetnoot kunnen vermeld worden, maar dit zijn vaak slechts vrij hol klinkende politieke klaroentoten, waarvan niet duidelijk is of de parlementairen er hun steun aan verleend zouden hebben indien zij concrete impact – laat staan bindende werking (beide ontbreken) – zouden verwacht hebben. De resolutie van maart 2021 is van een ander niveau en belangrijk omwille van haar graad van detail en het reeds uitgewerkte richtlijnvoorstel.

63. Een behoorlijk volledig overzicht van het debat biedt G. Ferrarini in D. Busch, G. Ferrarini & S. Grünwald (eds.), *Sustainable Finance in Europe*, Palgrave Macmillan 2021. Een van de eerste bijdragen door een academisch jurist is tegelijk een van de beste: E. Rock, 'For whom is the corporation managed in 2020? The debate over corporate purpose', 1 mei 2020, beschikbaar op ssrn.com/abstract=3589951. Zie ook H. Fleischer, 'Corporate purpose: a management concept and its implications for company law', januari 2021, te verschijnen in *ECFR* (2021) en beschikbaar op ssrn.com/abstract=3770656. Een analyse die vooral interessant is omdat ze een goed overzicht geeft van aspecten van Amerikaans positief recht die relevant zijn voor het purpose-debat is J. Fisch & S.D. Solomon, 'Should corporations have a purpose?' te verschijnen in *Texas Law Review*, en beschikbaar op ssrn.com/abstract=3561164. Zie ten slotte de originele en stimulerende invalshoek van M. Roe, 'Corporate Purpose and Corporate Competition', 13 juli 2021, beschikbaar op ssrn.com/abstract=3817788.

niet schenden. Zij mogen dat ook niet doen in delen van de wereld waar regelgeving over zulke aangelegenheden hetzij niet van hetzelfde niveau als in Europa is, hetzij minder gehandhaafd wordt. Dat staat niet ter discussie. Onderdeel van het corporate purpose-debat is veeleer of het bestuur van de vennootschap bij het nemen van leidinggevende beslissingen verder moet gaan dan wat precieze juridische regels voorschrijven, en een inspanning moet doen om de belangen van aandeelhouders als investeerder⁶⁴ die uit zijn op een mooie financiële opbrengst, steeds af te wegen tegen de belangen van andere stakeholders en tegen andere overwegingen, zoals de impact die de acties van de vennootschap op het milieu hebben. In de vorige zin verwees ik bewust naar ‘het bestuur’ van de vennootschap, omdat in het debat weinig aandacht gaat naar (controleerende) aandeelhouders als nemers van beslissingen⁶⁵ – hetzij rechtstreeks via de algemene vergadering, hetzij onrechtstreeks, via de invloed die zij nemen op bestuur en topmanagement.

Ter verdere inleiding van het probleem geef ik twee anekdotes mee.

Op 16 maart 2021 bericht de ‘*due diligence*’-nieuwsbrief van de *Financial Times* dat de CEO van het Franse Danone, dat sinds 2020 een ‘*société à mission*’ is met als expliciet geformuleerd *corporate purpose* het verbeteren van de menselijke gezondheid door het aanbieden van de juiste voeding, onder druk van een Brits en een Amerikaans *hedge fund* ontslag heeft genomen en de vennootschap volledig verlaat. Dit nog maar twee weken nadat de raad van bestuur van Danone een compromis met de activisten had bereikt waarbij de CEO, die ook voorzitter van de raad van bestuur was, zich in de nabije toekomst zou beperken tot de rol van niet-uitvoerend voorzitter van de (one tier) board. Volgens de FT vonden de activisten dat Danone, onder invloed van de CEO-voorzitter, te veel aandacht besteedde aan sociale en milieudoelstellingen maar de belangen van de aandeelhouders verwaarloosde. De omzet in een aantal kernproducten van Danone (zoals water) was tijdens de pandemie in elkaar gezakt en qua beurskoers en allerlei financiële maatstaven presteerde Danone slechter dan concurrenten Unilever en Nestlé. De CEO had een herstructurering van de groep voorgesteld waarbij een aantal producten afgestoten en tweeduidend werknemers ontslagen zouden worden, maar dat ging de investeerders niet ver genoeg. De ontslagnemende CEO stond in Frankrijk bekend als ‘Mister ESG’.⁶⁶

64. Ik schrijf ‘als investeerder’, omdat de ultieme aandeelhouder vaak een natuurlijke persoon is die in zijn leven natuurlijk nog andere hoedanigheden en belangen heeft dan zijn hoedanigheid/belang als aandeelhouder die, als aandeelhouder, doorgaans zelfverrijking nastreeft (maar, bijvoorbeeld, als moeder onder meer een ook na haar dood nog leefbare planeet voor haar kinderen). De ‘Shareholder welfare’-gedachte, ontwikkeld door Hart en Zingales, is, ook al maken die auteurs dat zelf niet expliciet duidelijk, eigenlijk gebaseerd op de gedachte dat aandeelhouders niet alleen in winstgevendheid van hun aandelenbeleggingen geïnteresseerd zijn, maar meer algemeen in hun eigen welzijn, en dat men aandeelhouders dus ook niet als loutere investeerder, maar als facetrijk mens moet zien. Dat is op zich een evidentie, maar het vernieuwende aan de positie van de economen Hart en Zingales is dat zij van oordeel zijn dat, vanuit een corporate finance-standpunt, de vennootschapsleiding met die andere hoedanigheden en belangen van hen die ook aandeelhouder zijn, rekening zou moeten houden. Het standpunt van Hart en Zingales is dus ook normatief, minstens pedagogisch: zij verkondigen hoe een goede manager, die volgens de wetenschappelijke inzichten van de corporate finance een goede manager wil zijn, zich bij het nemen van professionele beslissingen zou moeten gedragen.

65. Zie hierover ook S.B. Garcia Nelen, *De beursvennootschap, corporate governance en strategie* (IvO-reeks nr. 120), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

66. Zie ook L. Abboud, ‘Danone board ousts Emmanuel Faber as chief and chairman’, *FT* 15 maart 2021.

De *lex column* van de *FT* berichtte een dag eerder dat Orbia, een Mexicaans conglomeraat dat onder meer een kwart van alle vinylplaten ter wereld en heel wat schoenzolen produceert (mission statement: ‘To advance life around the world’), eerst had aangekondigd dat het zijn vinylafdeling zou verkopen omdat die te milieuvriendelijk was, maar daarop terugkwam toen het vaststelde dat het operationeel inkomen van die afdeling op een jaar met 300% was gestegen, en de ebitda ervan met 86%.⁶⁷

Deze twee kleine anekdotes illustreren twee bredere langetermijntrends in het corporate governance-landschap. Ten eerste, ondernemingen vinden het toenemend van belang naar de buitenwereld toe te signaleren dat zij belang hechten aan ESG-elementen bij het ontplooiën van hun bedrijfsstrategie en het bepalen van de bedrijfsdoelstellingen en doen dat onder meer via hun *mission statements* maar in toenemende mate ook door een expliciet ‘corporate purpose’ te formuleren dat niet samenvalt met het maximaliseren van aandeelhouderswaarde; sommige, zoals Danone, kiezen zelfs voor een apart ondernemingsrechtelijk statuut (in casu de Franse *société à mission*) dat aan de buitenwereld signaleert dat zij aan andere waarden dan *shareholder value* belang hechten (minstens lippendienst bewijzen). Ten tweede, wanneer belangrijke strategische beslissingen moeten genomen worden – bijvoorbeeld zoals bij Orbia: behouden we een belangrijke, winstgevende maar vervuilende bedrijfstak – leidt dit tot botsingen tussen verschillende waarden en vooral tussen de belangen van de verschillende stakeholders, en die botsingen kunnen niet steeds via een aardig compromis opgelost worden: er moeten knopen doorgehakt worden en dit leidt tot beslissingen die in het nadeel van bepaalde stakeholders (de tweeduizend ontslagen werknemers bij Danone) en in het voordeel van andere groepen zijn. Corporate governance is, net als de nationale politiek, de ‘kunst van het vreedzaam vechten’,⁶⁸ het gaat om een belangenstrijd en daarbij zijn er onvermijdelijk winnaars en verliezers.

2. De Business Roundtable en de British Academy zetten de toon

Het corporate purpose-debat is ten volle doorgebroken in 2019-20. Reeds in 2018 had Larry Fink, CEO van BlackRock,⁶⁹ in zijn inmiddels befaamde jaarlijkse open brief aan de CEO’s van de grootste bedrijven in de VS, geschreven: ‘Society is demanding that companies, both public and private, serve a social purpose. To prosper over time, every company must not only deliver financial performance, but also show how it makes a positive contribution to society. Companies must benefit all of their stakeholders, including shareholders, employees, customers, and the communities in which they operate’.⁷⁰ De Amerikaanse Business Roundtable – een lobbyorganisatie die de grootste Amerikaanse ondernemingen bijeenbrengt

67. Jude Webber, ‘Pivot by Orbia reveals ESG dilemma’, *FT* 2 maart 2021.

68. Ik pik hier de titel van een heel interessant, zij het te breedvoerig, boek van de filosofen Hans Achterhuis en Nico Konings, zie H. Achterhuis & N. Konings, *De kunst van het Vreedzaam Vechten*, Amsterdam: Lemniscaat 2014, 671 p.

69. De grootste vermogensbeheerder ter wereld.

70. Brief beschikbaar, onder de titel ‘A Sense of Purpose’ op onder meer corp.gov.law.harvard.edu/2018/01/17/a-sense-of-purpose/.

– heeft in augustus 2019 een ophefmakende Verklaring wereldkundig gemaakt⁷¹ met de bedoeling duidelijk te maken dat de organisatie van oordeel was dat ondernemingen een andere purpose dan alleen maar de creatie van shareholder value moesten nastreven, zoals de BRT nochtans in een eerder Statement uit de jaren negentig had gesteld.^{72, 73}

Eveneens in 2019 bracht de British Academy⁷⁴ een rapport uit onder de titel ‘The future of the corporation, towards a purposeful corporation’. Dit rapport was tot stand gekomen onder leiding van Colin Mayer, een econoom verbonden aan de Saïd Business School te Oxford die wel als de meest prominente pleitbezorger van ‘purposeful corporations’ mag beschouwd worden.⁷⁵ Het rapport en de boeken⁷⁶ van Mayer, die heel veel aandacht kregen, verdedigden dat ‘the purpose of business is to profitably solve problems of people and planet, and not profit from causing problems’. Ik heb Mayer op meer dan één webinar horen verklaren dat managementteams die zich dit beginsel eigen maakten, met een ‘laser-like focus’ in staat zouden zijn hun organisatie doelstellingen na te laten streven waarbij de belangen van de verschillende stakeholders verzoend zouden worden met het nastreven van winst (wat voor Mayer een *conditio sine qua non* van ondernemingen blijft). Nochtans laat Mayer na uit te leggen hoe de purpose-gedachte geoperationaliseerd kan worden, met name hoe ‘profit, planet en people’ in geval van belangenclashes met elkaar verzoend kunnen worden of in welke zin knopen moeten doorgehakt worden.

Veel aandacht kreeg ook het boek *Grow the Pie* van Alex Edmans,⁷⁷ hoogleraar (LSE) in de financiële economie. De taart staat voor de totale waarde die een onderneming voor de maatschappij creëert. Die waarde wordt niet enkel voor aandeelhouders gecreëerd en bestaat niet alleen uit winsten; evident heeft een onderneming ook waarde voor, bijvoorbeeld, haar werknemers. Edmans betoogt dat de beste bedrijven beheerst worden door een ‘pie-growing’ in plaats van ‘pie-splitting’ mentaliteit. Opnieuw ben ik er niet van overtuigd dat het boek erin slaagt uit te leggen hoe men situaties kan vermijden waarbij moet beslist worden – om in de metaforische

71. Men vindt het Statement on the Purpose of the Corporation op purpose.businessroundtable.org/.

72. Business Roundtable, Statement on Corporate Governance 3, 1997, beschikbaar op perma.cc/5VQQ-6YME.

73. Prof. Bebchuk heeft in verschillende bijdragen proberen aantonen, mijns inziens overtuigend, dat de vennootschappen die deze verklaring ondertekenden, hun beleid niet bewust meer stakeholder-vriendelijk maakten, zie bijv. L.A. Bebchuk & R. Tallarita, ‘Will Corporations Deliver Value to All Stakeholders?’, 4 augustus 2021, beschikbaar op ssrn.com/abstract=3899421 waarin ook verwezen wordt naar de eerdere papers van Bebchuk en Tallarita over dit onderwerp. Dat neemt niet weg dat er wel individuele acties die getuigen van ‘ESG-bewustzijn’ konden geïdentificeerd worden, zie de voorbeelden die M. Lipton aanhaalt in zijn scherpe reactie op het genoemde artikel van Bebchuk & Tallarita, ‘More myths from Lucian Bebchuk’, beschikbaar op corp.gov.law.harvard.edu/2021/08/24/more-myths-from-lucian-bebchuk/.

74. Zie thebritishacademy.ac.uk/programmes/future-of-the-corporation/.

75. Zijn ideeën rond purpose worden goed samengevat in C. Mayer, ‘The Future of the Corporation and the Economics of Purpose’, 16 november 2020, te verschijnen in de *Journal of Management Studies* 2021, beschikbaar op ssrn.com/abstract=3731539.

76. C. Mayer, *Firm commitment: why the corporation is failing us and how to restore trust in it*, Oxford: Oxford University Press 2013; C. Mayer, *Prosperity: Better business makes the greater good*, Oxford: Oxford University Press 2018.

77. Alex Edmans, *Grow the Pie. How Great Companies Deliver Both Purpose and Profit*, Cambridge University Press 2020.

sfeer te blijven — of de taart vooral veel voor aandeelhouders interessante slagroom moet bevatten, dan wel de voor werknemers interessante stukken fruit. Soms zal de bakker moeten kiezen tussen meer slagroom of meer fruit — hoe groot de taart ook is — als hij een verkoopbare, rendabele taart wil bakken. Hetzelfde euvel plaagt naar mijn oordeel het — overigens zeer lezenswaardige en goed geschreven — boek van Rebecca Henderson *Reimagining Capitalism*. Het geeft een aantal voorbeelden van win-winsituaties waarin ondernemingen erin slaagden om ‘doing well by doing good’ (bijv. Unilever dat door te focussen op duurzamere theeproductie ook de vraag naar zijn thee deed stijgen, onder meer omdat de duurzame thee gewoon kwaliteitsvoller was). Nu vind ik het aanbevelenswaardig managers ertoe aan te zetten, ook via hun opleiding aan *business schools*, om inderdaad enige vindingrijkheid aan de dag te leggen bij het identificeren en realiseren van zulke potentiële win-winsituaties. Maar de empirische vaststelbare realiteit hier op aarde lijkt mij toch vaak samengevat te kunnen worden door ‘kiezen is verliezen’ eerder dan door ‘win-win’. Wanneer een onderneming meer in veiligheid en milieubescherming investeert dan vereist door de wetgeving, zal dit meer dan sporadisch ten koste gaan van het tewerkstellingsniveau in de onderneming en van de winst die aandeelhouders kunnen afromen. Men mag gerust pleiten voor wat minder inhalige aandeelhouders. Maar men bezondigt zich aan een misleidende voorstelling van de wereld wanneer men het zoals Edmans en Henderson wil voorstellen alsof ondernemingen slechts win-winsituaties voor het oprapen hebben.

Het staat zoals gezegd buiten kijf dat veel grote vennootschappen de voorbije jaren een expliciet purpose geformuleerd en gepubliceerd hebben. Het onderscheid met een *mission statement* is daarbij niet altijd duidelijk, maar purpose-verklaringen gaan toch vooral over de vraag of de vennootschap alleen de aandeelhouders wil dienen of ook andere stakeholders. Nobelprijswinnaar in de economie Oliver Hart en zijn medeauteur Luigi Zingales (Chicago) hebben in dat verband geargumenteed dat wanneer negatieve externaliteiten onlosmakelijk verbonden zijn met een bepaald productieproces, ondernemingen niet zouden mogen focussen op *shareholder value*, maar op *shareholder welfare*: personen die aandeelhouder zijn, hebben immers ook andere belangen dan hun belangen als aandeelhouder, namelijk als lid van de maatschappij en vaak van een gezin, en wensen dus niet dat een productieproces dat zij als aandeelhouder financieren winst maakt die ‘verloren gaat’ door de nadelen die zijzelf als burger van datzelfde productieproces ondergaan (bijv. in de vorm van een ongezond of onleefbaar warm milieu).⁷⁸

In Nederland hielden 25 hoogleraren in de sfeer van het ondernemingsrecht een bevlogen pleidooi voor *purpose driven* vennootschappen,⁷⁹ stellingname die funda-

78. O. Hart & L. Zingales, ‘Companies should maximize shareholder welfare not market value’, *Journal of Law, Finance, and Accounting* (2) 2017, p. 247-274.

79. J. Winter e.a., ‘Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer’, *Ondernemingsrecht* 2020/86.

menteel bekritiseerd werd door Harm-Jan de Kluiver⁸⁰ en ook in een volgend nummer van *Ondernemingsrecht* tot kritische commentaren vanwege andere hoogleraren leidde.⁸¹ Maar waar leidt dit allemaal toe?

3. Kan men ‘corporate purpose’ juridisch zeewaardig maken?

Zoals Ed Rock terecht benadrukt heeft, wordt het debat rond *purpose* op vele niveaus gevoerd en is het niet nuttig die niveaus door elkaar te halen.⁸² Purpose is in oorsprong een managementconcept.⁸³ Het lijkt waarschijnlijk dat de leiding van de vennootschap, door veel aandacht aan purpose te besteden, een *tone at the top* kan zetten die langzaam maar zeker de bedrijfscultuur beïnvloedt.

Maar voor de jurist rijst de vraag of het purpose-begrip tanden heeft, minstens enige juridische vertaling kan krijgen.

a. Statutaire doelsomschrijvingen?

Men zou daarbij vooreerst aan statutaire doelsomschrijvingen kunnen denken, maar die spelen zoals bekend nauwelijks een rol door hun verregaande algemeenheid en omschrijven bovendien veeleer de activiteiten die een vennootschap potentieel mag ondernemen, eerder dan iets te zeggen over de doelstellingen die de vennootschap daarmee nastreeft.⁸⁴ Schending van de statutaire clause kan niet door derden zoals externe stakeholders aan de vennootschap verweten worden. In de EU kan een vennootschap (met beperkte aansprakelijkheid) zich niet tegen derden op de schending van de clause beroepen om onder een verbintenis uit te komen.⁸⁵ Colin Mayer heeft de wetgever niettemin opgeroepen vennootschappen tot opname van een purpose-clause in de statuten te verplichten. Maar ook dat zou een symbolische ingreep zijn: de purpose-bepaling zou ongetwijfeld te vaag zijn om afdwingbaar te zijn, en zou juridisch niet bijdragen tot een versterking van de positie van andere stakeholderbelangen dan de creatie van aandeelhouderswaarde indien die andere stakeholders niet het recht zouden krijgen respect voor een ruim geformuleerde purpose voor de rechtbanken af te dwingen. De ervaringen

80. H.J. de Kluiver, ‘Over de verantwoordelijke onderneming. Naar een Paradise by the dashboard light?’, *Ondernemingsrecht* 2020/126.

81. Zie o.a. W.A. Westenbroek, ‘Een maatschappelijke verantwoordelijkheid voor ondernemingen en (bange?) bestuurders of coronawetenschap in crisistijd?’, *Ondernemingsrecht* 2021/3; A.J. Kaarls, ‘Vage praatjes vullen geen gaatjes’, *Ondernemingsrecht* 2021/4; zie ook de reactie op de reacties van J. Winter e.a., ‘Naar een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen. Een antwoord op de reacties’, *Ondernemingsrecht* 2021/6.

82. E. Rock, *For Whom is the Corporation Managed in 2020?: The Debate over Corporate Purpose*, 1 mei 2020, beschikbaar op ssrn.com/abstract=3589951.

83. Zie de verwijzingen naar de managementliteratuur bij H. Fleischer, ‘Corporate purpose: a management concept and its implications for company law’, januari 2021, te verschijnen in *ECFR* (2021) en beschikbaar op ssrn.com/abstract=3770656, zijn voetnoot 3.

84. Zie ook J. Fisch & S.D. Solomon, ‘Should corporations have a purpose?’ te verschijnen in *Texas Law Review*, en beschikbaar op ssrn.com/abstract=3561164, p. 110; H. Fleischer, ‘Corporate purpose: a management concept and its implications for company law’, januari 2021, te verschijnen in *ECFR* (2021) en beschikbaar op ssrn.com/abstract=3770656, p. 20.

85. Art. 9 Richtlijn (EU) 217/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht (*PbEU* 2017, L 169/46).

met *constituency statutes* in de VS zijn veelzeggend.⁸⁶ In vele staten van de VS is het toegelaten in de statuten te bepalen dat het bestuur andere belangen dan die van aandeelhouders mag behartigen bij zijn beslissingen. Deze wetsbepalingen zijn ingevoerd om bestuurders te helpen zich te beschermen tegen vorderingen wegens schending van fiduciary duty in de context van vijandige overnamebiedingen, wanneer het bestuur het bod zou willen bemoeilijken met als argumentatie dat het voor de onderneming nadelig zou zijn (ook al zou het voor de aandeelhouders aantrekkelijk zijn). Die constituency statutes lijken in het algemeen weinig concrete impact te hebben, maar in elk geval heeft onderzoek van L. Bebchuk en coauteurs aangetoond dat de vennootschapsleiding in staten waar zulke wetgeving aanwezig is, in overnamesituaties *niet* onderhandelt met de bieder om de impact van de overname op *andere* stakeholders dan aandeelhouders, bestuurders en managers te verbeteren (maar wel om de prijs in het voordeel van aandeelhouders op te drijven, of voordelen voor de vennootschapsleiding af te dwingen).⁸⁷

b. De beruchte EY Study voor de Europese Commissie: bestuursplichten wettelijk (her)formuleren?

De Europese Unie heeft geen hangende wetgevingsvoorstellen die rechtstreeks over purpose handelen. Maar haar voorstellen over een mogelijke aanpassing van de formulering van bestuursplichten, in de ijdele hoop zo onverantwoord maar ook onbewezen *short termism* in bestuurskamers te kunnen bestrijden, moet toch duidelijk tegen de achtergrond van het purpose-debat gezien worden.

Zoals reeds aangegeven zijn de plannen van de Commissie hierover gebaseerd op de inmiddels beruchte EY Study on Directors' duties.⁸⁸ Die is voorwerp geweest van vernietigende kritiek, ook door academici.⁸⁹ De fundamentele problemen met dit onderzoek zijn van tweërlei aard. Vooreerst is de conclusie dat het short termism overheerst bij Europese genoteerde vennootschappen empirisch niet onderbouwd. De conclusies van het rapport berusten op methodologisch drijfzand. Ten tweede, als er toch sprake zou zijn van nefast kortetermijndenken, dan kan men daar niets aan verhelpen door een andere formulering van de bestuursplichten. Bovendien is het op het niveau van de Commissie niet duidelijk op welk vlak zij precies problemen ontwaart: te veel kortetermijndenken, te weinig aandacht voor andere stakeholders dan aandeelhouders, of te weinig internalisatie van de kosten

86. Zie voor algemene besprekingen van deze *statutes* o.a. M. Barzuza, 'The State of State Antitakeover Law', *VA. L. REV.* (95) 2009, p. 1973-2052; American Bar Association Committee on Corporate Laws, 'Other Constituencies Statutes: Potential for Confusion', *Bus. Law.* (45) 1990, nr. 4, p. 2253-2271; S.M. Bainbridge, 'Interpreting Nonshareholder Constituency Statutes', *Pepp. L. Rev.* (19) 1992, nr. 3, p. 971.

87. L.A. Bebchuk, K. Kastiel & R. Tallarita, 'For Whom Corporate Leaders Bargain', *Southern California Law Review* (93) 2021, beschikbaar op ssrn.com/abstract=3677155.

88. EY, *Study on Directors' Duties and Sustainable Corporate Governance. Final Report*, juli 2020, beschikbaar op op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e47928a2-d20b-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en; zie daarover o.a. B.J. de Jong, 'Duurzame corporate governance: Europese en Nederlandse ontwikkelingen', *Ondernemingsrecht* 2021/33.

89. Veel weerklank vond de kritiek zoals geuit in een reactie van enkele Harvard-professoren, M. Roe, H. Spamann, J. Fried & Ch. Wang, 'The European Commission's Sustainable Corporate Governance Report: A Critique', 14 oktober 2020, beschikbaar op ssrn.com/abstract=3711652. Zie ook de kritiek van ECLE (European Company Law Experts, een groep hoogleraren ondernemingsrecht, european-company-law-experts.wordpress.com/publications/european-commission-study-on-directors-duties-and-sustainable-corporate-governance/).

van de negatieve externaliteiten die ondernemingen veroorzaken. Dat laatste dient men door regulering, en eventuele burgerlijke aansprakelijkheidsvorderingen, aan te pakken, niet door voor bestuurders *fiduciary duties* te formuleren waarvan de formulering niet-falsifieerbaar is, zodat elke lezer (inclusief bestuurders en hun rechters) er zijn eigen opvattingen in kan projecteren.

De EY study vertrekt van de vaststelling, die zij bewezen acht, dat er in de periode 1992-2018 een toenemende focus op de korte termijn financiële belangen van de aandeelhouders is komen te liggen, eerder dan op het lang termijnbelang van de vennootschap. Men leidt dit vooral af uit een stijgende trend in de pay-out ratio – in de eerste plaats het percentage van de inkomsten dat aan de aandeelhouders wordt uitgekeerd, dat in de genoemde periode zou gestegen zijn van 1% naar 4% – terwijl tegelijk een dalende trend in kapitaalinvesteringen en investeringen in onderzoek en ontwikkeling waar te nemen was.

Er worden vervolgens zeven ‘root causes’ voor deze beweerde trend geïdentificeerd, waarvan de eerste twee luiden: ‘1. Directors’ duties and company’s interest are interpreted narrowly and tend to favour the short-term maximisation of shareholder value; 2. Growing pressures from investors with a short-term horizon contribute to increasing the boards’ focus on short-term financial returns to shareholders at the expense of long-term value creation.’ Factoren 3 tot 6 focussen dan opnieuw op governance-elementen (samenstelling van de board, de structuur van bestuurdersvergoedingen, feit dat vennootschappen geen strategisch perspectief rond sustainability zouden hebben en de eraan verbonden risico’s niet zouden managen). Factor 7 heeft betrekking op onvoldoende afdwinging van de verplichting van bestuurders om te handelen in het langetermijnbelang van de vennootschap.⁹⁰

Om vennootschappen ertoe te dwingen meer aandacht voor sustainability te hebben zet EY vervolgens zwaar in op een belangrijke rol voor de bestuurders. EY meent tot slot dat de EU drie opties heeft om iets aan het probleem te doen, namelijk het bewustzijn erover verhogen, aanbevelingen opstellen om nationale ontwikkelingen te stimuleren of bindende regels opleggen om de creatie van ‘long-term value’ te bewerkstelligen. Om Optie C te verwezenlijken stelde EY een EU-richtlijn voor waarin directors’ duties en het vennootschapsbelang omschreven zouden worden (wettelijk gedefinieerd dus), met de plicht voor bestuurders ‘to properly balance’ de volgende belangen: ‘long-term interests of the company (beyond 5-10 years); interests of employees; interest of customers; interest of local and global environment; interest of society at large’. Ten tweede zou via de richtlijn de verplichting aan bestuurders opgelegd worden om de duurzaamheidsrisico’s verbonden aan de operaties van de vennootschap en haar waardeketen te identificeren en te verzachten.

Indien beleidsmakers iets willen verhelpen aan te veel focus op de korte termijn, is het *prima facie* merkwaardig dat zij dat willen doen door bestuurders te verplichten

90. Zie voor de zeven factoren het *executive summary* op p. vi. van de EY study, ‘EY, Study on directors’ duties and sustainable corporate governance - Final report’, juli 2020, op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e47928a2-d20b-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en.

met de belangen van andere stakeholders rekening te houden. Dit lijken toch twee verschillende problemen? Zo niet lijkt men aandeelhoudersbelangen en kortetermijnbelangen gelijk te schakelen, terwijl er toch ontegensprekelijk veel langetermijnaandeelhouders zijn, zoals de pensioenfondsen, de steeds belangrijker wordende indexfondsen en, niet te vergeten, de controlerende aandeelhouders die vele Europese genoteerde vennootschappen kennen. De brug wordt (in de geest van de Europese Commissie en gelijkgezinden) evenwel geslagen door de bewering dat vennootschapsleidingen te meegaand zijn in het goedkeuren van te veel uitkeringen ten voordele van aandeelhouders, waardoor er te weinig investeringen zouden gebeuren – investeringen, die blijkbaar vooral geacht worden aan de andere stakeholders dan aandeelhouders ten goede te komen (op zich een niet-vanzelfsprekende veronderstelling). Maar niet alleen is er veel minder tot geen betrouwbaar bewijs van een fel stijgende pay-out ratio (de uitkeringen liggen zeker op een historisch hoog niveau, maar er stroomt ook veel geld binnen bij vennootschappen en het is uiteraard die nettobalans, niet de bruto-uitstromen, die men moet bekijken), er is al helemaal geen causaal verband aangetoond tussen hoge uitkeringsniveaus en een beweerdelijk te laag investeringsniveau.

Het voor een jurist belangrijke punt is dat er geen nood is aan formulering van een ruim purpose of aanpassing van bestuursplichten om te verhelpen aan een te exclusieve focus op aandeelhoudersbelangen. Het concept vennootschapsbelang wordt in veel jurisdicties al decennialang ruim ingevuld en ‘stakeholderism’ is sowieso een onvruchtbare aanpak, zoals zo dadelijk toe te lichten.

Nu hoort en leest men wel zeer regelmatig anekdotes – waarvan ik, zonder enig wetenschappelijk bewijs, vermoed dat zij wel een algemenere realiteit weerspiegelen – dat er nogal wat vennootschappen die overgenomen worden door *private equity*-spelers maar ook door andere professionele investeerders, geconfronteerd worden met financieel ondraagbare *debt push downs* of minstens ongeschikte overnemers. Daar kan men mijns inziens wel nuttig iets aan proberen te doen via het preciseren van bestuursplichten. Men kan namelijk in de rechtspraak verduidelijken dat op het bestuur een plicht rust om de kwaliteit van een potentiële overnemer te beoordelen – ook wanneer het de aandeelhouders zijn die hun aandelen verkopen – en bestuurders duidelijk maken dat het niet verantwoord is dat zij zich bij die beoordeling niets zouden aantrekken van het te verwachten lot van de vennootschap nadat de controle over de vennootschap gewijzigd is en zij eventueel van het toneel verdwenen zijn. De Amerikaanse *Nine West*-zaak⁹¹ en de Nederlandse *Estro*-beslissing⁹² bieden een aanzet voor het formuleren van dergelijke vrij concrete regels voor het bestuur.⁹³ Veel meer in elk geval dan een algemene plicht voor het bestuur om op

91. We hebben het hier over *In re Nine West LBO Securities Litigation*, 20 MD 2941 (JSR), United States District Court, Southern District of New York, 4 december 2020 (Rakoff, J.).

92. Hof Amsterdam 10 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4359, *Ondernemingsrecht* 2020/48, m.nt. H.L. Kaemingk. Voortbouwend op de ‘PCM uitgevers’-zaak: Hof Amsterdam 27 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5928, *Ondernemingsrecht* 2010/91, m.nt. J. Barneveld.

93. Ik heb dit thema uitgebreider behandeld in H. De Wulf, ‘Controle van het bestuur op de kwaliteit van een overnemer en diens *debt push down* in een leveraged buy-out. Of: zouden *Nine West* en *Estro* ook naar Belgisch recht gelden?’, in: *Liber amicorum Jean-Pierre Blumberg*, Antwerpen: Intersentia 2021, p. 165-188.

de lange termijn te denken of met de belangen van een ruime groep stakeholders rekening te houden.

c. Wat er in het algemeen problematisch is aan 'stakeholderism'

De bezwaren tegen dit 'stakeholderism' zijn bekend⁹⁴ en mijns inziens overtuigend.⁹⁵

Ten eerste is een gebod om de belangen van verschillende stakeholders tegen elkaar af te wegen, of om de belangen van de aandeelhouders of zelfs van de onderneming af te wegen tegen de impact die een beslissing in deze of gene zin kan hebben op het milieu, het klimaat, de toestand van arbeiders en medewerkers, een *standard* en geen *rule*. In een concrete situatie moeten bestuurders hun oordeel, hun evaluatievermogen gebruiken om te bepalen wat de meest aangewezen concrete beslissing is (bijv. de vinylproductie behouden of niet). Een ruime purpose-omschrijving, een ruim ingevuld vennootschapsbelang, een 'stakeholderist' aanpak, bieden geen concrete criteria om de belangenafweging tussen de verschillende relevante belangen te maken, laat staan dat zij een hiërarchie van belangen aanreiken, of toelaten de belangen in een concrete situatie te ordenen. Dit betekent vooreerst dat te goeder trouw handelende bestuurders zelf niet zullen kunnen beoordelen of ze 'de juiste' beslissing nemen, of dus hoe die juiste beslissing eruit zou kunnen zien. A fortiori is het voor een buitenstaander (inclusief rechter) dan moeilijk om te beoordelen of de bestuurders een juiste, minstens aanvaardbare belangenafweging gemaakt hebben. Het zijn dus de bestuurders die zelf de afweging moeten maken, maar een jurist kan hun daarbij niet echt raad geven, behalve dat zij zouden moeten documenteren dat zij in hun besluitvormingsproces een poging hebben gedaan na te gaan welke de bij de in concreto te nemen beslissing relevante belangen waren, en die met kennis van zaken in overweging hebben genomen.

Die afwezigheid van criteria die de bestuurders, of een externe beoordelaar die hun beslissing achteraf moet beoordelen, kunnen leiden, leidt ertoe dat het risico toeneemt dat bestuurders zich, al geven ze het niet openlijk toe, laten leiden door hun eigenbelang of door de belangen van een belangengroep die ze om willekeurige redenen willen bevoordelen, of met name een belangengroep die invloed over hen heeft – de huidige controlerende aandeelhouder, een private equity-bieder die de bestuurders wil overtuigen met hem mee te werken door hen aantrekkelijke aandelenopties of afscheidsvergoedingen in het vooruitzicht te stellen. In die zin, zo wordt vaak geargumenteed, kan een verbreding van de groepen wier belangen men moet verdisconteren, leiden tot een afname van het nut van een concept als vennootschapsbelang als richtsnoer of disciplinerend middel tegenover bestuurdersbeslissingen: wie aan iedereen verantwoording verschuldigd is, is in de praktijk aan niemand verantwoording verschuldigd; wie met ieders belangen rekening mag

94. Voor een heel goede analyse van lang vóór het huidige debat, zie J.E. Parkinson, *Corporate Power and Responsibility. Issues in the Theory of Company Law*, Oxford: Clarendon Press 1993, onder meer p. 82 e.v.

95. Zie recent nog een overzicht biedend van vele argumenten, L. Bebchuk & R. Tallarita, 'The Illusory Promise of Stakeholder Governance', *Cornell Law Review* (106) 2020, p. 91-178, beschikbaar op ssrn.com/abstract=3544978.

houden zonder een procedure of criteria aangereikt te krijgen over hoe die belangenafweging te doen kan, met de nodige retorische handigheid, om het even welke voor een bepaalde belangengroep nadelige beslissing verantwoord te maken met de bewering dat zij de belangen van andere groepen dient; wie met ieders belangen rekening moet houden, heeft geen stimulus meer om op een daadkrachtige manier de belangen van een bepaalde groep (zoals de aandeelhouders) na te streven.

Een tweede bezwaar tegen ‘stakeholderism’ is dat geen enkel Europees of Noord-Amerikaans rechtssysteem aan anderen dan aandeelhouders het recht geeft om bestuursbeslissingen voor de rechtbank te laten toetsen aan het ‘correct’ ingevulde vennootschapsbelang of toelaat dat derden bestuurders voor een verkeerde invulling aansprakelijk stellen. Dat zou men natuurlijk met een pennentrek van de wetgever kunnen veranderen, maar het is niet verwonderlijk dat wetgevers die weg niet zijn opgegaan. Dat komt omdat rechtssystemen zelfs indien zij wel aan de aandeelhoudersmeerderheid of ook aan individuele aandeelhouders het recht geven zulke vorderingen in te leiden, de bestuursbeslissingen zeer verregaand tegen inhoudelijke beoordeling door rechters beschermen. Weinig jurisdicties gaan zover als Delaware met zijn *business judgement rule*,⁹⁶ maar het lijkt erop dat bijna alle jurisdicties leerstukken zoals het Belgisch-Nederlandse concept ‘marginale toetsing’ ontwikkeld hebben om *hindsight bias* van rechters te vermijden. Terecht, want als er geen criteria bestaan die bestuurders en managers kunnen leiden bij het afwegen van belangen, dan zou het nog minder opportuun zijn om derden zoals een rechter achteraf toe te laten de inhoud van die afweging te beoordelen, anders dan op procedurele gronden (Waren er persoonlijke belangenconflicten in hoofde van de bestuurders? Hebben zij een redelijke poging gedaan om zichzelf te informeren over alle relevante feiten?). Al helemaal wanneer een derde die een beperkte investering in de vennootschap zou gedaan hebben in vergelijking met aandeelhouders, contractuele schuldeisers of werknemers, ook een vorderingsrecht zou krijgen om zulke zaken voor de rechter te brengen. Maar wanneer men stakeholders niet toelaat op te komen tegen een beweerde onrechtmatige schending van hun belangen, dan is een brede invulling van het vennootschapsbelang/van de duties gedoemd dode letter te blijven, een papieren tijger.

Men hoort soms ook de kritiek dat een brede invulling van het vennootschapsbelang bestuurders toelaat of verplicht, via de vennootschap die zij vertegenwoordigen en haar activa, de belangen van anderen te verdedigen en behartigen, terwijl het die anderen zijn aan wie de juridische middelen zouden moeten gegeven worden om hun eigen belangen te behartigen. In dezelfde sfeer is ook de kritiek geuit dat men niet aan bestuurders, die immers slechts *agents* zijn, moet toelaten om te omschrijven wat het ‘corporate purpose’ inhoudt.⁹⁷ Anders maar blijk gevend van dezelfde basisgedachten is de kritiek dat ook de meeste institutionele investeerders

96. Vele Duitse juristen zijn ervan overtuigd dat Duitsland eveneens een *business judgement rule* heeft, maar dat is een foute opvatting, minstens lijkt de regel uit § 93 II AktG helemaal niet op de Delaware-aanpak zodat het minstens misleidend is hem als een *business judgement rule* voor te stellen, zie H. De Wulf, ‘From Mannesmann to Siemens’, in: *Festschrift für Theodor Baums*, Tübingen: Mohr Siebeck 2017, p. 251.

97. Zie onder velen de verklaring in die zin van K. Pistor (project-syndicate.org/say-more/ps-say-more-katharina-pistor?barrier=accesspaylog, 15 oktober 2019 (reactie op Business Roundtable-verklaring over corporate purpose)).

met het geld van anderen omgaan, en daarom de legitimiteit missen om een bepaald beleid aan vennootschappen op te dringen als niet vaststaat dat dit met de preferenties van de eindbelegger overeenkomt – met die argumentatie verweerde Warren Buffet zich op de aandeelhoudersvergadering van 2021 van Berkshire Hathaway tegen pogingen om ESG-verslaggeving op te dringen aan alle Berkshire-vennootschappen.⁹⁸ Dit soort kritiek vind ik maar half overtuigend. Uiteraard mogen bestuurders niet volledig vrij bepalen wat het corporate purpose is (inderdaad omdat zij ‘agents’ zijn) of wat het vennootschapsbelang inhoudt (dat is een ‘objectieve’ norm). En het is inderdaad beter om via een herverdeling van governance-rechten, stakeholders de hefboomen te geven om hun eigen belangen te behartigen. Maar de genoemde kritiek mist toch ook doel precies omdat vele vennootschappen belangrijke negatieve externaliteiten veroorzaken, duidelijker gezegd, een negatieve impact hebben op de belangen van anderen, en het de *board* is die uiteindelijk het beleid goedkeurt, of doorgang laat vinden, dat die externaliteiten veroorzaakt. Heel wat stemmen in het publieke debat gaan er overigens van uit dat we als maatschappij wel verplicht zijn om te vertrouwen op actie vanwege vennootschappen en hun leidinggevenden om iets te doen aan bijvoorbeeld milieu- en mensenrechtenproblemen omdat de politiek disfunctioneel zou zijn en niet tot actie wil of kan overgaan. Dit soort geluid was met name volgens mij niet toevallig vaak te horen bij Amerikaanse en Britse academici in de nasleep van Brexit en de verkiezing van Trump. Ik geloof dat dit dan weer getuigt van een verkeerde kijk op de relatieve efficiëntie van actie door individuele ondernemingen versus algemeen geldende regulering, en bovendien de politieke legitimiteit van actie door ondernemingen overschat.

Een overtuigender kritiek op stakeholderism is dat bestuurders geen incentive hebben om de belangen van anderen te dienen dan degenen die hen benoemen en ontslaan en hun vergoeding bepalen. In systemen zonder werknemersmedezeggenschap worden bestuurders door de aandeelhouders benoemd en tot voor kort werd de variabele vergoeding van managers vooral bepaald aan de hand van criteria gelinkt aan de creatie van aandeelhouderswaarde, hoogstens met toevoeging van indicatoren van klanttevredenheid en over hoe de leidinggevende functioneert in een ruimer team.

Ter ondersteuning van de stelling dat een brede invulling van het vennootschapsbelang of uitbreiding van de *duties* van bestuurders eerder woordenkramerij is en geen zoden aan de dijk zet, breng ik als Exhibit nr. 1 de befaamde s. 172 van de Britse Companies Act 2006, ‘the duty to promote the success of the company’, een bepaling die men toch regelmatig eens moet herlezen om te vermijden dat men denkt dat men al weet wat erin staat.⁹⁹ Er zijn naar verluidt weinig tot geen ont-

98. [O]verwhelmingly the people that bought Berkshire with their own money voted against those propositions. Most of the votes for it came from people who’ve never put a dime of their own money into Berkshire.’ Zie Warren Buffett Berkshire Hathaway Annual Meeting Transcript 2021, at 02:05:37, rev.com/blog/transcripts/warren-buffett-berkshire-hathaway-annual-meeting-transcript-2021.

99. ‘(1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to (a) the likely consequences of any decision in the long term, (b) the interests of the company’s employees, (c) the need to foster the company’s business relationships with suppliers, customers and others, (d) the impact of the company’s operations on the

werpbepalingen geweest waarover zoveel gedebatteerd werd tijdens het lange ontstaansproces van de Companies Act 2006, en sindsdien zijn zo niet oceanen dan toch meren van inkt over de bepaling gevloeid. Als niet-juristen om één bepaling uit de Britse vennootschapswetgeving geven, dan is het deze.¹⁰⁰ Voordat deze bepaling in 2007 in werking trad, bestond er in het VK geen wettelijke formulering van de *fiduciary duties* van bestuurders. De wettelijke formulering wordt gezien als een schoolvoorbeeld van een 'enlightened shareholder value'-invulling van het vennootschapsbelang: bestuurders moeten besturen ten voordele van de aandeelhouders als groep, maar moeten daarbij 'have regard (amongst other matters) to' andere stakeholders, inclusief de gemeenschap en het milieu, moeten de langetermijnpact van hun beslissingen in overweging nemen en moeten het voorgaande terzijde schuiven wanneer uit het recht blijkt dat zij voorrang moeten geven aan de belangen van schuldeisers.¹⁰¹ Men moet al een erg slechte retoricus zijn om niet in staat te zijn aan anderen uit te leggen dat om het even welke niet-frauduleuze bestuursbeslissing verenigbaar is met deze vereisten.¹⁰² Er is bovendien geen enkele aanwijzing dat deze bepaling enige impact heeft gehad op de manier waarop bestuurders hun taak invullen, noch dat rechters anders zouden omgaan met bestuursplichten dan voorheen. Aangezien het voor minderheidsaandeelhouders moeilijk en voor niet-aandeelhouders onmogelijk is zich op schending van de bepaling te beroepen, is er ook nauwelijks rechtspraak die specifiek gesteund is op de enlightened shareholder value-optiek uit s. 172.

Merk op dat s. 172 (2), en dit al sinds 2007, toelaat dat vennootschappen een ander 'purpose' dan het verschaffen van voordelen aan de aandeelhouders nastreven, en dat het dan de opdracht van de bestuurders wordt om die andere doelstellingen eerder dan aandeelhoudersvoordeel na te streven. Deze bepaling leek pas echt tot leven te komen toen de Britse Corporate Governance Code in december 2018 aan-

community and the environment, (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and (f) the need to act fairly as between members of the company. (2) Where or to the extent that the purposes of the company consist of or include purposes other than the benefit of its members, subsection (1) has effect as if the reference to promoting the success of the company for the benefit of its members were to achieving those purposes. (3) The duty imposed by this section has effect subject to any enactment or rule of law requiring directors, in certain circumstances, to consider or act in the interests of creditors of the company.'

100. Zie H. Thomas, 'The world of work has changed, time for company law to catch up', *FT* 21 juli 2021, die verslag uitbrengt over de controverste pogingen anno 2021 om de bepaling te herschrijven, en vooral om het woord 'employee' te vervangen door 'workforce', teneinde rekening te houden met de opkomst van 'platform'-modellen zoals dat van Uber, waarbij de vennootschap die het spin in het web is, beweert dat zij niet met werknemers, maar met zelfstandige onderaannemers werkt. Zie betterbusinessact.org/about-the-act/ voor de lobbygroep (ondersteund door honderden ondernemingen en het Britse Institute of Directors) die s. 172 in een meer stakeholdergerichte zin probeert gewijzigd te krijgen. Voor de ruimere hervormingspogingen van de Britse regering inzake corporate governance en audit waarbinnen een en ander kadert, zie gov.uk/government/consultations/restoring-trust-in-audit-and-corporate-governance-proposals-on-reforms (laatst geconsulteerd op 22 juli 2021).
101. Uit Britse rechtspraak blijkt dat dit het geval is na of 'in the vicinity of' insolventie, zie P. Davies & S. Worthington, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Londen: Sweet and Maxwell 2016, secties 9-11 e.v., p. 218 e.v.
102. Onder meer omdat 'have regard' en 'amongst others' duidelijk maken dat een exclusieve focus op de nochtans al ruime lijst van nastrevenswaardige belangen niet vereist is, noch een naar maximalisatie van die belangen strevende aanpak. De belangen mogen bovendien tegen elkaar afgewogen worden. Ik herhaal (ietwat gechargeerd geef ik toe): Wittgenstein I en de logische empiristen zouden, in dit geval terecht, beweerd hebben dat zinnen zoals het geheel van s. 172 CA 2006 geen vaststelbare betekenis hebben en dat men dus beter zwijgt dan er lucht mee te verspillen.

gepast werd om te bepalen: ‘the board should establish the company’s purpose, values and strategy and satisfy itself that these and its culture are aligned’¹⁰³. In deze bepaling uit de Corporate Governance Code valt op dat ‘purpose’ duidelijk in een context van bedrijfscultuur geplaatst wordt, en dat het purpose door de raad van bestuur moet vastgesteld worden. Het is dan ook waarschijnlijk dat het woord hier in een licht andere betekenis dan in s. 172 (2) gebruikt wordt, al was het maar omdat de beste stelling is dat ‘purpose’ in de betekenis van s. 172 (2) door de aandeelhouders moet vastgesteld worden.¹⁰⁴ Opnieuw denk ik dat de aanpassing van de Corporate Governance Code in 2018 weinig impact zal hebben, maar eerder moet gezien worden als een reflectie van een reeds bestaande cultuur/ruim gedeelde opvattingen in bestuurskamers.

d. Er bestaan al juridische invullingen van het vennootschapsbelang, en die zijn vaak met stakeholderism verenigbaar

Het juridische concept ‘vennootschapsbelang’ is geen perfecte vertaling van het managementbegrip corporate purpose, nu een vennootschap vrij is de inhoud van haar purpose te bepalen, terwijl de inhoud van het vennootschapsbelang van meer objectieve aard is en een richtsnoer voor het handelen van het bestuur, dat de inhoud ervan zeker niet bindend kan definiëren: de ultieme beoordelaar zijn de rechtbanken.¹⁰⁵ Niettemin zou een brede invulling van het vennootschapsbelang – toelating of zelfs plicht de belangen van andere stakeholders dan aandeelhouders mee in rekening te brengen bij het nemen van beleidsbeslissingen – toch bevorderlijk kunnen zijn voor het creëren van een purpose-gedreven onderneming. Welnu, zoals men weet, bestaat er zelf in de hyperkapitalistische VS geen juridische verplichting voor het vennootschapsbestuur om winstmaximalisatie na te streven, en ook in het minstens ideologisch ‘aandeelhoudersgefocusste’ recht van Delaware verplichten de ‘Revlon duties’ van de board deze laatste alleen maar wanneer de vennootschap te koop staat, de opbrengst van die verkoop te maximaliseren, maar is er geen algemene plicht tot winstmaximalisatie. In heel wat Europese landen overheerst reeds decennia een brede, stakeholdergerichte invulling van het vennootschapsbelang. In Nederland moet het bestuur overeenkomstig de Cancun-norm rekening houden met het belang van de vennootschap *en de met haar verbonden onderneming* (lees: alle stakeholders).¹⁰⁶ In Duitsland werd de in 1937 ingevoerde ‘Gemeinwohlklausel’ weliswaar afgeschaft bij de grote hervorming in 1976, maar er heerst consensus dat deze nog op de achtergrond speelt in het licht van de ‘Eigentum verpflichtet’-clausule in artikel 14 van de Duitse Grondwet, wat ook tot uitdrukking wordt gebracht in de Duitse Corporate Governance Code.¹⁰⁷ In Frankrijk heeft de

103. UK Corporate Governance Code, Section 1, Principle B. Section werd tevens hernoemd: het vroegere ‘Leadership’ werd ‘Leadership and Company Purpose’.

104. Over dit alles, zie D. Kershaw & E. Schuster, ‘The purposive transformation of company law’, *American Journal of Comparative Law* (68) 2020, ook beschikbaar op ssrn.com/abstract=3363267, vooral p. 8-9.

105. Ik dank Jan Cerfontaine om mij hierop te wijzen.

106. Zie HR 4 april 2014, NJ 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde, *Ondernemingsrecht* 2014/101, m.nt. A.F.J.A. Leijten.

107. Zie de bespreking bij H. Fleischer (voetnoot 63), tekst bij zijn voetnoten 118 tot 126. Zie ook een gedetailleerde analyse van de debatten rond vennootschapsbelang in Duitsland en Frankrijk in H. Fleischer, ‘Unternehmensinteresse und intérêt social: Schlüsselfiguren aktienrechtlichen Denkens in Deutschland und Frankreich’, *ZGR* 2018, p. 703-734.

Loi Pacte (2019)¹⁰⁸ een definitie van ‘l’intérêt social’ in het Burgerlijk Wetboek ingevoerd (art. 1833 code Civil) die vennootschappen verplicht rekening te houden met hun sociale en milieu-impact.¹⁰⁹ In België heeft het Hof van Cassatie het vennootschapsbelang gelijkgesteld met het collectieve belang van de aandeelhouders op lange termijn,¹¹⁰ maar mijn eigen niet-gepubliceerde onderzoek naar de rechtspraak sinds de Tweede Wereldoorlog toont aan dat het concept ‘vennootschapsbelang’ nauwelijks gebruikt wordt als toetssteen voor bestuursbeslissingen of beslissingen van de algemene vergadering, maar vooral als rechtvaardiging van rechterlijke tussenkomsten in de governance van vennootschappen waarvoor geen wettelijke grondslag bestaat (‘ja maar, ik (rechter) doe hiermee (de interventie zonder wettelijke basis) goed want mijn interventie is vereist om het vennootschapsbelang te vrijwaren’), zoals de benoeming van ‘voorlopige bewindvoerders’ (personen die het bestuur gedeeltelijk vervangen, vooral wanneer dat verlamd is door langdurige aandeelhoudersruzies).

Er zijn overigens geen overtuigende aanwijzingen dat wetsbepalingen of rechtspraak over het vennootschapsbelang invloed hebben gehad op de juridische praktijk, laat staan de praktijken in bestuurskamers. Het is wellicht veeleer omgekeerd: maatschappelijke opvattingen worden weerspiegeld in rechtspraak, wetgeving en governance codes, en er is hoogstens een positieve feedbackloop: de erkenning van de reeds gevestigde opvattingen in wetgeving en rechtspraak versterkt (en legitimeert voor de toekomst) de bestaande cultuur.

4. Mogelijke pistes die veelbelovender zijn om aandacht voor de belangen van niet-aandeelhouders af te dwingen

Zijn er andere pistes dan de heilloze weg van het vennootschapsbelang of ‘stakeholderism’ om meer aandacht voor andere stakeholders dan aandeelhouders af te dwingen? Men kan natuurlijk concrete regels in regulering opleggen die andere stakeholders beschermen. Die regels moeten zich dan wel tot de vennootschap richten, niet tot de bestuurders, aangezien op die manier de vennootschap en alle bij haar onderneming betrokken stakeholders (inclusief het bestuur) door de regulering gebonden zijn.¹¹¹ Indien men die weg niet wil inslaan, kan men een herverdeling van governance-rechten overwegen, namelijk een herverdeling van beslissingsrechten, of een andere samenstelling van de organen, vooral het bestuur, die de beslissingen mogen nemen. Die hervormingen zouden er dan op gericht moeten zijn om de invloed van aandeelhouders af te remmen.

108. Loi nr. 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

109. ‘Dans leur gestion, les sociétés doivent prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de leur activité’.

110. Cass. 28 november 2013, TRV 2014, 286; TBH 2014, m.nt. D. Willermain; RPS 2014, 41, m.nt. J.-M. Gollier.

111. Vgl. in gelijkaardige zin H.J. de Kluiver, ‘Op weg naar post-covid, duurzaam ondernemingsrecht. Over grote thema’s van deze tijd: climate change, mensenrechten, governance en de maatschappelijke onderneming’, *Kroniek van het ondernemingsrecht*, NJB 2021, afl. 16 (1241), 1247 (linkerkolom).

a. Sleutelen aan de benoeming van het bestuur?

Als we ons beperken tot een analyse van enkele denkpistes in verband met het bestuur, mag vooreerst nog wel eens benadrukt worden dat het bestuur en zijn denken een afspiegeling zullen zijn van wie de bestuurders benoemt, ontslaat en vergoedt. Deze vrij banale maar fundamenteel belangrijke waarheid lijkt mij weliswaar voldoende bekend, maar lijkt tegelijk in nogal wat corporate governance-discussies — ook bij het opstellen van corporate governance codes in continentaal Europa — veronachtzaamd te worden. Als men bijvoorbeeld een economisch systeem kent waarbij, zoals in België, de meeste genoteerde vennootschappen een controlerende aandeelhouder(scoalitie) hebben, en de algemene vergadering benoemt en ontslaat het bestuur zonder noemenswaardige beperkingen, dan is het moeilijk daadwerkelijk onafhankelijke bestuurders te hebben: ook de bestuurders die geen banden met de controlerende aandeelhouder hebben die hun onafhankelijkheid zouden kunnen beïnvloeden, zullen bestuurder worden en blijven (en vergoed worden) bij de gratie van de controlerende aandeelhouder. In een dergelijk systeem denkt men beter drie keer na vooraleer men al te veel hoop stelt in het beschermen van het belang van ‘de vennootschap’ of andere stakeholders door die onafhankelijke bestuurders.¹¹²

Als men meer aandacht voor werknemersbelangen wil, kan men bijvoorbeeld de raad van commissarissen gedeeltelijk laten verkiezen door werknemers, zoals onder een medezeggenschapstelsel naar het model van de Duitse Mitbestimmung. Ik bespreek dit hier niet verder omdat er in de ganse short termism- en stakeholderism-discussies geen beleidsvoorstellen in die richting gedaan worden.¹¹³ Er bestaat ook weinig empirisch onderzoek naar de overigens empirisch erg moeilijk beantwoordbare vraag naar positieve of negatieve governance-effecten van Mitbestimmung.¹¹⁴ In Frankrijk en België hebben vakbonden steeds afwijzend gestaan tegenover meer werknemersmedezeggenschap, omdat zij niet gegijzeld willen worden door het besluitvormingsproces waaraan zij dan zouden meegewerkt hebben.

112. Vergelijk J. Cerfontaine, ‘De onafhankelijke bestuurder in financiële instellingen. Een medicijn tegen alle kwalen?’, in: *Liber Amicorum Philippe Colle*, te verschijnen eind 2021.

113. Toch geen voorstellen die kans maken verder te komen dan de lancering ervan. Zie voorbeelden van enkele doodgeboren wetgevende of campagne-initiatieven in de VS, het VK en Australië bij S. Jäger, S. Noy & B. Schoefer, ‘What does codetermination do,’ corpgov.law.harvard.edu/2021/06/29/what-does-codetermination-do/ (29 juni 2021).

114. Voor recente overzichten, zie het werk van Jäger en Schoefer: S. Jäger, S. Noy & B. Schoefer, ‘What does codetermination do?’, NBER working paper 28921, 2021, nber.org/system/files/working_papers/w28921/w28921.pdf en S. Jäger, B. Schoefer & J. Heining, ‘Labor in the boardroom’, beschikbaar op economics.mit.edu/files/17273. In de oudere Duitse literatuur leek de consensus dat Mitbestimmung wel voor vertraging van de besluitvorming zorgde (en dat werknemersvertegenwoordigers hun confidentialiteitsplicht als bestuurslid niet respecteerden, door bijvoorbeeld overleg met de vakbondsachterban te plegen), maar dat er geen overtuigende aanwijzingen van negatieve gevolgen waren, en dat er daarentegen sterke indicaties waren dat het systeem leidt tot grotere aanvaarding van managementbeslissingen door de werknemers (en daardoor tot minder stakingen dan in veel andere landen). Zie met verwijzingen, H. De Wulf, *Taak en loyauteplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2002, p. 546-551. Zie ook E. Gerum & H. Wagner, ‘Economics of labor co-determination in view of corporate governance’, in: K. Hopt e.a. (eds.), *Comparative Corporate Governance*, Oxford: Clarendon Press 1998, p. 341 e.v.

Ik wil in elk geval wel nog meegeven dat een verdere ‘verzelfstandiging’ van het bestuur, hetzij door zijn beslissingsbevoegdheid uit te breiden, hetzij door de ontslagbescherming van bestuurders in het algemeen te vergroten, niet de juiste reactie kan zijn op de perceptie dat aandeelhouders te veel invloed hebben. In Delaware kan het bestuur ‘by-laws’ vastleggen naast de statuten en heeft het veel verdergaande bevoegdheden in verband met aandelenuitgiftes en inkoop van eigen aandelen dan in de EU toegelaten zou zijn. Europa moet op dat vlak niet in de richting van Delaware opschuiven, want dat zou alleen maar betekenen dat de bestuurders zowel hun eigenbelang als dat van controlerende aandeelhouders nog ongecontroleerder kunnen behartigen dan nu het geval is. Wettelijk dwingende ontslagbescherming van onafhankelijke bestuurders is een piste die grondige reflectie verdient, maar een algemene verdergaande ontslagbescherming van bestuurders dan vandaag het geval is, zou er alleen maar toe bijdragen dat we opnieuw dreigen terecht te komen in de situatie zoals ze tot ver in de jaren negentig overheerste, namelijk dat *executive* bestuurders zich, althans in vennootschappen zonder controlerende aandeelhouder, niet veel hoefden aan te trekken noch aantrokken van de aandeelhouders.

b. ‘Softe’ inspraak van stakeholders en ESG-comités

Een veel lichtere vorm van organisatie van inspraak zullen we in de afdeling over due diligence-verplichtingen bespreken: de Franse due diligence-wet en het ontwerp van Europese richtlijn zien een belangrijke rol voor een heel ruime groep van stakeholders – in de praktijk: ESG-activisten – om in dialoog te treden met de vennootschapsleiding en aldus het due diligence (risicomanagement-)beleid van vennootschappen te beïnvloeden. In zulke gevallen dwingt de wetgever de onderneming dus tot dialoog met organisaties die opkomen voor een bepaalde visie op het algemeen belang, zonder dat die organisaties zoals aandeelhouders maar ook werknemers en schuldeisers een belangrijke investering in de onderneming hebben gedaan.

Misschien moet de zonet vermelde dialoog langs de kant van de vennootschap aangestuurd worden door een nieuw opgericht ESG-comité binnen de raad van bestuur/raad van commissarissen? Ik laat het over aan organisatiespecialisten of mensen met ruime bestuurservaring om hierover een gefundeerd oordeel te vellen. Mijn aanvoelen is, voor wat het waard is, dat dit vooral in monistische bestuursystemen tot meer ‘strategic drift’ dreigt te leiden. Er dreigt een ont koppeling te ontstaan tussen de leden van het comité, die zich vrij intensief met ESG-thema’s bezighouden, en de voltallige raad. Ik zie niet direct het transmissiemechanisme via hetwelk de werkzaamheden van zo een comité de besluitvorming van de ganse raad zou beïnvloeden, maar misschien ben ik daar te pessimistisch. Als er pijnlijke knopen moeten doorgelicht worden (keuze voor een uitkering die de aandeelhouders nodig hebben om het krediet waarmee ze een participatie in de vennootschap gekocht hebben, terug te betalen, dan wel aanleg van een reserve met oog op investering in R&D), kan ik me moeilijk voorstellen dat men het aan een ESG-comité binnen de raad overlaat om hierover met enig gezag voorbereidend werk te verrichten.

Een ESG-comité zou wellicht wel nut hebben als de functie ervan beperkt is tot de monitoring inzake het naleven door de ondernemingsgroep van best practices inzake klimaatopwarming, arbeidsomstandigheden en dergelijke meer. Maar ook dat is moeilijk verenigbaar met de collegialiteit die in raden van bestuur het juridische uitgangspunt is – ook wanneer er iets misloopt en, erg uitzonderlijk, een aansprakelijkheidsvordering tegen de bestuurders wordt ingesteld – en ook vanuit goed governance-oogpunt zou moeten heersen. Maar misschien moet die illusie van collegialiteit wel opgegeven worden? Bij beursvennootschappen is al sinds de jaren negentig een trend bezig waarbij de raad van bestuur (monistisch systeem) of raad van commissarissen (dual systeem) meer en meer op een volwaardig uitgebouwde bureaucratie gaat lijken, met aparte comités voor audit, benoeming en remuneratie, strategie (in een monistisch systeem) en ook ad-hoccomités (bijv. voor de beoordeling van *related party transactions*). Het collegiale functioneren beperkt zich dan tot eindbeslissingen over aanwerving en eventueel ontslag van topmanagers, allocatie van budgetten, strategie. Dat zijn ook de kerntaken van een bestuur. In elk geval zou de toevoeging van een ESG-comité tot deze evolutie naar de-collegialisering bijdragen.

c. ‘Sociale’ rechtsvormen

Een manier om ‘purpose’ wél wat meer tanden te geven is toelaten dat ondernemers kiezen voor een bijzondere rechtsvorm die vanaf het begin aan alle stakeholders duidelijk signaleert dat de vennootschap andere prioriteiten heeft dan winstmaximalisatie. Het gaat dan om een of andere ‘sociale’ rechtsvorm. Zoals bekend zijn ook in Nederland verkennende denkoefeningen bezig rond sociale vennootschappen.¹¹⁵ Internationaal het bekendst is de B-corporation.¹¹⁶ in de ongeveer dertig Amerikaanse staten, inclusief Delaware, waar de rechtsvorm van de benefit corporation ter beschikking gesteld wordt, kunnen zulke vennootschappen een certificaat behalen (dat driejaarlijks moet hernieuwd worden wil men het behouden en waarvoor men lidgeld moet betalen), uitgereikt door de wereldwijd actieve B-lab, een private non-profitorganisatie, die nagaat of de vennootschap daadwerkelijk ‘socially sustainable’ is en ook een aantal ‘environmental performance standards’ haalt. Binnen Europa is de Franse *société à mission* het bekendste voorbeeld,¹¹⁷ een statuut dat men kan verkrijgen op voorwaarde dat men eerst in de statuten een ‘raison d’être’, Frans voor ‘purpose’ heeft geformuleerd (art. 1835 Code civil). Het Franse voorbeeld verdient mijns inziens geen navolging. Een *société à mission* moet wel een ‘mission’ formuleren die uit iets anders bestaat dan winst nastreven en is verplicht daar middelen voor te oormerken, maar niets belet een dergelijke

115. De ‘besloten vennootschap met een maatschappelijk doel (BVm)’; zie daarover o.a. M. Stokkermans, ‘Naar een wettelijke verankering van de maatschappelijke onderneming’, *MvO* 2021, afl. 3/4, p. 97-108.

116. F. Alexander, *Benefit Corporation Law and Governance: Pursuing Profit with Purpose*, Oakland: Berrett-Koehler Publishers 2017, 305p. (zie in bijzonder chapter 6: The Delaware Public Benefit Corporation Statute, p. 85-108); J.S. Hiller, ‘The Benefit Corporation and Corporate Social Responsibility’, *Journal of Business Ethics* (118) 2013, p. 287-301, beschikbaar op link.springer.com/content/pdf/10.1007/s10551-012-1580-3.pdf.

117. K. Levillain, *Les entreprises à mission: Un modèle de gouvernance pour l’innovation*, Parijs: Vuibert 2017, 224p.; M. Battistelli, ‘L’entreprise à mission: un modèle de gouvernance pour l’innovation’, *Annales des Mines – Gérer et comprendre* 2019/1 (N° 135), p. 80-82; B. Segrestin, ‘La mission, un nouveau contrat social pour l’entreprise’, *Esprit* 2018/3, p. 90-101.

vennootschap niet alleen winst na te streven, maar die ook zonder schroom uit te keren aan de aandeelhouders. Dan vind ik het Belgische model van de sociale onderneming, die verplicht is zowat 95% van haar eventuele winst te herinvesteren in haar sociaal doel, een ernstiger model, dat vennootschappen verplicht zich te gedragen overeenkomstig hun zelf geformuleerde doelstellingen.¹¹⁸ De overheid controleert of men zich aan dit winstuitkeringsverbod houdt en kan de erkenning als sociale onderneming intrekken. Maar precies omwille van die gestrengheid is het niet realistisch te verwachten dat veel economisch belangrijke ondernemingen dit statuut zullen willen aannemen.

Inmiddels — ik besef dat dit een versleten refrein is — doet de markt toch ook zijn deel van het werk: niet alleen vloeien sinds 2016 maar vooral sinds 2020 enorme bedragen naar ESG-fondsen,¹¹⁹ die zichzelf al dan niet terecht als duurzame investeerders promoten, maar ESG-aandeelhoudersactivisme is duidelijk een opkomend fenomeen.

V. ESG-aandeelhoudersactivisme

ESG-activisme is aandeelhoudersactivisme dat genoteerde ondernemingen ertoe wil bewegen bepaalde ESG-thema's ernstiger te nemen in hun eigen beleid.¹²⁰ Voorlopig lijkt het erop dat dit activisme — dat moet onderscheiden worden van campagnes door anderen dan aandeelhouders — zich vooral toespitst op milieuthema's, en dan in de eerste plaats op het reduceren van CO₂-emissies.

Een milde vorm van zulk activisme bestaat erin dat een of andere aandeelhouder(scoalitie) erin slaagt een voorstel rond het klimaatbeleid van een vennootschap ter stemming voor te leggen op de jaarlijkse algemene vergadering. Vaak behelst het voorstel dat de vennootschap een klimaatactieplan moet uitwerken, op papier zetten en aan de buitenwereld meedelen. Dit betekent niet dat aandeelhouders over dat plan zullen stemmen, laat staan een bindende stem zullen hebben. Vandaar dat men mag twijfelen aan de concrete impact van zulke klimaatactieplannen, of in elk geval aan de impact van de aandeelhoudersvoorstellen erover. Volgens onderzoek van de consultancy ProxyInsight in opdracht van de FT kregen zulke

118. Zie art. 8:5 WVV.

119. De cijfers tonen aan dat er, na een aanzet in 2016, een duidelijke stijging van 'inflows' in ESG-beleggingsfondsen was in 2017 en 2018, die een zeer grote toename, zeg maar quantumsprong werd in 2019, en een tsunami in 2020 en de eerste helft van 2021. Eind 2020 was ongeveer 1,7 biljoen dollar (1700 miljard) in zulke fondsen geïnvesteerd, 50% meer dan eind 2019. Daarbij wordt er veel meer geld in zulke fondsen in Europa gestoken dan in de VS (waar evenwel ook een grote groei te noteren valt), die op hun beurt voorlopen, maar niet zo veel, op Azië. Zie bijv. de cijfers afkomstig van Morningstar weergegeven in P. Templeton-West, "Monstrous" run for responsible stocks stokes fear of bubble', *FT* 21 februari 2020 en A. Mooney & P. Mathurin, 'ESG funds defy havoc to ratchet huge inflows', *FT* 6 februari 2021 (dit artikel geeft ook een lijstje van de grootste 'groene fondsen' en geeft enige indicatie over hoe groen die werkelijk zijn door hun portfolio weer te geven, met 'highlighting' van vervuilende bedrijven waarin ze beleggen (bijv. olie- of mijnmaatschappijen).

120. T. Barko, M. Cremers & L. Renneboog, 'Shareholder Engagement on Environmental, Social, and Governance Performance', *Journal of Business Ethics* 2021, beschikbaar op ssrn.com/abstract=2977219. Dit artikel onderzoekt interventies op het gebied van ESG van aandeelhoudersactivisten die achter de schermen plaatsvonden en stelde vast dat vooral ondernemingen met een zwakke ESG-rating het doelwit waren, en dat hun ESG-rating daarna omhoog neigde te gaan, zonder nadelige financiële gevolgen voor de aandeelhouders.

voorstellen (in de vennootschappen waarin ze werden voorgelegd) in 2019 16% van de stemmen achter zich, in 2020 (tot 20 mei van dat jaar) 23% maar in 2021 meer dan 50%. Dit betekent dat de voorstellen in 2019 en 2020 zelden werden goedgekeurd door de aandeelhouders¹²¹ maar dat zich in 2021 een kentering leek af te tekenen.

Een stap verder, en mijns inziens betekenisvoller, zijn echte ‘say on climate votes’ waarbij klimaatplannen van ondernemingen als dusdanig aan een stemming op de jaarlijkse algemene vergadering worden onderworpen. Het bekende TCI hedge fund van Chris Hohn – althans de TCI Foundation die met de opbrengsten van het hedge fund wordt gefinancierd – lanceerde in 2020 een succesvolle campagne tegenover de Spaanse luchtvaartgroep Aena, waardoor dat bedrijf het eerste ter wereld werd dat aandeelhouders formeel liet stemmen over het eigen klimaatbeleid.¹²² In de zomer van 2021 lanceerde IICCG,¹²³ een coalitie van 53 grote vermogensbeheerders (samen ongeveer 14.000 miljard dollar onder beheer) een oproep aan genoteerde vennootschappen om een klimaatactieplan op te maken en elk jaar een verslag over de opvolging ervan ter stemming aan de algemene vergadering voor te leggen, en eveneens om een bestuurder aan te duiden met speciale verantwoordelijkheid voor het opvolgen van het actieplan.¹²⁴

Het meest spectaculair wordt ESG-aandeelhoudersactivisme wanneer de activisten erin slagen een bestuurder te benoemen bij een grote vervuiler, tegen de wensen

121. Zie A. Mooney, ‘Shareholder climate rebellions surge despite coronavirus crisis’, *FT* 30 mei 2020. Dit artikel wijst nog op een andere trend, nl. aandeelhouders die erin slagen de jaarlijkse algemene vergadering te laten stemmen over zogenoemde ‘lobbying proposals’, zijnde voorstellen die de vennootschapsleiding willen dwingen jaarlijks verslag uit te brengen over de lobbying-inspanningen die de vennootschap het voorbije jaar heeft ondernomen rond klimaatthema’s (vermoedelijk tegen klimaatregulering). In mei 2020 kreeg een voorstel op de algemene vergadering van Chevron om Chevron te dwingen zulks rapport op te maken en aan de jaarlijkse avamiddag te delen, 53% van de stemmen achter zich.
122. A. Mooney, ‘Billionaire Chris Hohn forces first annual investor vote on climate policy’, *FT* 22 oktober 2020. Het artikel vermeldt dat TCI een van de grootste aandeelhouders – na de Spaanse staat – was van Aena, dat Hohn in de raad van bestuur zat en dat de belangrijke proxy advisor ISS de aandeelhouders van Aena had aangeraden om het voorstel van TCI over de jaarlijkse klimaatstemming te ondersteunen. Bij de grote Amerikaanse kabel- en mobiele telefoniegroep Charter Communications daarentegen verwierp de algemene vergadering in 2021 een aandeelhoudersvoorstel om een ‘say on climate’-stemming in te voeren, nadat het management had aangeraden ertegen te stemmen. Inlever, Nestlé, Glencore en Moody’s op hun beurt kondigden aan de avamiddag in 2021 voor het eerst over het klimaatplan van de vennootschap te zullen laten stemmen (zie A. Mooney & B. Nauman, “‘Say on Climate’ campaign faces first big test at investor meetings”, *FT* 18 mei 2021).
123. Institutional Investors Climate Change Group. Deze 53 asset managers beheren samen meer dan 14.000 miljard US dollar.
124. Zie A. Mooney, ‘Big investors demand vote on companies’ net zero plans’, *FT* 30 juli 2021. Het artikel wees ook op de oppositie tegen zulke voorstellen van sommige grote institutionele investeerders, zoals het Californische pensioenfonds Calpers. Deze kritische investeerders zouden erop wijzen dat het niet de taak is van investeerders om zich met het micromanagement van de onderneming te bemoeien, en het gevaar zou volgens hen bestaan dat aandeelhouders zonder veel nadenken de voorgelegde plannen zouden goedkeuren. De belangrijke proxy advisor Glass Lewis verklaarde evenmin een voorstander te zijn van ‘say on climate’ uit vrees dat het houden van een aandeelhouderstemming de druk zou wegnemen van bestuurders om zelf hun verantwoordelijkheid ter zake op te nemen, zie verklaring in A. Mooney & B. Nauman, “‘Say on Climate’ campaign faces first big test at investor meetings”, *FT* 18 mei 2021. In hetzelfde artikel werden andere institutionele investeerders geciteerd, waaronder opnieuw Calpers, die verklaarden het zinvoller te vinden aandeelhouders aan te moedigen tegen de herbenoeming van bestuurders te stemmen wanneer het bestuur onvoldoende klimaatactie ondernam.

van het management in. Dit overkwam het machtige ExxonMobil, dat moest aanvaarden dat zijn jaarlijkse algemene vergadering op 26 mei 2021 drie bestuurders benoemde op voorstel van Engine No1, een klein, voorheen onbekend hedge fund dat ExxonMobil verweet financieel slechter te presteren dan zijn sectorgenoten, te weinig inspanningen te leveren om CO₂-emissies te reduceren en te weinig bestuurders te hebben die ervaring hadden in de ruimere energiesector. Het hedge fund focuste dus zeker niet alleen op milieukwesties, hoewel sommigen dat blijkbaar wel zo percipieerden. Opvallend is dat Engine No1 slechts 0,02% van de aandelen van Exxon bezat, wat zelfs voor een activist wel heel weinig is. In de stemming over de bestuurders werd Engine No1 onder meer gesteund door de drie grootste Amerikaanse pensioenfondsen, namelijk CalPERS, CalSTRS en het New York State Retirement Fund, evenals door de twee grootste proxy advisors, ISS en Glass Lewis. Het Noorse sovereign wealth fund verklaarde evenwel de door het management voorgestelde bestuurders te zullen steunen.¹²⁵ Uiteindelijk lijkt de ‘last minute’ beslissing van vermogensbeheerder BlackRock om Engine No1 te steunen de doorslag gegeven te hebben in de stemming, naast de steun van een groot aantal retail beleggers.

Wanneer men zichzelf promoot als ESG-bewust bedrijf, en er worden redenen ontdekt om te betwijfelen dat men wel zo ESG-vriendelijk is als men zelf beweert, stelt men zich bloot aan aanvallen van short sellers, die er belang bij hebben dat de beurskoers daalt op basis van die (geruchten over) twijfels. Short seller Hindenburg Research viel twee ondernemingen aan die beweerden milieuvriendelijke technologieën te ontwikkelen maar wier technologie volgens Hindenburg nog helemaal niet zo ver stond als ze het voorstelden.¹²⁶ Oatley, een Zweeds bedrijf dat melkalternatieven produceert en zijn eigen hoge ESG-gehalte graag promoot, werd aangevallen in een rapport van Spruce Point Capital waarin die short seller onder meer beweerde dat de milieuautoriteiten van New Jersey in 2019 hun bezorgdheid hadden geuit over de waterzuivering bij Oatley, en dat Oatley zich van cacao voorraadt bij een onderneming die ervan beschuldigd werd belastingheffingen op cacao-export in Ghana en Ivoorkust te hebben proberen ontduiken.¹²⁷

VI. Openbaarmakingsverplichtingen:¹²⁸ de EU als voortrekker tegen de rest van de wereld?

1. Een wildgroei aan private initiatieven, maar langzaam meer coördinatie

Er is de voorbije jaren geen gebrek geweest aan initiatieven om de duurzaamheidsverslaggeving op een nieuwe leest te schoeien. Maar precies: de proliferatie van

125. Deze gegevens zijn afkomstig uit ‘ExxonMobil faces “winds of change” as climate battle reaches boardroom’, *FT* 24 mei 2021 en (steun BlackRock) ‘Defeats for big oil mark “sea change” in climate battle’, *FT* 27 mei 2021.

126. B. Nauman, ‘Short-sellers step up scrutiny of ESG stocks’, *FT* 24 oktober 2020.

127. *FT Moral Money newsletter*, 21 juli 2021.

128. Over deze problematiek op het niveau van de EU zie L.J.M. Baks, J.B.S. Hijink & S. Rietveld, ‘Duurzaamheidsverslaggeving in een hogere versnelling. Laveren tussen wereldwijde convergentie en “Europe first”’, *Ondernemingsrecht* 2021/5, p. 34 e.v. en L.J.M. Baks & J.B.S. Hijink, ‘Een Europese stroomversnelling op het terrein van duurzaamheidsverslaggeving – rapporten van EFRAG en ESMA’, *Ondernemingsrecht* 2021/42. Zie ook H.J. de Kluiver, t.a.p. (noot 111), p. 1244 e.v.

initiatieven – vaak ondernomen door private organisaties en niet door de traditionele *standard setters* van de overheid of die door de overheid erkend zijn – heeft geleid tot een lettersoep van acroniemen die organisaties en hun standaarden aanduiden waarin zelfs de meest geharde observator zich verslikt. Opnieuw een kleine anekdote ter inleiding: op 9 april 2021 berichtte de FT dat voormalig centraal bankier Mark Carney, inmiddels ‘UN special envoy on climate action and finance’, een blunder had begaan door te claimen dat Brookfield Asset Management, waar Carney (tegelijk met zijn VN-mandaat) ‘head of impact investing’ was geworden, een ‘net zero’ investeringsportfolio beheerde (van 600 miljard USD).¹²⁹ Brookfield had nochtans belangrijke investeringen in de kolen-, olie- en gasindustrie, maar die werden volgens Carney gecompenseerd door Brookfields ‘enormous renewables business that we’ve built up and all of the avoided emissions that come with that’. De uitspraak werd universeel veroordeeld als ‘greenwashing’ omdat het niet acceptabel zou zijn om investeringen in ondernemingen die fossiele brandstoffen exploiteren en daardoor sterk tot CO₂-emissies bijdragen, te compenseren met ‘vermeden emissies’. Het incident toonde aan hoe ook mensen tot wier professionele kerntaken zulke zaken behoren, struikelen over de onduidelijke ‘climate accounting’ principes (voor zover er principes bestaan).

Iedereen beseft dat er noodzaak is aan meer internationale coördinatie rond verslaggevingsstandaarden en benchmarks, en de voorbije jaren zijn er dan ook pogingen ondernomen om een zekere mate van integratie te bewerkstelligen met als bedoeling dat het raamwerk enigszins overzichtelijk zou worden voor ondernemingen en investeerders. Ik zou de ontwikkelingen van de voorbije drie jaar als volgt willen samenvatten:

- a. Er is nog duidelijk onvoldoende vooruitgang geweest in het terugschroeven van de proliferatie van een enorme hoeveelheid aan verschillende benchmarks, labels, certificaten die door honderden private *providers* worden aangeboden en die ondernemingen en investeringsfondsen kunnen gebruiken om zichzelf als ‘duurzaam’ of ‘groen’ te mogen marketen. Niettemin is voor de EU de ‘Taxonomieverordening’ hier een stap vooruit, vooral nu de noodzakelijke uitvoeringsverordeningen daarbij stilaan aan de horizon verschijnen;
- b. Er is wel enige vorm van integratie tot stand gebracht tussen de belangrijkste ngo’s die zich met standard setting bezighouden, zowel organisatorisch als inzake de standaarden die zij voorstellen;
- c. Sinds Joe Biden president is, zijn ook de Verenigde Staten aan een inhaalbeweging bezig;¹³⁰
- d. Europa pakt voorlopig iedereen op snelheid en is zeker niet bereid te wachten op internationale organisaties of de VS vooraleer eigen bindende normering

129. C. Hodgson, ‘Carney’s stumble at Brookfield intensifies focus on “net zero” claims’ en ‘Controversy over so-called “avoided emissions” highlights creative carbon accounting’, FT 9 april 2021.

130. Zie voor een overzicht van de eerste SEC-initiatieven [sec.gov/sec-response-climate-and-esg-risks-and-opportunities](https://www.sec.gov/sec-response-climate-and-esg-risks-and-opportunities). Men kan daar onder meer lezen dat de SEC binnen haar Enforcement Division in maart 2021 een ESG Task Force heeft opgericht en dat de SEC tegen oktober 2021 met ‘proposed rules’ wil komen over: Climate Change Disclosure; Corporate Board Diversity; Human Capital Management Disclosure. Tegen april 2022 wil men een ‘proposed rule’ over ‘Investment Companies and Advisers ESG Matters’ klaar hebben. Voorzitter Gensler geeft de ene speech na de andere waarin hij benadrukt dat ESG disclosures een nieuw aandachtspunt voor de SEC zijn. We laten deze Amerikaanse ontwikkelingen hier verder onbesproken.

te ontwikkelen, omdat de EU haar eigen beleidsvoorkeuren als model aan de rest van de wereld wil presenteren; daardoor tekent zich bijvoorbeeld al een begin van divergentie af tussen de EU en een aantal Europese landen die geen lid van de EU zijn, met name het VK en Zwitserland.

a. De ngo's werken meer samen

In september 2020 kondigden vijf van de belangrijkste niet-gouvernementele organisaties die zich bezighouden met ESG-verslaggeving aan voortaan een 'gedeelde visie' op verslaggeving te willen ontwikkelen¹³¹ – wat zij ook prompt in de praktijk brachten door het uitbrengen van een sneuveltekst rond klimaatgerelateerde *disclosures*.¹³² Het ging om CDP,¹³³ CDSB,¹³⁴ GRI,¹³⁵ IIRC¹³⁶ en SASB.¹³⁷ Die laatste drie zijn wellicht de belangrijkste. Onder de genoemde vijf organisaties was GRI wellicht de oudste, in 1997 opgericht om private en dus niet-bindende standaarden te ontwikkelen over duurzaamheidsverslaggeving, ten behoeve van de talrijke ondernemingen die het rond die tijd nodig begonnen te vinden om in hun jaarverslag of gelijkaardige publieke documenten blijkt te geven van hun bewustwording inzake *corporate social responsibility*. De SASB onderscheidt zich van de meeste andere organisaties, zowel ngo's als overheden, doordat zij zich concentreert op het ontwikkelen van (inmiddels meer dan zestig) sectorspecifieke standaarden, bijvoorbeeld specifiek voor de bouwsector, textielindustrie, hotelindustrie, enzovoort. Op dat vlak is de SASB ongetwijfeld marktleider. Een van de belangrijke beleidsvragen voor de komende jaren is hoe regelgevers de verhouding tussen algemene en sectorgebonden openbaarmakingsverplichtingen of kwaliteitslabels zullen aanpakken. De vraag is of het, vanuit bezorgdheid om verstikkende 'red tape', redelijk is ondernemingen aan zowel algemene als sectorspecifieke normen te onderwerpen en indien men vindt van niet, welke soort normen dan de voorkeur geniet. Men kan het er wellicht over eens zijn dat moet vermeden worden dat één onderneming aan zowel algemene als sectorspecifieke regels onderworpen wordt wanneer die met elkaar in strijd zouden zijn. Minstens moet voor zulke gevallen een duidelijke voorrangregel ontwikkeld worden.

In november 2020 werd een integratie tussen IIRC en SASB tot stand gebracht onder de naam Value Reporting Foundation, die evenwel nog steeds de SASB onder zich

131. *Statement of Intent to Work Together Towards Comprehensive Corporate Reporting*, 29kjwb3armds2g3gi4lq2sx1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/Statement-of-Intent-to-Work-Together-Towards-Comprehensive-Corporate-Reporting.pdf.

132. *Reporting on enterprise value – Illustrated with a prototype climate-related financial disclosure standard*, 29kjwb3armds2g3gi4lq2sx1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/Reporting-on-enterprise-value_climate-prototype_Dec20.pdf.

133. Oorspronkelijk: Carbon Disclosure Project; maar tegenwoordig lijkt de organisatie zich anders te willen profileren – geen exclusieve focus op CO2 meer – zodat zij verkiest simpelweg als 'CDP' door het leven te gaan, zonder andere 'volledige' benaming.

134. Climate Disclosure Standards Board.

135. Global Reporting Initiative.

136. International Integrated Reporting Council.

137. Sustainability Accounting Standards Board.

heeft,¹³⁸ die belast is met het ontwikkelen van verslaggevingsstandaarden, terwijl de VRF de overkoepelende en toezichhoudende organisatiestructuur is.

b. EU versus TCFD en SSB?

Het is evenwel duidelijk dat de EU, terecht, deze privé-initiatieven te vrijblijvend vindt en wil proberen het regulerende laken naar zich toe trekken door te komen met een bindend geheel van normen dat als internationale blauwdruk kan dienen. Daarmee wil de EU niet alleen rechtszekerheid en afdwingbaarheid (die er bij de privé-initiatieven niet is) bereiken, maar ook voorkomen dat belangrijke beleidskeuzes buiten Europa gemaakt worden, dan vooral door de TCFD en de SSB. Binnen de EU vinden met name Franse beleidsmakers al lang dat de internationale accountingstandaardsetters zoals vooral de IASB te veel invloed hebben, en ‘men’ lijkt te willen vermijden dat met duurzaamheidsverslaggeving hetzelfde gebeurt als met traditionele boekhoudkundige regels is gebeurd toen Europa in wezen de door IASB ontwikkelde normen heeft overgenomen (terwijl de VS wel aanvaarden dat ondernemingen van buiten de VS die in de VS documenten moeten openbaar maken, die documenten volgens de IFRS-normen opmaken, maar voor Amerikaanse ondernemingen hun eigen regelgeheel blijven hanteren).

TCFD staat voor Task Force on Climate-related Financial Disclosures en is in 2016 opgericht door de Financial Stability Board, zelf een creatie van de G7 als reactie op de financiële crisis (van 2007-2008). Op zijn top in juni 2021 verklaarde de G7 dat zij verplichte rapportering door vennootschappen overeenkomstig het kader dat door de TCFD zou uitgewerkt worden, zou ondersteunen. Inmiddels hadden minstens drie landen, met name het VK, Zwitserland en Nieuw-Zeeland, verklaard dat zij de verslaggevingsregels van de TCFD vanaf 2022 verplicht zouden maken voor sommige vennootschappen.¹³⁹ De G7 gaf ook steun aan de oprichting door de IFRS Foundation, het orgaan boven de IASB, van een International Sustainability Standards Board (SSB). Niet geheel onbelangrijk is wellicht dat de ‘big 4’ auditkantoren, die zelf via het World Economic Forum (Davos) aan een duurzaamheidsverslaggevingsraamwerk waren beginnen werken, verklaarden die zelfstandige piste op te geven om hun medewerking te verlenen aan de SSB. Reeds voorafgaand aan de oprichting van de SSB had de IFRS Foundation in september 2020 een consultatiedocument over duurzaamheidsverslaggeving gepubliceerd.¹⁴⁰

De EU lijkt vooral twee inhoudelijke problemen met deze nochtans door de G7 gesteunde initiatieven te hebben: zij lijken zich naar de smaak van de EU te veel te focussen op klimaatgerelateerde verslaggeving waarbij sociale verslaggeving ietwat verwaarloosd dreigt te worden. En zij dreigen naar het gevoel van de EU ten

138. Vergelijk met de structuur inzake ‘traditionele’ accounting, waar de IFRS Foundation de IASB en nu ook de SSB als *standard setters* onder zich heeft.

139. Voor het VK zie bijv. gov.uk/government/consultations/mandatory-climate-related-financial-disclosures-by-publicly-quoted-companies-large-private-companies-and-llps waar men informatie vindt over het feit dat ‘TCFD-aligned disclosures’ sinds 1 januari 2021 reeds verplicht zijn voor ‘premium listed’ vennootschappen, en men overweegt TCFD-normen ook voor de andere genoteerde vennootschappen en een aantal grote niet-genoteerde vennootschappen verplicht te maken.

140. IFR Foundation, consultation document on sustainability reporting, september 2020, zie ifrs.org/content/dam/ifrs/project/sustainability-reporting/consultation-paper-on-sustainability-reporting.pdf.

onrechte niet te willen uitgaan van een hard ‘double materiality’-concept. ‘Double materiality’ impliceert dat ondernemingen in hun verslaggeving niet alleen zouden moeten rapporteren over risico’s die duurzaamheidsthema’s voor hun winstgevendheid creëren (‘instrumentele visie’ op duurzaamheidsverslaggeving: duurzaamheid is alleen belangrijk voor zover onvoldoende aandacht daarvoor negatieve financiële gevolgen voor de onderneming zelf dreigt te hebben), maar ook over de duurzaamheidsrisico’s die de ondernemingen voor de maatschappij en het milieu veroorzaken, ook al gaan die niet ten koste – bij bijvoorbeeld een oliemaatschappij misschien net in tegendeel – van de eigen winstgevendheid. De indruk bestaat dat in de VS minder appetijt bestaat dan in Europa om ondernemingen te verplichten of misschien zelfs maar toe te laten om over niet-financiële impact te rapporteren – de vrees bestaat dat daardoor de verslaggeving als geheel minder informatief zal worden voor investeerders, vooral voor die investeerders die toch vooral in traditionele financiële informatie geïnteresseerd zijn.

Hoe ondernemingen zich al zwemmend boven water kunnen houden in deze verraderlijke en veranderlijke wateren is voorwerp van een afzonderlijk preadvies. Hier willen we alleen nog kort de belangrijkste wetgevende initiatieven van de EU van de voorbije drie jaar vermelden.¹⁴¹

2. De bindende EU-regels (in wording)

a. Van NFRD naar CSRD onder leiding van EFRAG

De basis voor bindende regels over ESG-verslaggeving in de EU die zich niet alleen richten tot actoren op de financiële markten, is de NFRD,¹⁴² de Richtlijn niet-financiële informatie,¹⁴³ die technisch gezien nog een amendering van de Jaarrekeningenrichtlijn¹⁴⁴ vormde. Het kernstuk van de NFRD is de verplichting voor grote ondernemingen met minstens vijfhonderd werknemers die ‘organisaties van openbaar belang’ (OOB’s) zijn – in essentie gaat het om beursgenoteerde ondernemingen, banken, verzekeringsmaatschappijen – om in hun bestuursverslag voortaan (met ingang van de verslaggeving die op het boekjaar 2017 betrekking heeft) ook een niet-financiële verklaring op te nemen. Die niet-financiële verklaring moet minstens betrekking hebben op ‘milieu-, sociale en personeelsaangelegenheden, eerbiediging van mensenrechten en de bestrijding van corruptie en omko-

141. Voor allerlei actoren op de financiële markten zijn nog een hele reeks andere teksten aangenomen of in voorbereiding, in het kader van het op 21 april 2021 door de EU Commissie goedgekeurde ‘sustainable finance package’, voor een overzicht zie ec.europa.eu/info/publications/210421-sustainable-finance-communication_en.

142. Dit is het internationaal gebruikelijke Engelse acroniem voor de richtlijn en staat voor Non-Financial Reporting Directive.

143. Richtlijn 2014/95/EU 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 (*PbEU* 2014, L 330/1).

144. Richtlijn 2013/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (*PbEU* 2013, L 182/19).

ping'.¹⁴⁵ Daarnaast moeten grote genoteerde ondernemingen ook een beschrijving geven van hun diversiteitsbeleid in verband met hun 'bestuurs-leidinggevende en toezichtsorganen'.¹⁴⁶

Om ondernemingen te helpen bij het opmaken van de niet-financiële informatie – en met als expliciet doel de vergelijkbaarheid van de verslaggeving door ondernemingen te verhogen – heeft de Commissie twee niet-bindende richtsnoeren uitgevaardigd,¹⁴⁷ één richtsnoer uit 2017 over milieu- en sociale informatie, dat in 2019 werd aangevuld door een tweede richtsnoer dat specifiek gericht was op verslaggeving over klimaatgerelateerde informatie.

In april 2021 werd een nieuwe fase ingeluid toen de Europese Commissie haar ontwerp van CSRD – Corporate Sustainability Reporting Directive¹⁴⁸ – bekendmaakte, een richtlijn waaraan de Commissie eind 2019 was begonnen werken. Typend is dat dit ontwerp niet bedoeld is om de NFRD te amenderen, maar om als zelfstandige richtlijn naast de accountingrichtlijn te staan. Het belang dat de Commissie hecht aan niet-financiële informatie wordt op die manier benadrukt. Het valt af te wachten of de richtlijn er komt (dat is evenwel hoogst waarschijnlijk) en met welke inhoud. De Commissie wil in elk geval het volgende bereiken. Vooreerst een uitbreiding van het toepassingsgebied van de verslaggevingsplichten tot alle grote ondernemingen, ook de niet-genoteerde en ongeacht of zij OOB zijn (waardoor niet slechts ongeveer 12.000 ondernemingen zoals onder de NFRD gevat zouden worden, maar ongeveer 47.000 in de EU gevestigde ondernemingen). Verplichte externe audit (op het niveau van 'assurance') van de duurzaamheidsverslaggeving. En niet in het minst verslaggeving die verplicht gebeurt volgens de bindende 'EU sustainability reporting standards' die ontwikkeld zouden worden door EFRAG, de European Financial Reporting Advisory Group en dan door de Commissie in een 'gedelegeerde richtlijn' gegoten zouden worden. EFRAG¹⁴⁹ is een private organisatie die in 2001 werd opgericht 'onder aanmoediging van de Europese Commissie' en die ook gedeeltelijk door de EU gefinancierd wordt.¹⁵⁰ Tot nog toe had EFRAG alleen een adviserende rol tegenover de Commissie. De organisatie leek door de Commissie vooral gebruikt te worden als handige koepel van een aantal Europees of nationaal georganiseerde *stakeholders* met expertise op het gebied van financiële verslaggeving (in het bijzonder IFRS).¹⁵¹ In die louter adviserende of gesprekspartnerrol lijkt de Commissie nu verandering te willen brengen, met de *upgrade* van

145. Zie voor dit alles art. 19bis Richtlijn 2013/34/EU.

146. Art. 20 lid 1 onder g Richtlijn 2013/34/EU.

147. Men vindt ze op ec.europa.eu/info/publications/non-financial-reporting-guidelines_en.

148. Mededeling van de Commissie, 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 2014/537/EU betreffende duurzaamheidsrapportage door ondernemingen, Brussel, 21 april 2021, COM(2021)189.

149. Voor heel wat informatie over de leden en governance van EFRAG zie efrag.org/About/Facts.

150. Daarnaast zijn de voornaamste Europese financiële toezichthouders (ECB, ESMA, EBA, EIOPA) en de Commissie 'observers' in de board van EFRAG.

151. Verschillende bankfederaties zijn lid, maar ook verschillende nationale accountingorganisaties, zoals voor Nederland de Raad voor de Jaarverslaggeving (Dutch accounting standards board). Maar bijv. ook Business Europe, een lobby die bij mij niet bekend staat omwille van bijzondere expertise inzake IFRS, wat volgens de EFRAG-website nochtans het kenmerk is dat al haar leden gemeenschappelijk hebben.

EFRAG, minstens de facto, tot *standard setter*. Ik ben ervan overtuigd dat een onderzoek naar het huidige en toekomstige statuut van EFRAG een dikke publiekrechtelijke of politicologische masterthesis kan vullen. In elk geval is EFRAG al bezig met het ontwikkelen van zulke duurzaamheidsverslaggevingsstandaarden,¹⁵² en het parallel uitwerken van voorstellen om zijn eigen governance aan te passen aan zijn nieuwe rol. Om de wenselijke internationale convergentie bij het ontwikkelen van standaarden te bevorderen, heeft EFRAG een samenwerkingsovereenkomst gesloten (juli 2021) met het reeds vermelde GRI (Global Reporting Initiative), eveneens een privé-organisatie die blijkbaar de marktlieder was (tot de opkomst van EFRAG) inzake sectoroverstijgende vrijblijvende standaarden inzake duurzaamheidsverslaggeving.¹⁵³

b. SFDR en taxonomie

Wat de NFRD en de toekomstige CSRD voor duurzaamheidsverslaggeving in het algemeen is, is de SFDR¹⁵⁴ – door cognoscenti van binnen de sustainable finance-sector vaak kortweg aangeduid als de ‘Disclosures Regulation’ – voor financiële-marktdeelnemers en financiële adviseurs.¹⁵⁵ Heel kort samengevat wil deze verordening de geviseerde actoren dwingen tot bekendmaking van hoe zij omgaan met duurzaamheidsrisico’s in hun zakelijke beslissingen en in hun beleid en in welke mate zij duurzame beleggingsdoelstellingen nastreven. Daarnaast wil de verordening verzekeren dat wie ‘groene’ of milieugerelateerde’ financiële producten aanbiedt/als dusdanig promoot, daarover de nodige en correcte precontractuele informatie aan de kopers van die producten aanbiedt, en updates verstrekt via periodieke verslaggeving. Zoals Baks, Hijink en Rietveld terecht opmerken, vallen de beursgenoteerde ondernemingen waarin geïnvesteerd wordt als dusdanig buiten het toepassingsgebied van de SFDR, maar heeft de verordening ook voor hen gevolgen, aangezien de investeerders en adviseurs die gevat worden door de SFDR zullen moeten vertrouwen op informatie die ze verkrijgen van de genoteerde ondernemingen om te bepalen of een investering in zulke vennootschap als ‘groen’ mag beschouwd worden voor hun eigen verslaggevingsdoeleinden.¹⁵⁶ Daarbij zal de niet-financiële verklaring die grote OOB’s opnemen in hun bestuursverslag overeenkomstig de NFRD natuurlijk al heel wat informatie bieden, maar indien zij hun SFDR-verplichtingen ernstig nemen, zouden investeerders en adviseurs wellicht ook vaak contact moeten opnemen met althans sommige ondernemingen om verdere eventueel verfijndere informatie te krijgen.

152. Zie efrag.org/Lab2 voor zeven rapporten die EFRAG daarover reeds heeft opgesteld (juli 2021).

153. Men kan de werkzaamheden van EFRAG inzake sustainability reporting standards proberen volgen via ec.europa.eu/info/publications/210308-efrag-reports_en evenals efrag.org/Activities/2105191406363055/Sustainability-reporting-standards-interim-draft.

154. Sustainable Finance Disclosure Regulation: Verordening (EU) 2019/2088 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 betreffende informatieverschaffing over duurzaamheid in de financiële dienstensector (*PbEU* 2019, L 317/1) (in werking getreden in maart 2021).

155. Zoals deze begrippen gedefinieerd worden in art. 2 lid 1 en 11 SFDR.

156. L.J.M. Baks, J.B.S. Hijink & S. Rietveld, ‘Duurzaamheidsverslaggeving in een hogere versnelling. Laveren tussen wereldwijde convergentie en “Europe first”’, *Ondernemingsrecht* 2021, afl. 5, p. 34 e.v., nr. 4.2.

Een laatste belangrijke bouwsteen is de Taxonomieverordening.¹⁵⁷ Deze is enerzijds van toepassing op financiëlemarktdeelnemers die financiële producten aanbieden, maar ook, en niet onbelangrijk, op alle financiële en niet-financiële ondernemingen die door de NFRD gevat worden. De voornaamste doelstelling van de verordening is greenwashing te bestrijden,¹⁵⁸ dus te verhinderen dat ondernemingen zichzelf of financiële producten als ‘groen’ of ‘duurzaam’ in de markt zetten, terwijl betwifelbaar is dat hetzij de onderneming als dusdanig, hetzij een bepaald product daadwerkelijk duurzaam is. De Taxonomieverordening legt vier voorwaarden op waaraan economische activiteiten moeten voldoen om als ‘duurzaam’ te mogen worden aangemerkt. De activiteiten moeten bijdragen aan minstens een van de zes milieudoelstellingen die de verordening – in nogal algemene bewoordingen – als wenselijk naar voren schuift en, omgekeerd, werpt geen ernstige hinderpalen op voor het bereiken van andere milieudoelstellingen. Bovendien moet de activiteit zo verricht worden dat bepaalde minimumgaranties inzake sociale rechten gerespecteerd worden. Tot slot – en dat lijkt in de praktijk wel de crux te zullen worden – moet de activiteit voldoen aan de technische screeningcriteria die de Commissie zal ontwikkelen en in gedelegeerde verordeningen vastleggen. Aan de hand van die ‘screeningcriteria’ zal moeten nagegaan worden of economische activiteit daadwerkelijk verzoenbaar is met een van de zes milieudoelstellingen die de Taxonomieverordening vastgelegd heeft. Er is al één zulke ‘delegated act’ uitgevaardigd,¹⁵⁹ inzake de eerste twee ‘geoorloofde’ milieudoelstellingen, ‘climate change mitigation and adaptation’, een tweede, in verband met milieudoelstellingen (die dus onderscheiden worden van klimaatdoelstellingen) wordt voor 2022 beloofd. Een andere soort ‘delegated act’ werd op 6 juli 2021 door de Commissie vastgelegd,¹⁶⁰ maar moet blijkens de website (stand juli 2021) nog aan ‘co-legislators’ voor screening voorgelegd worden.¹⁶¹ Deze laatste gedelegeerde verordening is genomen in uitvoering van artikel 8 van de Taxonomieverordening. Op grond van artikel 8 moeten zowel financiële als niet-financiële ondernemingen in hun niet-financiële verklaring die ze op basis van de NFRD moeten opstellen, informatie verstrekken over het aandeel dat ecologisch duurzame activiteiten hebben in het totaal van hun economische activiteiten (met name aandeel in de omzet en aandeel in de totale kapitaal- en operationele uitgaven die daarmee verband houden). De gedelegeerde verordening zal aangeven welke informatie precies, en in welke vorm, openbaar gemaakt moet worden, en dit vooral aan de hand van een lijst van ‘Key Performance Indicators’ (KPI’s).

157. 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 (*PbEU* 2020, L 198/13).

158. Art. 1 lid 1 Taxonomieverordening: ‘In deze verordening worden de criteria vastgesteld om uit te maken of een economische activiteit als ecologisch duurzaam kan worden aangemerkt, met het oog op het bepalen van de mate waarin een belegging ecologisch duurzaam is.’

159. Zie document COM(2021)2800 d.d. 4 juni 2021, beschikbaar op [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=PI_COM:C\(2021\)2800](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=PI_COM:C(2021)2800).

160. Voor de tekst zie ec.europa.eu/finance/docs/level-2-measures/taxonomy-regulation-delegated-act-2021-4987_en.pdf.

161. In maart 2021 had ESMA al een advies uitgebracht dat duidelijk een grote invloed heeft gehad op de inhoud van de gedelegeerde verordening.

VII. Due diligence van de waardeketen

1. ESG/human rights due diligence: van soft law naar dwingende wetgeving

a. Wat is due diligence in deze context?

Zoals gezegd willen de UN Guiding Principles on Human Rights and Business en ook de OESO staten ertoe bewegen ervoor te zorgen dat grote, vooral multinationale ondernemingen een ESG due diligence doorvoeren. Die komt er kort gezegd op neer dat een vennootschap de risico's voor mensenrechten, milieu en klimaat, arbeidsomstandigheden die haar activiteiten creëren, voor zichzelf in kaart moet brengen en een beleid moet ontwikkelen om die risico's te beheersen. Het gaat om risico's en negatieve impact die de vennootschap zelf creëert, maar ook via haar dochtervennootschappen en via haar zakelijke relaties met leveranciers, kortom haar ganse waardeketen, waar ook ter wereld. Soms (zoals volgens het ontwerp van richtlijn dat het Europees Parlement in maart 2021 de wereld ingestuurde¹⁶²) moet de vennootschap ook rekening houden met de negatieve impact die door haar klanten gecreëerd wordt, dat wil zeggen met de impact die haar producten en diensten hebben.

De onderneming wordt aangemoedigd om bij de ontwikkeling van haar due diligence-beleid open te staan voor overleg met een ruime groep stakeholders, en ook een 'grievance mechanism' te ontwikkelen via hetwelk die stakeholders kunnen klagen over de implementatie of evolutie van het due diligence-beleid. Het geheel wordt afgesloten door een ruime waaier aan mogelijkheden om naleving van de regels af te dwingen, vaak een combinatie van de mogelijkheid voor een nationale overheidsinstantie om boetes op te leggen en onderzoeken in te stellen, en een mediatieprocedure waarin stakeholders betrokken worden, beide onverminderd de mogelijkheid om civiele schadeclaims in te dienen. Staten worden ertoe aangespoord schadeclaims ook voor stakeholders mogelijk te maken – die op die manier minstens gedeeltelijk de mogelijkheid krijgen het algemeen belang mee af te dwingen – en erover te waken dat bepalingen inzake internationale jurisdictie en toepasselijk recht niet te hinderlijk zijn om toe te laten dat een vennootschap met hoofdzetel in Europa die buiten Europa actief is, in Europa volgens Europese en internationale normen aansprakelijk gesteld wordt voor wat zij buiten Europa 'mispeuterd' heeft.

De eindbedoeling van de regelgeving over due diligence-regelgeving is drieledig: ondernemingen dwingen verantwoordelijkheid te nemen voor de negatieve externaliteiten die zij veroorzaken; verhinderen dat regels over mensenrechten, milieubescherming en dergelijke meer omzeild worden door het juridisch opsplitsen van activiteiten over aparte rechtspersonen, uitbesteding aan slechts schijnzelfstandige 'satellieten' of geografische opsplitsing van activiteiten (internationale regulatory

162. Resolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2021 met aanbevelingen aan de Commissie inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven en verantwoordingsplicht van ondernemingen, te raadplegen op europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_NL.html. Vgl. ook voor een overzicht in de Nederlandse context H.J. de Kluiver, t.a.p. (noot 111), p. 1245 e.v. en de mooie gedetailleerde beschouwing van Scheltema in dit boek.

arbitrage). Maar een bedoeling is duidelijk ook om ervoor te zorgen dat Europese vennootschappen buiten Europa volgens Europese standaarden opereren, nu men er niet in slaagt om bijvoorbeeld Aziatische of Afrikaanse staten ertoe te bewegen even strenge ESG-regels als in Europa op te leggen, laat staan zulke regels te handhaven.

b. Zorgplichten waarvan de omvang niet op voorhand kenbaar is

Een van de problemen die ik heb met de due diligence-aanpak zoals die tot uiting komt in de ontwerprichtlijn van de Europese Unie is dat men niet alleen omzeiling van bestaande regels wil bestrijden – dat is uiteraard positief – en naleving van Europese regels door Europese bedrijven bij hun activiteiten buiten Europa nastreeft – ook dat lijkt me goed al is het wegens de extraterritoriale impact beleidsmatig niet vanzelfsprekend. Problematisch lijkt mij daarentegen het vage maar ook open, evolutieve karakter van de standaarden die gebruikt worden om de concretisering van de zorgplicht door te voeren. Men wil ondernemingen laten beoordelen en sanctioneren, niet alleen op basis van precieze bindende regels, maar ook op basis van zeer open geformuleerde, onprecieze standaarden, waarvan de inhoud bovendien evolueert onder invloed van stakeholders die via consultatie, klachtenmechanismen en ruime burgerlijke vorderingsmogelijkheden desnoods via de rechtbank retroactief kunnen laten bepalen wat de standaard was waaraan de onderneming zich had moeten houden. Ik denk dat ons rechtssysteem op die manier dreigt te evolueren naar een onrechtmatigedaadsrecht met twee snelheden: één voor ‘gewone’ onrechtmatige daden en één voor schendingen van ESG-standaarden. Dit is stof voor een zelfstandig artikel, maar ik wil er toch enkele zinnen over kwijt. Ik vertrek van de (wellicht niet onomstreden, maar voor mij nogal vaststaande) stelling dat het traditionele onrechtmatigedaadsrecht geen zorgvuldigheidsplicht kent, maar alleen een schadevergoedingsplicht.¹⁶³ U en ik, als jurist, nemen voortdurend het woord ‘zorgvuldigheidsplicht’ in de mond, maar bij nader inzien bestond er minstens tot voor kort geen zelfstandige plicht tot zorgvuldig gedrag (buiten de plicht de wet na te leven en zich te onthouden van schending van andermans rechten), alleen maar een plicht schade te vergoeden die door onzorgvuldig gedrag veroorzaakt was. Beeldt u een land in waar er geen wetgeving bestaat over snelheid op de autosnelweg. Sommige autobestuurders zijn ‘razers’ die ook wanneer het druk, donker en nat is aan 180 km/uur over de weg scheuren; een kleinere groep bestuurders beweegt zich aan een slakkengangetje van 50 km/uur voort. Beide groepen gedragen zich onzorgvuldig. Men kan hun ethische verwijten maken, desnoods naar het hoofd slingeren dat ze ‘asociaal’ zijn. Maar naar mijn oordeel kan een rechter hen niet op basis van de vaststelling dat hun gedrag onzorgvuldig is, preventief veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding, noch een injunctie opleggen om sneller of trager te rijden, laat staan hun de toegang tot de snelweg

163. Ik bedank mijn collega Marc Kruithof, hoogleraar onrechtmatige daad te Gent, voor een boeiende gedachtewisseling hierover en het thema dat in deze alinea aan bod komt. Zie over de problematiek (o.a. de vraag of er een afdwingbare plicht tot zorgvuldig gedrag uit het algemene delictsrecht kan afgeleid worden) ook M. Kruithof, ‘Privaatrechtelijke facetten van algemeenbelangacties bij de Belgische justitiële rechter’, in: Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, *Preadviezen 2020-2021*, Boom Juridisch (NL) & Boom Juridisch Antwerpen (BjA) 2021, zie vooral randnrs. 121-135.

of een auto ontzeggen. De rechter kan pas ingrijpen op basis van onrechtmatige daad wanneer er door de onzorgvuldigheid schade veroorzaakt is – de razer heeft een ongeval veroorzaakt – die in causaal verband met de onzorgvuldigheid staat. Ook al heeft ons onrechtmatigedaadssysteem misschien mede de beleidsmatige bedoeling afschrikwekkend en in die zin preventief te werken, positiefrechtelijk laat het niet toe sanctionerend op te treden tegen iemand die geen schade heeft veroorzaakt. Er is immers geen zorgvuldigheidsplicht die als dusdanig via het onrechtmatigedaadsrecht kan afgedwongen worden. Welnu, ik denk dat een evolutie bezig is waarbij men dergelijke zelfstandige en als dusdanig, buiten gevallen van aantoonbare en causale schade om, sanctioneerbare zorgvuldigheidsplicht aan het creëren is wanneer de verweten onzorgvuldigheid geen ‘gewone’ onzorgvuldigheid is, maar de schending van open standaarden inzake milieu, mensenrechten, arbeidsomstandigheden, kortom ESG-issues.

Dit dreigt tot een verregaande moralisering van het ondernemingsgebeuren te leiden, terwijl ik zou verkiezen dat met open vizier in de politieke arena gestreden zou worden voor het opleggen of net niet van strengere maar rechtszekere, duidelijk omschreven, helder interpreteerbare en toepasbare ESG-spelregels.

Is dat dan niet wat gebeurt wanneer ESG-activisten het Europees Parlement op hun hand krijgen om due diligence-verplichtingen in de wet te laten inschrijven – zodat er, metaforisch, wettelijke snelheidsbeperkingen worden gecreëerd? Volgens mij niet, precies omdat de standaarden waaraan ondernemingen zich volgens die due diligence-wetgeving moeten houden, erg onduidelijk zijn, op twee niveaus: enerzijds is in de soft law-instrumenten waar in de Europese ontwerprijtlijn naar verwezen wordt sprake van eisen als ‘fair remuneration’ voor werknemers; maar hoe kan men bepalen wat billijke verloning is? Vast niet door Aquinas of andere theologen over een *justum pretium* te raadplegen. Dit moet, opnieuw volgens de ontwerprijtlijn van het Europees Parlement, mede bepaald worden met input van stakeholders, wat in de praktijk betekent van ESG-activisten, wat dan in veel gevallen zal betekenen, bij wijze van voorbeeld, niet de concrete slachtoffers van een milieuramp, maar ngo’s die zich voor een beter milieu inzetten. De standaarden zijn dus niet alleen op voorhand vaag, maar bovendien evolutief, minder verullend uitgedrukt, we hebben te maken met een systeem van *moving goalposts*, waarbij de wetgeving expliciet aan mensen van buiten de onderneming die ook geen direct slachtoffer van ondernemingspraktijken zijn, noch er zoals werknemers, schuldeisers en aandeelhouders belangrijke investeringen in gedaan hebben, de bevoegdheid geeft om mee te bepalen wat de norm is, waar de doelpalen zich zullen bevinden.

c. Frankrijk en het Europees Parlement tonen de (dwaal)weg, de Britten maken symbolwetgeving, maar er is Duitse Vorsprung durch Technik

Tot enkele jaren geleden was de leveranciersketen due diligence grotendeels een kwestie van soft law, hoewel er wel al enkele sectorale dwingende regels bestonden

– op Europees niveau denke men aan de regeling over *conflict minerals*¹⁶⁴ en over hout (Timber regulation).¹⁶⁵

De evolutie gaat sinds 2017 in die richting dat meer en meer grote Europese vennootschappen onderworpen worden aan de verplichting om ESG due diligence door te voeren, en gesanctioneerd kunnen worden wanneer zij dit niet naar behoren doen. De twee belangrijkste nationale wetten van sectoroverstijgende aard zijn van Franse (2017) en Duitse (2021) makelij; bovendien is de kans groot dat ook de Europese Unie eind 2021 of in de loop van 2022 met een wettekst komt.

Onder de nationale wetgevende initiatieven is de Franse wet op ‘le devoir de vigilance’ uit 2017 ongetwijfeld de meest paradigmatische.¹⁶⁶ Deze wet heeft een voorbeeldfunctie en heeft met name ook de Europese Commissie beïnvloed. Wanneer een ‘grote lidstaat’ zoals Frankrijk een bepaalde vernieuwende regeling eerst in nationaal recht heeft ingevoerd, wordt het waarschijnlijker dat een gelijkaardige maatregel op Europees niveau aanvaard zal worden, omdat vertegenwoordigers van die lidstaat binnen de EU-instellingen daarvoor zullen ijveren en natuurlijk ook gewoon omdat, als bijvoorbeeld de Commissie met een voorstel op de proppen komt, de grote lidstaten meer gewicht in de schaal leggen bij de beraadslagingen over dat voorstel. Om die redenen is het ook significant dat Duitsland in juni 2021 een *Lieferkettengesetz* heeft aangenomen,¹⁶⁷ waarbij een Duitse overheidsinstantie de bevoegdheid heeft gekregen om boetes uit te delen aan Duitse vennootschappen die onvoldoende maatregelen nemen om ESG-wanpraktijken in hun waardeketen aan te pakken. De webpagina’s van het Duitse ministerie van Justitie waarop de nieuwe wet werd voorgesteld, vermelden dat Duitsland er zich voor zal inzetten dat een gelijkaardige regeling op Europees niveau ingevoerd wordt, mede om een concurrentieel nadeel voor Duitse groepen te vermijden.

Naast de Frans en Duitse algemene due diligence-wetgeving zijn er ook nationale sectorale wetten, die evenwel minder verregaande verplichtingen opleggen. De Nederlandse Wet zorgplicht kinderarbeid (2019)¹⁶⁸ wordt ook internationaal vaak als voorbeeld genoemd en ook de UK Modern Slavery Act moet hier vermeld worden.

164. Verordening (EU) nr. 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 wolfram, de overeenkomstige ertsen, en goud uit conflict- en hoog risicogebieden (*PbEU* 2017, L 130/1).

165. Verordening (EU) nr. 995/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 20 oktober 2010 tot vaststelling van de verplichtingen van marktdeelnemers die hout en houtproducten op de markt brengen (*PbEU* 2010, L 295/23).

166. Art. L225-102-4 Code de commerce, ingevoegd door loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre.

167. Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten, *Bundesgesetzblatt* Jahrgang 2021 Teil I Nr. 46, 22 juli 2021, 2959.

168. 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) (*Stb.* 2019, 401). Voor een bespreking, zie o.a. H. Koster, ‘De Wet zorgplicht kinderarbeid nader belicht’, *O&F* 2020, afl. 1, p. 59-66.

De Modern Slavery Act¹⁶⁹ legt geen bijzonder zware verplichtingen aan ondernemingen op. Het toepassingsgebied is ruim: alle ondernemingen met een jaaronzet van meer dan 36 miljoen GBP. Maar voor de naleving volstaat het een ‘modern slavery statement’ te publiceren op de website. De Britse overheid kan boetes opleggen voor het niet naleven van die verplichting, maar de Act bevat geen bijzondere boete- of aansprakelijkheidsregels voor het beroep doen op leveranciers die zich bezondigen aan moderne slavernij (of voor moderne slavernij binnen de groep zelf). Uiteraard bestaan er daarvoor wel algemene sociaalrechtelijke instrumenten, maar de Modern Slavery Act voegt dus weinig toe aan dit arsenaal. De Act legt de verplichting op te verklaren dat de vennootschap een due diligence heeft gedaan bij leveranciers, maar bevat geen details die kwaliteitseisen aan zulke due diligence opleggen, noch details over verslaggeving die verder gaat dan de verklaring dat zulk onderzoek heeft plaatsgevonden.¹⁷⁰ Ik denk dat men mag stellen dat de Act juridisch niet veel voorstelt. Wel lijkt het erop dat hij ertoe heeft bijgedragen dat zowel ondernemingen als investeerders en de media zich meer bewust zijn geworden van het probleem,¹⁷¹ en dat daardoor de kans op reputatieschade die ondernemingen zullen willen vermijden, is toegenomen.

169. Modern Slavery Act 2015 (c.30); zie voor een bespreking o.a. A. Okoye, ‘Corporate enterprise principles and UK regulation of modern slavery in supply chains’, *International Company and Commercial Law Review* 2017, p. 196-205; A. Weatherburn, ‘Using an integrated human rights-based approach to address modern slavery: the UK experience’, *European Human Rights Law Review* 2016, p. 184-194.
170. Voor een voorbeeld van een ‘modern slavery statement’ zoals VK-vennootschappen dat elk jaar moeten publiceren, zie [ihgplc.com/-/media/ihg/files/responsible-business/2020-reporting/ihg-modern-slavery-statement-2020_final.pdf?la=en&hash=94B47E914B0EBE66501DB6BCA97ACF9](https://www.ihgplc.com/-/media/ihg/files/responsible-business/2020-reporting/ihg-modern-slavery-statement-2020_final.pdf?la=en&hash=94B47E914B0EBE66501DB6BCA97ACF9). Dit specifieke verslag is interessant omdat de IHG-groep erin meldt slavernijachtige praktijken te hebben vastgesteld bij onderaannemers waarop het beroep deed in Oman. In zijn uitgebreidheid is dit verslag wellicht niet representatief, gezien het veel gehoorde commentaar dat de meeste verslagen onder de MSA zeer oppervlakkig zijn.
171. Zie ‘Investors urge UK building sector to check for modern slavery in supply chain’, *FT* 12 april 2021 waarin gerapporteerd wordt over de ‘Find It, Fix It, Prevent It’-campagne tegen moderne slavernij die gevoerd wordt door een coalitie van 56 grote vermogensbeheerders (die samen ongeveer 7000 miljard activa beheren) en van start was gegaan eind 2019. In 2020 had de campagne zich gefocust op de ‘hospitality industry’, in 2021 wilde men de focus op de bouwsector leggen. Het artikel verwijst naar een rapport van de ILO waarin gesteld wordt dat wereldwijd ongeveer 25 miljoen mensen zich in ‘modern slavery’ zouden bevinden. In 2017 rapporteerde de ILO nog ongeveer 40 miljoen gevallen van moderne slavernij (en 120 miljoen kinderen die voor kinderarbeid ingezet werden) maar dit omvatte ook slavernij buiten de arbeidsfeer, zie ILO, *Global Estimates of Modern Slavery – forced labour and forced marriage*, september 2017, beschikbaar op alliance87.org/global_estimates_of_modern_slavery-forced_labour_and_forced_marriage.pdf. Een andere coalitie van 22 investeerders onder aanvoering van Rathbones, een Britse vermogensbeheerder, had in 2020 22 Britse vennootschappen opgespoord die volgens hen verplicht waren een modern slavery statement te publiceren, maar dit niet gedaan hadden; nadat die vennootschappen aangeschreven waren, hadden alle op twee na alsnog een rapport openbaar gemaakt. Maar in 2021 had Rathbones 62 Britse vennootschappen gevonden die ten onrechte geen statement openbaar hadden gemaakt (zie *FT Moral Money* newsletter, 31 maart 2021). Een evaluatie van de Modern Slavery Act in opdracht van de Britse overheid uit 2019 bracht aan het licht dat 40% van de vennootschappen die onder de Act vielen, niet voldeed aan de verplichting om op hun website een modern slavery statement bekend te maken, zie [gov.uk/government/publications/independent-review-of-the-modern-slavery-act-final-report](https://www.gov.uk/government/publications/independent-review-of-the-modern-slavery-act-final-report). Een concreet schandaal dat veel bedrijven en investeerders in het VK wakker geschud blijkt te hebben – en meer bepaald vrees voor reputatieschade bezorgd heeft – betrof de online-verkoper van goedkope kleding Boohoo plc. Verschillende journalistieke onderzoeken brachten aan het licht dat meerdere leveranciers van Boohoo zich bezondigden aan onmenselijke en soms manifest onwettige werkomstandigheden (ook in het Verenigd Koninkrijk), waarna Boohoo de samenwerking met verschillende van die leveranciers stopzette (zie bijv. P. Nilsson, ‘Boohoo ditches another Leicester supplier “in light of” BBC probe’, *FT* 13 oktober 2020).

2. De Franse wet op de *devoir de vigilance*

De Franse wet op de *devoir de vigilance*¹⁷² is van een ander kaliber (maar wetstechnisch niet vrij van constructiefouten). Elke Franse moedervereniging die bij zichzelf en haar directe en indirecte dochterverenigingen minstens vijfduizend werknemers tewerkstelt op Frans grondgebied, of minstens tienduizend wereldwijd moet een 'plan de vigilance', wat neerkomt op een risicomanagementplan, opstellen, bekendmaken en implementeren.

Het plan moet de 'mesures de vigilance raisonnable' bevatten die geschikt zijn om de risico's te identificeren én voorkomen die voortvloeien uit de activiteiten van de vereniging, op gebied van mensenrechten, gezondheid, veiligheid en milieu. Niet alleen de risico's die verband houden met de activiteiten van de moedervereniging als dusdanig moeten in kaart gebracht worden, ook de risico's die voortvloeien uit de activiteiten van door haar rechtstreekse of onrechtstreekse gecontroleerde verenigingen, en van haar leveranciers en onderaannemers, voor zover ze met die leveranciers of onderaannemers een 'relation commerciale établie' heeft en de risicocreërende activiteiten verband houden met die commerciële relatie.

Het moge duidelijk zijn dat om die risico's te kennen, de moedervereniging een vorm van due diligence zal moeten ontwikkelen, groepswijd maar ook bij haar onderaannemers en leveranciers.

Het plan wordt best uitgewerkt ('a vocation à être établi') met behulp van relevante stakeholders ('parties prenantes' in het Frans).

Het plan moet de volgende vijf maatregelen bevatten: het in kaart brengen van de risico's ('une cartographie') met het oog op hun identificatie, analyse en rangschikking; in het licht van die 'mapping', procedures voor een regelmatige evaluatie van de toestand van de relevante dochters, onderaannemers en leveranciers; geschikte maatregelen om de risico's en zware inbreuken (op mensenrechten, regels inzake milieu, veiligheid, gezondheid) te verminderen; een waarschuwingsmechanisme (wellicht inclusief een whistleblower-procedure) via hetwelke het bestaan of het zich voordoen van risico's kan gesignaleerd worden en dat wordt uitgewerkt in overleg met de vakbondsorganisaties die representatief zijn voor de betrokken vereniging; een opvolgingsmechanisme met betrekking tot de genomen maatregelen en de evaluatie van hun efficiëntie.

Een vereniging die in gebreke is om de verplichtingen tot het opstellen en bekendmaken van een geschikt plan na te leven, kan in gebreke gesteld worden

— de wet verduidelijkt niet door wie. Zij moet zich dan binnen de drie maanden

172. Loi n° 2017-399 van 27 maart 2017 'relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre'. De wet bestaat vooral uit wijzigingen aan de Code de Commerce (nieuwe art. L.225.102-4 en -5) en is daarin dus geïncorporeerd. Zie voor een commentaar o.a. A. Couret, 'Les obligations des sociétés mères à l'épreuve de vents contraires', *Bulletin Joly Sociétés* 2017, nr. 11, p. 702-707; P. Lequet, 'Loi "devoir de vigilance": de l'intérêt des normes de management des risques', *Revue juridique de l'environnement* (42) 2017/4, p. 705-725; C. Malecki, 'Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre: était-ce bien raisonnable?', *Bulletin Joly Sociétés* 2017, nr. 5, p. 298-302; T. Sachs & J. Tricot, 'La loi sur le devoir de vigilance: un modèle pour (re)penser la responsabilité des entreprises', *Droit et société* 2020/3, nr. 106, p. 683-698.

te rekenen vanaf de aanmaning in orde stellen. Gebeurt dat niet, dan kan elke belanghebbende – een begrip dat in de wet niet verder omschreven wordt, en dus slaat op elke belanghebbende in de zin van het Franse civiel procesrecht – de rechtbank vatten om een bevel te laten opleggen aan de vennootschap om de verplichtingen van de wet te respecteren, eventueel onder verbeurte van een dwangsom. De vordering mag eventueel in kort geding gebracht worden.

In het oorspronkelijke wetsontwerp was bepaald dat de vennootschap strafrechtelijk kon veroordeeld worden wanneer zij zich na aanmaning niet aan de regels hield, maar de ‘Conseil Constitutionnel’, die wetsontwerpen vooraf op hun grondwettelijkheid nakijkt, was van oordeel dat de verplichtingen inzake het plan de vigilance zoals omschreven in de wet te vaag waren opdat strafbaarstelling verenigbaar had kunnen zijn met het legaliteitsbeginsel (*nulla poena sine lege*).¹⁷³ Strafsancties komen in de wet dan ook niet voor, maar wel een verwijzing naar de toepasselijkheid van het algemene delictsrecht (onrechtmatige daad): miskenning van de verplichtingen in verband met het plan de vigilance geeft aanleiding tot burgerlijke aansprakelijkheid onder de voorwaarden van artikel 1240/1241 Code Civil (fout, schade, causaal verband).

In januari 2020 werd een rapport (opgesteld onder verantwoordelijkheid van twee ambtenaren) ter evaluatie van de wet aan de bevoegde minister voorgelegd.¹⁷⁴ In het rapport klopt Frankrijk zichzelf op de borst omdat het met deze wet een voortrekkersrol heeft gespeeld in het omzetten van soft law in hard law, maar wordt ervoor gewaarschuwd dat de rest van de Europese Unie niet noodzakelijk zal volgen, hoewel dat nuttig zou zijn om een *level playing field* te behouden. Een van de vijf formele aanbevelingen van het rapport was dan ook om de herziening van de NFRD op EU-vlak aan te grijpen om te proberen een gelijkaardige regeling op EU-vlak uit te werken. Het rapport wijst erop dat de integratie van de verplichtingen inzake ‘plan de vigilance’ met de verplichtingen tot bekendmaking van niet-financiële informatie en de rapporteringsverplichtingen in de strijd tegen corruptie niet vanzelfsprekend is, en dat in globo grote Franse ondernemingen nu wel aan zware ‘reporting’-verplichtingen onderworpen worden. De zwakheden van de wet, aldus het executive summary van het rapport, situeren zich op vlak van de vaagheid en divergerende interpretaties van wat de ‘devoir de vigilance’ nu precies inhoudt, het gebrek aan visibiliteit en leesbaarheid van de verslaggeving erover in het jaarlijkse bestuursverslag, dat steeds uitgebreider wordt; een nog tastende zoektocht naar een geschikt waarschuwings/whistleblowing-mechanisme; en de nood aan versterking van de dialoog met de vakbonden en ngo’s over de toepassing van de wet.¹⁷⁵ Het rapport stelt bovendien voor te sleutelen aan de omschrijving van het toepassingsgebied van de wet, om zo meer rechtsvormen andere dan commerciële vennootschappen te vatten, maar ook door de omvang van een groep niet exclusief

173. Conseil Constitutionnel, Décision n° 2017-750, 23 maart 2017, te raadplegen op conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017750DC.htm.

174. Evaluation de la mise en oeuvre de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, opgesteld door A. Duthilleul & M. de Jouvainel, januari 2020, te raadplegen op vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/275689.pdf.

175. Evaluation de la mise en oeuvre de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (zie vorige voetnoot), p. 8.

op basis van werknemersaantallen (maar ook op basis van omzetcijfers en balans-totaal) af te bakenen.

Voor de klassieke jurist is een van de grote zwaktes van de wet dat niet duidelijk is hoe de perimeter van ondernemingen die zaken doen met de groep en die dus bij de risicoanalyse betrokken moeten worden, precies kan afgebakend worden. De wettekst zelf maakt zonneklaar dat niet slechts alle direct of indirect gecontroleerde vennootschappen betrokken moeten worden (de ganse groep dus), maar ook onderaannemers en leveranciers van buiten de groep. Van afnemers is geen sprake. Maar welke onderaannemers en leveranciers precies? Het formele antwoord luidt: zij met wie een ‘gevestigde commerciële relatie’ bestaat. Dit begrip werd al gebruikt in artikel L442-1 Code du commerce, wetsbepaling die verbiedt een ‘gevestigde commerciële relatie’ al te abrupt te verbreken. Over die wetsbepaling bestond voorafgaand aan de invoering van de *devoir de vigilance* wel al jurisprudentie.¹⁷⁶

De verstreken duur, frequentie en groei of niet van de commerciële betrekkingen spelen daarbij een rol. Het evaluatierapport beperkt zich ertoe te concluderen: ‘Ici, il faut considérer les relations indirectes avec les sous-traitants, “jusqu’à un rang indéterminé, sur toute la chaîne d’approvisionnement habituelle”’ [nadruk door eigen cursivering]. Als men deze interpretatie volgt, hoeven occasionele zakenpartners niet meegenomen te worden in de risicoanalyse, maar is het tegelijk onmogelijk om een bepaald niveau (in de zin van ‘degrees of separation’) aan te geven tot hetwelke onderaannemers en andere indirecte contacten in de waardeketen van de vennootschap meegenomen worden. Het lijkt erop dat de onbepaaldheid met opzet in de wet ingebakken werd. Voor de bedrijfsjurist of andere verantwoordelijke binnen de onderneming is het geen gemakkelijke taak om geval per geval te beoordelen of een due diligence zich tot een bepaalde subleverancier moet uitstrekken.

Een anekdote over Procter & Gamble en BlackRock (de grote vermogensbeheerder) kan illustreren hoe moeilijk het voor sommige spelers is om ‘contact’ met ‘besmette’ ondernemingen te vermijden. In 2020 kloeg BlackRock, dat vele passieve investeringsfondsen aanbiedt, in het kader van ‘shareholder engagement’ het leveranciersketenmanagement bij Procter & Gamble aan, dit als ‘leider’ van een aandeelhouderscoalitie die P&G op dit punt wilde aanpakken.¹⁷⁷ Met name zou P&G niet voldoende hebben gedaan om bevoorrading met palmolie door milieuvriendelijke producenten daarvan, te voorkomen. Palmolie is een grondstof die in zeer veel consumentenproducten verwerkt wordt, van scheerschuim over toiletpapier¹⁷⁸ tot

176. Zie o.a. P. Dufourq, ‘Devoir de vigilance des multinationales: retour sur la décision du Conseil constitutionnel’, *Dalloz actualité* 29 maart 2017; E. Chevrier, ‘Rupture d’une relation établie: extension de la notion (noot onder Cour de cassation, com. 25 septembre 2012)’, *Rec. Dalloz* 2012, 2382.

177. Zie A. Gray & P. Temple-West, ‘Investor rebellion at Procter & Gamble over environmental concerns’, *FT* 14 oktober 2020. BlackRock bleek met 6,6% de tweede grootste aandeelhouder in P&G en had een aandeelhoudersresolutie van een kleine aandeelhouder in P&G, Green Century Capital management, ‘an eco-conscious investment firm’ (aldus de FT), ondersteund en had andere aandeelhouders opgeroepen dit ook te doen. Uiteindelijk werd de resolutie goedgekeurd door ongeveer 66% van de stemmen, tegen het uitdrukkelijk stemadvies van P&G management in. Als gevolg van deze actie vroeg P&G aan zijn leverancier van palmolie (Wilmar) om een onderzoek in te stellen naar zijn eigen bevoorraden, een dochter van de Indonesische Astra-groep. Het onderzoek werd uitgevoerd door een onafhankelijk onderzoeksbureau.

178. Het was vooral over het toiletpapier en andere sanitaire papierproducten van P&G dat de BlackRock-coalitie klachten had.

Oreokoekjes. In 2021 werd BlackRock van hypocrisie beschuldigd, omdat sommige van zijn fondsen aandelen hielden in de moedervenootschap van de Indonesische Astra-groep, die niet alleen in het algemeen veel milieuvriendelijke mijnbouwactiviteiten onderneemt, maar ook een dochter bleek te hebben die palmolie produceert en daarvoor regenwoud kapt en ervan beschuldigd werd boeren illegaal van hun land te verdrijven. Die Astra-dochter zou de palmolie onder meer verkopen aan een leverancier van, jawel, P&G (niet rechtstreeks aan P&G).¹⁷⁹

3. Het Duitse ‘Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten’

Een minstens louter wetstechnisch beter voorbeeld dan de Franse wet van hoe due diligence-verantwoordelijkheden op te leggen is het Duitse ‘Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten’, dat op 11 juni 2021 door de Duitse Bundestag werd goedgekeurd¹⁸⁰ en (grotendeels) op 1 januari 2023 in werking zal treden. De wet focust op risicomanagement en due diligence in verband met mensenrechten en milieugerelateerde risico’s.

De wet is van toepassing op ondernemingen, ongeacht hun rechtsvorm, die hun hoofdvestiging of statutaire zetel in Duitsland hebben en minstens drieduizend werknemers (waar ook ter wereld) tewerkstellen, of buitenlandse ondernemingen waarvan de Duitse vestigingen meer dan drieduizend werknemers tewerkstellen. Met ingang van 1 januari 2024 ligt de drempel op duizend werknemers. De cijfers moeten in een vennootschapsgroep op geconsolideerde basis bekeken worden, zodat een moeder die zelf bijvoorbeeld vijftig werknemers tewerkstelt, maar dochters met in totaal tweeduizend werknemers telt, vanaf 2024 onder de wet zal vallen, wegens overschrijding van de drempel van in totaal duizend werknemers. Volgens het met de controle op de naleving van de wet belaste Duitse ministerie zou dit betekenen dat initieel ongeveer negenhonderd Duitse ondernemingen (met meer dan drieduizend werknemers) maar vanaf 2024 ongeveer 4800 ondernemingen (meer dan duizend werknemers) gevat zouden worden.¹⁸¹

De wet bevat een vrij precieze opsomming van wat voor toepassing van de wet als een mensenrechtelijk of milieugerelateerd risico moet beschouwd worden.¹⁸²

179. Zie lex column, ‘Palm oil/BlackRock: passive strategy is at odds with ESG stance’, *FT* 5 mei 2021. Het uitgebreidere artikel P. Riordan & S. Palma, ‘BlackRock accused of inconsistency over Indonesia palm oil’, *FT* 5 mei 2021 geeft een goed overzicht van hoe de interactie tussen milieuactivisten, lokale leveranciers van een Amerikaanse multinational en een fondsbeheerder zich kan ontwikkelen bij onderzoek naar vermeende wanpraktijken bij de eigenlijke grondstoffenproducent.

180. Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 46, 22 juli 2021, 2959. De wet draagt de datum van 16 juli 2021. De Bundesrat zag op 25 juni 2021 af van tussenkomst in het wetgevend proces.

181. Bmz.de, Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, ‘Fragen und Antworten zum Lieferkettengesetz’ (Stand 9. Juni 2021).

182. Zie § 2, Begriffsbestimmungen. Daaruit blijkt dat het wat mensenrechten betreft vooral gaat om: kinderarbeid; dwangarbeid; slavernij; het niet naleven van de nationale arbeidsvoorschriften wanneer daardoor gevaar op ongevallen of aantasting van de gezondheid ontstaat; miskenning van de vakbondsvrijheid; discriminatie op basis van geslacht; seksuele oriëntering, nationale of etnische herkomst, religie en aanverwanten (inclusief ongelijke betaling voor gelijke arbeid); het niet-uitbetalen van een geschikt loon, minstens het minimumloon; schending van het verbod van schadelijke bodemverandering, verontreiniging (van bijv. water of lucht) wanneer zulke ‘milieudelicten’ de voeding, toegang tot drinkwater, gezondheid of de basis voor productie en voeding van

De Duitse wet maakt, in tegenstelling tot de Franse, een onderscheid tussen de plichten van ondernemingen binnen de groep en in verband met directe leveranciers enerzijds, en verantwoordelijkheden in verband met indirecte leveranciers anderzijds. Gecontroleerde dochtervennootschappen vallen buiten het concept 'leverancier', zij behoren tot de onderneming zelf, althans tot wat het 'eigene Geschäftsbe- reich' van de onderneming genoemd wordt. Identifierend kenmerk van directe leveranciers is dat zij rechtstreeks contractpartij zijn van de onderneming, hetzij van de moeder, hetzij van een dochtervennootschap. Het moet gaan om leveranciers wier leveringen noodzakelijk zijn voor de productie of dienstverlening van de onderneming. Indirecte leveranciers zijn allen wier leveringen voor de productie of dienstverlening van de onderneming noodzakelijk zijn, maar die geen directe leveranciers (dus geen directe contractpartij) van de onderneming zijn.

Duidelijk beïnvloed door de Franse 'vigilance'-wet worden de gevatte ondernemingen verplicht in verband met de eigen groep en de directe leveranciers een risicoanalyse door te voeren en op basis daarvan een risicomangementplan op te stellen. Dat plan moet preventieve en remediërende maatregelen bevatten. Als kader voor een en ander moet de onderneming ook een principeverklaring opstellen over de naleving van mensenrechten en beheersing van milieurisico's. Bovendien moet een whistleblowing-mechanisme georganiseerd worden. Als een schending van de mensenrechtelijke of milieuverplichtingen van de onderneming binnen de eigen groep wordt vastgesteld, dan moeten onmiddellijk remediërende maatregelen genomen worden die een einde maken aan de schending van de verplichting. Wordt daarentegen bij een directe leverancier een schending vastgesteld, dan moet de onderneming een concreet plan opstellen tot minimalisering van de impact van de schending en toekomstige vermijding van gelijkaardige schendingen, zodat de schendingen binnen 'afzienbare tijd' beëindigd worden.

De verplichtingen zijn een stuk minder streng geformuleerd in de verhouding tot indirecte leveranciers. In verband met die leveranciers moet de onderneming slechts een due diligence doorvoeren wanneer zij kennis krijgt van een mogelijke schending. Er moet dan (en dus alleen wanneer men kennis krijgt van een mogelijke schending) een risicoanalyse doorgevoerd worden en een 'Konzept' ter minimalisering en vermijding van het risico op schendingen opgesteld worden. Er moeten preventieve maatregelen tegenover de leverancier-schender van verplichtingen genomen worden, waarbij de wet erop wijst dat een van de mogelijkheden in dat verband is het concreet omzetten van sectorinitiatieven (bijv. actieplan ontwikkeld in de textielindustrie).

mensen ondernemen; schending van het verbod om mensen wederrechtelijk te verdrijven of land, bossen of gewassen die de 'lebensgrundalge' van een persoon verzekeren te vernielen of de toegang ertoe te ontzeggen; schending van het verbod voor ondernemingen om private of publieke orde- strijkrachten/politiediensten in te zetten om een ondernemingsproject te beschermen wanneer dit tot foltering, aantasting van de lichamelijke integriteit of schendingen van het recht op vereniging of de vakbondsvrijheid leidt.

De officiële toelichting bij de wet stelt uitdrukkelijk dat ondernemingen geen resultaatsverbintenissen oplopen op basis van hun due diligence-verplichtingen, maar slechts inspanningsverbintenissen om schendingen te voorkomen.¹⁸³

Elk jaar moet de onderneming een verslag over de naleving van zijn zorgvuldigheidsplichten/due diligence opstellen. Dit verslag moet binnen vier maanden na het einde van het boekjaar op de website van de onderneming openbaar gemaakt worden.

De toelichting door het bevoegde ministerie legt uit dat het niet de bedoeling van de wet is, vennootschappen ertoe te bewegen bepaalde commerciële relaties te beëindigen, en dat al helemaal niet verlangd wordt dat ondernemingen proberen het juridische en politieke kader in het buitenland te veranderen. Maar een beëindiging van de betrekkingen zal wel geboden zijn, aldus de toelichting, wanneer zware mensenrechtenschendingen vastgesteld worden en de maatregelen die de onderneming als reactie daarop heeft genomen, binnen een beperkte tijd niet succesvol blijken.

De handhaving van de wet is in de eerste plaats toevertrouwd aan een aantal ministeries en overheden. De centrale rol komt toe aan het *Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle*. Die overheden zullen nagaan of ondernemingen het jaarlijks verslag behoorlijk opstellen en bekendmaken, kunnen eisen dat ondernemingen een verbeterplan opstellen en kunnen boetes opleggen bij schendingen van de wet. Bij zware inbreuken kunnen ondernemingen voor maximaal drie jaar uitgesloten worden van deelname aan openbare aanbestedingen die door de overheid worden uitgeschreven.

Het is veelbetekenend dat de oorspronkelijke werktitel van het wetsontwerp ‘Lieferkettenhaftungsgesetz’ was, met een verwijzing naar aansprakelijkheid dus. Na intensief lobbywerk van Duitse ondernemingen bevat de uiteindelijke wettekst geen enkele verwijzing meer naar burgerlijke aansprakelijkheid. Uiteraard blijven de mogelijkheden onder het bestaande recht inzake onrechtmatige daad of burgerlijke aansprakelijkheid in het algemeen onverlet. De toelichting op de website van het ministerie stelt met enige nadruk dat ‘Eine Verletzung der Pflichten aus diesem Gesetz begründet keine zivilrechtliche Haftung’. Dat staat niet zo in de wettekst zelf, die in alle talen zwijgt over burgerrechtelijke aansprakelijkheid. Vandaar lijkt het ons niet uitgesloten dat de Duitse rechtspraak toch vroeg of laat oordeelt dat de wet, die duidelijk materies betreft die moreel en maatschappelijk belangrijk worden geacht, als ‘Schutzgesetz’ wordt gekwalificeerd, zodat schending ervan toch aanleiding geeft tot burgerrechtelijke aansprakelijkheid overeenkomstig het gemene delictrecht.

De toelichting (zie bmz.de) benadrukt tot slot dat het de bedoeling blijft een EU-brede regeling uit te werken, met de Duitse wetgeving als blauwdruk, en dat die regeling een compromis moet zijn tussen de bescherming van mensenrechten en een aanpak die haalbaar is voor de economie.

183. Drucksache 19/28649, p. 41, zu § 3 (Sorgfaltspflichten) zu Absatz 1.

4. Het voorstel van due diligence-richtlijn van het Europees Parlement van 10 maart 2021

Het voorstel van due diligence-richtlijn dat als bijlage gevoegd werd bij een resolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2021,¹⁸⁴ gaat nog verder dan de Franse en zeker dan de Duitse wet. De tekst bevat wetstechnisch te veel onvolkomenheden om hier op te sommen. Bij een eerste ontwerp opgesteld door parlementaire medewerkers is dat wellicht normaal en op zich nog geen reden tot bezorgdheid. Wat mij wel zorgen baart, is dat rechtszekerheid in de ogen van de opstellers van de ontwerpakte geen belangrijke waarde lijkt: het ontwerp maakt niet duidelijk welke normen en standaarden inzake mensenrechten, milieu en governance de vennootschappen precies zouden moeten naleven, en de internationale soft law-instrumenten waarnaar verwezen wordt, bevatten zelf voor een groot stuk slechts vaag geformuleerde aansporingen, eerder dan concrete regels waarop een onderneming zich zou kunnen richten vanuit een wens geen rechtsregels te schenden.¹⁸⁵

a. Toepassingsgebied

De richtlijn zou van toepassing zijn op ‘grote ondernemingen’ (niet gedefinieerd in de richtlijn) die beheerst worden door het recht van een lidstaat of gevestigd zijn op het grondgebied van een lidstaat. Maar ook kleine en middelgrote ondernemingen worden gevat wanneer ze hetzij genoteerd zijn (begrijpelijk) of ‘high risk’ zijn (voorlopig ongedefinieerd concept). Bovendien worden dezelfde soort ondernemingen die niet beheerst worden door het recht van een lidstaat ook gevat, wanneer zij in de interne markt opereren door het verkopen van goederen of diensten. Dergelijke ondernemingen uit derde landen moeten zich dan richten naar de verplichtingen van de lidstaat waarin zij actief zijn – waarbij de richtlijn niet preciseerd of dit betekent dat men cumulatief vijf wettelijke regelingen moet toepassen wanneer men in vijf lidstaten opereert.

Ondernemingen die aan de Richtlijn onderworpen zijn, moeten in wezen de volgende verplichtingen nakomen:

- een due diligence uitvoeren in overeenstemming met een due diligence-strategie. Dit houdt ook in dat ondernemingen verzekeren (‘ensure’) dat hun ‘business relationships put in place and carry out human rights, environmental and good governance policies that are in line with their due diligence strategy’;
- de organisatie van een stakeholder-dialoog, in het bijzonder over de ontwikkeling van de due diligence-strategie en met bijzondere aandacht voor input van vakbonden en werknemersvertegenwoordigers;
- openbaarmaking en communicatie van de due diligence-strategie;
- de minstens jaarlijkse evaluatie van de due diligence-strategie;

184. Resolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2021 met aanbevelingen aan de Commissie inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven en verantwoordingsplicht van ondernemingen, te raadplegen op europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_NL.html.

185. Aldus ook de kritiek van de European Company Law Experts, die een grondige en zeer kritische analyse van de ontwerp-richtlijn maakten waar ik mij graag bij aansluit, zie ECLE, ‘The European parliament’s draft directive on corporate due diligence and corporate accountability’, 19 april 2021, europeancompanylawexperts.files.wordpress.com/2021/04/ecle_ecgi_19-april-2021.pdf.

- er moet een klachtenmechanisme ontwikkeld worden (grievance mechanism, art. 9 Richtlijn) om ‘any’ stakeholder toe te laten zijn redelijke bezorgdheden over het bestaan van mogelijke ‘adverse impacts’ mee te delen.

b. ‘Adverse impact’ in plaats van fout en schade, ‘potential contribution’ in plaats van causaliteit?

De ontwerprichtlijn streeft ernaar dat Europese ondernemingen ‘fulfill their duty to respect human rights, the environment and good governance and do not cause or contribute to potential or actual adverse impacts on human rights, the environment and good governance through their own activities or those directly linked to their operations, products or services by a business relationship or in their value chains, and that they prevent and mitigate those adverse impacts’ (art. 1.1). Artikel 1.4 maakt duidelijk dat de richtlijn geen afbreuk wil doen aan de reeds bestaande specifieke richtlijnen inzake ‘conflict minerals’ en ‘timber’, tenzij blijkt dat de vereisten van de ontwerprichtlijn strenger zijn dan die van de sectorale richtlijnen. Dan moet de algemene richtlijn voorrang krijgen.

Artikel 1.3 maakt reeds duidelijk dat het niet enkel de bedoeling is ondernemingen verantwoording te laten afleggen (*accountable*) maar hen in geval van ‘adverse impacts’ ook aansprakelijk (*liable*) te houden.

Vennootschapsjuristen zouden geneigd kunnen zijn te denken dat wanneer de richtlijn het over ‘good governance’ heeft, het over ‘corporate governance’ gaat. Dat zou een verkeerde indruk zijn. Blijkens artikel 3 lid 8 richtlijn gaat het over de ‘good governance of a country, region or territory’, politieke governance dus. Uit de lijst van internationale bindende en soft law-instrumenten waarnaar verwezen wordt in de consideransen bij de richtlijn (zie voor governance considerans 24), lijkt men vooral gedacht te hebben (voor zover er al van precieze gedachten sprake was) aan normen over anticorruptie- en antiwitwaswetgeving.

Het concept ‘adverse impact’ wordt niet als dusdanig gedefinieerd in de richtlijn. Het gaat wel slechts om adverse impacts op ‘human rights’, ‘environmental standards’ en ‘good governance’ zoals omschreven in de Bijlagen bij de richtlijn. Die bijlagen waren ten tijde van de resolutie van het Europees Parlement nog niet ingevuld. De richtlijn wekt de indruk dat van zodra er een adverse impact op de rechten en ‘standards’ uit de nog te noemen instrumenten zal begaan zijn, de onderneming daarmee iets juridisch verkeerd heeft gedaan. Men mag evenwel aannemen dat dit alleen tot burgerrechtelijke aansprakelijkheid aanleiding kan geven wanneer de ‘adverse impact’ ook een fout is zoals omschreven in de rechtspraak van de jurisdictie waarin een schadeclaim aanhangig wordt gemaakt. Dit lijkt dan ruimte te laten voor nationale rechtbanken om slechts een fout aan te nemen wanneer bepaalde ‘subjectieve’ elementen zoals verwijtbaarheid en toerekenbaarheid, zoals ingevuld door de nationale rechtspraak, vervuld zijn. In die zin creëert de richtlijn niet noodzakelijk een objectieve aansprakelijkheid (inbreuk op de voorschriften in de nog in annex toe te voegen teksten geeft steeds aanleiding tot aansprakelijkheid). Maar misschien moet men de richtlijn wel zo lezen dat de nationale toezichthoudende autoriteiten elke objectieve niet-naleving als een sanctioneerbare inbreuk mogen beschouwen.

In elk geval is het opvallend dat de ontwerprichtlijn het over ‘adverse impact’ heeft, en nergens over begrippen als fout of nalatigheid. Men lijkt het veroorzaken van negatieve externaliteiten op ESG-gebied als juridisch verkeerd en sanctioneerbaar (want een ‘adverse impact’) te willen definiëren. Ik verahul niet dat dit bij mij negatieve emoties opwekt: het is mij bekend dat ons onrechtmatigedaadsrecht veel gevallen van ‘objectieve aansprakelijkheid’ en risicoaansprakelijkheid kent, waarbij schadevergoedingsplicht kan ontstaan zonder dat er een fout moet zijn of bewezen moet worden. Maar in zulke gevallen is doorgaans precies omschreven wat de aansprakelijkheidsuitlokkende gedraging of activiteit is. Bijvoorbeeld het loutere feit dat men een kerncentrale uitbaat. In de ontwerprichtlijn is helemaal niet duidelijk welke soort activiteiten een *adverse impact* zouden kunnen teweegbrengen of vormen, en welke regelgevende teksten zullen gebruikt worden om dit te beoordelen. Als dit zo (Europese) wet wordt, lijkt het mij dat men van een revolutie in het aansprakelijkheidsrecht mag spreken.

Daarbij is niet onbelangrijk dat de richtlijn systematisch spreekt over ‘*cause or contribute to an adverse impact*’. Een ‘bijdrage’ is dus voldoende. Nu kan men zich moeilijk een geheel oncausale bijdrage voorstellen; de boodschap is wellicht dat er ook verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid kan zijn wanneer de bijdrage geen oorzaak is in de *conditio sine qua non*-betekenis. In elk geval wordt er een poging gedaan in artikel 3 (definities) om het concept ‘contribute to’ te definiëren (zie art. 3 lid 10). Het gaat erom dat de eigen activiteiten samen met die van een andere entiteit een impact hebben, of dat de activiteiten van een onderneming een andere entiteit ertoe aanzetten om een impact te hebben of zulke impact faciliteren. De richtlijn¹⁸⁶ verduidelijkt dat de bijdrage ‘substantieel’ moet zijn en dat verschillende elementen in overweging kunnen genomen worden om te bepalen of van een substantiële bijdrage sprake is, zoals de voorzienbaarheid van de negatieve impact of de mate waarin de onderneming de negatieve impact van de andere entiteit verzacht heeft. Het hebben van een *business relationship* alleen volstaat niet om van een ‘contribution’ tot de ‘adverse impacts’ van een andere entiteit te kunnen spreken, aldus de wellicht geruuststellend bedoelde precisering in de richtlijn.

Opvallend is ook dat de richtlijn systematisch spreekt over ‘*actual or potential adverse impacts*’. Men kan er begrip voor opbrengen dat de richtlijn aldus een verplichting wil opleggen aan ondernemingen om een ernstige inspanning te leveren om potentiële negatieve impact op bijvoorbeeld het milieu te voorkomen – zonder dat evenwel duidelijk is hoe ernstig precies die inspanning moet zijn om aanvaardbaar te zijn. Het lijkt daarentegen moeilijk voorstelbaar een onderneming ook, op welke manier dan ook, daadwerkelijk te sanctioneren voor slechts *potentiële* negatieve gevolgen; behalve dan misschien in die zin dat een onderneming door de overheid zou gesanctioneerd worden wanneer zij geen risicomanagementplan opmaakt of daarin de potentiële risico’s die zij veroorzaakt, manifest onderschat. Of misschien – ik vrees het een beetje, maar heb er geen bewijs voor, bij gebrek aan duidelijke wettekst – is het de bedoeling te legitimeren dat de toezichthoudende overheid toch dwingende ‘verbetermaatregelen’ aan de onderneming oplegt wanneer er nog geen actuele maar slechts een ‘potentiële’ negatieve impact is, in de geest van de

186. Nog steeds art. 3 lid 10.

Haagse rechter die Shell in de klimaatzaak dwong tot versnelde reductie van haar CO₂-uitstoot, ook al had Shell nog geen enkele voor Shell bindende norm geschonden, maar dreigde het volgens de rechter te beperkte actieplan van Shell ervoor te zorgen dat Shell in de toekomst nog te lang te veel CO₂ zou uitstoten, aldus potentieel bijdragend tot een te weinig onder controle blijvende klimaatopwarming. Toelaten dat aan een private onderneming door een overheid (*agency*) of rechter dwingende maatregelen worden opgelegd op basis van zulke ongedefinieerde norm en op een moment dat slechts van een potentiële maar geen daadwerkelijke negatieve impact sprake is, zou een vorm van ad-hocregulering van individuele ondernemingsgroepen toelaten, die mij moeilijk verenigbaar lijkt met het gelijkheidsbeginsel en met de rechtsstaat: als men dwangmaatregelen wil nemen, zou dit moeten gebeuren op basis van regulering die aan de onderneming op voorhand toelaat te weten wat zij moet doen/niet mag doen, niet op basis van een machtsdelegatie aan de overheid die *ad hoc* en *en cours de route* (namelijk op het moment dat de overheid/de door een activist gevatte rechter beslist actie te ondernemen tegen een onderneming) zal bepalen wat de regel/het streefdoel is.

c. Handhaving via vele kanalen, ook door stakeholderoverleg

Op gebied van handhaving valt op dat de richtlijn belang hecht aan buitengerechtelijke remediëring: lidstaten moeten verzekeren dat ondernemingen meewerken met een remediëringsproces, eventueel via mediatie via het klachtenmechanisme dat openstaat voor stakeholders. In elk geval wordt – opnieuw – benadrukt dat de remediëring moet bepaald worden in overleg met stakeholders. Het remediëringsproces mag evenwel in geen geval verhinderen dat stakeholders die geraakt zijn door een ‘adverse impact’, burgerlijke vorderingen voor de rechtbanken inleiden (art. 10 lid 5).

Lidstaten moeten een nationale toezichthoudende autoriteit aanduiden die voldoende middelen en onafhankelijkheid heeft om op de naleving van de richtlijn na te zien. Die toezichthoudende autoriteit moet het recht hebben inspecties door te voeren bij ondernemingen (art. 13). Opnieuw wordt de nadruk gelegd op het feit dat het aanbevolen is dat de toezichthoudende overheid in dialoog treedt met stakeholders en openstaat voor informatie van hun kant. Naar Frans model bepaalt de richtlijn dat de overheid de in gebreke zijnde onderneming een redelijke termijn zal gunnen om remediërend op te treden. Wordt niet passend gereageerd op een desbetreffende aanmaning, dan moet de nationale overheid sanctionerend kunnen optreden, inclusief door het opleggen van administratieve boetes. Wanneer onherstelbare schade dreigt, moet de toezichthoudende autoriteit de bevoegdheid hebben om tussentijdse maatregelen te nemen, inclusief het tijdelijk opschorten van activiteiten van de onderneming. Het is toch wel illustratief voor de mentaliteit van de opstellers van de tekst dat zij het wel nodig gevonden hebben om bij herhaling te wijzen op de noodzaak om stakeholders een stem in het proces te geven, maar het niet nodig vonden om te bevestigen dat ‘judicial review’ van de beslissingen van de toezichthoudende overheid mogelijk moet zijn. Beide zaken kunnen vanzelfsprekend lijken en hoeven daarom misschien niet in een richtlijn vermeld te worden, maar net daarom lijkt het mij tamelijk veelzeggend dat het ene element veel aandacht krijgt maar het andere nergens vermeld wordt.

Artikel 19 ontwerprichtlijn bepaalt dat het feit dat een onderneming haar due diligence-vereisten respecteert, haar niet bevrijdt van burgerlijke aansprakelijkheid die zij op basis van het nationale recht zou kunnen oplopen. Integendeel, lidstaten moeten er voor zorgen dat ondernemingen aansprakelijk kunnen gesteld worden voor 'any harm' dat volgt uit 'potential or actual adverse impacts' op mensenrechten, milieu en goede governance die de onderneming of een door haar gecontroleerde entiteit veroorzaakt heeft of waartoe zij heeft bijgedragen. Maar lidstaten moeten er ook voor zorgen dat wanneer een onderneming bewijst dat zij 'all due care' aan de dag heeft gelegd om de schade ('harm') te voorkomen, of bewijst dat de schade zou zijn opgetreden zelfs indien alle vereiste zorgvuldigheid (due care) aan de dag was gelegd, de onderneming niet aansprakelijk zal gesteld worden.

5. De mogelijke impact van het opleggen van due diligence-verplichtingen

Het is tijd voor enkele conclusies over de impact van de recente evolutie om ESG-due diligence-regels op te leggen.¹⁸⁷

Vooreerst, wanneer een onderneming wordt opgedragen een due diligence door te voeren om ESG-risico's in haar waardeketen te identificeren zal, normalerwijze, haar kennis en bewustzijn over die risico's toenemen. Dit zal al gauw de gedachte oproepen dat de onderneming, nu zij kennis heeft van het probleem, er ook iets aan moet doen, en dat zij juridisch nalatig is wanneer zij niets doet.¹⁸⁸ De Franse, Duitse en ontwerp-Europese regelgeving bevatten duidelijke sporen van zulke remediëringplicht, maar wellicht zou zij ook zonder expliciete wetteksten in ons recht tot stand zijn gebracht eens de due diligence-verplichting als dusdanig in de wet was ingeschreven. Wanneer het probleem is vastgesteld maar de onderneming vaststelt dat zij geen mogelijkheden heeft om iets aan het probleem te doen, rijst de vraag of de onderneming nog wel zaken mag doen met de probleemveroorzakende leverancier. De toelichting bij de Duitse wetgeving stelt uitdrukkelijk dat het niet de bedoeling kan zijn dat zakenrelaties beëindigd worden omwille van dergelijke situaties. Nochtans lijkt dit in vele gevallen de enige effectieve oplossing te zullen zijn.

187. Zie ook P. Bergkamp, 'Models of Corporate Supply Chain Liability', *Jura Falconis* (55) 2018-19, nr. 2, p. 178.

188. Zie hierover in het algemeen o.a. N. Bueno & C. Bright, 'Implementing Human Rights Due Diligence Through Corporate Civil Liability', *International and Comparative Law Quarterly* (69) 2020, nr. 4, p. 789-818; L. Enneking, *Foreign Direct Liability and Beyond*, Den Haag: Eleven International Publishing 2012, 752p.; M.A. Geistfeld, 'The Law and Economics of Tort Liability for Human Rights Violations in Global Supply Chains', *Journal of European Tort Law* (10) 2019, nr. 2, p. 130-165; J. Hartmann & S. Moeller, 'Chain liability in multitier supply chains? Responsibility attributions for unsustainable supplier behavior', *Journal of Operations Management* (32) 2014, nr. 5, p. 281-294; D. Kinley & J. Navidi, 'The Long Arm of Human Rights Risk: Supply Chain Management and Legal Responsibility', *The Business and Human Rights Review* 2013, nr. 3, p. 10-14; P. Rott, 'Supply Chain Liability of Multinational Corporations?', *European Review of Private Law* (23) 2015, nr. 3, p. 415-436; A. Rühmkorf, *Corporate Social Responsibility, Private Law and Global Supply Chains*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2015, 288 p.; A. Rühmkorf, 'Corporate Social responsibility in der Lieferkette: governance und verantwortlichkeiten', *ZGR* 2018, p. 410-432; V. Ulfbeck & A. Ehlers, 'Tort Law, Corporate Groups and Supply Chain Liability for Workers' Injuries: The Concept of Vicarious Liability', SSRN PAPERS, 6 januari 2017, beschikbaar op SSRN: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2894949; C. van Dam, 'Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms — On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights', *Journal of European Tort Law* (2) 2011, nr. 3, p. 221; C.A. Witting, *Liability of corporate groups and networks*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, 468 p.

De openbaarmakingsverplichtingen die gepaard gaan met due diligence-verplichtingen trekken de aandacht van ngo's, die in die disclosures potentieel extra munitie vinden om over het beleid van de vennootschap hun beklag te doen. De Franse en voorgestelde Europese wetgeving verplichten ondernemingen bovendien tot dialoog met een (heel ruim opgevatte groep van) stakeholders, zowel bij het ontwikkelen van due diligence-strategie als bij de opvolging en aanpassing ervan. Men kan dit zien als het geven van een stem aan de door de ondernemingsactiviteiten geraakte gemeenschap, maar de grens met het invoeren van een verplichting tot onderhandelen met activisten is dun. Daarbij is goed mogelijk dat de activisten zelf tegenstrijdige belangen hebben (bijv. milieuactivisten tegenover stakeholders die opkomen voor zowel handhaven van tewerkstelling als verbeteren van de werkomstandigheden). Als de wetgever zo ver gaat expliciet te bepalen dat belangengroepen inclusief ngo's een procesrechtelijk belang hebben (dus zonder dit volgens de klassieke criteria te hoeven aantonen) – zoals de Franse wet doet – dan vergroot uiteraard het risico voor de vennootschap om aansprakelijk gesteld te worden via een procedure die veel weg heeft van een *actio popularis*.

Mijn mening is dat het opleggen van een dwingende due diligence-verplichting aan ondernemingen aangewezen is, en veel meer zoden aan de dijk kan zetten dan dat andere idee waar de Europese Commissie voorlopig nog op inzet, namelijk sleutelen aan de omschrijving van bestuurdersplichten in de ijdele hoop zo het onbewezen probleem van kort termijndenken of te exclusieve aandeelhoudersfocus te vermijden. Maar de rechtszekerheid die voor alle rechtsonderhorigen, ook ondernemingen, een fundamenteel recht is of zou moeten zijn, vereist dat precies wordt afgebakend welke onderdelen van de waardeketen precies het voorwerp van dergelijk onderzoek moeten zijn. De overheid die er zich toe beperkt te bepalen dat 'de ganse waardeketen' moet onderzocht worden, begaat schuldig verzuim bij het ontwerpen en op de markt brengen van haar wetgevingsproduct. Verder moet men beseffen dat wanneer men het mogelijk maakt dat ondernemingen gesanctioneerd worden via boetes en via het burgerlijke aansprakelijkheidsrecht, niet omwille van het foutief veroorzaken van schade, maar het veroorzaken van een 'adverse impact' of 'bijdrage' aan een 'mogelijke' impact, en dit zonder dat duidelijke standaarden zijn vastgelegd om het concept 'negatieve impact' te concretiseren, dit een fundamentele en onwenselijke verschuiving in ons privaatrecht uitmaakt. Het wordt op die manier immers mogelijk voor een rechter of sanctionerende overheid om preventief sanctionerend op te treden tegenover een onderneming die niet kon weten wat precies van haar verwacht werd en daarom alleen door excessieve voorzichtigheid en de kosten die dat met zich meebrengt, dergelijke sanctionering kan vermijden.

Deze opmerking is een goede opstap om enkele recente toepassingen van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een ESG-context als dusdanig onder de loep te houden.

VIII. Concern- en onrechtmatige daad aansprakelijkheid: naar een versmelting van mensenrechten en onrechtmatige daad?

1. Moeders kunnen aansprakelijk zijn als ze feitelijk op het operationele management van buitenlandse dochters ingrijpen: van *Chandler* over *Vedanta* naar *Okpabi v. Shell*

Er worden al lang, minstens sinds de Union Carbide (Bhopal)-ramp uit 1986, en natuurlijk met hernieuwde intensiteit sinds de Rana Plaza-ramp,¹⁸⁹ pogingen gedaan om moederverenootschappen aansprakelijk te stellen voor milieurampen of mensenrechtenschendingen op het niveau van dochterverenootschappen. Daarbij rijst ook vaak de vraag van jurisdictie en toepasselijk recht: wanneer er iets is misgelopen bij de operaties van een groep in een economisch armer land, waar vaak zowel de normering als, vooral, het toezicht erop lakser is dan in het rijkere land waar de leiding van de multinationale groep zich bevindt, en de rechtbanken van het ‘moederland’ als betrouwbaarder, minstens efficiënter worden gezien, rijst de vraag of de moeder voor de rechtbanken van haar eigen vestiging (bijv. Nederland of Engeland) gedaagd kan worden in verband met de in het buitenland begane ‘delicten’. Op deze erg belangrijke technische vraag wordt hier niet ingegaan. Het aansprakelijkheidsrecht komt uitgebreid aan bod in een ander preadvies, ik beperk me daarom tot enkele opmerkingen over opvallende tendensen vanuit het oogpunt van een rechtspersonenjurist.

Inzake concernaansprakelijkheid vallen binnen Europa vooral in het VK interessante ontwikkelingen te noteren. Daarnaast speelt ook Nederland een voortrekkersrol in het ontwikkelen van klimaataansprakelijkheid.¹⁹⁰ Het valt daarbij op dat een brug werd gebouwd tussen twee open normen: de algemene zorgvuldigheidsnorm en het respect voor wat ik de niet-liberale mensenrechten wil noemen: sociale grondrechten, recht op een schoon milieu. Zo is een invalspoort geconstrueerd voor activisten om wat zij zien als wenselijke opvattingen als wat maatschappelijk betaamt en norm van behoorlijk gedrag te laten kwalificeren door geachtste rechters. Die laatsten erkennen daarbij wel dat de meeste normen die zij hanteren om tot conclusies over maatschappelijke betamelijkheid te komen zich tot staten richten, en ook dat de grondrechten geen of slechts beperkte horizontale werking hebben. Maar nauwelijks is de inkt van zulke overwegingen in de arresten droog of in wat inhoudelijk, weze het niet retorisch, een draai van 180 graden is, worden die normen en grondrechten *toch* toegepast op en ingeroepen tegen private ondernemingen. Dit is op zijn minst een interessante ontwikkeling, die ik hier niet ten volle zal kunnen analyseren, waardoor het er bij zal blijven dat ik mijn vage twijfels bij de opportuniteit maar ook geoorloofdheid van deze opkomende redeneerwijzen uitdruk.

189. P. Bergkamp, ‘Models of Corporate Supply Chain Liability’, *Jura Falconis* (55) 2018-19, nr. 2, p. 161, voetnoot 1-3 met verwijzing naar *In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster* [1987] 634 F. Supp. 842, 844 (S.D.N.Y. 1986), 809 F.2d 195 (2d Cir.), cert. denied, 484 U.S. 871 (1987), *Das v. George Weston Limited* [2018] ONCA 1053, at 7 en *Das v. George Weston Limited* [2017] ONSC 4129, at 469.

190. Op de volgende website, beheerd door het Sabin Center for Climate Change Law van de Columbia Law School, wordt een overzicht bijgehouden van alle *climate change litigation*, zowel in de VS als in de rest van de wereld: climatecasechart.com/climate-change-litigation/. Zie voor de Nederlandse context H.J. de Kluiver, t.a.p. (noot 111), p. 1250 e.v. die ook de Engelse rechtspraak daarbij betreft.

a. *Chandler v. Cape*

Laten we eerst een blik werpen op de boeiende ontwikkelingen in het Britse concernaansprakelijkheidsrecht. Gedurende ongeveer een decennium was *Chandler v. Cape* de leading case.¹⁹¹ Deze zaak betrof vooral de vraag of een moedervernootschap plichten kon hebben tegenover de werknemers van een dochter. De heer Chandler was werknemer van een dochter van Cape plc en was daar blootgesteld aan asbest. De moedervernootschap stelde een arts te werk die als verantwoordelijkheid had de gezondheid van werknemers van de dochtervernootschappen te monitoren. Hoewel het vertrekpunt volgens het arrest blijft dat elke groepsvernootschap alleen voor haar eigen verbintenissen in staat, rijst de vraag of die verbintenissen ook een verbintenis, met name een duty of care, tegenover de werknemers van een dochter kan inhouden. In casu oordeelden de Britse rechtbanken van wel. Mede door de genoemde arts te werk te stellen met de opdracht die hij had, had de moeder, in dit specifieke geval, verantwoordelijkheid (en daarom eventueel aansprakelijkheid) op zich genomen voor de gezondheid van die werknemers. Het Court of Appeal benadrukte in zijn arrest dat men de relatie tussen moeder en dochter in het algemeen moest onderzoeken, en dat het niet nodig was, om 'assumption of responsibility' door de moeder voor de gang van zaken bij de dochter in een bepaald domein zoals 'health and safety' uit te lokken, dat werd bewezen dat de moeder specifiek actief was tussengekomen bij de dochter in een bepaalde materie zoals veiligheid op de werkvloer. Veeleer moet een viertal criteria gehanteerd worden om na te gaan of een moedervernootschap een duty of care tegenover werknemers van een dochter heeft, inmiddels gemeenzaam bekend als de 'Chandler indicia': '(1) The two companies' businesses are the same in a relevant respect; (2) the parent company has, or ought to have, superior knowledge on some relevant aspect of health and safety in the particular industry; (3) the subsidiary's system of work is unsafe -as the parent knew or ought to have known; and (4) the parent company knew, or ought to have foreseen, that the subsidiary relied on its superior knowledge'.¹⁹²

b. *Vedanta*: feiten bepalen aansprakelijkheid, geen theorieën over beperkte aansprakelijkheid of aparte rechtspersoonlijkheid

Een volgende 'landmark case' was *Vedanta*¹⁹³ en hier werd de relatief voorzichtige aanpak van *Cape* mijns inziens verlaten. *Vedanta* is de belangrijkste onder een aantal Britse zaken waarin voor het eerst plichten van moeders tegenover andere 'stakeholders' van dochters dan werknemers werden erkend, en waarin ook enigszins andere criteria dan de Chandler-criteria werden gehanteerd om de aansprakelijkheidsvraag te beoordelen. *Vedanta* was de Engelse moedervernootschap van een groep die via een Zambiaanse dochter in dat laatste land een kopermijn uitbaatte. Ongeveer 1800 Zambiaanse boeren gevestigd in de buurt van de mijn kloegen aan dat de uitbating van de kopermijn water vervuilde dat zij als drinkwater gebruikten maar ook om hun velden te irrigeren, en dat daardoor gezondheidsproblemen en schade aan gewassen was ontstaan. Er werd een vordering tegen de

191. *Chandler v. Cape plc* (2012) EWCA (Civ) 525.

192. *Chandler v. Cape plc* (2012) EWCA (Civ) 525, p. 80.

193. *Vedanta resources plc v. Lungowe* (2019) UKSC 20.

moeder ingesteld voor de Britse rechtbanken. Zoals men weet, gaat de Engelse common law uit van verschillende categorieën van *torts*, waaronder de *tort of negligence*, en binnen de *tort of negligence* kunnen nieuwe vormen van *duty of care* ‘erkend’ worden. In de bekende zaak *Caparo Industries*¹⁹⁴ had het toenmalige House of Lords geoordeeld dat dergelijke nieuwe categorieën van *duty of care* erkend konden worden op voorwaarde dat zij betrekking hadden op schade (‘harm’) die redelijkerwijze voorzienbaar was (‘foreseeability’); er moest een ‘relationship of proximity’ tussen partijen zijn; en de invoering van aansprakelijkheid moest ‘fair, just and reasonable’ zijn. Menig observator was toch enigszins verrast toen het UK Supreme Court in *Vedanta* oordeelde dat het vaststellen, in omstandigheden zoals die zich in *Vedanta* voordeden, van een *duty of care* van een moedervervenootschap tegenover degenen die geschaad werden door de activiteiten van een dochter, niet ‘novel’ was;¹⁹⁵ daarmee heeft het UK Supreme Court volgens sommigen eigenlijk de *Caparo*-test verlaten, hoewel men volgens mij moet vaststellen dat qua retoriek het UKSC eraan blijft vasthouden, maar zoals gezegd, *in casu* ‘enkel maar’ vaststelde dat er geen sprake was van een nog niet eerder erkende vorm van *duty of care*.

In *Vedanta* benadrukt het UKSC in wezen het volgende. Het is niet omdat een moedervervenootschap, als het ware per definitie, een dochtervennootschap controleert op basis van aandelenbezit, dat zij ook daadwerkelijk controle op de operaties van de dochter uitoefent. Evenmin kan de mogelijkheid om dergelijke feitelijke controle op de operaties uit te oefenen, in het algemeen gelijkgesteld worden met een plicht van de moeder om de omstandigheden bij de dochter te controleren en te managen. Maar als een zorgvuldig feitenonderzoek van de feitelijke relatie tussen moeder en dochter een aantal zaken en met name daadwerkelijk ingrijpen op de dagelijkse gang van zaken, aan het licht brengt, kan de vaststelling van die feiten – eerder dan van formele controlebanden of feitelijke controle*mogelijkheden* – aansprakelijkheid van de moeder voor misstanden bij de dochter met zich meebrengen. Men moet nagaan of de moeder feitelijke controle, in de zin van tussenkomsten in de gang van zaken op een operationeel niveau, heeft uitgeoefend.

c. Okpabi: Vedanta geldt ook voor Shell

Dezelfde nadruk op een analyse van de feitelijke elementen van de moeder-dochterrelatie vindt men in *Okpabi v. Shell*, de Britse ‘Shell Nigeria’-zaak.¹⁹⁶ In deze zaak werd de topholding van de Shell-groep, Royal Dutch Shell plc (RDS), aangeklaagd voor Britse rechtbanken wegens olievervuiling in Nigeria, beweerdelijk veroorzaakt door een Nigeriaanse dochtervennootschap. De heer Okpabi was deel van een gemeenschap in de Nigerdelta waar (beweerdelijk) zowel het water als het land vervuild werd door de activiteiten van de Nigeriaanse Shell-dochter. Meer dan 40.000 mensen uit de getroffen regio stelden een vordering in tegen RDS. Het Britse Supreme Court deed voorlopig, technisch gezien, alleen uitspraak over de ontvankelijkheid van de vordering, of, preciezer, of de eisers een voldoende case hadden om de zaak verder ten gronde te laten behandelen. Om dit te kunnen be-

194. *Caparo Industries Plc v. Dickman* (1990) UKHL 2.

195. *Vedanta*, p. 49 en 56.

196. *Okpabi & Others v. Royal Dutch Shell Plc & Another* (2021) UKSC 3.

oordelen moest het Supreme Court reeds ingaan op de drempelvoorwaarden waaronder een Britse moedervennootschap potentieel aansprakelijk kan zijn voor in het buitenland 'via' een buitenlandse dochter begane beweerde onrechtmatige daden.

Het Supreme Court benadrukte, net als in *Vedanta*, dat 'controle' in de klassieke betekenis die voor ons op de Accountingrichtlijn teruggaat en klassiek in groepscontext gebruikt wordt om moeder-dochterrelaties vast te stellen, niet het determinerende concept kon zijn in zaken van groepsaansprakelijkheid. Controle is slechts het 'starting point' van analyse en de cruciale vraag is 'the extent to which the parent did take over or share with the subsidiary the management of the relevant activity (here the pipeline operation)'.¹⁹⁷ Verder: 'control of a company and de facto management of a part of its activities are two different things'.¹⁹⁸ Veelbetekend vind ik dat het Supreme Court het Court of Appeal verwijt uitgegaan te zijn van de foute rechtsopvatting dat er een vermoeden zou zijn dat een moeder niet aansprakelijk is voor handelingen van haar dochters. Het hof voegt eraan toe dat er geen 'limiting principle' bestaat – anders dan het CA had aangenomen – dat de 'promulgation' van een groepsbreed beleid in verband met een bepaalde aangelegenheid op zichzelf geen aanleiding kon geven tot een duty of care. Het Supreme Court is van oordeel dat het Court of Appeal zich ook had vergist in verband met een punt dat al in *Vedanta* duidelijk was gemaakt, namelijk dat moederaansprakelijkheid gebaseerd op negligence een bijzondere, aparte, nieuwe vorm van negligence zou zijn. Volgens het Supreme Court is dat niet zo en moeten gewoon de algemene principes inzake negligence worden toegepast.¹⁹⁹ De *plaintiffs* hadden vier wat zij noemden 'Vedanta routes' opgeworpen via dewelke RDS eventueel aansprakelijk zou kunnen zijn voor de vervuiling in Nigeria.²⁰⁰ Het Supreme Court lijkt aan te geven dat alle vier die factoren inderdaad een rol kunnen spelen bij de analyse van aansprakelijkheid van moeders voor wat er misloopt bij dochters op basis van negligence, maar dat het *in casu* voldoende was om vast te stellen dat routes (1) en (3) *in casu* openstonden om vast te stellen dat er 'an issue to be tried' was – technisch gezien moest het Supreme Court alleen over die drempelkwestie uitspraak doen. Die vier routes, corresponderend met vier factoren die in overweging genomen kunnen worden zijn: '(1) Taking over the management or joint management of the relevant activity (2) providing defective advice and/or promulgating defective group-wide policies (3) taking steps to adopt and implement group-wide policies (4) holding out that it exercises a particular degree of supervision and control of a subsidiary'.²⁰¹ De lectuur van het ganse arrest maakt duidelijk dat het Supreme Court dit niet ziet als een exhaustieve lijst van alle relevante criteria. Een

197. *Okpabi v. Shell*, par. 147.

198. *Okpabi v. Shell*, par. 147.

199. *Okpabi v. Shell*, par. 149.

200. Zie *Okpabi v. Shell*, par. 26-27.

201. Ik neem deze bewoordingen over uit de goede bespreking van de zaak in White & Case, 'Okpabi v Royal Dutch Shell plc: UK Supreme Court allows Nigerian citizens' environmental damage claim to proceed against UK parent company', 19 februari 2021, sectie 'publications and events' op whitecase.com, maar ze stemmen letterlijk overeen met wat men in par. 26-27 leest over de 'vier Vedanta-routes' die eisers (volgens het Supreme Court) onderscheiden hadden, behalve dat in het arrest zelf de namen van de betrokken vennootschappen voorkomen. Zie ook H.J. de Kluiver, t.a.p. (noot 111), p. 1252 e.v.

casusgebonden feitenanalyse dringt zich telkens op, en soms zal er mogelijks op basis van slechts een van de vier factoren een case inzake negligence gebouwd kunnen worden, in andere gevallen zullen andere elementen een rol spelen.

Deze Britse rechtspraak hoeft volgens mij niet gezien te worden als moeilijk verenigbaar met het *Trennungsprinzip* of met de beperkte aansprakelijkheid, en is niet echt een toepassing van het pleidooi van Hansmann/Kraakman om aandeelhouders onbeperkt aansprakelijk te houden voor onrechtmatige daden.²⁰² Veeleer gaat het mijns inziens om de vaststelling dat de moeder, ook al is helemaal niet vastgesteld of zelfs maar opgeworpen of onderzocht dat zij feitelijk bestuurder is, zelf onrechtmatige daden heeft verricht, die zij materieel ten uitvoer heeft gelegd via de dochter.

2. De Shell-klimaatzaak: Nederland alweer gidsland of de blinde leidt de blinde?

De inmiddels versleten uitdrukking ‘klap op de vuurpijl’ mag toch nog wel eens bovengehaald worden om de uitspraak in eerste aanleg van de rechtbank Den Haag in de Nederlandse klimaatzaak van Milieudefensie tegen Shell (26 mei 2021) aan te duiden.²⁰³ Deze uitspraak – waartegen Shell inmiddels hoger beroep heeft ingesteld – heeft terecht de internationale pers gehaald en verdient uitgebreide analyses die ze elders, buiten dit preadvies, zal krijgen. Ik beperk me tot enkele opmerkingen over een aantal (maar niet alle) aspecten van de beslissing die symptomatisch zijn voor bredere trends. Zoals inmiddels bekend legt de uitspraak aan Royal Dutch Shell als topholding van de Shell-groep de verplichting op om de CO₂-uitstoot van de Shell-groep vlugger af te bouwen dan Shell volgens de rechtbank van plan was.

De voor de juridische redenering in dit arrest meest cruciale overweging luidt als volgt: ‘De reductieverplichting van RDS vloeit voort uit de in artikel 6:162 BW neergelegde ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, die inhoudt dat handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt onrechtmatig is. Uit deze norm vloeit voort dat RDS bij het vaststellen van het concernbeleid voor de Shell-groep de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid in acht dient te nemen. Bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm komt het aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval.’ (r.o. 4.4.1). De rechtbank betreft vervolgens veertien factoren in de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Daaronder (1) de beleidsbepalende positie van RDS in de Shell-groep, (4) het recht op leven en een ongestoord gezinsleven van de Nederlandse ingezetenen en de inwoners van het Waddengebied, (5) de *UN Guiding Principles*, (6) de controle en invloed van RDS op de CO₂-uitstoot van de Shell-groep en haar zakelijke relaties en (12) ‘de verantwoordelijkheid van staten en de samenleving’ (sic).

Om op basis van een evaluatie van die veertien elementen tot de conclusie te komen dat Shell een zorgvuldigheidsplicht had die het schond, werd de rechtbank in hoge

202. H. Hansmann & R. Kraakman, ‘Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts’, *The Yale Law Journal* (100) 1991, nr. 7, p. 1879-1934.

203. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, beschikbaar via uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

mate geholpen doordat in de Urgenda-zaak reeds was geoordeeld dat de artikelen 2 en 8 EVRM bescherming bieden tegen de gevolgen van gevaarlijke klimaatverandering. De rechtbank leunt daarop bij haar bespreking van factor (4) die speelt bij de concretisering van de zorgvuldigheidsnorm, het recht op leven. De rechtbank is weliswaar van oordeel dat mensenrechten alleen tussen burgers en staten gelden en dat de eisers in de Shell-klimaatzaak geen *direct* beroep konden doen op mensenrechten tegen Shell (r.o. 4.4.9). Maar, aldus de rechtbank, gezien het fundamenteel belang van de mensenrechten en de waarden die zij voor de samenleving als geheel belichamen, kunnen zij *toch een rol spelen* in de verhouding tussen Milieudefensie c.s. (de eisers) en RDS. Ik onthoud mij hier van commentaar op deze redenering (u hoort mij nu misschien even snuiven), maar wil alleen maar, voor zover nog nodig, de lezer erop wijzen dat het recht op een niet al te gevaarlijk opwarmend klimaat inderdaad in een toenemend aantal gevallen door rechtbanken als een *recht* wordt gezien en hier (zoals in Urgenda) wordt gezien als een manifestatie van het recht op leven. We zien in de rechterlijke praktijk dus de constructie van een belangrijke brug tussen milieubekommernissen en mensenrechten.

De vijfde factor ter invulling van de zorgvuldigheidsnorm die de rechtbank inroept, zijn de UN Guiding Principles. De rechtbank erkent uitdrukkelijk dat de UN Guiding Principles slechts soft law zijn en zij 'roepen geen juridisch bindende verplichtingen in het leven' (r.o. 4.4.11), maar *toch* komt de rechtbank tot de conclusie dat 'de in de UNGP geformuleerde verantwoordelijkheid voor bedrijven om mensenrechten te respecteren een mondiale gedragsnorm [is]²⁰⁴ waaraan alle bedrijven geacht worden zich te houden' (r.o. 4.4.13). Nu wil ik wel aannemen dat alle bedrijven zich aan de mensenrechten te houden hebben. Onduidelijk is voor mij hoe een verwijzing naar de mensenrechten zoals behandeld in de UN Guiding Principles kan bijdragen tot een concrete invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Ik zie wel in hoe men, zoals de rechtbank in onderdeel 4 van haar overwegingen over de zorgvuldigheidsnorm doet, zich kan proberen te beroepen op een *concreet* mensenrecht (recht op leven en ongestoord gezinsleven) om de zorgvuldigheidsnorm in te vullen. Maar de UN Guiding Principles verwijzen naar de mensenrechten in het *algemeen* en de rechtbank maakt, in onderdeel 5 van haar overwegingen, niet duidelijk welke mensenrechten eventueel relevant zijn voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm zoals die in het concrete geschil moet ingevuld worden (laat staan dat de rechtbank aangeeft welke mensenrechten Shell mogelijks geschonden zou hebben). Mijn tweede twijfel die de verwijzing naar de UN Guiding Principles oproept, is dat de rechtbank duidelijk gelooft dat die Principles een maatschappelijke consensus uitdrukken, en daarom (en ook omdat de Europese Commissie verwacht dat bedrijven de mensenrechten respecteren) kunnen gebruikt worden om de zorgvuldigheidsnorm te concretiseren. De vraag rijst of men de zaak ook niet anders kan zien, en meer bepaald net omgekeerd kan redeneren dat het feit dat men er niet in geslaagd is de Guiding Principles bindend te maken, of misschien zelfs niet geprobeerd heeft dat te doen, net een sterke aanwijzing is dat er geen maatschappelijke consensus over de inhoud van die Principles is – waarbij ik onbesproken laat of het positiefrechtelijk correct is of beleidsmatig wenselijk dat bij

204. Men veronderstelt dat de rechter hiermee ook wilde zeggen dat mondiale normen ook in Nederland gelden, aangezien dit land onderdeel van de wereld is.

de invulling van de zorgvuldigheidsnorm beroep gedaan wordt op de door de rechter gepercipieerde maatschappelijke consensus. Hoe moet die maatschappelijke consensus overigens vastgesteld worden, en moet men daarbij bijvoorbeeld alleen rekening houden met de opvattingen van mensen als privéburger, of ook met de opvattingen van mensen als investeerder, of met de opvattingen ‘van ondernemingen’? Wegen de opvattingen van gewoon hoogleraren ondernemingsrecht of geaccrediteerde klimaatactivisten daarbij zwaarder dan die van hen die Hillary Clinton ‘deplorables’ zou genoemd hebben? Zou het in een staat waar er geen wettelijke regels over snelheid op de autosnelwegen bestaan, een rechter ontzegd moeten worden te oordelen dat op een drukke, natte en duistere snelweg 180 km/uur rijden van onzorgvuldigheid getuigde wanneer een week tevoren een landelijke opiniepeiling is gepubliceerd waaruit blijkt dat 60% van de ondervraagden vindt dat 180 km/uur rijden helemaal niet problematisch is, en 30% zelfs te kennen heeft gegeven dit als een soort ongeschreven grondrecht te beschouwen, een beetje zoals (het wel constitutioneel verankerde) *right to bear arms* voor sommige Amerikanen? Of zou de mening van die 60% als ‘maatschappelijke consensus’ moeten gezien worden die maatgevend is voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm door de rechter?

De rechtbank zet vervolgens het beleid, de beleidsvoornemens en de ambities van RDS voor de Shell-groep af tegen de uit de zorgvuldigheidsplicht afgeleide reductieverplichting van RDS en komt op basis daarvan tot de conclusie dat Shell ‘too little too late’ dreigt te doen, en legt daarom aan Shell op een reductie van CO₂-uitstoot door te voeren zodat die eind 2030 minstens 45% lager ligt dan in 2019, waarbij bij de berekening van de uitstoot ook ‘Scope 3-emissies’,²⁰⁵ via de klanten van Shell die Shell-producten kopen, moeten meegenomen worden.

Op zich is het niet abnormaal dat een rechter mee het beleid van een private onderneming gaat bepalen op basis van een klacht over niet-naleving van de zorgvuldigheidsnorm zoals die door de rechter wordt geïnterpreteerd. Dat is op zich geen *gouvernement des juges*. Als de asbestindustrie ten gronde wordt gericht door class actions die tot schadevergoedingsplichten en reputatieschade leiden waardoor de verdere productie van asbestproducten onrendabel wordt en sommige producenten misschien insolvent worden ten gevolge van de schadeclaims, dan kan men daarin ‘rechterlijk beleid’ zien of ‘regulering via de rechtbanken’, maar dat is dan een louter gevolg van de politieke keuze verankerd in ons rechtssysteem dat wie op foutieve wijze schade veroorzaakt, die schade moet vergoeden (indien dat gevraagd wordt). In België is indertijd vrij veel ophef veroorzaakt door een zaak waarin de voorzitter van de raad van bestuur van een moederverenootschap strafrechtelijk (!) werd veroordeeld, als medeplichtige van de vennootschap zelf, omdat de vennootschap milieuhinder (geurhinder) veroorzaakte en dit kwam omdat zij, in strijd met de toepasselijke wetgeving en vergunningen, bepaalde meer gesofisticeerde zuiveringsinstallaties niet geïnstalleerd had, wat volgens de rechter op zijn beurt mede veroorzaakt werd doordat de voorzitter van de *board*, die zich bewust was van het probleem, het thema nooit op de raad van bestuur geagendeerd had en daardoor ten onrechte geen poging had gedaan om die raad voldoende budget te laten vrij-

205. Volgens Shell zijn ‘scope 3-emissies’ verantwoordelijk voor 85% van zijn CO₂-emissies.

maken voor een adequate aanpak van de geurhinder die het productieproces van de onderneming veroorzaakte.²⁰⁶ Wat ik hiermee wil zeggen is: de beslissing hoeveel budget voor het milieubeleid van een vennootschap vrij te maken, is een schoolvoorbeeld van een beleidsbeslissing (blijkens de notulen van de raadsvergaderingen in de Belgische zaak waren verdere investeringen in zuiveringsinstallaties niet doorgevoerd omdat de kosten van dergelijke investering een gedeelte van de tewerkstelling in de fabriek in het gedrang hadden gebracht). Niettemin gaat een rechtbank helemaal haar boekje niet te buiten wanneer zij vaststelt dat uit de zorgvuldigheidsnorm in een concreet geval volgt dat de vennootschap meer had moeten doen om de schade die zich heeft voorgedaan, te voorkomen, zeker in een geval waarin de milieuvergunning van de vennootschap niet gerespecteerd was. Maar in de hier besproken Shell-klimaatzaak veroorlooft de rechter zich, dat is althans mijn indruk, om een intentieproces te maken: er wordt niet vastgesteld dat Shell ten tijde van het proces reeds tekortschiet in haar verplichtingen (voor zover zij die heeft) inzake CO₂-reductie. De rechtbank drukt wel haar oordeel uit (r.o. 4.5.2) – oordeel dat veel minder uitgebreid gemotiveerd wordt dan de gevaren van de klimaatopwarming en de concretisering van de zorgvuldigheidsnorm – dat de beleidsvoornemens en ambities van Shell nog een aanpassing van de businessplannen van RDS vereisen, en vooral dat het beleid, de beleidsvoornemens en ambities van RDS te weinig concreet, nader uit te werken en niet-bindende voornemens op langere termijn zijn, die bovendien niet onvoorwaardelijk geformuleerd zijn. Daarom, aldus de rechtbank, stroken de beleidsvoornemens en ambities van RDS niet met haar reductieverplichting, zodat de rechtbank ‘het gevorderde bevel, dat strekt tot nakoming van deze rechtsplicht, moet toewijzen’ (r.o. 4.5.3). De rechtbank geeft bij herhaling aan dat het slechts gaat om ‘dreigende’ schending van de reductieverplichting en, vanuit het perspectief van de eisers bekeken, ‘dreigende belangenschending’. Het komt mij voor dat, wat ook de gevestigde opvattingen daarover naar Nederlands recht zouden zijn, een rechter extra terughoudend zou moeten zijn bij de evaluatie van het beleid van een ondernemingsgroep wanneer hij zeer verregaande maatregelen wil opdringen en er nog geen schending van een verplichting is vastgesteld, maar slechts een dreigende schending, en dit zelfs wanneer het proces zich afspeelt binnen de context van een van de belangrijkste planetaire problemen, de opwarming van de aarde. Ik herhaal: de traditionele opvatting, minstens in het aansprakelijkheidsrecht ingebakken theorie is dat wanneer iemand zich onzorgvuldig gedraagt maar geen schade veroorzaakt (en geen wet noch recht schendt noch zich schuldig maakt aan burenhinder), de rechter hem, wettelijk geregelde uitzonderingen niet te na gesproken, geen verbod kan opleggen zich verder onzorgvuldig te gedragen. In die zin is er geen plicht zich voortdurend zorgvuldig te gedragen, er bestaat alleen een verplichting opgelegd door het rechtssysteem om desgevraagd de schadelijke gevolgen van onzorgvuldig gedrag ongedaan te maken door de slachtoffers (in natura of via vervangende schadevergoeding) te vergoeden. In de Shell-klimaatzaak heeft het er veel van weg dat de rechter een soort *preventief herstel in natura* van mogelijke toekomstige potentiële schade heeft bevolen, en dit op een moment dat nog niet is vastgesteld dat Shell enige norm heeft geschonden.

206. Hof Gent 25 november 2011, TRV 2012, nr. 8, p. 711-734.

Dit is des te problematischer nu de rechter de zorgvuldigheidsplicht die hier speelt, afleidt uit enerzijds een aantal normen die ofwel voor niemand bindend zijn (soft law) ofwel zich primair tot de overheid richten, en anderzijds uit de feitelijke mogelijkheid van RDS om doorheen de hele groep in te grijpen om aldus de aanzienlijke CO₂-uitstoot die de groep rechtstreeks veroorzaakt maar vooral onrechtstreeks bij zijn klanten (!) faciliteert (door bijv. olieproducten te verkopen). Maar zoals in de Britse rechtspraak gezegd werd: een mogelijkheid om in te grijpen is niet de grondslag van een juridische plicht om in te grijpen. Ik neem aan dat dit in Duitsland, België en het VK (misschien wel mondiaal?) geldende principe ook onderliggend is aan de in Nederland geldende rechtsopvattingen. Dit zou des te meer moeten klemmen nu het 'kwaad' waarop Shell kon ingrijpen – de productie en verkoop van CO₂-emissieveroorzakende producten en de emissies van de klanten die die producten kopen – *op zich* uiteraard geen onrechtmatige daden zijn, noch onzorgvuldig gedrag, noch schending van een rechtsplicht. U kijkt met mij ongetwijfeld likkebaardend uit naar de beslissing in hoger beroep.

Conclusies

Ik ben deze tekst begonnen met een metafoor over de ESG-golf die in 2019 op Europese stranden is aangespoeld, ik wil eindigen met een goedkopere vergelijking met een vulkaanuitbarsting. Al decennialang ijveren activisten voor verantwoordelijker gedrag van grote ondernemingen. In de praktijk gaf dit niet echt aanleiding tot een grote toename van de bindende regulering of handhaving tegenover ondernemingen van mensenrechten, klimaatregels of standaarden over tewerkstelling. In corporate governance-discussies werden de aandeelhouder en zijn belangen centraal gesteld, en de private equity-industrie, waarbinnen de centrale doelstelling is ondernemingen te kopen om ze na herstructurering met winst verder te verkopen, kende de voorbije veertig jaar een enorme bloei. De rechten van aandeelhouders als investeerder en als governance-speler werden de voorbije dertig jaar alleen maar versterkt. Nu, na de grote financiële crisis en terwijl een onrustwekkende klimaatcrisis zich ontrolt maar de internationale gemeenschap ook bereidheid toont om decennialang geïnstitutionaliseerde belastingontwijking mechanismen aan te pakken, is de lava die ESG-activisten zijn, plots door de aardkorst heen gebroken. De grote pyroclastische ontploffing komt er wellicht nooit, net omdat de lava wel met grote snelheid en in alle richtingen van de vulkaanflanken stroomt.

Voor een jurist is een van de belangrijkste maar ook merkwaardigste vaststellingen dat in dit nieuwe klimaat *soft law*-normen weliswaar *soft law* blijven in die zin dat degene die de norm vastgesteld heeft (bijv. de VN-mensenrechtencommissie), hem niet verbindend wil maken en daartoe ook vaak noch de publiekrechtelijke bevoegdheid noch de politieke macht had, maar dat die normen toch via omwegen gehandhaafd worden alsof ze juridisch bindend zijn. Er zijn hoofdzakelijk twee wegen waarlangs ESG *soft law*-normen harde juridische gevolgen krijgen. Vooreerst (en voorspelbaar) is de algemene (delictuele) zorgvuldigheidsnorm een belangrijke invalspoort: in de Nederlandse Shell-klimaatzaak-uitspraak werd aan de hand van een reeks niet-verbindende *soft law*-instrumenten, gekoppeld aan het wel voor staten maar niet voor private ondernemingen verbindende Klimaatakkoord van Parijs, bepaald hoe de zorgvuldigheidsnorm voor Shell moest ingevuld worden, en

werden als gevolg daarvan harde verplichtingen tot een versnelde reductie van CO₂-uitstoot aan Shell opgelegd.²⁰⁷ De tweede invalspoor is innovatiever van aard: er worden mensenrechten- en ESG *due diligence*-verplichtingen die zich uitstrekken over de ganse waardeketen van een onderneming opgelegd, en bij de omschrijving van hoe die *due diligence*-verplichting concreet moet ingevuld worden (opdat de onderneming zich niet zou blootstellen aan het verwijt dat zij onzorgvuldig is geweest bij het doorvoeren van de *due diligence*, en daarom risico loopt op civiele aansprakelijkheid of boetes), wordt in de wetgeving verwezen naar soft law-instrumenten zoals de verschillende OECD *due diligence*-handleidingen en de UN Ruggie-principes.²⁰⁸ Een vergelijkbare aanpak zien we in het Ontwerp van Europese richtlijn dat het Europees Parlement voegde bij een resolutie die het aannam op 10 maart 2021. Een en ander is des te opvallender nu die soft law-instrumenten zich soms primair tot de overheid en niet tot ondernemingen richten en vaak slechts voorbeelden van *best practices* bevatten, eerder dan inspanningsverbintenissen.

Een en ander leidt ertoe dat op de Europese topholdings van multinationale groepen via het onrechtmatigedaadsrecht en de nieuwe *due diligence*-verplichtingen een zekere concerncontroleplicht (*Konzernleitungspflicht*) wordt opgelegd, ook wanneer er niet alleen geen wetteksten (nationaal of internationaal) zijn die zulke plicht in het algemeen, buiten de ESG-context, opleggen, maar ook in gevallen waarin dergelijke verplichtingen in een binnenlandse of zelfs Europese context wellicht niet ter sprake zouden komen. Wat daar ook van zij, wanneer men een moeder op basis van onrechtmatige daad aansprakelijk acht voor delicten die minstens materieel veroorzaakt zijn door de dochter, ligt daarin onvermijdelijk de gedachte verscholen dat de moeder een plicht heeft om de gang van zaken bij haar dochters te ‘bewaken’ en indien nodig ook in te grijpen. Dergelijke groepswijde risicomangementplicht is alleen niet nodig als verklaring van de delictuele aansprakelijkheid van de moeder wanneer men zou aannemen dat er risicoaansprakelijkheid is van moeders voor onrechtmatige daden van hun dochters, maar dergelijke risicoaansprakelijkheid wordt momenteel zeker niet aanvaard. De Duitse jurist Alexander Schall heeft, onder verwijzing naar de rechtspraak van het Bundesgerichtshof, erop gewezen dat een feitelijke verhinderingsmogelijkheid (van een onrechtmatige daad door de dochter) geen juridische plicht tot verhindering (door de moeder van dat delict bij de dochter) met zich meebrengt; als op de lachspieren werkende maar niettemin nuttige illustratie stelt hij dat de eigenaar van een stuk grond waarop een bananenschil ligt die gevaarlijk is voor betreders van het stuk grond, die bananenschil dient te verwijderen, ook wanneer niet hij of zijn gezinsleden de schil daar gegooid hebben; dat daarentegen diezelfde persoon geen verplichting heeft om eenzelfde bananenschil die op een gevaarlijke plaats op de openbare weg ligt te verwijderen, ook niet wanneer dat voor hem een kleine moeite is en hij op die manier een potentieel ongeluk zou kunnen voorkomen.²⁰⁹

207. Reductie van CO₂-uitstoot met 45% tegenover 2019 tegen 2030.

208. OECD, ‘Due Diligence Guidance For Responsible Business Conduct’, 2018, 96p; United Nations, ‘Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs)’, 2011, 35p.

209. A. Schall, ‘Die Mutterverantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen ihrer Auslandstöchter’, ZGR (47) 2018, nr. 2-2, p. 488, onder verwijzing naar BGHZ 194, 26, NJW 2012, 3440.

Vooral de nieuwe leveranciersketenaansprakelijkheid (= due diligence-aansprakelijkheid) lijkt soms minder ingegeven door juridische redeneringen dan door de overtuiging dat het wenselijk is ‘westerse’, ‘geavanceerde’ normen over veiligheid, milieu, enz. af te dwingen in economisch minder ontwikkelde landen waar economische activiteiten plaatsvinden, nu beleidsmakers in die landen niet bereid zijn gevonden ter plaatse gelijkwaardige normen op te leggen of hun overheidsapparaat niet in staat is de plaatselijke normen af te dwingen. Men kan dit beschouwen als een niet noodzakelijk wenselijke export van ‘rijkelandennormen’ naar het ‘globale zuiden’; maar men kan ook omgekeerd, mijns inziens overtuigender, argumenteren dat wanneer een westerse organisatie haar productie elders organiseert, zij voor bepaalde fundamentele, met name aan de mensenrechten rakende normen (bijv. niet wat loonniveau betreft, wel wat veiligheid op het werk betreft) aan dezelfde minimumstandaarden als in haar ‘thuisland’ (land van de topholding) gehouden moet worden.

Er is duidelijk een toenemende tendens om het recht op een schoon milieu en een niet al te zeer door mensentoe doen opwarmend klimaat als een mensenrecht te beschouwen en van daaruit, als het ware in omgekeerde richting, te redeneren dat wanneer activiteiten van een onderneming dat mensenrecht in het gedrang brengen, die activiteiten wel als onrechtmatige daad moeten beschouwd worden. Ik vind dat het debat over de vraag of er een mensenrecht bestaat op een niet al te zeer opwarmend klimaat, nog niet in positieve zin beslecht is. Daarenboven vind ik het problematisch om elke feitelijke gedraging die het genot van dergelijk beweerd mensenrecht dreigt te bemoeilijken – dat wil zeggen, elke gedraging die, al zou haar causale bijdrage nog zo miniem zijn, mogelijks tot opwarming bijdraagt – als juridisch onrechtmatig te beschouwen.

Zoals al besproken in de afdeling over ‘due diligence’ heeft sommige wetgeving over risicomangement van de leveranciers- of waardeketen tot gevolg dat niet duidelijk is hoe ver de zorgplichten van de moederverenootschap zich uitstrekken. Dit lijkt strijdig met het axioma dat elk aansprakelijkheidsregime, ondanks alle belangrijke technische verschillen tussen die regimes over bijvoorbeeld het belang van voorzienbaarheid, kenmerkt, namelijk dat het niet redelijk is iemand delictueel aansprakelijk te houden op een gebied waarvan hij onmogelijk kon weten dat ook dat gebied tot zijn zorgplichtsfeer behoorde.

Meer algemeen is er een punt waarop de Duitse hoogleraar en voormalig lid van het Bundesverfassungsgericht di Fabio gewezen heeft:²¹⁰ terecht bestrijden wetgever en rechtspraak ontduiking van regels door het opsplitsen van activiteiten over aparte entiteiten of doorheen verschillende jurisdicties, of door uitbesteding aan onderaannemers (platformmodel van een onderneming als Uber, onder veel andere). Zulke *regulatory arbitrage* moet bestreden worden. Maar omgekeerd zien we een evolutie waarbij de individuele persoon (inclusief rechtspersoon) niet meer het centrale toerekeningspunt van verplichtingen, verantwoording en aansprakelijkheid zal blijven. Dat is een neutrale vaststelling, en op zich geen kritiek. Maar voor de

210. U. di Fabio, ‘Metamorphosen der Zurechnung. Droht der Verlust personaler Rechtssubjektivität?’, *JZ* 2020, p. 1073-1079.

privaatrechtsgeleerde is het een interessante ontwikkeling. Kritiek verdient wel de extreme aanpak waarbij de aparte rechtspersoonlijkheid of het feit dat verschillende jurisdicties verschillende regels opleggen, op een *onvoorspelbare* manier opzijgeschoven wordt, zonder dat een organisatie weet welk onderdeel van de organisatie zich aan welke regels moet houden, met name ook doordat via het algemene zorgvuldigheidsconcept alle normen dreigen overkoepeld maar vooral opzijgeschoven te worden door een door de rechter ‘gevonden’ norm die eerder de ethische opvattingen van de rechter dan een op voorspelbare criteria gesteunde norm weerspiegelt.

De Shell-klimaatzaak illustreert dat aloude vragen rond de wenselijkheid van een beleid van de rechter/*gouvernement des juges* opnieuw/ook in ESG-context actueel zijn. Een rechter die gevraagd wordt te oordelen over een beweerde onrechtmatige daad, mag niet aan rechtsweigeren doen en moet de ontvankelijke vordering inhoudelijk beantwoorden. Als hij tot het besluit komt dat een gedraging/nalatigheid onrechtmatig was, moet hij dat oordeel uitspreken (en er de passende sanctie aan verbinden). Men mag de rechter niet verhinderen zijn taak te doen met het argument dat hij geen beleid mag voeren door normen in te vullen waar regelgevers zoals de wetgever dat hebben nagelaten, of dat hij het gelijkheidsbeginsel schendt door slechts enkelingen (zoals Shell in de CO₂-zaak) die ‘eruit gepikt’ zijn door de eisers te veroordelen. Veronderstel dat er geen enkele wettelijke regel bestond over de snelheid op autosnelwegen. Dat zou een rechter niet verhinderen om terecht vast te stellen dat zich voortbewegen met een snelheid van 180 km/uur op een drukke en bovendien natte snelweg onzorgvuldig en onrechtmatig gedrag is, en een automobilist die aan die snelheid een ongeval veroorzaakt en daardoor veroordeeld werd, zou ook niet over gelijke behandeling kunnen klagen op basis van de vaststelling dat er die dag minstens honderd anderen op de Nederlandse snelwegen 180 km/uur gereden hadden zonder daarvoor aangepakt te worden. Toch lijkt de Shell-zaak mij op minstens twee vlakken anders dan het net genoemde autosnelwegvoorbeeld. Vooreerst is in de Shell-zaak allesbehalve helder dat Shell reeds schade veroorzaakt heeft; het doet denken aan het veroordelen, in een land waar geen wettelijke snelheidsnormen bestaan (per hypothese), van een automobilist die 180 km/uur rijdt *maar geen ongevallen heeft veroorzaakt*, met als argument dat zijn gedrag gevaarlijk is (onverantwoorde risico’s veroorzaakt) en moet afgeremd worden (mede als voorbeeld voor anderen, die moeten afgeschrikt worden hem na te volgen). Een rechter die dergelijke automobilist zou veroordelen zou wél verweten kunnen worden beleid te voeren ten koste van een correcte toepassing van het aansprakelijkheidsrecht (geen sanctie voor het loutere begaan van een onzorgvuldigheid wanneer daaruit geen schade is voortgevloeid, enkel met de bedoeling een afschrikwekkend effect te hebben). In de Shell-zaak is er bovendien de vaststelling dat er *wel* specifieke regels over emissies en de reductie daarvan bestaan. In zo een context is het heel wat delicaat vast te stellen dat een organisatie die geen enkele van die specifieke normen geschonden heeft, zich *toch* bezondigd heeft aan onzorgvuldigheid door zijn emissies niet voldoende snel te reduceren/onvoldoende voorbereidende inspanningen op dat vlak te leveren. In zo een context is het bovendien begrijpelijker dat een CO₂-emittent zich ongelijk behandeld voelt wanneer hij gevisereerd wordt maar andere producenten niet, die prima facie even weinig doen om hun

emissies te reduceren, of die, zoals de Chinese elektriciteitsproducenten die op kolen werken, een wellicht veel grotere impact op het probleem hebben.²¹¹

Het is duidelijk dat Europa in het ESG-debat een voortrekkersrol speelt, vooral bij het opleggen van dwingende normen. In de Verenigde Staten werkt men evenzeer als hier aan regelgeving om sustainability disclosures te stroomlijnen, teneinde de werking van de financiële markten die geld richting duurzame ondernemingen willen kanaliseren, te verbeteren. Er is ook een Californisch *due diligence*-initiatief,²¹² maar dat is eerder tam (het lijkt nogal op de Britse Modern Slavery Act) en niet van hetzelfde ingrijpende gehalte als de Franse en Duitse *due diligence*-wetgeving, laat staan dat er op federaal niveau plannen bestaan die vergelijkbaar zouden zijn met wat de ontwerprichtlijn van het Europees Parlement van 10 maart 2021 voorziet. Zorgen over de concurrentiepositie van Europese bedrijven lijken momenteel bij Europese beleidsmakers op de achtergrond verdwenen te zijn tegenover de wens het bedrijfsleven langs juridische weg te dwingen een steentje bij te dragen aan de strijd tegen de klimaatopwarming maar ook de strijd tegen mensonwaardige praktijken bij (buitenlandse, vaak niet-Europese) vestigingen van Europese groepen. Persoonlijk juich ik deze ingesteldheid na decennia van beleid dat er in sommige domeinen op gericht leek regulatory arbitrage te faciliteren,²¹³ toe. Maar ik betreur wel sommige juridische technieken die men inzet om ESG-beleidsdoelen na te streven. Het lijkt verkieslijk dat collectieve problemen door regulering (die technisch goed in elkaar zit in tegenstelling tot de eerste generatie *due diligence*-regels, die vooral met het rechtszekerheidsgebod onverenigbaar zijn) die democratisch, na politiek gebakkelei waar onder meer zowel ngo-activisten als onderneminglobby's hun werk kunnen doen, tot stand komt, eerder dan via rechtspraak die het schadevergoedingsrecht lijkt te willen transformeren tot een instrument van private regulering waarvan de inhoud wordt bepaald door de preferenties van een handvol rechters (die misschien slachtoffer zijn van eerlijk zelfbedrog en menen dat hun perceptie van wat er leeft in de maatschappij overeenstemt met een consensus over wat maatschappelijk betamelijk is).

-
211. Men zou zelfs verder kunnen gaan en zich afvragen of de Shell-rechter niet verplicht zou zijn om, desgevraagd, ook een onrechtmatige daad vast te stellen in hoofde van een academicus die heel vaak naar internationale congressen vliegt terwijl de trein ook een adequaat maar veel minder CO₂-uitstotend vervoermiddel zou zijn, minstens dat de universiteit die dergelijke vliegtuigreizen nog toelaat, zich, in de logica van de Shell-uitspraak, aan een onrechtmatige daad schuldig maakt. Ik vrees dat sommige lezers zulke voorbeelden, net als dat van de automobilist, belachelijk zullen vinden, maar volgens mij zijn het goede voorbeelden — daarover wou ik even de twijfel bij de lezer wegnemen — die heel ernstige vraagstukken over ons rechtssysteem illustreren.
212. California Transparency in Supply Chains Act 2012.
213. Begrijpt u me niet verkeerd: ik ben een grote voorstander, binnen de EU, van een ruim geïnterpreteerde vrijheid van vestiging en vind economische globalisering een evolutie die men grosso modo zijn werk moet laten doen. Het perfide soort internationale competitie bestond daarentegen bijvoorbeeld uit pogingen de fiscale wetgeving zo te herschrijven dat zij 'base erosion' aanmoedigde of minstens bewust faciliteerde, of waarbij de City of London zo belangrijk werd voor de Britse economie dat bankregulering te weinig robuust werd gemaakt om systemische risico's te helpen voorkomen.

We leven, sinds kort en wellicht alleen in het ‘fringe’ gebied dat West-Europa is, in tijden van Moreel Geld.²¹⁴ Onafhankelijke juristen, zoals academici zouden moeten zijn, kunnen er zich voor inzetten dat de geschikte juridische technieken worden gebruikt om de doelstellingen van de legitieme beleidsmakers te vertalen in een normatief kader dat op voet van gelijkheid op iedereen wordt toegepast. We mogen daarbij van de beleidsmakers eisen dat zij rechtszekerheid creëren (bijv. over de reikwijdte van *due diligence*-verplichtingen, over welke sustainability disclosure-norm een vennootschap moet toepassen) en dat zij regulerend optreden, zodat het terrein niet overgelaten wordt aan initiatieven die vennootschappen uit welwillendheid ontplooiën op cruciale gebieden als arbeidsomstandigheden of klimaatopwarming, noch aan activistische rechters. En als academisch jurist kunnen we ten slotte pogen om niet-juristen, maar ook een enkele collega, te bevrijden van de illusie dat vooruitgang op ESG-gebied kan bereikt worden door een algemeen geformuleerde zorgplicht aan bestuurders en commissarissen van vennootschappen op te leggen, of door, wat hetzelfde is, een wettelijke definitie van het vennootschapsbelang te geven.

214. De naam (‘Moral Money’) van de naar verluidt zeer populaire en in elk geval onmisbare nieuwsbrief over ESG & business van de *Financial Times*.

De juridisering van mensenrechten due diligence

Prof. mr. M.W. Scheltema^{*}

1 Inleiding

1.1 Algemeen

In dit preadvies staat de juridisering van mensenrechten *due diligence* centraal. Hoewel dit niet als een juridische verplichting is ontworpen, begint dit wel steeds meer een juridische verplichting te worden.

Het is daarom goed stil te staan bij de vraag wat mensenrechten due diligence inhoudt. Daarna ga ik in op de juridisering van dit begrip door het opnemen van mensenrechten due diligence verplichtingen in wetgeving, door middel van sectorconvenanten en door de invulling van open normen met een dergelijke verplichting in de rechtspraak.

Vervolgens zal ik de inhoud van mensenrechten due diligence uitwerken in waardeketens waarin een onderneming zaken en/of grondstoffen niet zelf produceert maar inkoop bij leveranciers. Ook ga ik in op mensenrechten due diligence in verband met het klimaat, zoals de rechtbank Den Haag die recent heeft vastgesteld, en in verband met *digital technologies*.

Ik sluit af met een korte observatie over de rol van de bedrijfsjurist in dit kader.

1.2 Het begrip mensenrechten due diligence¹

Het begrip due diligence wordt meestal in verband gebracht met het uitvoeren van onderzoek naar de (juridische) risico's die voor een onderneming verbonden zijn aan bepaalde activiteiten, bijvoorbeeld in het kader van een overname, fusie of bij het doen van investeringen.² Mensenrechten due diligence (hierna ook kortweg aangeduid met MRDD) heeft echter een ander karakter omdat dit juist is gericht op risico's die ondernemingsactiviteiten voor derden veroorzaken en doorlopend

^{*} Martijn Scheltema is partner bij Pels Rijcken, hoogleraar aan de Erasmus Universiteit en voorzitter van de geschillencommissies van de IMVO-kleding en natuursteenconvenanten.

1. Deze paragraaf is ontleend aan M.W. Scheltema, 'OESO due diligence en klimaat: een goede en praktisch hanteerbare combinatie?', in: Ch.W. Backes e.a. (red.), 2030: *Het juridische instrumentarium voor mitigatie van klimaatverandering, energietransitie en adaptatie in Nederland* (VMR 2020-1), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 97-114, onder 2.
2. Zie daarover uitgebreider T.E. Lambooy, *Corporate Social Responsibility. Legal and semi-legal frameworks supporting CSR. Developments 2000-2010 and case studies* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 282-283, 287-290; J. Bonnitca & R. McCorquodale, 'The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights', *EJIL* 2017, afl. 3, p. 901-902; L.S. Spedding, *Due Diligence Handbook. Corporate Governance, Risk Management and Business Planning*, Amsterdam/Boston/Londen: CIMA 2009, p. 3-4.

moet worden uitgevoerd.³ OESO due diligence is gebaseerd op de richtlijnen van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO). De OESO-Richtlijnen, die inmiddels zijn onderschreven door 48 landen (waaronder bijna alle EU-lidstaten), zijn voor het eerst in 1976 gepubliceerd. In 2011 zijn deze richtlijnen herzien, mede om deze in overeenstemming te brengen met het Verenigde Naties (VN)-raamwerk 'Protect, Respect, Remedy' en de bijbehorende United Nations Guiding Principles on Business Human Rights (UNGPs).⁴ De OESO-Richtlijnen bevatten richtsnoeren op het gebied van diverse onderwerpen op het terrein van verantwoord ondernemen. Naast algemene beginselen bevatten deze richtsnoeren aanbevelingen voor specifieke onderwerpen op het terrein van verantwoord ondernemen. Deze richtsnoeren zijn verder uitgewerkt in zogenoemde *guidance*-documenten, die zowel voor specifieke terreinen (zoals *conflict minerals*) als ook in het algemeen voor due diligence zijn opgesteld.⁵

De OESO-Richtlijnen geven aan dat multinationale ondernemingen een doorlopend due diligence-proces moeten implementeren, dat zes stappen bevat en er schematisch als volgt uitziet:⁶

3. O. Martin-Ortega, 'Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last?', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2014, afl. 1, p. 50; C.C. van Dam, 'Corporate governance en respect voor mensenrechten', in: M. Lückereath-Rovers e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2018-2019*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 106; K. Buhmann, 'Public Regulators and CSR: The "Social Licence to Operate" in Recent United Nations Instruments on Business and Human Rights and the Juridification of CSR', *Journal of Business Ethics* 2016, afl. 4, p. 708; C. Shavin, 'Unlocking the Potential of the New OECD Due Diligence Guidance on Responsible Business Conduct', *Business and Human Rights Journal* 2019, afl. 1, p. 145.
4. OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Parijs: OECD Publishing 2011, p. 3-4. Zie ook P. Simons, 'The governance gap: multistakeholder and intergovernmental initiatives', in: P. Simons & A. Macklin, *The Governance Gap. Extractive industries, human rights, and the home state advantage*, Abingdon/New York: Routledge 2014, p. 102-103. Zie voor de UNGPs zelf ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.
5. Zie voor de algemene guidance OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, Parijs: OECD Publishing 2018, te raadplegen via oecd.org/investment/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm (OECD 2018a) en voor de specifieke terreinen: OECD, *OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains*, Parijs: OECD Publishing 2016; OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, Parijs: OECD Publishing 2016; OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector*, Parijs: OECD Publishing 2018 (OECD 2018b); OECD, *OESO Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting: Key considerations for banks implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Parijs: OECD Publishing 2019. Zie voor meer sectorspecifieke guidances mneguidelines.oecd.org.
6. OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 21.

HET DUE DILIGENCE-PROCES & ONDERSTEUNENDE MAATREGELEN



Allereerst moeten bedrijven dus een beleid opstellen om dit due diligence-proces vorm te geven. Een effectief beleid is volgens de OESO voor het publiek kenbaar, goedgekeurd op het hoogste niveau van de onderneming, ontwikkeld met gebruikmaking van de kennis van relevante interne en/of externe expertise en onder consultatie van relevante externe belanghebbenden.⁷ Dit beleid moet vervolgens ook op operationeel niveau worden geïmplementeerd.⁸

Vervolgens moeten bedrijven onderzoek doen naar de (potentiële) risico's op het terrein van verantwoord ondernemen die verbonden zijn aan hun activiteiten, waaronder toeleveringsketens en zakenrelaties (hierna kort aangeduid als 'waardeketens').⁹ In dat verband moeten onder meer de toeleveringsketens in kaart worden gebracht en kan informatie worden verzameld over significante risico's in de sector ten aanzien van producten en daarvoor gebruikte grondstoffen, in bepaalde landen of regio's of die volgen uit het beleid van een onderneming bijvoorbeeld ten aanzien van de inkoop.¹⁰ Wanneer de relevante risico's in kaart zijn gebracht, kan een prioritering plaatsvinden al naar de gelang de significantie van de risico's.¹¹ De aard van de ondernemingsactiviteiten kan daarvoor relevant zijn: zo brengen de ontwikkeling van een olieveld of een haven andere risico's mee dan de inkoop van kleding.¹²

7. OECD 2019, p. 32-33.

8. OECD 2019, p. 32-33.

9. OECD 2018a, p. 25, 62.

10. OECD 2018a, p. 25, 63.

11. De OESO heeft daarvoor op verschillende deelgebieden handreikingen ontwikkeld. Zie OECD 2018a, p. 21.

12. OECD 2018a, Q24, p. 66.

Daarna kunnen concrete risico's of daadwerkelijke ongunstige maatschappelijke effecten worden geïdentificeerd en beoordeeld.¹³ Hoe ver dit onderzoek moet gaan, hangt af van de omstandigheden en de soort/grootte van de onderneming.¹⁴ Vervolgens moet een onderneming beoordelen op welke wijze zij bij de geïdentificeerde (potentiële) negatieve effecten is betrokken. Onderzocht moet worden of zij de veroorzaker is, dan wel een bijdrage heeft geleverd, levert of 'direct verbonden' is met die effecten. Een onderneming heeft de ongunstige effecten veroorzaakt, wanneer haar eigen activiteiten voldoende zijn om de ongunstige effecten in het leven te roepen. Een onderneming heeft bijgedragen aan de ongunstige effecten, wanneer de combinatie van haar activiteiten met de activiteiten van een ander de ongunstige effecten in het leven hebben geroepen. Zo kan een onderneming ervoor hebben gezorgd of er nog steeds voor zorgen dat ongunstige effecten met een andere entiteit zijn of worden veroorzaakt of kan een onderneming de ongunstige effecten, die zijn of worden veroorzaakt door een ander, hebben gefaciliteerd of verergerd of nog steeds faciliteren of verergeren.¹⁵ Een onderneming is 'direct verbonden' wanneer de ongunstige maatschappelijke effecten zijn veroorzaakt door een ander en de onderneming via haar diensten, producten, activiteiten of zakenrelaties in verband kan worden gebracht met de veroorzaker. Een onderneming dient vervolgens gepaste maatregelen te nemen om de negatieve effecten te adresseren, waarbij de mate van betrokkenheid bij die negatieve effecten (veroorzaker, bijgedragen aan of direct verboden) bepalend is.¹⁶

De derde stap van OESO due diligence ziet op maatregelen die ongunstige effecten kunnen voorkomen, beëindigen of verzachten. Uiteraard staat het voorkomen van negatieve effecten voorop. Pas als ongunstige effecten niet voorkomen kunnen worden, dient de betrokken onderneming maatregelen te nemen die de negatieve effecten verzachten.¹⁷ Gedacht kan worden aan het geven van trainingen en technische investeringen die risico's op ongunstige effecten verminderen.¹⁸ Overigens zal een onderneming het negatieve effect niet altijd zelf veroorzaken of daaraan bijdragen. De onderneming kan dan de invloed die zij heeft gebruiken om de zakenrelatie ertoe te bewegen de activiteit te stoppen of aan te passen ter vermindering van daadwerkelijke ongunstige effecten en ter voorkoming en vermindering van toekomstige negatieve effecten. Daarbij kunnen ook overheidsinstanties in het land van de zetel van de onderneming worden betrokken.¹⁹ De invloed die een multinationale onderneming heeft op een zakenrelatie kan te beperkt zijn om een gedragsverandering bij die zakenrelatie teweeg te brengen. Dan moet de invloed op deze zakenrelatie waar mogelijk worden vergroot. In de OESO Due Diligence Guidance wordt in dat verband gewezen op initiatieven waarbij meerdere bedrijven

13. OECD 2018a, p. 26-27.

14. OECD 2011, p. 20; zie ook OECD 2018a, p. 31, 61; Simons & Macklin 2014, p. 297.

15. In de OECD Due Diligence Guidance wordt wel geëist dat de bijdrage 'substantieel' is, hetgeen betekent dat niet iedere geringe betrokkenheid van de onderneming gelijk staat aan een 'bijdrage' zoals hier bedoeld.

16. OECD 2018a, Q29, p. 70-72.

17. OECD 2018a, p. 16, 74.

18. OECD 2018a, p. 75.

19. OECD 2018a, Q36, p. 78; OECD, *OECD Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting: Key considerations for banks implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Parijs: OECD Publishing 2019, p. 49.

in de sector betrokken zijn.²⁰ Dergelijke initiatieven kunnen door de samenwerking tussen belanghebbenden vaak meer voor elkaar krijgen dan individuele bedrijven, bijvoorbeeld door het ontwikkelen van gezamenlijke *best practices*, en kunnen bijvoorbeeld ook monitoring door derden verplicht stellen. Te denken valt aan initiatieven (met certificering) zoals Fair Wear, UTZ/Rainforest en FairTrade. Hierna wordt specifiek nog ingegaan op (certificerings)initiatieven in verband met klimaat. Een onderneming dient ook de effectiviteit van genomen maatregelen periodiek te evalueren en de implementatie van due diligence-processen te beoordelen. Deze evaluatie of beoordeling moet plaatsvinden op basis van passende kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren.²¹

De vijfde stap betreft communicatie en rapportage over het beleid op het terrein van verantwoord ondernemen. Het naar buiten toe communiceren over het gevoerde due diligence-beleid moet op zo toegankelijk mogelijke wijze gebeuren voor alle doelgroepen van de onderneming.²²

Ten slotte dient een onderneming die een negatief effect veroorzaakt of daaraan bijdraagt een geschikte vorm van herstel te bieden. Welke vorm van herstel geschikt is, hangt af van de aard en de reikwijdte van het ongunstige effect. In de term 'herstel' wordt in de OESO-Richtlijnen begrepen het bieden van of deelnemen aan legitieme processen voor herstel en maatregelen die, als uitkomst van de processen, de betreffende toestand herstellen.²³ Het bieden van herstel maakt overigens als zodanig geen deel uit van OESO due diligence. Het komt immers pas aan de orde wanneer een onderneming tot de conclusie is gekomen dat ze een ongunstig effect heeft veroorzaakt of daaraan heeft bijgedragen.²⁴ Via een klachtenmechanisme (op operationeel niveau) kunnen echter ook nieuwe potentiële en daadwerkelijk ongunstige effecten ter kennis van de onderneming worden gebracht. Een klachtenmechanisme (op operationeel niveau) kan dus nieuwe informatie in het due diligence-proces van de onderneming opleveren, naast de functie als procedure die de onderneming en haar *stakeholders* kunnen gebruiken in verband met het bieden van herstel.²⁵

20. OECD 2018a, Q 37, p. 72, 75 en 79. Zie ook H. Hofmann, C. Schleper & C. Blome, 'Conflict Minerals and Supply Chain Due Diligence: An Exploratory Study of Multi-tier Supply Chains', *Journal of Business Ethics* 2018, afl. 1, p. 127.

21. OECD 2018a, p. 82-83. Zie ook OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, Parijs: OECD Publishing 2016, p. 18-19 en 46.

22. OECD 2018a, p. 85-87; OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 17-20.

23. OECD 2018a, p. 35, 88-89; zie ook OECD, *Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting: Key considerations for banks implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Parijs: OECD Publishing 2019, p. 59; OECD 2011, par. 46, p. 34; OECD, 2018b, p. 99-100.

24. OECD 2018a, Q46, p. 88.

25. OECD 2018a, Q46, p. 88.

2 Schets Nederlandse situatie

2.1 Wetgeving

In het voorgaande onderdeel van dit preadvies is al uitvoerig ingegaan op de ontwikkelingen op het gebied van (Europese) wetgeving op dit terrein. Ik ga nog enigszins beknopt in op de onderdelen van die wetgeving die voor mijn betoog relevant zijn.

De enige in Nederland op dit moment op het terrein van MRDD van kracht zijnde wetgeving (die geen betrekking heeft op rapportage over dit onderwerp alleen) is de al genoemde Europese verordening op het terrein van ‘conflictmineralen’.²⁶ Deze verordening is van kracht per 1 januari 2021 en bevat, kort gezegd, op grond van de artikelen 2 onder c, 3 lid 1, 4 en 5 een OESO due diligence-verplichting²⁷ die zich ook uitstrekt tot handelsketens. Deze verplichting geldt blijkens artikel 1 lid 1 en 3 voor degenen die tin, tantaal en wolfram, de ertsen die deze metalen bevatten, of goud in de Europese Unie invoeren boven de in bijlage 1 genoemde drempel. De kern vormen de artikelen 4 onder d en 5 lid 1 onder a en b, 3 en 4 van de Conflictmineralenverordening, waarin wordt geëist dat een beleid wordt ontwikkeld en risico’s worden geïnventariseerd om mensenrechtenrisico’s te voorkomen en te mitigeren, in overeenstemming met Annex II van de OESO Due Diligence Guidance.²⁸ Ook moeten bepalingen worden opgenomen om omkoping, witwassen en belastingontwijking te voorkomen. Verder bepaalt artikel 4 onder e Conflictmineralenverordening dat een klachtenmechanisme moet worden ingericht, al dan niet in samenwerking met andere organisaties, of moet worden aangesloten bij een extern mechanisme, zoals een ombudsman. Niet geheel duidelijk is echter of dit op het niveau van de eigen onderneming moet worden geregeld of juist ook in de handelsketens en dus dichterbij de daadwerkelijke mensenrechtenimpact. Artikel 5 lid 2 Conflictmineralenverordening lijkt echter te veronderstellen dat dit (ook) op het lokale niveau van de schending moet zijn. Ook worden in artikel 4 onder f en g eisen gesteld aan een systeem dat de mineralen door de ketens volgt. Ten slotte bestaat op grond van artikel 7 lid 4 een publieke rapportageverplichting.

MRDD ligt ook besloten in artikel 5 van de Wet zorgplicht kinderarbeid (Wzk), die in beginsel in 2022 van kracht zal worden.²⁹ Daarnaast is in een Nederlands initiatiefvoorstel van de Tweede Kamer in artikel 2.3 MRDD voorgeschreven.³⁰ Het Nederlandse initiatiefvoorstel heeft veel elementen van de Wzk, maar geldt niet alleen voor kinderarbeid maar voor alle mensenrechten en het milieu.

26. 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 wolfram, de overeenkomstige ertsen, en goud uit conflict- en hoogrisicogebieden (PbEU 2021, L 130/1) (hierna: Conflictmineralenverordening). Deze verordening is gebaseerd op de *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, oecd.org/corporate/mne/GuidanceEdition2.pdf.

27. Zie art. 2 onder o Conflictmineralenverordening en met name de *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas* met inbegrip van annexen en supplementen.

28. Te raadplegen via oecd.org/daf/inv/mne/OECD-Due-Diligence-Guidance-Minerals-Edition3.pdf, p. 20.

29. *Sib.* 2019, 401.

30. Zie voor het initiatiefvoorstel van de Tweede Kamer: *Kamerstukken II 2020/21*, 35761, nr. 1-2.

Ook is MRDD voorgeschreven in artikel 4 van het voorstel voor een richtlijn van het Europese parlement dat is opgenomen in een annex bij een resolutie van het Europese Parlement.³¹ Deze resolutie bevat onder 1 alle stappen van MRDD (in de resolutie aangeduid als gepaste zorgvuldigheid) en onder 16 (en in de considerans bij het voorstel onder 34) wordt benadrukt dat dit een dynamisch proces is en geen eenmalige actie, waarbij ook geen lijstjes moeten worden afgevinkt maar risico's en effecten daadwerkelijk moeten worden beoordeeld. Verder wordt in de resolutie onder 20 benadrukt dat MRDD in samenwerking met handelspartners daadwerkelijk veranderingen teweeg moet brengen, waarin overigens ook de overheid een rol heeft in het kader van subsidies en exportgerichte hervormingen in partnerlanden. Ook wordt onder 24 (en onder 29 van de considerans bij het voorstel) aangegeven dat bedrijven inzicht moeten geven in hun handelsketens en in dat verband wordt ook gewezen op digitale oplossingen (zoals *blockchain*) om bureaucratische lasten tot een minimum te beperken, waarbij onder 25 (en in de considerans bij het voorstel onder 29) ook de Europese Commissie wordt opgeroepen om instrumenten te evalueren en ondernemingen daarbij te helpen. Ook wordt onder 25 (en de considerans bij het voorstel onder 42, 47 en 48) gewezen op het nut van klachtenmechanismen op het niveau van de onderneming of van samenwerkingsverbanden, mits die voldoen aan UNGP 31, beschermen tegen vergelding, aansluiten op gerechtelijke mechanismen en geen drempels opwerpen om een klacht in te dienen bij de bevoegde autoriteiten. Verder moeten bij de ontwikkeling ervan ook belanghebbenden worden betrokken.

De considerans bij het voorstel onder 20 en 44 maakt ook duidelijk dat MRDD betrekking heeft op de gehele waardeketen. Verder is volgens de considerans onder 32 van belang dat evenredige en passende inspanningen moeten worden gedaan om de zakelijke relaties in de waardeketen vast te stellen. Verder maakt de considerans onder 34 duidelijk dat bij een eventuele prioritering rekening moet worden gehouden met de aard en context (inclusief de geografische context) van de ondernemingsactiviteiten en de ernst en waarschijnlijkheid van het negatieve effect. Certificering kan daarbij een aanvulling vormen op de activiteiten van een onderneming, maar vormt geen vrijwaring voor het uitvoeren van MRDD. Hoe ernstiger en waarschijnlijker de effecten zijn, des te regelmatigiger moet de nalevingscontrole worden uitgevoerd, aldus de considerans onder 36.

De considerans onder 38, 39, 41 en 42 benadrukt ook dat alle belanghebbenden op een zinvolle wijze moeten worden geraadpleegd, waarbij specifiek ook wordt gewezen op vakbonden en, met inachtneming van de internationale mensenrechtennormen voor inheemse volkeren, inclusief voorafgaande en geïnformeerde instemming en het recht op zelfbeschikking. Daarbij geldt ook dat leveranciers en onderaannemers volgens de considerans onder 44 ook moeten worden geïdentificeerd voor zover dat mogelijk is en dat die informatie toegankelijk moet worden gemaakt voor het publiek, maar die verplichting wel evenredig moet zijn aan de middelen en capaciteiten van een onderneming. Ook moeten volgens de considerans onder 46 vrijwillige samenwerkingsacties van ondernemingen op sectoraal of sectoroverstijgend niveau worden aangemoedigd, maar kunnen die de verantwoordelijkheid van individuele ondernemingen niet teniet doen. Daarnaast wordt de

31. Resolutie 2020/2129(INL), te raadplegen via europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.html.

commissie in de considerans onder 59 aangemoedigd om (al dan niet sectorspecifieke) richtsnoeren op te stellen die vooral kleine en middelgrote ondernemingen helpen om MRDD uit te voeren.

In artikel 1 lid 2 van het daadwerkelijke voorstel voor de richtlijn (een annex bij de resolutie) worden alle stappen van MRDD omschreven en uiteengezet dat de verplichtingen in de richtlijn op al die stappen zien. In artikel 2 wordt het toepassingsgebied echter beperkt tot grote ondernemingen, kleine en middelgrote beursgenoteerde ondernemingen en kleine en middelgrote ondernemingen met een hoog risico op mensenrechtenschendingen (die overigens nog niet zijn gedefinieerd). De regels gelden overigens ook voor ondernemingen die niet in de EU gevestigd zijn maar er wel actief zijn. Blijkens artikel 3 lid 2-5 heeft MRDD betrekking op de hele waardeketen. In artikel 4 wordt aangegeven wat MRDD inhoudt. In dat verband moeten bedrijven op grond van artikel 4 lid 8 garanderen dat ook zakelijke relaties (in de gehele waardeketen) een beleid ontwikkelen en uitvoeren dat in overeenstemming is met hun beleid, bijvoorbeeld door middel van contractuele clausules, gedragscodes of gecertificeerde onafhankelijke audits. Wel moeten zij er op grond van dit lid voor zorgen dat hun inkoopbeleid geen potentiële of daadwerkelijke negatieve effecten op de mensenrechten heeft. Verder moeten lidstaten er volgens artikel 5 lid 1 voor zorgen dat ondernemingen bij het vaststellen en uitvoeren van MRDD te goeder trouw en op doeltreffende, zinvolle en geïnformeerde wijze overleggen met relevante belanghebbenden, waaronder werknemersvertegenwoordigers en vakbonden en waarbij zij voorrang kunnen geven aan de meest getroffen belanghebbenden, waarbij er volgens artikel 5 lid 3 wel op moet worden gelet dat betrokken belanghebbenden niet in gevaar worden gebracht door dit overleg. Op grond van artikel 6 geldt ook een publicatieplicht van de MRDD-strategie. Verder moet de strategie op grond van artikel 8 jaarlijks worden herzien in overleg met belanghebbenden, net zoals bij het ontwikkelen van de strategie (geregeld in art. 4) overleg met belanghebbenden moet worden gevoerd.

In artikel 9 is de verplichting tot het inrichten van een klachtenmechanisme opgenomen, dat volgens lid 1 zowel individueel of in samenwerking met andere ondernemingen of organisaties kan worden opgezet, maar waaraan ook kan worden voldaan door deel te nemen aan door belanghebbenden opgezette mechanismen of door zich aan te sluiten bij een algemene kaderovereenkomst die voorziet in dergelijke mechanismen. Op grond van artikel 9 lid 2 moeten de mechanismen voldoen aan UNGP 31. Bedrijven moeten er op grond van lid 3 ook voor zorgen dat een belanghebbende na het indienen van een klacht een tijdige en doeltreffende reactie ontvangt. Krachtens artikel 9 lid 4 moeten bedrijven ook verslag uitbrengen over redelijke bezorgdheid³² die via de klachtenmechanismen is geuit op een zodanige wijze dat dit de klagers niet in gevaar brengt. Verder moet blijkens de leden 5 en 6 in de strategie ook rekening worden gehouden met de klachten en uitkomsten van klachtenmechanismen en bij het ontwikkelen van die mechanismen moet ook rekening worden gehouden met het standpunt van belanghebbenden. Volgens artikel 9 lid 7 en artikel 10 lid 5 mogen deze mechanismen de toegang tot gerechtelijke mechanismen niet verhinderen of uitsluiten dan wel het doorlopen ervan als voorwaarde stellen aan toegang tot die mechanismen. Interessant is wel dat de

32. Er wordt in de annex niet uiteengezet wat daarmee wordt bedoeld, maar het lijkt te gaan om gefundeerde klachten die relevant zijn op het terrein van MRDD.

rechter de uitkomsten van die mechanismen volgens de richtlijn in overweging moet nemen, maar dat die voor hem niet bindend zijn. Op grond van artikel 10 zal een onderneming indien zij een negatief effect heeft veroorzaakt of daaraan heeft bijgedragen moeten zorgen voor herstel en naar beste vermogen meewerken aan het herstelproces. Bij de vaststelling van die maatregelen kunnen blijkens lid 2 ook de uitkomsten van klachtenmechanismen worden gebruikt.

Verder is in artikel 14 bepaald dat de commissie niet-bindende richtsnoeren kan opstellen hoe ondernemingen het beste kunnen voldoen aan de richtlijn. Deze bieden blijkens dit artikel vooral praktische sturing voor het in acht nemen van evenredigheid en het stellen van prioriteiten afhankelijk van de omvang van de onderneming en houden rekening met de algemeen erkende instrumenten op dit terrein zoals de UNGPs en de OESO-Richtlijnen. Ook dient de commissie volgens lid 4 landeninformatiebladen op te stellen. Ten slotte bepaalt artikel 15 dat ook specifieke richtsnoeren moeten worden opgesteld voor hoogrisico- of beursgenoteerde kleine en middelgrote ondernemingen en daarvoor via Unieprogramma's ook financiële ondersteuning kan worden geboden.

Deze resolutie van het Europees Parlement bevat veel nuttige aanknopingspunten voor wat MRDD inhoudt, maar ik acht het niet waarschijnlijk dat de uiteindelijke Europese richtlijn zo ver zal gaan. Het eerste commissievoorstel voor de richtlijn heeft ook vertraging opgelopen onder meer omdat er discussie is ontstaan over de vraag of de richtlijn ook *governance*-bepalingen zou moeten bevatten of alleen zou moeten gaan over MRDD.

De United Nations Working Group on Business Human Rights (UNWG), die waakt over de implementatie van de UNGPs, heeft in haar Stock Taking report naar aanleiding van het tienjarig bestaan van de UNGPs opgemerkt dat het belangrijk is dat indien voor wetgeving wordt gekozen dit een verdere en gebalanceerde uitwerking en verduidelijking van (de aard van) wettelijke verplichtingen en aansprakelijkheid noodzakelijk maakt.³³ Onduidelijkheden in het kader van de interpretatie van wetgeving moeten volgens de working group worden voorkomen teneinde ongewenste uitkomsten en 'check box' MRDD of loze beloften voor effectieve remedies te pareren, waarbij specifiek ook moet worden gelet op kwetsbare groepen.³⁴

Daarnaast is het volgens de UNWG belangrijk dat betrouwbare en effectieve handhavings- en sanctiemodellen worden ingevoerd om ervoor te zorgen dat de verplichtingen serieus worden genomen, waarbij gedegen kennis van de UNGPs, en in het bijzonder wat die in de praktijk meebrengen, onontbeerlijk is.³⁵

In een eerder deel van de preadviezen is al de nodige buitenlandse wetgeving op het terrein van MRDD besproken. Ik ga hier nog kort in op de vormgeving en effectiviteit van MRDD-wetgeving, waarvan ik het als een gegeven beschouw dat die er op korte termijn gaat komen. In ander verband zijn Cees van Dam en ik daar al

33. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 10, te raadplegen via ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNGPs10/Stocktaking-reader-friendly.pdf.

34. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 10.

35. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 10.

uitvoeriger op ingegaan.³⁶ Een belangrijk probleem van MRDD-wetgeving is dat de soorten problemen die zich voordoen en wat van een onderneming kan worden verwacht, afhankelijk is van de aard, omvang en onomkeerbaarheid van de betreffende mensenrechtenschending en dit bovendien kan verschillen per land en per sector. Zo maakt het verschil of het gaat om problemen bij een leverancier in een handelsketen voor de productie van kleding in Azië of bij de bouw en exploitatie van een stuwdam in Latijns-Amerika. Ook is de MRDD van een aantal jaar geleden niet meer de *best practice* van nu. De rechtspraak tot nu toe op dit terrein, waar ik hierna nog kort op zal ingaan, geeft op dit punt tot op heden ook weinig richting. Daarmee bestaat het risico, naar ook al uit de hiervoor besproken observaties van de UNWG blijkt, dat als in (Europese of Nederlandse) wetgeving wordt volstaan met een algemene verplichting tot het uitvoeren van MRDD, dit kan leiden tot onduidelijkheden in de interpretatie ervan voor een specifiek geval en vooral ook tot *check box*-naleving in plaats van daadwerkelijke verbeteringen voor degenen die de mensenrechtenschending ondervinden van de activiteiten van ondernemingen. In dat geval komt van een *level playing field* voor ondernemingen op dit terrein, dat vaak als een voordeel van dergelijke wetgeving wordt genoemd, weinig terecht en leidt dergelijke wetgeving vooral tot administratieve lasten voor ondernemingen, zonder dat er daadwerkelijke verbetering optreedt op het terrein van de mensenrechten.

Het is daarom belangrijk dat niet wordt volstaan met het invoeren van een algemene wettelijke verplichting tot het uitvoeren van MRDD. Omdat het ondoenlijk lijkt om in (lagere) regelgeving voor alle situaties waarin in een bepaald land in een specifieke sector een bepaalde mensenrechtenschending plaatsvindt, aan te geven wat een onderneming in het kader van MRDD moet doen, nog daargelaten of dat dan praktisch uitvoerbaar is, lijkt dat niet de goede weg. Het zal er dus vooral om gaan om naast de invoering van een algemenere MRDD-verplichting (die overigens wel moet zien op alle zes stappen van MRDD) publiekrechtelijk toezicht op de naleving ervan in te voeren dat ook leidt tot een materiële gedragsverandering bij bedrijven (waar nog onvoldoende MRDD wordt uitgevoerd) en tot verbetering van de mensenrechtensituatie van degenen die de negatieve effecten ondervinden van activiteiten van ondernemingen. In het eerder genoemde onderzoek is al uitvoerig uiteengezet hoe dergelijk toezicht eruit zou kunnen zien.³⁷ Kern van dit toezicht is dat dit wordt gebaseerd op door de toezichthouder geïdentificeerde *best practices* die zijn ontwikkeld door ondernemingen of (*multi-stakeholder*) initiatieven zoals de Nederlandse sectorconvenanten. De ontwikkeling daarvan geschiedt bij voorkeur en zo veel mogelijk ook in overleg met relevante belanghebbenden. Deze *best practices* doen recht aan de verschillende aard, omvang en onomkeerbaarheid van de mensenrechtenschendingen in de verschillende sectoren en landen en zijn bovendien praktisch uitvoerbaar omdat (in ieder geval sommige) ondernemingen deze al hanteren. Het toezicht is dan bovendien dynamisch omdat de *best practices* in de loop van de tijd veranderen. Daarnaast kan ook bijzondere aandacht worden besteed aan de impact op in een specifieke situatie kwetsbare groep (het zal van de omstandigheden afhangen wie dat zijn en om welke reden). Het zou wel een

36. C.C. van Dam & M.W. Scheltema, *Opties voor afdwingbare IMVO-instrumenten* (onderzoek in opdracht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken), te raadplegen via tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2020Z06176&did=2020D12968.

37. C.C. van Dam & M.W. Scheltema, *Opties voor afdwingbare IMVO-instrumenten*, p. 110 e.v.

zogenoemd *comply or explain*-model moeten zijn, waarbij ondernemingen ofwel een voor hen relevante *best practice* implementeren ofwel aan de toezichthouder uitleggen waarom zij dat (bijvoorbeeld vanwege de grootte van de onderneming) niet kunnen en wat zij dan wel doen om MRDD zo goed mogelijk uit te voeren. Verder ligt het voor de hand dat ondernemingen deze *best practices* het eerst implementeren in hun kernactiviteiten die het grootste risico op mensenrechtenschending teweegbrengen. Het is verder belangrijk dat er voldoende kennis, capaciteit en budget voor de toezichthouder beschikbaar is om een dergelijke vorm van toezicht uit te kunnen voeren en er bovendien, als het gaat om Europese wetgeving, ook coördinatie en uitwisseling van kennis en ervaringen op Europees niveau plaatsvindt of er, wellicht nog beter, één Europese toezichthouder komt.³⁸ Het is in het kader van de rechtszekerheid overigens belangrijk dat ondernemingen na het identificeren van een *best practice* door de toezichthouder nog enige tijd krijgen om die ook daadwerkelijk te implementeren, alvorens de toezichthouder tot het nemen van maatregelen kan overgaan wegens het niet implementeren van een bepaalde *best practice*. Naast de rol van de *best practices* in het toezicht, verwacht ik dat er in de nabije toekomst ook gegevens beschikbaar zullen komen over de negatieve gevolgen die ondernemingsactiviteiten hebben op de mensenrechtensituatie en de mate waarin de door de onderneming uitgevoerde MRDD daarin verandering brengt aan de hand van ervaringen van relevante belanghebbenden, waar nu nog vooral gekeken wordt (veelal aan de hand van (lange) vragenlijsten) naar de activiteiten van ondernemingen op het terrein van MRDD en de implementatie ervan.³⁹ Ik verwacht dat toezichthouders ook van dat soort informatie over negatieve gevolgen aan de hand van ervaringen van relevante belanghebbenden gebruik zullen gaan maken. Of het daarnaast nog nuttig is om een aparte aansprakelijkheidsbepaling in wetgeving op te nemen, zoals de UNWG lijkt te suggereren, waag ik voor de Nederlandse situatie te betwijfelen. Als er een MRDD-verplichting is ingevoerd, zal het niet uitvoeren van toereikende MRDD een schending van een wettelijke plicht als bedoeld in artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW) opleveren. In lijn met de uitspraak van de Haagse rechtbank in de hierna nog te bespreken Shell-klimaatzaak, is niet onaanneemelijk dat een rechter zal aannemen dat het gaat om het uitvoeren van MRDD door de gehele onderneming en als de moeder in Nederland is gevestigd, de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft en ook naar Nederlands recht beoordeelen of toereikende MRDD is uitgevoerd. Als degenen die negatieve gevolgen ondervinden van de activiteiten van deze onderneming door het niet uitvoeren van MRDD schade hebben geleden (al zal het niet makkelijk zijn om causaal verband aan te tonen),⁴⁰ is niet ondenkbaar dat aansprakelijkheid wordt aangenomen. Een aparte aansprakelijkheidsbepaling voor het niet uitvoeren van MRDD heeft mijns

38. Zie daarover bijvoorbeeld R. McCorquodale & M.W. Scheltema, *Core Elements of an EU Regulation on Mandatory Human Rights and Environmental Due Diligence*, p. 25, te raadplegen via media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/Contribution_McCorquodale_and_Scheltema_mandatory_due_diligence_082020.pdf.

39. Zie bijvoorbeeld United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 18. Bedrijven als Sustainalytics en bijvoorbeeld de Corporate Human Rights Benchmark verschaffen de laatstgenoemde soort informatie over onderzochte ondernemingen.

40. Denkbaar zou overigens wel zijn dat wetgeving een omkering van de bewijslast op dit punt zou inhouden, maar een dergelijke omkering is voor zover mij bekend nog niet in van kracht zijnde wetgeving geïmplementeerd.

inziens dan ook een beperkte meerwaarde naast artikel 6:162 BW. Dat is mogelijk anders waar het gaat om aansprakelijkheid voor een mensenrechtenschending als zodanig die is veroorzaakt door de activiteiten van een onderneming, dus zonder dat het gaat om de vraag of toereikende MRDD is uitgevoerd. Gelet op de te voorziene IPR-problemen bij een dergelijke bepaling, nu veelal buitenlands recht van toepassing zal zijn (de meeste van dergelijke schendingen vinden buiten Nederland en buiten de EU plaats), zal een Nederlandse bepaling weinig invloed hebben.⁴¹

Overigens kan niet worden verwacht dat wetgeving (en toezicht daarop) het probleem van mensenrechtenimpact van ondernemingsactiviteiten geheel zal oplossen. Daarvoor is meer nodig: een doordachte mix van verplichtende en andersoortige instrumenten.⁴² In het kader van de andersoortige instrumenten kan onder meer worden gedacht aan de IMVO-sectorconvenanten (internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen), waarop ik hierna inga.

2.2 Sectorconvenanten

In Nederland zijn de UNGPs en OESO-Richtlijnen in eerste instantie niet via regelgeving, maar via vrijwillige sectorconvenanten geïmplementeerd. Deze convenanten zijn *multi-stakeholder* overeenkomsten, die overigens niet steeds als juridisch bindend zijn aangemerkt, tussen bedrijven, banken of financiële instellingen dan wel vertegenwoordigende organisaties van deze entiteiten, non-gouvernementele organisaties (ngo's) en de overheid. Het doel van deze convenanten is de implementatie van de OESO-Richtlijnen.⁴³ In 2013 heeft de Minister van Buitenlandse Zaken na extern onderzoek dertien risicosectoren geïdentificeerd waarin de convenanten zouden moeten worden gesloten.⁴⁴ Destijds, en overigens ook in het regeerakkoord van het vorige kabinet, is aangekondigd dat wetgeving zou worden geïmplementeerd als deze convenanten niet in alle risicosectoren zouden zijn gesloten voor 2017 en/of onvoldoende effectief zouden blijken.⁴⁵ Inmiddels is overigens in het in het najaar van 2020 gepubliceerde beleid van het Ministerie van Buitenlandse Zaken het uitgangspunt opgenomen dat wetgeving onderdeel wordt van het beleidsinstrumentarium en dus niet meer alleen wordt gebouwd op de IMVO-convenanten en

41. C.C. van Dam & M.W. Scheltema, *Opties voor afdwingbare IMVO-instrumenten*, p. 51-54. Dat zou mogelijk kunnen worden gepareerd door de bepaling van openbare orde te achten en de Nederlandse rechter te verplichten die toe te passen ook waar in beginsel buitenlands recht van toepassing is. Dan rijzen echter afgrenzingsproblemen in hoeverre de Nederlandse bepaling inbreuk maakt op het verder toepasselijke buitenlandse recht, waar bijvoorbeeld op het terrein van de bescherming van mensenrechten of ten aanzien van de vraag welke instrumenten een moederonderneming ten opzichte van haar dochters ten dienste staan, andere regels kunnen gelden. Een dergelijke bepaling lijkt mij dan ook lastig uitvoerbaar, internationaal omstreden en die is bovendien, voor zover mij bekend, ook nog niet in enige van kracht zijnde wetgeving geïmplementeerd.

42. Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Van voorlichten tot verplichten. Een nieuwe impuls voor internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemerschap*, p. 18, bijlage bij de Kamerbrief van 16 oktober 2020, *Kamerstukken II* 2020/21, 26485, nr. 337.

43. IOB Evaluation, *Mind the governance gap, map the chain, Evaluation of the Dutch government's policy on international responsible business conduct (2012-2018)*, p. 21, beschikbaar via iob-evaluatie.nl/publicaties/evaluaties/2019/09/01/433-%E2%80%93-iob-%E2%80%93-evaluation-of-the-dutch-governments-policy-on-international-responsible-business-conduct-2012-2018-%E2%80%93-mind-the-governance-gap-map-the-chain.

44. *Kamerstukken II* 2013/14, 26485, nr. 187, p. 1-2.

45. Zie de brief van de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking aan de Tweede Kamer van 3 april 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 26485, nr. 326.

andere niet-dwingende maatregelen.⁴⁶ De gedachte achter het nieuwe beleid is dat er een doordachte mix moet komen van vrijwillige en verplichtende maatregelen.⁴⁷ Er zijn in totaal elf convenanten gesloten en over één wordt op dit moment onderhandeld.⁴⁸ Over de effectiviteit van deze convenanten is al het nodige gezegd⁴⁹ en gelet op de hier ter beschikking staande ruimte ga ik daar beperkt op in. Wel lijken de sectorconvenanten in het kader van het ontwikkelen van *best practices* en als onderdeel van de doordachte mix van beleidsinstrumenten nog een (belangrijke) rol te kunnen blijven spelen, ook als wetgeving wordt ingevoerd. Zo bevat artikel 11 van het voorstel van het Europees Parlement voor een richtlijn op het terrein van MRDD de mogelijkheid voor lidstaten om sectorale of sectoroverstijgende actieplannen aan te moedigen, waaraan ook relevante belanghebbenden, zoals vakbonden moeten kunnen deelnemen (lid 2). Wel moet volgens lid 4 ook rekening worden gehouden met het standpunt van belanghebbenden (die geen deelnemer zijn aan het *multi-stakeholder* initiatief). Volgens lid 3 kunnen dergelijke initiatieven ook een klachtenmechanisme inrichten dat in overeenstemming moet zijn met artikel 9 van de richtlijn. Ook artikel 5 lid 3 WzK bevat de mogelijkheid voor de Minister van Buitenlandse Zaken om bepaalde *multi-stakeholder* initiatieven goed te keuren als die in overeenstemming zijn met de OESO-Richtlijnen.⁵⁰ Het gevolg daarvan is dat een onderneming die daaraan deelneemt geacht wordt toereikend onderzoek in de ketens te hebben gedaan.

Meer in algemene zin kunnen dergelijke initiatieven dus bijdragen aan de naleving van wetgeving en zelfs, als daarvoor in de wet een voorziening is opgenomen, een wettelijk vermoeden opleveren dat MRDD wordt uitgevoerd. Ook in het kader van publiek toezicht zouden dergelijke initiatieven een rol kunnen spelen, bijvoorbeeld omdat een toezichthouder daarin ontwikkelde *best practices* als een goede standaard aanmerkt voor MRDD in een bepaald land en/of bepaalde sector. Zij kan dan, wanneer het initiatief ook overigens in overeenstemming is met de OESO-Richtlijnen, bij bedrijven die daaraan meedoen, aannemen dat zij voldoen aan de wettelijke normen. Dat opent mogelijkheden om de schaarse toezichtcapaciteit elders in te zetten waar naleving een (groter) probleem is.

2.3 Rechtspraak

In Nederland is ook al de nodige rechtspraak geweest op het terrein van mensenrechten en bedrijfsleven. Het bekendst zijn wellicht de procedures die tegen Shell en de Nigeriaanse (dochter)onderneming, waarin zij een belang heeft, worden gevoerd in verband met milieuverontreiniging en daarmee samenhangende mensen-

46. Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Van voorlichten tot verplichten. Een nieuwe impuls voor internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemerschap*, p. 25.

47. Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Van voorlichten tot verplichten. Een nieuwe impuls voor internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemerschap*, p. 18.

48. De meeste convenanten zijn te vinden op imvoconvenanten.nl/nl en zie daarnaast nog voor eiwitten en duurzaam bosbeheer mvonderland.nl/sites/default/files/media/IMVO%20Convenant%20Plant aardige%20Eiwitten_0.pdf en bewustmethout.nl/wp-content/uploads/2018/05/Origineel_Ondertekend_Convenant-Bevorderen-Duurzaam-Bosbeheer.pdf.

49. Zie bijvoorbeeld met verdere verwijzingen M.W. Scheltema, 'The Dutch International Responsible Business Conduct Agreements: Effective Initiatives?', *Erasmus Law Review* 2019, nr. 4, p. 6-19.

50. In dat verband is het overigens de vraag of alle sectorconvenanten in overeenstemming zijn met de OESO-Richtlijnen. Dat geldt met name indien deze niet bindend zijn en geen monitoring van ondernemingen plaatsvindt en daarin ook geen geschilbeslechtingsmechanisme is opgezet.

rechtenproblemen in Nigeria. Dat geldt mogelijk ook voor de procedure over de beweerdelijke rol van Shell in de terechtstelling van een aantal tegenstanders, waaronder Kiobel, door het dictatoriale bewind in Nigeria in 1995.⁵¹ Beide zaken hebben ook tot procedures geleid in andere landen, waaronder het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten.⁵²

In Nederland is aansprakelijkheid in de laatste zaak door de rechtbank grotendeels afgewezen, zij het dat de eisers nog bewijs mogen leveren voor hun stelling dat getuigen zijn omgekocht in het proces dat aan de terechtstelling voorafging en op dat punt dus nog moet worden beslist.⁵³ In de eerste zaak is in eerste aanleg aansprakelijkheid van de Nigeriaanse onderneming waarin Shell een belang heeft aangenomen voor één specifiek geval van olieverontreiniging en zijn de vorderingen voor het overige (ook alle vorderingen tegen moederonderneming Shell) afgewezen. In hoger beroep is aansprakelijkheid van de dochteronderneming en van Shell zelf op een specifiek punt aangenomen, namelijk ten aanzien van het aanleggen van een waarschuwingssysteem voor lekkages in oliepijpleidingen.⁵⁴ De Nigeriaanse dochteronderneming is daarvoor ook aansprakelijk gehouden evenals voor de schade die door een lekkage uit een pijpleiding is ontstaan in Oruma.

De zaken zijn overigens beslist naar Nigeriaans recht en het directe belang voor het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is dan ook iets kleiner. In beide zaken heeft de Nederlandse rechter wel rechtsmacht aangenomen op de voet van artikel 7 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) op de grond dat de moederonderneming in Nederland is gevestigd en sprake is van samenhangende zaken waarvoor het doelmatig is die gezamenlijk te behandelen.⁵⁵

Daarnaast heeft ook de recente uitspraak in de zaak van milieudefensie tegen Shell de nodige aandacht gekregen.⁵⁶ De rechtbank heeft daarin aangenomen dat ook voor Shell, ter invulling van de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW, mensenrechtennormen van belang zijn, en in het bijzonder de artikelen 2 en 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) (en art. 6 en 17 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR)). Hoewel de rechtbank uitdrukkelijk heeft overwogen dat Milieudefensie c.s. tegenover Shell geen direct beroep toekomt op de in deze

51. Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850, Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854 en Hof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (*Milieuverontreiniging*); Rb. Den Haag 1 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4233 (*Kiobel*). Zie over de milieuverontreinigingszaken bijvoorbeeld ook A.J.P. Schild, 'Aansprakelijkheid van multinationals', *WPNR* 2013/6997.
52. UK Court of Appeal (Civil Division) 14 februari 2018 [2018] EWCA Civ 191 (*Milieuverontreiniging Nigeria*), te raadplegen via business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Shell%20Approved%20Judgment.pdf; US Supreme Court 17 april 2013, 569 U.S. 108 (2013) (*Kiobel/Royal Dutch Shell Petroleum*), te raadplegen via supreme.justia.com/cases/federal/us/569/108/. Zie over de zaak in het VK en andere relevante zaken in het VK ook H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het Ondernemingsrecht, Op weg naar post-covid, duurzaam, ondernemingsrecht. Over grote thema's van deze tijd: *climate change*, mensenrechten, *governance* en de maatschappelijke onderneming', *NJB* 2021/16, p. 1252.
53. Rb. Den Haag 1 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4233.
54. Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132 en Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:133. Zie ook de noot van S.M. Bartman & C. de Groot, *AA* 2021, p. 384. Zie verder over deze zaak bijvoorbeeld H.-J. de Kluiver, *NJB* 2021, p. 1251 en 1252.
55. Zie over de IPR-aspecten ook bijvoorbeeld L.F.M. Enneking & M.W. Scheltema, 'The Netherlands', in: C. Kessedjian e.a. (red.), *Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility*, Cham: Springer 2020, p. 546-551; L.F.M. Enneking e.a., *Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake internationaal verantwoord ondernemen*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 141-161.
56. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

verdragen neergelegde rechten, heeft de rechtbank beslist dat vanwege het fundamentele belang van mensenrechten en de daarin belichaamde waarden voor de samenleving als geheel, de in het EVRM en IVBPR neergelegde mensenrechten wel een rol kunnen spelen in de verhouding Milieudefensie c.s. ten opzichte van Shell. De rechtbank heeft deze mensenrechten daarom betrokken bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.⁵⁷ Hoewel deze zaak was gericht tegen de moederonderneming (Royal Dutch Shell (RDS)), heeft de rechtbank in meer algemene zin overwogen dat het een verantwoordelijkheid is van 'alle bedrijven' mensenrechten te respecteren.⁵⁸ Dat geldt dus niet enkel voor de moederverenootschap, maar ook voor dochterondernemingen.

Deze beslissing van de rechtbank staat ook niet op zichzelf: diverse ontwikkelingen wijzen al geruime tijd in deze richting. In dat verband zijn onder meer van belang de Principles on Climate Obligations of Enterprises,⁵⁹ maar ook diverse publicaties,⁶⁰ en daarnaast de UNGPs, UN Global Compact (UNGC)⁶¹-principles en de OESO-Richtlijnen. De rechtbank heeft deze UNGPs en OESO-Richtlijnen gebruikt ter invulling van hetgeen van bedrijven kan worden verwacht op het gebied van mensenrechten. Deze raamwerken kunnen worden gezien als internationale consensus wat van bedrijven kan worden verwacht op het terrein van mensenrechten en kunnen daarmee, geleid op de *Urgenda*-uitspraak van de Hoge Raad,⁶² mensenrechtennormen invullen. Verder dient een onderneming mensenrechten ook te respecteren als een overheid die niet of onvoldoende beschermt.⁶³

Ook heeft de rechtbank vastgesteld dat er een 'breed gedragen consensus' is dat de opwarming van de aarde moet worden beperkt tot 1.5 °C en dat derhalve gekozen moet worden voor een reductiepad waarbij de CO₂-uitstoot in 2030 met netto 45% moet worden teruggebracht ten opzichte van 2010. De rechtbank erkent dat hier geen sprake is van een juridisch bindende norm, maar geeft aan deze consensus te betrekken bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Dit leidt dit ertoe dat Shell een reductiebevel krijgt opgelegd van 45% netto in 2030 ten opzichte van 2019.

Ook in een derde zaak (een collectieve actie) over schade door olieverontreiniging in Ivoorkust heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht aangenomen ten opzichte van Trafigura (Beheer) en werd in het kader van de beoordeling van de ontvanke-lijkheid van deze collectieve actie ook voldoende geborgd geacht dat een mogelijke schadevergoeding ook daadwerkelijk bij de slachtoffers terecht zal komen.⁶⁴

Het lijkt er dus op dat Nederlandse rechters niet veel moeite hebben met het aanvaarden van rechtsmacht indien de moederonderneming in Nederland is gevestigd

57. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.9.

58. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.16.

59. *Principles on Climate Obligations of Enterprises* (2020), Principles 2.2.1 (a), 9.1 en p. 11 (onder 16), 64, 72 e.v., 95 e.v., 189-190, te raadplegen via climateprinciplesforenterprises.files.wordpress.com/2021/01/ep-webpdf2.pdf en over de eerste editie daarvan J. Spier, 'De "Principles on Climate Obligations of Enterprises": een zoektocht naar concrete verplichtingen van bedrijven en beleggers', *Men R* 2018/20.

60. Zie bijvoorbeeld C. van Dam, *Enhancing Human Rights Protection: A Company Lawyer's Business* (oratie Rotterdam 2015); E. Groulx-Diggs, M.C. Regan & B. Parance, 'Business and Human Rights as a Galaxy of Norms', *Georgetown Journal of International Law* 2019, nr. 2, p. 309 en i.h.b. p. 324-332.

61. Zie unglobalcompact.org/.

62. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. Spier.

63. Zie ook Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.15.

64. Rb. Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2476; Hof Amsterdam 14 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1157 en Hof Amsterdam 28 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1250.

en de mensenrechtenproblemen vooral samenhangen met handelen of nalaten van een in een ander land gevestigde (dochter)onderneming of indien het gaat om milieueffecten die zich over de hele wereld voordoen. De risico's op aansprakelijkheid zijn daarom toegenomen. Punt blijft wel dat uit rechtspraak nog weinig richting geeft ten aanzien van de vraag wat naar Nederlands recht van een onderneming in een specifieke situatie waarin zich een mensenrechtenkwesitie voordoet op het terrein van MRDD kan worden verwacht, al heeft het Hof Den Haag in de Shell-zaak over de milieuverontreiniging in Nigeria wel naar Nigeriaans recht aangenomen dat RDS een systeem had moeten installeren om olie lekkages te detecteren. De klimaatzaak waarin Shell is betrokken geeft daarvoor bijvoorbeeld weinig richting.

3 De inhoud van de verplichting due diligence te ondernemen in waardeketens

3.1 Algemeen

In de UNGPs en OESO-Richtlijnen wordt tot uitgangspunt genomen dat mensenrechten due diligence (MRDD) in de gehele waardeketen dient te worden uitgevoerd en zich dus niet beperkt tot risico's die worden veroorzaakt door de activiteiten van een onderneming zelf. Het kan ook gaan om risico's op mensenrechtenschendingen waaraan een onderneming bijdraagt of wanneer die direct zijn verbonden met de ondernemingsactiviteiten van deze onderneming. MRDD dient zich dus uit te strekken tot bijvoorbeeld leveranciers in handelsketens, ook verder dan degenen met wie een overeenkomst bestaat, en tot afnemers.⁶⁵

Ook in bestaande wetgeving, zoals de aangenomen maar nog niet ingevoerde Wet zorgplicht kinderarbeid en de Conflictmineralenverordening,⁶⁶ en in voorgestelde wetgeving, zoals het initiatiefvoorstel op dit terrein van een aantal Kamerleden en het initiatiefvoorstel van het Europese parlement, is dat verankerd. Daarnaast heeft de rechtbank in de hiervoor besproken recente uitspraak in de klimaatzaak van Milieudefensie tegen Shell mede op grond van de UNGPs en de OESO-Richtlijnen, die via de (*common ground* benadering die ook in de *Urgenda*-uitspraak⁶⁷ is gevolgd in verband met) artikel 2 en 8 EVRM de op grond van artikel 6:162 BW geldende zorgvuldigheidnorm invullen, aangenomen dat Shell in de gehele waardeketen verplicht is om maatregelen te nemen om (potentiële) mensenrechtenschendingen te voorkomen.⁶⁸

65. UNGP 17.

66. Verordening (EU) 2017/821. Deze verordening is gebaseerd op de *OESO Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, [oecd.org/corporate/mnel/GuidanceEdition2.pdf](https://www.oecd.org/corporate/mnel/GuidanceEdition2.pdf).

67. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. Spier.

68. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.12 e.v.

Van een aantal buitenlandse wetten op dit terrein zoals de Franse *Loi de Vigilance*⁶⁹ en het recent aangenomen Duitse *Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz*,⁷⁰ is echter onduidelijk of die verplichtingen scheppen voorbij de actoren in de keten met wie een contractuele relatie bestaat (Frankrijk), dan wel is duidelijk dat die in beginsel niet verder gaan (Duitsland). De Franse wet strekt zich uit tot degenen in de keten met wie een gevestigde commerciële relatie bestaat.⁷¹ Dit wordt wel zo uitgelegd dat dit alleen geldt voor die leveranciers met wie een contractuele relatie bestaat,⁷² maar dat is nog niet bevestigd in de rechtspraak. De Duitse wet expliciteert in artikel 3 lid 6 onder 4 dat de verplichtingen beperkt zijn tot degenen met wie een contractuele relatie bestaat, zij het dat op grond van artikel 3 lid 6 onder 9 het beleid wel moet worden aangepast als ‘substantiële kennis’ bestaat van schendingen verder in de keten.

Verder ziet MRDD zoals dat in de UNGPs en OESO-Richtlijnen is vastgelegd op alle mensenrechten en ook op het milieu, inclusief de belangrijkste ILO-conventies, bijvoorbeeld op het terrein van kinder- en gedwongen arbeid.⁷³ MRDD als in deze raamwerken is vastgelegd, is daarmee ook breed qua soorten mensenrechten waarop deze ziet.

Ervan uitgaande dat of op grond van bestaande of komende wetgeving of op grond van de jurisprudentie, zoals de hiervoor besproken Shell-klimaatzaak, de UNGPs dan wel OESO-Richtlijnen bindend zijn of gaan worden en meebrengen dat MRDD in de gehele keten moet worden uitgevoerd, rijst de vraag wat dit dan precies voor verplichtingen voor ondernemingen meebrengt. MRDD zoals dat is neergelegd in de UNGPs en de OESO-Richtlijnen is immers een algemeen begrip dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval nog verder kan en moet worden ingevuld. Overigens zijn de UNGPs niet als juridische norm voor bedrijven ontworpen. Zij geven aan hoe bedrijven op een goede wijze hun respect voor mensenrechten tot uitdrukking kunnen brengen in hun bedrijfsvoering en hebben dus ook een ‘managerial’ karakter. Zo is het concept van het uitoefenen van invloed (‘leverage’) in de waardeketens niet zonder meer als juridische norm bedoeld. Dat neemt uiteraard niet weg dat sinds de vaststelling van de UNGPs in 2011 het nodige is veranderd en deze steeds meer ook een juridisch karakter krijgen door implementatie van MRDD in wetgeving en adoptie ervan in de rechtspraak. Ook zijn sommige IMVO-sectorconvenanten,⁷⁴ zoals het kleding- en natuursteenconvenant, juridisch bindend en zijn de daarin vastgelegde OESO-Richtlijnen dus ook voor de aangesloten bedrijven uit dien hoofde verplicht gesteld.

69. LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre, te raadplegen via legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/.

70. Te raadplegen via dserver.bundestag.de/btd/19/286/1928649.pdf.

71. Art. 225-102-4-I lid 3. Dit kunnen mogelijk ook nog leveranciers zijn van dochterondernemingen of verbonden entiteiten die de facto worden gecontroleerd.

72. Vgl. S. Brabant, C. Michon & E. Savourey, ‘The vigilance plan – Cornerstone of the Law on the Corporate Duty of Vigilance’, *Revue Internationale de la Compliance et de l’éthique des affaires* – Supplément à la semaine juridique entreprise et affaires No. 50 du Jeudi 14 Décembre 2017, te raadplegen via media.business-humanrights.org/media/documents/ba571b7294311e42b3605af7cc4eeaad149c33b2.pdf, p. 2-4.

73. Zie UNGP 12.

74. Te raadplegen via imvoconvenanten.nl/nl.

3.2 Wat gebeurt er nu al?

Voordat ik MRDD verder uitwerk, is interessant om te bezien hoeveel bedrijven feitelijk al MRDD uitvoeren, op welke terreinen en of zij dit doen in hun (hele) waardeketen. Uit een in opdracht van de Europese Commissie uitgevoerd onderzoek blijkt dat van de Europese ondernemingen ongeveer 37% MRDD op alle terreinen (inclusief milieu) uitvoert en daarvan 16% in de gehele waardeketen.⁷⁵ Nog eens ongeveer 34% doet dit voor specifieke onderwerpen, zoals arbeidsveiligheid of landrechten.⁷⁶ Ongeveer 7% doet dit alleen voor klimaat en nog eens ongeveer 7% doet dit helemaal niet.⁷⁷ De percentages ondernemingen die MRDD uitvoeren, zijn overigens iets hoger bij ondernemingen met meer dan duizend werknemers.⁷⁸ De meeste ondernemingen beperken MRDD tot de directe leveranciers (52%), 16% betreft daarin de hele toeleveringsketen en nog eens 16% de gehele waardeketen, 7% betreft die ketens in het geheel niet in de MRDD.⁷⁹

De meest ondernomen MRDD-activiteiten waren volgens geraadpleegde ondernemingen trainingen op het gebied van mensenrechten en milieu (69% van de ondernemingen), contractuele afspraken en gedragscodes (69%), audits (67%), interne of externe onderzoeken (46%), inschakelen van mensenrechten- of milieu-experts (41%), het inhuren van additioneel personeel (36%) en het werken met lokale partners (36%).⁸⁰ Het in kaart brengen van de productielocaties kan volgens de geraadpleegde ondernemingen ook bijdragen aan MRDD.⁸¹

Over de kwaliteit van de uitgevoerde MRDD valt overigens nog het nodige te zeggen. De analyse uit 2019 van de Corporate Human Rights Benchmark liet zien dat slecht werd gescoord op MRDD: gemiddeld 3,2 van de in deze *benchmark* maximaal haalbare 15 punten en 49% van de ondernemingen scoorde zelfs geen enkele punt.⁸²

De hiervoor genoemde door bedrijven genomen soorten maatregelen laten zien dat deze meer feitelijk van aard kunnen zijn, zoals het geven van trainingen, het inhuren van experts of personeel of het samenwerken met lokale organisaties. Daarnaast zijn er maatregelen met een meer juridisch karakter, zoals het opnemen van MRDD-maatregelen in contracten en het doen van audits. Het ligt voor de hand dat de juridisch getinte maatregelen eerder een rol zullen spelen bij de invulling van MRDD als juridische norm, maar het is zeker niet uitgesloten dat dit ook geldt voor sommige meer feitelijk getinte maatregelen.

Ik werk hierna MRDD verder uit, met name ten aanzien van hetgeen in waardeketens kan worden verwacht van ondernemingen.

75. L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain* (onderzoek voor de Europese Commissie) 2020 (DG Just), p. 48, te raadplegen via op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en.

76. L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 48.

77. L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 48.

78. Daarvan doet ongeveer 43% MRDD op alle terreinen en ongeveer 39% voor specifieke onderwerpen. Ongeveer 5% doet dit alleen voor klimaat en ongeveer 3% onderneemt helemaal geen MRDD. Zie L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 49.

79. L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 65.

80. L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 63.

81. Zie voor een voorbeeld L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 71-72. Zie ook de in het IMVO Kledingconvenant ontwikkelde tools, die kunnen worden geraadpleegd via imvoconvenanten.nl/en/garments-textile/tools/child-labour/3#tools.

82. Zie L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 50.

3.3 Aanwijzingen voor MRDD door middel van contracten

In het kader van MRDD in waardeketens spelen contracten met leveranciers en verder in de keten een belangrijke rol, nu daarin kan worden vastgelegd wat van leveranciers (maar overigens ook van de inkopende onderneming zelf) op dit terrein wordt verwacht.

Annex II Conflictmineralenverordening

Het voorgaande komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in artikel 4 onder d en artikel 5 lid 1 onder a en b, 3 en 4 van de Conflictmineralenverordening. Daarin wordt geëist dat een beleid wordt ontwikkeld en risico's worden geïnventariseerd om negatieve effecten op mensenrechten te voorkomen en te mitigeren, in overeenstemming met Annex II van de OESO Due Diligence Guidance.⁸³ In deze Annex zijn aanwijzingen opgenomen voor de inhoud van overeenkomsten. Deze annex bepaalt onder meer dat contracten moeten worden gesloten met leveranciers en verder in de keten die inhouden dat ernstige mensenrechtenschendingen (onmenselijke behandeling, gedwongen arbeid, ernstige vormen van kinderarbeid, seksueel geweld en oorlogsmisdrijven) niet worden getolereerd en dat het contract wordt beëindigd indien die worden ontdekt.

Verder dient volgens deze annex in contracten te worden bepaald dat directe of indirecte steun aan gewapende groepen niet wordt getolereerd, bijvoorbeeld indien deze groepen direct of indirect profiteren van mijnbouwactiviteiten (door machtsuitoefening over transport) of illegale heffingen afdwingen. Ook indien dat wordt geconstateerd moet de overeenkomst volgens de annex worden beëindigd. Daarnaast moet blijkens de annex in contracten worden bepaald dat steun aan publieke of private bewakingsorganisaties die illegaal mijnen in hun macht hebben of illegale heffingen opleggen wordt geëlimineerd en er op dient te worden toegezien dat private bewakingsorganisaties de Voluntary Principles on Security and Human Rights⁸⁴ in acht nemen.

Ook moet volgens de Annex een *risk management plan* worden overeengekomen met leveranciers, waarvan de inhoud afhangt van de positie in de keten. Als risico's onvoldoende worden gemanaged en daarin niet binnen zes maanden verbetering is opgetreden moet het contract volgens de Annex worden beëindigd. In dat verband schrijft artikel 6 Conflictmineralenverordening ook voor dat audits door onafhankelijke derde partijen moeten worden overeengekomen. De uitkomsten van die audits moeten bovendien op grond van artikel 7 lid 1 Conflictmineralenverordening aan de bevoegde toezichthouder worden toegezonden. Voor zover door middel van de hiervoor bedoelde risico-inventarisatie negatieve gevolgen worden vastgesteld en de handel niet wordt beëindigd of enkel wordt geschorst, dient overleg plaats te vinden met de betrokken leverancier(s), degenen die die gevolgen ondervinden, lokale en centrale overheden en ngo's en moet overeenstemming met hen worden bereikt over een plan om deze gevolgen op een meetbare wijze te mitigeren.

83. Te raadplegen via oecd.org/daf/inv/mne/OECD-Due-Diligence-Guidance-Minerals-Edition3.pdf, p. 20.

84. Te raadplegen via voluntaryprinciples.org/.

Een heel concrete invulling wat in specifieke situaties moet gebeuren, bevat de Conflictmineralenverordening echter nog niet, behoudens dat wel richtsnoeren worden geboden over wat in contracten in handelsketens moet worden opgenomen.

Modellen American Bar Association (ABA)

In het kader van verantwoorde inkoop en het in overeenstemming brengen van daarvoor gebruikte contractuele clausules met MRDD heeft een Working Group binnen de American Bar Association ook een model voor contractuele clausules in toeleveringsketens ontwikkeld die bij kunnen dragen aan dergelijke meer verantwoorde inkooppraktijken.⁸⁵ Zo bevat artikel 1.1 van dit model een verplichting voor koper en leverancier om MRDD te verrichten in verband waarmee ook subcontractanten de verplichting moet worden opgelegd om daarvoor relevante informatie tijdig en voldoende accuraat te verschaffen. Daarnaast wordt geëxpliciteerd dat MRDD een verplichting kan inhouden om een herstelplan op te stellen en te implementeren voor problemen die uit voorafgaand aan het sluiten van het contract uitgevoerde MRDD naar voren zijn gekomen.

Nieuw is vooral de in artikel 1.3 vastgelegde verplichting voor de koper om de leverancier te ondersteunen in het uitvoeren van MRDD door verantwoorde inkooppraktijken te implementeren en optioneel met inachtneming van 'Schedule Q' dat een uitwerking bevat van dergelijke verantwoorde inkooppraktijken.⁸⁶ Dit past ook goed bij de observatie van de UNWG dat bepaalde businessmodellen, zoals bij de zogenoemde *fast fashion* en op sociale media, bijdragen aan mensenrechtenimpact.⁸⁷ Bijvoorbeeld in het kader van verantwoorde inkoop wordt daar in bepaalde initiatieven inmiddels iets aan gedaan door een leefbaar loon in 2030 verplicht te maken voor alle leveranciers.⁸⁸ Deze wijze van uitoefenen van invloed vereist ook een wijziging van businessmodellen, nu die niet meer moeten streven naar de laagste prijs (voor arbeid) maar naar een prijs waarbinnen een leefbaar loon mogelijk is.⁸⁹ Wel blijft het volgens de UNWG belangrijk erop toe te zien dat maatregelen ook daadwerkelijk positieve effecten hebben voor belanghebbenden.⁹⁰

Als voorbeelden van betere inkooppraktijken worden in Schedule Q onder meer genoemd daadwerkelijke en redelijke onderhandelingen, realistische prijzen en productietijden die het inacht nemen van relevante mensenrechtenstandaarden mogelijk maken, normen voor het aanpassen van orders of de overeenkomst zelf, het vragen van feedback van de leverancier, het helpen en trainen van de leverancier, het belonen van goede prestaties, duidelijke afspraken over betalingsprocedures en het nakomen daarvan, het instellen van effectieve klachtenmechanismen, sa-

85. Te raadplegen via americanbar.org/content/dam/aba/administrative/human_rights/contractual-clauses-project/mccs-full-report.pdf. Ik was lid van die werkgroep.

86. Schedule Q kan worden geraadpleegd via americanbar.org/content/dam/aba/administrative/human_rights/contractual-clauses-project/scheduleq.pdf.

87. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 16. Zie ook L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 83.

88. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 16.

89. Vgl. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 16.

90. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 25.

menwerking met de leverancier indien mensenrechtenimpact heeft plaatsgevonden, in het bijzonder indien de koper daaraan heeft bijgedragen, en verantwoorde beëindiging van overeenkomsten.

Verder is in artikel 1.3 van de modelclausules bepaald dat voor zover commercieel mogelijk ondersteuning wordt geboden aan leveranciers bij het uitvoeren van MRDD en de overeengekomen prijzen dit ook mogelijk moeten maken. Ook is daarin bepaald dat bij eventuele wijzingen of aanpassingen de gevolgen daarvan voor de mensenrechten in ogenschouw moeten worden genomen en waar noodzakelijk worden ondervangen of voorkomen. Als aanpassingen leiden tot mensenrechtenschendingen, kan de leverancier er ook voor kiezen deze niet uit te voeren, hetgeen als partijen het niet eens worden over gewijzigde uitvoering dan kan leiden tot (gedeeltelijke) beëindiging van de overeenkomst. Ook is in artikel 1.3 de verplichting voor de koper opgenomen om bij eventuele beëindiging een verantwoorde afbouw van de overeenkomst te implementeren.

Daarnaast bevat artikel 1.4 voor de leverancier de verplichting om een effectief klachtenmechanisme in stand te houden dat voldoet aan UNGP 31 en is ontworpen in consultatie met belanghebbenden. De leverancier dient ervoor te zorgen dat geen vergelding plaatsvindt tegen degenen die klachten uiten. Verder moet een leverancier op regelmatige basis verslag uitbrengen van ten minste het aantal klachten dat is ingediend en behandeld, waaruit blijkt dat raadpleging van belanghebbenden heeft plaatsgevonden en waarin is aangegeven welke maatregelen zijn genomen om de klachten te adresseren.

Verder bevat artikel 2 een uitgebreide regeling voor het geval dat de leverancier weet of vermoedt dat een mensenrechtenimpact heeft plaatsgevonden. De leverancier kan het in dat verband ook aangeven als hij meent dat de koper hieraan heeft bijgedragen. Partijen dienen in dat geval ook samen te werken in een onderzoek naar de schending en over en weer een rapport daarvan aan elkaar ter hand te stellen. Wanneer de koper meent dat de schending niet voldoende is opgelost, kan, waar nodig en mogelijk ook in samenwerking met andere kopers, van die leverancier worden gevraagd een concreet en van een einddatum voorzien herstelplan op te stellen. In beginsel krijgt de leverancier een redelijke termijn voor implementatie van het herstelplan; dat wordt echter anders indien de koper blootstaat aan strafrechtelijke vervolging of indien sprake is van corruptie. Daarnaast is in artikel 2 ook een regeling opgenomen over de samenwerking van koper en leverancier indien de koper aan de schending heeft bijgedragen.

3.4 Verdere invulling

Algemeen

Uit het vorenstaande valt af te leiden dat MRDD in handels/waardeketens verschillende aspecten omvat. Naast (1) effectieve(re) contracten spelen een rol: (2) klachtenmechanismen, (3) training, (4) dialoog met ketenpartners, (5) het creëren van transparantie in ketens, (6) monitoring en handhaving en (7) het betrekken van belanghebbenden bij het opstellen van het beleid, het uitvoeren van risico-inventarisaties en het bieden van herstel. Het laatste geldt in het bijzonder ook voor kwetsbare en gemarginaliseerde groepen, waarbij ook discriminatie op basis van geslacht in het oog moet worden gehouden. Ik ga daar hierna op in.

In verband met het uitvoeren van (goede in overeenstemming met de OESO-Richtlijnen zijnde) MRDD kan onderscheid worden gemaakt tussen de actoren in de waardeketen waarmee een contractuele relatie bestaat (de zogenoemde *first tier*) en actoren die verder in de keten zitten en waarmee geen (directe) contractuele relatie bestaat. Dat onderscheid komt bijvoorbeeld terug in de Duitse wet waar de verplichtingen ten aanzien van de *first tier* en actoren verder in de keten verschillen.⁹¹ Ook de Franse wet legt in dit verband verplichtingen op aan de actoren in de keten ten opzichte van wie een ‘gevestigde commerciële relatie’ bestaat, hetgeen wel wordt geïnterpreteerd als een contractuele relatie.

First tier

Bij de actoren waarmee een directe contractuele relatie bestaat, is de overeenkomst dus een belangrijk (sturings)instrument om MRDD uit te voeren. Mijns inziens werkt de wijze van contracteren zoals die op dit terrein nu veel wordt gebruikt, niet goed: hierbij wordt (bijvoorbeeld in een *supplier code of conduct*) geprobeerd de verantwoordelijkheid voor de risico’s die verband houden met mensenrechtenschendingen en arbeidsomstandigheden zo veel mogelijk bij de ketenpartners te leggen waar die problemen zich voordoen en zijn contracten gekoppeld aan inkooppraktijken die mensenrechtenschendingen kunnen verergeren (prijstdruk, mogelijkheid van laatste moment kosteloze wijzigingen van orders, kosteloze annulering zonder reden); deze praktijk is bovendien ook niet (steeds) in overeenstemming met de UNGPs.⁹² De door de ABA ontwikkelde modellen laten zien dat het ook anders kan. De traditionele wijze van contracteren is daarmee naar mijn mening in het kader van MRDD ontoereikend. Het is bijvoorbeeld niet genoeg, zoals nog veel gebeurt, om leveranciers een gedragscode te laten tekenen waarin is bepaald dat mensenrechtenschendingen en tekortschietende arbeidsomstandigheden niet worden geaccepteerd, dat dit door middel van audits wordt gecontroleerd, en dat de overeenkomst bij constatering daarvan kan worden beëindigd. Dit heeft mijns inziens onvoldoende effect in de zin dat de mensenrechtensituatie en arbeidsomstandigheden daardoor ook verbeteren.⁹³

Betere implementatie van OESO-Richtlijnen in contracten

Er dient dus voor te worden gezorgd dat ook in de contracten met leveranciers een betere implementatie van de OESO-Richtlijnen en UNGPs plaatsvindt. De hiervoor besproken modelcontracten van de ABA bieden daarvoor een goede basis.⁹⁴ Uitgangspunt daarvan is dat in dialoog, die begint voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst en daarna gedurende de looptijd van het contract plaatsvindt, met de leverancier wordt gezien hoe de situatie kan worden verbeterd, niet alleen bij de leverancier zelf maar ook bij subcontractanten en verder in de keten. In

91. Zie art. 3 lid 6 onder 4 (*first tier*) en art. 3 lid 9 (verder in de keten).

92. Zie daarover uitgebreider M.W. Scheltema, ‘The mismatch between human rights policies and contract law: improving contractual mechanisms to advance human rights compliance in supply chains’, in: L. Enneking e.a. (red.), *Accountability, International Business Operations and the Law*, Londen/New York: Routledge 2020, p. 259-278, onder 2 en 3, te raadplegen via ohchr.org/Documents/Issues/Business/WGSubmissions/2018/MartijnScheltema.pdf.

93. Zie bijvoorbeeld Scheltema 2020, onder 2 en 3.

94. Zie daarvoor ook al Scheltema 2020, onder 4.

hoeverre de dialoog ten aanzien van de subcontractanten en partijen verder in de keten zinvol is, hangt uiteraard af van de mate van invloed en kennis die de leverancier verder in de keten heeft. Dat neemt niet weg dat indien onvoldoende invloed en/of kennis van de leverancier in de keten bestaat, samen met de leverancier bezien kan worden of en hoe die invloed en/of kennis kan worden vergroot. De inkopende onderneming moet ook de invloed van haar eigen inkooppraktijken onderkennen, alsmede haar eigen verantwoordelijkheid in het kader van herstel als schendingen hebben plaatsgevonden.⁹⁵

Verder zal de mate waarin die dialoog door de leverancier wordt geaccepteerd en in hoeverre deze daar op zinvolle wijze in wil participeren, afhangen van de omstandigheden, zoals de mate waarin de inkopende onderneming, mede gelet op de marktomstandigheden, invloed kan uitoefenen op deze leverancier. In die gevallen waarin een leverancier niet zinvol wil meewerken aan de dialoog is de vraag of een contract met deze leverancier moet worden aangegaan. Als dat toch noodzakelijk is voor de bedrijfsvoering (bijvoorbeeld omdat andere leveranciers daar ook niet toe bereid zijn en het gaat om een noodzakelijk product of grondstof), dan moet de inkopende onderneming, al dan niet in samenwerking met anderen, proberen om de invloed op die leverancier te vergroten zodat alsnog een dialoog kan worden begonnen.

De contractueel overeengekomen dialoog met de leverancier is uiteraard niet vrijblijvend: indien een leverancier daaraan na het sluiten van de overeenkomst niet wil meewerken of daarin niet zinvol participeert, dient een (verantwoorde)⁹⁶ beëindiging van de overeenkomst op tafel te liggen. Wel dient de koper ook zijn eigen rol tegen het licht te houden. Zo kan het bedingen van een heel lage prijs, de mogelijkheid om op het laatste moment nog wijzigingen in de specificaties of de te leveren hoeveelheden door te voeren of het zonder reden (deels) kunnen beëindigen van een order op ieder gewenst moment (wanneer de verkoop tegenvalt) resulteren in mensenrechtenschendingen,⁹⁷ bijvoorbeeld omdat de leverancier zich daardoor genooddaakt ziet om excessief overwerk te eisen van werknemers (gedwongen arbeid) of hen zonder loon naar huis stuurt. Ook is het belangrijk de leverancier al voordat een overeenkomst wordt gesloten dan wel vernieuwd en wanneer daarover wordt onderhandeld, te trainen⁹⁸ en na het sluiten ervan te ondersteunen in het implementeren van maatregelen,⁹⁹ omdat de leverancier daar vaak zelf onvoldoende kennis/capaciteit voor heeft.

95. Zie met name ook Schedule Q van de hiervoor genoemde ABA-modelcontracten.

96. Zie ook art. 1.3 onder f en art. 6 Schedule Q van de ABA-modelcontracten. Zie ook Europese Commissie, *Guidance on Due Diligence for EU Businesses to Address the Risk of Forced Labour in their Operations and Supply Chains*, 12 juli 2021, p. 7-8, te raadplegen via trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/july/tradoc_159709.pdf.

97. Vgl. art. 3.3 en 3.4 Schedule Q van de ABA-modelcontracten.

98. Zie ook art. 2 en 3 Schedule Q van de ABA-modelcontracten.

99. Zie ook art. 4 Schedule Q van de ABA-modelcontracten. Zie ook Europese Commissie, *Guidance on Due Diligence for EU Businesses*, p. 6.

Contractuele bepalingen over klachtenmechanismen

Verder is relevant dat in contracten wordt geregeld dat de leverancier effectieve en in overeenstemming met UNGP 31 zijnde klachtenmechanismen heeft ingericht of daaraan deelneemt en de koper in algemene zin op de hoogte wordt gehouden van het aantal en de aard van de klachten, of ook inspraak heeft plaatsgevonden met belanghebbenden bij de opzet ervan en wat is gedaan om de klachten te adresseren.¹⁰⁰

Naar aanleiding van klachten kunnen leverancier en koper ook samenwerken door gezamenlijk onderzoek te doen en door een herstelplan op te stellen samen met de leverancier en in consultatie met de door de mensenrechtenimpact getroffen en/of hun vertegenwoordiger en/of vakbonden,¹⁰¹ alsmede de leverancier te ondersteunen bij de implementatie daarvan. Het is belangrijk daarin ook meetbare verbeteringen vast te leggen en te controleren of die inderdaad worden gerealiseerd. De UNWG wijst erop dat daarbij specifieke aandacht moet worden besteed aan degenen die opkomen voor mensenrechten en de invloed die acties van ondernemingen hebben in verband met aanvallen op of vergelding jegens hen.¹⁰²

Daar moet het ook niet bij worden gelaten. Er moet worden gezien wat voor mechanismen nodig zijn als een leverancier dan wel niets doet met geuite klachten of er discussie ontstaat of een gevonden oplossing op een juiste wijze wordt geïmplementeerd. In veel landen wordt de nationale rechter (voor bepaalde onderwerpen) niet vertrouwd. Zo zullen werknemers of (internationale) vakbond weinig vertrouwen hebben in de nationale rechter in Myanmar bij klachten over vrijheid van vakvereniging (omdat vakbonden zijn verboden). In dergelijke gevallen moet dus worden gezocht naar andere contractuele escalatiemechanismen als onderdeel van een effectieve mogelijkheid voor herstel. Die zouden bijvoorbeeld kunnen worden gevonden in arbitrage, die is aangepast voor mensenrechtengeschillen,¹⁰³ en die bijvoorbeeld in het Bangladesh Accord¹⁰⁴ wordt toegepast dan wel aan bindende mechanismen als in het Nederlandse Convenant duurzame kleding en textiel en het Natuursteenconvenant zijn opgenomen.¹⁰⁵ Dit neemt niet weg dat mensenrechtenschendingen, zoals gedwongen arbeid en mensenhandel, ook strafrechtelijke vergrijpen opleveren en in dergelijke gevallen ook met de strafrechtelijke autoriteiten (met name ook in het land waar die schendingen zich hebben voorgedaan) moet worden samengewerkt.¹⁰⁶

100. Art. 1.4, 2 en 5 Schedule Q van de ABA-modelcontracten en reeds Scheltema 2020, onder 4.5. Vgl. ook Europese Commissie, *Guidance on Due Diligence for EU Businesses*, p. 8.

101. Vgl. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 15-16.

102. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 15.

103. Zie bijvoorbeeld The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, te vinden op cicl.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/.

104. Zie art. 3 Bangladesh Accord on Fire and Building Safety, te vinden op bangladesh.wpengine.com/wp-content/uploads/2020/11/2018-Accord.pdf.

105. Zie daarvoor imvoconvenanten.nl/en/garments-textile/agreement/complaints, respectievelijk imvoconvenanten.nl/en/trustone/initiatief/complaints-and-disputes.

106. Zie bijvoorbeeld Europese Commissie, *Guidance on Due Diligence for EU Businesses*, p. 8. Uiteraard moet erop worden gelet dat die samenwerking niet leidt tot nieuwe mensenrechtenschendingen.

Samenwerking tussen kopers

Daarnaast is het soms voor individuele kopers lastig om wanneer zij bij een bepaalde producent slechts een beperkte hoeveelheid van de productie afnemen voldoende invloed te hebben om de hiervoor bedoelde contractuele afspraken te maken. Dan kan samenwerking met andere kopers een oplossing zijn, waarbij inkopende ondernemingen afspreken om bij een bepaalde leverancier dezelfde eisen te stellen op het gebied van mensenrechten en arbeidsomstandigheden. Een eerste vereiste is daarvoor dat zicht wordt verkregen op de leveranciers, zoals bijvoorbeeld is gebeurd in het Nederlandse Textielconvenant.¹⁰⁷ Vervolgens kan bij leveranciers waar meer ondernemingen inkopen, worden afgesproken dat dezelfde eisen worden gesteld op het terrein van mensenrechten en arbeidsomstandigheden. Als het marktaandeel van de inkopende ondernemingen dan aanzienlijk groter is dan dat van individuele ondernemingen, is een leverancier wellicht wel bereid om die eisen te accepteren. Daarnaast kan die samenwerking ook een middel zijn om de informele economie te adresseren (die met name in de vorm van het sluiten van contracten met onderaannemers of bij het inkopen van grondstoffen door leveranciers relevant is), hetgeen volgens de UN Working Group een urgente kwestie is die moet worden aangepakt omdat op dit moment zes van de tien werknemers en vier van de vijf ondernemingen in de wereld daartoe behoren.¹⁰⁸ Het model is dan vergelijkbaar als hiervoor. In samenwerking kan beter zicht worden verkregen op leveranciers en het functioneren van een bepaalde keten. Dat kan helpen om informeel subcontracteren en de daarmee samenhangende informele economie te adresseren. De oplossing is dan overigens niet dat subcontracteren zonder meer wordt verboden, maar veeleer dat zicht moet worden gehouden op wat verder in de keten gebeurt en ook daar moet worden geprobeerd uitwassen zo veel mogelijk tegen te gaan. Samenwerking kan ook daarvoor nuttig zijn. Uiteraard dienen daarbij de mededingingsregels in acht te worden genomen,¹⁰⁹ maar als niet ook afspraken worden gemaakt over de inkoopsprijs, hoeven die niet in de weg te staan aan een dergelijke gezamenlijke actie naar een leverancier toe. In het rapport van de UNWG wordt ook gewezen op initiatieven waarin door bedrijven wordt samenwerkt om de UNGPs (en MRDD) te implementeren en die ook veel leveranciers bereiken.¹¹⁰

Contracten van kleinere ondernemingen

De beschikbare capaciteit en beschikbare middelen om de hiervoor beschreven contractuele mechanismen, en meer in het algemeen MRDD, te ontwikkelen zijn bij kleinere ondernemingen volgens de UN Working Group beperkt en daarvoor dienen op hen toegespitste toepassingen te worden geïmplementeerd, die bijvoor-

107. [Zie imvoconvenanten.nl/en/garments-textile/tools/child-labour/-/media/98FC65F79A944B6399459F9236F4E0B1.ashx](http://imvoconvenanten.nl/en/garments-textile/tools/child-labour/-/media/98FC65F79A944B6399459F9236F4E0B1.ashx).

108. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 15.

109. Zie daarover ook de *Leidraad Duurzaamheidsclaims* van de ACM, te vinden op acm.nl/sites/default/files/documents/leidraad-duurzaamheidsclaims.pdf.

110. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 14.

beeld werken met effectieve certificeringsinitiatieven.¹¹¹ De Nederlandse sectorconvenanten, bijvoorbeeld in de textiel en natuursteen, bieden voor kleinere ondernemingen ook een goede mogelijkheid om dergelijke samenwerking vorm te geven, al dan niet in samenwerking met grotere ondernemingen. In die convenanten zijn ook voor hen werkbare MRDD-modellen ontwikkeld.

De keten na de first tier

Ten aanzien van de actoren verder in de keten, heeft een koper veelal minder directe juridische invloed omdat een directe contractuele relatie ontbreekt. Dat neemt niet weg dat wel invloed kan worden uitgeoefend. Zo gaat artikel 3.2 van de ABA-modelcontracten uit van een conformiteitsvereiste dat ook ziet op de wijze waarop producten worden geproduceerd. Dat lijkt een oplossing die ook binnen het Nederlandse conformiteitsvereiste denkbaar is.¹¹² De gedachte daarachter is dat producten niet voldoen aan het conformiteitsvereiste indien ze zijn geproduceerd door middel van schending van mensenrechten. Daardoor kan een verdergaande invloed in de keten worden bereikt dan op de *first tier* alleen. Dit brengt mee dat de leverancier dan vergelijkbare bepalingen (als tussen de koper en de leverancier op het terrein van MRDD zijn opgenomen) in contracten met zijn leveranciers op moet nemen. Daarnaast kan het nog nuttig zijn informatieverplichtingen ten opzichte van de inkopende onderneming voor de leverancier op te nemen die zien op mogelijke mensenrechtenschendingen bij de leverancier en bij actoren verder in de keten, voor zover die redelijkerwijs bekend zijn bij die leverancier.¹¹³

Andere mogelijkheden voor invloed in de verdere keten naast contracten

Verder kunnen in de keten na de *first tier* ook de hiervoor genoemde elementen zoals (2) klachtenmechanismen, (3) training, (4) dialoog met ketenpartners, (5) het creëren van transparantie in ketens, (6) monitoring en handhaving en (7) het betrekken van degenen die de negatieve gevolgen ondervinden van de activiteiten van een onderneming bij het uitrollen van maatregelen een rol spelen.

In dit verband is belangrijk dat, zoals hiervoor al is uiteengezet, informatie uit klachtenmechanismen in geaggregeerde vorm ook verder in de keten kan worden gedeeld.¹¹⁴ Daarnaast zouden bijvoorbeeld moderne technologie zoals *blockchains* een rol kunnen spelen bij het vergroten van transparantie in waardeketens. Ook het bekendmaken van leveranciers en productielocaties kan daaraan bijdragen.¹¹⁵ Probleem blijft echter wel dat tot nu toe vooral data worden gegenereerd (en gedeeld dan wel gepubliceerd) over *activiteiten* van ondernemingen om problemen aan te

111. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 15.

112. Zie M.W. Scheltema, 'Koop van zaken uit verre landen: hoe om te gaan met contractuele ketens?', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Sluiterij, reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 315-326. Overigens laten de ABA-modelcontracten zien dat dit ook kan als Nederlands recht niet van toepassing is.

113. Vgl. ook art. 1.2 ABA-modelcontracten voor het opnemen van vergelijkbare verplichtingen in contracten met actoren verder in de keten.

114. Zie Scheltema 2020, onder 4.5.

115. Dat gebeurt bijvoorbeeld in het kader van het IMVO-kledingconvenant. Zie voor meer informatie daarover imvoconvenanten.nl/en/garments-textile/agreement/method/factories.

pakken en niet zozeer over de *resultaten* daarvan.¹¹⁶ Daarbij vindt ook in (zeer) beperkte mate consultatie van belanghebbenden plaats, zodat ook maar beperkt inzicht bestaat in hoe zij tegen die resultaten aankijken. Het is daarom belangrijk om in de toekomst data te verzamelen die ook inzicht daarin geven. Dit dient dan wel in een voor die belanghebbende vertrouwde en veilige omgeving plaats te vinden.¹¹⁷ Op het niveau van individuele productielocaties gebeurt dat deels al wel,¹¹⁸ maar dat zou dus breder en transparanter moeten gebeuren.

Ook certificeringsschema's kunnen bijdragen aan beter inzicht in hetgeen verder in de keten gebeurt. Zo geeft de considerans bij de Conflictmineralenverordening onder 14 aan dat certificering als bedoeld in artikel 2 onder m van de verordening op grond van artikel 8 kan worden erkend voor zover die in overeenstemming is met de OESO Due Diligence Guidance in deze sector. Artikel 5 lid 3 Wzk bevat een vergelijkbare bepaling. Het vorenstaande neemt niet weg dat er ook kritiek is op dergelijke certificering omdat veel mensenrechtenschendingen niet worden voorkomen of hersteld.¹¹⁹

Waar geen gebruik wordt gemaakt van certificering (of wanneer dit onvoldoende is), dienen andere maatregelen te worden genomen om dit inzicht te verkrijgen, waarbij bijvoorbeeld (gezamenlijk) onderzoek naar hetgeen is voorgevallen en mogelijkheden voor verbetering een mogelijkheid zijn. Ook de hiervoor al genoemde klachtenmechanismen kunnen daarvoor van belang zijn, met name als geaggregeerde informatie daaruit kan worden gedeeld in de keten.

Best practices

Een probleem is echter dat de mensenrechtenuitdagingen in waardeketens per land, sector en mensenrechtenrisico verschillen. Een standaardbenadering die in al die landen, sectoren en waardeketens werkt, bestaat dan ook niet. Het is daarom goed om te bezien of in een bepaalde sector, land en soort mensenrechtenschending *best practices* bestaan waarvan kan worden geleerd. Daarbij zal het voor vooral kleinere ondernemingen ook nuttig zijn om zich aan te sluiten bij *multi-stakeholder* initiatieven, zoals de IMVO-convenanten, waarin dergelijke *best practices* in samenwerking zijn en worden ontwikkeld.

Naar hiervoor is uiteengezet kunnen dergelijke initiatieven ook erkenning van de overheid krijgen en een vermoeden opleveren dat toereikende MRDD is uitgevoerd. Zo bevat artikel 5 lid 3 Wzk de mogelijkheid voor de Minister van Buitenlandse Zaken om bepaalde *multi-stakeholder* initiatieven goed te keuren als die in overeenstemming zijn met de OESO-Richtlijnen.¹²⁰ Het gevolg daarvan is dat een onderneming die daaraan deelneemt geacht wordt toereikend onderzoek in de ketens te hebben gedaan. Daarvoor is dan noodzakelijk dat wordt voldaan aan de in het

116. Zie bijvoorbeeld United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 18.

117. Zie ook Europese Commissie, *Guidance on Due Diligence for EU Businesses*, p. 6.

118. Zie bijvoorbeeld voor arbeidsomstandigheden ulula.com/product/. Punt is wel dat deze informatie niet openbaar is.

119. Zie bijvoorbeeld business-humanrights.org/en/latest-news/greenpeace-report-finds-certification-schemes-have-failed-to-stop-ecosystem-destruction-human-rights-abuses/.

120. In dat verband is overigens de vraag of alle sectorconvenanten in overeenstemming zijn met de OESO-Richtlijnen. Dat geldt met name indien deze niet bindend zijn en geen monitoring van ondernemingen plaatsvindt en daarin ook geen geschilbeslechtingsmechanisme is opgezet.

initiatief gestelde eisen, waaronder het implementeren van in dat initiatief ontwikkelde *best practices*. Daarnaast heb ik in het kader van de inrichting van toekomstige wetgeving uiteengezet hoe *best practices* ook een rol kunnen gaan spelen in het kader van publiek toezicht.

Verder in de keten geen 'bijdragen aan'

Ten slotte wordt wel verondersteld dat verder in de waardeketens (dus buiten de *first tier*) geen sprake kan zijn van bijdragen aan een mensenrechtenschending in de zin van de OESO-Richtlijnen of de UNGPs, maar alleen van een direct verband en daarmee dus bijvoorbeeld geen directe verantwoordelijkheid bestaat voor herstel. Dat vertaalt zich onder meer in het feit dat ondernemingen het niet noodzakelijk achten om voor dergelijk herstel contractuele bepalingen op te nemen.

Nog daargelaten dat ook verder in de keten nog steeds herstel kan worden gefaciliteerd bijvoorbeeld door een leverancier te helpen bij het bieden van herstel, is ook onjuist dat een onderneming daarvoor in die gevallen niet verantwoordelijk kan zijn. Ook in dergelijke gevallen kan sprake zijn van bijdragen aan. Een onderneming 'draagt bij' aan een negatief gevolg wanneer haar activiteiten in combinatie met activiteiten van andere entiteiten het gevolg veroorzaken of wanneer de activiteiten van de onderneming een andere entiteit faciliteren, ertoe aanzetten of stimuleren een negatief gevolg te veroorzaken. Het moet wel gaan om een substantiële bijdrage.¹²¹

Om te kunnen beoordelen of er sprake is van een substantiële bijdrage en te begrijpen wanneer de activiteiten van een onderneming een andere entiteit faciliteren, ertoe aanzetten of stimuleren een negatief gevolg te veroorzaken, is van belang (1) de mate waarin de activiteit van de onderneming de kans op het ontstaan van het gevolg heeft verhoogd, (2) of de onderneming wist of had moeten weten van het negatieve gevolg of de kans daarop en (3) in hoeverre enige activiteit van de onderneming het negatieve gevolg daadwerkelijk heeft beperkt of de kans dat het zich zou voordoen heeft verminderd.¹²² Het feit dat er sprake is van een direct verband of activiteiten die de randvoorwaarden creëren waarin negatieve gevolgen kunnen ontstaan, is echter als zodanig onvoldoende om te worden aangemerkt als 'bijdragen aan'. De desbetreffende activiteit moet de kans op het negatieve gevolg substantieel vergroten.¹²³ Wanneer dat precies het geval is, is echter niet veel verder uitgewerkt. Te denken valt aan situaties waarin een onderneming op de hoogte komt van negatieve gevolgen en geen enkele maatregel neemt om die te adresseren waar zij daarvoor wel mogelijkheden heeft (bijvoorbeeld in het kader van haar mensenrechtenbeleid of door invloed uit te oefenen verder in de keten).

De OESO-Richtlijnen veronderstellen bovendien dat ook in dergelijke gevallen een direct verband kan overgaan in bijdragen aan.¹²⁴ Het soort verband (direct verband of bijdragen aan) kan veranderen naarmate een situatie zich ontwikkelt en hangt af van de ernst, schaal en onomkeerbaarheid van de mensenrechtenimpact en van

121. Zie *OESO Due Diligence Handreiking voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen*, 2018, p. 74, te raadplegen via oesorichtlijnen.nl/documenten/publicatie/2019/06/06/oeso-due-diligence-handreiking-voor-mvo-nls.

122. *OESO Due Diligence Handreiking voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen*, 2018, p. 75.

123. *OESO Due Diligence Handreiking voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen*, 2018, p. 75.

124. Vgl. *OESO Due Diligence Handreiking voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen*, 2018, p. 76.

de mate waarin en de effectiviteit waarmee geïdentificeerde risico's en negatieve gevolgen worden aangepakt via due diligence en andere maatregelen gericht op de beperking en verdere voorkoming van deze impact.¹²⁵ Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als een onderneming op de hoogte komt van (daadwerkelijke) mensenrechtenschendingen in de keten en vervolgens geen maatregelen neemt,¹²⁶ bijvoorbeeld in het kader van haar beleid, dan wel om haar invloed aan te wenden of te vergroten om dergelijke schendingen te adresseren.

Hetzelfde geldt als mensenrechtenschendingen redelijkerwijs voorzienbaar zijn. In dergelijke gevallen zal dus een inspanningsverplichting bestaan om die hiervoor uiteengezette maatregelen te nemen. Daarbij zal wel uitgangspunt zijn dat het moet gaan om maatregelen die redelijkerwijs van een onderneming geveerd kunnen worden.¹²⁷

3.5 Twee specifieke vormen: klimaat en digital technologies

Voor twee specifieke onderwerpen waarvan wordt aangenomen dat de OESO-Richtlijnen en de UNGPs daarop ook van toepassing zijn, ligt MRDD mogelijk anders dan voor de 'klassieke' mensenrechtenproblemen in handelsketens het geval is. Deze onderwerpen zijn het klimaat en sociale media/kunstmatige intelligentie.

Klimaat

De recente Shell-uitspraak laat zien dat de UNGPs en OESO-Richtlijnen van toepassing zijn en dat MRDD ook in alle waardeketens moet worden uitgevoerd (dus inclusief de Scope 3-emissies van eindgebruikers).¹²⁸ De beslissing van de rechtbank dat de OESO-Richtlijnen van toepassing zijn, is niet geheel nieuw. Zo heeft bijvoorbeeld het Nederlandse Nationaal Contactpunt OESO-Richtlijnen (NCP) een klimaatgerelateerde klacht tegen ING behandeld, waarin het heeft aangenomen dat ING ook in het verband met het klimaat, een 'mensenrechten due diligence' in haar waardeketens dient uit te voeren.¹²⁹

Het voorgaande neemt echter niet weg dat nog niet gemakkelijk valt te bepalen wat MRDD precies inhoudt bij klimaat.¹³⁰ Zo is de vraag wat nog precies onder de waardeketens valt in verband met klimaat. De rechtbank geeft daarvoor in rechtsoverweging 4.4.17 weliswaar een op de UNGPs gebaseerde definitie, maar die is

125. Zie de uitspraak van de Klachten- en Geschillencommissie van het Kledingconvenant van 17 mei 2021, onder 5.14, te raadplegen via ser.nl/-/media/ser/downloads/thema/imvo/uitspraak/ruling-somoca.pdf?la=en&hash=4D028B2549B53BBD83882A78DE235049.

126. Vgl. art. 3 lid 6 onder 9 Duitse waardeketenwet.

127. Vgl. O. de Schutter, *Towards Mandatory Due Diligence in Global Supply Chains*, ITUC, p. 47-48, te raadplegen via ituc-csi.org/IMG/pdf/de_schutte_mandatory_due_diligence.pdf.

128. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337. Deze passage over de Shell-zaak is ontleend aan E.H.P. Brans & M.W. Scheltema, 'Aansprakelijkheid Shell voor klimaatverandering. Een "carbon major" geconfronteerd met een reductiebevel', *TMR* 2021/80, p. 556.

129. Zie oecdguidelines.nl/documents/publication/2017/11/14/publication-dutch-ncp-initial-assessment-filed-by-4-ngos-vs-ing-bank, p. 4-5. Zie voor dit verband ook bijvoorbeeld C.J.M. Arts & M.W. Scheltema, *Territorialiteit te boven. Klimaatverandering en mensenrechten* (Preadvies NJV 2019), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 96-99; M.W. Scheltema, 'OESO due diligence en klimaat: een goede en praktisch hanteerbare combinatie?', in: *2030: Het juridische instrumentarium voor mitigatie van klimaatverandering, energietransitie en adaptatie in Nederland* (VMR 2020-1), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 106-110.

130. Vgl. L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 53.

zeer algemeen en biedt maar beperkt houvast. Gaat het bijvoorbeeld ook om de uitstoot die samenhangt met de verwerking van in die waardeketens geproduceerd afval?¹³¹ De rechtbank overweegt dat het aan RDS is om vorm te geven aan de reductieverplichting, maar ten aanzien van de zakelijke relaties van de Shell-groep, met inbegrip van de eindgebruikers (Scope 3), is wel sprake van een *zwaarwegende inspanningsverplichting*, waarbij van RDS kan worden verwacht dat zij de nodige stappen neemt om de ernstige risico's als gevolg van de door deze zakelijke relaties gegenereerde CO₂-uitstoot op te heffen of te voorkomen en haar invloed aanwendt om eventueel voortdurende gevolgen zo veel mogelijk te beperken.¹³²

Het is de vraag wat de door de rechtbank aangenomen zwaarwegende inspanningsverplichting van RDS ten aanzien van de Scope 3-emissies¹³³ – 85% van het totaal aan emissies – precies inhoudt en of die voldoende tot uitdrukking komt in het dictum, hetgeen ook een punt is in het kader van de handhaafbaarheid ervan. De rechtbank maakt in rechtsoverweging 4.5.2 in ieder geval duidelijk dat het huidige beleid van RDS (en dus de huidige inspanning) onvoldoende concreet is, onvoldoende bindend en niet onvoorwaardelijk. Wanneer spant RDS zich dan wel genoeg in om eindgebruikers ertoe te bewegen hun emissies te reduceren? Is bijvoorbeeld het aan eindgebruikers aanbieden van een mogelijkheid hun uitstoot te compenseren voldoende of moeten zij daartoe worden verplicht door de prijs van brandstoffen te verhogen? Of kan/moet RDS die uitstoot desnoods zelf compenseren (zie ook r.o. 4.4.30)?

Daar komt bij dat de UNGPs ervan uitgaan dat ook wanneer een onderneming (alleen) direct is verbonden met een mensenrechtenimpact in zijn keten, maar die niet veroorzaakt en daaraan niet bijdraagt, maatregelen moeten worden genomen. Die bestaan er vooral uit dat de onderneming moet proberen haar invloed te vergroten op degenen die de mensenrechtenimpact veroorzaken (of daaraan bijdragen) om de mensenrechtenimpact te mitigeren. Wanneer dat echter niet lukt en ondanks pogingen om de invloed te vergroten het gedrag van de veroorzaker van de mensenrechtenimpact niet verandert, moet de (verantwoorde)¹³⁴ beëindiging van de betrokkenheid bij de keten waarin die impact plaatsvindt worden overwogen. Geldt dat ook in dit geval wanneer eindgebruikers hun uitstoot onvoldoende reduceren en mag dan aan bepaalde eindgebruikers geen brandstof meer worden geleverd of moet RDS die uitstoot dan op een andere manier compenseren (als en voor zover dat mogelijk is)?

In feite moet Shell veranderingen in markten bewerkstelligen om dit doel te bereiken. Dat zal zelfs voor een onderneming als Shell lastig zijn. Samenwerking met andere bedrijven en overheden (in effectieve initiatieven) lijkt daarvoor noodzakelijk.¹³⁵ De rechtbank lijkt de mogelijkheid en het belang van samenwerking in

131. Vgl. J. Spier, 'Private Law as a Crowbar for Coming to Grips with Climate Change?', in: *Climate Change: Options and Duties under International Law* (Mededelingen van de KNVIR nr. 145), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2018, p. 39.

132. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.1.4.

133. Scope 1-emissies zijn de emissies van RDS en de aan haar gelieerde ondernemingen, Scope 2 de emissies van door haar ingekochte energie en Scope 3 zijn de overige emissies die gerelateerd zijn aan haar bedrijfsvoering, bijvoorbeeld door de afnemers van haar producten.

134. Dat wil zeggen dat de beëindiging zelf niet ook tot een mensenrechtenschending moet leiden. Zie ook Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.21.

135. Zie Scheltema 2020, par. 7 en uitgebreider C.J.M. Arts & M.W. Scheltema, 'Territorialiteit te boven. Klimaatverandering en mensenrechten', in: *De grenzen voorbij. De actualiteit van territorialiteit en jurisdictie*, (Preadvies NJV 2019), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 59-134, op p. 107 e.v.

rechtsoverweging 4.4.21 te onderkennen, maar gaat daar verder niet op in.¹³⁶ Wat RDS kan bereiken ten opzichte van deze eindgebruikers, zal echter ook afhangen van de mogelijkheden van die (effectieve) samenwerking met andere bedrijven en overheden. Nu ook sommige andere ondernemingen in de olie- en gasector door hun aandeelhouders indringend zijn geweest op de noodzaak van een snellere reductie, bestaan hiervoor inmiddels wellicht mogelijkheden. Anders dan geldt voor de traditionelere mensenrechtenimpact (bijvoorbeeld in verband met arbeidsomstandigheden) zal een activiteit van een onderneming om de invloed op het klimaat te adresseren niet direct kunnen worden verbonden aan een resultaat. Anders dan voor arbeidsomstandigheden geldt, waar door een onderneming genomen maatregelen directe invloed kunnen hebben, ligt dat bij het klimaat anders. Zelfs als Shell erin slaagt om het aan haar opgedragen reductiepercentage te halen, dan leidt dat nog niet zonder meer tot een verbetering van het klimaat. Daar is meer voor nodig en wel in de vorm van veranderingen in markten. Dat kan voornamelijk alleen door middel van de hiervoor bedoelde samenwerking worden bereikt. Enkel MRDD door individuele bedrijven zonder een dergelijke samenwerking is op dit terrein, anders dan voor de klassiekere mensenrechtenimpact geldt, dus mijns inziens weinig effectief totdat een belangrijk percentage van de ondernemingen wereldwijd dit gaan doen. Dat laatste lijkt voorlopig nog ver weg. Overigens geldt ook voor klassiekere mensenrechtenimpact dat, naar hiervoor is uiteengezet, samenwerking nuttig kan zijn voor het vergroten van invloed en dus voor de resultaten van de genomen maatregelen.

Door die mogelijkheden van samenwerking wordt hetgeen van RDS kan worden verwacht ten opzichte van eindgebruikers dus mede bepaald. Dat betekent overigens niet dat RDS (en overigens ook andere actoren) stil kunnen blijven zitten totdat effectieve samenwerkingsvormen door anderen (al dan niet overheden) tot stand zijn gebracht en/of door middel van regelgeving (de facto) verplicht zijn gesteld.¹³⁷ Zij kan dat ook zelf actief tot stand brengen en stimuleren voor zover dat niet (deels) al is gebeurd.

Digital technologies

Het uitvoeren van MRDD in het kader van sociale media en kunstmatige intelligentie kent haar eigen uitdagingen, mede omdat het type mensenrechtenschendingen anders kan zijn dan in de 'klassieke' gevallen. Mede gelet op de beschikbare ruimte is het lastig daar in dit preadvies heel diep op in te gaan, maar enkele gedachten daarover volgen hierna.

Van belang is dat de Raad van Ministers van het EVRM een handreiking heeft ontwikkeld voor het bewaken van mensenrechten op dit terrein.¹³⁸ MRDD zou in dit verband zowel een technische kant moeten omvatten, bijvoorbeeld hoe deze IT-toepassingen zijn beveiligd tegen *hacken*, gebruik buiten de oorspronkelijke toepassing en dergelijke. Daarnaast zou dit ook betrekking moeten hebben op niet-

136. Wel komt dit indirect nog aan de orde in Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.51 en 4.4.52.

137. Zie ook Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.52.

138. CM/Rec(2020)1 van de Raad van Ministers voor de lidstaten over mensenrechtenimpact van algoritmische systemen, te raadplegen via search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016809e1154.

technische onderdelen zoals het identificeren van risico's van het gebruik van dergelijke technologie, zoals kunstmatige intelligentie (*artificial intelligence* (AI)), in waardeketens (bijvoorbeeld *data labelling* en verrijking van data, contentmoderatie en dergelijke) en gedurende de levenscycli van de toepassing.¹³⁹

Hiervoor is verder van belang een raamwerk dat is ontwikkeld door het Danish Institute for Human Rights.¹⁴⁰ Dit raamwerk zet uiteen hoe MRDD kan worden ingezet bij digitale technologie en benadrukt de noodzaak, die ook bij 'klassieke' MRDD geldt, om ervaringen van belanghebbenden mee te nemen in MRDD. Naarmate de effecten ernstiger zijn en een grotere schaal hebben of onomkeerbaarder zijn (wanneer bijvoorbeeld een zelfrijdende auto een ongeluk heeft veroorzaakt is de daaruit mogelijk voortvloeiende mensenrechtenschending lastig ongedaan te maken) dient de omvang van deze raadpleging van belanghebbenden groter te zijn.¹⁴¹ Het zal overigens niet steeds eenvoudig zijn die belanghebbenden te identificeren.¹⁴² Als een bepaalde toepassing wereldwijde consequenties heeft, zou het betrekken van belanghebbenden ook per land kunnen gebeuren.¹⁴³ Denkbaar is in dit verband om via internet surveys uit te voeren waar dit voldoende wijd verspreid is, waarbij ook voldoende oog moet bestaan voor kwetsbare en gemarginaliseerde groepen.

3.6 De rol van de bedrijfsjurist

Het voorgaande heeft tot op zekere hoogte een nog enigszins abstract karakter ten aanzien van de vraag wat een bedrijfsjurist op dit terrein concreet kan bijdragen en wat zijn of haar rol hierin is. Ik probeer daarvoor hierna enige handvatten te bieden.

Die rol kan gelegen zijn in het (iets) meer juridisch invullen van MRDD-vereisten. Zo is een belangrijk uitgangspunt van MRDD dat contact moet worden gelegd met relevante belanghebbenden (en in het bijzonder kwetsbare groepen), zowel in de vormgeving van het MRDD-beleid, maar ook bij het adresseren van mensenrechtenimpact en het opzetten van klachtenmechanismen. Wie echter als relevante belanghebbende heeft te gelden, wordt in de bestaande raamwerken niet verder verduidelijkt dan dat dit degenen zijn die effecten ervaren op hun mensenrechten die door een onderneming wordt veroorzaakt, waaraan deze onderneming bijdraagt of die direct zijn verbonden met de activiteiten van een onderneming. Of iemand een dergelijk effect ondervindt, is echter niet steeds gemakkelijk vast te stellen. Ook als een onderneming te goeder trouw tracht belanghebbenden te identificeren, bestaat de mogelijkheid dat een individu of organisatie toch meent dat hij of zij ten onrechte niet als zodanig is aangemerkt. Voor sommige ondernemingen is dit

139. Vgl. OHCHR B-Tech Project, *Identifying and assessing human rights risks related to end-use*, te raadplegen via ohchr.org/Documents/Issues/Business/B-Tech/identifying-human-rights-risks.pdf.

140. Zie de *Guidance on Human Rights Impact Assessment of Digital Technologies*, te raadplegen via humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/document/A%20HRIA%20of%20Digital%20Activities%20-%20Introduction_n.pdf.

141. Zie *Guidance on Human Rights Impact Assessment of Digital Technologies*, p. 15.

142. Zie daarover bijvoorbeeld het *Guidance Document for Social Accountability 8000* (SA8000:2014), p. 124 te raadplegen via sa-intl.org/wp-content/uploads/2020/02/SA8000-2014-Guidance-Document.pdf.

143. Facebook heeft een dergelijke consultatie op landsniveau in Sri Lanka uitgevoerd. Zie *Guidance on Human Rights Impact Assessment of Digital Technologies*, p. 24.

aanleiding om dan maar (grotendeels) van consultatie van belanghebbenden af te zien, maar dat is niet in overeenstemming met het doen van toereikende MRDD, dat nu juist is gericht op het adresseren van mensenrechtenimpact bij dergelijke belanghebbenden en waarvoor hun ervaringen dus van belang zijn. Bij gebreke van duidelijkheid over wie nu precies als belanghebbende moet worden aangemerkt, lijkt het mij, voorshands bij gebreke van betere aanknopingspunten, niet onverstandig aansluiting te zoeken bij het bestuursrechtelijke (in beginsel feitelijk ingevulde) derdebelanghebbendebegrip en dan met name in het omgevingsrecht waar dit ziet op toegestane activiteiten van ondernemingen.¹⁴⁴ Daarin wordt gekeken wie effecten kan ondervinden van toegestane ondernemingsactiviteiten en dit in het bestuursrecht ook in de jurisprudentie uitgewerkte begrip zou enige richting kunnen geven over wie als belanghebbende kan worden aangemerkt. In het bestuursrecht speelt bijvoorbeeld een rol hoe ver iemand verwijderd is van een bepaalde activiteit en hoe aannemelijk het is dat hij of zij daarvan op een bepaald moment effecten ondervindt. Een dergelijke benadering is mijns inziens belangrijk om een rechter of toezichthouder uit te kunnen leggen dat op een consistente wijze wordt omgegaan met het identificeren van belanghebbenden en dit bijvoorbeeld niet afhankelijk is van een consultant of ngo die wordt ingeschakeld bij de consultatie van deze belanghebbenden. Uiteraard zullen er ook dan mogelijk individuen of organisaties betogen dat zij ten onrechte niet zijn geconsulteerd, maar dan kan in ieder geval aannemelijk worden gemaakt dat een consistente benadering is gevolgd voor de identificatie van belanghebbenden aan de hand waarvan op goede gronden inzichtelijk kan worden gemaakt waarom een persoon of organisatie niet als belanghebbende is aangemerkt.

Wel moet er rekening mee worden gehouden dat het identificeren en raadplegen van relevante belanghebbenden een tijdrovende en gecompliceerde aangelegenheid kan zijn, bijvoorbeeld omdat het vertrouwen moet worden gewonnen van deze belanghebbenden, bijvoorbeeld omdat deze (al dan niet op juiste gronden) vrezes voor nadelige consequenties (vergelding) in het geval zij meedoen aan dergelijke consultaties.¹⁴⁵ Ook kunnen belanghebbenden soms over het hoofd worden gezien. Zo kan bij landrechten consultatie wenselijk zijn van nomaden die maar een beperkt deel van het jaar gebruikmaken van bepaalde gronden.¹⁴⁶ Het kan dus zijn dat wanneer een consultatie alleen op een specifiek moment plaatsvindt bij degenen die op dat moment de gronden gebruiken, dergelijke belangen over het hoofd worden gezien. Verder moet er ook voor worden gezorgd dat consultatie op een cultureel verantwoorde wijze gebeurt, hetgeen meebrengt dat veelal lokale tussenpersonen nodig zijn om dit voor elkaar te krijgen. In dat verband moet er specifiek op worden toegezien dat ook relevante kwetsbare groepen (bijvoorbeeld personen die geen formele (juridische) rechten op bepaald land hebben of geen (formele) arbeidsovereenkomst) in de consultatie worden meegenomen. Het identificeren van die groepen kan tijdrovend zijn omdat formele (openbare) registers (voor zover die al bestaan) daarover geen duidelijkheid geven. Ten slotte is het belangrijk het belanghebbendenbegrip met name feitelijk te benaderen (zoals ook in het bestuurs-

144. Zie daarover bijvoorbeeld R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 139 e.v.

145. Vgl. Europese Commissie, *Guidance on Due Diligence for EU Businesses*, p. 6.

146. Dat geldt met name als zij als inheemse volken moeten worden aangemerkt omdat dan geïnformeerde voorafgaande toestemming van die volken nodig is voor het gebruik van het land.

recht gebeurt) en niet vooral juridisch. Zo hebben diepgaande juridische discussies over de vraag of een bepaalde groep al dan niet als inheems volk moet worden aangemerkt (dit is relevant als een onderneming gebruik wil maken van land omdat dan hun geïnformeerde voorafgaande toestemming voor dit gebruik is vereist) vaak achteraf een contraproductief effect en kost het oplossen van de daardoor ontstane problemen vaak meer tijd dan het vooraf investeren in de consultatie van deze groepen.

Het vorenstaande neemt niet weg dat consultaties van belanghebbenden voor grotere ondernemingen met veel activiteiten wereldwijd en veel leveranciers op dit moment redelijkerwijs niet goed mogelijk zijn voor alle activiteiten en in alle handelsketens (ook na de *first tier*). Vooralsnog, totdat zoals hiervoor besproken werd op grotere schaal betrouwbare informatie beschikbaar komt over de ervaringen van belanghebbenden, ligt het daarom voor de hand te beginnen met die consultaties voor de hoofdactiviteiten van de onderneming en in de meest risicovolle handelsketens. In die ketens kan ook worden samengewerkt met (lokale) ngo's. Verder kan naast consultaties ook geaggregeerde informatie uit effectieve (lokale) klachtenmechanismen relevant zijn om een indruk te krijgen van ervaringen van belanghebbenden. Bedrijfsjuristen doen er dus goed aan, bijvoorbeeld in contracten, het opzetten van dergelijke effectieve klachtenmechanismen te stimuleren en het gebruik van geaggregeerde informatie daaruit te faciliteren.

Daarnaast komt de rol van contracten in beeld. Ik heb hiervoor al uiteengezet hoe een effectievere contractuele en meer met de UNGPs in lijn zijnde contractuele aanpak kan worden vormgegeven. Dat is uiteraard (ook) iets voor bedrijfsjuristen.

Verder is de ontwikkeling van *best practices* op het terrein van MRDD, bijvoorbeeld in samenwerking met anderen, van belang. Naar ik hiervoor uiteengezet heb, gaan die mogelijk een rol spelen in het kader van publiek toezicht, maar ook daarbuiten kunnen die van belang zijn. Zolang in wetgeving of rechtspraak nog geen duidelijke criteria zijn ontwikkeld wat MRDD inhoudt in een specifiek geval in een specifieke sector in een specifiek land, kunnen *best practices* bijdragen aan het creëren van meer houvast voor ondernemingen wat in bepaalde situaties kan worden gedaan en wat in de praktijk ook haalbaar is. Die *best practices* zouden op hun beurt weer kunnen bijdragen aan de invulling van open normen die in de wetgeving worden gehanteerd of die in concrete zaken een rol kunnen spelen bij de invulling van open normen als artikel 6:162 BW. Het verdient dus aanbeveling dat bedrijfsjuristen de ontwikkeling van dergelijke *best practices* faciliteren en stimuleren en ook stimuleren dat voor zover mogelijk publiekelijk aandacht wordt geschonken aan die *best practices*. Die zijn dan ook voor andere ondernemingen en derden kenbaar en kunnen op die manier een grotere rol spelen bij de invulling van open normen en bij de verwachtingen die toezichthouders en anderen van ondernemingen op het terrein van MRDD hebben.¹⁴⁷

147. *Best practices* zijn en worden overigens al wel ontwikkeld, bijvoorbeeld binnen de UN Global Compact, maar worden veelal niet of beperkt extern gecommuniceerd.

4 Conclusie en vooruitblik

In het voorgaande is duidelijk geworden dat MRDD niet alleen een onderwerp is voor duurzaamheidsafdelingen van bedrijven en accountants in het kader van de jaarlijkse duurzaamheidsrapportages, maar ook voor juristen. MRDD wordt niet alleen in (komende) wetgeving voorgeschreven, maar het niet uitvoeren ervan is inmiddels ook in de rechtspraak aanvaard als een grond voor aansprakelijkheid. Daarmee is dit onderwerp dus ook een noodzakelijk nalevingsonderwerp geworden op de agenda van de (bedrijfs)jurist.

Ondanks het belang van het onderwerp hebben de meeste juristen er echter nog weinig kennis van. Dit preadvies heeft willen bijdragen aan een beter begrip van MRDD, zowel qua betekenis ervan als ook ten aanzien van de wijze waarop dit inmiddels juridisch is ingebed. Ik ben wat uitgebreider ingegaan op MRDD in waardeketens omdat de UNGPs en OESO-Richtlijnen, en de wetgeving en rechtspraak die deze implementeren, ervan uitgaan dat dit niet alleen ten aanzien van dochterondernemingen en contractpartners wordt uitgevoerd, maar ook dieper in de waardeketens. De huidige aanpak, waarin veelal in contracten wordt verwezen naar een *supplier code of conduct* en soms, maar niet altijd, door middel van *audits* wordt gecontroleerd of die worden nageleefd, is niet toereikend, mede omdat die vaak zijn gebaseerd op inkooppraktijken die aan mensenrechtenschendingen kunnen bijdragen.

Ik heb daarom uiteengezet hoe die aanpak in contracten kan worden verbeterd. Zeker ten aanzien van leveranciers blijven die belangrijk als sturingsinstrument. Ik heb ook gezien hoe invloed verder in de keten kan worden uitgeoefend en heb in dat verband besproken dat klachtenmechanismen daarin een relevante rol kunnen spelen, naast consultatie van belanghebbenden en training. Tevens ben ik nog kort ingegaan op MRDD ten aanzien van twee specifieke onderwerpen: klimaatverandering en *digital technologies*. Deze onderwerpen laten zien dat de klassieke benadering ten aanzien van MRDD enige aanpassing behoeft. Dat geldt bij klimaat omdat de relatie tussen de maatregelen die een onderneming neemt en de effecten die dit heeft voor de door klimaatverandering veroorzaakte specifieke mensenrechtenimpact lastiger valt vast te stellen. Het gaat dan om effecten op macroniveau en dat betekent dat MRDD alleen werkt als dit ook voor de gehele bedrijfsvoering en op macroniveau gebeurt. Ook dan kan een onderneming vaak niet alleen de in markten noodzakelijke veranderingen bewerkstelligen en zal dus effectieve samenwerking met andere bedrijven, financiële instellingen en overheden noodzakelijk zijn. Dit betekent overigens niet dat bedrijven stil kunnen zitten tot die samenwerking vorm heeft gekregen; zij moeten daar zelf ook actief aan bijdragen. Voor *digital technologies* geldt dat MRDD hier anders kan zijn, omdat de invloed ervan zich anders kan manifesteren dan in de vorm van de traditionelere aan gedwongen arbeid, mensenhandel en landrechten in waardeketens gerelateerde problemen.

Gelet op de aangekondigde en al bestaande wetgeving, rechtspraak en andere initiatieven, zoals de IMVO-convenanten, is sprake van een zich snel ontwikkelend juridisch terrein, waar juristen zich niet meer kunnen permitteren om achter te blijven. Gelet op de bij veel juristen op dit terrein nog onvolledige kennis dient daarvoor nog wel een inhaalslag gemaakt te worden. Daarnaast is het belangrijk dat juristen zich ook de oorzaken van mensenrechtenproblemen en de wijze waarop die zich in de praktijk openbaren eigen maken. Als dat niet gebeurt, bestaat

het risico dat gekozen wordt voor een traditionelere juridische aanpak, bijvoorbeeld in contracten, waarvan ik hiervoor heb betoogd dat die onvoldoende effectief is.

ESG vanuit de onderneming bekeken

Mr. J.A. Langezaal en mr. dr. G.G. Hesens*

1 Inleiding

De overstromingen eerder dit jaar in Zuid-Limburg en in de rest van Noordwest-Europa, het toenemend aantal bosbranden en andere natuurrampen wereldwijd, drukken ons met de neus op de feiten. Wij staan thans voor een enorme uitdaging. Hoe zorgen wij met 7,7 miljard mensen dat onze planeet leefbaar blijft voor de huidige en toekomstige generaties? We zullen anders moeten gaan leven en op een nieuwe manier zaken moeten doen, waarbij de afhankelijkheid van fossiele bronnen afneemt en we overschakelen naar een koolstofarme economie. De ‘*license to operate*’ van ondernemingen lijkt niet meer enkel of in grote mate gestuurd te kunnen worden door kortetermijnwinstgevendheid, maar zal gekoppeld moeten worden aan een bestendige en langetermijnduurzaamheidsvisie.

De toenemende interesse voor duurzaamheid, tegenwoordig vaak uitgedrukt in ESG, dat staat voor *Environmental, Social & Governance*, blijkt uit de verhoogde aandacht van investeerders, overheid en burgers voor dit thema.¹ 2020 kende een recordaantal duurzame investeringen met een totaalbedrag van 51 miljard dollar, twee keer zoveel als in 2019. Ook de recente uitspraak in de Shell-klimaatzaak,² waar tevens meer dan 17.000 burgers als individuele eiser optraden, laat zien dat er veel belangstelling is en er steeds kritischer wordt gekeken naar het duurzaamheidsbeleid van ondernemingen. De boodschap is dat ambities binnen een redelijke termijn ook daadwerkelijk en toetsbaar dienen te worden uitgevoerd.

Naast Shell kreeg ook ExxonMobil dit jaar te maken met een roep om een snellere verduurzaming. Aandeelhouder Hedge Fund Engine No.1 dwong de verkiezing van twee nieuwe bestuursleden af en eiste dat ExxonMobil haar strategie voor wat betreft het reduceren van klimaatrisico’s zou wijzigen om te komen tot een versnelling van haar duurzaamheidsagenda en daarmee op termijn een verbetering van haar winstgevendheid. Hedge Fund The Children’s Investment Fund Management (TCI) startte in 2020 reeds haar ‘*Say on Climate*’-campagne, die tot doel heeft ten minste honderd van de Standard & Poor’s 500-leden de TCI-aanbevelingen op het gebied

* Jasper Langezaal is werkzaam als bedrijfsjurist en is tevens advocaat in dienstbetrekking bij Siemens Nederland N.V. Geerte Hesens is werkzaam als bedrijfsjurist en is tevens advocaat in dienstbetrekking bij ASML. Beiden zijn bestuurslid van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen (NGB). Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

1. ESG verwijst naar de drie centrale factoren in het meten van de duurzaamheid van een belegging. De term is afgeleid van de ‘*Triple Bottom Line*’, ook bekend als ‘*People, Planet and Profits*’ (PPP), een concept dat in de jaren negentig werd geïntroduceerd. Waar in dit artikel wordt gesproken over ESG duidt dit ook op duurzaamheid, en de concepten zullen wisselend gebruikt worden.
2. Zie Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

van klimaat en duurzaamheid te doen opvolgen, hetzij vrijwillig hetzij via het uitoefenen van haar stemrecht op de diverse aandeelhoudersvergaderingen. Ten slotte is er ook het Climate Action 100+-initiatief dat tot doel heeft klimaatbeleid af te dwingen bij ondernemingen die wereldwijd verantwoordelijk zijn voor een groot aandeel van de broeikasgasuitstoot.³

De urgentie om ESG serieus te nemen, blijkt ook heel duidelijk uit het nieuwste, op 9 augustus 2021 gepubliceerde, IPCC Klimaatrapport. Het rapport is helder dat de door de mens veroorzaakte opwarming van de aarde en het verder terugdringen daarvan met name bereikt kunnen worden door het beperken van de CO₂-uitstoot (lees: het voeren van een zero-emissiebeleid), en het sterk terugdringen van andere broeikasgasemissies. Een duidelijke opdracht ook voor ondernemingen om hiermee aan de slag te gaan.

De wet- en regelgeving waaraan op ESG-vlak voldaan dient te worden door de onderneming, neemt in rap tempo toe en wordt steeds veeleisender. ESG kan anno 2021 niet meer als afzonderlijk en opzichzelfstaand thema worden bekeken. ESG is geworden tot een essentieel en zeer belangrijk onderdeel van de algemene bedrijfsvoering en strategie van de onderneming.

In dit preadvies zullen we inzicht geven in de ontwikkelingen op het ESG-vlak vanuit het perspectief van de onderneming. Dit doen we door de bril van de bedrijfsjurist. Wij hebben daarbij mede in aanmerking genomen de uitkomsten van een kleine enquête onder een aantal andere bij het NGB aangesloten bedrijfsjuristen werkzaam bij grote(re) ondernemingen.⁴

Hieronder volgt eerst een beknopt overzicht van een aantal ontwikkelingen die wij relevant achten voor het ESG-beleid van de onderneming. Binnen deze ontwikkelingen onderscheiden we een aantal categorieën: internationale duurzaamheidsraamwerken en -standaarden, rapportageverplichtingen/verslaggeving, extern toezicht, en corporate governance. Voor wat betreft dit laatste gaan we specifiek in op de aanstaande ketenverantwoordelijkheidsverplichtingen. Wij zullen aangeven welke knelpunten ondernemingen ondervinden bij de geschetste ontwikkelingen en aan de hand daarvan enkele aanbevelingen doen. Ten slotte besteden wij graag aandacht aan de wijze waarop het toenemend belang van ESG onzes inziens leidt tot een veranderende rol van de bedrijfsjurist.

2 Beknopt overzicht ESG-ontwikkelingen

Internationale duurzaamheidsraamwerken en -standaarden

In het huidige economisch klimaat kan de onderneming er niet meer onderuit om haar ESG-ambities kenbaar te maken. Voor wat betreft het raamwerk dat gebruikt kan worden om ESG-ambities kenbaar te maken, zijn de *United Nations Sustainable*

3. Achter dit initiatief zitten 575 investeerders die samen 54 triljoen dollar beheren, met een focus op 167 bedrijven die een voornamelijk rol spelen in de transitie naar een zero-emissie-economie.

4. Wij hebben in dit kader een aantal vragen uitgezet onder bedrijfsjuristen van vijftien ondernemingen, zowel grote (beursgenoteerde) ondernemingen als het midden- en kleinbedrijf, alle met een vestiging in Nederland. De input is anoniem verzameld in de eerste helft van 2021.

Development Goals (SDG's) de bekendste. De SDG's zijn reeds in 2015 door de Verenigde Naties vastgesteld en bestaan uit zeventien doelstellingen met 169 onderliggende targets om de zeventien doelstellingen te operationaliseren.⁵ Ondernemingen kiezen vaak een specifiek aantal doelstellingen uit de zeventien SDG's, om vervolgens de bereikte resultaten per doelstelling te meten, te rapporteren en hierop te sturen. Naast de SDG's bestaan er nog andere raamwerken voor de onderneming om haar duurzaamheidsambities kenbaar te maken. Een aantal voorbeelden hiervan zijn World Economic Forum ESG Framework, OECD Guidelines, Responsible Business Alliance (RBA), Global Reporting Initiative (GRI) en CDP (voorheen Carbon Disclosure Project).

Om de behaalde resultaten voor wat betreft de duurzaamheidsdoelstellingen te meten en daarover vervolgens te kunnen rapporteren, bestaan er verschillende instrumenten en standaarden. GRI, wellicht de bekendste, heeft SDG-doelen en subdoelstellingen gekoppeld aan standaarden om zodoende een en ander voor de onderneming meetbaar te maken. Het CDP daarentegen heeft zelf datastandaarden ontworpen om duurzaamheidsdata van bedrijven inzichtelijk te maken. Daarnaast bestaan er nog talloze andere standaarden zoals de GSE System Standard, ISO 26000, en de International Integrated Reporting Framework (IIRF) van de International Integrated Reporting Council (IIRC), welke laatste ondernemingen met name voorziet van richtlijnen over hoe te rapporteren.⁶

Uit Nederlands onderzoek blijkt dat bestaande standaarden en meetinstrumenten onvoldoende effectief zijn om tot eenduidige ESG-impactrapportages te komen.⁷ Ook veel internationale autoriteiten en overheidsinstanties benadrukken het belang dat op korte termijn betrouwbare en goed vergelijkbare duurzaamheidsinformatie wordt opgenomen in jaarverslagen. Zo heeft de International Financial Reporting Standards Foundation (IFRS) in 2020 een consultatie gepubliceerd over de invoering van wereldwijde ESG-standaarden, en de instelling van een International Sustainability Standards Board (ISSB).⁸ Naar aanleiding daarvan heeft de IFRS aangekondigd daadwerkelijk over te gaan tot instelling van de ISSB die de taak heeft om deze ESG-standaarden verder uit te werken. Ook het GRI, CDP, IIRC, Climate Disclosure Standards Board (CDSB) en Sustainability Accounting Standards Board (SASB) hebben in 2020 een intentieverklaring gepubliceerd om aan de hand van bestaande standaarden tot een wereldwijde duurzaamheidsstandaard te komen.⁹ Tot slot zijn de

5. De SDG's vervangen de Millenniumdoelstellingen die eind 2015 zijn vervallen. De SDG's zijn van 2016 tot 2030 van kracht.

6. Zie ook PWC Rapport, Eenduidiger meten en rapporteren van SDG-impact voor bedrijven en gemeenten, 29 september 2020, in opdracht van de ministeries van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Buitenlandse Zaken en Economische Zaken en Klimaat (PWC Rapport 2020).

7. Zie voetnoot 6.

8. Zie ook IFRS, Sustainability-related Reporting en Exposure Draft: Proposed Targeted Amendments to the IFRS Foundation Constitution to Accommodate an International Sustainability Standards Board to Set IFRS Sustainability Standards.

9. Zie ook Statement of Intent to Work Together Towards Comprehensive Corporate Reporting, Summary of alignment discussions among leading sustainability and integrated reporting organisations CDP, CDSB, GRI, IIRC and SASB, september 2020, en Reporting on enterprise value. Illustrated with a prototype climate-related financial disclosure standard, Progress towards a comprehensive corporate reporting system, from leading sustainability and integrated reporting organisations CDP, CDSB, GRI, IIRC and SASB, december 2020.

IIRC en SASB in juni van dit jaar gefuseerd om samen de Value Reporting Foundation te vormen. De Value Reporting Foundation heeft aangegeven nauw samen te willen werken met de IFRS en andere aanbieders van standaarden om zo snel als mogelijk tot een globale standaard te komen. Dergelijke fusies en samenwerkingen onderstrepen de noodzaak van transparante en eenduidige standaarden en instrumenten voor het kunnen kwantificeren en meetbaar maken van informatie over duurzaamheidsprestaties.

Rapportageverplichtingen en verslaggeving, toezicht en corporate governance

Naast de verschillende initiatieven om te komen tot globale en eenduidige duurzaamheidsraamwerken en -standaarden, heeft de wet- en regelgeving op het gebied van duurzaamheid een grote vlucht genomen. Dit wordt ook opgemerkt door De Kluiver in zijn recente *NJB*-bijdrage, waar hij een groot aantal van de bestaande en nieuwe wetgevingsinitiatieven op Europees niveau beschrijft.¹⁰

Rapportageverplichtingen en verslaggeving

De Europese Unie (EU) timmert onder andere hard aan de weg op het vlak van ESG-rapportageverplichtingen voor ondernemingen die in de EU zijn gevestigd. Zo geldt op dit moment de Non-Financial Reporting Directive (NFRD) die rapportageverplichtingen op het gebied van ESG met zich meebrengt voor grote beursgenoteerde ondernemingen met meer dan vijfhonderd werknemers.¹¹ De NFRD zal vanaf 2023 naar het lijkt worden vervangen door de Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD).¹² De CSRD zal op een grotere groep ondernemingen van toepassing zijn (het huidige aantal van circa 11.700 zal naar verwachting stijgen naar 49.000 ondernemingen), waarbij in nog meer detail inzicht zal moeten worden gegeven in het duurzaamheidsbeleid van de onderneming. De CSRD zal onder andere de volgende additionele verplichtingen opleggen:

- het openbaar maken en publiceren vanuit het ‘dubbele materialiteitsperspectief’. Dit betekent dat de onderneming informatie dient te publiceren over zowel de mogelijke risico’s alsook over de kansen die duurzaamheid de onderneming biedt. Daarin dient de gehele waardeketen van de onderneming te worden meegenomen. Tevens dient te worden gerapporteerd over het *due diligence*-proces dat hiervoor is doorlopen. Meer in detail zal de onderneming moeten rapporteren over de door de onderneming vastgestelde doelstellingen met betrekking tot duurzaamheidsaspecten en de voortgang die de onderneming heeft geboekt bij het bereiken van die doelstellingen, en de plannen van de onderneming om ervoor te zorgen dat haar bedrijfsmodel en strategie verenigbaar zijn met de overgang naar een duurzame economie en met de beperking van de opwarming van de aarde tot 1,5 °C.

10. H.J. de Kluiver, ‘Kroniek van het Ondernemingsrecht, Op weg naar post-covid, duurzaam ondernemingsrecht. Over grote thema’s van deze tijd; climate change, mensenrechten, governance en de maatschappelijke onderneming’, *NJB* 2021, afl. 16, p. 1241-1255.
11. Non-Financial Reporting Directive (NFRD) 2014/95/EU (*PbEU* 2014, L 330/1-9). Met ‘grote beursgenoteerde ondernemingen’ wordt specifiek bedoeld: organisaties van openbaar belang voor zover deze meer dan vijfhonderd werknemers hebben en een balanstotaal van 20 miljoen euro of 40 miljoen euro of meer omzet.
12. Op 21 april 2021 nam de Europese Commissie het voorstel voor de Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) aan: EUR-Lex - 52021PC0189 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

- *assurance*: dit betekent dat een accountantscontrole vereist wordt op de rapportageprocessen, beheersmaatregelen en kwaliteit van data met betrekking tot het duurzaamheidsbeleid van de onderneming. Interessant om vast te stellen is dat de dubbele materialiteitsstandaard hier ook in moet worden meegenomen.¹³

Niet alleen in Brussel maar ook in de Verenigde Staten zijn er initiatieven om tot verdergaande ESG-rapportageverplichtingen voor ondernemingen te komen. Zo publiceerde de Security Exchange Commission (SEC), de Amerikaanse toezichthouder van verschillende effectenbeurzen, in maart dit jaar een consultatie over klimaatverandering en de openbaarmaking van dergelijke ESG-informatie door ondernemingen. Onderwerpen waarop de SEC input verzoekt zijn onder andere:

1. hoe de SEC de openbaarmaking van klimaatveranderingsinformatie het beste kan reguleren, monitoren, beoordelen en begeleiden;
2. welke duurzaamheidsinformatie kwantificeerbaar is en als zodanig kan worden gerapporteerd;
3. of er per sector een verschillende rapportagestandaard dient te komen; en
4. of er aansluiting gezocht dient te worden bij bestaande duurzaamheidsraamwerken en -standaarden.¹⁴

Tot op heden zijn hierop veel reacties binnengekomen van verschillende belanghebbenden, waaronder ondernemingen. Het is goed om te zien dat ondernemingen zich hier mengen in het debat.

Extern toezicht

Het van kracht worden van nieuwe ESG-wet- en regelgeving roept ook de vraag op of en hoe de monitoring hiervan het beste kan plaatsvinden. Uit een door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) in 2020 gepubliceerde *position paper*¹⁵ blijkt dat de AFM een belangrijke rol voor zichzelf ziet weggelegd in het ondersteunen van de transitie naar een duurzame samenleving. De focus daarbij is met name ook gericht op de beschikbaarheid en kwaliteit van informatie in de gehele keten. Uitgangspunten die de AFM hanteert bij haar toezicht op duurzaamheid bij ondernemingen en onder toezicht staande instellingen zijn:

- ondernemingen stellen betrouwbare en toegankelijke informatie beschikbaar met betrekking tot duurzaamheidsfactoren in de bedrijfsactiviteiten;
- onder toezicht staande instellingen integreren duurzaamheidsaspecten in hun bedrijfsvoering, productontwikkeling, risicomanagement en investeringsbeslissingen en zijn hier transparant over; en

13. KPMG merkt op dat wereldwijd niet eerder op een dergelijke schaal *assurance* over niet-financiële informatie is opgelegd. Verder concludeert KPMG dat thans geen enkel Nederlands bedrijf voldoet aan de nieuwe duurzaamheidsmaatregelen van de EU zoals deze zullen gelden onder de CSRD. KPMG verrichtte onderzoek onder de top 25 beursgenoteerde en 25 grootste niet-beursgenoteerde ondernemingen in Nederland: bijna 80% voldoet aan slechts een paar nieuwe regels, en zo'n 10% voldoet aan geen enkele nieuwe verplichting en moet vergaande maatregelen nemen om straks wel te kunnen voldoen. Zie Rapport KPMG, 'Geen Uitweg, Onderzoek naar de mate van voorbereiding op CSRD van Nederlandse bedrijven', juli 2021.

14. Zie [sec.gov/news/public-statement/lee-climate-change-disclosures](https://www.sec.gov/news/public-statement/lee-climate-change-disclosures).

15. Zie [afm.nl/nl-nl/nieuws/2020/juni/visie-duurzaamheid](https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2020/juni/visie-duurzaamheid).

- consumenten en andere afnemers worden adequaat geïnformeerd en geadviseerd over duurzaamheidsfactoren ter ondersteuning van hun financiële beslissingen en krijgen een product dat passend is bij hun behoeften.

Dat de AFM een belangrijke rol voor zich zelf ziet weggelegd op het ESG-vlak, lijkt niet zonder meer een goed idee. Als overal nationale toezichthouders zich gaan bezighouden met deze materie dan zal dat juist bijdragen aan de versplintering die er nu al is en waarvan wij hiervoor hebben aangegeven dat die nu juist zeer problematisch is. Daarnaast is het toezicht dan belegd bij een reeds bestaande toezichthouder, waar de kans bestaat dat het toezicht gemakkelijk verder juridiseert en daarmee aan het doel voorbijshiet. Een specifieke *task force* met eigen statuut en eigen context zoals de SEC deze heeft ingesteld, waarover hieronder meer, lijkt een alternatieve oplossing. Anderzijds, de naleving van de NFRD ligt thans bij de AFM. De CSRD is daar de opvolger van en zo zou het voor dit specifieke stuk wetgeving als een natuurlijke uitbreiding van de huidige toezichtstaak van de AFM kunnen worden gezien.

Zoals kort geschetst, ontsnapt ook buiten de EU het toezicht op duurzaamheid niet aan de aandacht. De SEC kondigde aldus in maart van dit jaar aan dat zij, in lijn met de toenemende focus op ESG-rapportages en -investeringen, een Climate and ESG Task Force zal instellen. Deze Task Force zal onder andere toezien op de correcte naleving van ESG-rapportages en -openbaarmakingsverplichtingen van de onderneming. Daarnaast zal de Task Force functioneren als klachtenorgaan voor ESG-gerelateerde (anonieme) klachten en tips.¹⁶

Ten slotte kan ook het hiervoor reeds genoemde ISSB mogelijk bepaalde toezichttaken op zich nemen voor wat betreft de globale standaard die de ISSB nu voornemens is verder te ontwikkelen.

Corporate governance

In 2020 zijn ook een tweetal Europese Unie-rapporten gepubliceerd met betrekking tot (1) de ‘Study on due diligence requirements through the supply chain’, en (2) de ‘Study on directors’ duties and sustainable corporate governance’.¹⁷ De eerste heeft op 10 maart dit jaar geleid tot de publicatie van een conceptrichtlijn door het Europees Parlement die ziet op de zorgplicht van ondernemingen in de keten.¹⁸ Naar verwachting zal deze richtlijn op zijn vroegst pas eind 2022 of begin 2023 in werking treden. De richtlijn zal van toepassing zijn op: (1) grote ondernemingen die onder de jurisdictie van de Europese Unie vallen of zijn gevestigd in de Europese Unie; (2) beursgenoteerde of ‘risicovolle’ kleine en middelgrote entiteiten; en (3) ondernemingen die financiële diensten en producten aanbieden. Doelstelling van de richtlijn is dat ondernemingen die onder haar bereik vallen:

16. Zie ook sec.gov/news/press-release/2021-42.

17. Deze rapporten zijn respectievelijk in februari en juli 2020 afgerond: Study on due diligence requirements through the supply chain, Publications Office of the EU (europa.eu) en Study on directors’ duties and sustainable corporate governance, Publications Office of the EU (europa.eu).

18. Zie europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_NL.html.

- de op hun rustende verplichtingen ten aanzien van mensenrechten, het milieu en goed bestuur in de hele waardeketen moeten nakomen op straffe van strafrechtelijke vervolging;
- potentiële en/of daadwerkelijke negatieve effecten op de mensenrechten, het milieu en goed bestuur die hun eigen activiteiten en die van hun waardeketens en zakelijke relaties eventueel veroorzaken, moeten identificeren, beoordelen, voorkomen, wegnemen, beperken, monitoren en bekendmaken;
- geen nadeel meer ondervinden van oneerlijke concurrentievoordelen doordat met de op hen rustende verplichtingen deze in de Europese Unie worden uitgesloten.

Onder de conceptrichtlijn worden ondernemingen daarnaast verplicht om:

(1) maatregelen te nemen en inspanningen te leveren om potentiële negatieve effecten te voorkomen op het terrein van mensenrechten, milieu en goed bestuur; (2) hiervoor passende bedrijfsprocessen in te voeren; en (3) hun zorgvuldigheidsbenadering openbaar te maken in een strategisch document. Wij verwijzen voor een nadere uiteenzetting graag naar de bijdrage van Scheltema in deze bundel.

Naast bovengenoemde conceptrichtlijn is op 11 maart 2021 op nationaal niveau een initiatiefwetsvoorstel voor een Wet verantwoord en duurzaam internationaal zakendoen aanhangig gemaakt. Dit wetsvoorstel, dat is ingediend door een aantal minderheidspartijen in de Tweede Kamer, beoogt regels op te leggen voor zorgvuldigheid in productie- en toeleveringsketens voor Nederlandse ondernemingen die buitenlandse handel drijven, ter voorkoming van schending van mensenrechten, arbeidsrechten of het milieu in een land buiten Nederland. Hoewel op dit moment niet te verwachten is dat dit initiatiefwetsvoorstel tot wet zal worden verheven, past dit wetsvoorstel duidelijk in de algemene ontwikkelingen rond de focus op ESG.

In het verlengde van de tweede hiervoor genoemde studie is er in Nederland een debat ontstaan over het in de wet opnemen dat bestuurders en commissarissen als taak zouden moeten hebben ervoor te zorgen dat de onderneming aan het maatschappelijk verkeer deelneemt als ‘verantwoordelijke vennootschap’. Naar aanleiding hiervan ligt thans ook voor of enige nadere bepalingen over ESG-aspecten zouden moeten worden opgenomen in de Nederlandse Corporate Governance Code.¹⁹ Ook hiervoor geldt dat wij wel zouden willen waarschuwen voor weer een nieuw ESG-framework naast alle initiatieven die er al zijn. Dat komt de effectiviteit van al deze initiatieven niet zonder meer ten goede.

19. J.W. Winter e.a., ‘Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer’, *Ondernemingsrecht* 2020/86, p. 471 e.v., ‘Maatschappelijk verantwoord besturen en toezichthouden, dat is het nieuwe normaal’, *Het Financieel Dagblad* 23 mei 2020. Zie J.W. Winter e.a. na alle kritiek in ‘Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen. Een antwoord op reacties’, *Ondernemingsrecht* 2021/6, p. 31 e.v. Daarop zie men de uitgebreide kritiek van onder meer H.J. de Kluiver, ‘Over de verantwoordelijke onderneming. Naar een Paradise by the dashboard light?’, *Ondernemingsrecht* 2020/126, p. 711 e.v., W.A. Westenbroek, ‘Een maatschappelijke verantwoordelijkheid voor ondernemingen en (bange?) bestuurders’, *Ondernemingsrecht* 2021/3, p. 7 e.v., A.J. Kaarls, ‘Vage praatjes vullen geen gaatjes’, *Ondernemingsrecht* 2021/4, p. 14 e.v., S.B. Garcia Nelen, ‘De beursvennootschap, corporate governance en strategie’, *Ondernemingsrecht* 2021/5, p. 20 e.v. en P.M. Koster, ‘Geen vage normen voor maatschappelijke rol bedrijven’, *Het Financieel Dagblad* 5 juni 2020.

3 **Knelpunten en aanbevelingen naar aanleiding van de ESG-ontwikkelingen**

Dat ondernemingen aan wet- en regelgeving moeten voldoen, staat buiten discussie. De grote verscheidenheid aan ontwikkelingen maakt de taak van de onderneming voor wat betreft het inpassen van allerhande duurzaamheidsstandaarden en -verplichtingen in haar rapportages en beleid er echter niet makkelijker op. Een helder, duidelijk en langetermijnbeleid vanuit de overheid zou helpen om richting te geven en de versnelling van de verduurzaming aan te jagen. Helaas schort het op dit moment nog aan een dergelijk beleid. Hieronder zullen we ingaan op de specifieke knelpunten die de onderneming ziet en/of ervaart op dit moment.

Internationale duurzaamheidsraamwerken en -standaarden

Uit onze rondvraag blijkt dat ondernemingen voor wat betreft de keuze van een duurzaamheidsraamwerk, de voorkeur geven aan SDG's om hun ambities en inzet op ESG-gebied zichtbaar te maken. Dit is in lijn met het onderzoek van de Nederlandse overheid begin 2021 onder honderd Nederlandse ondernemingen.²⁰ De resultaten daarvan laten zien dat 89% van de ondernemingen een of meer SDG's heeft opgenomen binnen de bedrijfsstrategie en de kernactiviteiten, en maar liefst 93% van de ondernemingen specifieke SDG's geselecteerd heeft waaraan zij een bijdrage willen leveren. Alhoewel het bewustzijn voor de SDG's hoog is, lijken ondernemingen het lastig te vinden om hun ambities concreet vast te leggen. Slechts een derde van de Nederlandse beursgenoteerde bedrijven selecteerde ook uit de 169 subdoelstellingen. Dit relateert aan het gebrek aan eenduidige rapportagestandaarden, waarover hieronder meer.

Uit onze rondvraag blijkt verder dat populaire SDG's onder ondernemingen in Nederland de volgende zijn: Good Health & Wellbeing (SDG 3), Affordable & Clean Energy (SDG 7), Decent Work and Economic Growth (SDG 8), Sustainable Cities and Communities (SDG 11), Responsible Consumption and Production (SDG 12) en Climate Action (SDG 13).²¹ Vaak is er ook overlap tussen gekozen SDG's omdat geen doelstelling volledig op zichzelf staat. Qua aantallen lijken ondernemingen de focus te leggen op drie tot zes SDG's van de in totaal zeventien SDG's. Op deze wijze blijven de duurzaamheidsdoelstellingen overzichtelijk en meetbaar. Die beperking is ook belangrijk en de opstellers van de SDG's bevelen ook sterk aan om een keuze te maken. Men kan ook niet van ondernemingen verwachten dat zij alle maatschappelijke noden en wensen integraal behartigen. Dat is ook praktisch niet doenlijk en het is zeker niet effectief om de aandacht te versnipperen over een veelheid van doelstellingen.

20. Vijfde Nederlandse SDG-rapportage, 'Nederland ontwikkelt duurzaam', 19 mei 2021. De enquête is uitgezet onder leden en de netwerken van VNO-NCW, MKB-Nederland, Global Compact Netwerk Nederland, MVO Nederland, Groene Groeiers, Dutch Sustainable Growth Coalition, NVB en Social Enterprise NL.

21. Overigens toont ook de Vijfde Nederlandse SDG-rapportage dat 67% van de respondenten prioriteit geeft aan de aanpak van klimaatverandering (SDG 13).

Ook wordt duidelijk dat een onderneming voor SDG's kiest waar ze per definitie de meeste impact heeft, en dat de onderneming zich daarbij door haar ondernemingsstrategie en -doelstelling laat leiden. Het is duidelijk dat voor ondernemingen de eigen geformuleerde 'focus areas of sustainability', 'sustainability goals', dan wel 'core values' vooropstaan. Deze worden eerst neergezet en gepresenteerd, om hier vervolgens bepaalde SDG's aan te koppelen. Een raamwerk zoals de SDG's dient dus met name om globaal te laten zien welke ESG-doelen de onderneming vanuit haar kernwaarden nastreeft.

Naast bovenstaande blijkt uit onze rondvraag dat een enkele onderneming een zelf ontworpen en opzichzelfstaand raamwerk gebruikt om haar duurzaamheidsdoelstellingen te presenteren. Dit is de uitzondering. Daarnaast worden ook het World Economic Forum ESG framework, de OECD Guidelines en de Responsible Business Alliance (RBA) genoemd. Deze raamwerken lijken echter altijd te worden gebruikt in combinatie met SDG's.

Vast staat dat het kenbaar maken van ESG-ambities en daarbij de presentatie van specifieke duurzaamheidsdoelstellingen niet meer zijn weg te denken uit het bedrijfsleven en een vaste plek lijken te hebben verworven in het jaarverslag van de onderneming. Met name zetten SDG's hier de toon. Samengevat door een van onze respondenten: 'The company believes that ESG characteristics are a good proxy for the strength of the business model and management team at a given company. We also believe that strong corporate governance aligns management and shareholder interests, and that environmental and social practices can assist in identifying business models that may create sustainable value while avoiding downside risk.'

Het moge, zoals hierboven aangegeven, duidelijk zijn dat het meten van de impact en resultaten voor wat betreft het behalen van gepresenteerde duurzaamheidsdoelstellingen, niet makkelijk is. Dit blijkt ook als men thans de verschillende jaarverslagen van ondernemingen naast elkaar legt, en de grote verscheidenheid aan gebruikte standaarden ziet. Ondernemingen worstelen met dit aanbod van zeer diverse standaarden om impact en resultaten van hun duurzaamheidsdoelstellingen te meten.²² De Nederlandse overheid heeft reeds in 2020 opdracht gegeven aan PWC om te onderzoeken hoe dit nu beter zou kunnen en wat er nodig is om nu te komen tot een goed bruikbare en breed geaccepteerde standaard waarmee de onderneming geholpen is.²³

Het gebruik van verschillende standaarden door ondernemingen maakt een onderlinge vergelijking van het behaalde resultaat op duurzaamheidsdoelstellingen niet makkelijk, ongeacht of de SDG's die gekozen worden, overeenkomen. Beter vergelijkbare en relevantere ESG-rapportages vragen om meer eenduidigheid in (en dus harmonisatie van) het meten en rapporteren van ESG-impact. Dat vraagt weer een inspanning van de wetgever om op een internationaal niveau echt veel betere en

22. Dit blijkt ook uit eerdere enquêtes en onderzoeken, zie voetnoot 16/17.

23. Zie voetnoot 6. Zo wordt bijvoorbeeld de grote diversiteit aan raamwerken en standaarden genoemd, het gebrek aan consensus tussen sectoren dat gerapporteerd zou moeten worden en op welke wijze dit meetbaar dient te zijn.

beter toepasbare wet- en regelgeving te ontwikkelen. Het initiatief van de IFRS om tot een wereldwijde standaard te komen, lijkt hierop in te spelen.

Uit onze rondvraag komt naar voren dat ondanks de worsteling met de grote verscheidenheid aan standaarden, er bij ondernemingen geen duidelijke voorkeur voor een van de genoemde standaarden (in wording) is. Als belangrijke criteria die bij de voorkeur voor een van de standaarden (in wording) een rol spelen, worden genoemd: (1) de mate waarin ondernemingen al bekend zijn met een bestaande standaard, (2) de mogelijke aanvaarding van harmoniserende EU-standaarden door landen buiten de EU, (3) de wereldwijde dekking van een standaard die noodzakelijk is om ESG effectief te adresseren en (4) de dekking van een standaard die verder zou moeten gaan dan mensenrechten en klimaat alleen en dus het bredere ESG-veld betreft.

Concluderend is er een duidelijke boodschap vanuit de onderneming om ervoor te waken dat er geen talloze standaarden naast elkaar blijven bestaan. Er dient internationaal gekozen te worden voor een duidelijke standaard die ondernemingen wereldwijd kunnen toepassen om ESG-doelstellingen te kwantificeren en meetbaar te maken.

Wet- en regelgeving in het algemeen

Voor wat betreft alle nieuwe wet- en regelgevingsinitiatieven op ESG-vlak komen uit onze rondvraag een aantal knelpunten naar voren.

Ten eerste bestaat er behoefte aan wet- en regelgeving die helder de maatregelen aangeeft die een onderneming moet nemen, en daarbij een duidelijke methodiek en geformuleerde doelen verschaft. De onderneming heeft behoefte aan begrijpelijke regels die vervolgens in de bedrijfsvoering van de onderneming kunnen worden geïmplementeerd. Dit geldt in het algemeen, maar ook bijvoorbeeld voor wat betreft de actuele discussie met betrekking tot het invoeren van een bredere zorgplicht van het bestuur en de raad van commissarissen voor een verantwoordelijke deelname van de vennootschap aan het maatschappelijk verkeer.²⁴ Dit is een open norm, nu deze mede aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid in de concrete omstandigheden van het geval zou moeten worden bepaald en is daarmee niet werkbaar.

Voor wat betreft de aard van de regelgeving is voor spoedige implementatie van belang dat de regelgeving niet vrijblijvend is, juist ook om bij te dragen aan een *level playing field* op het gebied van ESG.

Een groot probleem is verder de grote verscheidenheid aan regelgeving tussen jurisdicties en dus regio's en landen. Zeer veel ondernemingen zijn in meerdere landen actief en worden daardoor geconfronteerd met verschillen in wet- en regelgeving. Zij moeten aan zeer diverse (rapportage)verplichtingen voldoen die niet altijd verenigbaar zijn met elkaar.

24. Zie voetnoot 19.

Ten slotte: om ESG-wet- en regelgeving goed te kunnen borgen is van belang dat ESG onderdeel uitmaakt van de bedrijfsvoering. Ook het integraal meenemen van ESG in de strategie en langetermijnvisie van de onderneming leidt tot een versterkte focus op langetermijndoelstellingen ten gunste van korte termijn (financiële)-*targetsetting*. De onderneming zou hierin verder ondersteund kunnen worden door een overheid, waar ESG-beleid is geënt op een langetermijnvisie, waarmee zekerheid en een *level playing field* op het gebied van verduurzaming voor de onderneming worden bewaakt.

Bij een en ander is volgens ons de sleutel naar succes dat het bestuur van de onderneming een actieve rol speelt op ESG-vlak, waaruit blijkt dat de onderneming haar duurzaamheidsambities serieus neemt. Door de juiste *'tone at the top'* wordt ook het belang van duurzaamheid bij werknemers vergroot. Om duurzaamheid op alle niveaus binnen de onderneming verder te verankeren, kan gebruik worden gemaakt van de – vaak reeds bestaande – *Code of Conduct*. Steeds meer ondernemingen committeren zich aan een eigen *Code of Conduct* waarin de ethiek en compliancecultuur van de onderneming wordt beschreven. Het succes van een *Code of Conduct* is gelegen in het beleid dat erop gevoerd wordt, inclusief op de naleving ervan. Het is dus van belang dat de onderneming actief blijft sturen op de *Code of Conduct*. Uiteindelijk dient de *Code of Conduct* onderdeel uit te maken van het DNA van de onderneming. Als zodanig leent een *Code of Conduct* zich ook goed voor het uitdragen van het ESG-beleid en de waarden die daaraan ten grondslag liggen. Op deze wijze kan worden bewerkstelligd dat ESG een integraal onderdeel uitmaakt van de ethiek en compliancecultuur van de onderneming.

Ook derde partijen worden vaak verplicht deze *Code of Conduct* te accepteren voordat er zaken kunnen worden gedaan. Op deze wijze helpt de *Code of Conduct* ook om ESG-compliance verder in de keten te borgen, dit in het kader van de aanstaande ketenverantwoordelijkheid van ondernemingen, waarover hieronder meer.

ESG-rapportageverplichtingen en toezicht

Uit onze rondvraag is duidelijk dat het merendeel van de respondenten het jaarverslag van de onderneming ziet als de manier om over ESG te rapporteren. ESG-rapportages in jaarverslagen gaan in het algemeen ook wel verder dan de minimale openbaarmakingsverplichtingen die voor de onderneming gelden. Deze bredere rapportageambitie is ook duidelijk tot trend geworden in verband met de invoering van SDG's en andere ESG-raamwerken in de afgelopen jaren. Wij zien recent echter ook dat een aantal grote ondernemingen in Nederland de rapportage over ESG juist separaat van het jaarverslag presenteert, in een separaat verslag, bijvoorbeeld NXP en Shell. Ondernemingen zullen hun eigen beweegredenen hebben om te kiezen voor een jaarverslag waarin ESG integraal is meegenomen of voor een apart ESG-verslag. Als we kijken naar de sterk toenemende ESG-verplichtingen lijkt het onzes inziens voor de hand te liggen dat ondernemingen in de toekomst eerder tot het presenteren van een jaarverslag zullen overgaan waarin ESG integraal wordt meegenomen.²⁵ Op deze wijze kan de onderneming ook duidelijk maken dat ESG is

25. Zie ook PWC-rapport 2019, 'Het duurzaamheidsrapportagelandschap in Nederland over 2019', [pwc.nl/nl/assets/documents/pwc-duurzaamheidsrapportage-2019.pdf](https://www.pwc.nl/nl/assets/documents/pwc-duurzaamheidsrapportage-2019.pdf). Zie ook het Jaarverslagenonderzoek 2020, 26e editie: 'Onderzoek ter ondersteuning van de redactie van de FD Henri Sijthoff'

geworden tot een integraal onderdeel van het beleid van de onderneming. Bij publicatie van een apart ESG-verslag zou de indruk kunnen ontstaan dat ESG een opzichzelfstaand thema is.

Verder komt naar voren dat ESG-verslaggeving door een onderneming een crossfunctionele exercitie is, waar veel verschillende functies bij betrokken zijn. Uit onze rondvraag blijkt dat niet alleen de bedrijfsjurist, maar ook andere supportfuncties een (actieve) rol dienen te hebben en krijgen bij de totstandkoming van het jaarverslag of apart ESG-verslag. Ook is duidelijk dat om tot een goede ESG-verslaggeving te komen er een duidelijk ESG-beleid en -strategie aan ten grondslag moet liggen die op het hoogste niveau binnen de onderneming gedragen wordt. Enkel dan zal ESG-beleid in concrete acties worden omgezet, die vervolgens kunnen leiden tot heldere rapportages op het gebied van de gestelde ESG-doelstellingen.

Voor wat betreft het toezicht op de ESG-rapportage door de onderneming blijkt uit onze rondvraag dat er verschillend wordt gedacht over de vraag bij welke toezichthouder het toezicht op de ESG-rapportage zou moeten worden belegd. De meeste ondernemingen geven de voorkeur aan een nieuwe toezichthouder voor het monitoren van de naleving van wet- en regelgeving op ESG-vlak. Andere ideeën zijn:

(1) het per onderwerp bekijken welke organisatie zich het beste kwalificeert voor het houden van toezicht, waarbij de AFM zich bijvoorbeeld zou moeten focussen op de financiële informatie, en (2) het monitoren van de naleving door ondernemingen door externe accountants door dit mee te nemen in het reguliere auditprogramma, zoals de nieuwe CSRD-richtlijn dat voor ogen heeft.

Conceptrichtlijn ketenverantwoordelijkheid

Ten slotte gaan we graag nog specifiek in op de nieuwe conceptrichtlijn ketenverantwoordelijkheid, die we hierboven al kort beschreven hebben en die uitgebreid aan de orde komt in de bijdrage van Scheltema aan deze bundel. Deze conceptrichtlijn vormt een voorbeeld van de verzwaring van ESG-verplichtingen die binnenkort op ondernemingen afkomen. Onder verwijzing naar de drie eerder genoemde verplichtingen uit de conceptrichtlijn is het de verwachting dat de verder door de Commissie uit te werken richtlijn verstrekkende gevolgen zal hebben voor de ondernemingen waarop de richtlijn van toepassing is. De conceptrichtlijn behelst een vergaande verantwoordelijkheid en (rapportage)verplichtingen op ESG-vlak voor de onderneming voor wat betreft derde partijen met wie zij zaken doet. Het gaat hier dus om het opleggen van ESG-verplichtingen die de onderneming zelf niet onder haar directe controle heeft.

Een voorbeeld van een thans bestaande en min of meer soortgelijke verplichting is de door de SEC verplichte rapportage en openbaarmaking van het gebruik en de origine van *conflict minerals* door een onderneming.²⁶ Hier blijkt het in de praktijk,

Prijs', Hogeschool Leiden, waarin wordt opgemerkt dat geïntegreerd rapporteren inmiddels de standaard is bij beursgenoteerde bedrijven.

26. Rule 13p-1 Securities Exchange Act 1934. 'Conflict minerals' zijn gedefinieerd als columbite-tantaliet (coltan), cassiteriet, wolframiet, goud en derivaten daarvan, momenteel tin, tantaal en wolfram. Indien een onderneming van deze mineralen gebruikmaakt, dient hierover gerapporteerd te worden. Binnen de SEC-regels wordt 'DRC conflictvrij' gedefinieerd als mineralen die zijn gewonnen en niet direct of indirect ten goede kwamen aan gewapende groepen in de SEC-referentielanden. In het

ondanks grote inspanningen, voor de onderneming niet altijd mogelijk de precieze oorsprong van de *minerals* te achterhalen en dus valt het niet te garanderen dat deze daadwerkelijk 'conflict'-vrij zijn. De redenen daarvoor zijn gelegen in onder meer de complexiteit van de keten, het aantal niveaus van leveranciers in de keten (dat wil zeggen: de lagen tussen de directe leverancier van de onderneming en de leverancier aan de bron van de eerste grondstoffen), de afhankelijkheid van het geringe aantal conflictvrije smelterijen en het feit dat de onderneming afhankelijk is van subleveranciers om hierover een verklaring af te geven, en, in het algemeen, het ophalen van betrouwbare en juiste data.

Een ander voorbeeld is het reeds jarenlange streven van een groep chocolademakers om de chocolade-industrie 100% slaafvrij te maken. Een aantal merken, zoals de Nederlandse Tony's Chocolonely en de Chocolademakers, timmert hier hard aan de weg, maar er lijkt nog een lange weg te gaan voordat de industrie daadwerkelijk vrij is van moderne slavernij en kinderarbeid. Zo is Tony's Chocolonely door de Amerikaanse organisatie Slave Free Chocolate recent van de lijst met slaafvrije bedrijven verwijderd omdat zij samenwerkt met chocoladeproducent Barry Callebaut, die cacao gebruikt die niet slaafvrij is. En ook Tony's Chocolonely zelf, sinds 2005 bezig om haar eigen keten slaaf- en kinderarbeidvrij te maken, erkent overigens dat ze niet kan garanderen dat haar chocolade 100% slaafvrij is. Dit ligt mede aan de complexiteit en gelaagdheid van de keten en het feit dat zij niet over de middelen beschikt en het niet realistisch is om alle cacaoplantages 24/7 te monitoren.

Het op papier volledig *compliant* kunnen zijn strookt dus niet altijd met de werkelijke situatie. Om dit als onderneming zo veel mogelijk te ondervangen zou de onderneming de dialoog met de hele keten van toeleveranciers moeten aangaan. Vooral de grotere ondernemingen die een professionele inkooporganisatie hebben, zouden het initiatief kunnen oppakken om periodiek hun toeleveranciers uit te nodigen om te laten zien welke verplichtingen er op het ESG-vlak zijn, wat zij op dit vlak van hun toeleveranciers verwachten en door aan te geven dat zij hun toeleveranciers in dit proces kunnen ondersteunen, bijvoorbeeld door het delen van *best practices*. Deze toeleveranciers zouden vervolgens ook periodiek op het naleven van hun ESG-verplichtingen moeten worden beoordeeld door een externe partij. Tot slot zou het contract dat partijen hebben gesloten erin kunnen voorzien dat het kan worden opgezegd als de toeleverancier twee keer een 'afwijkende' beoordeling heeft gekregen. Desalniettemin blijft de onderneming afhankelijk van de data die haar directe toeleveranciers aanleveren.

Het voorgaande toont aan dat het niet zo gemakkelijk is om op korte termijn volledige ESG-*compliance* in de keten te garanderen. Redenen daarvoor zijn onder andere dat (1) niet elke toeleverancier de middelen heeft om de betreffende duurzaamheidsomschakeling te maken, (2) toeleveranciers meer tijd nodig hebben om hun duurzaamheidsbeleid te wijzigen, (3) de specifieke data lastig zijn te achterhalen en om dat wel te kunnen zal nog het nodige werk verzet moeten worden, (4) het zicht op de gehele keten beperkt is. Als alternatief zal de onderneming naar nieuwe

algemeen duidt conflictvrij daarnaast ook op het winnen van mineralen zonder gebruik van gedwongen arbeid.

toeleveranciers kunnen zoeken die wel voldoen aan de gestelde duurzaamheidsvereisten. Hier gaat tijd overheen. Uiteraard zijn wij voorstander van verduurzaming door de gehele keten, maar met voorgaande aspecten dient rekening te worden gehouden bij de verplichtingen die aan de onderneming worden opgelegd onder de nieuwe richtlijn. We moeten ook voorkomen dat er een schijnwerkelijkheid van ESG-compliance ontstaat.

Positief is dat met een richtlijn als de onderhavige conceptrichtlijn ketenverantwoordelijkheid de verzwaarde ESG-verplichtingen tot gevolg kunnen hebben dat het toekomstige ESG-beleid van een onderneming daadwerkelijk geïntegreerd gaat worden in de dagelijkse bedrijfsvoering, waarmee dus ook het lijnmanagement binnen de onderneming verantwoordelijk wordt en verantwoordelijkheid neemt voor de naleving ervan.

Tot slot wordt in de conceptrichtlijn bepaald dat de naleving van de verplichtingen door de ondernemingen die onder de reikwijdte van de richtlijn vallen, onderhevig is aan het toezicht van een nationaal bevoegde autoriteit. Verder wordt hierin beschreven dat de lidstaten garanderen dat deze nationaal bevoegde autoriteiten onafhankelijk zijn en beschikken over het nodige personeel en de nodige technische en financiële middelen, bedrijfsruimten, infrastructuur en expertise om hun taken doeltreffend uit te voeren. Of de taken bij een nieuw op te richten toezichthouder in Nederland zouden moeten worden belegd of volstaan kan worden met het onderbrengen ervan bij bijvoorbeeld de AFM zal mede afhangen van de inhoud van de richtlijn die de Europese Commissie op basis van het conceptvoorstel van het Europees Parlement dit jaar zal presenteren.

De richtlijn laat onverlet dat het voor ondernemingen die met deze nieuwe regelgeving te maken gaan krijgen, verstandig is om hier nu al in de bedrijfsvoering rekening mee te gaan houden.

4 ESG en de rol van de bedrijfsjurist

Met al deze ontwikkelingen heeft er ook een andere verschuiving plaatsgevonden, namelijk het feit dat ESG als onderwerp van *sec* reputatie- en stakeholdermanagement is opgeschoven naar het juridisch domein, waarbij volgens ons een belangrijke rol is weggelegd voor de bedrijfsjurist. De hoeveelheid wet- en regelgeving is in een versnelling geraakt, opgelegd door een verscheidenheid aan partijen zoals de centrale banken, toezichthoudende autoriteiten, effectenbeurzen, en overheidsinstanties, op zowel nationaal als internationaal vlak. Het zij duidelijk dat het er voor ondernemingen niet makkelijker op wordt om door de grote diversiteit aan regelgeving eenduidig op ESG te koersen.

Het ligt daarbij voor de hand dat de bedrijfsjurist als *trusted business partner/advisor* een proactieve rol speelt. In die rol heeft de bedrijfsjurist een signaleringsfunctie: wat komt er allemaal qua wet- en regelgeving op de onderneming af en hoe zorgt de onderneming ervoor dat de wet- en regelgeving op de juiste manier wordt toegepast en waar nodig verankerd in de bedrijfsprocessen? Maar de bedrijfsjurist kan ook helpen duiden welke risico's er voor de onderneming op ESG-gebied liggen en hoe deze te mitigeren. We zien echter niet alleen een risicomitigerende rol voor

de bedrijfsjurist weggelegd: hij of zij zou het bestuur juist ook kunnen wijzen op de kansen die nieuwe ESG-wet- en regelgeving de onderneming kan bieden. Denk hierbij aan de manier waarop de onderneming zich zou kunnen onderscheiden van haar concurrenten en de strategie die hierop moet worden aangepast.

Verder zou de bedrijfsjurist, nu ESG-wet- en regelgeving ook grotendeels ziet op rapportageverplichtingen, een rol kunnen spelen door mee te denken over de mate van transparantie die de onderneming kan en wil geven voor wat betreft haar ESG-rapportages, maar ook aan het begeleiden van de audit door de accountant op dit vlak. Daarnaast kan de bedrijfsjurist een rol spelen bij het kiezen van raamwerken en standaarden die het best bij de onderneming passen. Ook zou de bedrijfsjurist kunnen adviseren op het gebied van *corporate governance* gezien de toenemende verankering van ESG-elementen op dat vlak. Ten slotte beschikken veel ondernemingen tegenwoordig over een klachtensysteem met anonieme kliklijn, waar onder andere klachten op het gebied van ESG kunnen worden gemeld. Ongeacht of dit systeem onder de directe verantwoordelijkheid van de bedrijfsjurist valt, kan de bedrijfsjurist betrokken worden bij het behandelen en oplossen van klachten met betrekking tot ESG.

5 Conclusie

Veranderingen in de samenleving volgen elkaar steeds sneller op. Ondernemingen moeten zich hierop aanpassen om concurrerend te blijven. Dit geldt ook voor de ontwikkelingen op het ESG-vlak. Er is sprake van een toenemende druk vanuit diverse stakeholders, en er bestaan veel wet- en regelgevingsinitiatieven op ESG-vlak. Duidelijk is dat ESG niet meer weg te denken is uit het bedrijfsleven. De urgentie en de bereidheid bij ondernemingen om ESG steeds meer te verankeren in de bedrijfsvoering en langetermijnstrategie is er. De bedrijfsjurist speelt onzes inziens hierbij een belangrijke rol, met name ook ten aanzien van de implementatie en de monitoring van ESG-initiatieven met betrekking tot de onderneming.

De ontwikkeling van de verschillende duurzaamheidsinitiatieven juichen wij vanuit ons duurzaamheidshart van harte toe. Het blijft wel van belang om de ondernemingen te betrekken bij de uitwerking en implementatie van de diverse initiatieven om te borgen dat een en ander werkbaar blijft. Hierbij dient er voldoende aandacht te zijn voor de vraag vanuit ondernemingen om ontwikkeling van helder beleid door de overheid gebaseerd op een langetermijnvisie, het liefst internationaal dan wel EU-breed gedragen, om versnippering te voorkomen. Ook ligt hier een actieve rol voor de onderneming zelf om zich te mengen in het 'debat' en duidelijk knelpunten en aanbevelingen aan te dragen bij de regulerende instanties en overheden.

Laten we voorkomen dat de mooie ontwikkelingen op ESG-vlak grotendeels verworden tot een papieren werkelijkheid. Juist vanuit de onderneming kan, met de juiste visie en hulp van de wet- en regelgevende instanties, een grote en actieve bijdrage worden geleverd om ervoor te zorgen dat ESG binnen, maar ook buiten de onderneming, gemeengoed wordt waardoor onze planeet leefbaar blijft voor de huidige en toekomstige generaties.

Duurzaamheid en het perspectief van een belegger

Mr. H.A. Walkate MBA^{*}

Introductie en kernbegrippen

ESG staat voor het rekening houden met milieu (E voor *environment*), mens (S voor *social*) en goed bestuur (G voor *governance*) in beleggingsprocessen. In goed Nederlands heet het daarmee ‘verantwoord’ of ‘duurzaam beleggen’. De aandacht daarvoor is tegenwoordig overal aanwezig en het is bijna niet meer voor te stellen dat dit nog vrij recent een obscuur fenomeen was. Alvorens in te gaan op de details en effectiviteit van de diverse ESG-instrumenten is het dus nuttig kort stil te staan bij de ontstaansgeschiedenis. Daaraan voorafgaand licht ik nog kort enige voor beleggers belangrijke kernbegrippen en kernregelingen toe die in het navolgende een belangrijke rol spelen. In de eerste plaats zijn dat de Principles for Responsible Investment (PRI) die vanaf 2005 zijn ontwikkeld door investeerders op uitnodiging van de toenmalige secretaris-generaal van de Verenigde Naties (VN). Inmiddels hebben meer dan vierduizend beleggingsinstellingen zich daarbij aangesloten. Zie nader www.unpri.org. Een tweede belangrijke kernregeling vormen de 17 Sustainable Development Goals (SDG’s) vastgesteld door de Verenigde Naties in 2015. Die zeventien doelstellingen omvatten onder meer uitbanning van armoede en honger, bevordering van gezondheid en onderwijs, *gender equality*, bevordering van schone energie, milieubescherming, bescherming van het klimaat, enzovoort. Zie daaromtrent nader sdgs.un.org/goals. Waar deze initiatieven primair intentioneel zijn, zijn er ook steeds meer initiatieven en regelingen die zien op (al of niet verplichte) rapportage van initiatieven die door beleggers worden genomen. In de Europese Unie (EU) is met name van belang Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR) 2019/2088 die op 10 maart 2021 in werking is getreden en rapportageverplichtingen oplegt aan de financial services sector. Deze verordening is uitdrukkelijk mede bedoeld (zie reeds de eerste overwegingen daarin) om de realisatie van de zeventien UN SDG’s en de klimaatdoelstellingen zoals afgesproken in de Klimaatovereenkomst van Parijs naderbij te brengen.

1 Korte geschiedenis

De manier van investeren waarbij op enige manier rekening wordt gehouden met milieu (E voor *environment*), mens (S voor *social*) of goed bestuur (G voor *governance*) is al eeuwen oud, hoewel de term ESG pas veel later geïntroduceerd werd. Zo vermeden de Amerikaanse Quakers en Methodisten rond 1700 in hun beleggingen al

* Harald Walkate is expert op het gebied van duurzaam beleggen en ESG. Tot voor kort was hij Head of ESG en lid van de Executive Committee van Natixis Investment Managers. Daarvoor was hij 15 jaar werkzaam bij Aegon, onder andere als Head of Responsible Investment bij Aegon Asset Managers. Hij is tevens ESG adviseur voor het Impact Management Project, AIF Global en Dutch Founders Fund.

bepaalde zondige activiteiten zoals slavenhandel, wapens, alcohol of tabak. In de jaren zestig en zeventig speelde verantwoord beleggen een rol in de Amerikaanse burgerrechten beweging, in de protesten tegen de Vietnamoorlog (bijvoorbeeld door het uitsluiten van Dow Chemical, de producent van napalm) en in de boycotts tegen Zuid-Afrikaanse apartheid. Hoewel de directe effecten van deze beleggings-activiteiten omstreden zijn, wordt over het algemeen aangenomen dat deze wel een bijdrage hebben geleverd aan het succes van deze bewegingen.

De term ESG werd rond 2004 geïntroduceerd en is vooral populair geworden doordat de initiatiefnemers van de Principles for Responsible Investment (PRI) in 2005 deze in het eerste principe van de PRI opnamen: *'We will incorporate ESG issues into investment analysis and decision-making processes.'* De PRI tellen inmiddels rond de vierduizend ondertekenaars, waaronder *asset owners* (pensioenfondsen, verzekeraars), asset managers, banken, consultants en dataproviders, die zich dus allemaal verbonden hebben op verantwoorde manier, met inachtneming van ESG-factoren, te beleggen.

Wikipedia zegt dat duurzaam beleggen in 2007 'uit de geitenwollensokkensfeer' leek te zijn verdwenen; hoewel dit uiteraard niet objectief vast te stellen is, wordt wel vanaf die tijd steeds meer over *mainstreaming* van ESG gesproken. Vanaf ongeveer 2013 kreeg ESG extra wind in de zeilen door een aantal ontwikkelingen:

- Klimaatverandering, onder de noemer E, werd een steeds belangrijker maatschappelijk thema en is in ESG-discussies tegenwoordig zó dominant dat andere thema's soms volstrekt uit beeld blijven. Deze al aanwezige trend kreeg nog een verdere duw in de rug door het Klimaatakkoord van Parijs in 2015 met het doel opwarming van de aarde te beperken tot 2 °C of zelfs 1,5 °C.
- In 2015 werden ook de *Sustainable Development Goals* (SDG's) door de Verenigde Naties aangenomen; deze ontwikkelingsdoelen zijn door veel beleggers omarmd als raamwerk om aan te tonen dat beleggingen impact hebben en om de impact te meten.
- In 2017 kwam de *Taskforce on Climate-Related Financial Disclosures* (TCFD) met aanbevelingen voor het rapporteren van klimaatgerelateerde risico's. Hoewel TCFD anders dan de PRI geen lidmaatschapsorganisatie is, zijn deze aanbevelingen ook breed omarmd en later ook deels opgenomen in de rapportage verplichtingen van de PRI.
- In 2018 introduceerde de EU het *Sustainable Finance Action Plan*, dat inmiddels heeft geresulteerd in een Taxonomie (2021), die aangeeft welke beleggingen als groen kunnen worden aangemerkt, en de *Sustainable Finance Disclosure Regulation* (SFDR, 2020), die op basis van een fondsenclassificatie (art. 6, 8 en 9 fondsen) eisen stelt aan rapportage van ESG-aspecten van beleggingen.

Daarnaast bestaat er ook een nauw verband tussen ESG en *corporate social responsibility* (CSR), ofwel maatschappelijk verantwoord ondernemen; de CSR-thema's die in het bedrijfsleven hoog op de agenda staan, zijn ruwweg dezelfde thema's die beleggers onder de noemer ESG onder de loep nemen.

Tot slot wordt de ESG-discussie beïnvloed door twee andere maatschappelijke thema's van de afgelopen jaren: de beweerde kortetermijngeneigdheid in het bedrijfsleven en in het bijzonder van beleggers; en de *'stockholder vs. stakeholder'*-discussie, waarbij aan de ene zijde wordt aangenomen dat bedrijfsmanagement slechts verantwoording verschuldigd is aan aandeelhouders – die als 'eigenaars' van de on-

derneming over het algemeen zo veel mogelijk winst nastreven – en er aan de andere zijde de roep is om vooral ook rekening te houden met andere belanghebbenden, zoals klanten, werknemers, en de maatschappij in het algemeen, zelfs als dit ten koste gaat van de winst.

Deze laatste discussie wordt ook zeer beïnvloed door kritiek op het kapitalistische systeem, waar vaak wordt aangevoerd dat ondernemingen die in de vrije markt opereren – onder invloed van het gedachtegoed van de econoom Milton Friedman en onder nooit aflatende druk van beleggers – te veel gericht zijn op winst en groei en te weinig oog hebben voor andere belangen, dus schadelijk zijn voor milieu en mensenrechten, en economische ongelijkheid in de hand werken. Er zijn ook ESG-aanhangers die het kapitalisme liefst geheel afgeschafte zien.

Na deze stormachtige groei van met name de afgelopen tien jaar staat ESG nu vaak bovenaan de prioriteitenlijstjes in de beleggingsindustrie; zo is het bijvoorbeeld een belangrijk criterium bij de selectie van asset managers door pensioenfondsen, hebben veel beleggers ESG-afdelingen met tientallen mensen en is er een omvangrijke en steeds verder groeiende markt voor ESG-fondsen.

2 ESG-begrippen

Achter de noemer ‘ESG’ gaat een hele wereld aan andere begrippen en beleggingsaanpakken schuil, die allemaal hun eigen oorsprong en definities hebben. Er bestaat echter geen consensus over de diverse definities, en tegenwoordig wordt ESG vaak als overkoepelende term voor dit alles gebruikt zonder verdere aanduiding waar het precies om gaat. Daarom volgt hier een korte indicatie van de diverse begrippen:

- **verantwoord beleggen/responsible investment**: vooral door de introductie van de PRI is er wat meer eenduidigheid in deze term, waarmee over het algemeen de twee volgende begrippen bedoeld worden: ESG-integratie en actief aandeelhouderschap, ook de twee belangrijkste beginselen van de PRI.
- 1. **ESG-integratie**: het rekening houden met ESG-factoren in het beleggingsproces. Hiermee wordt meestal specifiek bedoeld een inschatting maken van de ESG-risico’s, door beleggingsanalisten of door een ESG-analyseteam. Bijvoorbeeld: de mogelijkheid dat een bedrijf vanwege milieuvervuiling wordt aangeklaagd (E), minder productief is door ontevreden werknemers of gebrek aan diversiteit (S), of minder effectieve besluitvorming heeft door een *board* (raad van bestuur/commissarissen) waar geen of weinig onafhankelijke leden in zitten (G). ESG-integratie is het eerste principe van de PRI: *We will incorporate ESG issues into investment analysis and decision-making processes.*
- 2. **actief aandeelhouderschap/stewardship/engagement**: een actieve rol spelen in de *governance* van een onderneming, bijvoorbeeld door regelmatig dialoog te voeren met het management, aandeelhoudersvergaderingen bij te wonen of stemrecht uit te oefenen. Deze verantwoordelijkheid hebben aandeelhouders al eeuwen, maar ze heeft door de opkomst van ESG hernieuwde aandacht gekregen, en is ook in diverse landen, meestal door middel van *stewardship codes* en op EU-niveau in de Shareholder Rights Directive, vastgelegd. Hoewel actief aandeelhouderschap meestal als ESG-instrument wordt gezien, hoeft het engagement strikt genomen niet over ESG-zaken te gaan – het is oorspronkelijk de bedoeling dat de (relevante) ESG-factoren onderdeel zijn van de dis-

cussie. Actief aandeelhouderschap is het tweede principe van de PRI: *We will be active owners and incorporate ESG issues into our ownership policies and practices.*

- **duurzaam beleggen/sustainable investment/SRI:** waar *responsible investment* vaak gericht is op beheersen van beleggingsrisico's wordt bij *sustainable investment* de nadruk gelegd op uitkomsten (*outcomes*). Met andere woorden, beleggers beweren, door bedrijven of beleggingsprojecten te selecteren op basis van ESG-filters of -thema's, een hoger rendement te kunnen bereiken (*alpha of outperformance*) of bedrijven of de wereld een beetje duurzamer te maken (*impact*). *Sustainable investments* worden vaak aangeboden in duurzame fondsen die 'sustainable', 'ESG' of vergelijkbare termen in de fondsnaam hebben. Vaak hebben deze fondsen ook een specifiek ESG- of SRI-label.
- **impact beleggen:** dit wordt ook wel gezien als een subcategorie van het voorgaande begrip, maar dan specifiek gericht op het duurzamer maken van bedrijven of de wereld in het algemeen. Impactbeleggers hanteren meestal de zeventien SDG-doelen als referentiekader, en trachten te meten in welke mate hun beleggingen hebben bijgedragen aan, bijvoorbeeld, het bestrijden van armoede, honger of klimaatverandering.
- **ethisch beleggen:** deze term is wat in onbruik geraakt, maar met name in Europa wordt, net als bij de Quakers rond 1700, nog altijd zeer de nadruk gelegd op ethische aspecten van ESG. Zo is het in veel Europese landen gebruikelijk voor pensioenfondsen, verzekeraars en asset managers uitsluitingslijsten te hanteren die beleggingen in steenkool, olie en gas, kernwapens, clustermunition, alcohol en tabak verbieden. De effectiviteit van deze aanpak is omstreden: het verkopen van aandelen in bedrijven veronderstelt immers dat deze door iemand anders gekocht worden en heeft dus meestal geen invloed op de financiering van de ondernemingen. Aanhangers van deze aanpak lijkt het echter soms meer om de gemoedsrust of *virtue signalling* te gaan dan het bewerkstelligen van verandering of oplossen van problemen.

3 Doeleinden van ESG-beleggen

Beleggers lijken verschillende doeleinden te hebben met ESG. Ik zeg specifiek 'lijken' omdat de doeleinden meestal niet expliciet benoemd worden. Het kan om één doel of een combinatie van doelen gaan:

1. *values alignment:* beleggingen in lijn brengen met (ethische) normen en waarden;
2. *financial:* risico's beheersen en/of rendement verhogen;
3. *impact:* bijdragen aan een betere wereld, het oplossen van maatschappelijke problemen of bedrijven duurzamer maken.

De Amerikaanse ESG-commentator Matt Moscardi noemt dit *saving your soul, saving your pension or saving the planet*. Met name voor het onderscheid tussen 2 en 3 wordt in de Verenigde Staten (VS) ook wel gesproken van '*better investor or better world*'. Het is voor beleggers belangrijk helder te hebben wat de doeleinden zijn, want de verschillende ESG-instrumenten zijn niet allemaal even effectief en kunnen zelfs tegengestelde werkingen hebben.

4 ESG-instrumenten

De belegger die aan de slag wil met ESG kan kiezen uit een aantal instrumenten.

a. Uitsluitingen

Dit is het oudste ESG-instrument dat al rond 1700 door de Quakers werd gehanteerd: het uitsluiten van ondernemingen of overheden die niet handelen in overeenstemming met de morele overtuiging van de belegger. De uitsluitingen worden meestal op een *exclusion list* opgenomen die door het bestuur van het pensioenfonds of de asset manager wordt vastgesteld. Voorbeelden voor ondernemingen zijn tabak, alcohol, controversiële wapens (zoals clustermunitie of kernwapens) en kernenergie. Landen (staatsobligaties) worden vaak uitgesloten op basis van sancties die door de VN of de EU zijn opgelegd, meestal op het gebied van mensenrechtenschendingen. De laatste jaren zijn uitsluitingen met name in opkomst op het thema klimaatverandering; de meeste (Europese) ESG-beleggers sluiten beleggingen in steenkool uit en doen dat ook steeds vaker voor olie en gas. In de VS zijn met name op universiteiten actieve *divestment campaigns*: studenten die hun universiteitsfonds (*endowment*) oproepen fossiele brandstoffen uit te sluiten.

Voor deze categorie van uitsluitingen wordt ook het risicobeheerargument opgevoerd: vanwege overheidsbeleid om klimaatverandering tegen te gaan is de kans groot dat deze activiteiten op termijn *stranded assets* zullen worden en dus zou het, naast de ethische drijfveer, ook vanuit financiële overwegingen beter zijn deze beleggingen te vermijden.

Er is echter weinig bewijs dat uitsluitingen ook daadwerkelijk resulteren in beter risicobeheer dan wel hoger rendement; sterker nog, een aantal grote pensioenfonden rapporteert al jaren over de effecten van het uitsluitingenbeleid en vaak heeft dit een significant negatief effect op het resultaat. Afgezien van de universiteitscampagnes is uitsluiting in de Angelsaksische landen dan ook geen populair instrument: beleggers stellen zich op het standpunt dat met het oog op *fiduciary duty* (zorgplicht) uitsluitingen alleen kunnen worden toegepast als de klant daar expliciet mee instemt of erom vraagt en de voor- en nadelen begrijpt.

Daarnaast zijn er weinig aanwijzingen dat uitsluitingen bijdragen aan een betere wereld: de belegger die aandelen of obligaties verkoopt in de secundaire markt onttrekt ondernemingen of overheden over het algemeen immers niet het kapitaal dat ze nodig hebben voor hun activiteiten. Daarnaast hebben deze beleggers geen stem meer in het ondernemingsbeleid en zijn er dus ook veel ESG-beleggers die in de overweging ‘*exclude or engage*’ kiezen voor het laatste.

b. ESG-integratie

Het meewegen van ESG-factoren in het beleggingsproces. Hier wordt meestal specifiek mee bedoeld het inschatten van de ESG-risico's, door beleggingsanalisten of door een ESG-analyseteam. Bijvoorbeeld: de mogelijkheid dat een bedrijf vanwege milieuvervuiling wordt aangeklaagd of niet goed gepositioneerd is voor de energie transitie (E), minder productief is door ontevreden werknemers (S), of minder effectieve besluitvorming heeft door een *board* (raad van bestuur/commissarissen) waar geen of weinig onafhankelijke leden in zitten (G).

Best-in-class is een vorm van ESG-integratie: op basis van ESG-scores worden de best presterende ondernemingen gekozen.

Beleggers spreken vaak over *materiality*: de mate waarin (ESG-)factoren daadwerkelijk relevant zijn voor beleggingsbeslissingen; er wordt aangenomen dat er materialiteit is als de belegger door het meewegen van de informatie tot een andere beleggingsbeslissing komt dan als deze informatie niet beschikbaar was. In de praktijk is G verreweg het meest *material*, en ESG-aanhangers wijzen hier op om het belang van ESG-integratie te onderstrepen, maar ESG-sceptici voeren aan dat *governance*-factoren altijd, dus ook vóór de introductie van ESG, een belangrijke rol hebben gespeeld in beleggingsanalyse.

In de academische literatuur en onder beleggers lijkt er consensus te bestaan dat ESG-integratie een nuttig risicobeheerinstrument is, ook omdat door de ESG-beweging veel meer informatie en data over ondernemingen beschikbaar zijn geworden die *material* kunnen zijn. De talloze studies die onderzoeken of ESG-integratie bijdraagt aan een beter rendement zijn echter niet eenduidig; de slotsom lijkt te zijn dat het een neutraal of licht positief effect heeft, afhankelijk van de gekozen aanpak. Critici voeren echter aan dat als er al correlatie is tussen ESG-factoren en rendement, dit nog niet causaliteit hoeft te betekenen.

Of ESG-integratie direct bijdraagt aan een betere wereld is moeilijk te meten; op basis van de ervaringen van de afgelopen vijftien jaar sinds het lanceren van de PRI lijkt het onwaarschijnlijk.

c. Actief aandeelhouderschap: engagement & stemmen

Actief aandeelhouderschap of *stewardship*, ofwel dialoog onderhouden met management van de onderneming of het uitoefenen van stemrecht. Van alle ESG-instrumenten heeft actief aandeelhouderschap de beste papieren, omdat het kan resulteren in beter risicobeheer, in hoger rendement en in een betere wereld. Het heeft echter een aantal nadelen:

- Het is lastig om goed te doen, want kennis- en arbeidsintensief. Veel beleggingen worden tegenwoordig passief gemanaged, wat betekent dat de beleggingen op geautomatiseerde basis een index volgen en er dus geen team met portefeuillemanagers en analisten, die ondernemingen door en door moeten kennen, aan te pas hoeft te komen. Dit betekent dat passieve managers die toch actief aandeelhouder willen zijn, hier vaak aparte functies voor in het leven roepen, vaak met mensen die relatief weinig beleggingservaring hebben en dus ook weinig kennis van de ondernemingen met wie ze de dialoog aangaan.
- Door de ESG-beweging is de nadruk zeer op ESG-factoren komen te liggen die niet altijd (financieel) materieel zijn. Hiermee kan de belegger voldoen aan zijn PRI-verplichtingen, maar dit levert niet altijd discussies op die beleggers en ondernemingen in staat stellen betere resultaten te boeken (zij het financieel zij het qua duurzaamheid). Actief aandeelhouderschap bestaat immers al eeuwen — de VOC kende rond 1600 al actieve, of zelfs activistische, aandeelhouders — maar de nadruk lag voorheen meer op het ter verantwoording roepen van management op het gebied van financiën en strategie.

Deze beide factoren hebben erin geresulteerd dat actief aandeelhouderschap, met de nadruk op ESG, tegenwoordig vaak een hoog *window-dressing*-gehalte heeft.

In een zeer recente ontwikkeling is een activistisch hedgefonds, Engine No. 1, er in mei 2021 in geslaagd drie boardzetels via een *proxy battle* bij de aandeelhoudersvergadering van ExxonMobil in te vullen, en zal de onderneming proberen te

dwingen de strategie – die nu grotendeels op fossiele brandstoffen gericht is – aan te passen. Engine No. 1 beriep zich hiervoor echter meer op economische factoren (langetermijnwaardecreatie) dan op ESG-factoren, en gaf ook aan dat ze vertrouwen in het kapitalistisch systeem willen herstellen en meer balans tussen macht van aandeelhouders en management. Het is dus enigszins ironisch dat de grootste ‘ESG-successen’ worden geboekt door activistische aandeelhouders die eerder aanhanger dan criticus van Milton Friedman zijn.

d. Impact investment

Impact investment is een brede categorie van beleggingen, waar geen eenduidige definitie voor bestaat. De *Global Impact Investment Network* (GIIN) definieert het als volgt: ‘Impact investments are investments made with the intention to generate positive, measurable social and environmental impact alongside a financial return.’ Hieruit zijn een aantal elementen te distilleren die vaak gebruikt worden om te beoordelen of de impact authentiek (*genuine*) is:

- *intentionality*: de belegger moet de *intentie* hebben om via de belegging een positieve bijdrage te leveren, alhoewel dit in de praktijk moeilijk te bewijzen is;
- *additionality*: hoewel dit element omstrede is, moet de belegging een verandering bewerkstelligen die anders (zonder de belegging) niet had plaatsgevonden. Met andere woorden, er moet een zekere mate van causaliteit zijn;
- *measurement*: de belegger moet de positieve bijdrage meten en erover rapporteren. Dit wordt meestal gedaan aan de hand van de SDG’s;
- *financial return*: er moet een financieel rendement zijn; als dit ontbreekt, is het geen belegging maar filantropie. Als het rendement conform is met vergelijkbare (niet-impact) beleggingen in de markt dan spreekt men van *market rate*. Zo niet dan is de belegging *concessionary*; met andere woorden, de belegger is bereid een lager rendement te accepteren in ruil voor de positieve maatschappelijke bijdrage.

Met name het afgelopen jaar wordt steeds meer gediscussieerd over het onderscheid tussen *impact alignment* en *impact enabling*. In de eerste categorie bevinden zich beleggers die ondernemingen zoeken die op enige manier impactvol zijn, en daarin beleggen, zonder dat deze belegging de onderneming in staat stelt impactvolle activiteiten te ontplooiën of nóg meer impactvol te zijn dan voorheen. Er is dus geen causaliteit en dit wordt ook wel *company impact* genoemd.

In de tweede categorie bevinden zich beleggers die ondernemingen zoeken die impact zouden *kunnen* hebben maar beperkt toegang hebben tot de kapitaalmarkt. De gedachte is dat de belegger door kapitaal ter beschikking te stellen de onderneming in staat stelt op (meer) impactvolle wijze te ondernemen. Hier is wél causaliteit, vandaar dat men spreekt over *enabling impact investment*. Dit noemt men dus ook wel *investor impact*.

Er is de laatste jaren steeds meer belangstelling voor *blended finance*: een vorm van beleggen waar de overheid samen met private beleggers investeert. Veel impactvolle activiteiten zijn immers te riskant of te kleinschalig voor institutionele beleggers (zoals pensioenfondsen of verzekeraars) die strikte beleggingscriteria hebben om aan hun verplichtingen te kunnen voldoen. Daarnaast spelen veel SDG-problemen met name in opkomende markten, en beleggen veel institutionele beleggers niet of nauwelijks in opkomende markten. Hierdoor kunnen de beleggers met de

diepste zakken vaak niet worden ingezet om maatschappelijke problemen op te lossen – de beleggingen zijn immers niet *market rate*. Om dit probleem te omzeilen kan een *co-investment* of garantie van de overheid het risico/rendementsprofiel van de belegging aantrekkelijker maken zodat deze beleggingen ook kunnen worden gedaan door institutionele beleggers. Dit noemt men ook wel *mobilizing private capital*, en hiermee kunnen impactbeleggingen worden opgeschaald.

e. ESG-fondsen/ESG- & SRI-labels

ESG-fondsen zijn strikt genomen geen apart ESG-instrument, maar zijn beleggingsfondsen waarin één instrument of een combinatie van bovenstaande instrumenten wordt gehanteerd. Ook hier is geen heldere definitie te geven; de markt voor ESG-fondsen is enorm breed – er is een heel scala van fondsen met verschillende strategieën, met een grote diversiteit van ESG-aanduidingen in de naam: ‘ESG’, ‘*sustainable*’, ‘SRI’, ‘*impact*’, enzovoort.

In een aantal landen zijn ESG- en SRI-labels ontwikkeld die door middel van een aantal criteria een zekere richting geven, maar de eisen voor deze labels zijn niet consistent en soms conflicterend.

De meeste ESG-fondsen worden in de markt gezet met de bewering dat de gekozen beleggingsstrategie vanwege de ESG-aanpak bijdraagt aan een beter rendement of een betere wereld, of allebei. Het is dan ook met name met betrekking tot dit ESG-instrument dat steeds vaker wordt gesproken van *greenwashing*: het zich groener of duurzamer voordoen dan het bedrijf of het fonds daadwerkelijk is. Studies wijzen immers uit dat als het rendement al hoger is dan de *benchmark* dit meestal te danken is aan andere factoren dan de ESG-factoren, maar vaak dat het rendement ook slechts tijdelijk hoger is. De mate waarin deze manier van beleggen bijdraagt aan een betere wereld is waarschijnlijk ook zeer beperkt, alhoewel dit lastig te meten is. Er is echter steeds meer vraag naar ESG-fondsen en deze fondsen zijn voor asset managers vaak winstgeverder dan niet-ESG-fondsen, dus de commerciële druk is groot om zo veel mogelijk fondsen het predicaat ‘ESG’ mee te geven.

f. Beïnvloeden overheidsbeleid

Voor de meeste van de onder de noemer ESG/SDG besproken problemen kan men vaststellen dat deze zonder overheidsinterventie niet opgelost zullen worden. Het beste voorbeeld hiervan is klimaatverandering, waar klimaatwetenschappers en economen al jaren pleiten voor een combinatie van CO₂-beprijzing (bijvoorbeeld door middel van belasting), sectorspecifieke regelgeving en het ontwikkelen van nieuwe technologieën die op dit moment nog te kleinschalig, te riskant of te weinig rendabel zijn voor private beleggers. Met andere woorden, oplossingen die alleen door overheden kunnen worden geïmplementeerd.

Uiteraard kunnen beleggers wel een bijdrage leveren, bijvoorbeeld door via actief aandeelhouderschap olie en gasbedrijven aan te moedigen om in te spelen op de energietransitie, of door samen met de overheid te investeren, bijvoorbeeld door middel van *blended finance*.

Er wordt echter met name het afgelopen jaar steeds meer gesproken over een andere rol die beleggers op dit terrein kunnen spelen: het proactief bijdragen aan effectief overheidsbeleid. Omdat beleggingsinstellingen niet rechtstreeks kunnen deelnemen aan het politieke proces zijn hier thans weinig goede middelen voor

maar de meer vooruitdenkende overheden en beleggingsinstellingen proberen hier oplossingen voor te vinden.

g. Klimaat specifieke instrumenten

Klimaatverandering is geleidelijk aan de belangrijkste ESG-factor geworden, in die mate dat ESG-discussies of -conferenties soms alleen nog over klimaatverandering lijken te gaan. Specifiek voor klimaatverandering zijn dan ook een paar ESG-instrumenten ontwikkeld:

- CO₂-voetafdruk/*carbon footprint*: meet de uitstoot in broeikasgassen waar een bedrijf verantwoordelijk voor is. Meestal wordt gekeken naar Scope 1 (directe CO₂-uitstoot, veroorzaakt door eigen bronnen binnen de organisatie), Scope 2 (indirecte uitstoot door opwekking van verbruikte elektriciteit of warmte) en Scope 3 (indirecte uitstoot van CO₂, veroorzaakt door bedrijfsactiviteiten van een andere organisatie in de bedrijfsketen: door klanten of leveranciers);
- portefeuilletemperatuur: bepaalt of de bedrijfsactiviteiten in een beleggingsportefeuille in lijn zijn met de doelstellingen van het Klimaatakkoord van Parijs (maximaal 2 °C of idealiter maar 1,5 C° opwarming), door aan de hand van CO₂-voetafdrukken te bepalen met welke temperatuurstijging de bedrijfsactiviteiten geassocieerd zijn;
- scenarioanalyse: de belegger probeert aan de hand van diverse toekomstscenario's te bepalen welke ontwikkelingen kunnen worden verwacht, bijvoorbeeld in de verdere opwarming van de aarde, of overheidsbeleid om klimaatverandering tegen te gaan, en wat voor effect deze zullen hebben op marktwaardes. Meestal wordt dan gekeken naar *physical risk* (het effect dat verdere opwarming of stijgende zeespiegel zal hebben op bepaalde beleggingen, bijvoorbeeld onroerend goed) en *transition risk* (het risico dat bedrijven – bijvoorbeeld, fossielebrandstofleveranciers – door de energietransitie minder goed gepositioneerd zullen zijn). Overigens is scenarioanalyse geen nieuw ESG-instrument, maar komt het voort uit een lange traditie van *scenarioplanning* in het bedrijfsleven (Shell was hier bijvoorbeeld een pionier in) en voor militaire doeleinden;
- *net zero*-beleggen: het streven om de netto-uitstoot van de bedrijfsactiviteiten waarin belegd wordt terug te brengen naar nul. Dit bereikt de belegger doorgaans door het uitsluiten van de meest vervuilende activiteiten, dialoog aangaan met bedrijven om ze aan te moedigen hun uitstoot te beperken, en eventueel het gebruiken van CO₂-compensaties, oftewel *offsets* (bijvoorbeeld het planten van bomen). Met name het afgelopen jaar hebben veel beleggers zich aan *net zero*-beleggen gecommitteerd door lid te worden van de *Net Zero Asset Owner Alliance* of de *Net Zero Asset Manager Initiative*.

Ook van deze instrumenten is de effectiviteit omstreden. Mits goed uitgevoerd kunnen ze bijdragen aan beter risicobeheer maar de bijdrage aan het tegengaan van klimaatverandering lijkt gering. Vaak resulteert het in het verwijderen van emissies 'uit de portefeuille', maar doordat deze dan in andermans portefeuille terecht komen worden ze niet verwijderd 'uit de atmosfeer'. Het afgelopen jaar hebben klimaatwetenschappers zich dan ook in toenemende mate kritisch uitgelaten over deze praktijken, met name over het concept *net zero* (bijvoorbeeld door

het een ‘gevaarlijke valkuil’¹ te noemen) en over *offsets* (een ‘gevaarlijke afleiding’²). Het moet dus nog blijken hoe geloofwaardig en hoe effectief deze klimaatspecifieke beleggingsinstrumenten zijn.

5 ESG-data, -rapportage en -openbaarmaking

ESG-data

De groeiende belangstelling voor ESG en de toenemende ESG-activiteiten zijn ook gepaard gegaan met de toenemende vraag naar scores, data en onderzoek om beleggers in staat te stellen de ESG-risico’s van bedrijven in te schatten, zich als actief aandeelhouder op te stellen, impact te meten, stemrecht uit te oefenen, enzovoort. Dit heeft geresulteerd in een enorm aantal gespecialiseerde aanbieders, waaronder de huidige marktleiders MSCI, Sustainalytics en ISS.

Zoals op andere ESG-terreinen is ook hier weinig eenduidigheid: de diverse aanbieders hanteren allemaal hun eigen methodologieën, onderzoeksmethoden en criteria, en de ESG-scores van verschillende bedrijven kunnen dan ook zeer uiteenlopen, in die mate dat sommige bedrijven door de ene aanbieder als ‘*ESG leader*’ worden gezien en door de ander als ‘*ESG laggard*’. Dat veel ESG-gegevens van bedrijven zelfgerapporteerd zijn, en vaak niet geverifieerd door externe partijen, draagt hieraan bij. Ook lijkt er een *large company bias* te zijn, in die zin dat grote bedrijven vaak grotere CSR-teams hebben en grotere budgetten om rapportage uit te brengen, wat vaak leidt tot betere ESG-scores.

Verstandige beleggers vertrouwen dan ook niet blind op de ESG-data en -scores die worden aangeleverd, maar doen onderzoek naar de achterliggende methodologieën en beweegredenen, om hun eigen oordeel te vormen over de relevantie en materialiteit van de gegevens, rekening houdend met hun specifieke beleggingsdoelen.

Rapportage/standaardzetters

De afgelopen jaren zijn er diverse organisaties in het leven geroepen die raamwerken, rapportagestandaarden en platforms creëren om meer consistentie te proberen te verkrijgen in ESG-rapportage. Omdat deze organisaties ook weer diverse methodologieën hanteren, hebben de bekendste vijf (CDP – Carbon Disclosure Project; CDSB – Climate Disclosure Standards Board; GRI – Global Reporting Initiative; IIRC – de International Integrated Reporting Council en SASB – de Sustainability Accounting Standards Board) in 2020 afspraken gemaakt over nauwere samenwerking richting één wereldwijde rapportagestandaard.

Openbaarmaking/disclosure

Veel ESG-gerelateerde regelgeving is gericht op het bevorderen van rapportage en openbaarmaking van ESG-relevante informatie door beleggers. Dit is gebaseerd op

1. theconversation.com/climate-scientists-concept-of-net-zero-is-a-dangerous-trap-157368.
2. www.cbc.ca/radio/whatonearth/carbon-offsets-might-be-a-dangerous-distraction-from-more-effective-climate-action-experts-say-1.5946764#:~:text=What%20on%20Earth-,Carbon%20offsets%20might%20be%20a%20dangerous%20distraction%20from%20more%20effective,do%20more%20harm%20than%20good.

de veranderingstheorie (*theory of change*) dat als beleggers eenmaal volledige transparantie hebben, en weten welke activiteiten ‘groen’ of duurzaam zijn, ze vanzelf hun beleggingen zullen sturen richting de meest duurzame activiteiten, en hiermee ook de rest van de economie zullen sturen richting duurzaamheid en CO₂-neutraal. En als beleggers inzicht geven in hun portefeuilles kunnen toezichhouders en klanten verifiëren dat het de goede kant op gaat.

Het reeds genoemde EU *Sustainable Finance Action Plan* dat heeft geresulteerd in de Taxonomie en de *Sustainable Finance Disclosure Regulation* (SFDR) stelt dan ook specifieke eisen aan beleggers omtrent rapportage van de mate van duurzaamheid van hun beleggingsportefeuilles en de mate waarin beleggingen ‘groen’ zijn.

Deze regelgeving is pas zeer recent ingevoerd dus het is te vroeg om de vraag te beantwoorden of deze effectief is; maar hier is ook relevant dat niet specifiek vast te stellen is wat het *doel* van de regelgeving precies is. In de regelgeving zelf worden zeer uiteenlopende doelen genoemd, waaronder het tegengaan van kortetermijn-geneigdheid, het in staat stellen van bedrijven en beleggers om rekening te houden met klimaatgerelateerde risico's, het mobiliseren van privaat kapitaal om klimaatverandering tegen te gaan en het tegengaan van *greenwashing*.

Het is interessant om te zien dat de SFDR, eerder dit jaar in werking getreden, door EU-ambtenaren vooral aangeduid als *anti-greenwashing* instrument, door de assetmanagementindustrie eerder is aangegrepen als handige ESG- en SRI-labeling *scheme*. De SFDR kent drie categorieën van fondsen: artikel 6 (doet ESG-integratie gericht op risicomanagement, of doet niets aan ESG); artikel 8 (*'promotes ESG characteristics'*) en artikel 9 (heeft duurzame beleggingen als doelstelling). De juridisch weinig precieze en niet erg stringente manier waarop deze criteria geformuleerd zijn, met name het ‘promoten’ van artikel 8, heeft ertoe geleid dat er in Europa een soort wedloop is ontstaan wie de meeste fondsen als artikel 8 en artikel 9 kan classificeren. Dat deze fondsen ook de zwaarste rapportageplicht hebben, lijkt geen rol te spelen; grote asset managers hebben hier misschien zelfs een voordeel ten opzichte van kleinere beleggers die de significante kosten van de rapportage minder makkelijk kunnen dragen. Bovendien geldt de rapportageverplichting pas vanaf 2022. Tegelijkertijd is artikel 6 gestigmatiseerd omdat fondsen die (ingevolge bijvoorbeeld de PRI) doen aan ESG-integratie – inmiddels het grootste deel van de markt – erin opgenomen zijn samen met fondsen die *niets* aan ESG doen; nu de norm in de markt is geworden dat beleggingen ‘ESG’ moeten zijn, willen veel klanten niets te maken hebben met artikel 6 en kiezen asset managers dus liever voor artikel 8 of 9; nu de criteria voor deze artikelen zo los geformuleerd zijn, hoeven de onderliggende beleggingsstrategieën ook niet of nauwelijks aangepast te worden.

Met andere woorden, regelgeving die door de EU bedoeld was als middel om *greenwashing* tegen te gaan lijkt het eerder op grote schaal in de hand te hebben gewerkt.

Al met al is de SFDR een interessante casus en zullen de ervaringen met de SFDR bijdragen aan het toetsen van de *theory of change* gebaseerd op het idee dat transparantie en rapportage voor en door beleggers op grote schaal de financiële markten zullen ‘vergroenen’ en of dit vervolgens ook de economie zal vergroenen en daarmee zal bijdragen aan het oplossen van problemen als klimaatverandering.

In de tussentijd heeft de EU ook de *European Green Deal* gelanceerd die rechtstreeks, dus niet door tussenkomst van beleggers, maar door middel van industriespecifieke regelgeving en CO₂-beprijzing klimaatverandering te lijf gaat. De komende jaren zullen deze twee totaal verschillende soorten regelgeving allerlei directe en indirecte, en bedoelde en onbedoelde, effecten hebben, dus de vraag over de veranderings-theorie zal waarschijnlijk nooit geheel bevredigend beantwoord kunnen worden.

6 'Werkt' ESG-beleggen?

De vraag of ESG-beleggen werkt, hangt uiteraard af van de achterliggende vraag wat de belegger probeert te bereiken en dat kan, zoals hierboven besproken, één doel of een combinatie van de volgende doelen zijn:

1. *values alignment*: beleggingen in lijn brengen met (ethische) normen en waarden;
2. *financial*: risico's beheersen en/of rendement verhogen;
3. *impact*: bijdragen aan een betere wereld, het oplossen van maatschappelijke problemen of bedrijven duurzamer maken.

Uit de paragrafen hierboven mag ook blijken dat veel van de ESG-instrumenten zijn ontstaan uit de wens naar *values alignment*, maar dat de relatie met *financial* en *impact* vaak ver te zoeken is, terwijl deze wél vaak als motivatie worden genoemd om ESG-instrumenten in te zetten en uiteraard in de marketing van ESG-fondsen een belangrijke rol spelen. Zeker in de beginjaren van de ESG-beweging was het echter *not done* om de vraag 'werkt ESG?' te bespreken of analyseren; de ESG-beweging is meer dan eens vergeleken met een religie, en al te diepgaande analyse van de onderliggende hypothesen en daarmee in twijfel trekken van de effectiviteit van de ESG-instrumenten, met vloeken in de kerk.

Dit heeft ongetwijfeld ook te maken met het feit dat ESG een belangrijk marketing-instrument is geworden voor asset managers, zeker de actieve beleggers die – met een steeds verder teruglopend marktaandeel – ESG hebben aangegrepen als een van de middelen om aan te tonen dat actief beleggen beter is dan passief. Daarbij komt dat er een hele industrie is ontstaan rond ESG en impact conferenties, vaak gesponsord door diezelfde asset managers en door de ESG-data-aanbieders die bij voorkeur op deze conferenties hun eigen onderzoek presenteren waaruit meestal blijkt dat ESG de rendementen wel degelijk verhoogt en de wereld wel degelijk verbetert, ongeacht of dit onderzoek de toets der wetenschap kan doorstaan.

Evenwel wordt er de afgelopen jaren in toenemende mate in de serieuzere *peer-reviewed* wetenschappelijke publicaties onderzoek gepubliceerd waaruit blijkt dat de relevantie van ESG zeer genuanceerd ligt. Zo publiceerden in 2018 de academici Julian Kölbel, Florian Heeb, Falko Paetzold en Timo Busch het artikel 'Can Sustainable Investing Save the World? Reviewing the Mechanisms of Investor Impact'³, waarin ze concluderen dat actief aandeelhouderschap en beleggingen in impactvolle ondernemingen die minder toegang hebben tot kapitaalmarkten wél bijdragen aan een betere wereld, maar ESG-integratie en andere vormen van impact beleggen niet.

3. papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3289544.

In 2020 publiceerde Pedro Matos *ESG and Responsible Institutional Investing Around the World: A Critical Review*⁴, waarin hij op basis van tot dan beschikbaar ESG-onderzoek uit de serieuze financiële wetenschappelijke literatuur een zeer genuanceerd beeld schetst. Ook hij concludeert dat actief aandeelhouderschap waarschijnlijk het meest impactvolle instrument is; dat er geen bewijs is dat ESG-beleggingsstrategieën hogere rendementen hebben geproduceerd; maar dat ESG wel een nuttig risicobeheers-instrument kan zijn. In dit artikel tekent hij ook de volgende ontvucherende observatie op: *'I am aware of almost no academic research in top-ranked finance journals on how ESG investing is contributing to the achievement of the SDGs'*.

Degene die de ESG-beweging van enige afstand beschouwt, zou verwachten dat dit soort publicaties inslaan als een bom, en dat ESG-beleggers vliegensvlug zouden terugkeren naar hun tekentafels om de ESG-strategieën en marketingmaterialen met beloftes aan klanten te herzien. Het tegendeel lijkt echter waar; deze publicaties zijn nauwelijks besproken op ESG-conferenties en veel ESG-beoefenaars lijken niet of nauwelijks op de hoogte van dergelijke bevindingen, of stellen er onderzoek (vaak gepubliceerd door consultants of ESG-data-aanbieders) tegenover dat aantoonde dat ESG wel degelijk rendementen verhoogt en/of bijdraagt aan SDG-doelen. Een recente ontwikkeling die wellicht meer invloed zal hebben is dat ESG-professionals, vaak als ze eenmaal de beleggingsindustrie verlaten hebben, als een soort klokkenluiders hun ervaringen en inzichten met betrekking tot de effectiviteit van ESG delen.

In 2019 schreef Duncan Austin, tot 2018 partner bij het door Al Gore en David Blood opgerichte Generation Investment Management, het essay *Greenwish: The Wishful Thinking Undermining the Ambition of Sustainable Business*⁵, waarin hij betoogt dat *greenwashing* (waarbij bedrijven zich duurzamer voordoen dan ze werkelijk zijn) een minder groot probleem is dan *greenwishing*: *'the earnest hope that well-intended efforts to make the world more sustainable are much closer to achieving the necessary change than they really are'*. Austin concludeert dat de meeste *win-win* ESG- en CSR-strategieën weinig bijdragen aan het oplossen van problemen, wijst ook op het betrekkelijk nut van rapportage als veranderingsmechanisme, en roept bedrijven en beleggers op om – als ze dan al niet bijdragen aan overheidsbeleid gericht op systemische problemen als klimaatverandering – het dan in ieder geval niet tegen te werken. Begin 2021 schreef Tariq Fancy, voormalig hoofd duurzaam beleggen bij BlackRock, 's werelds grootste assetmanager, in *USA Today* het stuk *'Financial world greenwashing the public with deadly distraction in sustainable investing practices'*⁶ waarin hij concludeert dat *'sustainable investing boils down to little more than marketing hype, PR spin and disingenuous promises from the investment community'* en vaststelt dat klimaatverandering alleen kan worden opgelost door de combinatie van wetenschappelijke inzichten en overheidsbeleid.

Tot slot zijn er de toezichthouders in verschillende landen waaronder het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, Zwitserland en de Verenigde Staten die zich beginnen te

4. cfainstitute.org/en/research/foundation/2020/esg-and-responsible-institutional-investing.
5. preventablesurprises.com/wp-content/uploads/2019/07/2019-07-19-Greenwish-Essay.pdf.
6. eu.usatoday.com/story/opinion/2021/03/16/wall-street-esg-sustainable-investing-greenwashing-column/6948923002/.

roeren en met name het afgelopen jaar richtlijnen voor ESG-fondsen hebben uitgevaardigd en/of speciale units in het leven hebben geroepen die specifiek onderzoek zullen doen naar *greenwashing*. De verwachting is echter dat dit wellicht een halt zal toeroepen aan ESG-fondsen die weinig effectief zijn in het behalen van de ESG-doelen, maar dat dit weinig zal bijdragen aan het bevorderen van aanpakken die wél effectief zijn.

Mijn eigen antwoord op de vraag in de titel van deze paragraaf, gebaseerd op mijn eigen ESG-ervaring en het volgen van de wetenschappelijke literatuur is weergegeven in de volgende matrix:

ESG That Makes a Difference is all about understanding what a particular investor’s motives, or objectives, are with ESG investing - what is the investor trying to achieve? And then selecting the tool that is fit for that purpose.

ESG Matrix		ESG Tools			
Objectives		Exclusions	ESG Integration	Active Ownership	Impact Investment
Values-Alignment		☑	☑	☑	☑
Impact	Influence company behavior			☑	
	Real world impact			☑	☑ ¹
Financial	Risk Management		☑	☑	
	Out-performance		☑ ²	☑ ³	

- ¹ Requires *enabling* impactful companies to grow or get access to capital.
- ² Requires a strong ESG-related investment conviction & narrative: how do ESG factors link to fundamentals?
- ³ Requires ‘enlightened’ active ownership: undertaken by investment teams and linked to fundamentals.

Hier kan nog aan worden toegevoegd dat *klimaatgerelateerde instrumenten* kunnen dienen als risicobeheerinstrument, mits de uitkomsten (portefeuilletemperatuur, CO₂-voetafdruk, enz.) niet mechanisch als *inputs* in het beleggingsproces worden toegepast, maar gebruikt worden om de bredere beleggingscontext te begrijpen. Er is bij beleggers terecht belangstelling voor scenarioanalyse waarbij beleggers een inschatting proberen te maken hoe beleggingen zullen renderen in verschillende klimaatscenario’s alhoewel bij dit instrument – zoals bij alle ESG-instrumenten die echt ‘werken’ – een grote mate van complexiteit komt kijken.

Tot slot is er het *bëinvloeden van overheidsbeleid*, dat – aangezien overheidsbeleid cruciaal is voor het oplossen van de meeste ESG- en SDG-problemen zoals klimaatverandering en armoede – steeds vaker genoemd wordt als iets waar ESG-beleggers een bijdrage aan kunnen leveren.

7 Aanbevelingen voor wet- en regelgeving

Als we het hele ESG-speelveld overzien, met toenemende kritiek op *greenwashing* en toenemende discussie over de effectiviteit van de verschillende ESG-instrumenten – die vaak zeer beperkt blijkt – is de vraag gerechtvaardigd of wet- en regelgeving hier een bijdrage kan leveren.

Het lijkt mij dat dat op twee terreinen kan:

1. Regelgeving die duidelijke regels stelt onder welke omstandigheden fondsen als ‘ESG’ of ‘duurzaam’ in de markt gezet kunnen worden. Anders dan de reeds bestaande regels (zoals de SFDR) zou deze regelgeving in mijn optiek gekoppeld moeten worden aan de drie ESG-doelen zoals hierboven omschreven (*values alignment, financial, impact*). De regelgeving zou het volgende van asset managers kunnen verlangen:
 - een indicatie van de ESG-gerelateerde beleggingsovertuiging: welk van de drie doelen heeft de belegger hier in het achterhoofd?;
 - een kwalitatieve *narrative* waarin de belegger uitlegt hoe het beleggingsproces is ingericht (bijvoorbeeld met specialisten in het team, met toegang tot specifieke data of expertise) zodat deze doelen bereikt kunnen worden. Hier kan ook duidelijkheid worden verschaft over wat de belegger niet kan verwachten van het fonds – bijvoorbeeld dat het doel van het fonds is om een hoger rendement te behalen door te investeren in bedrijven met een hoge ESG-score, maar niet pretendeert ook bij te dragen aan het behalen van de SDG’s.
2. Regelgeving die de toepassing van de meest effectieve ESG-instrumenten bevordert. Hierbij denk ik in het bijzonder aan actief aandeelhouderschap maar plaats ik direct de kanttekening dat het in mijn ervaring zelden voorkomt dat beleggers die zich het meest overtuigend als actief aandeelhouder opstellen – zoals het hierboven genoemde Engine No. 1 dat successen boekte bij ExxonMobil – dit doen omdat dit door wetgeving of door *soft law* (bijvoorbeeld de PRI of *stewardship codes*) wordt opgelegd. Eerder zullen zij dit doen als hun overtuiging is dat dit zal resulteren in betere beleggingsresultaten. Alex Edmans, hoogleraar corporate finance aan London Business School, geeft in zijn boek *Grow the Pie*⁷ aan dat de meest succesvolle actieve beleggers meestal een combinatie van drie zaken gemeen hebben: *concentrated portfolio* (ze beleggen in een beperkt aantal ondernemingen); *incentives* (ze hebben financiële drijfveren: actief aandeelhouderschap, mits goed uitgevoerd, zal zich vertalen in rendementen); en *resources* (ze hebben teams die hier expertise in hebben en de bedrijven waarin ze beleggen van A tot Z kennen).

Een vergelijkbare redenering geldt voor andere ESG-instrumenten die effectief zijn gebleken, waaronder *blended finance*, scenarioanalyse of het beïnvloeden van overheidsbeleid: het is lastig om dit soort praktijken af te dwingen via regelgeving. Een bekend Engels gezegde luidt ‘*You can lead a horse to water but you can’t make it drink*’. Concluderend lijkt het mij dat overheden die het toepassen van ESG-instrumenten willen bevorderen of de diepe zakken van de institutionele beleggers willen gebruiken voor financiering van de energietransitie of de SDG’s dit beter kunnen doen

7. growthepie.net/.

door nauwere samenwerking op te zoeken met ontwikkelingsbanken, pensioenfondsen, verzekeraars, asset managers en universiteiten, dan door middel van meer wet en regelgeving. Deze samenwerking kan zich richten op:

- het creëren van impactvolle projecten en activiteiten waar institutionele beleggers, gefaciliteerd door overheden (bijvoorbeeld door *blended finance*), in kunnen beleggen;
- het doen van meer onderzoek naar de effectiviteit van instrumenten als actief aandeelhouderschap en scenarioanalyse en het delen van *best practices*;
- het creëren van platforms via welke overheidsinstanties de expertise van beleggers kunnen ophalen, bijvoorbeeld bij het ontwerpen van regelgeving gericht op klimaatverandering.

8 Conclusie

Concluderend kunnen we stellen dat de ESG-beweging veel goeds heeft gebracht: het heeft thema's als klimaatverandering, biodiversiteit en mensenrechten (hoger) op de agenda gekregen bij beleggers en ondernemingen; het heeft beleggers in staat gesteld te beleggen in lijn met ethische normen en waarden; het heeft door het brengen van karrevrachten van nieuwe data en informatie geresulteerd in een nuttig aanvullend risicobeheerinstrument; en het heeft nieuwe waardering gebracht voor het belang van actief aandeelhouderschap.

De beweging staat nu echter op een kantelmoment: wil zij hard maken dat ESG systematisch kan bijdragen aan hogere rendementen en, belangrijker, aan een betere wereld – het behalen van de SDG-doelen, oplossen van klimaatverandering, enzovoort – dan zal zij rigoureuus moeten zijn in het toepassen van inzichten uit de wetenschap en zich richten op de instrumenten die echt 'werken'.

Overheden kunnen hieraan bijdragen door middel van wet- en regelgeving die *greenwashing*-praktijken tegengaat en door de effectievere praktijken te bevorderen. Maar dat laatste kan wellicht beter door intensievere samenwerking te bewerkstelligen met pensioenfondsen, asset managers en universiteiten. Overheden kunnen het paard niet dwingen water te drinken, maar wel ervoor zorgen dat het ESG-water in ruime mate voorradig is, dat het schoon is, en makkelijk te bereiken.

Deel II

Sustainable Transport

Sustainable Transport – Vele wegen leiden van Parijs naar Glasgow en verder

Mr. M.A.W. van Maanen en mr. dr. J.A. Kruit*

‘Still, the transport system is not sustainable. Looking 40 years ahead, it is clear that transport cannot develop along the same path.’¹

‘The business case for the green and digital transition is stronger than ever.’²

1 Inleiding

Ook in het transport is duurzaamheid een begrip dat zich langzaam maar zeker naar de voorgrond (heeft ge)werkt. Volgens de definitie van de Commissie Milieu en Ontwikkeling van de Verenigde Naties gaat het bij duurzame ontwikkeling om een ontwikkeling die voorziet in de behoeften van de huidige generatie, zonder de behoeften van toekomstige generaties, zowel hier als in andere delen van de wereld, in gevaar te brengen.³ Duurzaamheid is ook, korter, gedefinieerd als de balans tussen het milieu, de billijkheid en de economie.⁴ In de beleidsplannen van de grotere vervoerders speelt het begrip een steeds belangrijker rol. Regelgevers dwingen marktpartijen om actie te ondernemen. Daarnaast nemen transportbedrijven ook zelf verantwoordelijkheid. Sommige lopen voor de troepen uit; vanuit innerlijke overtuiging en/of uit marketingperspectief.

Speerpunt van duurzaamheid in het transport is het verminderen van de *schadelijke footprint*. Voor het transport krijgt de beperking van de emissies, zowel van broeikasgassen als andere schadelijke uitstoot, de meeste aandacht.⁵ Van de broeikasgasuitstoot (*green house gas emissions*) vormt CO₂, oftewel koolstofdioxide, het belangrijkste onderdeel. CO₂ is een verbinding van koolstof (stikstof) en (twee elementen) zuurstof. CO₂ houdt warmte vast. Een overschot aan CO₂ leidt dus tot een temperatuurstijging.⁶ Op dit moment zijn de pijlen vooral gericht op de vermindering van CO₂-emissies. Aannemelijk is dat ook andere broeikasgassen als methaan, na

* De auteurs zijn beiden advocaat bij Van Traa Advocaten N.V. in Rotterdam. Zij bedanken al diegenen die aan de totstandkoming van dit preadvies hebben bijgedragen. Specifiek bedanken zij hun collega's Annevi Etienne, Hellen Scholten, Myrte Scholten, Joyce Lubach en Maarten Claringboud alsmede de geïnterviewden.

1. Whitepaper Europese Commissie, 'Stappenplan voor een interne Europese vervoersruimte – werken aan een concurrerend en zuinig vervoerssysteem', COM(2011)144, onder 13.
2. Actualisering nieuwe industriestrategie van 2020, COM(2021)350 def., p. 5.
3. Rapport van de World Commission on Environment and Development, 'Our Common Future', 1987.
4. 'What is sustainability?', sustain.ucla.edu.
5. De emissie is de hoeveelheid verontreinigende stoffen die uit de bron komt. De emissie wordt uitgedrukt in de vorm van een concentratie (in mg/m³) of een vracht (in kg/uur): iplo.nl/thema/lucht/lucht-emissie/.
6. 'Emissies naar lucht door de Nederlandse economie; nationale rekeningen', cbs.nl/nl-nl/cijfers/detail/83300NED?q=economische%20crisis; R. van der Rijt, 'Hoe verhouden CO₂ en temperatuur zich tot elkaar?', klimaatplein.com, 7 november 2016.

CO₂ de grootste klimaatveranderaar, en lachgas op termijn nader belicht en in het beleid meegenomen worden.⁷ Daarnaast wordt bij het terugdringen van de emissies ingestoken op het verminderen van (andere) schadelijke uitstoot naar de lucht. Het gaat daarbij met name om de uitstoot van stikstofoxiden (NO₂), zwaveloxiden (SO₂) en fijnstof. Deze veroorzaken een lokaal slechte luchtkwaliteit en, onder meer, zure regen.⁸

Hoewel de emissiebeperking een belangrijk onderdeel is van het duurzaamheidskader, is het daar niet toe beperkt. Uit recente onderzoeken is gebleken dat een focus op de emissies alleen niet tot een voldoende resultaat leidt. We zullen toe moeten naar een circulaire economie, dat wil zeggen een systeem dat zowel de extractie en productie van (natuurlijke én technische) grondstoffen, de input, als afvalstoffen, de output, beoogt zo veel mogelijk te beperken.⁹ Het gaat dus om de voor- en om de achterkant.¹⁰ Dus ook om het terugdringen van de papierwinkel, bijvoorbeeld van de vervoersdocumenten als de e-B's/L- en e-CMR-vrachtbrieven,¹¹ en het beperken van afval.

Het management van afvalstromen speelt in het transport een belangrijke rol. In de eerste plaats gaat het daarbij om het reguliere afval afkomstig van de gebruikte vervoersmiddelen.¹² Er is al veel werk verzet op het gebied van het voorkomen van verontreiniging van het mariene milieu door het lozen van afval in het vaarwater. Zo zijn er het MARPOL-Verdrag (*International Convention for the Prevention of Pollution from Ships*, 1973¹³), de *Ballast Water Management Convention* uit 2004¹⁴ en het Verdrag inzake de verzameling, afgifte en inname van afval in de Rijn- en Binnenvaart (CDNI).¹⁵ Ook is er het VN-Verdrag inzake het recht van de zee, dat in Part XII ingaat op de bescherming en instandhouding van het mariene milieu.¹⁶ De Europese Unie (EU) heeft ter verdere beperking van lozingen van scheepsafval en ladingresiduen haar beleid gericht op havenontvangstvoorzieningen voor scheepsafval en ladingresi-

7. De Europese Commissie heeft eind 2020 een strategie voorgesteld tot het terugdringen van methaan; Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on an EU strategy to reduce methane emissions.
8. Richtlijn (EU) 2016/802 van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2016 betreffende een vermindering van het zwavelgehalte van bepaalde vloeibare brandstoffen (*PbEU* 2016, L 132/58-78), preambule onder 5-8; TLN position paper 2017: 'Voor de reductie van schadelijke emissies (fijnstof en NOx) en geluid ging de Nederlandse transportsector de afgelopen jaren al aan kop in de EU.'
9. Zie over de circulaire economie par. 3.5.
10. J.-P. Rodrigue, 'The Circular Economy and Supply Chains', *transportgeography.org*, 28 januari 2018.
11. Zie over de digitalisering van vervoersdocumenten ook par. 4.5.
12. Zie het nuttige overzicht in P.K. Mukherjee & M. Yu, 'Ship-source pollution: an analytical review of correlations between UNCLOS Part XII provisions and IMO Conventions', *JIML* 2021, p. 115. De auteurs vergelijken het UNCLOS met de IMO-verdragen.
13. Internationaal Verdrag ter voorkoming van verontreiniging door schepen, 1973, zoals gewijzigd door het Protocol van 1978 daarbij, Londen (*Trb.* 1975, 147).
14. Internationaal Verdrag voor de controle en het beheer van ballastwater en sedimenten van schepen, 2004, dat in Nederland geldt vanaf 13 oktober 2019 (*Trb.* 2004, 256). Zie ook: 'International Convention for the Control and Management of Ships' Ballast Water and Sediments (BWM), *imo.org*.
15. Het CDNI is ondertekend te Straatsburg op 9 september 1996 (*Trb.* 1996, 293) en op 1 november 2009 in werking getreden. Zie ook: 'Verdrag', *cdni-iwt.org*.
16. Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee (UNCLOS), Montego Bay, 1982 (*Trb.* 1984, 55).

duen.¹⁷ In de tweede plaats gaat het bij afvalstromen om ‘afval’ in de zin van het in het mariene milieu komen van schadelijke stoffen door ongelukken. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het Olieverontreinigingsverdrag¹⁸ en het wrakopruimingsverdrag,¹⁹ alsmede aan het ADN-verdrag voor het vervoer van gevaarlijke stoffen over de binnenwateren.²⁰ Ook mogen bij afval de vervoersmiddelen zelf niet vergeten worden. Daarbij kan ook gedacht worden aan de *recycling* van vervoersmiddelen.

Wijze van behandeling

We richten ons in dit preadvies met name op het beperken van de transportemissies. Het afvalmanagement in brede zin behandelen we niet in detail. We beperken ons tot de belangrijkste milieugerelateerde aspecten. We richten ons ook met name op het goederenvervoer en gaan slechts sporadisch in op het personenvervoer.

De verduurzamingsproblematiek van en de oplossingen voor de verschillende vervoersmodaliteiten, ofwel de wijzen van vervoer – met name wegvervoer, zeevaart, binnenvaart, luchtvaart, en het spoorvervoer²¹ – hebben een sterke mate van overlap. De tijd dat de modaliteiten geheel op zichzelf stonden, ligt inmiddels ver achter ons. Multimodaal vervoer is van uitzondering de norm geworden. Bovendien zijn wij van mening dat om tot echte verduurzaming te komen in het transport een holistische benadering de meeste kans van slagen heeft. We hebben er dan ook voor gekozen om de diverse verduurzamingsonderwerpen integraal te behandelen, in plaats van de modaliteit zelf als uitgangspunt te nemen. Wel zijn er natuurlijk de ‘modaliteiteigen aandachtspunten’, zoals bijvoorbeeld in de binnenvaart het verschil in waterpeil veroorzaakt door klimaatverandering.²² Een aantal van dergelijke punten benoemen we in voorkomend geval separaat.

Allereerst schetsen we het regelgevingskader dat beoogt tot vermindering van de *footprint* te komen (hoofdstuk 2). Aansluitend gaan we in op de mogelijkheden tot reductie van de directe uitstoot naar de lucht van CO₂ en andere schadelijke stoffen (hoofdstuk 3). Daarbij besteden we onder meer aandacht aan de brandstoftransitie, efficiëntere (inzet van) vervoersmiddelen en de invoering van beprijzing van emissies, zoals het Emissions Trading System (ETS). We kijken ook naar het totale emissieplaatje, dat wil zeggen de *lifecycle emissions*, waaronder mede begrepen de extractie, productie en recycling van grondstoffen en vervoersmiddelen. Vervolgens kijken we naar het instrumentarium dat de markt ter beschikking staat om emissies te reduceren, waaronder digitalisering, *modal shift* en *contractmanagement* (respectie-

17. Richtlijn (EU) 2019/883 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake havenontvangstvoorzieningen voor de afvalafgifte van schepen, tot wijziging van Richtlijn 2010/65/EU en tot intrekking van Richtlijn 2000/59/EG (*PbEU* 2019, L 151/116-142).
18. Internationaal Verdrag inzake de voorbereiding op, de bestrijding van en de samenwerking bij olieverontreiniging, Londen, 30 november 1990 (*Trb.* 1992, 1).
19. Internationaal Verdrag van Nairobi inzake het opruimen van wrakken, Nairobi, 18 mei 2007 (*Trb.* 2008, 115).
20. Europees Verdrag inzake het internationale vervoer van gevaarlijke goederen over de binnenwateren (ADN), Genève, 26 mei 2000 (*Trb.* 2001, 67).
21. Vgl. art. 8:40 Burgerlijk Wetboek (BW). Vervoer kan ook plaatsvinden met e-bikes, door pijpleidingen (bijvoorbeeld van olie en gas) en door de lucht (hijzen). Ook is vervoer per drone in opkomst. Zie daarover: L. van Hee, ‘Pakketvervoer per drone: Bijzonder vervoer’, *Weg & Wagen* 2020/89.
22. ‘Maatregelen tegen overstromingen’, rijksoverheid.nl.

velijk hoofdstuk 4, 5 en 6). Hierbij zullen we ook ingaan op het verbeteren van de efficiency. We sluiten af met een overzicht van enkele modaliteitoverstijgende uitdagingen en aandachtspunten (hoofdstuk 7). Wij concluderen dat strikte(re) regelgeving en voldoende investeringen voor de korte, middellange en lange termijn noodzakelijk zijn om tot verdere verduurzaming te komen. De hiervoor genoemde holistische benadering dient daarbij uitgangspunt te zijn.²³ De kopij is afgesloten op 1 september 2021.

In het kader van dit preadvies hebben we onder meer interviews gehouden met verschillende betrokkenen. Zo hebben we gesproken met managers van meerdere transportbedrijven en logistieke dienstverleners, regelgevers, belangenorganisaties (van vervoerders, maar ook milieuorganisaties), lobbyisten en academici.²⁴ Nog duidelijker dan uit de geschreven bronnen kwam uit die gesprekken naar voren hoe weerbarstig en diffuus de duurzaamheidsuitdaging is. Hoe nauw alles met elkaar samenhangt; welke belangen er allemaal spelen. Duidelijk is dat de verduurzamingsslag in het transport (langzaam) op gang is gekomen, en een lange weg te gaan heeft. We hopen dat deze verkenning, die geenszins een limitatieve opsomming van de veelomvattende problematiek beoogt te zijn, bijdraagt aan de transitie naar een duurzaam en efficiënt(er) transport.

2 Juridisch kader; regelgevers, regelingen en rechtspraak

2.1 Inleiding

2.1.1 *Verkenning van het juridische kader*

Het duurzaamheidsbegrip is niet eenduidig en bestrijkt meerdere terreinen, zowel geografisch als voor wat betreft de deelonderwerpen. Het wekt dan ook weinig verbazing dat het juridisch kader eveneens versnipperd is. De invloed van mondiale, regionale en nationale regelgevers zorgt al voor een gemêleerd geheel. In aanvulling daarop spelen private regelingen van verschillende aard een rol. Ook de rechtspraak mengt zich nadrukkelijker in het debat. Om enig inzicht te bieden in de wirwar van regels, die elkaar deels overlappen, zetten we de niveaus waarop regels worden gemaakt op hoofdlijnen uiteen. Ook schetsen we vooruitlopend op een inhoudelijke bespreking van specifieke regelingen in de volgende hoofdstukken alvast de belangrijkste juridische kaders. Het gaat daarbij met name om een uiteenzetting van de structuur van regelgeving en niet om een limitatief overzicht. Allereerst gaan we kort in op het belang van data en de wijze van meten, het regelgevende instrumentarium en het *polluter pays*-principe.

2.1.2 *Data en meten*

Data spelen een essentiële rol in het duurzaamheidsvraagstuk. Aan de hand van data kan bepaald worden of beleid nodig is, en zo ja, welk beleid wenselijk is en

23. Het 'Fit for 55'-pakket 'delivering the EU's 2030 Climate Target on the Way to Climate Neutrality' van de Europese Commissie is daarvan een goed voorbeeld. Zie over het 'Fit for 55'-pakket in meer algemene zin par. 2.2.3.3.

24. De auteurs bedanken alle geïnterviewden voor hun medewerking en nuttige input.

welk effect het beleid heeft.²⁵ Derhalve zijn in meerdere regelingen specifieke meet- en rapportageverplichtingen opgenomen, al dan niet als eerste stap naar verdere actie.²⁶

Relevant daarbij is dat er verschillende manieren van meten en analyseren zijn. Onderscheid kan gemaakt worden tussen absolute en relatieve data. Ook het moment van meten werkt door in de eindresultaten. Reducties staan vaak genoemd in percentages ten opzichte van een ijkmoment. De bepaling van het ijkmoment is dan essentieel. Datzelfde geldt voor de vraag naar welke data men kijkt. Gaat het om de uitstoot van een voertuig nadat de brandstof is ingenomen (*tank to wheel*) of kijkt men naar de uitstoot vanaf het moment van de extractie of productie (*well to wheel/wake; life cycle*) inclusief alle stadia van productie en gebruik?²⁷ De toegepaste meet- en rapportagemethode kunnen een groot verschil in uitkomst opleveren.²⁸ Om te voorkomen dat appels met peren worden vergeleken zijn er in diverse regelingen meet- en rapportagecriteria opgesteld. Zo gelden in het kader van het onder de Overeenkomst van Parijs²⁹ vastgestelde Enhanced Transparency Framework (ETF) rapportageverplichtingen op basis van *Common Reporting Tables*.³⁰ Veelgebruikt is verder de SEEA (*System of Environmental Economic Accounts*)-rekenmethode.³¹ De EU heeft eigen monitoringsvoorschriften opgesteld.³²

2.1.3 Instrumentarium – soorten maatregelen

In algemenere zin is van belang dat het instrumentarium dat de diverse regelgevers ter hand staat om resultaat te boeken niet steeds gelijk is. Er zijn verschillende soorten regels en maatregelen, die niet steeds door alle regelgevers (op dezelfde manier) ingezet worden. Sommige zijn van dwingende aard en voorzien in een wettelijk geregelde handhaving. Hieronder vallen gebods- en verbodsbepalingen, al dan niet strafrechtelijk gesanctioneerd, maar ook *naming and shaming*.³³ Andere,

25. Van belang is wel dat de data op de juiste manier worden ingezet. Zie ook R.K. Runting e.a., 'Opportunities for big data in conservation and sustainability', *Nature Communications* 2020, 11: 2003: 'it is essential that big data coalesce with ongoing efforts to achieve sustainability' (p. 3).
26. Vgl. onder meer Verordening (EU) 2015/757 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2015 betreffende de monitoring, de rapportage en de verificatie van kooldioxide-emissies door maritiem vervoer en tot wijziging van Richtlijn 2009/16/EG (*PbEU* 2015, L 123/55-76), alsmede het CORSIA-regime, ICAO Resolutie A40-19. Zie over CORSIA ook par. 2.2.2.5.
27. B. Comer & L. Osipova, 'Accounting for well-to-wake carbon dioxide equivalent emissions in maritime transportation climate policies', *ICCT Briefing*, 2021.
28. binnenvaartcijfers.nl/emissiecijfers-CO2/.
29. Zie over de Overeenkomst van Parijs ook par. 2.2.2.2.
30. Een definitieve versie van de CFR is echter nog niet vastgesteld. Zie onder meer: C. Valduto e.a., 'Towards common GHG inventory reporting tables for Biennial Transparency Reports Experiences with tools for generating and using reporting tables under the UNFCCC', Climate Change Expert Group, paper nr. 2020(1) en 'Reporting national GHG inventories through Common Reporting Tables', Climate Change Expert Group, paper nr. 2020(3).
31. De SEEA voorziet in een internationale standaard waarbij economische en milieudata worden geïntegreerd; seea.un.org.
32. Vgl. Verordening (EU) Nr. 601/2012 van de Commissie van 21 juni 2012 inzake de monitoring en rapportage van de emissies van broeikasgassen overeenkomstig Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2012, L 181/30-104) en Verordening (EU) 2015/757 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2015 betreffende de monitoring, de rapportage en de verificatie van kooldioxide-emissies door maritiem vervoer en tot wijziging van Richtlijn 2009/16/EG (*PbEU* 2015, L 123/55-76).
33. Zie bijv. art. 16 lid 2 Richtlijn (EU) 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit (EU) 2015/1814 (*PbEU* 2018, L 76/3-27); S. Chambers,

zoals convenanten, kennen veeleer het karakter van een *gentlemen's agreement*. Ook voorlichting is een belangrijk middel.³⁴ Een verder onderscheid is dat tussen positieve en negatieve prikkels. Subsidies en andere voordelen voor partijen die snel(ler) vergroenen, kunnen helpen om wenselijk geacht gedrag te stimuleren. Zo is de bedoeling van het in de binnenvaart in te voeren labelsysteem dat binnenschepen met een 'groen' label financiële voordelen krijgen, waaronder korting op havengelden.³⁵ Naast directe maatregelen gericht op de vervoerders zijn er ook indirectere mogelijkheden om naar het gewenste gedrag te sturen. Als het transport als geheel afneemt door afname van consumptie of op efficiëntere wijze plaatsvindt, verbetert de totale *footprint* eveneens.

2.1.4 MBM's/non-MBM's

Een veel gemaakt onderscheid is tussen *market based mechanisms* (MBM) en *non-market based mechanisms* (non-MBM).³⁶ In de definitie van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) zijn MBM's maatregelen die

'seek to address the market failure of "environmental externalities" either by incorporating the external cost of production or consumption activities through taxes or charges on processes or products, or by creating property rights and facilitating the establishment of a proxy market for the use of environmental services.'³⁷

Het essentiële verschil met non-MBM's is dat er bij MBM's directe sturing via de prijs plaatsvindt, bijvoorbeeld door een belasting of een *cap and trade*-systeem.³⁸ Bij non-MBM's vindt sturing niet op prijs, maar indirecter plaats, bijvoorbeeld door het invoeren van een snelheidsbegrenzing.³⁹

In de praktijk gebruikt men een combinatie van de verschillende soorten maatregelen. Zoals aangegeven in het door Ecorys in opdracht van de Europese Commissie opgestelde rapport:

'instruments rarely work in isolation. They work within a legislative, cultural and market framework that also has a major bearing on their effectiveness.'⁴⁰

'Marine Money Decarbonization Index launches', splash247.com, 21 juni 2021; energielabel zee- en binnenvaart (IMO en art. 4 Green Deal Zeevaart, Binnenvaart en Havens).

34. Vgl. O. Jonkeren, *Modal shift in het goederenvervoer: een overzicht van ontwikkelingen en beleidsinstrumenten*, Den Haag: Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat 2020 (online), kimnet.nl.

35. Art. 4 lid 5 Green Deal Zeevaart, Binnenvaart en Havens. Vgl. ook: C. Langendoen & E. Lengkeek, 'Energietabel belangrijk voor schippers', *Maritiem Courant* augustus 2019 (online), maritiemmedia.nl.

36. Zie over MBM's onder meer het rapport dat Ecorys in opdracht van de Europese Commissie heeft opgesteld, 'The role of market-based instruments in achieving a resource efficient economy', Rotterdam 2011.

37. stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=7214.

38. Zie over *cap and trade*, oftewel ETS, ook par. 3.4.

39. E. Rosaeg, 'The aviation and shipping exemptions in the Paris Agreement on climate change', *JIML* 2021, p. 58.

40. Rapport Ecorys, 'The role of market-based instruments in achieving a resource efficient economy', Rotterdam 2011, p. 27.

2.1.5 *Polluter pays-principe*

Veel maatregelen om vervuiling tegen te gaan of te beprijsen worden gelegitimeerd op basis van het zogenoemde *polluter pays-principe*, het beginsel dat de vervuiler financieel opdraait voor de door hem veroorzaakte vervuiling.⁴¹ Als de vervuiler de door hem veroorzaakte kosten niet betaalt, komen die kosten immers voor rekening van de samenleving.⁴² Het principe dat de vervuiler dient te betalen heeft zich van een economisch tot een juridisch beginsel ontwikkeld.⁴³ Het is een van de uitgangspunten van het Europese milieubeleid, naast het voorzorgsbeginsel en het beginsel dat vervuiling bij de bron moet worden bestreden.⁴⁴ Het *polluter pays-principe* wordt onder meer expliciet genoemd in het Witboek vervoer van 2011,⁴⁵ de EU ETS Richtlijnen,⁴⁶ de Afvalstoffenrichtlijn,⁴⁷ de Resolutie van het Europees Parlement van 27 april 2021 over technische en operationele maatregelen voor een efficiënter en schoner zeevervoer⁴⁸ en in het kader van het recent door de Europese Commissie gepresenteerde ‘Fit for 55’-pakket.⁴⁹

De veelvuldige inzet van het beginsel betekent overigens niet zonder meer dat de vervuiler de door hem veroorzaakte vervuiling ook daadwerkelijk betaalt. Uit onderzoek van de Europese Rekenkamer blijkt dat de dekking en toepassing onvolledig zijn. In haar rapport d.d. 5 juli 2021 adviseert de Europese Rekenkamer om het beginsel sterker te integreren in de regelgeving en te voorkomen dat EU-middelen worden ingezet om projecten te financieren die de vervuiler eigenlijk zou moeten betalen.⁵⁰ Het draagvlak voor effectieve toepassing van het *polluter pays-principe* neemt toe. Ook vanuit de transportmarkt gaan er steeds meer stemmen op voor het financieel belasten van vervuiling.⁵¹

41. Art. 192 lid 2 VWEU.

42. ‘What is the polluter pays principle?’, lse.ac.uk.

43. Paper OESO, ‘The Polluter-Pays Principle OECD, Analyses and Recommendations’, 1992, p. 9.

44. Art. 192 lid 2 VWEU. De OESO noemt het zelfs een algemeen beginsel van het internationaal milieurecht, zie Paper ‘The Polluter-Pays Principle OECD, Analyses and Recommendations’, 1992, p. 9.

45. COM(2011)144 def. Stappenplan interne Europese vervoersruimte.

46. Richtlijn (EU) 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit (EU) 2015/1814 (*PbEU* 2018, L 76/3-27), preambule onder 7 en diens voorganger Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad (*PbEU* 2003, L 275/32-46).

47. Richtlijn 2008/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal Richtlijnen (*PbEU* 2008, L 312/3-30), preambule onder 1 en 26.

48. Resolutie van het Europees Parlement van 27 april 2021 over technische en operationele maatregelen voor een efficiënter en schoner zeevervoer (2019/2193(INI)), onder 1 en 21.

49. COM(2021)550 final, Fit for 55, p. 2.

50. Speciaal verslag van de Europese Rekenkamer 12/2021: ‘Het beginsel “de vervuiler betaalt”: inconsistente toepassing in de milieubeleidslijnen en -acties van de EU’, eca.europa.eu/nl/Pages/DocItem.aspx?did=58811.

51. Zie onder meer: R. Mackor, ‘Maersk wil CO2-heffing van 150 dollar op scheepsbrandstof’, *Nieuwsblad Transport* 3 juni 2021 (online), nt.nl; S. Hargreaves, ‘Shipowners want “polluter pays” principle at core of carbon pricing proposal’, *transportenvironment.org*, 29 april 2021; ‘European railways comply with “user pays” and “polluter pays” principles’, *railfreight.com*, 7 juni 2019; ‘EU Parliament boosts “polluter pays” principles for ship waste management’, *safety4sea.com*, 10 oktober 2018.

2.2 Intergouvernementele en supranationale regelgevers en regelingen

2.2.1 VN, EU en CCR

De belangrijkste niet-nationale regelgevers op duurzaamheidsgebied zijn de Verenigde Naties (VN) en de Europese Unie (EU). De door de VN en de EU opgestelde regelingen vertonen enerzijds een zekere mate van overlap, terwijl anderzijds sprake is van divergentie. De EU onderschrijft en implementeert de VN-regelgeving. In aanvulling daarop bouwt zij voort op de door de VN gestelde kaders, onder meer door ambitieuzere doelstellingen en striktere handhaving.⁵² In haar recente 'Fit for 55'-pakket benadrukt de Europese Commissie wederom het belang van samenwerking tussen de diverse regelgevers én andere betrokken partijen.⁵³

Als niet-nationale regelgever kan ook de Centrale Commissie voor de Rijnvaart (CCR) genoemd worden. De CCR richt zich uitsluitend op het vervoer over de binnenwateren en dan met name over de Rijn. Zij verwijst nadrukkelijk naar de EU-regelgeving.⁵⁴ Ook de EU zoekt de samenwerking met de CCR op, mede ter harmonisatie van regelgeving.⁵⁵

2.2.2 Verenigde Naties

2.2.2.1 Sustainable Development Goals

De VN zet hard in op verduurzaming. Op 25 september 2015 heeft de Algemene Vergadering een nieuw mondiaal kader vastgesteld: de Agenda 2030 voor duurzame ontwikkeling (de Agenda 2030). De doelstellingen voor duurzame ontwikkeling, de Sustainable Development Goals (SDG's), betreffen de basis van de Agenda 2030. Drie duurzaamheidsdimensies worden onderscheiden: de economische, de sociale en de ecologische dimensie. Hoewel de Agenda 2030, inclusief de SDG's, op zichzelf geen juridisch bindende kracht heeft, is er veel politiek en ook maatschappelijk momentum rondom haar inhoud. Dit maakt haar een potentieel krachtig instrument.⁵⁶

52. Zie in meer detail par. 2.2.3.1.

53. COM(2021)550 final, Fit for 55, p. 2 en 13. Ook in eerdere stukken benadrukte zij het belang van internationale samenwerking. Verwezen zij onder meer naar de Mededeling van de Commissie, 'Een schone planeet voor iedereen. Een Europese strategische langetermijnvisie voor een bloeiende, moderne, concurrerende en klimaatneutrale economie', COM(2018)773 def. Strategische langetermijnvisie voor klimaatneutrale economie, p. 4, 25 en 27. Vgl. ook de EU Whitepaper 'Stappenplan voor een interne Europese vervoersruimte – werken aan een concurrerend en zuinig vervoerssysteem', COM(2011)144 def., p. 8, par. 29.

54. Mannheimer Erklärung, 150 Jahre Mannheimer Akte – Motor für eine dynamische Rhein- und Binnenschifffahrt', Kongress der Zentralkommission für die Rheinschifffahrt am 17. Oktober 2018, onder 2 en 3.

55. COM(2021)324 final, Boosting future-proof European inland waterway transport, p. 14.

56. C.J.M. Arts e.a., *De grenzen voorbij. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2019-1), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 72-73; N.M. Blokker & N. Schrijver, 'Kroniek internationaal publiekrecht', *NJB* 2016/1820, afl. 35, p. 2620-2632.

2.2.2.2 Overeenkomst van Parijs

Essentieel onderdeel ter verwezenlijking van de duurzaamheidsdoelstelling is de door de VN tot stand gebrachte Overeenkomst van Parijs.⁵⁷ Het akkoord betreft een verdrag binnen het kader van het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering (United Nations Framework Convention on Climate Change, 'UNFCCC')⁵⁸ en is bedoeld om het Kyoto-Protocol⁵⁹ op te volgen. De Overeenkomst van Parijs is op 12 december 2015 overeengekomen en op 4 november 2016 van kracht geworden. Het is het eerste universele, juridisch bindende wereldwijde klimaatverdrag.⁶⁰

De algemene doelen van het verdrag zijn driedelig: (1) de beperking van de temperatuurstijging tot maximaal twee graden boven pre-industriële niveaus, waarbij de partijen zich inspannen om de temperatuurstoename te minimaliseren tot anderhalve graad; (2) het bevorderen van betere adaptatie aan klimaatverandering en van klimaatbestendige ontwikkeling met een lage uitstoot van broeikasgassen; (3) het zorgen voor financiële stromen om deze klimaatbestendige ontwikkeling mogelijk te maken.⁶¹

De Overeenkomst van Parijs moet worden uitgevoerd op een wijze die beginselen van billijkheid en van de gezamenlijke, maar gedifferentieerde verantwoordelijkheid reflecteert (art. 2). Alle partijen moeten hun best doen door middel van nationaal vastgestelde bijdragen, *National Determined Contributions* (NDC's).⁶² Ontwikkelde landen zijn verplicht om doelen te stellen en zich te onderwerpen aan controle op de uitvoering daarvan. Lidstaten moeten regelmatig verslag uitbrengen over hun emissies en implementatie-inspanningen.⁶³ De ambities van de NDC's zullen om de vijf jaar in het licht van de doelstellingen en de stand van de techniek worden beoordeeld, te beginnen in 2023.⁶⁴ In de Overeenkomst van Parijs zijn echter geen bepalingen over handhaving opgenomen indien een staat in gebreke blijft. Er wordt wel een mechanisme ingesteld om de naleving te bevorderen (art. 15). Dit mechanisme is bedoeld om op een transparante, niet-confronterende en niet-bestrafende wijze de uitvoering van de overeenkomst door staten te beoordelen en hierover jaarlijks aan de Conferentie van Partijen te rapporteren. Er is derhalve sprake van een juridisch bindend verdrag, maar de aard van de verplichtingen en mechanismen om naleving af te dwingen maakt het juridisch gezien wel redelijk vrijblijvend.⁶⁵ De Overeenkomst stelt slechts beginselen, collectieve doelen, toezeggingen en

57. un.org/sustainabledevelopment/climate-action/.

58. *Trb.* 1992, 189.

59. *Trb.* 1998, 170, gewijzigd Doha, *Trb.* 2013, 44.

60. *Trb.* 2016, 162. Vgl. ook Klimaatakkoord 18 juni 2019.

61. Zie ook M.M.T.A. Brus, 'Het klimaatakkoord van Parijs: bouwen aan wereldrecht of bewijs van falende internationale samenwerking?', *AA* 2016, afl. 9, p. 620 (hierna: Brus, *AA* 2016/9).

62. De door de individuele landen gestelde doelen zijn onder meer te raadplegen op climateactiontracker.org/countries/.

63. T. Lambooy, 'Klimaatverandering – recente ontwikkelingen op internationaal, Europees en nationaal niveau: moeten bedrijven actie ondernemen?', *Bedrijfsjuridische berichten* 2019/77, afl. 23, p. 333.

64. N. Schrijver, 'De Klimaatwet in mondiaal en Europees perspectief. Over valkuilen en hoe die te dichten', *NJB* 2019/1661, afl. 28, p. 2022-2023 (hierna: Schrijver, *NJB* 2019/1661); N.M. Blokker & N. Schrijver, 'Kroniek internationaal publiekrecht', *NJB* 2016/1820, afl. 35, p. 2620-2632.

65. Zie voor juridische valkuilen: Schrijver, *NJB* 2019/1661, p. 2022-2024.

mechanismen voor de uitvoering en controle daarvan. Het levert geen directe verplichtingen op voor de lidstaten.⁶⁶ De nationale verplichtingen hangen immers af van de NDC's. Staten gaan in beginsel slechts inspanningsverplichtingen aan.⁶⁷ De World Bank heeft vastgesteld dat de huidige NDC's onvoldoende zijn om de doelstellingen te halen.⁶⁸

Van 31 oktober tot 12 november 2021 vindt in Glasgow een nieuwe klimaatconferentie plaats (de 'COP26').⁶⁹ Het doel is dat de lidstaten van de UNFCCC verdergaande gecoördineerde afspraken maken om te komen tot een gecoördineerde klimaatactie. Meer concreet zijn de doelstellingen: emissiereductie, versterkte adaptatie en weerbaarheid tegen klimaatimpacts alsmede substantiële financiering.⁷⁰ Zoals vermeld op de COP26 website: 'Paris set the destination — limiting warming well below 2 degrees, aiming for 1.5 degrees — Glasgow must make it a reality.'

2.2.2.3 Uitzondering scheepvaart en luchtvaart

In de Overeenkomst van Parijs zijn de internationale lucht- en scheepvaartsector grotendeels buiten beschouwing gelaten.⁷¹ Artikel 4 lid 4 van de Overeenkomst van Parijs bevat voor de ontwikkelde landen wel een verplichting tot 'absolute emissiereductiedoelen' voor de economie in haar geheel. Hoewel de lucht- en scheepvaart deel uitmaken van de economie moeten de emissies van de *internationale* lucht- en scheepvaart apart gerapporteerd worden. Ze tellen dan ook niet mee bij de berekening van de nationale bijdragen aan het akkoord.⁷² Er is geen eenduidige reden bekend voor de uitsluiting. Deze kan ermee samenhangen dat de algemene aanname is dat de lucht- en scheepvaart internationaal gereguleerd moeten worden, maar ook met het feit dat deze gebieden traditioneel een 'status aparte' hebben en dat ze een sterke lobby hebben.⁷³ Ook juridische aspecten kunnen van belang zijn geweest. Zo is het niet eenvoudig om quota's van internationaal opererende (lucht)vaartuigen toe te delen aan nationale staten.⁷⁴

66. T.R. Bleeker, 'Aansprakelijkheid voor klimaatschade: een driekoppige draak', *NTBR* 2018/2, afl. 1, p. 6; Brus, *AA* 2016/9, p. 623.

67. Brus, *AA* 2016/9, p. 622.

68. World Bank, 'State and Trends of Carbon Pricing 2021', Washington, DC: World Bank 2021, p. 12.

69. ukcop26.org/.

70. ukcop26.org/cop26-goals/ en ukcop26.org/uk-presidency/negotiations/.

71. G.C.M. Uitbeijerse e.a., *Parijsakkoord en luchtvaart. Mogelijke gevolgen van het Parijse klimaatakkoord voor de omvang van de luchtvaart via Nederland*, Den Haag: Planbureau voor de Leefomgeving 2019, p. 16-18; zie VN Document FCCC/SBSTA/2015/L.16 (2 december 2015); A. Bask e.a., *Sustainable and efficient transport. Incentives for Promoting a Green Transport Market*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, p. 26.

72. Deze uitzondering is niet expliciet opgenomen in het verdrag, maar is algemeen aanvaard. Ten aanzien van de luchtvaart vallen de emissies van de binnenlandse luchtvaart en van de grondgebonden luchtvaartactiviteiten wel onder de NDC's. Zie ook de Brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 27 maart 2019, *Kamerstukken II* 2018/19, 31935 en 32813, nr. 585, p. 3.

73. E. Røsaeg, 'The aviation and shipping exemptions in the Paris Agreement on climate change', *JIML* 2021, p. 56.

74. E. Røsaeg, 'Measures for the sustainable shipping of goods', in: E. Eftestøl-Wilhelmsson e.a. (red.), *Sustainable and Efficient Transport – Incentives for promoting a green Transport Market*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, p. 26; F. Pearce, 'After Paris, A Move to Rein in Emissions by Ships and Planes', *Yale Environment* 360, 2016. Zie ook: Voorstel voor verordening tot wijziging Richtlijn 2003/87/EG, COM(2017)54 def., onder 2.3.

De uitsluiting betekent niet dat regulering van deze sectoren überhaupt niet aan de orde is. Deze dient op ander niveau plaats te vinden. Concepten van de Overeenkomst van Parijs bevatten nog verwijzingen naar de gespecialiseerde agentschappen van de Verenigde Naties die belast zijn met het adresseren van de internationale uitstoot van broeikasgassen, dat wil zeggen de internationale maritieme organisatie (IMO) en de internationale burgerluchtorganisatie van de Verenigde Naties (ICAO).⁷⁵ Er is echter nagelaten om formeel in het verdrag vast te leggen dat regulering daar moet plaatsvinden.⁷⁶ De IMO en ICAO rekenen klimaatmaatregelen wel tot hun takenpakket.

2.2.2.4 IMO

In algemene zin is de IMO verantwoordelijk voor maatregelen ter verbetering van de veiligheid van de internationale scheepvaart en het voorkomen van verontreiniging door schepen.⁷⁷ Zij richt zich daarbij onder meer op de instandhouding van het mariene milieu. In augustus 2021 heeft de IMO 174 lidstaten en drie geassocieerde leden.⁷⁸

IMO's belangrijkste instrument tot regulering zijn verdragen.⁷⁹ Haar doelstelling betekent dat zij wetgevende mogelijkheden heeft.⁸⁰ Zo heeft het IMO de 'Safety of Life at Sea Convention' (SOLAS) en het Internationaal Verdrag ter voorkoming van verontreiniging door schepen (MARPOL) tot stand gebracht, net als het Internationaal Verdrag inzake de wettelijke aansprakelijkheid voor schade door verontreiniging door olie 1992 en het Fondsverdrag 1992.⁸¹ Daarnaast is onder haar auspiciën onder meer opgesteld de Ballast Water Management Conventie⁸² en het nog niet in werking getreden Verdrag van Hongkong dat ziet op 'ship recycling'.⁸³

Ter beperking van de emissies van de internationale scheepvaart heeft de IMO in 2018 haar initiële strategie gepubliceerd. De daarin geformuleerde doelstelling betreft een reductie van de CO₂-intensiteit van schepen van 40% in 2030 in verge-

75. United Nations Environment Programme, *Emissions Gap Report*, Kenia: Nairobi 2020, hoofdstuk 5. Zie ook Briefing Transport & Environment, 'Aviation emissions and the Paris Agreement – Europe and ICAO must ensure aviation makes a fair contribution to the Paris Agreement's goals', 2016.

76. Bij de laatste onderhandelingen zijn de verwijzingen naar IMO en ICAO geschrapt. E. Rosaeg, 'The aviation and shipping exemptions in the Paris Agreement on climate change', *JIML* 2021, p. 55.

77. Verdrag op de Internationale Maritieme Organisatie, Genève, 6 maart 1948. In art. 1 van het IMO-Verdrag staat als een van de doelen van de IMO genoemd: 'prevention and control of marine pollution from ships'.

78. imo.org/en/About/Membership/Pages/MemberStates.aspx.

79. Vgl. ook de Briefing van het Europees Parlement 'The IMO – for "safe, secure and efficient shipping on clean oceans"', 2016 en 'A defence of the International Maritime Organization', splash247.com, 3 augustus 2021.

80. A. O'Leary & J. Brown, 'The Legal Bases for IMO Climate Measures', Sabin Center for Climate Change Law 2018; A. O'Leary & M. Phren, 'Legal worries are unnecessary roadblocks for climate action at the IMO', lloydslist.maritimeintelligence.informa.com, 24 mei 2021.

81. Internationaal Verdrag betreffende de instelling van een Internationaal Fonds voor vergoeding van schade door verontreiniging door olie, Londen, 27 november 1992 (*Trb.* 1997, 1). Zie ook iopcfunds.org/.

82. Internationaal Verdrag voor de controle en het beheer van ballastwater en sedimenten van schepen, 2004.

83. Internationaal Verdrag van Hongkong voor het veilig en milieuvriendelijk recyclen van schepen, Hongkong, 15 mei 2009 (*Trb.* 2010, 227).

lijking met 2008 en van 70% in 2050. Het streven is verder om in 2050 de broeikasgasemissies met 50% te hebben gereduceerd ten opzichte van 2008 en deze zo spoedig mogelijk voor 2100 tot nul terug te brengen.⁸⁴

In lijn met deze strategie heeft de IMO verschillende resoluties aangenomen. Dit betreft voornamelijk *non-market based mechanisms*.⁸⁵ Deze zien met name op het verbeteren van de efficiëntie van schepen, zowel op technisch als op operationeel vlak.⁸⁶ De IMO werkt aan de implementatie van verdere maatregelen.⁸⁷ In juni 2021 heeft zij daartoe een actieplan opgesteld, dat een uitrol in drie fasen kent. De eerste fase is de vergelijking en beschouwing van de verschillende voorstellen (voorjaar 2021-voorjaar 2022). De tweede betreft de beoordeling en selectie van maatregelen om verder te ontwikkelen (voorjaar 2022-voorjaar 2023). Ten slotte is de derde fase de ontwikkeling van maatregelen die binnen de afgesproken periode moeten worden afgerond. De initiële strategie zal in 2023 worden herzien.

2.2.2.5 ICAO

ICAO is net als de IMO een speciaal VN-agentschap. Zij richt zich op de duurzame groei van de wereldwijde civiele luchtvaart.⁸⁸ Aansturing vindt plaats door de 193 nationale overheden van de lidstaten die partij zijn bij het Verdrag van Chicago uit 1944, de grondwet van het vervoer door de lucht.⁸⁹ ICAO dient hun diplomatie en samenwerking te bevorderen.⁹⁰ Dat doet zij onder meer door beleid te ontwikkelen en standaarden uit te rollen. Anders dan de IMO heeft ICAO geen regelgevende en/of handhavende bevoegdheden. De regelgeving van de nationale staten is bindend voor *air operators*. De nationale staten moeten deze ook zelf handhaven.⁹¹ In dat kader hoort ICAO dan ook eigenlijk thuis bij de private regelgevers. Gelet op haar bijzondere positie hebben we ervoor gekozen ICAO desalniettemin als onderdeel van de VN te bespreken.

Naast taken op het gebied van veiligheid van de luchtvaart en haar passagiers, implementatie van innovaties en economische ontwikkeling is klimaatbescherming een van ICAO's wereldwijde prioriteiten. De ICAO-lidstaten werken op milieugebied samen op het vlak van klimaatverandering en luchtvaartemissies, geluidsoverlast en de lokale luchtkwaliteit.⁹² Concreet is ICAO betrokken bij het zorgen voor de technische optimalisatie, efficiëntieverbetering, gebruik van duurzame brandstoffen

84. Resolution MEPC.304(72) Adopted on 13 April 2018 Initial IMO Strategy on Reduction of GHG Emissions From Ships; 'UN body adopts climate change strategy for shipping', imo.org, 13 april 2018.

85. E. Røsaeg, 'The aviation and shipping exemptions in the Paris Agreement on climate change', *JIML* 2021, p. 58. Zie voor het verschil tussen market based mechanisms en non-market based mechanisms par. 2.1.4.

86. De regelingen en maatregelen zullen hierna in hoofdstuk 3 verder besproken worden.

87. 'Further shipping GHG emission reduction measures adopted', imo.org, 17 juni 2021.

88. 'Vision and Mission', icao.int.

89. Verdrag inzake de internationale burgerluchtvaart, Chicago, 7 december 1944 (*Trb.* 1947, H 165).

90. 'About ICAO', icao.int.

91. Zie uitbreider R. Abeyrante, *Legal Priorities in Air Transport*, Springer Verlag 2019, p. 13-26.

92. 'Environmental Protection', icao.int.

en de implementatie van CORSIA, het *Carbon Offsetting Reduction Scheme for International Aviation*.⁹³

2.2.3 Europese Unie

2.2.3.1 Milieubeleidskaders EU

Doelstelling van de EU is de totstandbrenging van een interne markt die zich inzet voor de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van onder meer een evenwichtige economische groei en een hoog niveau van bescherming, en verbetering van de kwaliteit van het milieu.⁹⁴ De grondslag van de Europese milieuregelgeving is gelegen in het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).⁹⁵ Uit het verdrag volgt ook dat milieubescherminseisen in het beleid geïmplementeerd moeten worden.⁹⁶

De EU heeft de Overeenkomst van Parijs op 5 oktober 2016 goedgekeurd en zich daaraan gecommitteerd.⁹⁷ Ook heeft de EU zich gebonden aan de SDG's van de VN.⁹⁸ Ze heeft deze opgenomen in het beleidskader van de Unie, zodat ze van meet af aan geïntegreerd worden in alle acties en beleidsinitiatieven van de Unie, zowel binnen de Unie als op mondiaal niveau.⁹⁹

In 2030 wil de EU haar uitstoot met 55% verminderen in vergelijking met 1990.¹⁰⁰ De ambitie is om in 2050 klimaatneutraal te zijn. Deze ambitie heeft de EU ook ingediend bij het secretariaat van de UNFCCC in het kader van de NDC's.¹⁰¹ Zij is daarmee mondiaal koploper.¹⁰² Ook heeft de EU regels opgesteld om ervoor te zorgen dat de lidstaten hun klimaatdoelen daadwerkelijk halen en hun uitstoot verminderen door bindende, nationale emissiereductiedoelstellingen op te leggen.¹⁰³

93. Op concrete acties wordt ingegaan in hoofdstuk 3. CORSIA behandelen we in par. 3.4.3.4 van dit preadvies.

94. Art. 3 lid 3 VWEU.

95. Art. 192 en art. 4 lid 2 sub e VWEU. Het betreft een met de lidstaten gedeelde bevoegdheid. Concreet betekent dit dat de EU en de lidstaten beide wetgevend kunnen optreden en juridisch bindende handelingen kunnen vaststellen. Treedt de EU eenmaal op, dan kunnen lidstaten niet meer optreden, tenzij de Unie weer stopt met het uitoefenen van de gedeelde bevoegdheid. *Lexplicitatie*. Bronnen en citaten bij: art. 4 VWEU [Gebieden gedeelde bevoegdheid].

96. Art. 11 VWEU. Art. 113, 191, 192, 194 VWEU geven verdere kaders ter uitvoering van het beleid.

97. Besluit (EU) 2016/1841 van de Raad van 5 oktober 2016 betreffende de sluiting, namens de Europese Unie, van de Overeenkomst van Parijs, die is aangenomen in het kader van het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering (*PbEU* 2016, L 282/1).

98. Zie over de SDG's par. 2.2.2.1 van dit preadvies.

99. Mededeling van de Commissie van 22 november 2016 over de volgende stappen voor een duurzame Europese toekomst. Vgl. ook de conclusies van de Europese Raad van 20 juni 2017. Onderzoek van het Planbureau voor de Leefomgeving laat zien dat klimaatmaatregelen overwegend positieve invloed hebben op het behalen van andere SDG's: A. Dagnachew e.a., 'Climate Change Measures and Sustainable Development Goals – Mapping synergies and trade-offs to guide multi-level decision-making', 2021.

100. '2030 Climate Target Plan', ec.europ.eu. Dat is in lijn met de Europese Green Deal. Zie par. 2.2.3.2.

101. VN Rapport, 'Long-term greenhouse gas emission development strategy of the EU and its Member States', maart 2020; unfccc.int/documents/210328.

102. Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken en van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 28 mei 2021 inzake de Voortgang van de mondiale klimaatdiplomatie (*Kamerstukken II* 2020/21, 31793, nr. 199).

103. Zie onder meer Verordening (EU) 2018/842 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 betreffende bindende jaarlijkse broeikasgasemissiereducties door de lidstaten van 2021 tot en met 2030 teneinde bij te dragen aan klimaatmaatregelen om aan de toezeggingen uit hoofde

De belangrijkste EU-regelingen zijn verordeningen en richtlijnen. Verordeningen hebben rechtstreekse werking en binden eenieder direct, dus ook private partijen.¹⁰⁴ Verordeningen zorgen voor uniformiteit; ze gaan vóór afwijkende bepalingen van nationaal recht.¹⁰⁵ Richtlijnen zijn gericht tot de lidstaten. Zij voorzien in wetgevingskaders om een bepaald resultaat te bereiken, maar laten de vorm en manier over aan de lidstaten. Deze moeten de richtlijnbevestigingen omzetten in nationale wetgeving binnen de aangegeven periode.¹⁰⁶ Uit rechtspraak van het Europese Hof van Justitie volgt dat de in richtlijnen opgenomen maatregelen direct effect kunnen hebben en dat ook private partijen er rechten aan kunnen ontleen, bijvoorbeeld als lidstaten verzaken zorg te dragen voor tijdige implementatie.¹⁰⁷ Richtlijnen voorzien niet in uniformiteit, maar leiden tot harmonisatie van nationale wetgevingen.¹⁰⁸ Op klimaatgebied verschaffen ze een kader voor geüniformeerde en verplichte toepassing van de milieunormen door de lidstaten, terwijl ze wel elke lidstaat vrij laten te beslissen welke uitvoeringsinstrumenten het best passen in het interne beleid.

Voor het transport heeft de EU op grond van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie een met de lidstaten gedeelde bevoegdheid.¹⁰⁹ Voor zover het gaat om de interne markt heeft de EU zelfs exclusieve bevoegdheid.¹¹⁰ De regelgevende bevoegdheid is uitgewerkt in artikel 90-100 VWEU.¹¹¹ Artikel 100 VWEU verklaart de bepalingen zonder meer van toepassing op vervoer over het spoor, de weg en de binnenwateren. Voor vervoer door de lucht en over zee is voorafgaande consultatie van het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's vereist.¹¹²

Overigens biedt het VN-Zeerechtverdrag (*United Nations Convention on the Law of the Sea*, UNCLOS)¹¹³, dat ook door de EU ondertekend is, staten in beginsel onbeperkte bevoegdheid over hun kusten en havens.¹¹⁴ Op basis van het internationale recht kunnen staten ook maatregelen opleggen met extraterritoriaal effect,¹¹⁵ zolang

van de Overeenkomst van Parijs te voldoen, en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 525/2013 (PbEU 2018, L 156/26-42). In het kader van het 'Fit for 55'-pakket heeft de EU een voorstel gedaan voor aanscherping van deze Verordening: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 2018/842 on binding annual greenhouse gas emission reductions by Member States from 2021 to 2030 contributing to climate action to meet commitments under the Paris Agreement, COM(2021)555 final.

104. Art. 288 VWEU. Zie ook: 'Soorten besluiten', ecer.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel.

105. Zie onder meer A.P.M.J. Vonken (m.m.v. H.L.E. Verhagen e.a.), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel I. Algemeen deel* IPR, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 23-26 en V. Power, *EU Shipping Law – Volume I*, Abingdon: Informa law from Routledge 2019, p. 104.

106. Art. 288 VWEU.

107. Vgl. onder meer HvJ EG 6 oktober 1970, C-9/70, ECLI:EU:C:1970:78 (*Grad/Finanzamt Traunstein*).

108. V. Power, *EU Shipping Law – Volume I*, Abingdon: Informa law from Routledge 2019, p. 104.

109. Art. 4 lid 2 sub g VWEU.

110. Art. 3 VWEU. Vgl. ook art. 26 VWEU voor wat betreft het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal.

111. Gelet op de onderling sterk samenhangende aspecten van het transport is evident dat een gemeenschappelijk transportbeleid wenselijk is. Vooral nog is dat echter niet tot stand gekomen. Vgl. ook V. Power, *EU Shipping Law – Volume I*, Abingdon: Informa law from Routledge 2019, p. 111-112, 114.

112. Art. 100 lid 2 VWEU.

113. United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 (VN Zeerechtverdrag).

114. Art. 192 e.v. jo. 211 jo. 218 UNCLOS.

115. C. Ryngaert & H. Ringbom, 'Introduction: Port State Jurisdiction: Challenges and Potential', *The International Journal of Marine and Coastal Law* 2016, p. 379-394.

daartoe een gerechtvaardigd belang bestaat en er geen sprake is van misbruik van recht, strijd met het antidiscriminatiebeginsel en de goede trouw.¹¹⁶ EU-lidstaten kunnen binnen dat kader dus regels stellen voor schepen die hun havens aandoen, ook op emissiegebied.¹¹⁷

2.2.3.2 Europese Green Deal en Europese Klimaatwet

De EU heeft de ambitie om van Europa het eerste klimaatneutrale continent te maken. Deze ambitie en de kaders om die te verwezenlijken zijn uiteengezet in de groeistrategie 'Europese Green Deal'.¹¹⁸ De doelstelling van de Europese Green Deal zal een wettelijke vastlegging krijgen in de Europese Klimaatwet, ook wel aangeduid als het 'spoorboekje voor de Green Deal'.¹¹⁹ Definitieve overeenstemming over de tekst van de wet (verordening) is bereikt op 28 juni 2021, toen na het Europees Parlement ook de Raad zich akkoord verklaarde.¹²⁰ De Klimaatwet zal nu worden ondertekend, bekendgemaakt in het *Publicatieblad* en dan in werking treden.¹²¹

In de Klimaatwet sluit de EU aan bij het in het VN Klimaatverdrag gestelde doel dat de opwarming van de aarde onder de 1,5 °C ten opzichte van pre-industrieel niveau moet blijven.¹²² De EU onderbouwt dat door verwijzing naar de wetenschappelijke bevindingen, met name die gerapporteerd door de Intergouvernementele Werkgroep inzake klimaatverandering (IPCC).¹²³ In haar rapport uit 2018 bevestigt de IPCC op ondubbelzinnige wijze dat de opwarming van de aarde met 1,5 °C ten opzichte van de pre-industriële niveaus en de daarmee verband houdende mondiale broeikasgasemissietrajecten negatieve gevolgen hebben voor de klimaatverandering.¹²⁴ De conclusie van het speciaal verslag luidt dat emissiereducties in alle sectoren van cruciaal belang zijn om verdere opwarming van de aarde te beperken.

116. Vgl. de briefing van Client Earth: A. O'Leary e.a., 'Legal implications of EU action on GHG Emissions from the International Maritime Sector', Client Earth 2011, p. iii, 18-25.

117. Vgl. de briefing van Client Earth: A. O'Leary e.a., 'Legal implications of EU action on GHG Emissions from the International Maritime Sector', Client Earth 2011.

118. 'A European Green Deal', ec.europa.eu.

119. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een kader voor de totstandbrenging van klimaatneutraliteit en tot wijziging van Verordening (EU) 2018/99 (Europese Klimaatwet), COM(2020)80.

120. 'Raad neemt Europese klimaatwet aan', europa.eu/nl, 28 juni 2021.

121. Voorstel voor Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een kader voor de verwezenlijking van klimaatneutraliteit, en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 401/2009 en Verordening (EU) 2018/1999 ('Europese klimaatwet'), preambule onder 3.

122. Verordening (EU) 2021/1119 van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 2021 tot vaststelling van een kader voor de verwezenlijking van klimaatneutraliteit, en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 401/2009 en Verordening (EU) 2018/1999 ('Europese klimaatwet') (*PbEU* 2021, L 243/1-17), preambule onder 3.

123. Ook in andere thans geldende verordeningen wordt aangesloten bij het IPCC 2018 rapport, bijvoorbeeld in Verordening (EU) 2019/1242 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot vaststelling van CO₂-emissienormen voor nieuwe zware bedrijfsvoertuigen en tot wijziging van Verordeningen (EG) nr. 595/2009 en (EU) 2018/956 van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 96/53/EG van de Raad (*PbEU* 2019, L 198/202-240), preambule onder 1 en Richtlijn (EU) 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit (EU) 2015/1814 (*PbEU* 2018, L 76/3-27), preambule onder 3.

124. IPCC, 2018: 'Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty', p. 175-312.

In augustus 2021 heeft de IPCC deze conclusie in fermere bewoordingen en met meer urgentie herhaald.¹²⁵

Op 14 juli 2021 heeft de Europese Commissie haar ‘Fit for 55’-pakket gepresenteerd.¹²⁶ Het pakket bevat meerdere onderling verweven wetsvoorstellen met maatregelen die de Europese broeikasgasuitstoot in 2030 met ten minste 55% moeten reduceren ten opzichte van 1990 en de uitstoot van methaan moeten beperken. De voorstellen zien onder meer expliciet op het vervoer.¹²⁷ Voor zover relevant zullen we deze hierna in meer detail behandelen.

Het pakket heeft wisselende reacties gekregen.¹²⁸ Diverse non-gouvernementele organisaties (ngo’s) benadrukken de potentieel catastrofale gevolgen van onvoldoende actie. Zij vinden de voorgestelde maatregelen niet ver genoeg gaan.¹²⁹ Veel partijen ondersteunen de vergroeningsambitie.¹³⁰ Tegelijkertijd zijn er zorgen over (de verdeling van) de daarmee gepaard gaande financiële lasten.¹³¹ Opvallend vaak wordt daarbij een vergelijking gemaakt met de huidige situatie, in plaats van met de situatie over tien jaar zonder de voorgestelde maatregelen. De kosten van klimaatverandering zullen zonder tijdige en voldoende maatregelen echter een veelvoud bedragen van de kosten nodig om klimaatneutraal te worden. Zoals de New York University School of Law de resultaten van haar onderzoek uit 2021 samenvatte: ‘We conducted a large-sample global survey on climate economics, which we sent to all economists who have published climate-related research in the field’s highest-ranked academic journals; 738 responded. (...) The results show an overwhelming consensus that the costs of inaction on climate change are higher than the costs of action, and that immediate, aggressive emissions reductions are economically desirable.’¹³²

125. IPCC 2021, *Climate Change 2021: the physical science basis. Contribution of working group I to the sixth assessment report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge: Cambridge University Press in druk, ipcc.ch.

126. COM(2021)550 final, Fit for 55.

127. ‘European Green Deal: Commission proposes transformation of EU economy and society to meet climate ambitions’, ec.europa.eu, 14 juli 2021.

128. E. Verheggen, ‘EU-vergroeningsvoorstellen roepen vooral veel vragen op’, *Nieuwsblad Transport* 15 juli 2021 (online), nt.nl.

129. Zie onder meer de gezamenlijke reactie van Milieudefensie, Greenpeace, Natuur & Milieu en de Natuur- en Milieufederaties: ‘Reactie op het Europese “Fit For 55”-pakket in 9 onderdelen’, milieudefensie.nl, 15 juli 2021; A. Vela, ‘EU’s “Fit for 55” is unfit and unfair’, eeb.org, 14 juli 2021 en ‘New EU energy laws “clearly insufficient” for climate goals – clientearth responds to “fit for 55”’, stopfossilfuelsubsidies.eu, 14 juli 2021.

130. Onder meer: ‘Already Green Deal compliant – Rail welcomes “Fit for 55” legislative proposals’, cer.be, 14 juli 2021; D. Bush, ‘Maersk backs EU’s green quotas as “right approach”’, lloydslist.maritimeintelligence.informa.com, 15 juli 2021; ‘Two cheers for EC shipping decarbonisation package’, lloydslist.maritimeintelligence.informa.com, 16 juli 2021.

131. ‘European shipowners welcome the Fit for 55 climate package but fear lack of consistency among proposals may undermine increased climate ambition’, ecsa.eu/index.php/news/european-shipowners-welcome-fit-55-climate-package-fear-lack-consistency-among-proposals-may, 14 juli 2021; ‘Fit for 55 in de zeevaart: voortvarend aan de slag?’, kvnr.nl, 14 juli 2021; ‘TLN ondersteunt aangescherpte ambitie EU, maar kritisch over mogelijke lastenverzwaring ondernemers’, tln.nl, 14 juli 2021 en ‘A4E: The European Commission’s “Fit for 55” package must drive decarbonisation while ensuring a level playing field for EU airlines’, a4e.eu, 14 juli 2021.

132. Rapport van het Institute for Policy Integrity van de New York University School of Law, ‘Gauging Economic Consensus on Climate Change’, 2021, Executive Summary, p. i.

De Europese Commissie moet nog overeenstemming bereiken over haar voorstellen met het Europees Parlement en de Raad. Naar verwachting zal het, mogelijk (aanzienlijk) gewijzigde pakket niet voor 2023 in werking treden.

2.2.3.3 EU en duurzaam vervoer

In 2011 heeft de Europese Commissie het Witboek ‘Stappenplan voor een interne Europese vervoersruimte – werken aan een concurrerend en zuinig vervoerssysteem’ uitgebracht.¹³³ Het Witboek bevat een langetermijnvisie tot 2050 voor een vervoerssector die het hoofd kan bieden aan toekomstige uitdagingen op het vlak van olieafhankelijkheid, CO₂-uitstoot, congestie en infrastructuur.¹³⁴ Ook is daarin de doelstelling geformuleerd van een 60% reductie van broeikasgasemissies in 2050 ten opzichte van 1990.¹³⁵ Om de doelstelling te verwezenlijken heeft de EU een substantieel aantal verordeningen en richtlijnen vastgesteld met beleid op meerdere specifieke punten, waaronder specificaties voor voertuigen en hun motoren, alsmede ter zake van hernieuwbare energie en de handel in emissierechten. In haar mededeling ‘Een Europese strategie voor emissiearme mobiliteit’ uit 2016 stelde de Europese Commissie maatregelen voor om de decarbonisatie van het Europese vervoer te versnellen. De doelstelling uit het Witboek wordt herhaald en uitgebreid met de opmerking dat er in 2050 een ‘duidelijke trend naar een volledig emissievrij vervoer’ moet zijn.¹³⁶ In haar mededeling van 28 november 2018, ‘Een schone planeet voor iedereen. Een Europese strategische langetermijnvisie voor een bloeiende, moderne, concurrerende en klimaatneutrale economie’, geeft de Europese Commissie een visie op de vereiste economische en maatschappelijke veranderingen, waarbij alle sectoren van de economie en de samenleving worden betrokken, teneinde de transitie naar broeikasgasneutraliteit in 2050 te verwezenlijken.¹³⁷ Zij noemt het vervoer expliciet als sector waarin technologische innovaties moeten worden uitgebreid.¹³⁸

In december 2020 heeft de Europese Commissie haar strategie voor duurzame en slimme mobiliteit gepresenteerd.¹³⁹ De Commissie signaleert tien kerndomeinen aangevuld met een actieplan. In 2050 zou daarmee een reductie van de vervoersuitstoot kunnen worden gerealiseerd van 90%, afhankelijk van de getoonde ambitie. Tegen die achtergrond onderscheidt de commissie drie pijlers voor het toekomstige Europese beleid: (1) alle vervoerswijzen duurzamer maken, (2) duurzame alternatieven op grote schaal beschikbaar stellen in een multimodaal vervoerssysteem, en (3) de juiste stimulansen bieden om de transitie door te zetten.¹⁴⁰

Voorstellen voor verregaande concrete verdere regelgeving op het gebied van het transport zijn gedaan in het ‘Fit for 55’-pakket.¹⁴¹ De plannen zijn ambitieus. Zoals het maritieme dagblad *Lloyd’s List* becommentarieerde: ‘Shipping has traditionally

133. Stappenplan voor een interne Europese vervoersruimte – werken aan een concurrerend en zuinig vervoerssysteem, COM(2011)144 def.

134. Stappenplan voor een interne Europese vervoersruimte, COM(2011)144 def., p. 4.

135. Stappenplan voor een interne Europese vervoersruimte, COM(2011)144 def., p. 3.

136. Een Europese strategie voor emissiearme mobiliteit, COM(2016)501 def., p. 2.

137. Strategische langetermijnvisie voor klimaatneutrale economie, COM(2018)773 def.

138. Strategische langetermijnvisie voor klimaatneutrale economie, COM(2018)773 def., p. 7 en 28.

139. Strategie duurzame en slimme mobiliteit, COM(2020)789 def.

140. Strategie duurzame en slimme mobiliteit, COM(2020)789 def., p. 3.

141. Zie over het ‘Fit for 55-pakket’ in algemene zin ook par. 2.2.3.2.

looked to the International Maritime Organization to lay down its rules, but the sheer scope, implications and unprecedented nature of the commission's proposals suggest that over the next two years, the EU will make itself the leading authority on emissions, unless the IMO takes drastically faster and more decisive action in the meantime.¹⁴² Voor het wegvervoer en de luchtvaart is dat niet anders.

2.2.3.4 'Verontreiniging van lucht, water en bodem naar nul'

Een essentieel onderdeel van de Europese Klimaatstrategie en de Europese Green Deal is het beperken van vervuiling in meer algemene zin. In mei 2021 heeft de Europese Commissie haar actieplan gepubliceerd met maatregelen om toe te werken naar het volledig voorkomen van schadelijke vervuiling van lucht, water en grond.¹⁴³ Als kortetermijndoelstellingen voor 2030 zijn daarin concrete reductiecijfers opgenomen op het gebied van luchtvervuiling, geluidsoverlast, transport en plasticafval op zee. De maatregelen en technieken om (broeikasgas)emissies te beperken zullen veelal positieve effecten hebben op het gebied van voorkoming van vervuiling, en vice versa.¹⁴⁴

2.2.4 CCR

In de binnenvaart, met name het vervoer over de Rijn, speelt de Centrale Commissie voor de Rijnvaart (CCR) een belangrijke rol. De CCR is een internationale organisatie van de lidstaten Duitsland, België, Frankrijk, Nederland en Zwitserland, met bevoegdheden ter zake van onder meer de gemeenschappelijke reglementen die noodzakelijk zijn voor de veiligheid van de Rijnvaart en de behandeling van klachten die voortvloeien uit de niet-nakoming van de Herziene Rijnvaartakte (Akte van Mannheim¹⁴⁵), de reglementen of gezamenlijk getroffen maatregelen. Zij richt zich in dat kader onder meer op de ecologische duurzaamheid van de Rijn en de binnenvaart. In de Verklaring van Mannheim d.d. 17 oktober 2018 is het streven opgenomen om de uitstoot van broeikasgassen en andere verontreinigende stoffen nagenoeg uit te bannen tegen 2050.¹⁴⁶

2.3 Nationale regelgevers en regelingen

Veel EU-regelingen zijn vastgelegd in richtlijnen die door de lidstaten nader uitgewerkt moeten worden in nationale wetgeving.¹⁴⁷ Binnen de EU is de milieuwetgeving, ook op transportgebied, dus weliswaar geharmoniseerd, maar niet uniform.

142. A. Adamopoulos, 'What we learned from the EU emissions salvo', lloydlist.maritimeintelligence.informa.com, 16 juli 2021.

143. EU-actieplan: Verontreiniging van lucht, water en bodem naar nul, COM(2021)400 def.

144. Proposal for establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, COM(2021)551 final, preamble onder 11.

145. De Herziene Rijnvaartakte wordt doorgaans aangeduid als de Akte van Mannheim van 17 oktober 1868 gewijzigd op 20 november 1963.

146. Mannheimer Erklärung, '150 Jahre Mannheimer Akte – Motor für eine dynamische Rhein- und Binnenschifffahrt', Kongress der Zentralkommission für die Rheinschifffahrt am 17. Oktober 2018, onder 4.

147. Zie ook par. 2.2.3.1.

De nationale staten hebben naast en in aanvulling op de supranationale regelgeving ook eigen klimaatwetgeving.

Zo kent Nederland de Klimaatwet.¹⁴⁸ De wet biedt een kader voor de ontwikkeling van beleid gericht op het onomkeerbaar en stapsgewijs terugdringen van de emissies van broeikasgassen in Nederland tot een niveau dat 95% lager ligt in 2050 dan in 1990, teneinde wereldwijde opwarming van de aarde en de verandering van het klimaat te beperken.¹⁴⁹ Het daaraan voor 2030 verbonden streven is een broeikasgasemissiebeperking van 49%.¹⁵⁰

Het beleid dat tot deze doelstelling moet leiden zal uiteengezet worden in klimaatplannen die ten minste elke vijf jaar opnieuw zullen worden vastgesteld.¹⁵¹ Om de voortgang en de gevolgen van het beleid te meten zal het Planbureau voor de Leefomgeving eenmaal per jaar een klimaat- en energieverkenning uitbrengen. Hierin staan de emissies van broeikasgassen per sector opgenomen, alsmede de ontwikkelingen en maatregelen die invloed hebben gehad op de emissies van broeikasgassen.¹⁵²

Ter uitwerking van de Klimaatwet en het behalen van de reductiedoelstellingen is in 2018 het Klimaatakkoord gesloten. Dit betreft een uit overleg tussen meer dan honderd partijen ontwikkeld samenhangend pakket aan voorstellen waarmee het CO₂-reductiedoel in 2030 gerealiseerd kan worden.¹⁵³ Aan mobiliteit is een heel hoofdstuk gewijd.¹⁵⁴ Het bevat onder meer afspraken ter zake van duurzame energiedragers, stimulering van elektrisch vervoer, en verduurzaming van de logistiek. Binnen de laatste categorie vallen onder meer zero-emissiezones in steden en verdere *supply chain efficiency*. Ook de binnenvaart valt, anders dan de zee- en luchtvaart, onder het Nederlandse Klimaatakkoord.¹⁵⁵ De zeevaart heeft vrijwillig deelgenomen aan de gesprekken. De afspraken over de door de binnenvaart en zeevaart te behalen CO₂-reductie zijn uitgewerkt in de Green Deal Zeevaart, Binnenvaart en Havens.¹⁵⁶

Het in het Klimaatakkoord gestelde subdoel van een verhoging van de Europese emissiereductiedoelstelling naar 55% in 2030, is inmiddels bereikt. Uit het advies van het Klimaatcrisis Beleid Team uit mei 2021 blijkt echter dat het Klimaatakkoord slechts een emissiereductie oplevert van 34% in 2030.¹⁵⁷ Dat komt niet in de buurt van de wettelijke Nederlandse en de Europese doelstelling van 49 resp. 55%. Verdere actie is dus aangewezen, ook op transportgebied.¹⁵⁸

148. Wet van 2 juli 2019, houdende een kader voor het ontwikkelen van beleid gericht op onomkeerbaar en stapsgewijs terugdringen van de Nederlandse emissies van broeikasgassen teneinde wereldwijde opwarming van de aarde en de verandering van het klimaat te beperken ('Klimaatwet') (*Stb.* 2019, 253).

149. Art. 2 lid 1 Klimaatwet.

150. Art. 2 lid 2 Klimaatwet.

151. Art. 3 en 4 Klimaatwet.

152. Art. 7 Klimaatwet.

153. Klimaatakkoord 18 juni 2019, hoofdstuk C2, Mobiliteit, p. 4.

154. Klimaatakkoord 18 juni 2019, hoofdstuk C2, Mobiliteit, p. 43-80.

155. Klimaatakkoord 18 juni 2019, hoofdstuk C2, Mobiliteit, p. 80.

156. 'Green Deal Zeevaart, Binnenvaart en Havens', greendeals.nl.

157. KBT Klimaatcrisis Beleid Team, Klimaatbeleid Mobiliteit & Transport Advies 3, 2021, p. 3.

158. Ook de door het Nederlandse kabinet ingestelde studiegroep Invulling klimaatopgave Green Deal concludeert dit in haar eindrapportage, 'Bestemming Parijs: wegwijzer voor klimaatkeuzes 2030, 2050'. Zij schrijft (op p. 3): 'De verhoging van de EU-ambitie voor 2030 van -40% naar -55% stelt

Om de in de Klimaatwet, het Klimaatakkoord en de verschillende Green Deals opgenomen doelstellingen en gemaakte afspraken te realiseren is specifieke regelgeving opgesteld, onder meer in en ter uitwerking van de Wet milieubeheer.¹⁵⁹

Niet alleen de EU-lidstaten maar ook andere landen ondernemen actie op milieugebied, onder meer direct gericht op het transport. Zo heeft het Verenigd Koninkrijk op 14 juli 2021 haar ‘Transport Decarbonisation plan’ uitgerold. De bedoeling van het project is dat het gehele transport binnen het VK in 2050 klimaatneutraal is.¹⁶⁰ Ook onder meer China¹⁶¹ en de Verenigde Staten¹⁶² ondernemen actie om verdere vervuiling (van onder meer het vervoer) tegen te gaan.¹⁶³

Ter uitwerking van de (internationale) regelgeving kunnen ook op gemeentelijk niveau regelingen worden vastgesteld.¹⁶⁴ Zo kunnen steden milieuzones instellen en aanscherpen,¹⁶⁵ subsidies verstrekken voor verduurzaming van de logistiek,¹⁶⁶ duurzame gemeentelijke voertuigen aanschaffen¹⁶⁷ en zorgen voor voldoende laadinfrastructuur voor duurzame energiedragers.¹⁶⁸ Ook zijn er overkoepelende plannen, bijvoorbeeld in het kader van de Green Deal Zero Emission stadslogistiek,¹⁶⁹ waarvan de beperking van het aantal vervoersbewegingen en de inzet van zero-emissie voertuigen deel uitmaken.¹⁷⁰

Nederland voor een aanzienlijke aanvullende opgave.’ En (op p. 5): ‘Daarnaast is voor de mobiliteitssector een aanscherping van de CO₂-normen en een uitfaseerdatum voor fossiele brandstofmotoren voor nieuwe voertuigen belangrijk om in 2050 de uitstoot tot bijna nul te reduceren.’

159. Zie onder meer par. 3.2.1.

160. Vgl. ‘Transport decarbonisation plan’, gov.uk, 14 juli 2021.

161. Tijdens de 75ste sessie van de Algemene Vergadering van de VN in september 2020 heeft Xi Jinping de ambitie uitgesproken dat China zijn toenemende belasting van het klimaat voor 2030 zal bereiken en in 2060 klimaatneutraal wil zijn. In juni 2021 zijn bedrijven verplicht om de CO₂-uitstoot te publiceren: ‘China verplicht bedrijven informatie CO₂-uitstoot te openbaren’, *Het Financieel Dagblad* 5 juni 2021 (online), fd.nl. Ook geldt vanaf de zomer van 2021 in China een ETS; ‘China begint met handel in CO₂-uitstootrechten’, *Nieuwsblad Transport* 16 juli 2021 (online), nt.nl; ‘Explainer: How will China’s new national carbon emissions trading scheme (ETS) work?’, reuters.com/business/chinas-national-emissions-trading-scheme-ets-2021-07-14/, 14 juli 2021. Zie over beleidsmaatregelen op het gebied van elektrische voertuigen: ‘Rapport en presentatie International comparison sustainable transport approach’, rwsduurzaamemobiliteit.nl.

162. In april 2021 heeft Joe Biden aangegeven dat Amerika streeft naar een emissiereductie in 2030 van 50-52% ten opzichte van 2005; ‘FACT SHEET: President Biden Sets 2030 Greenhouse Gas Pollution Reduction Target Aimed at Creating Good-Paying Union Jobs and Securing U.S. Leadership on Clean Energy Technologies’, whitehouse.gov, 22 april 2021.

163. Zie onder meer: P.C. Pang, ‘China’s Evolving Environmental Protection Laws’, mondaq.com, 18 juni 2020.

164. ‘Wetten, regels en andere instrumenten’, klimaatadaptienederland.nl.

165. ‘Milieuzones in Nederland’, milieuzones.nl.

166. ‘Lab ZES: Rotterdam lanceert subsidieregeling voor innovatie in logistiek’, duurzaam-ondernemen.nl/nieuws, 1 december 2020.

167. Zie bijvoorbeeld: ‘Convenant Duurzame Voertuigen en Brandstoffen in de Reinigingsbranche’, rwsduurzaamemobiliteit.nl.

168. Vgl. bijvoorbeeld het rapport ‘Nieuw Amsterdams Klimaat – Routekaart Amsterdam Klimaatneutraal 2050’, vastgesteld door het college van B&W op 3 maart 2020, p. 106-118.

169. ‘Zero Emission Stadslogistiek’, greendeals.nl.

170. Vgl. de aanpak Zero Emission Stadslogistiek; opwegnaarzes.nl.

2.4 Private regelgevers en regelingen

Om te komen tot verdere verduurzaming spelen ook private spelers een belangrijke rol. Het besluit tot het aannemen van de Overeenkomst van Parijs nodigt niet-sta- telijke *stakeholders* uit om de klimaatcrisis te adresseren.¹⁷¹ Ook de EU streeft naar (meer) samenwerking tussen de verschillende betrokkenen.¹⁷² Partijen geven gehoor aan deze oproep en, onder meer door het sluiten van private akkoorden, al dan niet met medewerking van een of meer overheidsinstanties. Het hiervoor genoemde Klimaatakkoord en de Green Deal Zeevaart, Binnenvaart en Havens zijn daar con- crete voorbeelden van, net als de Green Deal Zero Emission Stadslogistiek.¹⁷³ Neder- landse marktpartijen stelden een actieplan op om de luchtvaart duurzamer te maken, ‘Slim én duurzaam – Actieplan Luchtvaart Nederland: 35% minder CO₂ in 2030’.¹⁷⁴ Ook op internationaal vlak worden samenwerkingsovereenkomsten gesloten. Zo is er het ‘zero-emission shipping’-akkoord dat zich inzet voor commer- cieel haalbare zero-emissie schepen.¹⁷⁵

In meer algemene zin zijn er ook diverse gedragscodes opgesteld om klimaatneu- traliteit te bespoedigen. Verwezen zij onder meer naar de ‘Principles on Climate Obligations of Enterprises’ (*Climate Principles for Enterprises*)¹⁷⁶ en de ‘Poseidon Princi- ples’ voor de scheepvaart.¹⁷⁷ Ook noemen we de UN Global Compact, met *business principles* waaraan bedrijven zich kunnen committeren.¹⁷⁸ Op milieugebied verplich- ten deze tot een voorzichtige benadering bij milieu-uitdagingen, het nemen van initiatieven om grotere klimaatverantwoordelijkheid te promoten en de ontwikke- ling en verspreiding van klimaatneutrale technieken aan te moedigen.¹⁷⁹ Ten slotte zijn er de interne *codes of conduct* van bedrijven die tot duurzaam handelen aansporen, al dan niet door verwijzing naar de UN Global Compact.¹⁸⁰

171. Decision 1/CP.21, Adoption of the Paris Agreement, par. 133-136.

172. Zie onder meer de geactualiseerde Europese industriestrategie, COM(2021)350 def. Actualisering nieuwe industriestrategie van 2020, p. 13: ‘The Commission will continue to support industrial alliances, in strategic areas where such alliances are identified as the best tool to accelerate activities that would not develop otherwise, and where they help to attract private investors to discuss new business partnerships and models in a manner that is open, transparent and fully compliant with competition rules, and where they have a potential for innovation and high-value job creation’.

173. ‘Zero Emission Stadslogistiek’, greendeals.nl. Zie ook: opwegnaarzes.nl.

174. Rapport, ‘Slim én duurzaam – Actieplan Luchtvaart Nederland: 35% minder CO₂ in 2030’, 2018, en updates.

175. ‘Zero-emission shipping’, mission-innovation.net.

176. climateprinciplesforenterprises.org.

177. poseidonprinciples.org/.

178. ‘Who we are’, unglobalcompact.org. Begin september 2021 hadden zich wereldwijd 18.241 bedrij- ven geregistreerd, waarvan 232 uit Nederland; unglobalcompact.org/what-is-gc/participants.

179. unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles.

180. Zie onder meer de Unilever Code of Business Principles and Code Policies (2016 en 2021), waarin expliciet staat vermeld (op p. 7) dat ‘Unilever will work in partnership with others to promote environmental care, increase understanding of environmental issues and disseminate good practice.’ Ook Coca-Cola roept in haar gedragscode uit 2018 (onder meer op p. 39) op tot klimaatbewustzijn: ‘Help us preserve the environment. Do your part by using resources responsibly, helping to curb emissions, following environmental laws and regulations and participating in our sustainability, recycling and replenishment efforts.’ De NS stelt in haar gedragscode uit 2021: ‘We zijn ons bewust van het milieu en onze plaats in de maatschappij’ (p. 3) en ‘Wij werken duurzaam en gaan zuinig om met energie. Denk bijvoorbeeld aan het uitdoen van het licht en het beeldscherm bij vertrek, scheiden van afval en het netjes en schoon achterlaten van de werkruimte en werkplek’ (p. 7). KLM verwijst in haar Gedragscode uit 2019 naar de UN Global Compact (p. 9).

2.5 Klimaatrechtspraak

Het overeenkomen en vaststellen van regelgeving is een essentiële stap op weg naar verduurzaming. Vervolgens is van belang dat de gestelde normen ook daadwerkelijk (op)gevolgd worden. Dat gaat niet in alle gevallen soepel. Volgens milieuorganisaties worden de gemaakte afspraken niet voldoende nagekomen. Zij hebben via de rechter geprobeerd nakoming af te dwingen. Aanvankelijk waren de acties met name gericht tegen staten. In Nederland heeft dat geleid tot onder meer het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad van 20 december 2019.¹⁸¹ De Hoge Raad oordeelde dat de Nederlandse Staat de uitstoot van broeikasgassen vanaf Nederlandse bodem per eind 2020 met minstens 25% diende te verminderen ten opzichte van 1990. Het hoogste Nederlandse rechtscollege staat niet alleen met zijn kritiek op de nationale overheid. Eerder dit jaar oordeelde het Duitse Bundesverfassungsgericht eveneens dat de Duitse staat onvoldoende doet om de reductiedoelstelling te halen.¹⁸² Ook uit andere landen komen vergelijkbare beslissingen.¹⁸³

Inmiddels weten milieuorganisaties en private personen de rechter ook te vinden met vorderingen tegen private marktpartijen.¹⁸⁴ Rechters menen dat ook private partijen verantwoordelijkheden hebben om de klimaatcrisis tegen te gaan. Zie onder meer het op 26 mei 2021 door de rechtbank Den Haag gewezen vonnis in de door Milieudefensie c.s. tegen Shell aangespannen zaak.¹⁸⁵ De rechtbank veroordeelde het moederbedrijf van Shell, Royal Dutch Shell, om de CO₂-uitstoot van de activiteiten van de hele Shell-groep via het bedrijfsbeleid van de Shell-groep voor eind 2030 netto met 45% te verminderen ten opzichte van 2019.¹⁸⁶ We merken hier dan ook slechts op dat aannemelijk is dat belangenorganisaties zullen proberen om meer bedrijven met een hoge uitstoot door middel van juridische procedures te dwingen hun beleid te wijzigen. In het transport lopen de emissiecijfers niet terug.¹⁸⁷ Niet ondenkbaar is derhalve dat belangengroepen op een gegeven moment actie zullen ondernemen tegen grote spelers in de transportsector. Een woordvoerder van Milieudefensie heeft al verklaard dat de maritieme sector in beeld is.¹⁸⁸ Ook KLM is al genoemd als potentieel doelwit.¹⁸⁹

181. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

182. Klimaschutzurteil, BvR 24 maart 2021 2656/18.

183. Verwezen zij naar de database met klimaatrechtspraak van Columbia University: climatecasechart.com/climate-change-litigation.

184. De Jong wijst erop dat auteurs deze ontwikkeling al jaren geleden zagen aankomen. E.R. de Jong, 'Klimaataansprakelijkheid van private ondernemingen', *NTBR* 2021/1, afl. 1.

185. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

186. Shell heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis; shell.nl/media/persberichten/media-releases-2021/shell-bevestigt-hoger-beroep-in-klimaatzaak.

187. Zie par. 3.1.1.

188. S. Chambers, 'Shell ruling should send shudders throughout shipping', splash247.com, 27 mei 2021; R. Mackor, 'Scheepvaart kan borst natmaken na Shell-vonnis', *Nieuwsblad Transport* 2 juni 2021 (online), nt.nl.

189. F. Staver, 'Na het Shell-vonnis kan elke grote vervuiler aangepakt worden, denkt deze jurist', *Trouw* 27 mei 2021 (online), trouw.nl.

3 **Energietransitie en uitstootvermindering**

3.1 **Inleiding**

3.1.1 *Aandeel transport*

Het aandeel van het transport in de wereldwijde uitstoot van broeikasgassen en schadelijke emissies is groot.¹⁹⁰ De transportemissies zijn becijferd op 27% van de totale CO₂-uitstoot van de EU.¹⁹¹ De transportuitstoot vormt daarmee de grootste bron van broeikasgasemissies in de EU.¹⁹² De emissies zijn met name afkomstig van de verbranding van fossiele brandstoffen door auto's, vrachtwagens, schepen, treinen en vliegtuigen, zowel voor privé als voor zakelijk gebruik. In de periode 1990 tot 2019 namen de totale broeikasgasemissies in bijna alle sectoren af, met een paar uitzonderingen, waaronder het transport.¹⁹³ Zoals het European Environment Agency aangeeft: 'There has been a steady overall reduction in greenhouse gas (GHG) emissions in the EU in recent years. However, the transport sector has not followed this general trend and, as a result, its relative contribution to overall GHG emissions in Europe has become more significant. Therefore, although action is needed in all sectors if the EU is to meet emission reduction targets, this is particularly important in the transport sector.'¹⁹⁴

Relevant bij het kijken naar en gebruiken van emissiecijfers is dat deze steeds in context worden geplaatst. De daadwerkelijke uitstoot van een vervoermiddel is steeds afhankelijk van de hoeveelheid, de afstand en de leeftijd van de motor in het voer- of vaartuig. Ook het operationele profiel speelt mee.¹⁹⁵ In algemene zin is het goederenvervoer per schip en/of trein substantieel energiezuiniger dan per vrachtwagen en/of vliegtuig.¹⁹⁶

190. Het meten van de uitstoot is niet eenvoudig. Vgl. Rapport opgesteld voor de European Environment Agency, 'Methodology for GHG Efficiency of Transport Modes – Final Report', Fraunhofer – Institute for Systems and Innovation Research ISI, Karlsruhe 2020.

191. ec.europa.eu/clima/policies/transport_nl. In de VS was het transportaandeel in 2019 29% van de totale uitstoot; 'Sources of greenhouse gas emissions', [epa.gov](https://www.epa.gov): 'Carbon dioxide (CO₂) makes up the vast majority of greenhouse gas emissions from the sector, but smaller amounts of methane (CH₄) and nitrous oxide (N₂O) are also emitted. These gases are released during the combustion of fossil fuels, such as coal, oil, and natural gas, to produce electricity'.

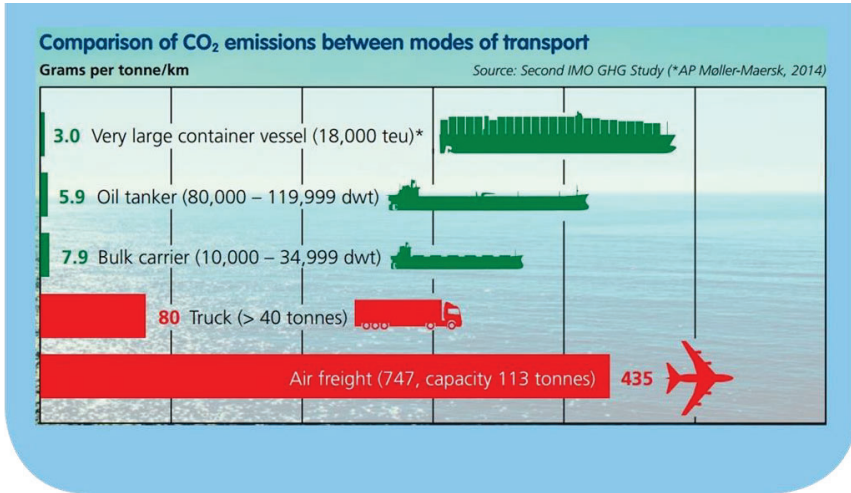
192. 'Uitstoot van vliegtuigen en schepen: feiten en cijfers (infografiek)', europarl.europa.eu/news.

193. Annual European Union greenhouse gas inventory 1990-2019 and inventory report 2021, eea.europa.eu/publications, 27 mei 2021.

194. 'Greenhouse gas emissions from transport in Europe', eea.europa.eu, 18 december 2020.

195. De vloot containerschepen is kleiner dan de tankervloot, maar heeft een hogere CO₂-uitstoot. Vgl. P. Balcombe e.a., 'How to decarbonise international shipping: Options for fuels, technologies and policies', *Energy Conversion and Management* 2019, p. 6.

196. 'Rail and waterborne – best for low-carbon motorised transport', eea.europa.eu, 24 maart 2021. Dit onderschrijft het belang van de modal shift. Zie over de *modal shift* hoofdstuk 5.



In absolute zin heeft het vervoer over de weg de twijfelachtige eer uitstootklopper te zijn. In Europa betrof die uitstoot in 2018 meer dan 70% van de uitgestoten transportbroeikasgassen.¹⁹⁷ Van belang is wel dat hierin het (privé)personenvervoer is meegenomen. Het wegvervoer wordt gevolgd door de luchtvaart, die in 2017 zorgde voor 13,9% van de transportgerelateerde broeikasuitstoot in de EU.¹⁹⁸ De scheepvaart scoort vergeleken met andere vervoersmodaliteiten relatief goed.¹⁹⁹ Vervoer per schip heeft gemiddeld veel minder uitstoot dan per vrachtwagen.²⁰⁰ Door het volume aan scheepvaart en de toegenomen groei in de afgelopen periode is er echter ook in de scheepvaart nog veel winst te boeken en is de afstand tot de luchtvaart beperkt.²⁰¹ De emissies in de binnenvaart en het spoor zijn in vergelijking met 1990 wel verbeterd; voor het spoor zelfs met 50%.²⁰²

In 2020 waren de uitstootcijfers van fossiele brandstoffen 7% lager dan in 2019. Deze daling is met name toegeschreven aan lockdowns ter beperking van de verspreiding van COVID-19. De emissies zijn alweer toegenomen.²⁰³ Voor de komende

197. 'Greenhouse gas emissions from transport in Europe', eea.europa.eu, 18 december 2020.

198. 'Reducing emissions from aviation', ec.europa.eu. In Nederland was het percentuele aandeel van de luchtvaart overigens aanzienlijk hoger. Volgens het CBS bedroeg dat in 2018 49% van de transportemissies van broeikasgas: 'Luchtvaart stoot helft broeikasgas transportsector uit', cbs.nl, 20 november 2019.

199. V. Power, *EU Shipping Law – Volume 2*, Abingdon: Informa Law from Routledge 2019, p. 1043; M. Prussi e.a., 'Potential and limiting factors in the use of alternative fuels in the European maritime sector', *Journal of Cleaner Production* 2021, 125849, p. 1.

200. S. Starckx, 'Scheepvaart is efficiënter dan wegtransport', easwetenschap.eu, 5 december 2019. Zie ook het rapport van BSR, een organisatie van duurzaamheidsexperts, 'Clean Cargo Working Group Carbon Emissions Accounting Methodology', 2015.

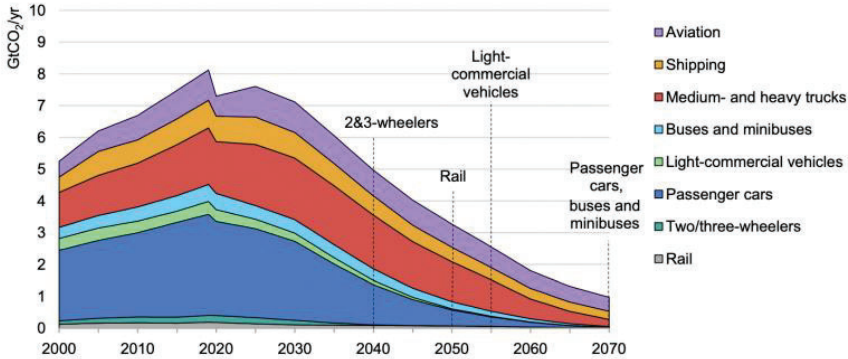
201. S. Chambers, 'Revised data shows shipping's increased emissions in the EU', Splash, 1 september 2021, (online) splash247.com; Rapport 'European Maritime Transport Environmental Report 2021', *European Environment Agency en European Maritime Safety Agency*, Luxemburg, 2021, p. 38 e.v.

202. 'Greenhouse gas emissions from transport in Europe', eea.europa.eu, 18 december 2020.

203. C. Le Quéré e.a., 'Fossil CO₂ emissions in the post-COVID-19 era', *Nature Climate Change* 2021, p. 197-199 en de briefing van het Europees Parlement, 'Sustainable and smart transport in Europe', *EPRS Ideas Paper* 2020, p. 5.

vijftien jaar is de verwachting dat alleen de wegvervoeremissies zullen afnemen. Voor de lucht- en scheepvaart verwacht men in de komende jaren juist stijgende emissiecijfers.²⁰⁴

Figure 3.16 Global CO₂ emissions in transport by mode in the Sustainable Development Scenario, 2000-70



IEA 2020. All rights reserved.

Notes: Dotted lines indicate the year in which various transport modes have largely stopped consuming fossil fuels and hence no longer contribute to direct emissions of CO₂ from fossil fuel combustion. Residual emissions in transport are compensated by negative emissions technologies, such as BECCS and DAC, in the power and other energy transformation sectors.

Om de doelstellingen van de Overeenkomst van Parijs te halen zal het transport aanzienlijk moeten vergroenen. Dat wordt steeds algemener onderkend. In haar Witboek 'Stappenplan voor een interne Europese vervoersruimte – werken aan een concurrerend en zuinig vervoerssysteem' uit 2011 heeft de EU aangegeven dat de transportgerelateerde emissies met ten minste 60% dienen af te nemen in vergelijking met 1990, en met 70% ten opzichte van het niveau van 2008.²⁰⁵ In de daarop volgende jaren zijn de reductiecijfers verder verhoogd.²⁰⁶

IMO heeft in haar in 2018 vastgestelde *initial strategy* tot reducering van broeikasgasemissies de ambitie opgenomen om in 2030 een CO₂-reductie van 40% ten opzichte van 2008 te hebben gerealiseerd en in 2050 een afname van 70%.²⁰⁷ Opvallend is dat dit reductiecijfer naar verluidt lager is dan de naar verwachting te behalen reducties door verbeterde technologie.²⁰⁸

In toenemende mate wordt ook kritischer gekeken naar verdere groei van de luchtvaart. Daarbij wordt ook gewezen op de beschadigende, chemische verbindingen die de uitstoot van vliegtuigen hoog in de lucht aangaan.²⁰⁹ Vliegtuigen stoten

204. 'Greenhouse gas emissions from transport in Europe', eea.europa.eu, 18 december 2020.

205. Stappenplan interne Europese vervoersruimte, COM(2011)144 def., onder 6.

206. Zie par. 2.2.3.3.

207. IMO Resolution MEPC.304(72), art. 3.1.2/3.

208. E. Røsaeg, 'Measures for the sustainable shipping of goods', in: E. Eftestøl-Wilhelmsson e.a. (red.), *Sustainable and Efficient Transport – Incentives for promoting a green Transport Market*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, p. 27.

209. J. Bell & Z. Hammersley, 'Green shoots – sustainability developments in the aviation sector', *Lexology* 17 maart 2021 (online), lexology.com.

op grote hoogte broeikasgassen uit die daar een groter effect op het klimaat hebben.²¹⁰

Maar niet alleen regelgevers dringen aan op beperking van emissies. Ook vanuit de markt nemen de vraag naar²¹¹ en het aanbod van groen vervoer toe. Logistieke dienstverleners committeren zich aan reductiedoelstellingen en de bijbehorende investeringen.²¹² Uit onderzoek van Shell en Deloitte in de scheepvaartmarkt blijkt dat 90% van de respondenten ‘decarbonization’ belangrijk vindt of zelfs als een topprioriteit ziet.²¹³ Ook de verladerskant komt in beweging. De *European Shippers Council* benadrukt het belang van duurzaam transport.²¹⁴ Evofenedex, de Nederlandse ondernemersvereniging voor verladers, geeft op haar website nadrukkelijk aan dat niet alleen vervoerders, maar ook verladers zullen moeten verduurzamen. Zij heeft daartoe voor haar leden onder meer een duurzaamheidsscan ontwikkeld.²¹⁵ Steeds vaker trekken verladers en vervoerders samen op om te komen tot verduurzaming op langere termijn.²¹⁶ De markt is echter nog niet zover dat ‘groen contracteren’ al de norm is geworden. Prijs en kosten blijven de belangrijkste factoren bij de vervoerskeuze.²¹⁷

3.1.2 Mogelijkheden tot verlaging transportemissies

Er zijn meerdere manieren om transportemissies te verminderen.²¹⁸ De meest effectieve is het verminderen van het transport. Als de consumptie afneemt of de efficiëntie van het vervoer en/of de centralisatie van op- en afhaalpunten toeneemt, is er eenvoudigweg minder transport nodig en dus minder uitstoot.²¹⁹ Andere veel

210. Zie over de luchtvervuiling door vliegtuigen de ICAO-website; icao.int/environmental-protection/pages/contaminants.aspx. Ter beperking van luchtvervuiling in bredere zin is al in 1979 het Verdrag van 1979 betreffende grensoverschrijdende luchtverontreiniging over lange afstand inzake de beheersing van emissies van stikstofoxyden of van de grensoverschrijdende stromen van deze stikstofverbindingen gesloten. Inmiddels zijn daarop diverse protocollen aangenomen.

211. ‘Climate Change’, cargill.com/sustainability/climate-change-and-health/; ‘Sustainability at A.P. Moller – Maersk’, maersk.com/about/sustainability/commitments-2020/decarbonising-logistics: ‘Today, 90 of our top 200 customers have set or are in the process of setting ambitious science-based or zero carbon targets.’

212. Vgl. onder meer ‘Schoon werken voor klimaatbescherming’, dhl.com/nl (milieu); ‘Dachser breidt emissievrije stadsleveringen uit naar elf Europese steden’, transport-online.nl, 7 juni 2021; ‘FedEx wil voor 2040 koolstofneutraal opereren’, transportlogistiek.nl, 4 maart 2021; ‘Corporate social responsibility’, janderijk.com.

213. Rapport Shell en Deloitte, ‘Decarbonising Shipping: All Hands on Deck’, Den Haag 2020, p. 5.

214. europeanshippers.eu/.

215. ‘Concreet advies om het vervoer en opslag van goederen te verduurzamen’, evofenedex.nl/advies-vervoer-optimaliseren/duurzaamheidsscan.

216. Vgl. bijvoorbeeld de pilot tussen NNPC en Cosun om vervoer van de weg naar het water te verplaatsen: H.J. van Engelen & H. Bakker, ‘Modal shift past uitstekend bij wie wij willen zijn’, containers-vanwegenaarbinnenvaart.nl, 12 oktober 2020. Een ander voorbeeld is de samenwerking tussen ladingbelanghebbenden en vervoerders met betrekking tot op ammonia varende schepen: S. Chambers, ‘Breakthrough as cargo owners sign up for pioneering ammonia-powered shipping project’, splash247.com, 1 juli 2021.

217. Zie ook par. 3.7 en 7.2 van dit preadvies.

218. Zie onder meer: Stappenplan interne Europese vervoersruimte, COM(2011)144 def.; Europese strategie voor emissiearme mobiliteit, COM(2016)501 def.; en *Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, rapport, hfdst. 8.

219. Vgl. ook E. Røsaeg, ‘Measures for the sustainable shipping of goods’, in: E. Eftestøl-Wilhelmsson e.a. (red.), *Sustainable and Efficient Transport – Incentives for promoting a green Transport Market*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, p. 20-21. Opvallend is dat de Europese Commissie dit geen

genoemde reductiemogelijkheden, die meer zien op de verduurzaming van het transport als zodanig, zijn onder meer brandstofverandering, verbetering van brandstofefficiëntie en betalen voor gebruik.²²⁰ We behandelen deze opties hierna separaat. Dat betekent echter niet dat de opties geheel losstaan van elkaar. Zo heeft een verandering van brandstof een directe invloed op de technische aspecten van het vervoermiddel.²²¹ Een belasting op meer vervuilende brandstof kan leiden tot een keuze voor een andere vorm van aandrijving. Daar komt bij dat om tot de nodige reductie te komen een combinatie van maatregelen noodzakelijk lijkt.²²² Ook zal gekeken moeten worden naar de perifere cirkel om het transport. Het winnen en verwerken van grondstoffen en de wijze van omgaan met afvalstoffen levert immers eveneens een aanzienlijke bijdrage aan de totale CO₂-uitstoot.²²³

Naast de technische en operationele componenten en kostenaspecten zijn er ook juridische uitdagingen te adresseren. Vervoerscontracten kunnen bepalingen, al dan niet met specifieke voorschriften bevatten over de te gebruiken brandstof. Een wijziging van de brandstofsoort kan dan tot contractuele aansprakelijkheid leiden. Datzelfde geldt voor wat betreft een wijziging van de technische specificaties of ander gebruik van het vervoermiddel.²²⁴

3.2 Brandstoftransitie (*fuel transition*)

3.2.1 *Verschillende opties*

De voor het vervoer gebruikte brandstof zorgt voor substantiële directe emissies. Door verandering van brandstof zijn dus grote stappen te zetten.²²⁵ *De beschikbare voorraad fossiele brandstof is niet oneindig.*²²⁶ *Ook wat dat betreft is een brandstoftransitie noodzakelijk.* Enerzijds kan daarbij gekozen worden voor duurzamere conventionele alternatieven, zoals biobrandstof. Anderzijds is er de rigoureuze en potentieel vooruitstrevende optie van overschakeling naar een alternatief met een lagere

reële optie lijkt te vinden. In haar Whitepaper uit 2011 schrijft zij: 'De mobiliteit beperken is geen optie'. (Stappenplan interne Europese vervoersruimte, COM(2011)144 def., p. 6).

220. Vgl. onder meer Richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG (*PbEU* 2009, L 140/16-62), preambule 1 en 2; TLN Position paper 2017; 'Green Deal Zeevaart, Binnenvaart en Havens', [greendeals.nl](#); 'Initial IMO GHG Strategy', [imo.org/en/](#); 'Our actions for the environment', [iata.org/en/programs/environment/](#).
221. Richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG (*PbEU* 2009, L 140/16-62): '(5) Om de emissie van broeikasgassen binnen de Gemeenschap terug te dringen en haar afhankelijkheid van energie invoer te verminderen, moet een groter gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen hand in hand gaan met een toename van de energie-efficiëntie.'
222. KBT Klimaatcrisis Beleid Team, Klimaatbeleid Mobiliteit & Transport Advies 3, 2021, p. 3; High-Level Commission on Carbon Prices, 'Report of the High-level Commission on Carbon Prices', Washington DC: World Bank 2017.
223. Zie over de circulaire economie par. 3.5.
224. Wij verwijzen hiervoor naar hoofdstuk 6 over contractmanagement.
225. Vgl. het rapport van de International Energy Agency (IEA), *Net Zero by 2050: A Roadmap for the Global Energy Sector*.
226. Zie onder meer het artikel van The Millennium Alliance for Humanity and the Biosphere van Stanford University, G. Kuo, 'When Fossil Fuels Run Out, What Then?', [mahb.stanford.edu](#) mei 2019.

directe uitstoot, zoals LNG, elektriciteit of synthetische brandstof. Wat technisch gezien de mogelijkheden zijn voor inzet hangt af van de transportmodaliteit, alsmede van de benodigde reisduur en afstand. Voor korte afstanden met lichtere voertuigen lijkt overschakeling naar elektriciteit momenteel de beste optie. Voor langere afstanden kijkt de markt met name naar biobrandstof, groene waterstof en (duurzaam geproduceerde) synthetische brandstoffen, waaronder ammoniak en methanol.²²⁷ Synthetische brandstoffen ('e-fuels') kunnen worden geproduceerd op basis van elektriciteit, water en kooldioxide (stikstof). Van belang daarbij is dat 'e-fuels' alleen duurzaam zijn indien de elektriciteit die nodig is voor de productie duurzaam is opgewekt.²²⁸

De EU zet sterk in op 'energie uit hernieuwbare bronnen'. In verschillende elkaar opvolgende richtlijnen heeft ze een uitgebreid juridisch kader gecreëerd.²²⁹ Onder het begrip 'hernieuwbare bronnen' vallen enerzijds de biobrandstoffen (waaronder biodiesel en bio-ethanol) en anderzijds hernieuwbare elektriciteit en waterstof.²³⁰ Op basis van de *Renewable Energy Directive* uit 2009 (RED) moest het energiegebruik in de hele EU in 2020 voor minimaal 20% (en voor Nederland 14%) afkomstig zijn uit hernieuwbare bronnen.²³¹ Voor het verkeer en vervoer was in RED I de specifieke doelstelling opgenomen dat in 2020 minimaal 10% van alle transportbrandstoffen (benzine, diesel, biobrandstoffen in weg- en railvervoer en elektriciteit) uit hernieuwbare bronnen moest komen. De Brandstofkwaliteitsrichtlijn voegde daaraan maatregelen toe om te komen tot een vermindering van 6% van de broeikasgasintensiteit van brandstoffen gebruikt in het transport in 2020. Daarop voortbouwend geldt op grond van de hernieuwde RED II-richtlijn uit 2018 in 2030 een verhoogde norm ('bindend streefcijfer') van 32%.²³² De specifieke norm voor het transport is in RED II verhoogd naar 14%. De RED II moest op 1 juli 2021 geïmplementeerd zijn in nationale wetgeving, opdat de uitvoering kan worden gestart in 2022. De lidstaten hebben een zekere mate van beleidsvrijheid onder RED II.²³³ Dat geldt zowel voor wat betreft het toedelen van quota aan brandstofleveranciers voor de verschillende modaliteiten als voor de vraag wanneer er sprake is van biobrandstof. Nederland heeft de richtlijn geïmplementeerd met het 'Besluit energie vervoer voor

227. Vgl. de TNO Whitepaper E-Fuels, 'Towards a more Sustainable Future for Truck Transport, Shipping and Aviation', september 2020, [tno.nl/en/about-tno/news/2020/9/e-fuels-crucial-to-sustainable-heavy-transport/](https://www.tno.nl/en/about-tno/news/2020/9/e-fuels-crucial-to-sustainable-heavy-transport/).

228. 'Alternative Fuels', [epa.gov](https://www.epa.gov/alternative-fuels/).

229. Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (herschikking) (*PbEU* 2018, L 328/82-209); Richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG (*PbEU* 2009, L 140/16-62).

230. Door Transport & Environment is kritiek geuit op de lijst met toegestane grondstoffen voor biobrandstoffen: Briefing Transport & Environment, 'RED II and advanced biofuels – Recommendations about Annex IX of the Renewable Energy Directive and its implementation at national level', 2020.

231. RED I, 2009/28/EG, art. 3 (preambule onder 13) resp. bijlage I onder A.

232. Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (herschikking) (*PbEU* 2018, L 328/82-209), art. 3 (preambule onder 8).

233. Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (herschikking) (*PbEU* 2018, L 328/82-209), preambule onder 83.

de periode 2022-2030'. Voor het transport is het verplichte minimumaandeel energie uit hernieuwbare bronnen voor Nederland vastgesteld op 27,1% in 2030.²³⁴ In Nederland gaat het om de brandstoffen voor het transport over de weg, het spoor en over de binnenwateren.²³⁵ De brandstoffen uit de internationale scheepvaart en de luchtvaart kunnen tot 1 januari 2025 vrijwillig deelnemen.²³⁶

De verplichting tot gebruik van een minimumpercentage aan energie uit hernieuwbare bronnen uit RED I voor het transport in 2015 heeft Nederland omgezet in een oplopende jaarverplichting voor brandstofleveranciers.²³⁷ Zij moeten de CO₂-uitstoot van vervoersbrandstoffen (met uitzondering van die voor de internationale zeevaart) verminderen en aantonen dat ze voldoende hernieuwbare energie leveren. Voor geleverde biobrandstof krijgen leveranciers Hernieuwbare Brandstofeenheden (HBE's),²³⁸ een soort digitale certificaten, bij inboeking in het Register Energie voor Vervoer.²³⁹ Het register wordt beheerd door de Nederlandse Emissieautoriteit.²⁴⁰ Op jaarbasis dienen leveranciers de vastgestelde minimumhoeveelheid aan HBE's te bemachtigen.²⁴¹ Doen zij dat niet door eigen levering dan zullen ze HBE's moeten bijkopen. De grondstof bepaalt in grote mate de HBE-toedeling. Biobrandstoffen uit afval en reststoffen en hernieuwbare elektriciteit tellen extra.²⁴² In Nederland geldt al een verplichting tot levering van een jaarlijkse minimumhoeveelheid (ook wel 'bimengverplichting' genoemd) voor tankstations voor het vervoer over de weg. Voor de binnenvaart is de verplichting vanaf 1 januari 2022 aangekondigd.²⁴³ Dit betreft een uitwerking van de Green Deal Zeevaart, Binnenvaart en Havens.²⁴⁴

Het 'Fit for 55'-pakket van de Europese Commissie bevat een voorstel tot aanpassing van RED II. Om het '55% reductie in 2030'-doel te kunnen halen dient het aandeel

234. 'REDII besluit energie vervoer kalenderjaren 2022 2030', internetconsultatie.nl.

235. De brandstofleveranciers voor de binnenvaart vielen nog niet onder RED I, maar komen door het Besluit energie vervoer voor de periode 2022-2030 onder de verplichting te vallen.

236. Art. 2 Besluit energie vervoer voor de periode 2022-2030.

237. De verplichting is opgenomen in de Wet milieubeheer, titel 9.7, bij de Wet van 18 april 2018 tot wijziging van de Wet milieubeheer in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2015/1513 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 tot wijziging van Richtlijn 98/70/EG betreffende de kwaliteit van benzine en dieselbrandstof en tot wijziging van Richtlijn 2009/28/EG ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen alsmede in verband met de operationalisering van de reductieverplichting uit Richtlijn 98/70/EG betreffende de kwaliteit van benzine en dieselbrandstof (*Stb.* 2018, 137).

238. Art. 9.7.1.1 jo. art. 9.7.3.1 Wet milieubeheer.

239. Art. 9.7.1.1 jo. art. 9.7.5.1 lid 1 Wet milieubeheer. Vgl. ook 'Hernieuwbare brandstofeenheden', emissieautoriteit.nl/onderwerpen/algemeen-ev-2018.

240. Art. 9.7.5.1 Wet milieubeheer.

241. Art. 9.7.2.1 jo. art. 9.7.2.5 Wet milieubeheer.

242. 'Grondstoffen en dubbeltelling EV', emissieautoriteit.nl/onderwerpen/inboeken-ev. Zie ook par. 3.2.2.2.

243. Wijziging van de Wet milieubeheer in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en ter uitvoering van het Klimaatakkoord, wijziging van art. 9.8.1.2.

244. Specifieke overwegingen onder 21 jo. art. 5 lid 6 Green Deal Zeevaart, Binnenvaart en Havens: 'IenW heeft in 2021 de herziene Richtlijn hernieuwbare energie (RED II) in de nationale wetgeving geïmplementeerd. Met deze implementatie gaat ook de binnenvaart vallen onder de partijen waarvoor een jaarverplichting hernieuwbare energie voor vervoer geldt. Dit zal leiden tot een stapsgewijze verhoging van de verplichting tot bimenging van duurzame biobrandstoffen.'

van hernieuwbare energie in het totaal te worden opgehoogd naar 40%.²⁴⁵ Specifiek voor het transport moet er ook een verhoogd aandeel energie uit hernieuwbare bron komen.²⁴⁶ Lidstaten moeten brandstofleveranciers verplichten om met het aandeel hernieuwbare energie voor de transportsector te komen tot een verdere broeikasgasintensiteitsreductie.

3.2.2 Biobrandstof

3.2.2.1 Soorten biobrandstof

Biobrandstoffen spelen een belangrijke rol in het terugdringen van emissies.²⁴⁷ Het gaat daarbij om brandstoffen die zijn gewonnen uit biomassa (plantaardig materiaal of afval) en in potentie klimaatneutraal zijn.²⁴⁸ Onder biobrandstof vallen onder meer biodiesel, bio-ethanol, biogas en bio-butanol.²⁴⁹ In de biobrandstoffenmarkt voor diesel is een grof onderscheid te maken tussen enerzijds *Hydrotreated Vegetable Oil* (HVO) en anderzijds brandstof met bijmengingen van *Fatty Acid Methyl Esters* (FAME) dan wel *Fatty Acid Ethyl Esters* (FAEE).²⁵⁰

Bij HVO vindt behandeling van biomassa plaats met waterstof.²⁵¹ HVO genereert minder uitstoot, levert meer energie en kan langer worden opgeslagen. Nadeel is dat de kosten relatief hoog zijn.²⁵² De tweede, goedkopere, categorie biodiesel betreft een bijmenging van conventionele brandstof met FAME of FAEE. FAME en FAEE worden gefabriceerd uit een wisselende samenstelling van dierlijke en plantaardige oliën en vetten, waaronder frituurvet.²⁵³

Voor de door de EU gestelde kaders gelden brandstoffen slechts als biobrandstof als ze voldoen aan de in de RED II en Brandstofkwaliteitsrichtlijn²⁵⁴ voorgeschreven duurzaamheidsvereisten. Kort samengevat dienen brandstoffen om aan de gestelde vereisten te voldoen ten minste 50% minder broeikasgas uit te stoten dan de fossiele brandstoffen die zij vervangen. Bovendien mogen de grondstoffen voor de biobrandstof niet afkomstig zijn van land met een hoge biodiversiteit of hoge koolstofopslag.²⁵⁵

245. Voorstel herziening richtlijn betreffende hernieuwbare energie (RED), COM(2021)557 def., art. 3.

246. Voorstel herziening richtlijn betreffende hernieuwbare energie (RED), COM(2021)557 def., preambule onder 29.

247. J. Cogan, 'UN science reports show biofuels are essential to climate action', [climatechangenews.com](https://www.climatechangenews.com/2019/08/08/bioenergy/), 8 augustus 2019; 'Bioenergy', [iea.org](https://www.iea.org/).

248. 'Biobrandstoffen', [rijksoverheid.nl](https://www.rijksoverheid.nl).

249. Microsoft Word – Veelgestelde vragen over biobrandstoffen.doc (wur.nl).

250. TNO rapport, 'Impact assessment biobrandstoffen voor de binnenvaart', november 2020, p. 10, [tno.nl](https://www.tno.nl).

251. 'Biodiesel / HVO', ecp-biomass.eu.

252. Zie onder meer: certasenergy.co.uk/news/my-business/alternative-fuels-the-pros-and-cons/.

253. 'Fatty Acid Methyl Esters (FAME) Fact Sheet', etipbioenergy.eu.

254. Richtlijn 2009/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/70/EG met betrekking tot de specificatie van benzine, dieselbrandstof en gasolie en tot invoering van een mechanisme om de emissies van broeikasgassen te monitoren en te verminderen, tot wijziging van Richtlijn 1999/32/EG van de Raad met betrekking tot de specificatie van door binnenschepen gebruikte brandstoffen en tot intrekking van Richtlijn 93/12/EEG (*PbEU* 2009, L 140/88-113).

255. Brandstofkwaliteitsrichtlijn, preambule onder 14.

ICAO benadrukt dat biobrandstof pas dan duurzaam is als de lifecycle emissions lager zijn dan die van conventionele brandstof.²⁵⁶

3.2.2.2 Wisselende kwaliteit en hoge kosten

De niet geheel uniforme uitwerking van de Europese regelgeving op biobrandstof gebied door de nationale wetgevers leidt tot verschillende samenstellingen van biobrandstof en daarmee tot wisselende kwaliteit.²⁵⁷ De instroom van biodiesel in de markt is divers, terwijl de brandstofkwaliteit van groot belang is om schade te voorkomen. Instabiele en onzuivere brandstoffen kunnen onder meer leiden tot versterkte roestvorming en daarmee tot motorproblemen.²⁵⁸ Zeker in de binnenvaart, waar men niet op dezelfde manier bemonstert als op zeeschepen en men de schepen niet steeds 24/7 gebruikt, leiden de divergerende kwaliteit en kwaliteitsstandaarden tot zorgen. Dat geldt temeer nu de regelgeving complex is en fraudeurs daar gebruik van maken.²⁵⁹ Nederland heeft, samen met Duitsland, Frankrijk, België en Luxemburg, de EU opgeroepen om het toezicht en de handhaving op Europees niveau te verbeteren.²⁶⁰ De EU-commissaris voor energie heeft al aangekondigd dat er een certificeringssysteem voor groene brandstoffen zal worden ingevoerd.²⁶¹ In Nederland wordt de bijmengverplichting in de binnenvaart niet gehandhaafd zolang de veiligheid, geschiktheid en duurzaamheid van de biobrandstoffen niet gegarandeerd zijn.²⁶²

Naast de technische aspecten is van belang dat de kosten van biodiesel aanzienlijk zijn.²⁶³ Uit onderzoek door bunkerleveranciers is gebleken dat de door Nederland ingevoerde bijmengverplichting voor de binnenvaart mogelijk zal leiden tot een bloeiend 'bunkertoerisme'.²⁶⁴

256. icao.int/environmental-protection/pages/SAF_LifeCycle. Zie over de relevantie voor de scheepvaart N. Rehmatulla e.a., 'Exploring the relevance of ICAO's Sustainable Aviation Fuels framework for the IMO', 2020: Londen, UK.

257. Kwaliteitsverschillen kunnen zelfs ontstaan binnen dezelfde technische specificatie. TNO rapport, 'Impact assessment biobrandstoffen voor de binnenvaart', november 2020, p. 19.

258. Vgl. onder meer het TNO rapport over duurzame brandstoffen in de Binnenvaart uit november 2020. De 'Esters' in FAME zijn polair en trekken water en vuil aan. Dit kan leiden tot verstopping van brandstoffilters. TNO concludeert in haar rapport dat er technische risico's zijn, maar dat deze acceptabel zijn.

259. Vgl. bijvoorbeeld: 'Biodiesel', ftm.nl/tag.

260. 'Landen slaan handen ineen voor beter toezicht op inzet biobrandstof', rijksoverheid.nl, 25 mei 2021.

261. Sean Goulding Carroll, 'Green fuels and gases will be subject to sustainability certification, EU says', euractiv.com, 18 februari 2021 (bijgewerkt 1 april 2021).

262. Vgl. de moties van 20 mei 2021 (*Kamerstukken II 2020/21*, 35626, nr. 25 en 26) ter zake van de Wijziging van de Wet milieubeheer in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en ter uitvoering van het Klimaatakkoord.

263. R. Verbeek e.a., 'Impact assessment biobrandstoffen voor de binnenvaart, Den Haag: TNO 2020. De kosten van Used Cooking Oil worden geschat op een factor 3-verhoging. Onderzoek van Lloyd's Register en University Maritime Advisory Services (UMAS) heeft aangetoond dat op korte termijn biobrandstof een prijsvoordeel heeft ten opzichte van e-fuels; Lloyd's Register en UMAS, 'Techno-Economic Assessment of Zero-Carbon Fuels', Londen 2020.

264. Rapport Panteia april 2021, 'Impact assessment bunkertoerisme – rapportage in opdracht van de NOVE': 'Nove stuurt rapport "impact assessment bunkertoerisme" aan het Ministerie IenW', nove.nl, 11 mei 2021. Het rapport lijkt overigens wel gebaseerd op *worst case*-aannames. Ook lijkt geen rekening gehouden met potentiële wijzigingen van beleid van de EU en/of België en Duitsland. TNO noemt in haar rapport slechts dat er mogelijk een concurrentienadeel ontstaat voor Nederlandse binnenvaartondernemers. TNO-rapport, 'Impact assessment biobrandstoffen voor de binnenvaart', november 2020, p. 33.

Hoewel er geen wettelijke bijmengverplichting is in de zeevaart, wordt ook daar gebruikgemaakt van biobijmengingen.²⁶⁵ Leveranciers gebruiken deze optie om aan hun vereiste HBE's te komen. Eind 2020 bleek dat deze leveringen 'disproportionele vormen' hadden aangenomen.²⁶⁶ De leveringen aan de zeevaart tellen namelijk, onder meer, niet mee voor de RED I-verplichtingen. Met ingang van 1 januari 2022 zal in Nederland voor de scheepvaart dan ook alleen de inzet van geavanceerde biobrandstoffen en hernieuwbare brandstoffen voor de verkrijging van HBE's worden toegestaan.²⁶⁷

Voor de luchtvaart geldt inzet van biobrandstof vooralsnog als een van de weinige reële mogelijkheden op brandstofgebied om emissies op de korte tot middellange termijn substantieel te verminderen.²⁶⁸ Veel wordt verwacht van de inzet van *Sustainable Aviation Fuel* (SAF).²⁶⁹ Opmerkelijk is dat een universele definitie van SAF ontbreekt.²⁷⁰ Het ReFuelEU-voorstel, dat onderdeel is van het 'Fit for 55'-pakket, bevat een opbouwend schema voor het gebruik van SAF.²⁷¹

3.2.2.3 Te weinig biobrandstof beschikbaar?

Op dit moment loopt de productie van biobrandstof achter bij de benodigde hoeveelheid om de reductie- en gebruiksdoelstellingen van de Europese Klimaatwet in 2030 te kunnen behalen.²⁷² Daarbij kent de biomassaproductie een aantal serieuze duurzaamheidsrisico's, waaronder ontbossing, verslechtering van waterkwaliteit, verlies aan biodiversiteit en het risico op voedselzekerheid.²⁷³ Ook wordt de kritiek geuit dat biobrandstoffen in het wegvervoer innovaties naar nul emissie in de weg staan.²⁷⁴ De EU zet zich in voor het vinden van oplossingen voor deze problemen. De in het kader van het 'Fit for 55'-pakket gedane voorstellen bevatten ter zake concrete actiepunten. Zo geldt voor biobrandstof die duurzaam is gefabriceerd een

265. Zie in meer detail het rapport van C.C. Hsieh & C. Felby, 'Biofuels for the Marine Shipping Sector – An overview and analysis of sector infrastructure, fuel technologies and regulations', IEA Bioenergy 2017.

266. Regeling van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat van 14 december 2020, nr. IENW/BSK-2020/239573, tot wijziging van de Regeling energie vervoer in verband met het wijzigen van de uitslag tot verbruik van vloeibare biobrandstof aan zeeschepen en de verkrijging van exploitatiereductie-eenheden over het kalenderjaar 2021, van 23 december 2020 (*Stcrt.* 2020, 65200).

267. Idem.

268. TNO Whitepaper, 'E-Fuels: Towards a more Sustainable Future for Truck Transport, Shipping and Aviation', 2020.

269. Zie onder meer: icao.int/environmental-protection/pages/SAF. ICAO heeft in 2018 de 'Sustainable Aviation Fuels Guide' gepubliceerd over de wijze van inzet van SAF. Deze is op voornoemde website te downloaden.

270. J. Soone, *Briefing European Parliament*, 'Sustainable aviation fuels', European Parliamentary Research Service (PE 659.361), 2020.

271. Zie over het ReFuelEU-voorstel par. 3.2.5.

272. De beschikbaarheid in Nederland uit eigen productie is naar verwachting onvoldoende. TNO geeft in haar rapport, 'Impact assessment biobrandstoffen voor de binnenvaart' (november 2020, p. 38) aan dat import uit het buitenland een optie zou kunnen zijn. Andere partijen wijzen echter op mondiale schaarste: C. Leguijt e.a., 'Bio-scope: toepassingen en beschikbaarheid van duurzame biomassa', Delft: CE Delft 2020; Rapport IEA, 'Transport Biofuels – tracking report 2020', 2020, alsmede Rapport Natuur & Milieu, 'Biobrandstoffen in Mobiliteit – Beter en anders kiezen', Utrecht 2020, onder meer p. 5.

273. Paper Natuur & Milieu, 'Biomassavisie update 2020. De rol van biomassa in een duurzame economie', Utrecht 2020.

274. Paper Natuur & Milieu, 'Biobrandstoffen in mobiliteit. Beter en Anders kiezen', Utrecht 2020.

lager belastingtarief²⁷⁵ en is het aan het gebruik van biobrandstof verbonden risico van verandering van landgebruik geadresseerd door deze een hogere uitstootwaarde toe te kennen.²⁷⁶

3.2.3 Elektriciteit en E-fuels

De ontwikkelingen op het gebied van brandstoftransitie volgen elkaar snel op. Voor e-fuels worden meerdere opties onderzocht, al dan niet in combinatie. Hybridesystemen waarin gebruik van fossiele brandstoffen en e-fuels worden gecombineerd, lijken op de middellange termijn een belangrijke(r) rol te gaan spelen.²⁷⁷ Uitgaande van een *well-to-wake*-meting zijn elektriciteit en e-fuels het duurzaamst, mits deze uit groene energie geproduceerd worden.²⁷⁸ Aan de diverse opties zijn verschillende risico's en kosten verbonden.²⁷⁹ We noemen er een aantal. In alle gevallen geldt voldoende infrastructuur als basisvereiste voor een succesvolle verdere implementatie.

Wegvervoer

In het wegvervoer zijn er op dit moment meerdere duurzame brandstofopties.²⁸⁰ Voorlopig gaat men uit van elektriciteit, al dan niet als hybride en/of 'plug in', als beste optie voor lichtere voertuigen op kortere afstanden.²⁸¹ Uit onderzoek in opdracht van Deltalinqs en het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat is gebleken dat de geraadpleegde respondenten in principe willen overstappen op zero-emissie vrachtwagens als de 'Total Cost of Ownership' ongeveer gelijk is aan die van diesel. Voor wegvervoerders is verder van belang dat de inzet van de wagen probleemloos kan plaatsvinden.²⁸² De businesscase is vooralsnog lastig. DHL heeft vanaf 2014

275. Proposal restructuring Union framework for taxation of energy products and electricity, COM(2021)563 final, Explanatory Memorandum, p. 13. Zie ook het Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council, Regulation (EU) 2018/1999 of the European Parliament and of the Council and Directive 98/70/EC of the European Parliament and of the Council as regards the promotion of energy from renewable sources and repealing Council Directive (EU) 2015/652, preamble onder 4, waarin wordt aangedrongen op maatregelen om de negatieve effecten van biobrandstof tegen te gaan.

276. Use of renewable and low-carbon fuel in maritime transport, concept-verordening, COM(2021)562 final, preamble onder 11-13; art. 9.

277. J. Rodrigue, *The Geography of Transport Systems*, New York: Routledge 2020, hfdst. 4.4.

278. Lloyd's Register en UMAS, 'Techno-Economic Assessment of Zero-Carbon Fuels', Londen 2020, p. 28. Uit recent onderzoek is gebleken dat ook 'blue hydrogen', oftewel waterstof gemaakt op basis van methaan of kolen, een grotere CO2 footprint heeft dan directe inzet van natuurlijk gas of kolen; R.W. Howarth & M.Z. Jacobson, 'How Green is blue hydrogen?', *Energy Science & Engineering* 2021, p. 1-12.

279. V. Dias e.a., 'Energy and Economic Costs of Chemical Storage', frontiersin.org/articles/, 29 mei 2020.

280. Zie onder meer het rapport van ABN AMRO, 'Critical metals – no easy road to greening road transportation', 2021 en het voortgangsrapport van ACEA (European Automobile Manufacturers' Association), 'Making the transition to zero-emission mobility. Enabling factors for alternatively-powered cars and vans in the European Union', Brussel 2021.

281. N. Gray e.a., 'Decarbonising ships, planes and trucks: An analysis of suitable low-carbon fuels for the maritime, aviation and haulage sectors', *Advances in Applied Energy* 2021, p. 8.

282. HCNP rapport 'Iedere Ton Telt', 2021, p. 4. Uit onderzoek onder scheepseigenaren is gebleken dat ook zij willen overstappen naar zero-emissieschepen 'if they are economically viable and technically feasible.' Lloyd's Register en UMAS, 'Techno-Economic Assessment of Zero-Carbon Fuels', Londen, 2020, p. 8.

geprobeerd haar eigen elektrische busjes te ontwerpen bij afwezigheid van een goed alternatief in de markt.²⁸³ Zij heeft het project met aanzienlijk verlies beëindigd.²⁸⁴ De ontwikkelingen zijn in de laatste jaren snel gegaan. Zo bevoorraadt Heineken de binnenstad van Amsterdam sinds juli 2021 met elektrisch aangedreven wagens.²⁸⁵ Het daadwerkelijke bereik van (zware) elektrische (vracht)wagens is echter nog altijd beperkt, voornamelijk realistisch tot ongeveer 150 km.²⁸⁶ De laadtijd, die veel langer is dan conventioneel tanken, is ook een aandachtspunt. Het rijden met zonnepanelen op trucks bevindt zich nog in de aanvangsfase.²⁸⁷ Een punt van zorg is ook de productie (en de recycling) van batterijen.²⁸⁸ Al blijkt uit een recente studie dat de lifecycle-emissies van batterijvoertuigen 300 tot 400 maal lager is dan die van een door petroleum aangedreven voertuig.²⁸⁹ De EU heeft aangepaste regelgeving voorgesteld om ervoor te zorgen dat de verwachte marktgroei op batterijgebied zo duurzaam mogelijk verloopt.²⁹⁰

Voor zwaardere trucks over langere afstanden heeft waterstof voornamelijk de beste papieren. Grote voordelen van waterstof zijn dat het geen uitstoot heeft bij gebruik en dat voor de productie zonne- en windenergie kan worden ingezet.²⁹¹ Daar staat tegenover dat bij de transitie van elektriciteit naar waterstof en weer terug relatief veel energie verloren gaat, waterstof niet steeds duurzaam geproduceerd wordt,²⁹² het hoge productiekosten kent, sterk ontvlambaar is en het een nieuwe (laad- en toeleverings)infrastructuur vereist.²⁹³ Een vrachtwagen op waterstof is naar verwachting niet voor 2025 leverbaar in serieproductie.²⁹⁴ Ook de laadinfrastructuur is een aandachtspunt. De EU heeft al aangegeven dat er een investeringsfonds moet komen.²⁹⁵

-
283. 'DHL gaat voor "groen" bezorgen met 400 nieuwe busjes', *rtlnieuws.nl*, 7 april 2017 (laatst bijgewerkt 8 april 2017).
284. 'Deutsche Post DHL stopt productie elektrische bestelwagens', *rtlnieuws.nl*, 28 februari 2020.
285. *nieuws.heinekennederland.nl/heineken-brengt-bier-naar-binnenstad-met-elektrische-tankbiertruck/*.
286. 'Eerste 100% elektrische 50 tons vrachtwagen op de Nederlandse weg', *tln.nl*, 10 mei 2021.
287. Vgl. bijvoorbeeld B. Pals, 'Van der Linden rust nieuwe truck uit met zonnepanelen', *Nieuwsblad Transport* 7 juni 2021 (online), *nt.nl*. Zie ook D. Ziemkowska, 'Solar panels on roofs and sides of semi-trailers. How much can you save?', *Trans.Info* 13 oktober 2020 (online), *trans.info*.
288. Zie onder meer *voordewereldvanmorgen.nl/artikelen/hoe-onduurzaam-zijn-batterijen*; *greenbiz.com/article/electric-revolution-needs-sustainable-battery-materials*.
289. Studie van Transport & Environment: L. Mathieu & C. Mattea, 'From dirty oil to clean batteries. Batteries vs. oil: a systemic comparison of material requirements', Brussel: Transport & Environment 2021, p. 7.
290. Voorstel Verordening inzake batterijen en afgedankte batterijen, tot intrekking van Richtlijn 2006/66/EG en wijziging Verordening (EU) 2019/1020, COM(2020)798 def.
291. 'From grey and blue to green hydrogen', *tmo.nl/en*. Waterstof kan op verschillende manieren geproduceerd worden. Zie onder meer Waterstofstrategie voor een klimaatneutraal Europa, COM(2020)301 def., p. 4-5.
292. D. Carrington, 'Using hydrogen fuel risks locking in reliance on fossil fuels, researchers warn', *theguardian.com*, 6 mei 2021.
293. J. Forbes, 'Hydrogen Fuel Cell Advantages and Disadvantages in Material Handling', *fluxpower.com*, 14 januari 2021.
294. HCNP rapport, 'Iedere Ton Telt', 2021, p. 15.
295. In de EU ETS-richtlijn is opgenomen dat er een moderniseringsfonds moet worden ingesteld. Aangegeven wordt voorzichtig dat investeringen die zijn gericht op de verbetering van energie-efficiency zouden kunnen omvatten investeringen in 'elektrificatie van het vervoer, met name het wegvervoer'. Onder meer Richtlijn (EU) 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit (EU) 2015/1814 (*PbEU* 2018, L 76/3-27), preambule onder 16 en art. 10.

In haar communicatie over haar waterstofstrategie ziet de Europese Commissie de inzet van waterstof met name voor die typen vervoer waarvoor elektrificatie lastiger is.²⁹⁶ Naast zware bedrijfsvoertuigen noemt zij voor waterstof ook toepassing op spoorwegtrajecten²⁹⁷ en in de scheepvaart.

Spoorvervoer

Het spoorvervoer heeft een goede reputatie op uitstootgebied. Maar ook daar zijn nog stappen te zetten. De uitstoot lijkt eerder toe dan af te nemen.²⁹⁸ Spoorvervoerders zijn daar ook actief mee bezig. De eerste waterstoffreinen zijn een feit. Er lopen projecten om rangeerlocomotieven die nog op diesel rijden in de haven van Rotterdam te vervangen door emissievrije locomotieven. De inzet staat gepland voor 2024.²⁹⁹ Een ander voorbeeld is de ambitie van UK Railways om haar eigen emissies en die van haar toeleveranciers in 2029 met 46% te verlagen en in 2050 klimaatneutraal te opereren.³⁰⁰

Naast het beperken van eigen emissies heeft het spoorvervoer andere uitdagingen om daadwerkelijk een attractief alternatief te worden voor andere modaliteiten.³⁰¹ De internationale infrastructuur zal moeten verbeteren — zowel vanuit concurrentieperspectief als vanuit dat van de *lifecycle emissions*, net als haar imago.³⁰²

Scheepvaart

Vergeleken met andere vervoersmodaliteiten gebruikt de scheepvaart laagwaardige brandstoffen. Het meest gebruikt in de markt is *Heavy Fuel Oil* (HFO), althans een variant als *Very Low Sulfur Fuel Oil* (VLSFO).³⁰³ Deze brandstoffen kennen een behoorlijke uitstoot van zowel CO₂ als van andere schadelijke stoffen.³⁰⁴ Duidelijk is dat met een brandstofverandering aanzienlijke milieuwinst te boeken valt.

Zoals ook classificatiemaatschappij DNV schrijft in haar *Energy Transition Outlook 2020*, bestaat er voor de scheepvaart nog geen duidelijkheid over dé brandstof van

296. F. Ueckerdt e.a., 'Potential and risks of hydrogen-based e-fuels in climate change mitigation', *Nat. Clim. Chang.* 2021, p. 384-393.

297. Waterstofstrategie voor een klimaatneutraal Europa, COM(2020)301 def., p. 12.

298. Vgl. het overzicht van UK Railways, waaruit volgt dat ondanks een afname van goederenvervoer de uitstoot is toegenomen: Rapport Office of Rail and Road, 'Rail Emissions 2019-20', 2020.

299. 'Eerste emissievrije, volledig elektrische rangeerlocomotieven voor de haven van Rotterdam in productie', *transportonline.nl*, 23 juni 2021.

300. 'Network Rail to reduce emissions to combat global warming', *railway-technology.com*, 30 oktober 2020.

301. D. Briginshaw, 'Rail sector urged to up efforts to reduce emissions', *railjournal.com*, 1 augustus 2020. Zie over de modal shift hoofdstuk 5.

302. J. Pritchard, 'The potential of the railway to reduce greenhouse gas emissions', *eceee.org/library/conference_proceedings/eceee_Summer_Studies/2011/4-transport-and-mobility-how-to-deliver-energy-efficiency160/the-potential-of-the-railway-to-reduce-greenhouse-gas-emissions/*.

303. P. Balcombe e.a., 'How to decarbonise international shipping: Options for fuels, technologies and policies', *Energy Conversion and Management* 2019, p. 7 en N. Degnarain, 'What is heavy fuel oil, and why is it so controversial? Five killer facts', *fobres.com*, 14 augustus 2020.

304. Zie onder meer B. Comer & L. Osipova, 'Accounting for well-to-wake carbon dioxide equivalent emissions in maritime transportation climate policies', *ICCT Briefing*, 2021 en M. Prussi e.a., 'Potential and limiting factors in the use of alternative fuels in the European maritime sector', *Journal of Cleaner Production* 2021, 125849, p. 1.

de toekomst.³⁰⁵ Anders dan voor het wegvervoer heeft waterstof als zodanig voor langere afstanden geen absolute voorkeur, al is het wel een optie.³⁰⁶ In de binnenvaart wordt er naast waterstof gekeken naar diesel-elektrisch³⁰⁷ en batterij-varen.³⁰⁸ Aandachtspunten zijn het bereik van elektrische schepen, de laadtijd en de veiligheid. De batterijcapaciteit en -veiligheid zal aanzienlijk moeten toenemen voordat elektrisch varen breed inzetbaar zal zijn.³⁰⁹ In de tussentijd worden er initiatieven ontplooid om schepen nu al op elektriciteit in te kunnen zetten. Zo is er het initiatief van Zero Emission Services (ZES) om binnenvaartschepen op eenvoudig verwisselbare energiecontainers te laten varen.³¹⁰ Voor de zeevaart wordt *liquified natural gas* (LNG) gezien als de transitiebrandstof om de CO₂-uitstoot, alsmede zwavel en stikstofdioxide in het komende decennium te verlagen.³¹¹ Het is nu al beschikbaar en creëert een besparing van ongeveer 20% op het gebied van CO₂-emissies ten opzichte van een op HFO varend schip.³¹² Voor de middellange termijn is LNG een optie om ondanks de huidige onzekerheid groene stappen te zetten; door aankoop van nieuwbouw of door het retrofitten van bestaande schepen, al is die laatste optie vrij prijzig.³¹³ Gebruik van slechts LNG is op langere termijn echter onvoldoende om aan de emissiedoelstellingen van de IMO en de EU te voldoen.³¹⁴ Het gaat nog altijd om het gebruik van fossiele

-
305. G. Mallouppas e.a., 'Decarbonization in Shipping Industry: A Review of Research, Technology Development, and Innovation Proposals', *Journal of Marine Science and Engineering* 2021, 415, p. 8-10; Rapport DNV GL, 'DNV GL Energy Transition Outlook 2020', 2020. Vgl. ook: A. Cox, 'IEA forecasts shipping will fall short in 2050 zero emissions rush', splash247.com, 19 mei 2021.
306. S. Chambers, 'DNV GL picks ammonia and methanol as future fuels with hydrogen the surprise loser', splash247.com, 23 september 2020. Wel zou duurzame waterstof gebruikt kunnen worden voor de productie van ammoniak of methanol, die een hogere energiedichtheid hebben. Vgl. Waterstofstrategie voor een klimaatneutraal Europa, COM(2020)301 def., p. 12.
307. Zie onder meer de DNV paper, 'The future is hybrid. A guide to use of batteries in shipping', 2015.
308. Panteia rapport 'Op weg naar een klimaatneutrale binnenvaart per 2050. Transitie- en rekenmodel binnenvaart', 10 juli 2019.
309. D. Oberhaus, 'Want electric ships? Build a better battery', wired.com, 19 maart 2020; F. Youd, 'Will battery-powered ships take over the industry?', ship-technology.com, 22 april 2021.
310. zeroemissionservices.nl; H. Heynen, 'Eerste ZES batterijcontainers voor de binnenvaart bijna klaar', *Nieuwsblad Transport* 16 augustus 2021 (online), nt.nl. Heineken zal haar bier op die manier vanuit Alphen naar Moerdijk gaan vervoeren: B. van de Weijer, 'Containers vol met accu's vervangen diesel in de binnenvaart: "hier gebeurt echt iets voor milieu en klimaat"', *de Volkskrant* 6 juli 2021 (online), volkskrant.nl.
311. Resolutie van het Europees Parlement van 27 april 2021 over technische en operationele maatregelen voor een efficiënter en schoner zeevervoer (2019/2193(INI)), onder 3; 'LNG is commercial pragmatism, not climate activism', lloydlist.maritimeintelligence.com, 14 mei 2021; Rapport 'Decarbonising Shipping: Setting Shell's Course', shell.com; Position paper on the European Green Deal van de European Sea Ports Organisation, 'ESPO's Roadmap to implement the European Green Deal objectives in ports', 2020, p. 8; P. Balcombe e.a., 'How to decarbonise international shipping: Options for fuels, technologies and policies', *Energy Conversion and Management* 2019, p. 11.
312. Zie ook: F. Burel, 'Improving sustainability of maritime transport through utilization of Liquefied Natural Gas (LNG) for propulsion', *Energy* 2013, p. 412-420.
313. M. Wackett, 'Plenty of orders for new LNG-fuelled box ships, but conversions are too costly', the-loadstar.com, 15 april 2021; 'World's first large container ship converted to LNG to arrive in Hamburg', hapag-loyd.com, 7 juni 2021.
314. N. Gray e.a., 'Decarbonising ships, planes and trucks: An analysis of suitable low-carbon fuels for the maritime, aviation and haulage sectors', *Advances in Applied Energy* 2021, p. 5.

brandstoffen en leidt slechts tot een relatief beperkte CO₂-reductie.³¹⁵ Ook is er het risico van weglekkende methaan³¹⁶ en brengt het technische risico's met zich.³¹⁷ Voor de langere termijn heeft methanol voor de zeevaart een sterke pers.³¹⁸ In Nederland heeft een consortium van ruim dertig maritieme bedrijven en kennisinstellingen met overheidsondersteuning de inzet van methanol beoordeeld op technische, operationele en economische haalbaarheid in verschillende scheepvaartmarkten met het oog op een volgende stap in het implementatieproces.³¹⁹ De conclusie van het in mei 2021 gepubliceerde eindrapport van het 'Green Maritime Methanol'-project is dat methanol een veelbelovende optie is.³²⁰ Onder meer Maersk zet in op methanol.³²¹ Een zorg is wel of er voldoende (groene) methanol beschikbaar is.³²² Ook ammonia is een veel genoemde kandidaat voor grootschalige inzet in de zeescheepvaart.³²³ Ammonia heeft als nadeel dat het leidt tot uitstoot van het broeikasgas lachgas en vooralsnog veelal bestaat uit aardgas.³²⁴ Vanuit dat perspectief is het dus niet emissieneutraal. Daarnaast is de productie en inzet van waterstof efficiënter.³²⁵ Ook is bij ammonia het risico aanwezig van een milieuramp in het geval dat het mis gaat.³²⁶ Gelet op de veiligheidsrisico's lijkt het in de literatuur ook genoemde varen op kernenergie geen reële optie voor brede inzet in de commerciële vaart.³²⁷

Ter beperking van schadelijke emissies geldt per 1 januari 2020 op basis van door de IMO³²⁸ en de EU³²⁹ vastgestelde regelgeving dat scheepsemissies slechts een

315. 'What are the advantages and disadvantages of using LNG?', gnpw.com.br, 23 maart 2021.
316. P. Balcombe e.a., 'How to decarbonise international shipping: Options for fuels, technologies and policies', *Energy Conversion and Management* 2019, p. 10.
317. W. Dekkers, 'LNG bunkering: why burn gas?', ameydemarine.com, 23 oktober 2018.
318. G. Mallouppas e.a., 'Decarbonization in Shipping Industry: A Review of Research, Technology Development, and Innovation Proposals', *Journal of Marine Science and Engineering* 2021, 415, p. 10-11; P. Balcombe e.a., 'How to decarbonise international shipping: Options for fuels, technologies and policies', *Energy Conversion and Management* 2019, p. 16-17.
319. greenmaritimemethanol.nl.
320. 'Eindrapport Green Maritime Methanol: "varen op methanol een veelbelovende optie"', tno.nl, 2 juni 2021.
321. 'A.P. Moller – Maersk accelerates fleet decarbonisation with 8 large ocean-going vessels to operate on carbon neutral methanol', maersk.com, 24 augustus 2021. De schepen zullen naar verwachting in het eerste kwartaal van 2024 in de vaart genomen worden.
322. N. van Herk, 'Er is absoluut niet genoeg methanol voor de scheepvaart', *Nieuwsblad Transport* 24 augustus 2021 (online), nt.nl. Betoogd is dat de bestelling van de acht schepen door Maersk zal leiden tot meer productie van groene methanol; 'Maersk's methanol fuelled container ships', carboncommentary.com 26 augustus 2021.
323. W. Inderpeet, 'Ammonia hype builds in shipping market', lloydslistmaritimeintelligence.com, 12 juli 2021; A. Ajdin, 'Nordic consortium makes the case for green ammonia-powered vessels', splash247.com, 2 juni 2021; 'Launching the most environmentally friendly car carrier ever built', hoeghautoliners.com, 26 april 2021; A. Ajdin, 'Trafigura and Hy2gen collaborate on ammonia as shipping's future fuel', splash247.com, 26 juli 2021.
324. G. Mallouppas e.a., 'Decarbonization in Shipping Industry: A Review of Research, Technology Development, and Innovation Proposals', *Journal of Marine Science and Engineering* 2021, 415, p. 10.
325. N. Gray e.a., 'Decarbonising ships, planes and trucks: An analysis of suitable low-carbon fuels for the maritime, aviation and haulage sectors', *Advances in Applied Energy* 2021, p. 5.
326. C. Haskell, 'Decarbonising shipping – could ammonia be the fuel of the future?', lr.org, 6 mei 2021.
327. P. Balcombe e.a., 'How to decarbonise international shipping: Options for fuels, technologies and policies', *Energy Conversion and Management* 2019, p. 19-20.
328. 'IMO 2020 – cutting sulphur oxide emissions', imo.org.
329. Richtlijn (EU) 2016/802 van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2016 betreffende een vermindering van het zwavelgehalte van bepaalde vloeibare brandstoffen (PbEU 2016, L 132/58-78).

maximale zwaveluitstoot mogen produceren van 0,5%.³³⁰ In de afgebakende zwavelbeheerszones is de uitstootgrens zelfs gesteld op 0,1%. Deze *sulphur cap* heeft enerzijds geleid tot een toename van laagzwavelige brandstof, de *Very/Ultra Low Sulphur Fuel Oil* (VLSFO/ULFSO). Anderzijds hebben scheepseigenaren ervoor gekozen hun schepen uit te rusten met *Exhaust Gas Cleaning Systems* (scrubbers) om aan de gestelde norm te voldoen.

3.2.4 FuelEU Maritime

Om het gebruik van energie uit duurzame bronnen te bevorderen heeft de Europese Commissie in haar 'Fit for 55'-pakket aanvullende maatregelen voor de scheepvaart voorgesteld.³³¹ De Europese Commissie erkent dat er te weinig informatie voor marktpartijen is over toekomstige regelgeving, mede gelet op de lange levensduur van schepen en de bunkerinfrastructuur.³³² Het FuelEU Maritime-initiatief moet deze horde wegnemen door duidelijkheid te creëren. Het doel is een toename van het aandeel duurzame brandstoffen en brandstoffen met een lage koolstofuitstoot te bewerkstelligen.³³³ Concreet stelt het voorstel een limiet aan de broeikasgasintensiteit van de brandstof gebruikt aan boord van schepen met een brutotonnage boven de 5000 ton, die aankomen in, verblijven binnen en vertrekken uit havens in EU-lidstaten.³³⁴ Meting vindt plaats op *well-to-wake*-basis,³³⁵ waardoor ook de *upstream* emissies inclusief de productie, het transport en de distributie onder de berekening vallen.³³⁶ De schepen moeten hun uitstoot monitoren, rapporteren en vanaf 2024 percentueel verminderen.³³⁷

Ook verplicht het voorstel schepen in EU-havens vanaf 1 januari 2030 tot gebruik van walstroom of andere zero-emissietechnologie³³⁸ om de luchtvervuiling op ligplaatsen in havens tegen te gaan.³³⁹ Daarbij reduceert *on-shore power supply* (OPS) de

330. Zie over de maatregelen ter beperking van de uitstoot van zwavel en stikstofoxiden ook: P. Balcombe e.a., 'How to decarbonise international shipping: Options for fuels, technologies and policies', *Energy Conversion and Management* 2019, p. 8.

331. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the use of renewable and low-carbon fuels in maritime transport and amending Directive 2009/16/EC, COM(2021)562 final.

332. Use of renewable and low-carbon fuel in maritime transport, COM(2021)562 final, Explanatory Memorandum, p. 2. Zie ook N. Gray e.a., 'Decarbonising ships, planes and trucks: An analysis of suitable low-carbon fuels for the maritime, aviation and haulage sectors', *Advances in Applied Energy* 2021, p. 4.

333. Er is bewust voor gekozen geen gebruik van een speciale brandstof of technologie voor te schrijven. Daarmee is er ruimte opengelaten voor toekomstige technologieën. Use of renewable and low-carbon fuel in maritime transport, COM(2021)562 final, preambule onder 10.

334. Hoewel dit slechts zo'n 55% betreft van de schepen die onder de MRV-Verordening (EU) 2015/757 havens aandoen, zijn zij wel verantwoordelijk voor 90% van alle uitstoot. Use of renewable and low-carbon fuel in maritime transport, COM(2021)562 final, Explanatory Memorandum, p. 13. Zie over de MRV-Verordening par. 3.3.2.

335. Zie ook over de wijzen van meten par. 2.1.2.

336. Use of renewable and low-carbon fuel in maritime transport, Explanatory Memorandum COM(2021)562 final, p. 7; art. 4 jo. 3 aanhef en onder p. Zie ook 'Measuring maritime emissions demands a well-to-wake approach', *Lloyd's List* 20 augustus 2021, (online) lloydslist.maritimeintelligence.informa.com.

337. Use of renewable and low-carbon fuel in maritime transport, COM(2021)562 final, art. 6-8.

338. Use of renewable and low-carbon fuel in maritime transport, COM(2021)562 final, art. 1 jo. 5.

339. Use of renewable and low-carbon fuel in maritime transport, COM(2021)562 final, preambule onder 20.

maritieme CO₂-emissies.³⁴⁰ Het feit dat geen OPS of andere technologie beschikbaar is in de haven is geen reden voor een uitzondering, als havens in beginsel voldoende tijd hebben gehad om te zorgen voor beschikbaarheid. Vanaf 2035 zou dat volgens de Europese Commissie het geval zijn en moeten scheepseigenaren hier bij hun reisplanning rekening mee houden.³⁴¹

De verplichtingen ter zake de brandstoffen zijn in eerste instantie op de scheepseigenaar gelegd, althans de rompbevrachter.³⁴² In de preambule bij de conceptverordening is expliciet vermeld dat de verantwoordelijkheid contractueel kan worden verlegd naar de entiteit die de beslissingen neemt die tot de kosten leiden, dat wil zeggen de (tijd)bevrachter.³⁴³ De Union of Greek Shipowners (UGS) merkte daarover op: 'the European Commission's flagship proposal has, in line with "the polluter pays" principle, recognised the structural role of the ship's charterer who is normally responsible for the choice of the ship's fuel, route, cargo and speed and the related cost of the fuel consumed.'³⁴⁴

Verrekening tussen schepen in een pool en in verschillende jaren is mogelijk.³⁴⁵ Bij niet voldoen aan de vereisten geldt een boete, die ten goede komt aan projecten gericht op de verdere ontwikkeling van hernieuwbare energie.³⁴⁶

3.2.5 ReFuelEU Aviation Initiative

In de luchtvaart is de focus bij de brandstoftransitie voornamelijk met name gericht op de inzet van *Sustainable Aviation Fuel* (SAF). Elektrisch vliegen beschouwt men op termijn als optie voor de kortere afstanden.³⁴⁷ De inzet van waterstof wordt onderzocht.³⁴⁸

340. Use of renewable and low-carbon fuel in maritime transport, COM(2021)562 final, preambule onder 21. ESPO, de European Sea Ports Organisation, benadrukt in haar positiepaper dat walstroom slechts leidt tot een beperkte emissiereductie: Position paper on the European Green Deal van de European Sea Ports Organisation, 'ESPO's Roadmap to implement the European Green Deal objectives in ports', 2020, p. 7.

341. Use of renewable and low-carbon fuel in maritime transport, COM(2021)562 final, preambule onder 24.

342. Use of renewable and low-carbon fuel in maritime transport, COM(2021)562 final; art. 3 sub k jo. art. 3 sub d MRV-Verordening: 'de scheepseigenaar of een andere organisatie of persoon, zoals de beheerder of de rompbevrachter, die de verantwoordelijkheid voor de exploitatie van het schip heeft overgenomen van de scheepseigenaar'. Rompbevrachting is de overeenkomst waarbij de ene partij (de rompvervrachter) zich verbindt een schip uitsluitend ter zee ter beschikking te stellen van haar wederpartij (de rompbevrachter) zonder daarover nog enige zeggenschap te houden. De exploitatie van het schip ligt dan in handen van de rompbevrachter (art. 8:530 BW).

343. Use of renewable and low-carbon fuel in maritime transport, COM(2021)562 final, preambule onder 6.

344. 'EC's Fit for 55 Package: Greek shipowners welcome recognition of charterers' structural role in shipping's decarbonisation but maintain their concerns about the suitability and effectiveness of the proposed measures', hellenicshippingnews.com, 17 juli 2021.

345. Use of renewable and low-carbon fuel in maritime transport, COM(2021)562 final, preambule onder 32 alsmede art. 17 en 18.

346. Use of renewable and low-carbon fuel in maritime transport, COM(2021)562 final, art. 20-21.

347. Zie ook par. 3.3.3.

348. Zie onder meer de 'Summary of key messages delivered at the Technical Workshop "Hydrogen-powered aviation Research and Innovation" (6 May 2021)', cleansky.eu/news/hydrogen-powered-aviation-preparing-for-take-off-0. Tijdens de workshop is de ambitie uitgesproken om klimaatneutrale toestellen te ontwikkelen (p. 3). Zie ook Proposal on ensuring a level playing field for sustainable air transport, COM(2021)561 final, Explanatory Memorandum, p. 2.

De verwoestende impact van de COVID-19-pandemie heeft de luchtvaart als geen andere transportsector hard geraakt. Revitalisering en wederopbouw van de sector zullen mede gebaseerd moeten zijn op duurzaamheid. De klimaatplannen van de EU-Commissie voor de luchtvaart als onderdeel van haar 'Fit for 55'-voorstellen³⁴⁹ zijn onder meer neergelegd in het zogenoemde ReFuelEU Aviation Initiative.³⁵⁰

Het ReFuelEU-initiatief betreft de verplichting voor luchtvaartmaatschappijen om te vliegen op duurzamere brandstoffen. Alle luchtvaartmaatschappijen die vanuit de EU vertrekken, ongeacht de kleur van hun staart, moeten op termijn een bepaald percentage duurzame vliegtuigbrandstof hebben getankt. Het voorstel van de commissie concentreert zich op de 'meest innovatieve en duurzame' brandstoffen. Welke dat moeten zijn laat de commissie bewust open. De commissie noemt zelf al 'geavanceerde' biobrandstof die niet is gemaakt van planten en synthetische brandstof.³⁵¹ De commissie wil een oplopende 'bijmengverplichting' introduceren voor SAF van 2% vanaf 1 januari 2025 naar 5% in 2030. In 2050 moet het bijmengpercentage in de EU 63% bedragen.³⁵² Om het gebruik van de aanzienlijk duurdere synthetische luchtvaartbrandstoffen³⁵³ te stimuleren stelt de Commissie een oplopende nevenverplichting ter zake in. Die moet ertoe leiden dat in 2050 ten minste 28% van de SAF uit synthetische brandstoffen bestaat.³⁵⁴

EU-luchthavens en -brandstofleveranciers worden verplicht het tanken van SAF voldoende te faciliteren.³⁵⁵ Om ontduiking tegen te gaan worden alle luchtvaartmaatschappijen actief in de EU bij vertrek vanaf EU-luchthavens gehouden een substantieel deel van de benodigde brandstof te tanken op EU-luchthavens met jaarlijkse rapportage op basis van facturen aan het Europese agentschap van de luchtvaartveiligheid (EASA).³⁵⁶ Deze brandstofverplichtingen brengen nieuwe financiële uitdagingen mee voor de sector en vragen substantiële aanpassingen in de (laad)infrastructuur van luchthavens en hun brandstofleveranciers.³⁵⁷

3.2.6 *Work in progress*

Het brandstofvraagstuk is niet eenvoudig. Een directe algehele overschakeling op biobrandstoffen zou leiden tot schaarste en daarmee waarschijnlijk tot inbreuken op andere duurzaamheidsdoelen. Op dit moment is er ook nog te weinig groene

349. Zie over het 'Fit for 55'-voorstel in meer algemene zin par. 2.2.3.2.

350. Proposal on ensuring a level playing field for sustainable air transport, COM(2021)561 final.

351. Proposal on ensuring a level playing field for sustainable air transport, COM(2021)561 final, preamble onder 17. Zie ook: 'Iedereen betaalt voor uitstoot, vijf pijlers van de Europese klimaatplannen', NRC 15 juli 2021, p. 5.

352. Proposal on ensuring a level playing field for sustainable air transport, COM(2021)561 final, Annex I to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on ensuring a level playing field for sustainable air transport.

353. Het prijsverschil kan oplopen tot een factor 3-6. Vgl. Proposal on ensuring a level playing field for sustainable air transport, COM(2021)561 final, preamble onder 19.

354. Zie ook Proposal on ensuring a level playing field for sustainable air transport, COM(2021)561 final, Explanatory Memorandum, p. 2; preamble onder 19.

355. Proposal on ensuring a level playing field for sustainable air transport, COM(2021)561 final, preamble onder 22.

356. Proposal on ensuring a level playing field for sustainable air transport, COM(2021)561 final, preamble onder 21, 23-24, 26.

357. Vgl. T. Payne, 'The impact of the European Commission's Fit for 55 legislative package on Aviation', dapiper.com, 23 juli 2021.

elektriciteit beschikbaar voor volledige omschakeling op elektriciteit en waterstof, al dan niet in hybride vorm.³⁵⁸ Daar komt bij dat duurzame productie van batterijen nog in ontwikkeling is. Onzeker is of er tijdig voldoende (duurzame) *e-fuels* beschikbaar kunnen komen.³⁵⁹ Ook de opslag van (voldoende) brandstof in het vervoersmiddel is een uitdaging. Waterstof en grote batterijen nemen meer ruimte in beslag dan fossiele brandstoffen en kennen andere veiligheidsrisico's.³⁶⁰ De efficiëntiegraad is ook lager dan die van fossiele producten. Een belangrijk, veelgenoemd nadeel voor het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen betreft verder de daaraan verbonden kosten.³⁶¹ Fossiele brandstoffen zijn voor vervoerders vooralsnog financieel (veel) aantrekkelijker.³⁶² Om de transitie daadwerkelijk een boost te geven lijkt een financiële impuls noodzakelijk. Hetzij door belasting van conventionele brandstof (zie daarover ook par. 3.4 hierna), hetzij door subsidie (al dan niet in de vorm van een belastingkorting) voor energie uit hernieuwbare bronnen. Ook de infrastructuur blijft een uitdaging. Om de gestelde vereisten te kunnen uitvoeren is voldoende infrastructuur ter zake brandstoffen en OPS essentieel. Uit een recente evaluatie blijkt dat het huidige beleidskader, vastgelegd in Richtlijn 2014/94/EU daarvoor ontoereikend is.³⁶³ In het kader van het 'Fit for 55'-pakket heeft de Europese Commissie dan ook eveneens een voorstel gedaan voor een verordening over de uitrol van infrastructuur voor alternatieve brandstoffen en tot intrekking van de huidige richtlijn. Het doel is te komen tot de beschikbaarheid en bruikbaarheid van een dicht, wijdverspreid Europees netwerk van infrastructuur, waardoor alle voertuigen met een aandrijving op basis van alternatieve brandstoffen zich gemakkelijk binnen de EU kunnen bewegen.³⁶⁴ Het bereik van de verordening is ruim; het ziet zowel op personenvoertuigen als op havens. Met de keuze voor een verordening is beoogd om versnippering en onevenwichtigheid van regelgeving zoveel mogelijk te voorkomen.

Het overheersende gevoel is vooralsnog dat er geen eenduidige oplossing is.³⁶⁵ Zeker niet vanuit een groen *supply chain*-perspectief, waarin ook de productie, opslag en aanlevering worden meegenomen.³⁶⁶ Uit een vergelijking van de emissiefactor van

-
358. Hoewel de meeste aandacht is gericht op de hybride systemen die fossiele brandstoffen en e-fuels combineren, lopen er ook onderzoeken naar gecombineerde systemen van verschillende soorten e-fuels, bijvoorbeeld wind- en zonne-energie: 'Hybrid Wind and Solar Electric Systems', energy.gov.
359. F. Ueckerdt e.a., 'Potential and risks of hydrogen-based e-fuels in climate change mitigation', *Nat. Clim. Chang.* 2021, 11, p. 384-393, nature.com/articles 6 mei 2021.
360. N. Gray e.a., 'Decarbonising ships, planes and trucks: An analysis of suitable low-carbon fuels for the maritime, aviation and haulage sectors', *Advances in Applied Energy* 2021; J. Rodrigue, *The Geography of Transport Systems*, New York: Routledge 2020, hoofdstuk 4.4.
361. Opvallend is dan ook dat de Europese Commissie in haar voorstel tot aanpassing van RED II aangeeft dat energie uit hernieuwbare bronnen juist een kostenefficiënte manier is om tot reductie te komen. Voorstel herziening richtlijn betreffende hernieuwbare energie (RED), COM(2021)557 def., preamble onder 29.
362. Zie onder meer: TNO rapport, 'Impact assessment biobrandstoffen voor de binnenvaart', november 2020, p. 32.
363. COM(2021)103 def. Verslag toepassing Richtlijn 2014/94/EU betreffende uitrol infrastructuur alternatieve brandstoffen.
364. COM(2021)559 final Proposal deployment alternative fuels infrastructure, and repealing Directive 2014/94/EU of the European Parliament and the Council.
365. 'Sustainable shipping: on our way to nothing', damen.com, 17 december 2020.
366. C. Haskell, 'Decarbonising shipping – could ammonia be the fuel of the future?', lr.org, 6 mei 2021; 'Owners need solutions, not more carbon dogma', splash247.com, 26 mei 2012.

de verschillende brandstoffen op *well-to-wheel*-basis volgt dat e-fuels bovendien niet in alle gevallen duurzamer zijn dan conventionele brandstoffen.³⁶⁷

Gelet op de huidige twijfel over de meest toekomstbestendige optie en de lange afschrijvingsduur van vervoersmiddelen is een (te) groot deel van de markt afwachtend.³⁶⁸ Dat er de komende jaren exponentiële voortgang geboekt moet en zal worden lijkt onvermijdelijk.

3.3 Vervoersmiddelen – mogelijkheden tot vergroening

3.3.1 *Schonere en efficiëntere vervoersmiddelen*

In de afgelopen jaren zijn vervoersmiddelen schoner en energie-efficiënter geworden.³⁶⁹ Door verbeterde technologie is de uitstoot van schadelijke emissies (niet broeikasgassen) aanzienlijk verminderd. Bovendien verbruiken modernere vervoersmiddelen minder brandstof, waardoor ook een CO₂-besparing wordt gerealiseerd. Ook de brandstoftransitie vraagt om technologische aanpassingen. De aandrijvings-techniek van vrachtwagens en schepen die rijden respectievelijk varen op waterstof of elektriciteit is anders dan van diesel.³⁷⁰ Regelgevers stellen steeds strengere vereisten waar nieuwe en/of bestaande vervoersmiddelen aan moeten voldoen en hoe deze moeten worden ingezet. Zij sturen zowel op technologie als op de operationele kant.

3.3.2 *Dataverzameling*

Veel regelgeving is gericht op het meten van uitstoot om daarop vervolgens actie tot reductie te kunnen nemen.³⁷¹ Ter implementatie van de scheepvaart in de EU-strategie tot terugdringing van emissies heeft de EU als eerste stap in haar gefaseerde aanpak de *Monitoring, rapportage en verificatie*-verordening (EU MRV) aangenomen.³⁷² Deze noemt inzicht krijgen in de uitstoot expliciet als een eerste stap tot het afspreken van doelen en het beoordelen van de voortgang.³⁷³ Ook de IMO en ICAO hebben scheepseigenaren van schepen boven de 5000 bruto ton respectievelijk luchtvaart-

367. N. Gray e.a., 'Decarbonising ships, planes and trucks: An analysis of suitable low-carbon fuels for the maritime, aviation and haulage sectors', *Advances in Applied Energy* 2021, p. 16; 'Alternative Fuels', [epa.gov](https://www.epa.gov/alternative-fuels).

368. 'Owners need solutions, not more carbon dogma', [splash247.com](https://www.splash247.com), 26 mei 2012.

369. Stappenplan interne Europese vervoersruimte, COM(2011)144 def., onder 8.

370. Zie voor verschillende technische opties G. Mallouppas e.a., 'Decarbonization in Shipping Industry: A Review of Research, Technology Development, and Innovation Proposals', *Journal of Marine Science and Engineering* 2021, 415, p. 16-27.

371. Vgl. onder meer Verordening (EU) 2015/757 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2015 betreffende de monitoring, de rapportage en de verificatie van kooldioxide-emissies door maritiem vervoer en tot wijziging van Richtlijn 2009/16/EG (*PbEU* 2015, L 123/55-76); Uitvoeringsverordening (EU) 2018/2066 van de Commissie van 19 december 2018 inzake de monitoring en rapportage van de emissies van broeikasgassen overeenkomstig Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 601/2012 van de Commissie (*PbEU* 2018, L 334/1-93). Zie ook Verordening (EU) 2018/956 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018 betreffende de monitoring en de rapportering van de CO₂-emissies en het brandstofverbruik van nieuwe zware bedrijfsvoertuigen (*PbEU* 2018, L 173/1-15).

372. Verordening (EU) 2015/757 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2015 betreffende de monitoring, de rapportage en de verificatie van kooldioxide-emissies door maritiem vervoer en tot wijziging van Richtlijn 2009/16/EG (*PbEU* 2015, L 123/55-76).

373. EU MRV-Verordening 2015/757, preambule onder 12 en 13.

ondernemingen inmiddels verplicht om hun brandstofgebruik te meten en te rapporteren.³⁷⁴

3.3.3 Vereisten aan nieuwe en bestaande vervoersmiddelen

Regelgevers stellen steeds concretere vereisten aan de technische specificaties van nieuwe en bestaande vervoersmiddelen. De verplichtingen verschillen per vervoersmiddel en (vaak) per type.

Wegvervoer

De Europese Commissie benadrukt in haar mededelingen uit 2017 dat CO₂-emissienormen voor personenauto's en lichte bedrijfsvoertuigen een sterke motor voor innovatie en efficiëntie zijn, en zullen bijdragen aan de versterking van het concurrentievermogen van de automobieliindustrie en op technologieneutrale wijze het pad zullen effenen voor emissievrije en emissiearme voertuigen.³⁷⁵ De EU heeft dan ook verschillende richtlijnen uitgebracht voor de productie van vervoersmiddelen voor de weg en de daarbij toegelaten maximale emissies.³⁷⁶ Onderscheid wordt gemaakt tussen lichtere wagens als personenauto's en busjes enerzijds en zwaardere bedrijfswagens als vrachtwagens, bussen en touringcars anderzijds.³⁷⁷ In aanvulling op de reeds bestaande regelingen heeft de Europese Commissie in haar 'Fit for 55'-pakket aanvullende actiepunten voorgesteld om te komen tot verdere emissiereductie van onder meer lichte commerciële voertuigen.³⁷⁸ De regeling is er tevens voor bedoeld om innovatie op technisch vlak te stimuleren door duidelijke doelen te stellen.³⁷⁹ Concreet heeft de Europese Commissie voorgesteld dat de uitstoot van het hele EU-wagenpark van nieuwe personenauto's en lichte bedrijfsvoertuigen in 2030 aanzienlijk moet zijn verlaagd (met respectievelijk 50 en 55%). Ook stelt zij voor om vanaf 2035 slechts productie van emissievrije wagens

374. IMO Resolution MEPC.278(70) (IMO Data Collection System) resp. CORSIA.

375. Agenda voor sociaal rechtvaardige transitie naar schone, concurrerende en geconnecteerde mobiliteit voor iedereen, COM(2017)283 def., alsmede Invulling geven aan emissiearme mobiliteit, COM(2017)675 def.

376. Vgl. Verordening (EU) 2019/631 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 tot vaststelling van CO₂-emissienormen voor nieuwe personenauto's en nieuwe lichte bedrijfsvoertuigen, en tot intrekking van Verordeningen (EG) nr. 443/2009 en (EU) nr. 510/2011 (herschikking) (*PbEU* 2019, L 111/13-53); Verordening (EU) 2019/1242 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot vaststelling van CO₂-emissienormen voor nieuwe zware bedrijfsvoertuigen en tot wijziging van Verordeningen (EG) nr. 595/2009 en (EU) 2018/956 van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 96/53/EG van de Raad (*PbEU* 2019, L 198/202-240); Verordening (EU) 2018/956 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018 betreffende de monitoring en de rapportering van de CO₂-emissies en het brandstofverbruik van nieuwe zware bedrijfsvoertuigen (*PbEU* 2018, L 173/1-15).

377. Verordening (EU) 2018/956, preambule onder 4. Zie voor een overzicht van de huidige cijfers en de voortgang het voortgangsrapport van ACEA (European Automobile Manufacturers' Association), 'Making the transition to zero-emission mobility – Enabling factors for alternatively-powered cars and vans in the European Union', Brussel 2021.

378. Proposal amending Regulation (EU) 2019/631 strengthening CO₂ emission performance standards for new passenger cars and new light commercial vehicles, COM(2021)556 final.

379. Proposal amending Regulation (EU) 2019/631 strengthening CO₂ emission performance standards for new passenger cars and new light commercial vehicles, COM(2021)556 final, Explanatory Memorandum, p. 3.

toe te staan.³⁸⁰ Een koppeling naar een specifieke technologie is bewust achterwege gelaten om ruimte te behouden voor innovatie.³⁸¹

Scheepvaart

Aan de motoren voor binnenschepen, locomotieven en trams heeft de EU eveneens vereisten gesteld.³⁸² Voor grotere binnenvaartmotoren zijn deze nogal ambitieus.³⁸³ Er zijn door het betrekkelijk kleine marktsegment wereldwijd weinig producenten die de voorgeschreven 'Stage 5' gecertificeerde motoren kunnen leveren.³⁸⁴ Relevant aspect bij scheepsmotoren is dat de absolute aantallen in de binnenvaart veel lager zijn dan in het wegvervoer, terwijl de variëteit in soorten schepen veel groter is.

Voor de technische specificaties van zeeschepen heeft een wereldwijde regeling voorsalsnog de voorkeur gekregen boven lokale initiatieven op dit vlak. In 2011 heeft de IMO de *Energy Efficiency Design Index* (EEDI) aangenomen.³⁸⁵ De EEDI vereist nieuwe schepen te voldoen aan een minimumenergie-efficiëntieniveau. Dat niveau, berekend aan de hand van daartoe opgestelde 'guidelines'³⁸⁶, wordt elke vijf jaar aangescherpt om innovatie te stimuleren. De ontwerpers van schepen zijn vrijgelaten in de manier waarop zij het niveau willen bereiken.³⁸⁷

Tegelijkertijd met de EEDI is aan alle schepen de verplichting opgelegd om te werken met een *Ship Energy Efficiency Management Plan* (SEEMP).³⁸⁸ *Ship operators* moeten een plan opstellen met concrete acties om de energie-efficiëntie op operationeel vlak te verbeteren en deze te monitoren.³⁸⁹ In de woorden van de Inspectie Leefomgeving en Transport, die in Nederland de controle op zich neemt: 'Het SEEMP dwingt de reder en scheepsoperator als het ware om bij elke stap van het energie efficiëntie management plan nieuwe technieken en praktijken te overwegen

380. Proposal amending Regulation (EU) 2019/631 strengthening CO2 emission performance standards for new passenger cars and new light commercial vehicles, COM(2021)556 final, art. 1.

381. Proposal amending Regulation (EU) 2019/631 strengthening CO2 emission performance standards for new passenger cars and new light commercial vehicles, COM(2021)556 final, preamble onder 9.

382. Verordening (EU) 2016/1628 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2016 inzake voorschriften met betrekking tot emissiegrenswaarden voor verontreinigende gassen en deeltjes en typegoedkeuring voor in niet voor de weg bestemde mobiele machines gemonteerde interne verbrandingsmotoren, tot wijziging van Verordeningen (EU) nr. 1024/2012 en (EU) nr. 167/2013, en tot wijziging en intrekking van Richtlijn 97/68/EG (*PbEU* 2016, L 252/53).

383. Verordening (EU) 2016/1628, bijlage II.

384. H. Heynen, 'TNO bouwt testbank Stage V-motoren', *Nieuwsblad Transport* 8 juli 2021 (online), nt.nl.

385. Resolution MEPC 203.(62) met wijzigingen op MARPOL Annex VI. MARPOL Annex VI kent honderd partijen en vertegenwoordigt 96,65% van het wereldwijde scheepstonnage; '2021 marks a decade of action since IMO adopted the first set of mandatory energy efficiency measures for ships', imo.org.

386. Annex 5 Resolution MEPC.245(66) Adopted on 4 April 2014, Guidelines on the Method of Calculation of the Attained Energy Efficiency Design Index (EEDI) for New Ships.

387. 'Energy Efficiency Measures', imo.org.

388. MARPOL Annex VI, Hoofdstuk 4, item 22. Vgl. ook IMO Resolutie MEPC.213(63)-2012 'Guidelines for the development of a Ships Energy Efficiency Management Plan', waarin een voorbeeld is opgenomen.

389. Monitoring vindt plaats aan de hand van een *Energy Efficiency Operational Indicator* (EEOI). Zie over de wijze van berekenen van de EEOI in meer detail: S.-H. Kim e.a., 'Estimation of ship operational efficiency from AIS data using big data technology', *International Journal of Naval Architecture and Ocean Engineering* 2020, p. 440-454.

bij het optimaliseren van het energiegebruik van het schip.³⁹⁰ Concreet gaat het onder meer om het aanpassen van de snelheid, het vaker schoonmaken (en coaten) van de scheepshuid en propeller (hetgeen zorgt voor minder weerstand en een verbetering van de energie-efficiëntie) en het optimaliseren van de routes.³⁹¹ Naar verwachting zal de wereldwijde vloot niet voor 2040 EEDI-compliant zijn.³⁹² In aanvulling op de EEDI en SEEMP heeft de IMO dan ook aanvullende maatregelen aangekondigd.³⁹³ In juni 2021 zijn de door IMO's *Marine Environmental Protection Committee* ontworpen *Energy Efficiency Existing Ship Index* (EEXI) en de *Carbon Intensity Index* (CII) *Regulations* aangenomen.³⁹⁴ Deze bevatten maatregelen die betrekking hebben op de korte en middellange termijn. De EEXI voorziet in een kader om de energie-efficiëntie en CO₂-emissies van schepen met een brutogewicht boven de 400 ton vast te stellen.³⁹⁵ In feite gaat het om een uitbreiding van de EEDI voor bestaande schepen met limieten gekoppeld aan een ratingsysteem.³⁹⁶

De EU vindt dat de verduurzaming van de scheepvaart op mondiaal niveau via de IMO niet snel genoeg gaat en wil de scheepvaart alsnog in haar plannen integreren.³⁹⁷ Het Europees Parlement heeft in zijn resolutie van 27 april 2021 over technische en operationele maatregelen voor een efficiënter en schoner zeevervoer aangedrongen op verdere actie van de Europese Commissie, reders en scheepsexploitanten om ervoor te zorgen dat alle beschikbare operationele en technische maatregelen worden uitgevoerd om energie-efficiëntie te bereiken.³⁹⁸ Als voorbeeld wordt daarin ook het gebruik van windenergie op schepen, de zogenoemde *Wind Assisted Ship Propulsion* (WASP), genoemd.³⁹⁹ Ook kan gedacht worden aan verduur-

390. 'IEEC en SEEMP', ilent.nl/onderwerpen/vaartuigen-groter-dan-24-meter/certificaten-vaartuigen-24-meter.

391. Guidelines for the development of a SEEMP, MEPC/Res.213(63). Zie over de impact van deze maatregelen: G. Mallouppas e.a., 'Decarbonization in Shipping Industry: A Review of Research, Technology Development, and Innovation Proposals', *Journal of Marine Science and Engineering* 2021, 415, p. 27-32; P. Balcombe e.a., 'How to decarbonise international shipping: Options for fuels, technologies and policies', *Energy Conversion and Management* 2019, p. 20-25.

392. N. Gray e.a., 'Decarbonising ships, planes and trucks: An analysis of suitable low-carbon fuels for the maritime, aviation and haulage sectors', *Advances in Applied Energy* 2021, p. 4.

393. IMO's 2018 Initial Strategy. Zie ook P. Balcombe e.a., 'How to decarbonise international shipping: Options for fuels, technologies and policies', *Energy Conversion and Management* 2019, p. 9.

394. Resolution MEPC.328(76) Amendments to the Annex of the Protocol of 1997 to amend the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973, as modified by the Protocol of 1978 relating thereto (MARPOL Annex VI).

395. Zie voor de uitwerking en toepassing de diverse Guidelines: Resolution MEPC.332(76) 2021 Guidelines on the method of calculation of the attained Energy Efficiency Existing Ship Index (EEXI); Resolution MEPC.333(76) 2021 Guidelines on survey and certification of the Energy Efficiency Existing Ship Index (EEXI); Resolution MEPC.334(76) 2021 Guidelines on the shaft/engine power limitation system to comply with the EEXI requirements and use of a power reserve.

396. 'EEXI – Energy Efficiency Existing Ship Index', dnv.com.

397. In de EU MRV (preambule onder 8) is al aangegeven dat de door IMO genomen maatregelen niet volstaan om tot de noodzakelijke reductie te komen. Vgl. ook de Briefing 'Greenhouse Gas Emissions from Shipping: waiting for concrete progress at IMO level', europarl.europa.eu.

398. Resolutie van het Europees Parlement van 27 april 2021 over technische en operationele maatregelen voor een efficiënter en schoner zeevervoer (2019/2193(INI)).

399. Resolutie van het Europees Parlement van 27 april 2021 over technische en operationele maatregelen voor een efficiënter en schoner zeevervoer (2019/2193(INI)), onder 25, 'verzoekt de Commissie alternatieve systemen voor voortstuwing, waaronder die op wind- en zonne-energie, op te nemen in het komende initiatief FuelEU voor de maritieme sector; verzoekt de Commissie de huidige initiatieven en projecten met betrekking tot goederenvervoer per zeilschip te evalueren en ervoor te zorgen dat voortstuwingssystemen voor vervoer in aanmerking komen voor Europese financiering'. Vgl. ook R. Mackor, 'Team TU Delft komt met "vliegende waterstofboot"', *Nieuwsblad Transport*

zaming bij het ontwerp van het scheepscasco.⁴⁰⁰ In haar voorstel voor de 'Fuel Maritime'-Verordening stuurt de Europese Commissie aan op verdere verbetering van de energie-efficiëntie door het opleggen van reductieverplichtingen op het gebied van broeikasgasintensiviteit.⁴⁰¹

Ook zijn er meerdere nationale en internationale private initiatieven, al dan niet ondersteund door nationale overheden, om duurzamere schepen te ontwikkelen. In de Nederlandse Green Deal Zeevaart, Binnenvaart en Havens zijn de concrete doelstellingen opgenomen om in 2030 ten minste 150 binnenvaartschepen te hebben voorzien van een zero-emissieaandrijflijn en ten minste één emissieloos zeeschip in de vaart te hebben gebracht.⁴⁰² De Nederlandse scheepvaartsector heeft de handen ineen geslagen en het 'Maritiem Masterplan' ontwikkeld.⁴⁰³ Het doel is om dertig emissieloze 'voorbeeldschepen' te hebben opgeleverd in 2030.⁴⁰⁴ Het retrofitten van bestaande schepen krijgt daarbinnen speciale aandacht. Het doel is om vijf retrofits te hebben in 2030.⁴⁰⁵



Bron: NML-website

30 april 2021 (online), nt.nl; P. Jumelet, 'Duim omhoog voor containerschip met zeilen', *Nieuwsblad Transport* 18 mei 2021 (online), nt.nl; 'Namura and NS United Kaiun in project to develop wind-assisted Capesize', *hellenicshippingnews.com/namura-and-ns-united-kaiun-in-project-to-develop-wind-assisted-capesize/*, 8 juni 2021.

400. Zie ook E.A. Bouman e.a., 'State-of-the-art technologies, measures, and potential for reducing GHG emissions from shipping – A review', *Transportation Research Part D* 2017, p. 408-421. De auteurs betogen dat op basis van de in 2017 beschikbare techniek al een reductie van 75% gerealiseerd kon worden.

401. Zie over Fuel Maritime ook par. 3.2.4.

402. 'Green Deal Zeevaart, Binnenvaart en Havens', *greendeals.nl*.

403. Nederland Maritiem Land, 'Maritiem Masterplan. Het masterplan voor een emissieloze en digitale sector', juni 2021.

404. 'Masterplan voor een emissieloze maritieme sector', *maritiemland.nl*.

405. 'Masterplan voor een emissieloze maritieme sector', *maritiemland.nl*, p. 5, 18-19. Ook andere fabrikanten investeren in retrofits. Vgl. onder meer: P. Jumelet, 'Onderzoek naar CO₂-vrij maken van bestaande schepen', *Nieuwsblad Transport* 21 mei 2012, nt.nl. Zie over retrofitten onder meer ook: N. Gray e.a., 'Decarbonising ships, planes and trucks: An analysis of suitable low-carbon fuels for the maritime, aviation and haulage sectors', *Advances in Applied Energy* 2021, p. 5; I. Gomersall, 'Retrofits key to realizing decarbonisation in maritime', *seatrade-maritime.com*, 15 december 2020.

Een ander voorbeeld is de *zero emission shipping mission*, die als streven heeft om per 2030 ten minste 5% van de *deep sea* schepen op emissievrije brandstof te kunnen laten varen.⁴⁰⁶ Maersk heeft aangekondigd in 2023, zeven jaar voor de geplande afleverdatum, al haar eerste geheel CO₂-vrije schip te lanceren.

In aanvulling op het geven van technische specificaties en energie-efficiëntievereisten wijzen regelgevers topografische gebieden aan waarin slechts vervoersmiddelen mogen opereren met bepaalde technische minimumspecificaties. Hierbij kan worden gedacht aan de milieuzones in steden, maar ook aan emissiecontrolezones die de IMO op meerdere zeeën heeft ingesteld.⁴⁰⁷ Zo geldt voor de Noordzee dat de motoren van zeeschepen die na 1 januari 2021 zijn geproduceerd aan minimumvereisten moeten voldoen om in de daar ingestelde stikstofbeheerszone te mogen opereren.⁴⁰⁸ In zijn Resolutie van april 2021 heeft het Europees Parlement erop aangedrongen dat er meer van dergelijke zones worden ingesteld.⁴⁰⁹

Een ander voorbeeld is de door de EU opgelegde verplichting aan schepen die Europese havens aandoen om brandstoffen te gebruiken met een zwavelgehalte van maximaal 0,10%.⁴¹⁰ Dit leidt tot duurzamere nieuwe schepen en tot aanpassing van oudere schepen. Veel schepen zijn uitgerust met *exhaust gas cleaning systems* (EGCS) oftewel *scrubbers* om aan de door de IMO gestelde verplichting te voldoen dat het zwavelgehalte van brandstoffen vanaf 1 januari 2020 maximaal 0,5% mag zijn.⁴¹¹ Deze scrubbers lijken echter deels tot een verplaatsing van het probleem te leiden. Weliswaar neemt de schadelijke uitstoot naar de lucht af, maar het meest gebruikte, goedkoopste type, de zogenoemde *open-loop scrubber*, loost het gecontamineerde waswater direct in zee, hetgeen weer leidt tot vervuiling van het mariene milieu.⁴¹² Wetgeving die dergelijke systemen verbiedt, is beperkt, vaak nationaal georiënteerd en slecht afgestemd op andere regelgeving.⁴¹³ In zijn Resolutie van 27 april 2021 heeft het Europees Parlement expliciet benoemd dat de invoering van *scrubbers* niet mag leiden van een verschuiving van lucht- naar watervervuiling.⁴¹⁴

Luchtvaart

In de luchtvaart lijken de ontwikkelingen tot innovatie minder ver te zijn, wellicht ook omdat de technische uitdaging groter is en veiligheidscriteria een (nog) grotere rol spelen dan bij andere vervoersmodaliteiten. Wel worden ook daar stappen gezet.

406. mission-innovation.net/missions/shipping/.

407. 'Emission Control Areas (ECAs) designated under MARPOL Annex VI', imo.org.

408. 'Stikstofreductie', kvnr.nl.

409. Resolutie van het Europees Parlement van 27 april 2021 over technische en operationele maatregelen voor een efficiënter en schoner zeevervoer (2019/2193(INI)), onder 18 en 19.

410. Richtlijn (EU) 2016/802 van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2016 betreffende een vermindering van het zwavelgehalte van bepaalde vloeibare brandstoffen (*PbEU* 2016, L 132/58-78).

411. Vgl. ook par. 3.2.3.

412. ices.dk/sites/pub/Publication%20Reports/Advice/2020/2020/vp.2020.01.pdf; shipandoffshore.net/fileadmin/pdf_Fachartikel/Sulphurcapspo119.pdf.

413. 'No Scrubs: Countries and Ports where Restrictions on EGCS Discharges Apply', nepia.com, 19 mei 2021; 'Global Sulphur Cap 2020', dnv.com.

414. Resolutie van het Europees Parlement van 27 april 2021 over technische en operationele maatregelen voor een efficiënter en schoner zeevervoer (2019/2193(INI)), onder 24.

In 2017 heeft ICAO standaarden vastgesteld waaraan nieuwe vliegtuigen dienen te voldoen.⁴¹⁵ Vereisten zijn zowel vastgesteld voor CO₂-uitstoot, als voor 'non volatile particular matter (nVPM)' emissies. De laatste emissies zijn inmiddels opgenomen in de ICAO-databank.⁴¹⁶ Ook de EU reguleert de luchtvaartsector. In Verordening (EU) 2018/1139 heeft zij vereisten neergelegd voor luchtvaartuigen op veiligheids- en milieugebied.⁴¹⁷ De preambule noemt expliciet dat 'een hoog en uniform niveau van milieubescherming' dient te worden gewaarborgd.⁴¹⁸ Certificeringsstandaarden waaraan fabrikanten moeten voldoen zijn vastgesteld die verwijzen naar het Verdrag van Chicago.⁴¹⁹

Veel onderzoek loopt naar de inzet van elektrische toestellen op korte afstanden.⁴²⁰ In mei 2021 is de eerste 'e-flight academy' geopend.⁴²¹ Begin augustus 2021 liet DHL weten dat zij twaalf elektrische vliegtuigen heeft besteld, die vanaf 2024 ingezet zullen worden.⁴²² Aannemelijk is dat er verdere stappen gezet zullen worden in de komende jaren. In het rapport 'Slim én duurzaam – Actieplan Luchtvaart Nederland: 35% minder CO₂ in 2030' uit 2018 dringen marktpartijen aan op de ontwikkeling en op termijn inzet van een nieuw type vliegtuig of motor dat gebruikmaakt van 'radicaal nieuwe technieken en materialen'.⁴²³

In het recente voorstel van de Europese Commissie ReFuelEU Aviation Initiative⁴²⁴ worden geen directe eisen gesteld aan schonere en efficiëntere vliegtuigen. Het voorstel is met name gericht op (1) het fiscaal belasten van fossiele vliegtuigbrandstoffen, (2) verplichte bijmenging met duurzame vliegtuigbrandstof en (3) aanschaf van emissierechten om broeikasgassen te mogen uitstoten.

3.3.4 *Wijze van inzet vervoermiddelen*

Maar ook met bestaande vervoersmiddelen is emissiereductie mogelijk door de wijze van inzet daarvan en omgang daarmee aan te passen.

415. ICAO Annex 16 Vol III, juli 2017, Environmental Protection Volume III – Aeroplane CO₂ Standard (2017); 'Climate Change Technology Standards', icao.int.

416. 'EASA hosted ICAO Engine Emissions Databank now includes non-volatile particulate matter (nVPM) emissions', easa.europa.eu/, 5 januari 2021.

417. Verordening (EU) 2018/1139 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2018 inzake gemeenschappelijke regels op het gebied van burgerluchtvaart en tot oprichting van een Agentschap van de Europese Unie voor de veiligheid van de luchtvaart, en tot wijziging van de Verordeningen (EG) nr. 2111/2005, (EG) nr. 1008/2008, (EU) nr. 996/2010, (EU) nr. 376/2014 en de Richtlijnen 2014/30/EU en 2014/53/EU van het Europees Parlement en de Raad, en tot intrekking van de Verordeningen (EG) nr. 552/2004 en (EG) nr. 216/2008 van het Europees Parlement en de Raad en Verordening (EEG) nr. 3922/91 van de Raad (PbEU 2018, L 212/1-122).

418. Verordening (EU) 2018/1139, preambule onder 2.

419. Verordening (EU) 2018/1139, preambule onder 18.

420. 'Electric and Hybrid Aircraft Platform for Innovation (E-HAPI)', icao.int. Vgl. verder onder meer D. Bachmann, 'This New 8-Seat Electric Airplane Costs 80% Less to Fly Than Conventional Aircraft', robbreport.com, 26 april 2021 en C. Baraniuk, 'The largest plane ever to fly', bbc.com, 18 juni 2020.

421. 'Minister van Nieuwenhuizen opent eerste elektrische vlietschool van Europa: E-Flight Academy', transport-online.nl, 6 juli 2021; eflight.nl.

422. 'DHL bestelt twaalf elektrische vliegtuigen voor vrachtovervoer', transport-online.nl, 3 augustus 2021.

423. Rapport, 'Slim én duurzaam – Actieplan Luchtvaart Nederland: 35% minder CO₂ in 2030', 2018, p. 15. Zie ook Rapport 'Slim én duurzaam – Stand van zaken juni 2020', 2020, p. 14 en 15 voor een update.

424. Vgl. par. 3.2.5.

Het Economisch Bureau van ING verwacht zelfs dat daar voor het wegvervoer voorlopig de meeste winst te behalen valt. In zijn rapport uit mei 2021 schrijft het: ‘Vervanging door zuiniger nieuwe trucks bespaart individueel al vaak 10%, maar het meest is er te halen met een zuinigere rijstijl, een hogere beladingsgraad, inzet van langere voertuigen en efficiënter plannen en organiseren.’⁴²⁵ In Finland rijden buschauffeurs aanmerkelijk duurzamer door training in zuiniger rijden.⁴²⁶

Voor de scheepvaart is *slow steaming* een veelgenoemde en gebruikte optie ter beperking van brandstofverbruik.⁴²⁷ *Slow steaming* verwijst naar opzettelijke vermindering van de vaarsnelheid van een schip teneinde brandstofkosten te beperken. Vermindering van de vaarsnelheid van het schip leidt tot minder brandstofverbruik en daarmee lagere uitstoot.⁴²⁸ Onderzoek heeft aangetoond dat dit niet alleen aanzienlijke milieuvoordelen biedt, maar bovendien de meest kosteneffectieve manier is om scheepvaartemissies te reguleren.⁴²⁹ *Slow steaming* is – desalniettemin – niet verplicht gesteld door de IMO, al gaan daar in de markt wel stemmen voor op.⁴³⁰ Bij de inzet van vervoersmiddelen kan ook gedacht worden aan het verbeteren van de reisplanning,⁴³¹ bijvoorbeeld door betere *weather routing*.

De in juni 2021 door IMO aangenomen EEXI-regeling ziet specifiek op de techniek en niet op operationele factoren. Die laatste zijn geregeld in de ‘*Carbon Intensity Indicator*’-regeling (CII), die tegelijk met de EEXI is aangenomen.⁴³² De CII verplicht schepen met een brutotonnage van meer dan 5000 GT te rapporteren over CO₂-emissies en verplicht ze om emissies te verminderen.⁴³³ Een schip dat in drie opeenvolgende jaren een onvoldoende *rating* ontvangt, moet een corrigerend plan

425. ‘Brandstofefficiëntie meest kansrijke en aantrekkelijke optie voor CO₂-reductie op korte termijn’, [ing.nl](https://www.ing.nl). Ook de EU noemt deze opties in Verordening (EU) 2018/956 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018 betreffende de monitoring en de rapportering van de CO₂-emissies en het brandstofverbruik van nieuwe zware bedrijfsvoertuigen (*PbEU* 2018, L 173/1-15), preamble onder 4.

426. M. Sullman e.a., ‘Eco-driving training of professional bus drivers – Does it work?’, *Transportation Research Part C: Emerging Technologies* 2015, p. 749-759. Overigens heeft onderzoek in Spanje onder professionele koeriers uitgewezen dat een training niet leidt tot duurzamer rijden als koeriers onder druk staan om pakjes op tijd af te leveren. Zie J.F. Coloma e.a., ‘Environmental Effects of Eco-Driving on Courier Delivery’, *Sustainability* 2021, 13, 1415.

427. Resolutie van het Europees Parlement van 27 april 2021 over technische en operationele maatregelen voor een efficiënter en schoner zeevervoer (2019/2193(INI)), onder 21.

428. J. Salminen, ‘Sustainability in contractually organised supply chains: Coordinating transport’, in: *Sustainable and efficient transport. Incentives for promoting a green transport market*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, p. 141-160 (hierna: Salminen 2019).

429. Rapport ‘Regulated Slow Steaming in Maritime Transport’, ce.nl, maart 2012.

430. N. Bakhsh, ‘GoodBulk’s Radziwill says slow steaming should be mandatory’, lloydlist.maritimeintelligence.com, 22 juni 2021.

431. Resolutie van het Europees Parlement van 27 april 2021 over technische en operationele maatregelen voor een efficiënter en schoner zeevervoer (2019/2193(INI)), onder 21.

432. Resolution MEPC.328(76) Amendments to the Annex of the Protocol of 1997 to amend the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973, as modified by the Protocol of 1978 relating thereto (MARPOL Annex VI). Ook zijn vier sets met richtlijnen aangenomen ter zake van het gebruik van de CII, namelijk Resolution MEPC.335(76) 2021, Guidelines on operational carbon intensity indicators and the calculation methods (CII Guidelines, G1); Resolution MEPC.336(76) 2021 Guidelines on the reference lines for use with operational carbon intensity indicators (CII Reference Lines Guidelines, G2); Resolution MEPC.337(76) 2021 Guidelines on the operational carbon intensity reduction factors relative to reference lines (CII Reduction Factor Guidelines, G3); Resolution MEPC.338(76) 2021 Guidelines on the operational carbon intensity rating of ships (CII Rating Guidelines, G4).

433. ‘Further shipping GHG emission reduction measures adopted’, imo.org, 17 juni 2021.

indienen. Onder meer havenautoriteiten en andere belanghebbenden worden aangemoedigd om (financiële) voordelen te koppelen aan schepen met een goede rating.⁴³⁴

De vereisten van de EEXI en CII treden per 1 januari 2023 in werking.⁴³⁵ De EEXI en CII zijn wisselend ontvangen. Waar sommige partijen deze beschouwen als (te) weinig ambitieus,⁴³⁶ zijn andere van mening dat deze richtlijnen wel degelijk een grote uitwerking zullen hebben.⁴³⁷ Waar men het wel over eens lijkt te zijn is dat de richtlijnen niet het eind van het proces zijn, maar het begin.⁴³⁸

In de luchtvaart kijkt men in het kader van efficiëntere inzet met name naar verbeterde reisplanning, waaronder routeoptimalisatie en betere belading.⁴³⁹ Verder zet men bijvoorbeeld in op het verminderen van de gemiddelde taxitijd voor vliegtuigen, al dan niet door het taxiën niet op eigen motor te laten plaatsvinden. Uit de op Schiphol uitgevoerde pilot met 'Taxibots' is gebleken dat met duurzaam taxiën 50% brandstof kan worden bespaard.⁴⁴⁰

3.4 Betalen naar gebruik; inclusief ETS en rekeningrijden

3.4.1 Beprijzing van uitstoot

Een derde belangrijk instrument tot emissiereductie, naast brandstofverandering en zuinigere (inzet van) vervoersmiddelen, is financiële beprijzing van uitstoot. In 1990 was Finland het eerste land dat een CO₂-belasting invoerde.⁴⁴¹ Inmiddels hebben vele landen dat voorbeeld gevolgd, al dan niet onder verwijzing naar het de *polluter pays*-principe.⁴⁴² Het draagvlak voor beprijzing van vervuiling neemt steeds verder toe.⁴⁴³ Ook marktpartijen, waaronder scheepseigenaren en belangen-

434. Zie uitgebreid over de CII: 'IMO MEPC 76: The carbon intensity measure in detail', safety4sea.com, 18 juni 2021.

435. 'Your guide to sustainable regulations: EEXI and CII', marine-offshore.bureauveritas.com, 29 maart 2021: 'The EEXI is a framework for determining the energy efficiency and CO2 emissions of in-service vessels over 400 GT. The CII provides ship operators with the factor by which they must reduce carbon emissions annually to comply with regulations and ensure continuous improvement'.

436. N. Hakirevic Prevljak, 'New IMO proposal on GHG reductions triggers criticism', offshore-energy.biz, 26 oktober 2020. Uit een studie van het Tyndall Centre for Climate Change Research van de University of Manchester uit 2020 volgt dat een primaire focus op maatregelen die de efficiëntie verbeteren onvoldoende is om tijdig de emissiereductiedoelstellingen te halen. S. Bullock e.a., 'Shipping and the Paris climate agreement: a Focus on committed emissions', BMC Energy, 2020.

437. 'An alternative view of EEXI', splash247.com, 28 juni 2021; 'An alternative view of the Carbon Intensity Indicator', splash247.com, 29 juni 2021.

438. DNV webinar over IMO's MEPC 76, 7 juli 2021.

439. Onder meer aan verbeterde routeplanning werken de luchtvaartmaatschappijen samen in SESAR, de Single European Sky ATM Research Joint Undertaking. SESAR zet in op het wegnemen van inefficiënties in air traffic management in brede zin; 'Enabling greener flights', sesarju.eu. Verbeterde reisplanning wordt ook genoemd in het rapport 'Slim én duurzaam – Actieplan Luchtvaart Nederland: 35% minder CO2 in 2030', 2018, p. 9.

440. 'Minder brandstofverbruik bij duurzaam taxiën', schiphol.nl, laatste update 4 augustus 2021.

441. E. Asen, 'Carbon Taxes in Europe', tacfoundation.org, 3 juni 2021.

442. Zie over het *polluter pays*-principe par. 2.1.5.

443. Ook De Nederlandsche Bank pleit voor beprijzing van uitstoot: 'Klimaatinvesteringen hebben een zet van het nieuwe kabinet nodig', dnb.nl, 12 mei 2021.

organisaties, ondersteunen voorstellen voor beprijzing van CO₂-emissies⁴⁴⁴ of doen zelf voorstellen.⁴⁴⁵ Beprijzing leidt tot prikkels om het gebruik te verminderen en/of te kiezen voor groenere alternatieven.⁴⁴⁶

Er zijn verschillende manieren om uitstoot financieel te belasten. Allereerst is het mogelijk een vrijwillige bijdrage te vragen aan de eindgebruiker, bijvoorbeeld ter compensatie van de CO₂-uitstoot. Vliegtuigmaatschappijen bieden deze mogelijkheid al langer bij het boeken van een ticket.⁴⁴⁷ Ook logistieke dienstverleners,⁴⁴⁸ scheepvaart- en oliebedrijven geven hun klanten al dan niet op individuele basis de mogelijkheid hun CO₂-uitstoot te compenseren.⁴⁴⁹ Van die opties wordt weinig gebruikgemaakt, zo begrijpen we ook uit de door ons gehouden interviews.⁴⁵⁰ Naast vrijwillige betaling kan dwingend gestuurd worden door een vergoeding te koppelen aan productie en/of gebruik. De meest gebruikte beprijzingsmechanismen zijn een *carbon cap*, een belasting op uitstoot, een *cap and trade*-systeem, subsidiëring en verplichte compensatie.⁴⁵¹

3.4.2 Directe belasting

Via belasting kan worden gestuurd op milieuvriendelijker beleid door producten of diensten met een negatieve *footprint* te belasten.⁴⁵² Dat kan niet alleen direct, maar ook indirect door op vergelijkbare duurzame producten minder te heffen of door belastingvrijstellingen te verlenen.⁴⁵³ In meer algemene zin kunnen emissies aan de bron, dus op producentniveau, gereguleerd worden (*direct emissions*), maar eveneens bij de eindgebruiker (*downstream sources*). Bij het instellen van een directe belasting als beprijzingsmechanisme kan de belasting worden gezet op de uitstoot als zodanig (bijvoorbeeld door emissiehandel, ETS⁴⁵⁴), maar ook op de brandstof.

-
444. S. Hargreaves, 'Shipowners want "polluter pays" principle at core of carbon pricing proposal', transportenvironment.org, 29 april 2021; TLN paper, 'De weg naar een duurzame, slimme en toekomstbestendige transportsector', september 2020, p. 3.
445. Zie bijvoorbeeld het voorstel van Trafigura om brandstof afhankelijk van de CO₂-intensiteit hetzij te belasten, hetzij te subsidiëren; Trafigura rapport, 'A Proposal for an IMO-led global shipping industry decarbonisation programme', trafigura.com, 2020.
446. I. Parry, 'What is Carbon Taxation?', *Finance & Development* juni 2019, vol. 56, nr. 2 (online), imf.org (hierna: Parry, *Finance & Development*, vol. 56, nr. 2).
447. Vgl. bijvoorbeeld: 'Offset carbon emissions', lufthansa.com en klm.nl.
448. 'Koolstofcompensatie: uw supply chain-uitstoot compenseren', dhl.com.
449. Vgl. onder meer: 'Maak het verschil. Rij CO₂-neutraal', shell.nl; 'BP Target Neutral', bp.com/nl_nl/netherlands/home/producten-en-services/wagenparkoplossingen; S. Chambers, 'CMA CGM starts offering clients shipments delivered on bomethane-fuelled vessels', splash247.com, 21 mei 2021.
450. Dit correspondeert met het feit dat vooraan nog weinig verladers bereid zijn bij te dragen in de kosten van de verduurzaming. Zie ook par. 3.7 en 7.2.3.
451. Z. Xu e.a., 'The Design of Green Supply Chains under Carbon Policies: A Literature Review of Quantitative Models', *Sustainability* 2019, p. 1; 'What is Carbon Pricing?', worldbank.org.
452. 'Environmental Taxes', cbs.nl/en-gb/society/nature-and-environment/green-growth/green-policy-instruments/indicatoren/. Alleen al in Nederland gaat dat jaarlijks om aanzienlijke bedragen. In 2019 bedroegen de opbrengsten uit milieubelastingen volgens het CBS € 24,4 miljard. Opvallend is dat die inkomsten in vergelijking met tien jaar eerder procentueel zijn afgenomen, terwijl de klimaatzorgen juist zijn toegenomen. 'Milieubelastingen vormen kleiner deel belastingopbrengsten', cbs.nl, 10 november 2020.
453. Vgl. Proposal restructuring Union framework for taxation of energy products and electricity, Explanatory memorandum, COM(2021)563 final, p. 2-3.
454. Zie over ETS par. 3.4.3.

Invoering en handhaving van een directe belasting hoeft niet al te ingewikkeld te zijn. Met name een belasting op brandstof is – anders dan een ETS – administratief gezien relatief eenvoudig te implementeren en incasseren.⁴⁵⁵ In verdere vergelijking met een ETS leidt een belastingheffing tot ontvangst van een vastgestelde prijs, in plaats van een vooraf vastgestelde emissie-uitkomst.⁴⁵⁶ Het resultaat op emissiegebied is in die zin onzeker, omdat het verbruik slecht is in te schatten. Onzeker is dan ook of de beoogde emissiebeperking daadwerkelijk wordt bereikt en of de vastgestelde belasting wel voldoende is om de emissiekosten daadwerkelijk te compenseren.⁴⁵⁷

Ook combinaties van beprijzingen (en andere maatregelen) zijn mogelijk.⁴⁵⁸ Waar het om gaat, is dat de kosten van de vervuiling worden verwerkt in de prijs van het product en/of de te leveren dienst.⁴⁵⁹

Op IMO-niveau wordt het instellen van een belasting op bunkers, de scheepsbrandstoffen, onderzocht in het kader van de emissiereductie. Maritieme brandstoffen zijn *underpriced*: de kosten van emissies zijn niet in de prijs verdisconteerd. Daarbij zou een belasting van brandstof *knock-on-effects* hebben en waarschijnlijk leiden tot technische verbeteringen en hogere operationele efficiëntie alsmede tot een verschuiving van de vraag van verre naar meer lokale producten.⁴⁶⁰ In de aanloop naar IMO's 76ste *Maritime Environment Protection Committee* dat plaatsvond in juni 2021, hebben de Marshall en de Salomon Islands voorgesteld om een CO₂-belasting in te voeren op bunkers (scheepsbrandstoffen) van USD 100/mt.⁴⁶¹ Maersk pleitte in juni 2021 voor een beprijzing van de CO₂-emissies van USD 150 per m/t, hetgeen zou resulteren in een opslag van USD 450 per m/t op conventionele bunkerprijzen.⁴⁶² Het IMF ondersteunde een dergelijke beprijzing al in 2018.⁴⁶³

Vooralsnog is de IMO echter niet overgegaan tot het belasten van de bunkers of invoering van andere MBM's. Dit ondanks het feit dat de IMO een brandstofbelasting in beginsel als een 'preferable mitigation instrument' ziet om tot een uitstootreduc-

455. Parry, *Finance & Development*, vol. 56, nr. 2.

456. 'What is Carbon Pricing?', worldbank.org; 'Carbon Tax Basics', c2es.org.

457. E. Rosaeg, 'The aviation and shipping exemptions in the Paris Agreement on climate change', *JIML* 2021, p. 59.

458. E. Yliheljo, 'Suitability of and regulatory barriers to the European emissions trading scheme regulating GHG emissions from transport', in: E.J. Eftestøl-Wilhelmsson e.a. (red.), *Sustainable and efficient transport*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, p. 124-125. Vgl. ook het 'Fit for 55'-pakket van de Europese Commissie, waarin zij zowel inzet op het ETS-systeem als op beprijzing van brandstof. Fit for 55, COM(2021)550 final.

459. E. Rosaeg, 'Measures for the sustainable shipping of goods', in: E.J. Eftestøl-Wilhelmsson e.a. (red.), *Sustainable and Efficient Transport – Incentives for promoting a green Transport Market*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, p. 23.

460. Vgl. onder meer de IMF working paper 'Carbon Taxation for International Maritime Fuels: Assessing the Options', WP/18/203, p. 8.

461. J. Lo, 'Pacific islands make lonely case for carbon price on shipping', climatechangenews.com, 16 juni 2021.

462. 'Maersk proposes \$450/MT carbon tax for bunker fuel', shipandbunker.com/news/world, 3 juni 2021.

463. Het IMF raadde expliciet aan dat samen met de direct belanghebbenden een allesomvattende strategie wordt ontwikkeld met duidelijke doelen en inzet van de belastingopbrengsten voor innovatie en verduurzaming. IMF working paper, 'Carbon Taxation for International Maritime Fuels: Assessing the Options', WP/18/203 (2018), p. 28.

tie te komen⁴⁶⁴ en uit onderzoek blijkt dat dit een goede optie voor emissiereductie zou kunnen zijn.⁴⁶⁵ Een nadeel van een dergelijke beprijzing zou zijn dat onduidelijk is of vastgestelde quota's hoog genoeg zijn om de kosten van de uitstoot te compenseren.⁴⁶⁶ Ook is genoemd dat er angst zou bestaan om overheden de belasting te laten incasseren, omdat het doel van de maatregel dan wellicht vergeten zou worden.⁴⁶⁷

De Europese Commissie ziet het invoeren van belastingen wel als een belangrijk middel om te komen tot de vereiste reductie.⁴⁶⁸ In haar 'Fit for 55'-pakket heeft zij onder meer aanpassingen voorgesteld op de energiebelasting, thans geregeld in Richtlijn 2003/96/EG, de *Energy Taxation Directive* (ETD).⁴⁶⁹ De Commissie stelt vast dat deze richtlijn niet overeenkomt met haar klimaatambities. Zo bevat de huidige richtlijn geen speciaal (gunstiger) tarief voor biofuels, elektriciteit en e-fuels. Het voorstel is nu dat er een getrap systeem komt, waarbij de hoogste belastingtarieven gelden voor fossiele brandstoffen en de laagste voor elektriciteit, geavanceerde biobrandstoffen en waterstof van duurzame origine.⁴⁷⁰ De Commissie heeft daarbij ook de tarieven voorgesteld om te voorkomen dat er tussen de EU-lidstaten wordt geconcurrereerd op de financieel gunstigste heffing.⁴⁷¹ Ook wil de Europese Commissie belastingvoordelen herzien die het gebruik van fossiele brandstoffen ondersteunen, en dus in feite een prikkel vormen te kiezen voor fossiele energie.⁴⁷²

Voor het transport is verder belangrijk dat de conceptregeling van de Europese Commissie een einde maakt aan de fiscale uitzonderingspositie van de lucht- en scheepvaartsector.⁴⁷³ Na afloop van een transitieperiode moeten beide sectoren belasting gaan betalen voor respectievelijk kerosine en bunkers (scheepsbrandstoffen).⁴⁷⁴ Over zogenoemde zero-emissiebrandstoffen, groene waterstof en SAF hoeft minder belasting te worden betaald. Tijdens de overgangperiode tot 2035 geldt

464. E. Røsaeg, 'Measures for the sustainable shipping of goods', in: E. Eftestøl-Wilhelmsson e.a. (ed.), *Sustainable and Efficient Transport – Incentives for promoting a green Transport Market*, Edward Elgar Publishing: Cheltenham 2019, p. 25.

465. H.N. Psarafitis e.a., 'DMA-DTU project on Market Based Measures (MBMs) – Final Report', DTU 2020.

466. E. Røsaeg, 'The aviation and shipping exemptions in the Paris Agreement on climate change', *JIML* 2021, p. 59.

467. E. Røsaeg, 'Measures for the sustainable shipping of goods', in: E.J. Eftestøl-Wilhelmsson e.a. (red.), *Sustainable and Efficient Transport – Incentives for promoting a green Transport Market*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, p. 26.

468. Proposal restructuring Union framework for taxation of energy products and electricity, Explanatory memorandum, COM(2021)563 final, p. 2.

469. Richtlijn 2003/96/EG van de Raad van 27 oktober 2003 tot herstructurering van de communautaire regeling voor de belasting van energieproducten en elektriciteit (*PbEU* 2003, L 283/51-70).

470. Proposal restructuring Union framework for taxation of energy products and electricity, Explanatory memorandum, COM(2021)563 final, p. 2 en 7.

471. Proposal restructuring Union framework for taxation of energy products and electricity, Explanatory memorandum, COM(2021)563 final, p. 6.

472. Proposal restructuring Union framework for taxation of energy products and electricity, Explanatory memorandum, COM(2021)563 final, p. 2 en 3.

473. Onder de *Energy Taxation Directive* (preambule onder 23 en art. 14) zijn energieproducten die worden geleverd voor de niet-recreatieve luchtvaart en zeescheepvaart vrijgesteld van belasting.

474. Proposal restructuring Union framework for taxation of energy products and electricity, Explanatory memorandum, COM(2021)563 final, p. 2-3, 8, 15. Zie over de belastingvoordelen in de scheepvaart onder meer O. Merk, 'Quantifying tax subsidies to shipping', *Maritime Economics & Logistics* 2020, p. 517-535 en de daar aangehaalde literatuur.

een algehele vrijstelling.⁴⁷⁵ Voor de luchtvaart geldt een uitzondering voor *cargo-only* vluchten en voor de scheepvaart voor walstroom.⁴⁷⁶ Het voorstel maakt verder onderscheid tussen intra-EU- en extra-EU-verkeer. Waar intra-EU-verkeer uiteindelijk onder de standaardtarieven zal vallen, zijn er voor extra-EU verkeer uitzonderingen mogelijk.⁴⁷⁷

Voor de binnenvaart is van belang dat in de Akte van Mannheim⁴⁷⁸ is vastgelegd dat de lidstaten geen tolgelden, belastingen of rechten over Rijnvaartactiviteiten heffen die met de scheepvaart samenhangen. Het invoeren van een accijns op bijvoorbeeld dieselolie kan in beginsel dan ook alleen in internationaal verband plaatsvinden,⁴⁷⁹ tenzij het verdrag wordt aangepast. Hetzelfde speelt bij de Overeenkomst betreffende het douane- en belastingregime voor gasolie, die in de Rijnvaart als boordvoorraad wordt verbruikt (Verdrag van Straatsburg d.d. 16 mei 1952). Dit verdrag voorziet in artikel 1 in een belastingvrijstelling. De Europese Commissie geeft dan ook in haar voorstel voor de gewijzigde ETD onder verwijzing naar artikel 351 lid 1 VWEU aan dat de lidstaten bij die verdragen de noodzakelijke stappen moeten zetten om ervoor te zorgen dat deze niet aan de EU-wetgeving in de weg staan.⁴⁸⁰

3.4.3 EU ETS – handel in emissierechten

3.4.3.1 Cap and trade

Een overkoepelende vorm van emissiebegrijping is het instellen van een *Emission Trading System* (ETS).⁴⁸¹ Een ETS is gebaseerd op de gedachte van het inbrengen van financiële impulsen op de uitstoot zelf om emissies te verminderen: *'rationing access to a natural resource and privatizing the source'*⁴⁸² oftewel het *cap and trade*-principe. In essentie komt het systeem erop neer dat bedrijven een soort vergunning nodig hebben om CO₂ te mogen uitstoten. Op de totale hoeveelheid uitstoot van deelnemende ondernemingen is een limiet geplaatst. De betrokken ondernemingen krijgen daarvan een bepaalde uitstoothoeveelheid, oftewel emissierechten, toebedeeld. Als die hoeveelheid te klein is voor de daadwerkelijke uitstoot, dan zal de uitstoot ofwel moeten worden gereduceerd ofwel zullen aanvullende rechten elders ingekocht

475. Proposal restructuring Union framework for taxation of energy products and electricity, Explanatory memorandum, COM(2021)563 final, p. 10 en 13.

476. De lidstaten mogen wel belasting heffen, maar zijn daartoe niet verplicht. Proposal restructuring Union framework for taxation of energy products and electricity, Explanatory memorandum, COM(2021)563 final, p. 15 resp. 16.

477. Proposal restructuring Union framework for taxation of energy products and electricity, Explanatory memorandum, COM(2021)563 final, p. 16.

478. Art. 3 Herzienne Rijnvaartakte van 17 oktober 1868 gewijzigd op 20 november 1963.

479. Rapport Centraal Planbureau 'Kansrijk Mobiliteitsbeleid 2020', p. 124.

480. Proposal restructuring Union framework for taxation of energy products and electricity, Explanatory memorandum, COM(2021)563 final, p. 8.

481. Zie over het opzetten van een ETS onder meer: International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, *Emissions Trading in Practice: A Handbook on Design and Implementation*, Washington 2021.

482. E. Yliheljo, 'Suitability of and regulatory barriers to the European emissions trading scheme regulating GHG emissions from transport', in: *Sustainable and efficient transport*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, p. 120.

moeten worden.⁴⁸³ Groot voordeel van een ETS-systeem – in vergelijking met bijvoorbeeld een belasting op brandstof – is dat er duidelijkheid bestaat over de maximale uitstoot.⁴⁸⁴ Deze is immers vooraf vastgesteld op het gewenste niveau, waarop de uitgegeven rechten worden gebaseerd. Daarnaast betreft de handel in emissierechten een kostenefficiënte maatregel. In beginsel zal de emissie daar afnemen waar die het minste kost.⁴⁸⁵ Waar emissie wordt gereduceerd blijven rechten over die op de markt kunnen worden verkocht. Overheden genereren bovendien inkomsten die gebruikt kunnen worden om klimaatmaatregelen te bekostigen.⁴⁸⁶ De algemene opvatting is dat een ETS op zich niet volstaat, maar onderdeel moet zijn van een omvangrijker pakket van maatregelen.⁴⁸⁷

In 2005 is in de EU het eerste internationale ETS uitgerold.⁴⁸⁸ In 2021 zijn er wereldwijd 64 ‘Carbon Pricing Initiatives’ in werking in 45 jurisdicties.⁴⁸⁹ Deze zien op 21,5% van de wereldwijde broeikasgasuitstoot.⁴⁹⁰ De prijzen nemen toe, net als de bereidheid van landen om deel te nemen aan een ETS dan wel een ETS te implementeren.⁴⁹¹ Daar staat tegenover dat het prijsniveau van slechts 3,76% van de emissies die onder een ETS vallen hoger is dan USD 40/tCO₂e, de minimumprijs die nodig is om de doelen van de Overeenkomst van Parijs te halen.⁴⁹²

3.4.3.2 EU ETS-concept

Het EU ETS is de hoeksteen van het Europese beleid ter terugdringing van CO₂-emissies.⁴⁹³ Het EU ETS is in augustus 2021 van toepassing in 31 Europese landen, te weten de EU-lidstaten, IJsland, Liechtenstein en Noorwegen. Het systeem betreft momenteel ongeveer de helft van alle emissies in de EU en omvat daarmee

483. ‘EU Emissions Trading System (EU ETS)’, ec.europa.eu.

484. E. Yliheljo, ‘Suitability of and regulatory barriers to the European emissions trading scheme regulating GHG emissions from transport’, in: *Sustainable and efficient transport*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, p. 123.

485. Rapport International Carbon Action Partnership, A. Eden e.a., ‘Benefits of Emissions Trading Taking Stock of the Impacts of Emissions Trading Systems Worldwide’, 2016, p. 13.

486. EU ETS Handbook 2015, p. 5; ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/docs/ets_handbook_en.pdf.

487. In haar ‘Fit for 55’-voorstel tot wijziging van de ETD benadrukt de Commissie dat belastingheffing en emissiehandel samen dienen plaats te vinden. Proposal for a Council Directive restructuring the Union framework for the taxation of energy products and electricity (recast), Explanatory memorandum, COM(2021)563 final, p. 6. Ook The World Bank is duidelijk dat een combinatie van maatregelen noodzakelijk is: ‘Carbon pricing by itself cannot address all of the complex drivers of climate change; some combination of regulations, standards, incentives, educational programs, and other measures will also be required.’ International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, *Emissions Trading in Practice: A Handbook on Design and Implementation*, Washington 2021, p. 2.

488. Florence School of Regulation, ‘EU Emission Trading System (EU ETS)’, fsr.eui.eu, 19 februari 2021.

489. World Bank, ‘State and Trends of Carbon Pricing 2021’, Washington, DC: World Bank 2021, p. 21-22.

490. ‘Carbon Pricing Dashboard’, worldbank.org.

491. World Bank, ‘State and Trends of Carbon Pricing 2021’, Washington, DC: World Bank 2021, p. 9.

492. World Bank, ‘State and Trends of Carbon Pricing 2021’, Washington, DC: World Bank 2021, p. 12.

493. Onder meer Richtlijn (EU) 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit (EU) 2015/1814 (*PbEU* 2018, L 76/3-27), preambule onder 5 en 6.

ongeveer 40% van de Europese CO₂-markt.⁴⁹⁴ Het doel is (vooralsnog) om in 2050 op emissiegebied klimaatneutraal te zijn en om in 2030 tot een nettoverlaging van 55% ten opzichte van 1990 en 43% ten opzichte van 2005 te komen.⁴⁹⁵

Het Europese systeem staat los van het Kyoto-Protocol en de Overeenkomst van Parijs.⁴⁹⁶ Door de wijze van inrichting verkleint het echter wel de kans dat lidstaten aanvullende emissierechten moeten inkopen om aan hun internationale verplichtingen te voldoen.⁴⁹⁷ Volgens de rechtbank Den Haag heeft het EU ETS vrijwarende werking voor de reductiedoelstelling die met het ETS wordt nagestreefd.⁴⁹⁸ In haar vonnis in de door onder meer Milieudefensie tegen Shell gevoerde procedure overwoog de rechtbank echter ook dat het systeem geen vrijwarende werking heeft ten opzichte van andere reductieverplichtingen die niet onder de reikwijdte van het EU ETS vallen.⁴⁹⁹

Een belangrijk aspect van het EU ETS is dat de toegestane hoeveelheid uitstoot in de loop van de tijd wordt beperkt. Hierdoor hebben bedrijven de tijd zich aan te passen en wordt de totale toegestane hoeveelheid emissies steeds verder teruggebracht.⁵⁰⁰ In de beginfase vond verstrekking van een aantal emissierechten kosteloos plaats. Dat hing samen met het koolstofweglekrisico, oftewel de verplaatsing van industriële CO₂-uitstoot naar buiten de EU en de daarop volgende import in de EU.⁵⁰¹ De bedoeling van de EU ETS-regeling is echter dat uiteindelijk nagenoeg alle rechten geveild zullen worden en kosteloze toewijzing de uitzondering wordt.⁵⁰² Vrije verstrekking van rechten heeft invloed op de prijs van emissierechten. Deze ligt daardoor in beginsel lager. Overigens heeft onderzoek aangetoond dat ook als de prijs van emissierechten laag ligt, al een aanzienlijke CO₂-besparing gerealiseerd wordt.⁵⁰³ Het huidige EU ETS-regime beoogde een emissiereductie van 43% ten

494. 'EU Emissions Trading System (EU ETS)', ec.europa.eu; icapcarbonaction.com/en/?option=com_ets-map&task=export&format=pdf&layout=list&systems%5B%5D=43.

495. '2030 Climate Target Plan', ec.europa.eu. Zie ook Proposal for establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, COM(2021)551 final, Explanatory memorandum, p. 1.

496. Zie over deze verdragen par. 2.2.2.2.

497. EU ETS Handbook 2015, p. 5; ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/docs/ets_handbook_en.pdf.

498. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:53337, r.o. 4.4.46. Zie over het vonnis ook par. 2.5 van dit preadvies.

499. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:53337, r.o. 4.4.46 en 4.4.47. Dit is bijvoorbeeld het geval voor emissies buiten de EU of voor verplichtingen opgelegd door staten die strengere reductieverplichtingen stellen. Ook dit onderdeel van het vonnis is kritisch ontvangen. Vgl. onder meer: 'Klimaatzaak Milieudefensie e.a. – rechtbank beveelt Shell te zorgen voor CO₂-reductie', stibbelblog.nl, 30 mei 2021.

500. Europese Commissie, *EU ETS Handbook*, 2015, p. 16.

501. Zie over het koolstofweglekrisico uitgebreider par. 3.4.3.3.

502. Onder meer Richtlijn (EU) 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit (EU) 2015/1814 (*PbEU* 2018, L 76/3-27), preambule onder 7 en 8.

503. P. Bayer & M. Aklin, 'The European Union Emissions Trading System reduced CO₂ emissions despite low prices', *PNAS* 2020, 117; M. Elkerbout & C. Egenhofer, 'The EU ETS price may continue to be low for the foreseeable future – Should we care?', *Political Insights* 2017 (CEPS Energy Climate House).

opzichte van 2005 te realiseren, maar resulteerde feitelijk in een reductie van 51%.⁵⁰⁴

Om ervoor te zorgen dat ondernemingen aan hun ETS-verplichtingen voldoen, dienen de lidstaten doeltreffende sancties op te leggen aan overtreders.⁵⁰⁵ Daarvan dient publicatie van de naam van de overtreder van de regeling deel uit te maken.⁵⁰⁶ Ook moeten de lidstaten een aanzienlijke boete stellen op overschrijding van de emissieruimte.⁵⁰⁷ Per overschrijding geldt thans een boete van € 100 voor elke ton uitgestoten kooldioxide-equivalent, waarvoor de exploitant geen emissierechten heeft ingeleverd, te vermeerderen met een inflatiecorrectie. Bovendien moeten de verschuldigde emissierechten alsnog worden verstrekt.⁵⁰⁸ Handhaving vindt op nationaal niveau plaats. In Nederland is deze ondergebracht bij de Nederlandse Emissieautoriteit (NEa).⁵⁰⁹ Het Europees Hof van Justitie heeft in zijn arrest van 26 maart 2020 geoordeeld dat deze gefixeerde boete niet in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, ook al kent de bepaling geen mogelijkheid tot aanpassing door een nationale rechter.⁵¹⁰ Lidstaten kunnen er wel voor kiezen om mechanismen voor waarschuwingen, herinneringen en vervroegde inlevering in te voeren waardoor exploitanten te goeder trouw op de hoogte kunnen zijn van hun inleveringsverplichting en zodoende geen enkel gevaar lopen op een geldboete.⁵¹¹ Het Unie-recht verplicht daar niet toe.⁵¹²

Het EU ETS-stelsel bevindt zich inmiddels in de vierde fase, die de periode van 2021-2030 bestrijkt.⁵¹³ Het kader is neergelegd in de aangepaste ETS-richtlijn (EU) 2018/410).⁵¹⁴ Concreet daalt de beschikbare emissieruimte in de vierde fase jaarlijks met 2,2% in plaats van met 1,7% in de derde fase. Verder wordt in de vierde fase de *Market Stability Reserve* versterkt, wordt geïnvesteerd in innovatie door het met ETS-opbrengsten gefinancierde innovatiefonds voor innovatie van koolstofarme projecten en worden maatregelen ingevoerd om het weglekrisico te beperken.⁵¹⁵

504. Proposal for establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, COM(2021)551 final, Explanatory memorandum, p. 1. Het percentage van een 55% reductie is daarmee nog niet gehaald, net zomin als de daartoe vereiste ETS-reductie van 61%.

505. Art. 16 lid 1 Richtlijn (EU) 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit (EU) 2015/1814 (*PbEU* 2018, L 76/3-27).

506. Art. 16 lid 2 Richtlijn (EU) 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit (EU) 2015/1814 (*PbEU* 2018, L 76/3-27).

507. Europese Commissie, *EU ETS Handbook*, 2015, p. 16-17, alsmede p. 134.

508. Art. 16 lid 3 Richtlijn (EU) 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit (EU) 2015/1814 (*PbEU* 2018, L 76/3-27).

509. emissieautoriteit.nl.

510. HvJ EU 26 maart 2020, C-113/19, ECLI:EU:C:2020:228 (*Luxaviation/Ministre de l'Environnement*).

511. HvJ EU 17 oktober 2013, C-203/12, ECLI:EU:C:2013:664 (*Billerud Karlsborg en Billerud Skärblackska*).

512. HvJ EU 26 maart 2020, C-113/19, ECLI:EU:C:2020:228 (*Luxaviation/Ministre de l'Environnement*).

513. Voor een overzicht van de ontwikkeling van het EU ETS zij verwezen naar 'EU Emissions Trading System (EU ETS)', ec.europa.eu.

514. Richtlijn (EU) 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit (EU) 2015/1814 (*PbEU* 2018, L 76/3-27).

515. 'Revision for phase 4 (2021-2030)', ec.europa.eu. Zie ook voor Nederland de website van de Nederlandse Emissieautoriteit: 'Emissiehandel (EU ETS) 2021-2025', emissieautoriteit.nl.

3.4.3.3 Weglekrisico en Carbon Border Adjustment Mechanisms

Een van de grootste obstakels voor een breed gedragen succesvolle uitrol van een regionaal ETS-programma, waaronder dat van de EU, is de concurrentie uit landen waar het regime niet geldt. Zorgen zijn er zowel op het gebied van winst als op het gebied van marktaandeel.⁵¹⁶ In haar beleid houdt de EU rekening met het feit dat marktpartijen uitwijken naar andere staten waar de maatregelen niet gelden, het zogenoemde ‘weglekrisico’.⁵¹⁷ Om het weglekrisico te beperken is voorzien in toewijzing van kosteloze rechten in de transitiefase en een geleidelijke beperking van het koolstofbudget.⁵¹⁸ Ook kan gebruik worden gemaakt van koolstofgrenscorrecties (*Carbon Border Adjustment Mechanisms*, CBAM). Daarbij kan in de eerste plaats worden gedacht aan een financiële opslag op producten uit landen waar minder stringente uitstootvoorwaarden gelden. Dergelijke maatregelen beschermen de concurrentiepositie en kunnen eraan bijdragen dat ook producenten uit derde landen hun koolstofuitstoot terugbrengen.

De EU heeft in het kader van de Europese Green Deal aangekondigd eind 2022 CBAM-maatregelen in te zullen voeren.⁵¹⁹ Alleen de aankondiging daarvan heeft al geleid tot de nodige zorgen, onder meer in het Verenigd Koninkrijk.⁵²⁰ In haar ‘Fit for 55’-pakket heeft de Europese Commissie haar voornemen uitgewerkt in concrete plannen.⁵²¹ Doel is om de koolstofprijs gelijkelijk te verdisconteren in binnen de EU geproduceerde goederen en importgoederen. Heffing van de CBAM vindt plaats van importeurs door middel van CBAM-certificaten, die importeurs dienen aan te schaffen en bij import van bepaalde goederen dienen in te leveren. De prijs, dus het aantal over te leggen certificaten, is bij materiële producten gebaseerd op de koolstofprijs geldend onder het EU ETS, terwijl ook de daadwerkelijke

516. Onder meer M. Fowle & M. Reguant, ‘Challenges in the Measurement of Leakage Risk,’ *AEA Papers and Proceedings* 108, 2018, p. 124-129; A. Dechezleprêtre & M. Sato, ‘The Impacts of Environmental Regulations on Competitiveness’, *Review of Environmental Economics and Policy* 2017, nr. 2, p. 183-206; R. Martin e.a., ‘The Impact of the European Union Emissions Trading Scheme on Regulated Firms: What Is the Evidence after Ten Years?’, *Review of Environmental Economics and Policy* 2016, nr. 1, p. 129-148; M. Sato e.a., ‘Differentiation and Dynamics of Competitiveness Impacts from the EU ETS’, repository.cam.ac.uk/handle/1810/194693, maart 2007.

517. Onder meer Richtlijn (EU) 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit (EU) 2015/1814 (*PbEU* 2018, L 76/3-27), preambule onder 5 en 10. Vgl. ook het EU ETS Handbook (2015), p. 60-67, ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/docs/ets_handbook_en.pdf. Het koolstofweglekrisico kan per sector en per deeltak verschillen, zie Richtlijn (EU) 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit (EU) 2015/1814 (*PbEU* 2018, L 76/3-27), preambule onder 10. Overigens is bij onderzoek van het Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment van de London School of Economics naar ‘carbon leaks’ bij 1.122 multinationals geen bewijs gevonden van een verschuiving van stikstofemissies vanuit de Europese landen naar derde landen. A. Dechezleprêtre e.a., ‘Searching for carbon leaks in multinational companies’, Centre for Climate Change Economics and Policy, Working Paper 187/Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, Working Paper 165, Londen: London School of Economics and Political Science 2021.

518. Richtlijn (EU) 2018/410, preambule onder 10.

519. De Europese Green Deal, COM(2019)640 def., p. 6. In zijn resolutie van 10 maart 2021 ‘Een met de WTO verenigbaar EU-mechanisme voor koolstofcorrectie aan de grens’ (2020/2043(INI)) heeft ook het Europees Parlement gepleit voor invoer van CBAM.

520. Rapport van J. Burke e.a., ‘What does an EU Carbon Border Adjustment Mechanism mean for the UK?’, Londen: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2021.

521. Proposal for establishing a carbon border adjustment mechanism, COM(2021)564 final.

uitstoot van de producenten uit de derde landen wordt meegenomen. De importeur is gehouden die uitstoot te rapporteren. Het voorstel is dat ingroei plaatsvindt vanaf 2026 over een periode van tien jaar.⁵²²

Daarnaast zet de EU ook in op het implementeren van *Emission Trading Schemes* in derde landen.⁵²³ Zo is de EU een *founding member* van de *International Carbon Action Partnership* (ICAP), die samenwerking tussen landen en regio's met ETS stimuleert en onder meer informatie-uitwisseling faciliteert.⁵²⁴

3.4.3.4 Uitzondering en inclusie transport

Het EU ETS is niet *all inclusive* in die zin dat (nog) niet alle sectoren zijn inbegrepen. Het systeem biedt nadrukkelijk ruimte voor uitbreiding, zowel op de soorten uitstoot als naar andere geografische regio's en sectoren.⁵²⁵ Het transport was aanvankelijk niet meegenomen in het EU ETS.⁵²⁶ Het wegvervoer leek te gecompliceerd om in de regeling te betrekken.⁵²⁷ Voor wat betreft de luchtvaart en de internationale scheepvaart wachtte de EU op maatregelen van ICAO respectievelijk de IMO.⁵²⁸ Bij uitblijven van afdoende mondiale actie heeft de EU alsnog actie genomen. Voor grotere schepen (boven 5000 bruto ton) stelde zij alvast een meet- en rapportageverplichting in bij de 'MRV-Verordening' als eerste stap in een gefaseerde aanpak om de maritieme emissies op termijn te reguleren.⁵²⁹ In haar 'Fit for 55'-pakket heeft de Europese Commissie voorstellen gedaan om het vervoer (verder) in het EU ETS te includeren. De vraag is opgeworpen of dat mede gelet op de beoogde verschuiving naar emissievrije technieken en brandstoffen de moeite nog waard is.⁵³⁰ Uit onderzoek van DNB blijkt dat de 'Fit for 55'-voorstellen ter zake het ETS voor Nederland in algemene zin niet leiden tot een significante verslechtering van de concurrentiepositie.⁵³¹ Dat heeft met name te maken met het feit dat Nederland veel handelt met andere EU-landen en met de voorgestelde CBAM.

522. Proposal for establishing a carbon border adjustment mechanism, COM(2021)564 final, Explanatory Memorandum, p. 8-10.

523. 'International carbon market', ec.europa.eu.

524. icapcarbonaction.com/en/.

525. Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad (*PbEU* 2003, L 275/32-46), preambule onder 15 en 16.

526. Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad (*PbEU* 2003, L 275/32-46), preambule 25. '(...) De Commissie dient met name beleidslijnen en maatregelen op Gemeenschapsniveau in overweging te nemen die ervoor zorgen dat de vervoerssector er substantieel toe bijdraagt dat de Gemeenschap en haar lidstaten aan hun in het Protocol van Kyoto omschreven verplichtingen inzake klimaatverandering voldoen.'

527. E. Yliheljo, 'Suitability of and regulatory barriers to the European emissions trading scheme regulating GHG emissions from transport', in: *Sustainable and efficient transport*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, p. 133-136.

528. Richtlijn (EU) 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit (EU) 2015/1814 (*PbEU* 2018, L 76/3-27), preambule onder 4.

529. Verordening (EU) 2015/757 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2015 betreffende de monitoring, de rapportage en de verificatie van kooldioxide-emissies door maritiem vervoer en tot wijziging van Richtlijn 2009/16/EG (*PbEU* 2015, L 123/55-76), preambule onder 10 en 12.

530. H. Vollebergh & C. Brink, 'What Can We Learn from EU ETS?', *Ifo DICE Report* 2020, p. 28.

531. 'Betere Europese uitstootbeprizing heeft beperkte gevolgen voor concurrentiepositie', DNB 30 augustus 2021 (online), [dnb.nl](https://www.dnb.nl).

Luchtvaart

Bij gebrek aan concrete voortgang van een door ICAO te ontwikkelen internationale regeling heeft de EU de ETS-richtlijn in 2012 aangepast en de luchtvaart geïmplementeerd in het ETS-systeem.⁵³² De bedoeling was dat de gehele EU-gerelateerde luchtvaart onder de ETS-regeling zou gaan vallen, dat wil zeggen alle vluchten van en naar luchthavens in Europa. Buiten de EU gevestigde luchtvaartmaatschappijen keurden de aanvullende kosten af en probeerden de regeling via het Europese Hof van Justitie te omzeilen. In zijn vonnis van 2011 verwierp het Hof de bezwaren en oordeelde het dat de regeling ook voor niet in de EU-gevestigde luchtvaartbedrijven gold op die vluchten die zij uitvoerden van en naar Europese luchthavens.⁵³³

Ondertussen werkte ICAO⁵³⁴ verder aan een internationaal geldende regeling.⁵³⁵ In afwachting van de uitkomst van dat proces en om momentum te creëren bij de onderhandelingen is de Europese regeling tijdelijk, dat wil zeggen tot 31 december 2023 beperkt tot vluchten tussen luchthavens gevestigd in de Europese Economische Ruimte.⁵³⁶ In 2016 hebben de lidstaten van ICAO de regeling *Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation* (CORSIA) aangenomen.⁵³⁷ CORSIA beoogt te voorzien in een mondiaal geldend CO₂-compensatie- en reductiesysteem.⁵³⁸ Het is onderdeel van een breder pakket van maatregelen om te komen tot koolstofneutrale groei vanaf 2020.⁵³⁹ De bedoeling is dat alle groei na 2020 binnen de sector koolstofneutraal wordt gerealiseerd of buiten de sector wordt gecompenseerd. Compensatie is mogelijk door projecten die gericht zijn op het wegnemen van een gelijkwaardig niveau van emissies elders, zoals de bescherming en ontwikkeling van regenwouden (*offsetting*).⁵⁴⁰ De offset-vereisten worden op

532. Richtlijn 2009/101/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG teneinde ook luchtvaartactiviteiten op te nemen in de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap (*PbEU* 2009, L 258/11-19).

533. HvJ EU 21 december 2011, C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864 (*Air Transport Association of America e.a./Secretary of State for Energy and Climate Change*).

534. Zie over ICAO ook par. 2.2.2.5.

535. 'About ICAO', icao.int. ICAO kan geen wetten voorschrijven en/of afdwingen. Zoals zij zelf op haar website schrijft: 'The stipulations ICAO standards contain never supersede the primacy of national regulatory requirements. It is always the local, national regulations which are enforced in, and by, sovereign states, and which must be legally adhered to by air operators making use of applicable airspace and airports.' Milieubescherming wordt genoemd als een van ICAO's prioriteiten, 'Environmental Protection', icao.int.

536. Besluit 377/2013/EU alsmede Verordening (EU) 2017/2392 van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2017 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG om de huidige beperkingen van het toepassingsgebied voor luchtvaartactiviteiten voort te zetten en de tenuitvoerlegging van een wereldwijde marktgebaseerde maatregel vanaf 2021 voor te bereiden (*PbEU* 2017, L 350/7-14), preambule onder 8.

537. Resolution A40-19: *Consolidated statement of continuing ICAO policies and practices related to environmental protection – Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation* (CORSIA).

538. Zie over CORSIA ook het ICAO 2019 Environmental report, *Destination Green – The Next Chapter*, Chapter 6: 'Climate Change Mitigation: CORSIA', 2019, p. 206-251.

539. Naast onder meer *Sustainable Aviation Fuels* en technologische vernieuwingen. 'Environmental Protection', icao.int.

540. Brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 26 juni 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 31936/31793, nr. 789, p. 1-3.

grond van artikel 11 van de CORSIA Resolutie voor iedere exploitant bepaald via een dynamische formule.⁵⁴¹

Concreet zal er in het kader van CORSIA een ETS worden opgezet waarbij exploitanten emissie-eenheden moeten aanschaffen om een eventuele toename van de CO₂-uitstoot te compenseren.⁵⁴² Door middel van het zogenoemde emissieplafond wordt bepaald hoeveel compensatie de luchtvaartmaatschappijen moeten kopen om die streefwaarde te halen.⁵⁴³ De basislijn van 2019-2020 dient als referentie voor de groei van de luchtvaartsector en daarmee voor de hoeveelheid te reduceren of te compenseren CO₂-emissie voor de gehele looptijd van CORSIA (2021-2035).⁵⁴⁴ De huidige COVID-19-pandemie heeft geleid tot een aanzienlijke daling van de CO₂-emissies van de internationale luchtvaart in 2020. Dat leidt derhalve ook tot het hanteren van een aanzienlijk lagere CORSIA-basiswaarde.⁵⁴⁵ Zonder bijstelling van die aanzienlijk lagere CORSIA-emissiewaarden zouden de compensatievereisten daardoor sterk kunnen stijgen.⁵⁴⁶ Op grond van het op 9 juni 2020 aangenomen besluit luidt het EU-standpunt nu dat de referentieperiode – die gehanteerd wordt voor de berekening van de groeifactoren – slechts de emissieniveaus in 2019 dient te hanteren.⁵⁴⁷ Ook ICAO gaat inmiddels uit van 2019 als basisjaar.⁵⁴⁸ Gelet op de COVID-19-effecten is de vraag in hoeverre die basiswaarde daadwerkelijk leidt tot emissiereductie in de komende jaren.⁵⁴⁹

CORSIA gaat uit van een gefaseerde implementatie. In de pilot en eerste fase die de periode van 2021-2026 bestrijken, kunnen partijen op vrijwillige basis deelnemen.⁵⁵⁰ De tweede fase (2027 tot 2035) omvat alle ICAO-staten, onder behoud van

-
541. Resolution A40-19; T.J. Thurlings, *Verhandelbare emissierechten in broeikasgassen. De Nederlandse implementatie van het Europees emissiehandelsstelsel in de periode 2013-2020 (inclusief luchtvaart)* (Staat en Recht nr. 34) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 32.
542. Zie voor een vergelijking tussen CORSIA en het EU ETS het rapport van CE Delft (opgesteld op verzoek van Transport & Environment); E. Schep e.a., *A comparison between CORSIA and the EU ETS for Aviation*, Delft: CE Delft 2016.
543. Zie voor de Nederlandse inbreng binnen de ICAO: *Aanhangsel Handelingen II* 2017/18, nr. 1765.
544. ICAO Resolutie A40-19; Consolidated statement of continuing ICAO policies and practices related to environmental protection – Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA).
545. Brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 26 juni 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 31936/31793, nr. 789, p. 2. Nederland heeft zich ingezet voor verhoging van de basislijn door alleen te kijken naar 2019.
546. *M en R* 2020/73, Actualia & Documentatie, klimaat.
547. Besluit (EU) 2020/768 van de Raad van 9 juni 2020 tot wijziging van Besluit (EU) 2016/915 van de Raad wat betreft de referentieperiode die moet worden gebruikt om de toename van de CO₂-emissies te meten, teneinde rekening te houden met de gevolgen van de COVID-19-pandemie in het kader van CORSIA (*PbEU* 2020, L 187/10-11).
548. 'CORSIA and COVID-19', *icao.int*.
549. Zoals de Europese Commissie schrijft: 'According to the forecast, even in the most optimistic scenario, the 2019 emission levels would not be reached before 2024, whereas the worst-case scenario predicts such recovery by 2029. (...) the likelihood for any actual CORSIA offsetting requirements materialising in respect of 2021 is minimal, and is also very low in respect of 2022.' COM(2021) 567 final Proposal for a Decision of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC as regards the notification of offsetting in respect of a global market-based measure for aircraft operators based in the Union, Explanatory Memorandum, p. 1.
550. Ook EU-lidstaten doen hieraan mee. Besluit (EU) 2020/954 van de Raad van 25 juni 2020 over het namens de Europese Unie in de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie in te nemen standpunt over kennisgeving van vrijwillige deelname aan de regeling voor koolstofcompensatie en -reductie voor de internationale luchtvaart (CORSIA) vanaf 1 januari 2021, en over de optie die wordt gekozen voor de berekening van de compensatievereisten die in de periode 2021-2023 van toepassing zijn op de luchtvaartmaatschappijen (*PbEU* 2020, L 212/14).

bepaalde vrijstellingen voor onder meer ontwikkelingslanden.⁵⁵¹ Het systeem geldt alleen voor internationaal (en dus niet voor binnenlands) verkeer. Het toepassingsbereik is vastgesteld op basis van de gevlogen routes. Deze vallen onder CORSIA als beide landen zijn aangesloten.⁵⁵² De bedoeling is dat gedurende de looptijd steeds meer gekeken wordt naar individuele prestaties van de operators.⁵⁵³

Het ambitieniveau onder CORSIA is lager dan onder het EU ETS. Van belang is dus dat de systemen op elkaar worden afgestemd.⁵⁵⁴ In het 'Fit for 55'-pakket heeft de EU deze relatie nog niet specifiek geadresseerd, anders dan dat lidstaten CORSIA moeten implementeren en luchtvaartmaatschappijen moeten informeren over hun rapportageverplichting.⁵⁵⁵ Verdere uitwerking volgt. De in de EU gevestigde luchtvaartondernemingen blijven gebonden aan de (rapportage)verplichtingen uit Richtlijn 2003/87/EG.⁵⁵⁶

Scheepvaart

De scheepvaart is voornamelijk uitgesloten van het EU ETS. In Richtlijn (EU) 2018/410 staat opgenomen dat de IMO zich inspant om de internationale maritieme emissies te reduceren. Daaraan is wel al toegevoegd dat de Europese Commissie de voortgang dient te monitoren en te rapporteren. Ook staat al genoemd dat de IMO óf de EU vanaf 2023 actie dient te ondernemen.⁵⁵⁷

De tijdens de IMO *Marine Environment Protection Committee* van juni 2021 aangenomen maatregelen zijn vanuit milieuperspectief bescheiden.⁵⁵⁸ Er bleek te weinig draagvlak voor ambitieuze(re) afspraken.⁵⁵⁹ De IMO heeft geen concrete stappen gezet in de richting van een ETS, hoewel volstrekt helder is dat de EU anders zelf actie zal ondernemen. Uit de Europese Monitoring, rapportage en verificatie-Verordening blijkt dat de invoer van de daarin opgenomen meet- en rapportageverplichtingen een eerste stap is richting taxatie,⁵⁶⁰ in de gewijzigde EU ETS-richtlijn

551. Resolution A40-19, par. 9.

552. Resolution A40-19, par. 10.

553. Resolution A40-19, par. 11.

554. Zie voor een uitvoerige discussie van de opties tot interactie het voor de Commissie Milieubeheer, volksgezondheid en voedselveiligheid van het Europees Parlement (ENVI) opgestelde rapport, C. Urratia e.a., '2030 climate target plan: extension of European Emission Trading System (ETS) to transport emissions', Luxemburg 2021, p. 21-24.

555. Proposal for a Decision amending Directive 2003/87/EC as regards the notification of offsetting in respect of a global market-based measure for aircraft operators based in the Union, COM(2021)567 final, preamble onder 6.

556. Proposal for a Decision amending Directive 2003/87/EC as regards the notification of offsetting in respect of a global market-based measure for aircraft operators based in the Union, COM(2021)567 final, Explanatory Memorandum, p. 2.

557. Richtlijn (EU) 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit (EU) 2015/1814 (*PbEU* 2018, L 76/3-27), preamble onder 4.

558. D. Bush, 'Shipping industry left frustrated by MEPC 76 outcome', lloydlist.maritimeintelligence.informa.com, 18 juni 2021.

559. Zo is het door de Marshall Islands en Solomon Islands gezamenlijk ingediende plan om een CO2-belasting in te voeren van USD 100/mt voor verdere discussie doorgeschoven naar eind 2021. Hoewel de EU-landen een CO2-beprijzing in beginsel ondersteunen, stemden ook zij niet zonder meer voor het voorstel; 'MEPC 76 concludes with measures on reducing GHG emissions adopted', vpglobal.com, 18 juni 2021; J. Lo, 'Pacific islands make lonely case for carbon price on shipping', climatichangenews.com, 16 juni 2021.

560. EU MRV Verordening 2015/757, preamble onder 12 en 13.

is aangekondigd dat hetzij de IMO dan wel de EU vanaf 2023 actie moet nemen;⁵⁶¹ het Europees Parlement heeft in september 2020 gestemd voor inclusie van schepen boven de 5000 bruto ton in het ETS;⁵⁶² en de voorzitter van de Europese Commissie, Ursula von der Leyen, heeft in april 2021 aangekondigd dat een vorm van ETS voor meer transport zal gaan gelden.⁵⁶³

In haar recente 'Fit for 55'-pakket uit juli 2021 heeft de Europese Commissie dan ook, zoals verwacht, voorgesteld de scheepvaart, dat wil zeggen de zee- en binnenvaart, in het al bestaande ETS te implementeren.⁵⁶⁴ Zij geeft aan dat zonder verdere actie aannemelijk is dat de uitstootcijfers slechts zullen groeien en dat daarmee reducties op andere gebieden zouden worden ondermijnd.⁵⁶⁵ De door de IMO genomen maatregelen beschouwt de Europese Commissie als onvoldoende.⁵⁶⁶ Concreet stelt zij voor dat alle scheepvaart tussen havens in EU-staten volledig onder het EU ETS komt te vallen, net als de helft van het verkeer vertrekkend uit en/of aankomend in havens in EU-lidstaten.⁵⁶⁷ Ook emissies op ligplaatsen in EU-havens vallen onder het systeem.⁵⁶⁸ Naast de standaard-ETS-handhavingsmechanismen⁵⁶⁹ is specifiek voor de scheepvaart toegevoegd dat een uitzettingsbevel kan worden gegeven aan schepen van een scheepvaartbedrijf dat gedurende twee of meer aaneengesloten jaren tekort is geschoten in zijn verplichtingen. Schepen die onder zijn verantwoordelijkheid vallen, kunnen worden vastgehouden door de vlaggenstaat en aan die schepen kan de toegang worden geweigerd door andere lidstaten.⁵⁷⁰ De verantwoordelijkheid voor de emissiecertificatenafdracht is in de plannen van de Europese Commissie bij de scheepseigenaar althans rompbefrachter gelegd. Wel is opgemerkt dat deze verantwoordelijkheid contractueel naar de commercial operator kan worden verlegd.⁵⁷¹ De Commissie stelt voor dat het ETS voor de scheepvaart geldt vanaf 2023. Een transitieperiode is ingebouwd; binnen vier jaar zouden de emissies in 2026 voor 100% onder het systeem moeten vallen. Evaluatie is gepland voor

561. Richtlijn (EU) 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit (EU) 2015/1814 (*PbEU* 2018, L 76/3-27), preambule onder 4.

562. 'Parliament votes EU ETS ship inclusion', *argusmedia.com*, 15 september 2020.

563. 'EU carbon market will be extended to buildings and transport, von der Leyen confirms', *euroactiv.com/section/energy/news*, 23 april 2021 (laatst bijgewerkt 30 april 2021).

564. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, Decision (EU) 2015/1814 concerning the establishment and operation of a market stability reserve for the Union greenhouse gas emission trading scheme and Regulation (EU) 2015/757, COM(2021) 551 final, Explanatory Memorandum, p. 2.

565. Proposal for establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, COM(2021)551 final, preambule onder 14.

566. Proposal for establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, COM(2021)551 final, preambule onder 16.

567. Aangezien de containervaart de meeste aanloop van en naar Europa kent, zal deze naar verwachting het meeste gaan voelen van het ETS; S. Chambers, 'Container shipping faces the brunt of new European emission rules', *splash247.com*, 20 juli 2021.

568. Proposal for establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, COM(2021)551 final, preambule onder 17.

569. Zie par. 3.4.3.2.

570. Proposal for establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, COM(2021)551 final, Explanatory Memorandum p. 16, preambule onder 22.

571. Proposal for establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, COM(2021)551 final, preambule onder 20. Deze mogelijkheid tot contractuele verlegging komt overeen met het Fuel EU Maritime-voorstel. Zie par. 3.2.4.

2028, waarbij in ieder geval aandacht besteed wordt aan eventuele door de IMO geïmplementeerde mondiale maatregelen.⁵⁷²

Aannemelijk lijkt wel dat de EU-regels de minimumstandaard zullen worden waaraan mondiale regels zich zullen moeten gaan meten. De opbrengsten die met het EU ETS uit de scheepvaart gegenereerd zullen worden zijn dermate substantieel dat de EU die naar verwachting niet zonder meer en in ieder geval niet voor lagere milieunormen zal willen opgeven.⁵⁷³

Wegvervoer

Ook het wegvervoer wil de Europese Commissie in het kader van het 'Fit for 55'-pakket onder een ETS brengen.⁵⁷⁴ Het idee is dat er een separaat, nieuw systeem zal gelden voor wegvervoer en gebouwen samen. Gelet op het grote aantal uitstoters is er vanuit administratief en technisch oogpunt voor gekozen om anders dan onder het bestaande ETS niet de gebruiker te belasten, maar de leveranciers.⁵⁷⁵ Deze moet vergoedingen betalen voor de emissies die het gevolg zijn van de door haar in het verkeer gebrachte brandstof.⁵⁷⁶ Het voorstel is dat het totale budget in 2026 wordt vastgesteld op basis van historische gegevens en lineair zal teruglopen.⁵⁷⁷ De Commissie acht het weglekrisico beperkt en stelt dan ook voor geen rechten vrij toe te wijzen, maar direct alle rechten te veilen.⁵⁷⁸

De belangenorganisatie van wegvervoerders, TLN, is niet positief over het plan om het wegvervoer via een ETS te belasten.⁵⁷⁹ Ze is bang dat dit leidt tot concurrentienadeel met andere vervoersmodaliteiten. Ook vreest TLN dat dit zal leiden tot een dubbele belasting, nu er al een vergoeding betaald moet worden onder de Eurovignetrichtlijn en er mogelijk ook een vrachtwagenheffing komt.

572. Proposal for establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, COM(2021)551 final, Explanatory Memorandum p. 16, preamble onder 18.

573. Zie ook: A. Adamopoulos, 'What we learned from the EU emissions salvo', lloydlist.maritimeintelligence.informa.com, 16 juli 2021.

574. Proposal for establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, COM(2021)551 final, Explanatory Memorandum p. 3, preamble onder 43.

575. Proposal for establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, COM(2021)551 final, preamble onder 45. Deze wijze van het belasten van 'upstream emitters' is ook ingevoerd in Californië. Zie onder meer: 'California Cap and Trade', c2es.org. Zie ook het voor de Commissie Milieubeheer, volksgezondheid en voedselveiligheid van het Europees Parlement (ENVI) opgestelde rapport: C. Urratia e.a., '2030 climate target plan: extension of European Emission Trading System (ETS) to transport emissions', Luxemburg 2021.

576. Proposal for establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, COM(2021)551 final, preamble onder 55.

577. Proposal for establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, COM(2021)551 final, preamble onder 56.

578. Proposal for establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, COM(2021)551 final, preamble onder 48 en 49.

579. 'TLN ondersteunt aangescherpte ambitie EU, maar kritisch over mogelijke lastenverzwaring ondernemers', tln.nl, 14 juli 2021: 'TLN ondersteunt de ambitie van de Europese Commissie om het wegtransport te verduurzamen en de afspraken uit het klimaatakkoord te realiseren. Dit pakket is daarom een belangrijke stap in de goede richting'.

3.4.4 Rekeningrijden/vrachtwagenheffing

In aanvulling op het beprijzen van brandstof en uitstoot kunnen ook het voor het vervoer gebruikte materieel en het gebruik van de infrastructuur zelf belast worden.⁵⁸⁰ Met name in het wegvervoer zijn dat hete hangijzers.

De EU heeft voor het beprijzen van de voor het wegvervoer gebruikte infrastructuur enige richting gegeven in een al wat oudere meermaals gewijzigde richtlijn, ook wel aangeduid als de 'Eurovignetrichtlijn'.⁵⁸¹ Beprijzing van gebruik van infrastructuur is daarin niet verplicht gesteld, maar wel toegestaan voor zware vrachtoertuigen.⁵⁸² De richtlijn schrijft voor dat als landen overgaan tot het instellen van vignettenplicht of tolheffing voor zware vervoersmiddelen, zij zich aan bepaalde vereisten moeten houden. Zo mogen tolheffing en een vignettenplicht in beginsel niet tegelijkertijd gelden, moeten de maatregelen non-discriminatoir zijn en moeten zij het vervoer zo min mogelijk belemmeren.⁵⁸³ Nadat de lidstaten aanvankelijk slechts kosten in rekening mochten brengen voor het gebruik van de infrastructuur als zodanig, mogen zij sinds de inwerkingtreding van de gewijzigde richtlijn in 2011 ook heffingen instellen om de kosten van luchtvervuiling en geluidsoverlast te compenseren.⁵⁸⁴

Inmiddels zijn de Europese Raad en het Europees Parlement het eens geworden over verdere aanpassing van de Eurovignetrichtlijn.⁵⁸⁵ Het idee is dat er een centrale kilometerheffing zal plaatsvinden en dat het versnipperde vignettensysteem op de hoofdroutes van het internationaal transitosysteem geleidelijk verdwijnt. Wel blijft uitgangspunt dat de lidstaten vrij zijn om onafhankelijk van elkaar tolgelden en gebruiksrechten te heffen op verschillende categorieën voertuigen. Het toepassingsgebied van de richtlijn is aangepast in die zin dat ook autobussen, personenauto's en bestelwagens onder het bereik van de richtlijn vallen.⁵⁸⁶ Bovendien is er een directe koppeling gemaakt met uitstoot. Er zal een nieuw EU-breed instrument komen voor zware bedrijfsvoertuigen op basis van CO₂-emissies.⁵⁸⁷ Om het gebruik van de schoonste en efficiëntste voertuigen te bevorderen zijn de lidstaten verder

580. 'Road charging', ec.europa.eu/transport/modes/.

581. Richtlijn 1999/62/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 1999 betreffende het in rekening brengen van het gebruik van bepaalde infrastructuurvoorzieningen aan zware vrachtoertuigen zoals gewijzigd bij Richtlijn 2006/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2006 tot wijziging van Richtlijn 1999/62/EG betreffende het in rekening brengen van het gebruik van bepaalde infrastructuurvoorzieningen aan zware vrachtoertuigen en Richtlijn 2011/76/EU van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2011 tot wijziging van Richtlijn 1999/62/EG betreffende het in rekening brengen van het gebruik van bepaalde infrastructuurvoorzieningen aan zware vrachtoertuigen.

582. Richtlijn 2011/76/EU van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2011 tot wijziging van Richtlijn 1999/62/EG betreffende het in rekening brengen van het gebruik van bepaalde infrastructuurvoorzieningen aan zware vrachtoertuigen (*PbEU* 2011, L 269/1-16), preambule onder 10, 18 en 19. Vgl. ook de persmededeling: 'Road charging: Heavy lorries to pay for costs of air and noise pollution', ec.europa.eu, 15 oktober 2010.

583. 'Road charging', ec.europa.eu/transport/modes/.

584. Richtlijn 2011/76/EU, preambule onder 5 en 6.

585. 'EU-regels voor wegenheffingen (eurovignet) – informeel akkoord tussen Raad en Parlement', consilium.europa.eu, 16 juni 2021 (laatst bijgewerkt 30 juni 2021).

586. Voorstel tot wijziging van Richtlijn 1999/62/EG betreffende het in rekening brengen gebruik van bepaalde infrastructuurvoorzieningen aan zware vrachtoertuigen, COM(2017)275 def.

587. 'EU-regels voor wegenheffingen (eurovignet) – informeel akkoord tussen Raad en Parlement', consilium.europa.eu, 16 juni 2021 (laatst bijgewerkt 30 juni 2021).

in beginsel gehouden voor die voertuigen een aanzienlijke korting in te voeren op de tolgeden en gebruiksrechten.⁵⁸⁸ Het aangenomen voorstel zal naar verwachting binnen afzienbare tijd in werking treden. Vervolgens dient implementatie door de lidstaten plaats te vinden.

In Nederland was de Eurovignetrichtlijn geïmplementeerd in de Wet bereikbaarheid en mobiliteit.⁵⁸⁹ Deze wet vormde ook meteen de basis van de destijds voorgestelde kilometerheffing; de heffing op basis waarvan belasting zou worden geheven per gereden kilometer waarbij rekening wordt gehouden met het tijdstip en de locatie voor gemotoriseerd vervoer.⁵⁹⁰ Er is alleen in Nederland geen overeenstemming bereikt over een kilometerheffing en de wet is dan ook in 2016 ingetrokken. De discussie over invoering van een kilometerheffing is echter niet verstomd. Invoering van zo'n heffing per 2026 lijkt een reële mogelijkheid.⁵⁹¹ Aannemelijk is dat dan ook de CO₂-uitstoot in de prijs zal worden doorberekend.⁵⁹² De effecten van het invoeren van een vrachtwagenheffing zijn in opdracht van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat onderzocht door het Kennisinstituut voor Mobiliteitsbeleid (KiM). In zijn rapport van oktober 2018 concludeert het KiM dat er door de invoering naar verwachting voor CO₂ een emissiereductie van 0-5% zal worden gerealiseerd en dat de reductie voor fijnstof en stikstofdioxiden wellicht nog hoger zal liggen.⁵⁹³ Het idee is dat aan de kilometerheffing een zogenoemde terugsluisregeling wordt gekoppeld.⁵⁹⁴ De netto-opbrengst⁵⁹⁵ van de gerealiseerde beprijzing zou daarin ten goede komen van de verduurzamingsinitiatieven en de transitie naar nul emissie mede mogelijk moeten maken.⁵⁹⁶ De huidige subsidies voor verduurzaming volstaan niet.⁵⁹⁷ De vrachtwagenheffing en de verschillende maatregelen die met de terugsluis kunnen worden gerealiseerd zouden samen kunnen leiden tot een reductie van ongeveer 21% van de CO₂-uitstoot, 13-14% minder

-
588. Voorstel tot wijziging van Richtlijn 1999/62/EG betreffende het in rekening brengen gebruik van bepaalde infrastructuurvoorzieningen aan zware vrachtvoertuigen, COM(2017)275 def., preambule onder 10 en 12.
589. Wet bereikbaarheid en mobiliteit (*Stcrt.* 2013, 25653).
590. Richtlijn 2011/76/EU van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2011 tot wijziging van Richtlijn 1999/62/EG betreffende het in rekening brengen van het gebruik van bepaalde infrastructuurvoorzieningen aan zware vrachtvoertuigen (*PbEU* 2011, L 269/1-16) staat niet in de weg aan het belasten van andere weggebruikers die niet onder het bereik van de richtlijn vallen. Vgl. preambule onder 9.
591. kilometerheffingnederland.com.
592. N. Waarlo, 'Wat houdt kilometerheffing nog tegen, nu de autobranche er ook voor pleit?', *de Volkskrant* 12 mei 2021 (online), volkskrant.nl.
593. 'Effect vrachtwagenheffing op concurrentiepositie en economie', Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, 19 december 2019, rijksoverheid.nl. De koepelnotitie van 29 mei 2020 van het ministerie noemt een CO₂-reductie van 4%: 'Koepelnotitie effecten vrachtwagenheffing', Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, 29 mei 2020, rijksoverheid.nl, p. 4.
594. 'Koepelnotitie effecten vrachtwagenheffing' van 29 mei 2020 van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, p. 11, rijksoverheid.nl.
595. De netto-opbrengst is dat wat overblijft van de inkomsten van de vrachtwagenheffing na aftrek van de systeemkosten, de compensatie van de verlaging van de motorrijtuigenbelasting voor vrachtwagens en de compensatie van de derving van de inkomsten uit het Eurovignet en accijnzen. 'Innovatie & verduurzaming vervoerssector', vrachtwagenheffing.nl/programma.
596. Rapport Ecorys, 'Terugsluis Vrachtwagenheffing. Effecten van verbetering van logistieke efficiëntie door innovatie', 2021; 'Wetgeving rondom vrachtwagenheffing', vrachtwagenheffing.nl/programma; J. Benjamin, 'Uitstel van de vrachtwagenheffing is een "mokerslag voor het behalen van de klimaatdoelen"', NRC 14 juni 2021 (online), nrc.nl.
597. B. Pals, 'De duurzame rekening is voor de wegtransporteurs', *Nieuwsblad Transport* 23 juni 2021 (online), nt.nl.

emissie van stikstofoxiden en 7 tot 10% minder fijnstof, in vergelijking met de referentieperiode.⁵⁹⁸

De invoering van de Nederlandse vrachtwagenheffing zou aanvankelijk in 2024 plaatsvinden. In april 2021 gaf de Minister van Infrastructuur en Waterstaat aan dat er een aanzienlijke vertraging is opgetreden.⁵⁹⁹ Concreet zou dat betekenen dat de regeling niet voor 2027 in werking zou treden. Kritiek vanuit de sector en van meerdere politieke partijen op het uitstel⁶⁰⁰ heeft geleid tot een op 29 juni 2021 aangenomen motie dat het wetsvoorstel voor het eind van het zomerreces naar de Tweede Kamer moest worden gestuurd.⁶⁰¹ De Ministerraad heeft de minister nadien gemachtigd om het voorstel na overeenstemming met de Ministers van Financiën en Justitie en Veiligheid aan de Tweede Kamer te doen sturen.⁶⁰²

3.5 Circulaire economie

3.5.1 Noodzaak transitie naar circulaire economie

Vooralsnog is de aandacht bij de emissiebeperking vooral gericht op vermindering van *tank to wheel*- dan wel *tank to propeller*-emissies. Het bewustzijn groeit dat de hele (brandstof)keten van productie tot gebruik relevant is en geadresseerd moet worden om te komen tot een zero emissietoekomst.⁶⁰³ De huidige wijze van materiaalverwerking en -gebruik is verantwoordelijk voor 70% van de totale uitstoot.⁶⁰⁴ Met het huidige klimaatbeleid, waarbij de focus vooral ligt op het verduurzamen van energie(dragers), worden de gemaakte afspraken in de Overeenkomst van Parijs niet gehaald.⁶⁰⁵ Uit onderzoek blijkt dat om de doelstellingen te kunnen halen een

598. 'Koepelnotitie effecten vrachtwagenheffing' van 29 mei 2020 van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, p. 5, rijksoverheid.nl/documenten.

599. Brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 19 april 2021, *Kamerstukken II 2020/21*, 31305, nr. 327.

600. 'Uitstel vrachtwagenheffing mokerslag voor behalen klimaatdoelen', *tln.nl*, 21 april 2021; E. Verheggen, 'Minister houdt vast aan uitstel vrachtwagenheffing', *Nieuwsblad Transport* 16 juni 2021 (online), nt.nl.

601. E. Verheggen, 'Minister teruggefloten om uitstel vrachtwagenheffing', *Nieuwsblad Transport* 29 juni 2021 (online), nt.nl.

602. A. Velthoven, 'Ministerraad keurt wetsvoorstel vrachtwagenheffing en overeenkomst terugsluis goed', *TTM* 30 augustus 2021 (online), ttm.nl.

603. Zo werkt IMO aan *Lifecycle Guidelines* voor alle brandstoffen: 'Initial IMO GHG Strategy', imo.org. Naar verwachting zullen deze in 2022 en 2023 beschikbaar komen. Verwezen zij ook naar de tabel met een vergelijking van de emissiefactor van verschillende brandstoffen op *well-to-wheel*-basis; N. Gray e.a., 'Decarbonising ships, planes and trucks: An analysis of suitable low-carbon fuels for the maritime, aviation and haulage sectors', *Advances in Applied Energy* 2021, p. 16.

604. circularity-gap.world/2021#downloads.

605. Met alleen een energietransitie zou slechts 15% van de in de Overeenkomst van Parijs gemaakte afspraken worden gehaald. Om ook aan de andere 85% te voldoen is een omvorming nodig van het systeem in een circulair systeem.

transitie naar een circulaire economie noodzakelijk is.⁶⁰⁶ Onze economie is nu maar voor 8,6% circulair, en dat percentage neemt af.⁶⁰⁷

3.5.2 Closed loop supply chains

Door zuiniger en slimmer om te gaan met grondstoffen kan een sterke bijdrage worden geleverd aan de beoogde afname van CO₂-emissies.⁶⁰⁸ De focus moet gericht zijn op het optimaal inzetten en hergebruiken van grondstoffen in de verschillende schakels van de productieketen, oftewel te komen tot *closed loop supply chains*.⁶⁰⁹ De waardevernietiging in het systeem moet worden geminimaliseerd en in iedere schakel van de keten moet waardecreatie worden nagestreefd.⁶¹⁰ Bij alle producten moet de gehele levenscyclus in acht worden genomen. Er dient een verschuiving plaats te vinden van *take, make and waste* naar een systeem dat zo min mogelijk nieuwe grondstoffen gebruikt en vervuiling voorkomt.⁶¹¹ Grondstoffen dienen op een duurzame en efficiënte manier te worden (her)gebruikt, waardoor het afval de nieuwe grondstof vormt en afval en schadelijke emissies naar de lucht, bodem en water zo veel mogelijk worden voorkomen.⁶¹² Deze visie kan alleen bereikt worden indien producten en materialen worden ontworpen op een manier waarop ze kunnen worden hergebruikt met zo min mogelijk waardeverlies.⁶¹³ Om hoogwaardig hergebruik te kunnen realiseren wordt gebruikgemaakt van de zogenoemde R-ladder, bestaande uit de termen *refuse (R1)*, *reduce (R2)*, *re-use (R3)*, *repair*, *refurbish*, *remanufacture*, *re-purpose (R4)*, *recycle (R5)* en *recover (R6)*. De R-ladder geeft systematisch zicht op andere circulaire strategieën dan enkel recycling, zoals hergebruik van goederen, renoveren van producten, vernieuwen of delen.⁶¹⁴ De transitie naar een circulaire economie vereist derhalve een omslag in alle fasen van het gebruik van grondstoffen.⁶¹⁵ Van winning, verwerking, distributie en gebruik (de traditionele of *'forward' supply chain*) tot reparatie, hergebruik en afvalverwerking (de *'reverse' supply chain*).⁶¹⁶

606. Vgl. het rapport van The Oxford Institute for Energy Studies 'Beyond Energy: Incentivizing Decarbonization through the Circular Economy', 2021. Vgl. ook Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en Het Comité van de Regio's. Een nieuw actieplan voor een circulaire economie. Voor een schoner en concurrerender Europa, COM(2020)98 final, p. 18.

607. Rapport van het Platform for Accelerating the Circular Economy (PACE), 'The Circularity Gap Report', 2020; circularity-gap.world/2020.

608. *Kamerstukken II* 2016/17, 32852, nr. 46, p. 2.

609. N. Raj Kumar & R.M. Sathesh Kumar, 'Closed Loop Supply Chain Management and Reverse Logistics. A Literature Review', *International Journal of Engineering Research and Technology* 2013, p. 156.

610. Rapport TNO, 'Kansen voor de circulaire economie in Nederland', Delft 2013; Rapport Ellen Macarthur Foundation, 'Towards the Circular Economy – Economic and business rationale for an accelerated transition', 2013.

611. Bijlage 1 bij het rapport 'Nederland circulair in 2050. Rijksbreed programma Circulaire Economie', 2016, p. 15. Zie ook: EU-actieplan: Verontreiniging van lucht, water en bodem naar nul, COM(2021)400 def., p. 4.

612. PBL Policy Brief: T. Rood & A. Hanemaaijer, 'Grondstof voor de Circulaire Economie', Den Haag 2016; *Kamerstukken II* 2015/16, 32852, nr. 33.

613. N. Raj Kumar & R.M. Sathesh Kumar, 'Closed Loop Supply Chain Management and Reverse Logistics. A Literature Review', *International Journal of Engineering Research and Technology* 2013, p. 158.

614. Rapport Planbureau voor de Leefomgeving, 'Circulaire economie in kaart', 2019, p. 13.

615. *Kamerstukken II* 2015/16, 32852, nr. 33, p. 6.

616. K. Govindan & H. Soleimani, 'A review of reverse logistics and closed-loop supply chains: a Journal of Cleaner Production focus', *Journal of Cleaner Production* 2017, p. 371-384.

De transitie naar een circulaire economie is een uitdaging die op internationaal, Europees en nationaal niveau vorm krijgt. In de *Sustainable Development Goals* van de VN strekt doel 12 tot het verzekeren van duurzame consumptie- en productiepatronen.⁶¹⁷ Het gaat daarbij onder andere om de zorg voor duurzaam beheer en efficiënt gebruik van natuurlijke hulpbronnen alsmede om het aanzienlijk beperken van de afvalproductie. De Europese Commissie heeft in 2020 'a New Circular Economy Action Plan' (CEAP) aangenomen, dat voortbouwt op de sinds 2015 getroffen maatregelen op dit gebied.⁶¹⁸ Dit actieplan voorziet in maatregelen die ertoe dienen om afval te verminderen en ervoor te zorgen dat de Europese Unie beschikt over een goed functionerende markt voor secundaire grondstoffen van hoge kwaliteit.⁶¹⁹ Op nationaal niveau richt het programma 'Nederland circulair in 2050' zich op de ontwikkeling van een volledig circulaire economie tegen 2050.⁶²⁰ Om deze transitie te kunnen realiseren hebben ruim driehonderd bedrijven en organisaties het Nationaal Grondstoffenakkoord ondertekend.⁶²¹ Het akkoord legt de basis voor de circulaire economie. De brede steun toont aan dat er volop *commitment* is van partijen om bij te dragen aan de versnelling van deze transitie.⁶²² Wel zullen wet- en regelgeving alsmede harde doelstellingen vanuit de overheid noodzakelijk blijven.⁶²³

3.5.3 Circulaire economie en transport

3.5.3.1 Verandering vervoerspatronen

De omvorming naar een circulaire economie zal zonder meer gevolgen hebben voor het transport. Men verwacht een verandering van vervoerspatronen en hun omvang.⁶²⁴ De aanschaf van producten en grondstoffen zal immers vaker lokaal plaatsvinden, afvalstromen zullen veranderen en er zal minder transport zijn van primaire grondstoffen. Daarentegen zal het aandeel in *reverse logistics* toenemen. In het transport zal dan ook meer en meer toegewerkt moeten worden naar en aangesloten bij *closed loop supply chains*.⁶²⁵ Hoe de circulaire-economiebeginselen het best in het transport kunnen worden geïmplementeerd is onderwerp van onder-

617. Zie over de Sustainable Development Goals ook par. 2.2.2.1.

618. Mededeling actieplan circulaire, COM(2020)98 def. resp. Mededeling EU-actieplan voor de circulaire economie, COM(2015)614 def.

619. Zie ook Rapport Ellen Macarthur Foundation, 'Growth within: A Circular Economy Vision for a Competitive Europe', 2015.

620. Het Ministerie van Infrastructuur en Milieu en het Ministerie van Economische Zaken, mede namens het Ministerie van Buitenlandse Zaken en het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 'Nederland circulair in 2050. Rijksbreed programma Circulaire Economie', 2016. Circulaire economie in kaart (Planbureau voor de Leefomgeving)

621. *Kamerstukken II* 2016/17, 32852, nr. 48, p. 2.

622. *Kamerstukken II* 2016/17, 32852, nr. 46, p. 2.

623. Rapport Planbureau voor de Leefomgeving, 'Integrale Circulaire Economie Rapportage 2021', Den Haag 2021, p. 177; 'Van Veldhoven en Thijssen: "Er moeten meer prikkels komen voor circulariteit"', *Het Financieel Dagblad* 11 juli 2021 (online), fd.nl.

624. Bijlage 1 bij het rapport 'Nederland circulair in 2050. Rijksbreed programma Circulaire Economie', 2016, p. 23.

625. Zie onder meer N. Raj Kumar & R.M. Satheesh Kumar, 'Closed Loop Supply Chain Management and Reverse Logistics. A Literature Review', *International Journal of Engineering Research and Technology* 2013, p. 455-468, alsmede M. Sillanpää & C. Ncibi, *The Circular Economy. Case Studies about the Transition from the Linear Economy*, Academic Press 2019.

zoek.⁶²⁶ Het onderzoekproject ‘Circular Economy Network+ in Transportation Systems’ spitst zich onder meer toe op de transportplatforms waar de principes van de circulaire economie niet goed zijn ingebed.⁶²⁷ Doel is dat door verbeterde samenwerking in de *supply chain* opkomende vervoerssystemen ‘inherent circulair’ worden. Dus van inkoopbeleid,⁶²⁸ de logistieke planning, de opslag tot de feitelijke uitvoering van het vervoer en recycling van de vervoersmiddelen.⁶²⁹ De verwachting is dat het snel zal gaan: ‘The growing recognition that affordable, scalable solutions are now available is creating global momentum in business model innovation towards a more circular global economy.’⁶³⁰ Aandachtspunt is wel dat de omschakeling naar een echt circulaire economie een ‘systematic shift in thinking’ vereist.⁶³¹ De focus zal moeten verschuiven van een specifiek onderdeel in de keten naar het gehele systeem. In algemene zin vereist de transitie naar de circulaire economie (meer) samenwerking tussen de partners in en betrokkenen bij de logistieke keten alsmede verdergaande digitalisering.⁶³²

3.5.3.2 Recycling vervoersmiddelen en andere materialen

De transportbedrijven en hun partners passen de principes van de circulaire economie deels al toe.⁶³³ Met name gaat het daarbij om het hergebruik van materialen. Dat geldt zowel op het gebied van de vervoersmiddelen zelf als anderszins.⁶³⁴

Trucks

De EU heeft al in 2002 Richtlijn 2000/53/EG betreffende autowrakken ingevoerd.⁶³⁵ De richtlijn biedt een kader voor de demontage en het recyclen van motorvoertuigen binnen de Europese Unie met als doel om afval zo veel mogelijk te beperken. Bij onder meer Scania Vehicle Recycling, Renault en DAF worden onderdelen van trucks hergebruikt.⁶³⁶ Gebruikte componenten als motoren, versnellingsbakken,

626. ‘Circular Economy Network+ in Transportation Systems (CENTS)’, gtr.ukri.org/projects?ref=EP%2F5036237%2F1.

627. Ook vindt onderzoek plaats met betrekking tot de ontwikkeling van toekomstige ontwerpen, bedrijfsmodellen en de vormgeving van het productieproces, warwick.ac.uk/fac/sci/wmg/research/materials/smam/cents/about/.

628. De ISO 20400-richtlijn voorziet inkopers van handvatten voor *Sustainable Procurement*, oftewel maatschappelijk verantwoord inkopen; iso20400.nl/. De EU stuurt op ‘Green Public Procurement’ voor publieke autoriteiten; ‘Green Public Procurement’, ec.europa.eu.

629. R. Saada, ‘Green Transportation in Green Supply Chain Management’, IntechOpen 2020.

630. Rapport ‘The Circular Shipping Initiative – How the Circular Economy could introduce new value to the shipping industry’, *The Circular Shipping Initiative Project* 2019, p. 3.

631. ‘Exploring shipping’s transition to a circular industry’, *Sustainable Shipping Initiative*, juni 2021, p. 14.

632. Zie de rapporten ‘The Circular Shipping Initiative – How the Circular Economy could introduce new value to the shipping industry’, *The Circular Shipping Initiative Project*, en ‘Exploring shipping’s transition to a circular industry’, *Sustainable Shipping Initiative*, juni 2021, p. 9. Zie over digitalisering hoofdstuk 4 van dit preadvies.

633. ‘4 Examples of circular economy in transportation’, summit.movinonconnect.com, 17 maart 2021.

634. Zo kon door middel van hergebruik van hijsmateriaal een CO₂-besparing ter grootte van 14 hectare aan bomen worden gerealiseerd; ‘Hergebruik van hijsmiddelen blijkt kosteneffectief en duurzaam’, transport-online.nl, 23 augustus 2021.

635. Deze is inmiddels substantieel gewijzigd. Zie voor de geconsolideerde tekst: eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:02000L0053-20200306&from=EN.

636. ‘Over ons’, scaniausedparts.com/nl/; ‘Renault trucks is building its network for recycling and reusing truck parts with indra’, renault-trucks.com/en, 3 juli 2021; ‘Afdanking’, daf.com/nl-nl.

accu's en plastic binnenwerk worden opnieuw gebruikt, net als de opbouw van de wagens, zoals een autolaadkraan.⁶³⁷

Scheepvaart

Hergebruik vindt ook plaats in de zee- en binnenvaart. Op het moment dat schepen het einde van hun operationele leven hebben bereikt kunnen ze door recycling op milieuvriendelijke manier worden verwerkt. Waardevolle grondstoffen zoals staal, ijzer, aluminium en koper kunnen vervolgens worden hergebruikt. Van belang is dan wel dat recycling ook daadwerkelijk plaatsvindt en verwijdering van gevaarlijke afvalstoffen en andere afvalstoffen wordt uitgevoerd op een wijze die verenigbaar is met de bescherming van het milieu. Derhalve is het Verdrag van Bazel opgesteld, het uitgebreidste wereldwijde milieuconvenant met betrekking tot gevaarlijk afval en andere afvalstoffen.⁶³⁸ Het verdrag beoogt er onder meer in te voorzien dat vervoer van afgedankte schepen en ander afval naar landen waar minder belang aan milieuvriendelijke verwerking wordt gehecht niet zonder meer mogelijk is.⁶³⁹

De EU heeft het verdrag en de wijziging uit 1995 op basis waarvan onder andere sloopschepen niet mogen worden uitgevoerd naar niet OESO-landen, geïmplementeerd in Verordening (EG) nr. 1013/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen (EVOA).⁶⁴⁰ Het Verdrag van Bazel en de EVOA kennen echter enkele open eindjes.⁶⁴¹ Onduidelijk is vanaf welk concreet moment een schip in de praktijk als afval moet worden beschouwd. Ook is niet steeds helder welk land moet worden beschouwd als uitvoerland.⁶⁴² Bovendien kunnen de bepalingen omzeild worden door een te slopen schip voor de uitvoer om te vlaggen naar een land dat geen partij is bij het Verdrag van Bazel.⁶⁴³ Evenmin voorziet het Verdrag van Bazel of de EVOA in afdoende handha-

637. 'Hergebruik van autolaadkraan bij vrachtwagenopbouw', bofram.nl.

638. Verdrag van Bazel inzake de beheersing van de grensoverschrijdende overbrenging van gevaarlijke afvalstoffen en de verwijdering ervan, Bazel, 22 maart 1989 (*Trb.* 1990, 12).

639. Zie voor een concreet voorbeeld: Inspectie Leefomgeving en Transport, 'ILT grijpt in bij illegaal transport boorplatforms en sloop van schepen', ilent.nl, 10 december 2020.

640. De wijziging van het Verdrag van Bazel uit 1995 wordt ook wel aangeduid als de 'Ban Amendment' en geldt in de EU sinds 2006. De wijziging is internationaal pas op 5 december 2019 in werking getreden. Zie voor een uitgebreide toelichting op de *Ban Amendment* de gezamenlijke paper van het Basel Action Network en IPEN, 'The Entry Into Force of the Basel Ban Amendment. A Guide to Implications and Next Steps', 2020; 'Basel Ban Amendment Guide', ipen.org/documents.

641. *Kamerstukken I en II* 2017/18, 34839 (R2094), A/Nr. 1, Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken van 14 november 2017, betreffende het Internationaal Verdrag van Hongkong voor het veilig en milieuvriendelijk recyclen van schepen; Hongkong, 15 mei 2009, toelichtende nota.

642. Vgl. ook Rb. Rotterdam 15 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2364 en Rb. Rotterdam 2 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6176. In deze zaken kwalificeerde de rechtbank de te slopen schepen als afvalstof in de zin van de EVOA vanaf het moment dat het voornemen bestond bij de eigenaar om zich van de schepen te ontdoen.

643. Zie onder meer: 'Ship Dismantling', basel.int. Zie ook de hiervoor genoemde uitspraken van de rechtbank Rotterdam.

vingsmechanismen.⁶⁴⁴ Ze gaan ook niet in op de omstandigheden waarin schepen worden ontmanteld/gerecycled.⁶⁴⁵

Onder toezicht van de IMO is de ‘*Hong Kong International Convention for the Safe and Environmentally Sound Recycling of Ships*’ tot stand gekomen en op 15 mei 2009 aangenomen.⁶⁴⁶ Doelstellingen van het verdrag zijn zowel milieuverantwoorde scheepsrecycling als de verbetering van arbeidsomstandigheden in de scheepsrecycling.⁶⁴⁷ Het verdrag voorziet in een controle- en handhavingssysteem gedurende de volledige levenscyclus van een schip: van de ontwerp-, bouw- en exploitatiefase tot en met de recycling. Het verdrag is alleen nog niet in werking getreden.⁶⁴⁸ Tegen die achtergrond heeft de EU een verordening aangenomen ter zake van het recyclen van schepen.⁶⁴⁹ De verordening heeft tot doel de negatieve effecten voor het milieu te beperken en een snelle ratificatie van het Verdrag van Hongkong te faciliteren.⁶⁵⁰ Onder meer The Circular Shipping Initiative en de Sustainable Shipping Initiative⁶⁵¹ maken zich sterk voor implementatie van de principes uit de circulaire economie in alle stadia van de levensloop van schepen.⁶⁵² Dus naast de recycling, ook bij het ontwerp, de bouw en de exploitatie van de schepen.

Luchtvaart

De luchtvaartsector erkent het belang van de circulaire economie, al staat de ontwikkeling daarvan – net als in de scheepvaart – nog in de kinderschoenen.⁶⁵³ ICAO ziet met name mogelijkheden voor vliegtuigen en luchthavens. Voor vlieg-

644. *Kamerstukken I en II 2017/18, 34839 (R2094), A/Nr. 1*, Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken van 14 november 2017, betreffende het Internationaal Verdrag van Hongkong voor het veilig en milieuvriendelijk recyclen van schepen; Hongkong, 15 mei 2009, toelichtende nota, alsmede Verordening (EU) Nr. 1257/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 20 november 2013 inzake scheepsrecycling, en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1013/2006 en van Richtlijn 2009/16/EG (*PbEU* 2013, L 330/1-20), preambule onder 2.

645. Vgl. voor de wisselwerking van de verschillende instrumenten: Mededeling van de Europese Commissie aan de Raad. Evaluatie van het verband tussen het IMO-Verdrag van Hongkong voor het veilig en milieuvriendelijk recyclen van schepen, het Verdrag van Bazel en de EU-verordening inzake de overbrenging van afvalstoffen.

646. ‘Recycling of ships’, imo.org.

647. *Kamerstukken I en II 2017/18, 34839 (R2094), A/Nr. 1*, Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken van 14 november 2017, betreffende het Internationaal Verdrag van Hongkong voor het veilig en milieuvriendelijk recyclen van schepen; Hongkong, 15 mei 2009.

648. ‘The Hong Kong International Convention for the Safe and Environmentally Sound Recycling of Ships’, imo.org. In juli 2021 hebben zeventien landen het verdrag geratificeerd, waaronder Nederland, die een kleine 30% van het brutotonnage van de wereldwijde koopvaardijvloot vertegenwoordigen. Om in werking te treden zijn er minimaal vijftien ratificaties vereist, met een totaal brutotonnage van 40% van de wereldkoopvaardijvloot, waarvan het gezamenlijke maximumvolume aan gerecyclede schepen per jaar gedurende de voorafgaande tien jaar niet minder dan 3% van het brutotonnage van de gezamenlijke koopvaardijvloot van deze staten vormt (art. 17 lid 1 Verdrag van Hongkong).

649. Verordening (EU) Nr. 1257/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 20 november 2013 inzake scheepsrecycling, en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1013/2006 en van Richtlijn 2009/16/EG (*PbEU* 2013, L 330-1-20).

650. Art. 1 Verordening (EU) Nr. 1257/2013.

651. sustainableshipping.org.

652. Zie de rapporten ‘The Circular Shipping Initiative – How the Circular Economy could introduce new value to the shipping industry’, *The Circular Shipping Initiative Project* 2019, en ‘Exploring shipping’s transition to a circular industry’, *Sustainable Shipping Initiative*, juni 2021.

653. Vgl. het ICAO 2019 Environmental report, *Destination Green – The Next Chapter, Chapter 8: Towards a Circular Economy* 2019, p. 276.

tuigen kunnen de principes worden ingezet aan het einde van hun levensduur⁶⁵⁴, maar ook bij de exploitatie.

Minder dan 10% van een vliegtuig eindigt als afval.⁶⁵⁵ Tot 95% van een gebruikte vliegtuigmotor kan worden teruggewonnen en gerecycled.⁶⁵⁶ Ongeveer de helft van de teruggewonnen materialen kan opnieuw worden bewerkt voor gebruik als nieuwe onderdelen voor de luchtvaart.⁶⁵⁷

Al in 2006 is de *Aircraft Fleet Recycling Association (AFRA)* opgericht.⁶⁵⁸ Het samenwerkingsverband vertegenwoordigt verschillende partijen binnen de *supply chain*; van producenten tot materiaalrecyclers, waaronder Boeing, Bombardier, Embraer en Rolls-Royce. Op basis van door leden vastgestelde Best Management Practices (BMP) en Research & Development probeert zij de *end-of-life*-waarde van vliegtuigen te vergroten.⁶⁵⁹ AFRA is een Memorandum of Understanding aangegaan met ICAO en de International Air Transport Association (IATA), om de samenwerking in de industrie te verbeteren.⁶⁶⁰ IATA heeft *best practices* opgesteld voor de ontmanteling van vliegtuigen (Best Industry Practices for Aircraft Decommissioning, BIPAD).⁶⁶¹ De BIPAD richten zich met name op eigenaren van vliegtuigen, terwijl de BMP zijn opgesteld voor gespecialiseerde ontmantelings- en recyclingbedrijven. Mede door deze richtlijnen is het hergebruik van vliegtuigen in de afgelopen jaren gestaag toegenomen.⁶⁶²

Op operationeel vlak scheiden KLM en Air France materialen bij de catering, verminderen zij verpakking en kiezen ze voor herbruikbare producten als dekens en koffers.⁶⁶³ EasyJet heeft gekozen voor een nieuw uniform voor haar cabinepersoneel en piloten dat is gemaakt op basis van gerecyclede plastic flessen.⁶⁶⁴ Luchthavens kunnen bijdragen door hun afvalmanagement te veranderen. In 2019 recyclede Gatwick Airport 70% van haar afval.⁶⁶⁵ De Koninklijke Schiphol Groep streeft ernaar in 2050 100% circulaire luchthavens te exploiteren. In 2030 wil zij afvalvrij zijn.⁶⁶⁶ Zij stimuleert concreet onder meer nieuwe initiatieven als de verwerking van op eigen terrein geteelde vlas tot verf en heeft een 110 meter 'cradle-to-cradle' bagageband in gebruik.⁶⁶⁷

654. Gemiddeld is dat na 25 tot 32 jaar.

655. A. Elsayed e.a., 'Best Practices and Standards in Aircraft End-of-Life and Recycling', in: *Environmental Report*, ICAO 2019, p. 282.

656. rolls-royce.com/media/our-stories/discover/2017/revert.aspx.

657. A. Elsayed e.a., 'Best Practices and Standards in Aircraft End-of-Life and Recycling', in: *Environmental Report*, ICAO 2019, p. 282.

658. afraassociation.org/.

659. 'AFRA Mission', afraassociation.org/; 'R&D', afraassociation.org/.

660. A. Elsayed e.a., 'Best Practices and Standards in Aircraft End-of-Life and Recycling', in: *Environmental Report*, ICAO 2019, p. 279.

661. 'Best Industry Practices for Aircraft Decommissioning (BIPAD)', iata.org.

662. A. Elsayed e.a., 'Best Practices and Standards in Aircraft End-of-Life and Recycling', in: *Environmental Report*, ICAO 2019, p. 279.

663. 'Waste and circular economy', sustainabilityreport2019.airfranceklm.com.

664. EasyJet introduceert nieuwe uniformen voor piloten en bemanningsleden, gemaakt van gerecyclede plastic flessen', transport-online.nl/site/130141/easyjet-introduceert-nieuwe-uniformen-voor-piloten-en-bemanningsleden-gemaakt-van-gerecyclede-plastic-flessen/, 13 augustus 2021.

665. Zie over Gatwick Airport onder meer het ICAO 2019 Environmental report, *Destination Green – The Next Chapter*, Chapter 8: Towards a Circular Economy 2019, p. 277 alsmede p. 300-305.

666. D. Pronk, 'Circular Economy at Amsterdam Schiphol Airport', in: ICAO 2019 Environmental report, *Destination Green – The Next Chapter*, Chapter 8: Towards a Circular Economy 2019, p. 294.

667. 'Circulaire pilots', schiphol.nl.

Spoorvervoer

Ook treinen zijn geschikt voor recycling. Met name op dat vlak is verbetering van de footprint mogelijk.⁶⁶⁸ De grondstoffen bedragen daar immers zo'n 45% van de uitstoot.⁶⁶⁹ In Nederland zet de NS in op hergebruik van treinen, treindelen en interieur.⁶⁷⁰ In meer algemene zin heeft de NS als streven zo beperkt mogelijk gebruik te maken van nieuw materiaal.⁶⁷¹ Ook stimuleert zij onder meer scheiding van afval, zowel in treinen als op stations.⁶⁷²

3.5.3.3 Circulaire partners

Niet alleen vervoerders, maar ook andere bij het vervoer betrokken partijen implementeren de beginselen uit de circulaire economie.⁶⁷³ Zo onderzoekt Prorail de mogelijkheden van de inzet van duurzamer dwarsliggers op het spoor.⁶⁷⁴ In het door het Havenbedrijf Rotterdam samen met haar partners uit de industrie opgestelde stappenplan om te komen tot een vrijwel emissieloze haven in 2050 neemt de transitie naar een circulaire economie een belangrijke plek in: 'The third step consists of the realisation of a new raw materials and fuels system. This requires the development of an international waste hub, biomass hub and CO2 hub. Such developments are also an essential step to achieve a carbon-neutral port.'⁶⁷⁵ Ook in de scheepsbouw is men hier volop mee bezig.⁶⁷⁶ Verwezen zij ook naar de lancering van de Zero Emission Dredging Hub op 2 juli 2021; een samenwerkingsproject om te komen tot emissievrij baggeren.⁶⁷⁷

3.6 Rol (lucht)havens in het kader van verduurzaming

3.6.1 Positie (lucht)havens in de supply chain

Hoewel vervoerders een belangrijke schakel zijn in de *supply chain*, zijn zij zeker niet de enige partijen. Producenten, (hun) toeleveranciers, reparatiebedrijven, maar

668. A. Merksiz-Guranowska e.a., 'Rail vehicles recycling', 2014; A. Merksiz-Guranowska, 'Recycling Guidelines of the Rolling Stock', paper 62, Civil-Comp Press 2014. Het recyclen van treinen wordt ook genoemd in de Draft proposal for a European Partnership under Horizon Europe. Transforming Europe's Rail System, juli 2020.

669. V. Andriès, 'The Recyclable Train', Railway-News 9 november 2016 (online), railway-news.com; 'How can a train be made as recyclable possible?', 3minutesstop.alstom.com.

670. ns.nl/en/about-ns/sustainability/circular-enterprise; ns.nl/en/about-ns/sustainability/circular-enterprise/upcycled-products.

671. ns.nl/en/about-ns/sustainability/circular-enterprise.

672. ns.nl/en/about-ns/sustainability/circular-enterprise/separating-waste.

673. F. Ballini, 'Sustainability and Circular Economy Approach in Ports – How do port facilitate and gain from the implementation of Circular Economy model? What will be the role of the ports?', WMU 2020.

674. J.T.K. Quik e.a., 'Safety and sustainability analysis of railway sleeper alternatives. Application of a novel method for material loops', RIVM letter report 2020-0181, 2020.

675. Zie het rapport van het Havenbedrijf Rotterdam en Circle Economy, 'A deep dive into the port of Rotterdam's Waste-to-Value opportunities', 2019, p. 5.

676. Zie bijvoorbeeld voor de bouw van circulaire visserijschepen: masterplanduurzamevisserij.nl/nl/kennisbank/onderzoek/circulaire-visserij-en-scheepsbouw. Zie ook K. Jansson, 'Circular Economy in Shipbuilding and Marine Networks – A focus on Remanufacturing in Ship Repair', in: H. Afsharmanesh e.a. (ed.), *Collaboration in a Hyperconnected World*, Springer 2016, p. 661-671.

677. 'Lancering Zero Emission Dredging Hub', *Journal Zeerecht*, augustus 2021, p. 39.

ook en niet in de laatste plaats (lucht)havens zullen moeten bijdragen aan de energietransitie. Havens en luchthavens zorgen voor de op- en overslag, alsmede voor het doorvervoer van goederen. Zij zijn verantwoordelijk voor een efficiënte verwerking in de *supply chain*. Zij moeten in de benodigde laadinfrastructuur voorzien. Om vervoerders de walstroom te kunnen laten gebruiken, zullen havens voor de noodzakelijke aansluitpunten moeten zorgen.⁶⁷⁸ Luchthavens zullen voldoende stroomaansluitingen voor stationaire vliegtuigen moeten regelen.⁶⁷⁹ Het voorstel van de Europese Commissie ReFuelEU Aviation Initiative noemt uitdrukkelijk de verplichting van luchthavens om door middel van hun laadinfrastructuur de bijmengverplichting met duurzame brandstoffen te faciliteren aan luchtvaartmaatschappijen.⁶⁸⁰

Havens zijn bovendien verantwoordelijk voor de ontvangst en verwerking van afval afkomstig van schepen.⁶⁸¹ Zij hebben de mogelijkheid om de verschillende spelers bij elkaar te brengen en te laten samenwerken. De Europese havens ondersteunen de ambitie verwoord in de Europese Green Deal en zien zich als een strategische partner om het project succesvol uit te rollen.⁶⁸²

3.6.2 Circulaire hubs

Uiteindelijk zullen havens zich als spin in het web van het (inter)nationale vervoer moeten omvormen tot circulaire hubs.⁶⁸³ Er zijn meerdere mogelijkheden om te komen tot een meer circulair havensysteem, vaak geordend onder de thema's: *circular ports assets and equipment*, *circular flows within ports* en *ports as part of circular markets*.⁶⁸⁴ Specifieke aandachtspunten zijn onder meer recycling van afvalstromen, reparaties, onderhoud, verhuurservices en *asset sharing*.⁶⁸⁵ De Rotterdamse haven zet erop in een circulaire, oftewel een *waste-to value* hub te worden.⁶⁸⁶ Afval, waaronder verschillende soorten plastic, wordt gesepareerd en zo veel mogelijk verwerkt tot nieuwe producten. Hetzelfde geldt voor metaal, chemisch afval en andere (in-

678. Zie ook Proposal deployment alternative fuels infrastructure, and repealing Directive 2014/94/EU of the European Parliament and the Council, COM(2021)559 final, art. 7-11.

679. Zie ook Proposal deployment alternative fuels infrastructure, and repealing Directive 2014/94/EU of the European Parliament and the Council, COM(2021)559 final, art. 12.

680. Proposal on ensuring a level playing field for sustainable air transport, COM(2021)561 final, preamble onder 21, 23-24, 26. Zie over ReFuelEU ook par. 3.2.5.

681. Richtlijn (EU) 2019/883 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake havenontvangstvoorzieningen voor de afvalafgifte van schepen, tot wijziging van Richtlijn 2010/65/EU en tot intrekking van Richtlijn 2000/59/EG (*PbEU* 2019, L 151/116-142) alsmede het MARPOL-Verdrag (Internationaal Verdrag ter voorkoming van verontreiniging door schepen, 1973, zoals gewijzigd door het Protocol van 1978). Zie ook Consolidated Guidance for Port Reception Facility Providers and Users, MEPC.1/Circ.834/Rev.1, alsmede Guidelines for ensuring the adequacy of port waste reception facilities, MEPC/Res.83(44).

682. Zie onder meer de position paper on the European Green Deal van de European Sea Ports Organisation, 'ESPO's Roadmap to implement the European Green Deal objectives in ports', 2020.

683. Het project Loop Ports had als doel om de transitie in EU-havens te faciliteren; loop-ports.eu/.

684. Rapport van Loop Ports, Circular Economy Network of Ports, 'Looking at the Future of EU Ports – Opportunities for Intervention – Innovation Recommendations', 2019, p. 6.

685. 'Mapping of current ports status in relation to circular economy', loop-ports.eu.

686. portofrotterdam.com/nl/haven-van-de-toekomst/energietransitie/lopende-projecten/circulaire-hotspots; 'Rotterdam – towards a circular port', circle-economy.com, 5 november 2019. Zie ook het rapport van het Havenbedrijf en Circle Economy, 'A deep dive into the port of Rotterdam's Waste-to-Value opportunities', 2019.

dustriële) afvalstromen. Een concreet voorbeeld is het gebruik van materiaal afkomstig uit de afvalverbrandingsovens in Amsterdam en Alkmaar bij de aanleg van het prinses Amalia-viaduct op de Tweede Maasvlakte.⁶⁸⁷ Ook lopen er meerdere onderzoeksprojecten in de Rotterdamse haven, onder meer naar de inzet van schone bagger.⁶⁸⁸ Het Havenbedrijf Rotterdam is ook een belangrijke partner in het Porthos-project, het Port of Rotterdam CO₂ Transport Hub and Offshore Storage, dat zich richt op de opvang en opslag van CO₂ onder de Noordzee.⁶⁸⁹

3.7 Way forward

Duidelijk is dat de emissiereductie de komende jaren sterk zal moeten doorzetten om klimaatneutraliteit te bereiken. Er zijn meerdere wegen om daar te komen. Een eenduidige visie over de beste manier waarop dat dient te gebeuren ontbreekt voorsnog. Een combinatie van maatregelen zal noodzakelijk zijn.⁶⁹⁰ De EU-kaders geven richting, maar kunnen op verschillende manieren uitgewerkt worden. Het Nederlandse Klimaatcrisis Beleid Team heeft in mei 2021 geadviseerd om in te zetten op meer gebruik van schone energie in mobiliteit (dat zou de norm moeten worden) en het beprijzen van CO₂.⁶⁹¹ Ook de Europese Commissie kijkt naar een pakket van verschillende maatregelen in haar 'Fit for 55'-voorstel. De vraag is wel welke daarvan uiteindelijk geïmplementeerd zullen worden. Ook is de vraag hoe de maatregelen, al dan niet afkomstig van verschillende regelgevers, onderling zullen samenwerken. Het gaat uiteindelijk om het gecombineerde effect van de regelingen.⁶⁹²

Marktpartijen komen voorsnog zelf tot onvoldoende actie. De prijs blijft voor veel partijen de bepalende factor voor de inrichting van hun bedrijfsvoering en dus bij hun keuze voor de vervoersmiddelen⁶⁹³ dan wel de wijze van uitvoering van het transport.⁶⁹⁴ Dat geldt zowel voor vervoerders als voor verladers. Groen vervoer is voor de marktpartijen nog altijd aanzienlijk duurder dan conventioneel, vervuilender vervoer.⁶⁹⁵ In een interview met het *Nieuwsblad Transport* in juli 2021 geeft logistieke dienstverlener Rotra aan dat slechts 5% van haar klanten bereid is

687. Port of Rotterdam Circulaire Economie Position Paper 2019, p. 2.

688. 'Proeven in Rijnmondgebied met hergebruik van schone bagger', portofrotterdam.com, 12 maart 2021.

689. porthosCO2.nl/.

690. Zie ook P. Balcombe e.a., 'How to decarbonise international shipping: Options for fuels, technologies and policies', *Energy Conversion and Management* 2019, p. 3.

691. KBT Klimaatcrisis Beleid Team, 'Klimaatbeleid Mobiliteit & Transport Advies 3', 2021, p. 6. Vgl. ook het rapport van het Planbureau voor de Leefomgeving, 'Klimaatverandering in de prijzen? Analyse van de beprijzing van broeikasgasemissies in Nederland in 2018', 2021.

692. E. Yliheljo, 'Suitability of and regulatory barriers to the European emissions trading scheme regulating GHG emissions from transport', in: *Sustainable and efficient transport*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, p. 124.

693. Rapport 'Exploring shipping's transition to a circular industry', *Sustainable Shipping Initiative*, juni 2021, p. 13.

694. Zie onder meer Lloyd's Register en UMAS, 'Techno-Economic Assessment of Zero-Carbon Fuels', Londen 2020, p. 8.

695. N. Gray e.a., 'Decarbonising ships, planes and trucks: An analysis of suitable low-carbon fuels for the maritime, aviation and haulage sectors', *Advances in Applied Energy* 2021, p. 19.

meer te betalen in het kader van verduurzaming.⁶⁹⁶ Dat beeld komt overeen met de uitkomst van onze interviews met marktpartijen. Uit het rapport van de Europese Commissie uit 2019 over de kosten van het vervoer blijkt dat de externe kosten, waaronder die voor milieuvervuiling, nog altijd onvoldoende in de vervoersprijs zijn verdisconteerd,⁶⁹⁷ hoewel er op Europees niveau al in 1995 op is aangedrongen de externe kosten mee te nemen in de prijs, juist omdat prijs de bepalende factor is: 'Decisions made by individuals with respect to their choice of mode, their location and investments are to a large extent based on prices. So prices have to be right in order to get transport right'.⁶⁹⁸ Duidelijk is dat sturing op zowel supranationaal als nationaal niveau, met oog voor kostenverdeling, noodzakelijk is. Herhaald zij dat de kosten die nu in het kader van de transitie moeten worden gemaakt immers naar verwachting aanzienlijk lager zijn dan de prijs van onvoldoende en/of laattijdige verduurzaming.⁶⁹⁹

Het brede spectrum aan potentiële maatregelen maakt het lastig voor logistieke bedrijven en vervoerders om keuzes te maken. Zij moeten voorsorteren op onbekende regelgeving van zowel publiekrechtelijke, privaatrechtelijke als mededingingsrechtelijke aard, waaraan in de toekomst voldaan zal moeten worden. Gelet op het tempo van sommige overheden, ICAO en IMO is aannemelijk dat staten en supranationale wetgevers als de EU die sneller willen vergroenen, het heft in eigen hand zullen nemen en zelf tot regulering zullen overgaan.⁷⁰⁰ Dat kan leiden tot een versnipperde regelgeving. Hoewel mondiale regelingen een potentieel groter bereik hebben, kunnen regionale initiatieven een marktverandering in gang zetten. Uit het verleden blijkt dat dergelijke regelgeving kan leiden tot versnelde internationale regelgeving.⁷⁰¹ Ook blijkt dat (een deel van) de markt ervoor kiest de strengste regels aan te houden, om op die manier aan alle regels te voldoen.⁷⁰²

De focus zal waarschijnlijk gaan verschuiven van het realiseren van een emissiebeperking door vermindering/beprijzing van uitstoot van de vervoersmiddelen naar een algehele emissiereductie, waarin de hele productie- en vervoersketen wordt meegenomen. Aannemelijk is immers dat de doelstellingen anders niet gehaald zullen worden. Dat gaat gevolgen hebben voor de hele *supply chain*. Van belang is hiermee zo veel mogelijk rekening te houden bij het aangaan van langeretermijncontracten.⁷⁰³

696. F. Thoof, 'Clicken nu de missie voor "scale-up" Rotra', *Nieuwsblad Transport* 9 juni 2021 (online), nt.nl. In de binnenvaart is dat beeld niet anders. Vgl. 'Verslag bijeenkomst vergroening', algemeeneschippersvereniging.nl.

697. Paper 'Sustainable Transport – Infrastructure Charging and Internalisation of Transport Externalities: Executive Summary', 2019, p. 10.

698. Options for internalising the external costs of transport in the European union, 1995, COM(95)691, executive summary, onder 4.

699. Zie over het mededragen van de kosten van de transitie par. 7.2.

700. S. Chambers, 'Failure is an option: MEPC's deep divisions laid bare', splash247.com, 15 juni 2021; S. Chambers, 'Congress dusts off green shipping bill as MEPC struggles to find environmental consensus', splash247.com, 15 juni 2021.

701. S. Chambers, 'Congress dusts off green shipping bill as MEPC struggles to find environmental consensus', splash247.com, 15 juni 2021; 'Failure is not disaster: IMO's troubled efforts to finalise GHG measures', splash247.com, 8 juni 2021.

702. 'Failure is not disaster: IMO's troubled efforts to finalise GHG measures', splash247.com, 8 juni 2021. Zie ook hoofdstuk 8.

703. Zie ook hoofdstuk 6 over contractmanagement.

4 Digitalisering

4.1 Inleiding

Efficiency is voor vervoerders zowel een middel tot beperking van de schadelijke footprint te komen als een doel op zich. Een belangrijk instrument voor het efficiënter en duurzamer maken van *supply chains* is digitalisering.⁷⁰⁴ In de EU rijdt één op de vijf vrachtwagens leeg rond.⁷⁰⁵ Goederentreinen keren na aflevering van lading op de terugweg leeg terug. Containers zijn niet volledig gevuld. Onomstreden is dat digitalisering helpt om het aantal ‘lege’ kilometers fors te reduceren. Digitalisering vervult een essentiële rol in de transitie naar de circulaire economie.⁷⁰⁶ Men spreekt zelfs van ‘the key enabler’.⁷⁰⁷ De EU-Commissie heeft ook in het algemeen het grote belang van digitalisering bij verduurzaming benadrukt bij haar ‘Green Deal’: ‘Digital technologies are a critical enabler for attaining the sustainability goals of the Green deal in many different sectors’.⁷⁰⁸ De EU heeft in het kader van haar coronaherstelfonds weer genoemd dat digitalisering een topprioriteit is.⁷⁰⁹ Ook in het recent gepresenteerde ‘Fit for 55’-pakket benadrukt de Commissie de noodzaak van ‘The green and digital transition’.⁷¹⁰

Digitalisering is een breed begrip.⁷¹¹ Wij richten ons hier met name op het stroomlijnen en optimaliseren van logistieke processen, efficiënter en transparanter maken van transport en de vervanging van ‘papier(en processen)’. Wij gaan hier niet in op de verwerking van data en de (afspraken over) zogenoemde *data sovereignty* bij het gebruik van platforms. Dit is immers mede aan de orde gekomen in het recente preadvies van de Vereniging ‘Onderneming, digitalisering en data’.⁷¹² Hieronder gaan we eerst in op de regelingen en (supra)nationale initiatieven tot digitalisering. In paragraaf 4.3 gaan we in op platforms als belangrijke verschijningsvorm van de digitalisering. Vervolgens behandelen we de Cabotageregeling (par. 4.4), de digitalisering van vervoersdocumenten (par. 4.5) en komen we tot een afronding.

704. Vgl. onder meer de briefing van het Europees Parlement, ‘Sustainable and smart transport in Europe’, 2020. Ook de European Sea Ports Organisation noemt digitalisering expliciet in haar Position paper on the European Green Deal van de, ‘ESPO’s Roadmap to implement the European Green Deal objectives in ports’, 2020, p. 12. Zie verder: [linkedin.com/pulse/how-digitalisation-logistics-can-contribute-greater-protection-huber/](https://www.linkedin.com/pulse/how-digitalisation-logistics-can-contribute-greater-protection-huber/).

705. European Commission, *Shaping Europe’s digital future*, Luxemburg: Publications Office of the European Union 2020.

706. Zie over de circulaire economie par. 3.5.

707. Rapport ‘The Circular Shipping Initiative – How the Circular Economy could introduce new value to the shipping industry’, *The Circular Shipping Initiative Project* 2019, p. 9.

708. De Europese Green Deal, COM(2019)640 def., zie par. 2.2.3.2.

709. Herstel en voorbereiding voor de volgende generatie, COM(2020)456 def., p. 9.

710. Fit for 55, COM(2021)550 final.

711. Vgl. voor een recent rapport: FreedomLab, *Toekomstverkenning Digitalisering 2030*, 2021.

712. E.M.L. Moerel e.a., *Onderneming, digitalisering en data, over corporate governance en handhaving in het digitale tijdperk* (Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019. Vgl. ook P.G. van der Putt & P. Polter, ‘Platforms en data’, *Weg & Wagen* (35) 2021, nr. 93 (online), sva.nl.

4.2 Regelingen en (supra)nationale initiatieven tot digitalisering

4.2.1 WTO Trade Facilitation Agreement

De internationale handel en logistiek worstelen al decennia met digitalisering. Het gaat om een van oudsher conservatieve industrie. Internationale en geopolitieke elementen compliceren het bereiken van overeenstemming tussen staten en een veelheid aan private partijen over (1) identieke standaarden voor documenten en formats voor uitwisseling en delen van data alsmede (2) universele spelregels over bijvoorbeeld aansprakelijkheid en levering van zaken en vermogensrechten (door overdracht van data). Illustratief voor het conservatisme is een veelzeggend bericht uit het jaarrapport 2018 van de International Chamber of Commerce (ICC) over digitalisering. Het rapport van de ICC spreekt over circulatie van circa 4 miljard pagina's papier in het internationale documentair betalingsverkeer.⁷¹³

Onder de vlag van de Verenigde Naties werd in februari 2017 met de ratificatie van de WTO Trade Facilitation Agreement (TFA)⁷¹⁴ een belangrijke stap gezet. Doel van de TFA is het efficiënter maken van de internationale handel, met name door transparantie en digitalisering. De TFA legt grote nadruk op het terugdringen en minimaliseren van papieren documentatie, met name in het douaneverkeer.

4.2.2 EU-initiatieven

In 2020 lanceerde de EU haar concept van de EU Digital Single Market, 'Shaping Europe's Digital future'. De Europese Commissie richt zich voor de periode 2019-2024 op het vormgeven van een Europa dat klaar is voor het digitale tijdperk.⁷¹⁵ Tevens focust de Europese Commissie zich op het tot stand brengen van één zogenoemde Europese gegevensruimte. Met de mededeling 'Eén Europese datastrategie' introduceert de EU haar concept van een Europese, interne markt voor data.⁷¹⁶

Volgens de Europese industriestrategie is Europa begonnen aan een transitie naar klimaatneutraliteit en digitaal leiderschap. De Europese industriestrategie moet ervoor zorgen dat de Europese industrie hierbij het voortouw neemt.⁷¹⁷

Van belang voor de logistiek is Verordening (EU) 2020/1056 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2020 inzake elektronische informatie over goederenvervoer (hierna: eFTI-verordening).⁷¹⁸ De verordening koppelt duurzaam transport aan de noodzaak van digitalisering van het goederenvervoer en de goederenlogistiek.

713. The International Chamber of Commerce, *2020 ICC Global Survey on Trade Finance*, p. 13.

714. Zie WTO.org.

715. E. Verheggen, 'Belofte vrachtwagenplatforms is nog niet ingelost', *Nieuwsblad Transport* 17 juni 2021 (online), nt.nl.

716. Een Europese datastrategie, COM(2020)66 def.

717. 'Een Europese industriestrategie', ec.europa.eu.

718. Verordening (EU) 2020/156 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2020 inzake elektronische informatie over goederenvervoer (*PbEU* 2020, L 249). Vgl. over deze verordening P.G. van der Putt & P. Polter, 'Concept-verordening voor elektronische vrachtinformatie: De EFTI-Verordening', *Weg & Wagen* (33) 2019, nr. 88 (online), sva.nl.

De eFTI-verordening verplicht publieke partijen om de digitale transitie per medio 2025 verwezenlijkt te hebben teneinde papierloos transport te kunnen realiseren.⁷¹⁹ Doel van de eFTI-verordening is te komen tot digitale informatieverstrekking tussen logistieke partijen en overheidsinstanties. Voorop staat de afschaffing van papieren documentatie zoals onder meer vrachtbrieven. Uitwisseling moet plaatsvinden via gecertificeerde eFTI-platforms.⁷²⁰ Dit zijn de eerste stappen op weg naar digitalisering van de logistiek.

In april 2021 heeft het Europees Parlement aangenomen de Resolutie over technische en operationele maatregelen voor een efficiënter en schoner zeevervoer (2019/2193 (INI)). Het belang van digitalisering van de logistieke infrastructuur wordt in deze resolutie benadrukt. Europarlementariër C. Nagtegaal-van Doorn (VVD) heeft meegewerkt aan deze Resolutie. Zij noemt als voorbeeld de uitrol van een digitale infrastructuur ter voorbereiding op de komst van semiautonome schepen. Zij benadrukt verder het gebruik van kunstmatige intelligentie.⁷²¹ Algoritmes om efficiënter, veiliger en schoner te varen.⁷²² De Resolutie van het Europees Parlement noemt uitdrukkelijk de bijdrage van de digitalisering aan de verlaging van de CO₂-uitstoot. De Resolutie meldt de noodzaak van digitale uitwisseling van data ter bepaling van energie-efficiëntere vaarroutes van schepen en bevordering van kortere wachttijden voor schepen in havens.

4.2.3 Nederlandse Digitale Transport Strategie Goederenvervoer

Het Ministerie van Infrastructuur en Milieu heeft in december 2018 zijn Digitale Transport Strategie (DTS) Goederenvervoer⁷²³ gepubliceerd. De DTS borduurt voort op het concept van de EU Digital Single Market. De belangrijkste doelstelling van de strategie is volgens het ministerie innovatief multimodaal goederenvervoer met een toekomstbestendige digitale infrastructuur. De overheid identificeert drie mijlpalen:

- ‘1. Papierloos transport, zodat alle wettelijk verplichte informatie van bedrijven aan de overheid over vracht, transport en personen digitaal door de overheid kan worden ontvangen en verwerkt.
2. Een overheidsplatform voor goederenvervoer, zodat een digitale overheid wordt gerealiseerd waardoor overheden data, verkregen uit papierloos transport, onderling kunnen delen, daarmee efficiënter kunnen werken en betere dienstverlening kunnen leveren.
3. Een basis data delen infrastructuur, zodat overheden, bedrijven en platforms decentraal kwalitatief goede en integere data met elkaar kunnen delen in een betrouwbare, open en neutrale netwerkgeving.’

719. Brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 21 oktober 2020, IENW/BSK-2020/203845, p. 3.

720. Vgl. nader over de e-CMR vrachtbrief par. 4.5.1.

721. Zie over de inzet van artificial intelligence op maritiem gebied ook het rapport van de Nederlandse Artificiële Intelligentie Coalitie ‘Koersen op AI – Maritieme ambities op het gebied van Artificiële Intelligentie in Nederland’, *NL AIC*, juni 2021.

722. B. Pals, ‘Politiek klampt zich vast aan hype van waterstof en elektrisch’, *Nieuwsblad Transport* 24 maart 2021 (online), nt.nl.

723. Ministerie van Infrastructuur en Milieu, *Digitale Transport Strategie – Goederenvervoer*, 2018.

Bij Kamerbrief stand van zaken DTS, 24 november 2020⁷²⁴ heeft het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat een update aan de Tweede Kamer gezonden. De brief noemt als belangrijk platform de Basis Data Infrastructuur (BDI). De BDI is een netwerk van bestaande platforms en systemen waar data worden gedeeld door het ministerie, de douane, de zeehavens, Schiphol en de Port Community Systemen Cargonaut (Schiphol) en Portbase (Rotterdam) en bij elkaar kan worden ‘binnengekomen’. Het ministerie benadrukt dat alle betrokken partijen ‘datagedreven’ leren werken: ‘De digitale transitie is een systeeminnovatie die alleen lukt in goede interactie met het bedrijfsleven’. De BDI is een groot overheidsproject en een aanzet tot het *Internet of Logistics*. Doel van de digitale transitie is het delen van informatie door voor de gebruikers toegankelijke data (‘geharmoniseerde data interoperabiliteit’). Planning van transport wordt zo makkelijker en efficiënter. Nu weet de spoorterminal bijvoorbeeld 15 minuten voor aanvang van het spoorvervoer niet welke lading binnen komt. Dat moet door het delen van data worden opgelost. Ook volgens het recente rapport ‘Smart logistics will transform trucking through unprecedented efficiency’ van Strategy & Orbit is veel winst te boeken door routeplanning en vrachtgegevens te combineren met op kunstmatige intelligentie gebaseerde *matching platforms*.⁷²⁵

4.3 Platforms en digitale marktplaatsen

4.3.1 Platforms

Hieronder gaan wij in op private, digitale platforms als belangrijke verschijningsvorm van de digitalisering. Het gaat ook hier om logistieke platforms voor digitale connectiviteit ondersteund door internationale uitwisseling en delen van data. De genoemde Digitale Transport Strategie (DTS) Goederenvervoer⁷²⁶ omschrijft een platform als een gemeenschappelijke basis van technologieën, technologische, economische en sociale regels en afspraken (zoals standaarden) waarop meerdere spelers informatie kunnen delen, kunnen innoveren en aanvullende technologieën, producten of diensten ontwikkelen.

4.3.2 Internationale platforms voor digitale connectiviteit in de overzeese handel

Een belangrijk onlineplatform in de containerscheepvaart is TradeLens. Het platform is oorspronkelijk opgezet door Maersk en IBM.⁷²⁷ Het platform heeft als motto: ‘Digitizing the global supply chain’. TradeLens is een open en neutraal *supply chain*-platform ondersteund door *blockchain*-technologie.⁷²⁸ Het is gericht op het veilig delen van *supply chain*-informatie en data tussen partijen betrokken in de logistieke keten: afzenders (*shippers*), ladingontvangers, expediteurs en vervoerders,

724. Brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 24 november 2020, IENW/BSK-2020/190558, p. 2.

725. Strategy & Orbit, *Smart logistics will transform trucking through unprecedented efficiency*, 2021; E. Verheggen, ‘Belofte vrachtwagenplatforms is nog niet ingelost’, *Nieuwsblad Transport* 17 juni 2021 (online), nt.nl.

726. Ministerie van Infrastructuur en Milieu, *Digitale Transport Strategie – Goederenvervoer* 2018, p. 16, noot 19.

727. ‘Trade made easy’, *tradelens.com*.

728. Zie over TradeLens en internationale mededingingsaspecten A.J. Braakman, ‘Does the digital leviathan spell the end of fair competition in the shipping industry?’, *ETL* 2020, p. 475 e.v.

havens en *terminal operators* alsmede douaneautoriteiten. Inmiddels zijn ook andere grote containerrederijen als MSC, Hapag-Lloyd, CMA CGM en ONE toegetreden tot dat platform. Dit is goed nieuws voor de verdere opschaling. Het platform kent nu ook mogelijkheden voor een digitale TradeLens Bill of Lading.⁷²⁹

Een ander belangrijk *supply chain*-platform gebaseerd op *blockchain*-technologie gelanceerd in februari 2021 is Covantis.⁷³⁰ Het onlineplatform is opgezet door de *shipping industry* en de grote *soft commodity traders* ADM, Bunge, Cargill, COFCO, LDC (Louis Dreyfus Commodities) en Vitterra. Het platform beoogt: 'To create digital solutions to automate grain and oil seed post-trade execution processes'. Het platform richt zich op de afwikkeling van *commodity* contracten (*contract execution*) op het gebied van vervoer, douaneformaliteiten, betaling, certificering, verzekering, enzovoort. Het platform is nadrukkelijk bedoeld als een open platform. Ook andere handelaren kunnen toetreden.

De eerste transactie via het platform dit jaar was een verscheping van sojabonen van de VS naar China door verkoper LDC. Volgens de site van de betrokken ING Bank: '(...), this trade included a full set of digitalised documents (sales contract, letter of credit, certificates) and automatic data-matching, thus avoiding task duplication and manual checks'.⁷³¹

4.3.3 Digitale marktplaatsen

Met digitale marktplaatsen doelen wij op het digitaal contracteren van logistiek door middel van onlineplatforms, een groeiend en veelzijdig fenomeen. Ons contractenrecht is van oudsher gericht op overeenkomsten tussen twee partijen: debiteur en crediteur. De driehoeksverhouding tussen platform, vragers en aanbieders van logistieke diensten doorbreekt dit patroon.⁷³² Tussen alle partijen bestaan in beginsel drie rechtsverhoudingen: tussen platform en aanbieder, tussen platform en vrager en uiteindelijk tussen aanbieder en vrager. In deze laatste rechtsverhouding wordt de logistieke prestatie overeengekomen. De rechtsverhouding tussen het logistieke onlineplatform en zijn gebruikers moet door uitleg, naar het toepasselijke recht, worden vastgesteld.⁷³³ Indien het logistieke platform geen of slechts beperkte zeggenschap heeft over de sluiting van de vervoerovereenkomst, kwalificeert het veelal als een 'digitale marktplaats' of eventueel bemiddelingsdienst. De rechtspraak laat overigens een tendens zien dat platforms zich steeds minder als 'buitenstaander' kunnen presenteren.⁷³⁴ De platforms geven in hun gebruikersvoorwaarden in de regel aan wat hun contractuele hoedanigheid is, althans hoe zij die zelf zien. Verordening (EU) 2019/1150 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (platform-to-

729. Zie over de digitale bill of lading meer in par. 4.5.1.

730. 'It's time to simplify global trade', covantis.io.

731. 'ING participates in first agricultural commodity trade through blockchain', ingwb.com.

732. V. Mak, 'Contracteren in de platformeconomie', *MvV* 2021, nr. 2, p. 57-63.

733. Vgl. A. Spijker, 'De rechtspositie van digitale logistieke platforms', *Weg & Wagen* (34) 2020, nr. 89 (online), sva.nl; C. ten Bruggencate, 'Wat is de juridische status van een internetplatform?', *Stichting Vervoeradres* 2018 (online), sva.nl.

734. P.G. van der Putt & P. Polter, 'Platforms en data', *Weg & Wagen* (35) 2021, nr. 93 (online), sva.nl.

business of P2B-Verordening)⁷³⁵ noemt een aantal vereisten waaraan de gebruikersvoorwaarden van het platform moeten voldoen. Deze vereisten richten zich vooral op transparantie van de gebruikte algoritmes en een eerlijke behandeling van (zakelijke) gebruikers van het platform.

4.3.4 Voorbeelden van digitale marktplaatsen

Veel grote logistieke dienstverleners gebruiken een eigen onlineplatform om hun logistieke diensten aan te bieden. Een goed voorbeeld is het inmiddels van de Europese markt verdwenen Uber Freight. Uber Freight lanceerde in 2017 een platform voor vervoer van lading. Zij afficheerde zichzelf als expediteur (*freight forwarder*) in de zin van artikel 8:60 BW. In paragraaf 5 van Ubers algemene voorwaarden⁷³⁶ stond: 'The Services constitute a freight forwarding technology platform (...)'. NB: Een expediteur verzorgt het vervoer en *doet* daarmee volgens de wet vervoeren. Het voordeel van de hoedanigheid van expediteur is dat hij in principe niet aansprakelijk is voor ladingschade. Die aansprakelijkheid rust op de door de expediteur ingeschakelde vervoerder.

In 2020 werd de Europese vrachtdivisie van Uber Freight overgenomen door de Duitse *digital road freight forwarder* Sennder. Sennder meldt op haar website⁷³⁷ dat zij de logistiek naar een nieuw niveau brengt met een nieuwe graad van transparantie en flexibiliteit voor de industrie '(...) whilst reducing carbon waste'. In haar gebruikersvoorwaarden afficheert zij zich eveneens uitdrukkelijk als *forwarder* (expediteur).

Het Digital Freight Network van Quicargo⁷³⁸ schermt evenzeer met efficiency en duurzaamheid: '(...) Quicargo efficiently fills up empty or partially empty trucks with your freight. Our sustainable way of revamping the transportation and logistics industry leads to: more flexibility, lower costs and better service.' Volgens haar gebruikersvoorwaarden sluit Quicargo met haar opdrachtgever een *Forwarding Agreement* en handelt zij als expediteur (*forwarder*) in de zin van artikel 8:60 BW.

Het platform van de bekende logistieke dienstverlener Flexport⁷³⁹ biedt naast logistieke dienstverlening ook andere *supply chain services* als *insurance*, *trade finance* en *Customs Brokerage*. Het platform schermt met volledige transparantie van alle mogelijke logistieke data van goederen op transport.

Tot slot noemen wij een interessante en recente Hamburgse marktplaats voor het boeken van spoorvracht van de Duitse start-up Modility.⁷⁴⁰ De gebruikers van het platform kunnen via een open marktplaats de beschikbare transportcapaciteit van spoorvervoerders vinden, plannen en direct boeken. Modility biedt *combined transport-*

735. Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (*PbEU* 2019, L 186).

736. A. Spijker, 'De rechtspositie van digitale logistieke platforms', *Weg & Wagen* (34) 2020, nr. 89 (online), sva.nl.

737. 'Your digital road freight forwarder across Europe', sennder.com.

738. quicargo.com.

739. 'Grow your business with the modern freight forwarder', flexport.com/our-story.

740. 'Das digitale Vermittlungsportal für den Kombinierten Verkehr', modility.com/lp/start.

operators (multimodaal vervoerders) een extra onlineverkoopkanaal om routes op de markt te brengen, evenals restcapaciteit met dynamische tarieven en een betere benutting van de treincapaciteit. Omdat Modility naar eigen zeggen een bijdrage wil leveren aan de eerder genoemde *modal shift* en synchromodaal transport wil versterken als een efficiënt en milieuvriendelijk vervoersysteem, wordt het project gefinancierd door de Duitse overheid. Federaal minister van Transport, Andreas Scheuer, verklaart volgens een persbericht in maart 2021: ‘We willen het goederenvervoer verplaatsen van de weg naar het spoor. Met het federale programma “Future Rail Freight Transport” ondersteunen we bedrijven die willen investeren in digitalisering, automatisering en moderne voertuigtechnologie’.⁷⁴¹

4.3.5 Onlinevrachtbeurzen

De in de logistiek bekende en grootschalige, onlinevrachtbeurzen Teleroute⁷⁴² en Timocom⁷⁴³ zijn voorbeelden van horizontale samenwerking tussen (weg)vervoerders. Beide platforms bieden een internationale marktplaats of ontmoetingsplek voor afzender en vervoerder. Logistieke dienstverleners betalen een vast bedrag voor het gebruik van de platforms. Meer dan 100.000 vervoerders zijn aangesloten volgens deze platforms. De platforms spelen geen actieve rol bij het tot stand brengen van de vervoerovereenkomst. De vervoerovereenkomsten worden rechtstreeks gesloten tussen vervoerder en afzender buiten het platform om.

De platforms worden vooral gebruikt door internationale vervoerders in langere logistieke ketens. Volgens de websites van deze vrachtbeurzen worden er dagelijks in geheel Europa honderdduizenden vrachten en voertuigen aangeboden op de vrachttuitwisseling. Kennelijk wordt er iedere dag een paar miljoen ton aan lading op deze manier door geheel Europa en daarbuiten vervoerd. De vrachtbeurzen hebben onder transportverzekeraars echter een slechte naam en worden – terecht of onterecht – geassocieerd met ladingdiefstallen en identiteitsfraude. Malafide partijen bieden zich via deze vrachtbeurzen soms aan als vervoerder en stelen vervolgens de lading. In transportpolissen is aansprakelijkheidsdekking nogal eens uitgesloten in geval van gebruik van een dergelijk logistiek platform.

De vervoerder die via een vrachtbeurs een – naar later blijkt – dief heeft ingeschakeld wordt door de rechter onbeperkt aansprakelijk gehouden onder het CMR-Verdrag.⁷⁴⁴ De rechters oordelen kort en krachtig dat als een contractuele vervoerder een ondervoerder inschakelt die later een dief blijkt te zijn, deze contractuele vervoerder jegens de oorspronkelijke afzender onbeperkt aansprakelijk is voor de opzet van deze ondervoerder (art. 3 juncto art. 29 CMR).⁷⁴⁵ Het beroep op vervoerdersovermacht van deze contractuele vervoerder, namelijk dat hij zo goed

741. P. van den Bogaard, ‘Nieuwe Hamburgse marktplaats voor boeken spoorvracht’, *Nieuwsblad Transport* 15 maart 2021 (online), nt.nl.

742. ‘Vind de transporteur of de vracht die bij u past’, teleroute.com/nl-nl.

743. ‘TIMOCOM. Stel hogere eisen aan de transportprocessen van de toekomst’, timocom.nl.

744. Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer over de weg (CMR), Genève 19 mei 1956 (*Trb.* 1957, 84).

745. Vgl. Rb. Roermond 30 november 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:2588, *S&S* 2013/101; Rb. Den Haag 27 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7897, *S&S* 2014/6; Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1068, *S&S* 2014/116; Rb. Rotterdam 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8768, *S&S* 2015/44.

mogelijk heeft gecontroleerd dat hij niet een dief zou inschakelen, is in deze situatie irrelevant.

Wat er ook zij van de soms mindere reputatie van deze vrachtbeurzen, zij voorzien in een duidelijke behoefte gelet op de enorme vrachtvolumes die via deze beurzen verhandeld worden. Ter voorkoming van de enkele ladingdiefstal en identiteitsfraude moeten vervoerders hun *compliance* en daarbij behorende checks en controles van hun ondervervoerders aanscherpen.

4.3.6 Cargo bundling en samenwerking tussen vervoerders

Logistieke onlineplatforms zijn *booming*. Er zijn echter ook gestrande pogingen. Deze geven een aardige indicatie van de ‘pijnpunten’. Het platform Synple⁷⁴⁶ was een samenwerkingsplatform voor vervoerders. Vervoerders konden eenvoudig vrachten en ritten combineren en uitwisselen. Synple gebruikte slimme technologie en uitwisseling van data om vracht en capaciteit te matchen. Vervoerders konden onderling, zonder openheid te geven over prijsafspraken, elkaars lege ruimte gebruiken. Derhalve belangrijk voor efficiënt vervoer! Het lukte Synple echter niet om op te schalen en een gezond businessmodel te ontwikkelen. Eind 2018 is Synple gestopt.⁷⁴⁷

Tijdens het tweejaarlijkse SVA⁷⁴⁸-congres ‘Horizontale samenwerking’ van 13 maart 2018 is uitgebreid aandacht besteed aan het door de EU gesponsorde platform NexTrust. Dit was een platform voor samenwerkingsverbanden om netwerken te creëren die vervoerders en lading op een duurzame wijze bij elkaar brachten via een *Third Trusted Party*. Op basis van geanalyseerde data werd lading zo veel mogelijk gebundeld met als doel de beladingsgraad van transportmiddelen te verhogen. Het resultaat zou een kostenverlaging en CO₂-reductie tot gevolg moeten hebben.⁷⁴⁹ Het project is helaas beëindigd.

De kern van het probleem lijkt dat partijen – wegvervoerders – als concurrenten van elkaar moeite hebben met het delen van informatie via dergelijke platforms. Het prangende probleem van onvoldoende benutting van transportcapaciteit blijft daarmee onopgelost. De universiteiten van Klagenfurt en Wenen (Oostenrijk) werken aan een recent project – uitwisselingsmechanismen in de logistiek – om te voorkomen dat vrachtwagens en goederentreinen leeg terugkeren naar de basis.⁷⁵⁰ Het project beoogt de bundeling van transportopdrachten en lading om capaciteit beter te benutten en met behulp van een digitaal platform nieuw leven in te blazen. Hierbij wordt onder meer gebruikgemaakt van veilingsystemen zonder *disclosure* door deelnemende vervoerders van gevoelige gegevens zoals kosten of vaste klanten.

746. ‘Synple’, synple.pr.co.

747. ‘Synple: Platform tegen leeg rijden stopt’, *Logistiek* 10 september 2018 (online), logistiek.nl.

748. ‘Stichting Vervoeradres’, sva.nl.

749. L. van Hee, ‘De verticale aansprakelijkheid van horizontaal samenwerkende vervoerders’, *Stichting Vervoeradres* 2018 (online), sva.nl (hierna: Van Hee 2018).

750. P. Smits, ‘Veilingsysteem voor verdeling van bestaande transportcapaciteit’, *Nieuwsblad Transport* 26 april 2021 (online), nt.nl.

Een laatste vorm van (horizontale) samenwerking om bij stil te staan is *platooning*. Bij *platooning* rijden twee of meer vrachtwagens op zeer korte volgfstanden elektronisch gekoppeld achter elkaar. Hierdoor wordt een stabiel peloton gevormd. In gekoppelde toestand neemt de bestuurder van het leidende voertuig in feite de besturing op zich. De volvoertuigen volgen deels of geheel geautomatiseerd het leidende voertuig. Ook hier speelt de uitwisseling van data een belangrijke rol. Voordelen van *platooning* zijn onder meer forse brandstofbesparing en verbeterde veiligheid.⁷⁵¹ Proefprojecten met *platooning* zijn sinds begin 2015 gestart met steun van de Nederlandse overheid. De laatste jaren is het echter stiller rond dit project. Sceptici wijzen op het volle en drukke Nederlandse wegennet als belemmering voor *platooning*.⁷⁵²

4.4 EU-Cabotageregeling

Het delen van data via logistieke platforms bevordert efficiënt en daarmee ook duurzaam vervoer. Wij wijzen echter tevens op de schadelijke gevolgen van de EU-Cabotageregeling.⁷⁵³ Cabotage is binnenlands vervoer in het ene land door een vervoerder uit een ander land. Cabotage is een beladen onderwerp in de EU vanwege de aanzienlijk lagere lonen van chauffeurs in Oost-Europa.

In de EU-regeling is een bepaling opgenomen die de lidstaten de mogelijkheid geeft om cabotagebeperkingen op gecombineerd vervoer in te voeren door middel van zogenoemde Cabotagequota. Verder mag volgens deze regeling een internationale wegvervoerder in het ene land slechts een beperkt aantal transporten uitvoeren in het andere land ter voorkoming van oneerlijke concurrentie. De uitwerking van deze verordening is allerm minst duurzaam en inefficiënt. Zij veroorzaakt immers dat een groot aantal vrachtwagens leeg terugkeert naar 'de basis'.

Begin 2021 verscheen een vernietigend rapport over de gevolgen voor het klimaat die de terugkeerplicht voor voertuigen met zich meebrengt.⁷⁵⁴ Ook is onderzoek gedaan naar de gevolgen van de Cabotagequota.⁷⁵⁵ Gelet op de resultaten van beide studies zou de EU-Cabotageregeling kunnen leiden tot 3,3 miljoen ton extra CO₂-uitstoot.⁷⁵⁶ Duidelijk is dat deze regeling nog eens kritisch tegen het licht moet worden gehouden.⁷⁵⁷

751. Van Hee 2018, p. 5.

752. Vgl. uitgebreid over *platooning*: W. Verheyen, "Towards a model for sustainable platooning cooperation in road transport", in: *Sustainable and efficient transport. Incentives for Promoting a Green Transport Market*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, p. 230 e.v.

753. Verordening (EU) 2020/1055 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2020 houdende wijziging van Verordeningen (EG) nr. 1071/2009, (EG) nr. 1072/2009 en (EU) nr. 1024/2012 tot aanpassing aan ontwikkelingen in de wegvervoerssector (PbEU 2020, L 249).

754. S. Amaral e.a., *Assessment of the impact of a provision in the context of the revision of Regulation (EC) No 1071/2009 and Regulation (EC) No 1072/2009*, Luxemburg: Publications Office of the European Union 2021; K. Vierhout, 'Column – Zwijgrecht voor chauffeurs', *Nieuwsblad Transport* 17 maart 2021 (online), nt.nl.

755. TRT Transporti e Territorio Srl, *Mobility Package 1. Data gathering and analysis of the impacts of cabotage restrictions on combined transport road legs*, Luxemburg: Publications Office of the European Union 2020.

756. E. Verheggen, '3,3 miljoen ton extra CO2 door Mobiliteitspakket', *Nieuwsblad Transport* 24 februari 2021 (online), nt.nl.

757. Volgens sommigen is cabotage op zich juist efficiënt en milieuvriendelijk vervoer, vgl. M. van de Peppel, 'Cabotage: efficiënt en milieuvriendelijk vervoer', *mkb servicedesk.nl*, 31 mei 2021.

4.5 Digitalisering van vervoerdocumenten

4.5.1 *E-Bill of lading*

Een belangrijke schakel voor het vlottrekken van de digitalisering in de internationale handel en scheepvaart is de e-B/L.⁷⁵⁸ Het cognossement is het document dat wordt uitgegeven bij inontvangstneming van de goederen door de vervoerder, in het Engels aangeduid als *bill of lading* (B/L). Op basis van het cognossement als *document of title* kunnen goederen eenvoudig verhandeld worden en kan financiering met het cognossement als onderpand verkregen worden. De houder van het cognossement heeft namelijk als enige het recht om uitlevering van de lading te verlangen van de vervoerder, artikel 8:441 BW. Daarmee heeft deze houder ‘grip op de lading’. Het huidige vervoerrecht faciliteert het gebruik van de e-B/L echter onvoldoende. Het centrale probleem is dat naar vrijwel alle maritieme rechtstelsels, waaronder Nederlands recht, cognossementen alleen geleverd kunnen worden als een papieren document (art. 3:93 BW). Artikel 8:417 BW zegt dat levering van het cognossement geldt als levering van zaken. In de *commodity*-handel is het verhandelbare cognossement vooral van belang, omdat het op deze manier kan worden gebruikt voor levering van zaken. Het geldende verdrag voor goederenvervoer over zee onder cognossementen, de Hague-Visby Rules (HVR), regelen de e-B/L niet.⁷⁵⁹ De (nog) niet inwerking getreden Rotterdam Rules⁷⁶⁰ (RR) geven wel een elektronisch equivalent voor het cognossement: het *Electronic Transport Record* (ETR). Volgens de RR is er geen verschil tussen het gebruik van een traditioneel papieren cognossement en het gebruik van een ETR. Dit is het beginsel van functionele equivalentie. De e-B/L is functioneel gelijkwaardig aan het papieren cognossement. Inwerkingtreding van de RR lijkt echter nog ver weg. Europa kijkt voor ratificatie naar Amerika en China. Deze landen maken geen aanstalten tot toetreding. Of en op welke wijze de *exclusive control* over het ETR kan worden overgedragen, is dus niet internationaal geregeld en overgelaten aan het nationale recht. Zonder dergelijke regels bestaat grote twijfel of de e-B/L wel als waardepapier kan gelden en zo de eigendomsovergang van de lading kan bewerkstelligen.

Initiatieven om te komen tot geïntegreerde systemen van e-B's/L zijn onder meer genomen door Bolero⁷⁶¹ en door Electronic Shipping Solutions⁷⁶² (ESS) op basis van het gebruik van Trusted Third Parties. Recente systemen van e-B's/L op het gebied

758. Voor deze paragraaf hebben wij mede geput uit een eerdere publicatie over het elektronische cognossement: M.A.W. van Maanen, ‘Het elektronische cognossement’, in: *Het schip en zijn verdragen. Zeerechtelijke bijzonderheden*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2020.

759. Het Verdrag van 25 augustus 1924 ter vaststelling van enige eenvormige regelen betreffende het cognossement (*Trb.* 1953, 109) met inbegrip van de bepaling voorkomend in onderdeel 1 van het daarbij behorende Protocol van ondertekening, zoals dat Verdrag is gewijzigd bij het te Brussel op 23 februari 1968 ondertekende Protocol (*Trb.* 1979, 26) en als verder gewijzigd bij het te Brussel op 21 december 1979 ondertekende Protocol (*Trb.* 1985, 122).

760. Verdrag van de Verenigde Naties inzake de overeenkomsten voor het internationale vervoer van goederen geheel over gedeeltelijk over zee, New York 11 december 2008 (*Trb.* 2011, 222).

761. ‘The trade finance digitalisation experts’, bolero.net.

762. ‘58,000+ companies use our solutions to digitize their trade/finance documents and processes’, essdocs.com.

van *blockchain*-technologie zijn onder meer edoxOnline⁷⁶³ en Wave.⁷⁶⁴ Al deze digitale systemen leunen in feite op een multilateraal contract tussen alle relevante partijen waaronder de genoemde platforms. De regels van de platforms stellen het eerder genoemde beginsel van functionele equivalentie van de e-B/L voorop.

Bij gebreke van een internationale, juridische infrastructuur van eenvormig recht heeft het gebruik van elektronische cognossementen (nog) geen grote vlucht genomen. De UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL) probeert het ETR, waaronder ook haar overdraagbaarheid, meer richting te geven door haar Model Law on Electronic Transferable Records, gepubliceerd in 2017.⁷⁶⁵ De Model Law tracht de regels over het Electronic Transport Record uit de RR aan te vullen door nationale wetgevers een format aan te bieden voor aanpassing van hun nationale wetgeving. Singapore heeft begin dit jaar als eerste, leidende maritieme natie de Model Law geïncorporeerd in haar nationale wetgeving.⁷⁶⁶ Andere maritieme naties zoals Engeland en Duitsland bereiden ook wetgeving voor over de e-B/L.

De Nederlandse wetgever werkt ook aan een regeling van de e-B/L. Om het gebruik van de e-B/L wettelijk mogelijk te maken, moet er een nieuwe wettelijke regeling komen in het Burgerlijk Wetboek en dan met name in Boek 8 BW. In samenspraak met het Ministerie van Justitie en Veiligheid en het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat is een juridische ‘Werkgroep e-BL’ opgericht. In deze werkgroep wordt nagedacht over een wetsvoorstel tot wijziging van Boek 8 BW in verband met de invoering van het elektronisch cognossement.

Uitgangspunt is dat het elektronisch cognossement in functioneel opzicht inderdaad gelijk is aan het papieren cognossement. Tevens dient een dergelijke wettelijke regeling technologieneutraal te zijn. De werkgroep kijkt daarbij naar de regeling in de RR van het Electronic Transport Record. Evenzeer zoekt de werkgroep aansluiting bij de tekst van de genoemde Model Law on Electronic Transferable Records. Deze wettelijke regelingen in Nederland en andere maritieme naties zullen naar verwachting leiden tot verdere opschaling van het gebruik van de e-B/L.

4.5.2 E-CMR vrachtbrief

Voor het internationale wegvervoer is de onzekerheid over het juridische kader in het geval van het gebruik van digitale vrachtbrieven reeds weggenomen.⁷⁶⁷ In 2008 is het Aanvullend Protocol⁷⁶⁸ bij het CMR-Verdrag inzake de elektronische vrachtbrief tot stand gekomen. Artikel 2 van het protocol regelt de kern. De e-CMR wordt gelijkgesteld met een papieren CMR-vrachtbrief. Ook hier is het leidende beginsel ‘functionele equivalentie’. Er is geen verschil in het gebruik van een traditionele papieren vrachtbrief en het gebruik van de e-CMR. Eind 2019 heeft het Verenigd

763. ‘Improving results. Precision, flexibility, reliability and efficiency’, globalshare.com.ar.

764. ‘Your Digital Document Courier’, wavebl.com.

765. Zie ‘UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records’, 2017, uncitral.un.org. NB de Rotterdam Rules zijn ook een UNCITRAL-project.

766. A. Richardson e.a., ‘Electronic Bills of Lading – Is this time different?’, *Lexology* 10 juni 2021 (online), lexology.com.

767. S.H.L. Niessen, ‘Dwingend recht vs. Contractsvrijheid: Vervoerrecht in de toekomst’, in: *100 jaar Handelsrecht. Over heden, toekomst en verleden*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, p. 197.

768. Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer over de weg (CMR), Genève 19 mei 1956 (*Trb.* 1957, 84).

Koninkrijk als 24e land het protocol geratificeerd. Het is de ambitie van de Britse regering om de internationale handel met het Verenigd Koninkrijk verregaand te digitaliseren om handelsbelemmeringen en nieuwe douanevoorschriften na Brexit te lijf te gaan.⁷⁶⁹ Het onlineplatform van TransFollow⁷⁷⁰ biedt al jarenlang een betrouwbaar systeem voor het gebruik van de digitale vrachtbrief. Sinds september 2020 werkt TransFollow samen met Simacan waardoor nu ook zogenoemde *real time monitoring* van de vervoerde zending via het logistieke platform mogelijk is.⁷⁷¹ Met de e-CMR wordt ook een belangrijk doel van de eFTI-verordening en de Digitale Transport Strategie Goederenvervoer verwezenlijkt.⁷⁷²

Volgens cijfers van de exploitant van het onlineplatform van voorheen TransFollow (nu: Via Service B.V.) verloopt de adaptatie echter nog moeizaam en komt deze langzaam op stoom. Naar verwachting worden er voor 2021 1,5 tot 2 miljoen e-CMR-vrachtbrieven in Europa uitgegeven. Dit staat tegenover 40 miljoen papieren CMR-vrachtbrieven uitgegeven alleen al in Nederland. Wat zijn de knelpunten? Er lijkt in de eerste plaats nog steeds sprake van lagere prioriteitstelling bij gebruikers van de e-CMR. Verladerechten achten de waardetoevoeging voor de onderneming beperkt. In de tweede plaats is opschaling van de e-CMR afhankelijk van de hele transportketen. De IT-systemen van de hele *supply chain* moet worden geïntegreerd. De vervoerder wil wel, maar de verladers moeten mee.⁷⁷³ Tot slot is de internationale geldigheid van e-CMR nog steeds verbrokken. Landen als Duitsland, Oostenrijk en Italië zijn belangrijk voor Nederlandse vervoerders, maar nog niet toegetreden tot het e-CMR-protocol van 2008. Desalniettemin verwacht de exploitant van het platform een gestage groei van de implementatie van de e-CMR vrachtbrief.

4.6 Afronding digitalisering

Het maken van stappen bij de digitalisering in de logistiek blijft een uitdaging. De regelgeving over digitalisering is nog steeds gefragmenteerd. De eFTI-verordening⁷⁷⁴ is duidelijk slechts een begin. Vooral de regulering van de juridische structuur voor platforms is nog in ontwikkeling. De overgang naar papierloos transport kan duidelijk energiekeker en met meer dynamiek.

Bedrijven zijn ook nog steeds terughoudend met het delen van data. Volgens een van de door ons geïnterviewden is de *digital readiness* er slechts bij de top van het bedrijfsleven.⁷⁷⁵ De digitale transitie en het delen van data helpen bij een betere planning van het vervoer en de samenwerking van vervoersmodaliteiten.⁷⁷⁶

769. 'Laatste nieuws uit de transportsector', transportlogistiek.nl.

770. 'Uniting supply chains', transfollow.org/nl. Het platform van TransFollow wordt nu geëxploiteerd door Via Service B.V.

771. 'E-CMR op Simacan Platform: real-time monitoring van de vrachtbrief', logistiek.nl, 10 juni 2021.

772. Zie par. 4.2.2.

773. TLN, de ondernemersorganisatie voor wegtransportbedrijven en logistiek dienstverleners, pleit in haar positiepaper, 'De weg naar een duurzame, slimme en toekomstbestendige transportsector', september 2020 (p. 2), voor verplichte invoer van de e-CMR in heel Europa.

774. Par. 4.2.2.

775. In gelijke zin, Rapport 'The Circular Shipping Initiative – How the Circular Economy could introduce new value to the shipping industry', *The Circular Shipping Initiative Project* 2019, p. 12: 'Most players are at an early stage of digital adaptation'.

776. Par. 5.1 en 5.5.

Het is bemoedigend dat het de ambitie van de overheid is om de kar te trekken met haar digitale transportstrategie.⁷⁷⁷ Het is belangrijk dat de overheid vaart houdt in de digitale transitie.

Tegelijkertijd zullen bedrijven prioriteit moeten geven aan digitalisering om aan te sluiten bij de ontwikkelingen in de markt. Ook om te voorkomen dat zij in de transitie naar een steeds meer circulaire economie niet (verder en/of te ver) achterop raken.

5 Modal shift

5.1 Inleiding

Modal shift (letterlijke vertaling: verandering van wijze van vervoer) wordt gezien als een belangrijk instrument voor duurzamer vervoer. Vervoersstromen over de weg worden verplaatst naar modaliteiten met minder CO₂-uitstoot, zoals spoor, binnenvaart en in Noord-Europa ook kustvaart (*short sea*). Volgens recente gegevens gaat binnen de EU 75% van het goederenvervoer nog steeds over de weg. Binnenvaart heeft een aandeel van 6 à 7% en spoor van 18 à 19%. De volumes van binnenvaart en spoor zijn toegenomen, maar de percentages veranderen niet door de toenemende groei van het wegvervoer.⁷⁷⁸ De keuzes van verladers voor de modaliteit van het vervoer is nog steeds vooral kostengedreven. Het vervoer moet zo goedkoop mogelijk.⁷⁷⁹ Binnenvaart en spoor worden door verladers vooral ook gepercipieerd als tijdrovend en minder flexibel. Voor- en natransport van de binnenvaart, spoor en *short sea* gaan ook weer over de weg. Overslag kost ook tijd. Voor langere trajecten lijkt meer acceptatie.

De *modal shift* beperkt zich niet tot het ‘van de weg halen’ van het vervoer. Vervoer door de lucht per vliegtuig is eveneens een medium met een relatief hoge CO₂-uitstoot. Volgens Natuur & Milieu is vliegen verreweg de meest klimaatintensieve manier van transport.⁷⁸⁰ De Franse overheid verbood in april 2021 korteafstandsvluchten indien vervoer per trein in minder dan drie uur mogelijk is.⁷⁸¹ Daarentegen heeft recent onderzoek aangetoond dat luchtvervoer niet alleen maar negatief voor het klimaat hoeft te zijn. Pakketvervoer per drone kan leiden tot emissiereductie van het transport.⁷⁸²

Het rapport van de European Green Deal stelt, nogal ambitieus, dat 75% van het binnenlandse goederenvervoer over de weg moet worden verplaatst naar spoor en binnenvaart.⁷⁸³ Hierdoor wordt de gehele capaciteit van de vervoersketen beter

777. Par. 4.2.3.

778. ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Freight_transport_statistics_-_modal_split#Modal_split_based_on_five_transport_modes:_road_competes_with_maritime_at_intra-EU_level.

779. Zie ook par. 7.2.

780. ‘Luchtvaart – het probleem. Waarom is vliegen slecht voor het milieu?’, natuurenmilieu.nl.

781. N. Zwolsman, ‘Frans parlement stemt in met wet die korte binnenlandse vluchten verbiedt’, NRC 11 april 2021 (online), nrc.nl.

782. J.K. Stolaroff e.a., ‘Energy use and life cycle greenhouse gas emissions of drones for commercial package delivery’, *Nature Communications*, 2018.

783. De Europese Green Deal, COM(2019)640 def.

benut. Als grote voordelen worden verder genoemd mindere belasting van de weg, infrastructuur en vermindering van de congestie op de weg.

Het lijkt erop dat de nationale en EU-politiek alsmede beleidsmakers denken dat met de beoogde *modal shift* op korte termijn de meeste CO₂-besparing te behalen valt.⁷⁸⁴

Het begrip *modal shift* koppelen politiek en beleidsmakers aan het begrip synchro- modaal vervoer. Volgens het TNO-rapport 'Verkenning Synchromodaal Transport- systeem'⁷⁸⁵ betekent synchromodaliteit in feite het synchroniseren van de vervoers- vraag van de individuele verladingsmiddelen met het totale multimodale vervoerssysteem.⁷⁸⁶

Volgens het adviesrapport van het Topteam Logistiek kunnen in een synchro- modaal transportsysteem alle vervoerswijzen flexibel worden ingezet op basis van samen- werking tussen modaliteiten. Afhankelijk van de eisen van de verlader en de actuele beschikbare capaciteit van de modaliteiten en infrastructuur wordt gebruikgemaakt van water (binnenvaart of *short sea*), spoor, lucht en/of weg.⁷⁸⁷ Het gaat bij synchro- modaliteit zowel om het efficiënter benutten van de vervoerscapaciteit als om de brede ambitie transport duurzamer te organiseren.

Hieronder gaan we in paragraaf 5.2 eerst in op de verwijzing naar de *modal shift* in publiekrechtelijke regelingen en belangrijke rapporten. Vervolgens staan wij in paragraaf 5.3 stil bij prikkels en ondersteuning van de modal shift. In paragraaf 5.4 stellen wij de vraag of het transportrecht de *modal shift* voldoende faciliteert. In paragraaf 5.5 eindigen wij met enkele opmerkingen over *modal shift* in de praktijk.

5.2 Publiekrechtelijke regelingen en rapporten

Specifieke regels van de EU of de overheid ter zake van de *modal shift* zijn er (nog) niet. Verordening (EG) nr. 923/2009 over de verbetering van de milieuprestaties van het 'vrachtvervoerssysteem'⁷⁸⁸ spreekt haar zorg uit dat zonder ingrijpende maatregelen het totale vrachtvervoer over de weg in Europa in 2013 met 60% zal zijn gegroeid. Volgens overweging (3) moet om deze groei het hoofd te kunnen bieden nog meer gebruik worden gemaakt van de korte vaart (*short sea*), het spoor- vervoer en de binnenvaart. In Verordening (EU) nr. 1315/2013⁷⁸⁹ geeft de Europese wetgever uitdrukkelijk aan dat het trans-Europees vervoersnetwerk voldoende multimodaal moet zijn, zodat betere en duurzamere keuzes tussen vervoerswijzen (modaliteiten) kunnen worden gemaakt voor personen- en vrachtvervoer en het

784. Nader hierover in het volgende hoofdstuk.

785. L. Tavasszy e.a., *Verkenning Synchromodaal Transportsysteem*, TNO-rapport, 18 november 2010.

786. M. Claringbould, 'Van gecombineerd vervoer naar synchromodaliteit', *Stichting Vervoeradres* 2012 (online), sva.nl (hierna: Claringbould 2012).

787. Topteam Logistiek, *Parituur naar de top*, 2011, p. 11. Synchromodaliteit helpt ook om de beladings- graad van transportmiddelen te verhogen.

788. Verordening (EG) nr. 923/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009, tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1692/2006 tot instelling van het tweede Marco Polo-programma voor de toekenning van communautaire financiële bijstand om de milieuprestaties van het vrachtvervoerssysteem te verbeteren ('Marco Polo II') (*PbEU* 2009, L 266).

789. Verordening (EU) nr. 1315/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2013 betreffende richtsnoeren van de Unie voor de ontwikkeling van het trans-Europees vervoersnetwerk en tot intrekking van Besluit 2010/661/EU (*PbEU* 2013, L 348).

mogelijk wordt gemaakt grote volumes te bundelen voor vervoer over lange afstanden.

Meer recent heeft het Europees Parlement een veertig punten tellende wensenlijst aangenomen voor het vergroenen van de scheepvaartsector.⁷⁹⁰ In paragraaf 13 roept het Europees Parlement de Commissie op om in het kader van de Green Deal een overgang naar *short sea*-verbindingen evenzeer als het vervoer per spoor en via de binnenwateren te bevorderen als duurzaam alternatief voor het weg- en luchtvervoer van goederen en passagiers. Het Europees Parlement benadrukt dat *short sea*-vervoer een belangrijke rol kan spelen bij het beperken van de opstoppingen en emissies ten gevolge van het vervoer. Het spreekt daarbij in paragraaf 16 over het concept 'snelwegen op zee' ter stimulering van *short sea*-vervoer als duurzaam alternatief voor vervoer over land.

Belangrijke rapporten zijn, zonder uiteraard volledig te willen zijn, naast 'het basisrapport' Witboek 'Stappenplan voor een interne Europese vervoersruimte – werken aan een concurrerend en zuinig vervoerssysteem',⁷⁹¹ 'Potential of modal shift rail transport' (2011), 'Roadmap to climate-friendly land freight and busses in Europe' (2017; par. 3.1.2), 'Modal shift in European transport: A way forward' (2018) alsmede 'Air2Rail – Reducing CO₂ from intra-European aviation by a modal shift from air to rail' (2020).⁷⁹² De Roadmap 'Navigation and Inland Water Way Action and Development in Europe (NAIADES) III Action Plan 2021-2027',⁷⁹³ brengt een aantal problemen in kaart voor de *modal shift* naar de binnenvaart zoals de lage bezettingsgraad (onvoldoende integratie in de *supply chain*), de langzame innovatie en trage overgang naar alternatieve brandstoffen, inclusief *zero emission vessel*. Het rapport benoemt verder de uitdagingen van de vaker voorkomende lage waterstanden door klimaatverandering en de concurrentie van *short sea*.

In Nederland heeft het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat het rapport 'Modal Shift in het Goederenvervoer een overzicht van ontwikkelingen en beleidsinstrumenten van het Kennisinstituut voor Mobiliteitsbeleid' gepubliceerd.⁷⁹⁴ Het rapport onderzoekt welke beleidsinstrumenten zoals subsidies, convenanten en voorlichting kunnen bijdragen aan de gewenste *modal shift*.

In de Integrale Mobiliteitsanalyse-studie (IMA) voor 2021 van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat⁷⁹⁵ worden de ontwikkeling en uitdaging van het goederenvervoer geschetst op nationaal niveau en op de belangrijkste goederenvervoercorridors. In de studie wordt ook gekeken naar de *modal shift*-potentie en de

790. Resolutie van het Europees Parlement van 27 april 2021 over technische en operationele maatregelen voor een efficiënter en schoner zeevervoer (2019/2193 (INI)).

791. Stappenplan interne Europese vervoersruimte, COM(2011)144 def.

792. E. den Boer e.a., *Potential of modal shift to rail transport. Study on the projected effects on GHG emissions and transport volumes*, Delft 2011; C. Calvo Ambel e.a., *Roadmap to climate-friendly land freight and busses in Europe*, Brussel 2017; E. Pastori e.a., *Modal shift in European transport: a way forward*, Brussel 2018; A. Bleijenberg, *Air2Rail. Reducing CO₂ from intra-European aviation by a modal shift from air to rail*, Delft 2020.

793. Boosting future-proof European inland waterway transport, COM(2021)324 final.

794. Vgl. O. Jonkeren, *Modal shift in het goederenvervoer. Een overzicht van ontwikkelingen en beleidsinstrumenten*, Den Haag: Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat 2020, kimnet.nl.

795. Dat.mobility & Districon, *Achtergrondrapportage Goederenvervoer integraal*, 2021.

daaraan gerelateerde CO₂-emissie. Het rapport gaat uit van de scenario's (prognoses) Hoog en Laag. In scenario Hoog kent het goederenvervoer een grote groei op alle modaliteiten. In het Laag-scenario stabiliseert de groei. De verdeling over de modaliteiten blijft gelijk. Het aandeel wegvervoer blijft rond de 65% (in tonnen), hoewel in het Hoog-scenario sprake is van een kleine toename. De binnenvaart neemt rond de 31% van het totale goederenvervoer voor zijn rekening, in het Hoog-scenario daalt dit aandeel licht naar 29%. Voor spoor blijft het aandeel zo'n 4% in beide scenario's.

Het rapport meldt dat het optimaal benutten van *modal shift*-kansen ook afhangt van de uitwisselbaarheid van lading tussen modaliteiten in de keten. Dat vraagt om digitalisering, standaardisatie, slimme overslagterminals en voldoende frequenties.

Volgens de studie zijn er beperkte *modal shift*-kansen voor luchtvracht. In geval van hoogwaardige en tijdkritische zendingen kiezen verladers voor grote afstanden veelal voor luchtvervoer. Intercontinentaal transport over spoor en water kan niet voldoen aan de gevraagde prestatie-eisen (korte doorlooptijd en hoge betrouwbaarheid). Ook binnen Europa is een *modal shift* voor luchtvrachttransport niet te verwachten. Binnenvaart en spoorvervoer bieden onvoldoende snelheid, flexibiliteit en bestemmingen. Alleen op specifieke trajecten kan spoorvervoer een alternatief bieden, met name in het geval van hogesnelheidslijnen (HSL).

De conclusie van deze studie lijkt derhalve dat geen sprake is van enorme dynamiek in de *modal shift*.

5.3 Prikkel en ondersteuning van de *modal shift*

Op 24 maart 2021 heeft de Minister van Infrastructuur en Waterstaat een tijdelijke subsidieregeling vastgesteld ter stimulering van de *modal shift* van weg naar binnenvaart of van weg naar spoor.⁷⁹⁶ De subsidie is bedoeld om meer goederen via het spoor en de binnenwateren te vervoeren in plaats van over de weg. Logistieke bedrijven kunnen tot € 500.000 subsidie krijgen voor investeringssteun of het inwinnen van advies om de overgang van weg naar water en spoor te helpen realiseren. Tot en met 2040 wordt er in totaal € 40 miljoen beschikbaar gemaakt.

Tevens zijn er initiatieven van belangenorganisaties en private partijen. De belangenorganisatie van verladers, EVOFENEDEX, biedt de mogelijkheid van een gratis *modal shift Quickscan*⁷⁹⁷ om te beoordelen of een (gedeeltelijke) overstap naar binnenvaart, *short sea* en het spoor mogelijk is. Aardig is dat EVOFENEDEX in de begeleidende tekst opmerkt dat voorafgaande aan de *modal shift* vaak eerst een *mental shift* moet plaatsvinden. De overstap naar een andere modaliteit heeft namelijk in veel gevallen grote invloed op de logistieke (denk)processen binnen bedrijven, aldus EVOFENEDEX. Naast de praktische vragen over deze modaliteiten gaat het volgens EVOFENEDEX ook om logistieke vragen als: hoe om te gaan met voorraden, doorlooptijden, volumes, kosten en bestaande contracten?

796. Regeling van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 24 maart 2021 (*Stcrt.* 2021, 14215).

797. 'Overstap van wegvervoer naar binnenvaart, spoor en shortsea veel aantrekkelijker door quickscan', [evofenex.nl](https://www.evofenex.nl).

Daarnaast heeft EVOFENEDEX een nieuw project: 'Joint corridors off-road'.⁷⁹⁸ EVOFENEDEX kijkt dan samen met verladers of transportbewegingen van verschillende bedrijven te combineren zijn, zodat alle deelnemers tot een duurzamer transport kunnen komen.

Illustratief voor de terughoudendheid bij verladers is ook (de uitkomst van) het project van Fontys Venlo met de Hoge School Rotterdam: 'Het Synchronodal Maturity Modal'.⁷⁹⁹ De conclusie van de onderzoekers is dat nog te weinig met synchronodaal transport wordt gedaan. Het project wil de bewustwording bij bedrijven stimuleren. Synchronodaliteit is een groeipad, aldus de onderzoekers.

5.4 De modal shift en transportrecht

De vraag is of het transportrecht de *modal shift* en daarmee het synchronodaal vervoer voldoende faciliteert. De kern van synchronodaal transport is een betere afstemming over transportvolumes in de verschillende modaliteiten. Ongebruikte capaciteit wordt beter benut.⁸⁰⁰ Sleutelwoorden waren vooral efficiency en kostenbeheersing. De nieuwe drijfveer voor de keuze van de modaliteit is nu ook duurzaamheid.⁸⁰¹

In feite gaat het bij synchronodaal vervoer om oude wijn in nieuwe zakken. De huidige synchronodaal vervoerder is de gecombineerd (multimodaal) vervoerder uit Boek 8 BW.

Wat is gecombineerd – of multimodaal – vervoer? Er is multimodaal vervoer wanneer de vervoerder met zijn opdrachtgever afsprekt het vervoer over meerdere media te verrichten (art. 8:40 BW). De wet verwijst niet naar het vervoermiddel, maar naar het medium – de modaliteit. De modaliteit is een zee, binnenwater, weg, rail, lucht, pijpleiding dan wel enige andere vervoerstechniek.

Wanneer is juridisch sprake van multimodaal vervoer? Dat hangt geheel en al af van de afspraak tussen partijen. Als een vervoerder het transport deels over de weg en deels per spoor verricht, waar alleen wegvervoer was afgesproken, is geen sprake van een *overeenkomst* van multimodaal vervoer. Partijen hadden dit immers niet afgesproken.

Bij het synchronodaal vervoer is het belangrijk dat de vervoerder zo veel mogelijk de vrijheid houdt om zijn media te kiezen. Grote pakketvervoerders zoals UPS en DHL verbinden zich tot vervoer, maar de overeenkomst bevat geen keuze voor een specifieke modaliteit, dan wel wordt in de overeenkomst een bepaalde modaliteit gekozen (bijvoorbeeld door de lucht) met het recht op vervanging door een andere modaliteit (bijvoorbeeld over de weg). De moderne multimodale vervoerder moet de vrijheid hebben om op het laatste moment efficiënte en duurzame keuzes te maken voor het in te zetten medium op grond van tijd, ruimte, kosten en duur-

798. 'Go off-road', lean-greenoffroad.nl.

799. B. Pals, 'Synchronodaliteit is een groeipad en wordt nog niet veel gedaan', *Nieuwsblad Transport* 2 maart 2021 (online), nt.nl.

800. Vgl. ook par. 4.3.4 en 4.3.6.

801. Vgl. Van Hee 2018.

zaamheid. Contracten waarin de vervoersmodaliteit niet is aangegeven (ongespecificeerd vervoer) of waarin wel een of meer modaliteiten zijn aangegeven maar waarin aan de vervoerder het recht is gegeven de vervoersmodaliteit(en) te wijzigen (optioneel vervoer), worden multimodale contracten door de feitelijke wijze van uitvoering. Veel vervoerders hanteren voor dergelijk vervoer een zogenoemde Liberty Clause, bijvoorbeeld:

‘The Carrier may at any time if necessary without notice to the Merchant [bijvoorbeeld de afzender, auteurs]: (a) use any means of carriage whatsoever... for any purpose whatsoever’.

Het gaat bij de multimodale vervoerovereenkomst dus niet alleen over de afspraak om te vervoeren over bepaalde, vooraf aangewezen modaliteiten. Er is ook sprake van een multimodale vervoerovereenkomst waarin dergelijk vervoer is toegestaan, bijvoorbeeld door middel van zo’n Liberty Clause, en dit in feite ook plaatsvindt. De feitelijke uitvoering van het transport kwalificeert de afspraak dan als een overeenkomst van multimodaal vervoer. De vervoerder bepaalt dan zelf nader de inhoud van het contract en daarmee ook het toepasselijke recht van het multimodale traject.⁸⁰²

Op internationaal niveau zijn zonder veel succes pogingen ondernomen om een uniform aansprakelijkheidssysteem voor het multimodaal vervoer te ontwerpen.⁸⁰³ In een uniform systeem wordt het gehele multimodale vervoer beheerst door één bepaalde regeling. Daarbij is niet van belang bij gebruik van welk medium de lading schade is ontstaan. Het transportrecht kent echter vooralsnog slechts diverse transportverdragen voor het zogenoemde unimodale vervoer, zoals de CMR voor het internationale wegvervoer, de COTIF-CIM voor het spoorvervoer, enzovoort. De nog niet in werking getreden Rotterdam Rules⁸⁰⁴ voor het zeevervoer geven een uitgebreidere regeling, namelijk de zogenoemde Maritiem Plus Regeling. De regeling ziet op het zeevervoer, inclusief voor- en natransport. Als er tijdens het voor- en natransport iets fout gaat, dan zeggen de Rotterdam Rules ‘Wij doen een stapje terug’. De Rules geven voorrang aan aansprakelijkheidsregels uit bestaande transportverdragen voor zover die regels zelf zeggen dat zij van toepassing zijn wanneer het voor- of natransport apart was afgesproken. Als een container na het zeetransport vanuit Rotterdam wordt doorvervoerd per binnenschip over de Rijn naar Duitsland, is het CMNI-Verdrag voor de binnenvaart van toepassing. Voor nationaal vervoer over de weg of binnenvaart binnen Nederland blijft de aansprakelijkheid van de Rotterdam Rules echter van toepassing. Zoals eerder aangegeven valt inwerkingtreding van de Rotterdam Rules echter voorlopig niet te verwachten.⁸⁰⁵

802. Vgl. bijvoorbeeld Rb. Haarlem 22 mei 2001, ECLI:NL:RBHAA:2001:AK4517, *SGS* 2002/42.

803. United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods, Geneva, 24 mei 1980: treaties.un.org.

804. Verdrag nopens de Internationale Maritieme Consultatieve Organisatie, Genève, 6 maart 1948 (*Trb.* 1953, 104) en Protocol tot wijziging van het Internationale Verdrag ter vaststelling van enige eenvormige regelen betreffende het cognossement van 25 augustus 1924, zoals gewijzigd bij het Protocol van 23 februari 1968, Brussel 21 december 1979 (*Trb.* 1985, 122).

805. Vgl. par. 4.5.1.

Bij gebreke van verdragen ter zake van het multimodaal vervoer moet de rechter terugvallen op het nationaal toepasselijke recht. In Nederland hebben we het zogenoemde Kameleonsysteem: de aansprakelijkheid van de multimodale vervoerder verschiet per modaliteit van kleur. Bij een overeenkomst van multimodaal vervoer gelden voor ieder deel van het vervoer de op dat deel toepasselijke rechtsregels (art. 8:41 BW). Het voert te ver om in dit kader al te gedetailleerd op de regeling in te gaan.

Wij denken dat we met recht kunnen stellen dat Nederlandse rechters in flexibiliteit voor de synchromodaal vervoerder vooroplopen.⁸⁰⁶ Dit betekent dat de regeling voldoende mogelijkheden biedt om flexibel mee te bewegen naar verdere opschaling van de *modal shift*.

5.5 Uitdagingen voor de *modal shift*

Transport is wereldwijd verantwoordelijk voor ruim een kwart van de CO₂-uitstoot. Wegvervoer veroorzaakt het grootste deel daarvan, ongeveer driekwart.⁸⁰⁷ De noodzaak voor het klimaat van de *modal shift* is daarmee gegeven. Verladerechters zijn echter vooral gewend aan transport per vrachtwagen. Opvallend is dat uit onderzoek gebleken is dat sneltransport per vrachtwagen eigenlijk maar in 20% van de gevallen echt nodig is. 80% van het transport naar het achterland kan prima over het spoor of de binnenwateren.⁸⁰⁸ De *modal shift* is daarmee ook een *mental shift* voor verladers. Verladerechters lijken zich in toenemende mate ervan bewust dat een langere looptijd van het transport over het spoor of per binnenvaart goed op te vangen is door bijvoorbeeld meer voorraad aan te houden en de verkopen daarop aan te passen.⁸⁰⁹ Essentieel is ook dat verladers bereid zijn om in voorkomend geval meer vracht (de prijs voor het vervoer van goederen) te betalen voor spoorvervoer en/of binnenvaart en daarmee duurzaamheid willen integreren in hun supply chain.

De *modal shift* is echter niet vrij van uitdagingen. Vervoerders vragen zich af of spoor en binnenvaart wel voldoende capaciteit hebben om de *modal shift* substantieel op te schalen. De binnenvaart heeft de laatste jaren door de klimaatverandering in toenemende mate te kampen gehad met lage waterstanden. Verduurzaming van de verbrandingsmotoren in binnenvaartschepen naar elektrisch en niet-fossiele brandstoffen is een *long shot*.⁸¹⁰ In het spoorvervoer verloopt de internationale samenwerking tussen staten soms stroperig. We hoeven maar de onenigheid tussen Europese landen over aanvulling van de tekorten van de Eurostar in herinnering te roepen.⁸¹¹ Een probleem van de internationale samenwerking is mede de logge, internationale infrastructuur van het spoor. De luchtvaart heeft weinig concurrentie van andere modaliteiten mede door het gebrek aan ruime, Europese beschikbaarheid

806. Vgl. Claringbould 2012.

807. P. Lutikhuis, 'Zet niet alleen in op elektrische auto's', NRC 12 mei 2021 (online), nrc.nl.

808. I. Zeegers, 'Synchromodaal transport vraagt om samenwerking in de logistieke keten', *Lichtkogel* 2015, nr. 1, p. 6.

809. Webinar van EVOFENEDEX: Effectief en duurzaam vervoeren via binnenvaart, short sea en spoor op 29 april 2021.

810. Zie ook par. 3.2.

811. 'Ministerie van IenW houdt situatie Eurostar in de gaten', *Spoorpro* 2021 (online), spoorpro.nl.

van hoge snelheidslijnen voor het personenvervoer en shuttles voor het goederenvervoer.

Short sea-vervoer biedt vooral mogelijkheden voor verladers en ontvangers in de buurt van het water. Nederland is ook sterk in de kustvaart. Kustvaart met *coasters* van Rotterdam naar Hamburg is een uitstekend alternatief voor wegvervoer over hetzelfde traject. *Sea-river shipping*⁸¹² is een hybride vorm van zee- en binnenvaart met kleine zeeschepen (*coasters*) die met hun grootte en diepgang goed in beide omgevingen kunnen varen. Verschillende (binnen)havens zijn bereikbaar voor deze schepen, zoals Maastricht, Genk (België), Duisburg (Duitsland), Nijmegen en Gorinchem.

Een uitdagende vraag is hoe houdbaar het concept van de *modal shift* is op de lange termijn. De transportsector verwacht dat het wegvervoer binnen een aantal jaren in staat moet kunnen zijn om flinke stappen te zetten naar duurzamer vervoer door efficiëntere brandstofmotoren, vervanging van benzine- en dieselauto's door elektrische auto's en ook vrachtwagens die rijden op niet-fossiele brandstof zoals waterstof.⁸¹³ De verwachting is dat de binnenvaart en kustvaart met hun lange afschrijvingstermijnen van schepen meer tijd en moeite nodig zullen hebben voor verduurzaming. Kunnen we dan niet beter toewerken naar *modal optimum*? Oftewel, wat past het best gegeven de verlangde vervoersprestatie, waterstanden, overslagmogelijkheden, specifieke afleverpunten en tijd-technische beperkingen enzovoort? Wij pleiten er nadrukkelijk voor dat milieu en verduurzaming een belangrijke motivatie is voor de keuze van het optimale medium. Door verregaande digitalisering en daarmee het delen en slim gebruik van data, kunnen logistieke dienstverleners als synchromodale vervoerders die keuze voor de optimale media steeds makkelijker en beter maken.

Om de *modal shift* te doen slagen is duidelijk en gericht overheidsbeleid nodig. Als voorbeeld van ontmoedigend overheidsbeleid noemen wij het mislukken van het project van het binnenvaartschip van DHL voor stadsvervoer van lading binnen Amsterdam.⁸¹⁴ De Gemeente Amsterdam stond DHL slechts zeer beperkte laad- en lostijden toe. DHL moest toen de exploitatie van het schip staken. De Gemeente Parijs pakt het nu voortvarender aan en heeft dit jaar het eerste waterstofschip voor stadsdistributie in (de regio) Parijs toegestaan.⁸¹⁵

812. Oversea River Shipping; webinar van EVOFENEDEX: Effectief en duurzaam vervoeren via binnenvaart, short sea en spoor op 29 april 2021.

813. Zie ook par. 3.2.3.

814. [linkedin.com/pulse/dhl-express-netherlands-clear-sailing-last-mile-john-lawler/](https://www.linkedin.com/pulse/dhl-express-netherlands-clear-sailing-last-mile-john-lawler/).

815. 'Eerste waterstofschip voor stadsdistributie in regio Parijs', *Scheepvaartkrant* 2021 (online), [scheepvaartkrant.nl](https://www.scheepvaartkrant.nl).

6 Contractmanagement

6.1 Duurzaamheid door contractmanagement

Planning en uitvoering van transport geschiedt normaliter op basis van betrouwbaarheid, kwaliteit en kosten. Milieuaspecten spelen nog slechts een beperkte rol.⁸¹⁶ In toenemende mate wordt bepleit dat verladers en vervoerders milieu- en klimaataspecten meewegen en dit ook opschrijven in hun vervoercontracten.⁸¹⁷

In de eerste plaats wordt daarbij genoemd de contractuele verplichting van de vervoerder om per transport aan zijn opdrachtgever te rapporteren, zo nodig met accountantscontrole, over de CO₂-uitstoot van het vervoer. Ellen Eftestøl-Wilhelmsen⁸¹⁸ wijst erop dat onderzoek aantoonde dat bedrijven die hun *carbon footprints* meten en rapporteren, hun emissies met 10-15% kunnen reduceren. Informatie als drijfveer voor emissiereductie. In dat kader is relevant dat logistieke dienstverleners als DHL al een aantal jaren geleden gestart zijn met het verschaffen van informatie aan opdrachtgevers van bijvoorbeeld Scope 3-emissies per transport.⁸¹⁹ De grote containerrederij Maersk sluit meerjarige *Carbon Pacts* met haar grootste verladers.⁸²⁰

Het project 'Clean Cargo, Sustainable Transportation'⁸²¹ is een initiatief van grote verladers, vervoerders en expediteurs om de milieu-impact van het vervoer te beperken en *responsible shipping* te promoten. Aangesloten bedrijven zijn onder meer verladers als Heineken, BMW, H&M, containerrederijen als Cosco, Hapag-Lloyd en MSC, alsmede expediteurs als DB Schenker en DHL. Clean Cargo helpt aangesloten partijen om hun uitstoot te meten, te rapporteren en met elkaar te vergelijken (*benchmarken*) door middel van data en standaardformats.

In het zeevervoer hebben bevrachters in 2020 een format voor milieuvriendelijk zeevervoer ontwikkeld: The Sea Cargo Charter. Deze voorziet ook in *fuel emission reports* na iedere reis.⁸²²

Verder kan worden gedacht aan de verplichting van de vervoerder om gebruik te maken van digitalisering en digitale data om routeplanning te optimaliseren en het efficiënt benutten van beschikbare capaciteit in de logistieke keten. Aldus kan de emissie van iedere zending verder beperkt worden.

Verladers kunnen daarnaast afspreken dat de vervoerder actief inzet op de *modal shift*. Welk deel van het vervoer kan eventueel per trein of binnenvaartschip?⁸²³

816. Zie R. Elbert & L. Seikowsky, 'The influences of behavioral biases, barriers and facilitators on the willingness of forwarders' decision makers to modal shift from unimodal road freight transport to intermodal road – rail freight transport', *Journal of Business Economics* 2017, afl. 87 (8), p. 1083-1104 met verdere verwijzingen.

817. Salminen 2019.

818. Salminen 2019.

819. 'Koolstofuitstootrapportage. Transparantie creëren', dhl.com.

820. 'Sustainability reports', maersk.com.

821. Clean Cargo afficheert zichzelf als 'The leading buyer-supplier forum for sustainability in the cargo shipping industry', clean-cargo.org/.

822. H. Sumption, S. Jackson & N. Rayner, 'Decarbonisation in the shipping and trading industry. Can climate-conscious drafting help provide a solution?', *Clyde & Co* 12 mei 2021, clydeco.com.

823. Vgl. hoofdstuk 5.

Brandstofverbruik kan ook verder gereguleerd worden door speciale clauses gericht op efficiënt verbruik al dan niet in combinatie met de verplichting slechts energiezuinige vervoermiddelen volgens een bepaalde *rating* in te zetten.⁸²⁴ Uiteraard kan voor sommige trajecten al worden afgesproken dat slechts elektrische vrachtwagens of vervoermiddelen met alternatieve brandstof worden ingezet. Zo verplicht Nike bijvoorbeeld luchtvervoerders om voor vervoer van haar producten bij te mengen met SAF.⁸²⁵

Tevens kan worden gedacht aan clauses bij vervoer over het water gericht op zogenoemde *slow steaming*.⁸²⁶

Organisaties zoals Baltic and International Maritime Council (BIMCO) en the Chancery Lane Project publiceren op het internet *climate friendly contractual clauses* voor de scheepvaart.⁸²⁷

Ook logistieke dienstverleners zelf bedingen milieuverplichtingen van hun leveranciers. De Deutsche Post DHL Group heeft in haar gedragscode voor leveranciers opgenomen dat zij verwacht dat deze op gepaste wijze rekening houden met milieu- en klimaatbescherming in hun eigen activiteiten.⁸²⁸ KLM verlangt in de KLM-gedragscode⁸²⁹ van haar leveranciers dat zij zich (ook) houden aan de UN Global Compact.⁸³⁰

In grote transportcontracten wordt veel gewerkt met zogenoemde Key Performance Indicators (KPI's) gekoppeld aan een bonus/malus-regeling van positieve en negatieve prikkels. Partijen meten en beoordelen transportprestaties op stiptheid en volledigheid. Volgens Suvi Hirvonen-Ere kunnen deze KPI's uitstekend worden ingezet voor het promoten van duurzaam vervoer.⁸³¹

6.2 Slotopmerkingen

Contractmanagement kan een boost geven aan duurzaamheid en de groene economie met grote zakelijke voordelen, waaronder een positieve uitwerking op merk en imago van het bedrijf. Dat kan ook een aanzuigende werking hebben op andere bedrijven die verduurzaming nastreven door contractmanagement. In dat kader zullen verladers ook eerder accepteren dat voor 'groenere logistiek en transport' een zekere prijs betaald moet worden.

824. Vgl. H. Sumption, S. Jackson & N. Rayner, 'Decarbonisation in the shipping and trading industry. Can climate-conscious drafting help provide a solution?', *Clyde & Co* 12 mei 2021, clydeco.com, p. 2-3.

825. Vgl. par. 3.2.5.

826. Zie voor *slow steaming* par. 3.3.4.

827. G. Hunter, 'Bimco tackles challenging carbon rules with new charter party clauses', bimco.org, 28 mei 2021, alsmede.chancerylaneproject.org/climate-clauses/.

828. 'Supplier Code of Conduct', dpdhl.com.

829. 'Zakelijke integriteit', klmtakescare.com.

830. Zie par. 2.4.

831. S. Hirvonen-Ere, 'The way of business contracts: How to promote (transport) sustainability and identifies the green economy via Contract Management', in: *Sustainable and efficient transport. Incentives for promoting a green transport market*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, p. 201-210.

7 Aandachtspunten/uitdagingen

7.1 Inleiding

Duidelijk is dat er nog veel actie nodig is om te komen tot klimaatneutraliteit.⁸³² Eveneens staat vast dat een duurzamer transport noodzakelijk is. Positief is dat veel marktpartijen daarvan zijn doordrongen en concrete stappen hebben gezet en/of willen zetten om tot transitie te komen.

Duidelijk is echter ook dat er veel uitdagingen en aandachtspunten zijn die geadresseerd zullen moeten worden om aanzienlijke verdere voortgang te boeken. We benoemen een aantal veel genoemde aandachtspunten, waarmee alle dan wel meerdere vervoersmodaliteiten te maken hebben. Deze uitdagingen hangen met elkaar samen en vertonen deels overlap. Daarnaast zijn er ook per modaliteit specifieke punten waaraan aandacht dient te worden besteed.⁸³³ Deze zullen we niet separaat behandelen.

7.2 Business case en level playing field

7.2.1 Transitiekosten zijn hoog

Er bestaat frictie over het tijdspad van de transitie. De klimaatcijfers vereisen verregaande, urgente actie. Veel marktpartijen vinden de maatregelen echter te ver en te snel gaan. Zij maken zich zorgen over de in het kader van de verduurzaming te maken kosten. De aanschaf van een elektrische truck is bijvoorbeeld momenteel nog 3,5 tot 4 keer zo duur als die van een dieseltruck, terwijl het bereik van de dieseltruck vele malen hoger is en deze lichter in gewicht is. Een geïnterviewde rekende voor dat een vlootvernieuwing op dit moment er in de praktijk nog op zou neerkomen dat er voor elke dieseltruck twee elektrische trucks nodig zijn. Het gebruik van de elektrische truck hoeft overigens niet per se duurder te zijn.⁸³⁴ Uit recent onderzoek blijkt dat de *total cost of ownership* van een elektrische wagen op termijn zelfs beter kan zijn dan die van een dieseltruck.⁸³⁵

Voor schepen en met name die in de binnenvaart is de afschrijvingsduur lang. Investeringsbeslissingen zijn en worden voor de lange termijn genomen. De verduurzamingsmogelijkheden van schepen spelen mee in de financieringsbeslissing.⁸³⁶ De al langer bestaande onzekerheden over de technische ontwikkelingen en faciliterende regelgeving maken een keuze voor de langere termijn niet eenvoudig. De

832. Vgl. ook Voorstel tot vaststelling kader totstandbrenging klimaatneutraliteit en wijziging Vo. 2018/99 (Europese Klimaatwet), COM(2020)80, p. 2.

833. Zie ook N. Gray e.a., 'Decarbonising ships, planes and trucks: An analysis of suitable low-carbon fuels for the maritime, aviation and haulage sectors', *Advances in Applied Energy* 2021.

834. Op korte afstanden kunnen er zelfs voordelen zijn: D.-Y. Lee e.a., 'Electric Urban Delivery Trucks: Energy Use, Greenhouse Gas Emissions, and Cost Effectiveness', *Environmental Science and Technology* 2013, p. 8022-8030. 'Is de batterij-elektrische truck voor het eerst kostenneutraal?', *logistiek.nl/duurzaamheid*, 27 mei 2021.

835. 'Long-haul electric trucks cheaper to own than diesel trucks — 13% cheaper today and 50% by 2030', *gspp.berkeley.edu*, 16 maart 2021; A. Phadke e.a., 'Why Regional and Long-Haul Trucks are Primed for Electrification Now', Lawrence Berkeley National Laboratory, 2021.

836. Vgl. de ABN Amro Insight uit mei 2021: B. Banning, 'Ondernemerschap in het familiebedrijf: de binnenvaartsector', *abnamro.nl/nl/zakelijk*, 7 mei 2021.

noodzaak van urgente actie, gelet op de uitstootcijfers, staat daarmee in schril contrast.

Hoewel onderzoek heeft aangetoond dat groene koplopers niet per definitie slecht(er) af zijn,⁸³⁷ is wel duidelijk dat met name kleinere vervoerders moeite (zullen) hebben met de financiering van de transitie. Een transitie brengt aanzienlijke initiële kosten met zich. Vervoerders, en dan met name het logistieke mkb, kunnen de nodige transitie-investeringen niet alleen opbrengen. Datzelfde geldt voor havens.⁸³⁸ Er is ook grote behoefte aan overheidsinvesteringen op het gebied van *research & development*.⁸³⁹

7.2.2 Fondsen en subsidies

De EU en nationale lidstaten onderkennen de financieringsnoodzaak en verschaffen fondsen.⁸⁴⁰

Op EU-niveau is er een substantieel budget beschikbaar gesteld van het 'European Structural and Investment Funds', dat deels ziet op emissiebeperking.⁸⁴¹ Ook onder de onderzoeksprojecten *Horizon 2020* en *Horizon Europe* is in de afgelopen jaren substantieel geïnvesteerd in duurzaamheidsinitiatieven en zullen er verdere investeringen gedaan worden.⁸⁴² Verder is er het Innovatiefonds dat de inkomsten bevat uit de ETS-regeling. Voor de periode 2020-2030 is een bedrag van ongeveer € 10 miljard beschikbaar. Het fonds richt zich op de financiering van 'baanbrekende technologieën voor hernieuwbare energie, energie-intensieve industrieën, energie-opslag, en de afvang, het gebruik en de opslag van koolstof'.⁸⁴³

Naar de toekomst toe is ter ondersteuning van het herstel in de nasleep van de COVID-19-crisis in 2020 *Next Generation EU* aangenomen.⁸⁴⁴ Dit Europese herstelplan moet de grondvesten leggen voor een klimaatneutraal en duurzaam Europa.⁸⁴⁵

837. W. Przychodzen, 'First-mover advantages in green innovation. Opportunities and threats for financial performance: A longitudinal analysis', *Corp Soc Resp Env Ma.* 2019.

838. Position paper on the European Green Deal van de European Sea Ports Organisation, 'ESPO's Roadmap to implement the European Green Deal objectives in ports', 2020, p. 12-13.

839. Zoals bijvoorbeeld ACEA schrijft op haar website: 'The auto industry's investments in alternatively-powered vehicles are paying off: in 2020 more than one in 10 cars registered in the EU was electrically chargeable. However, this positive trend can only be sustained if governments start making matching investments in infrastructure, and put in place meaningful and sustainable incentives': '2021 Progress Report. Making the transition to zero-emission mobility', *acea.auto*, 12 juli 2021.

840. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy, COM(2021)390 final, p. 1. Zie verder onder meer: Boosting future-proof European inland waterway transport, COM(2021)324 final; 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 (*PbEU* 2020, L 198/13-43).

841. 'Transport emissions, A European Strategy for low-emission mobility', *ec.europa.eu*; 'Network Infrastructure in Transport and Energy', *cohesiondata.ec.europa.eu*.

842. 'Smart, Green and Integrated Transport', *ec.europa.eu/programmes*. Zie ook 'Horizon Europe', *ec.europa.eu/info/research-and-innovation/funding/funding-opportunities/funding-programmes-and-open-calls/horizon-europe_en*.

843. 'Financiering aanvragen? Er is 1 miljard euro beschikbaar voor innovatieve projecten voor schone technologie', *ec.europa.eu/netherlands/news*, 3 juli 2020.

844. Herstel en voorbereiding voor de volgende generatie, COM(2020)456 def., p. 2.

845. 'Het Covid-19-herstelplan van de EU moet van klimaat een prioriteit maken', *Nieuws Europees Parlement*, 4 mei 2020.

Onder Next Generation EU zullen € 500 miljard aan subsidies en € 250 miljard aan leningen aan de lidstaten verstrekt worden.⁸⁴⁶ In totaal is 30% van het budget bestemd voor de bestrijding van klimaatverandering.⁸⁴⁷

Ook op nationaal gebied zijn er allerlei subsidies. In Nederland is er bijvoorbeeld een fonds beschikbaar gesteld voor investeringen in zware uitstootvrije voertuigen.⁸⁴⁸ Het Duitse ministerie van vervoer en digitale infrastructuur (BMVI) is een programma gestart om de aanschaf van vrachtwagens met een schonere aandrijving te bevorderen ter ondersteuning van de transitie.⁸⁴⁹

7.2.3 Betrekken marktpartijen

De verschillende potjes die er zijn, worden ondanks hun substantiële omvang, versnipperd en onvoldoende geacht. De EU wil investeerders nadrukkelijk in de transitie betrekken en private geldstromen naar de relevante economische activiteiten sturen.⁸⁵⁰ Zij heeft haar initiële actieplan⁸⁵¹ verder uitgewerkt in haar 'Strategie voor de financiering van de transitie naar een duurzame economie'.⁸⁵² De transportmarkt zoekt ook zelf naar oplossingen. Zo zijn er publieke private partnerschappen⁸⁵³ alsmede samenwerkingen tussen private partijen om kosten van onderzoek en implementatie te delen en commitment op langere termijn te hebben.⁸⁵⁴ Marktpartijen geven groene schuldpapieren (*green bonds*) uit om inkomsten te genereren om de noodzakelijke verduurzaming door te voeren.⁸⁵⁵ Wat niet helpt,

846. EU begroting drijvende kracht achter herstel Europa, COM(2020)442 def.

847. Report European Commission, 'EU's next long-term budget & Next Generation EU: key facts and figures', Publications Office of the European Union, 2020. De verantwoordelijkheid voor de invulling zal bij de lidstaten liggen. De lidstaten die voor steun in aanmerking willen komen, moeten plannen voor herstel en veerkracht opstellen, waarin een reeks hervormingen en openbare investeringsprojecten wordt voorgesteld die uiterlijk 2026 uitgevoerd kunnen zijn.

848. 'Nieuwe regeling voor meer schone vrachtauto's en groene innovaties op de weg', rijksoverheid.nl, 5 februari 2021.

849. De Duitse overheid zal maximaal € 15.000 subsidiëren als deze voldoet aan de eisen van de huidige Euro 6-emissienormen en tegelijk een oude vrachtwagen met Euro III-, IV- of V-emissienormen wordt gesloopt. C. Nijhuis, 'German transport ministry launches scrappage support programme for trucks', cleanenergywire.org, 12 januari 2021.

850. DNB ondersteunt dat de grootste investeringen van private partijen moeten komen. Overheden moeten de randvoorwaarden daartoe creëren. 'Klimaatinvesteringen hebben een zet van het nieuwe kabinet nodig', dnb.nl, 12 mei 2021. Zie ook het rapport van De Nederlandsche Bank, 'De financiering van transitie: kansen grijpen voor groen herstel', 2021.

851. Actieplan: duurzame groei financieren, COM(2018)97 def.

852. Strategie financiering transitie naar duurzame economie, COM(2021)390 def.

853. Bijvoorbeeld het partnerschap Zero Emission Waterborne Transport tussen de Europese Commissie en het Waterborne Technology Platform: waterborne.eu/partnership. Zie ook 'Partnerschap Zero Emission Waterborne Transport van start', *Journal Zeevaart*, augustus 2021, p. 117. Het partnerschap valt onder het onderzoeksproject Horizon Europe (waarover par. 7.2.2).

854. Vgl. bijvoorbeeld: S. Chambers, 'Trafigura and Yara collaborate to advance ammonia's prospects as shipping's fuel of the future', splash247.com, 7 juni 2021; A. Ajdin, 'Trafigura and Hy2gen collaborate on ammonia as shipping's future fuel', splash247.com, 26 juli 2021; 'Cosun Beet Company gaat suikerbieten weer over water vervoeren', schuttevaer.nl, 30 juni 2021; S. Chambers, 'MSC partners with Shell on path towards decarbonisation', splash247.com, 16 juli 2021; M. Rickhoff, 'Groene logistiek, de wereld heeft een lange weg te gaan', unilever.nl, 27 november 2019; 'Grote truckbouwers gaan Europees netwerk voor laadpunten opzetten', *Nieuwsblad Transport* 5 juli 2020 (online), nt.nl; S. Chambers, 'Study launched ship hydrogen on chemical carriers', splash247.com, 2 augustus 2021.

855. 'Hapag-Lloyd's "green" bond is linked to sustainability target for first time', hapag-loyd.com, 3 mei 2021; 'Scania's sets Green Bond Framework in support of sustainable transport', prnewswire.com, 18 september 2020; E. Verheggen, 'Waberer's rekent op groene beleggers voor expansieplannen', *Nieuwsblad Transport* 23 augustus 2021 (online), nt.nl; climatebonds.net/tags/transport.

is dat investeringsbeslissingen doorgaans gerelateerd zijn aan en gebaseerd op voorzienbare en stabiele regelgeving. De transitiefase leidt echter tot steeds weer veranderende regels, die meegaan met de technische ontwikkelingen, de markt en de cijfers op klimaatgebied.⁸⁵⁶ Dat creëert een spanningsveld op meerdere vlakken, waaronder op investeringsgebied.

Om de transitie te versnellen zullen verladers bereid moeten zijn om de kosten mede te dragen.⁸⁵⁷ De prijs van het vervoer is eenvoudigweg te laag. Kosten voor infrastructuur en externe kosten, waaronder die voor milieuvervuiling, zijn onvoldoende meegenomen in de prijsstelling.⁸⁵⁸ Dat zal moeten veranderen. Afspraken waarin verladers zich voor langere termijn committeren, zijn essentieel voor vervoerders om de noodzakelijke transitie-investeringen te kunnen doen, net als groene inkoopcriteria.⁸⁵⁹ Bekende A-merken als bijvoorbeeld Heineken⁸⁶⁰ en Unilever⁸⁶¹ spannen zich al in voor duurzamer vervoer.⁸⁶² Van groot belang is om veel meer verladers in de transitie 'mee te nemen'.

De zorg is echter dat een te groot aantal deelnemers in de keten niet bereid is een bijdrage te leveren. Voorkomen moet worden dat verladers voor een goedkopere optie overschakelen naar een minder groene speler die niet aan de duurzaamheidsregelgeving is gebonden.⁸⁶³ Regionale afspraken brengen het risico van prijsconcurrentie met zich. Uit onderzoek van Panteia naar de voorgestelde bijmengverplichting van biobrandstof in de binnenvaart per 1 januari 2022, dat zij in opdracht van de branchevereniging voor bunkerleveranciers NOVE heeft uitgevoerd, is gebleken dat deze een mogelijke terugval van 83% van het Nederlandse bunkervolume tot gevolg kan hebben.⁸⁶⁴ De Europese Commissie is zich bewust van het risico van een ongelijk speelveld.⁸⁶⁵ Zo heeft zij in een op 5 mei 2021 voorgestelde verordening,

856. K. Huhta, 'Anchoring the energy transition with legal certainty in EU law', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, p. 427.

857. Vgl. onder meer: E. Verheggen, 'Zero-emissie wegtransport is kwestie van willen betalen', *Nieuwsblad Transport* 22 juni 2021 (online), nt.nl.

858. Zie ook par. 3.7.

859. Vgl. onder meer Shell report 'Decarbonising shipping: All Hands on Deck', (executive summary) p. 7.

860. [heineken.nl/circulair](https://www.heineken.nl/circulair): 'Ook in onze logistiek reduceren we de CO2-uitstoot. Zo werken we aan een groene corridor tussen brouwerij Zoeterwoude en de haven Rotterdam. Over het water voeren we onze grondstoffen aan en ons verpakte bier af. Dat spaart jaarlijks wel 45.000 containerritten per vrachtwagen. Ook de binnenvaartschepen die ons bier vervoeren varen steeds energie efficiënter. Deels zelfs al hybride! En we werken zelfs aan een volledig elektrisch binnenvaartschip. Ook vergroenen we ons wegtransport. Onder meer met 8 elektrische vrachtwagens voor de distributie rond Amsterdam. Met kelderbiervrachtwagens die zijn uitgerust met zonnepanelen vullen we biertanks van klanten bij. Op 100% groene stroom.'

861. M. Rickhoff, 'Groene logistiek, de wereld heeft een lange weg te gaan', [unilever.nl](https://www.unilever.nl), 27 november 2019.

862. Maersk werkt samen aan verduurzaming met onder meer H&M en HP Inc; 'A.P. Moller – Maersk accelerates fleet decarbonisation with 8 large ocean-going vessels to operate on carbon neutral methanol', [maersk.com](https://www.maersk.com), 24 augustus 2021.

863. Vgl. onder meer A. Dechezlepretre & M. Sato, 'The Impacts of Environmental Regulations on Competitiveness', *Review of Environmental Economics and Policy* 2017, p. 183-206.

864. Rapport Panteia april 2021, 'Impact assessment bunkertoerisme – rapportage in opdracht van de NOVE', [nove.nl](https://www.nove.nl).

865. De Europese Commissie noemt een *level playing field* voor scheepvaartondernemingen zelfs 'critical to a well-functioning EU market for maritime transport'; Use of renewable and low-carbon fuel in maritime transport, COM(2021)562 final, Explanatory Memorandum, p. 1. Zij benadrukt het belang

die mede op voorspraak van Nederland is ontwikkeld,⁸⁶⁶ het risico van staatssteun geadresseerd.⁸⁶⁷ Ook heeft zij in het 'Fit for 55'-pakket onder meer *carbon border adjustment mechanisms* opgenomen.⁸⁶⁸

De beste manier om (zorgen over) concurrentievervalsing weg te nemen zou het ontwikkelen van mondiaal beleid zijn om een *equal level playing field* te creëren. Zoals de Europese Commissie schrijft: 'Een gecoördineerde wereldwijde inspanning is van cruciaal belang.'⁸⁶⁹ Dat effectieve internationaal geldende regelgeving op korte termijn wordt ontwikkeld lijkt echter in ieder geval vooralsnog geen erg realistische verwachting. De pogingen tot het vaststellen van mondiaal beleid van IMO en ICAO zijn moeizaam gebleken. De uitonderhandelde afspraken zijn weinig progressief te noemen. Het initiatief zal dan ook waarschijnlijk meer op regionaal niveau moeten komen. Maatregelen, *mandatory market-based measures* (MBM's), zullen zowel per modaliteit (directe concurrentie) als modaliteit overstijgend moeten worden genomen.⁸⁷⁰ De markt vraagt daar ook om.⁸⁷¹

7.2.4 Kansen transport

Overigens bieden de energietransitie en de verdergaande digitalisering ook kansen voor het transport. De circulaire economie en dan met name de *reverse logistics* kan tot extra vervoersbewegingen leiden.⁸⁷² Ook op andere vlakken zijn er mogelijkheden, bijvoorbeeld door nieuwe diensten aan te bieden. De ondergrondse opslag van CO₂, de zogenoemde *Carbon Capture (Utilisation) and Storage* (CCUS dan wel CCS), wordt meer en meer gezien als een manier om de uitstoot van CO₂ te verminderen.⁸⁷³ Schepen kunnen ingezet worden voor het vervoer van de CO₂ naar opslaglocaties.⁸⁷⁴ Hetzelfde geldt voor geïmporteerde waterstof en andere vormen van duurzame energie.⁸⁷⁵ De Europese Commissie wijst in haar 'Fit for 55'-pakket ook op de voordelen van vergroening; onder meer op de concurrentiepositie door 'pioniersvoordeel' bij toenemende wereldwijde duurzaamheidsacties.⁸⁷⁶ Verdergaande digitalisering lijkt daarbij een fundamentele rol te vervullen.⁸⁷⁷ Zoals The Circular Shipping Initiative in haar rapport aangeeft: 'Players that take advantage of these

meermaals in het ReFuelEU-voorstel: Proposal on ensuring a level playing field for sustainable air transport, COM(2021)561 final.

866. 'Dutch input reflected in EU-proposal to safeguard a level playing field between companies', government.nl, 5 mei 2021.
867. 'Commission proposes new Regulation to address distortions caused by foreign subsidies in the Single Market', ec.europa.eu, 5 mei 2021.
868. Zie over *carbon border adjustment mechanism* ook par. 3.4.3.3 van dit preadvies.
869. Actieplan: duurzame groei financieren, COM(2018)97 def., p. 15.
870. Zie over MBM's ook par. 2.1.4.
871. L.R. Pedersen, 'Shipping bodies call on world leaders to bring forward discussions on global market-based measures', bimco.org, 21 april 2021; Position Paper van Sustainable Aviation, 'Reducing Aviation's Climate Impact with a Global Market-Based Measure (MBM)', 2016.
872. Zie over de circulaire economie en *reverse logistics* par. 3.5.
873. Vgl. onder meer 'Carbon capture, utilisation and storage', iea.org/fuels-and-technologies, alsmede 'Carbon Capture, Utilisation and Storage (CCUS)', rvo.nl.
874. P. Jumelet, 'Transport voor CO₂-opslag: plaaggeest wordt scheepsvracht', *Nieuwsblad Transport* 27 juli 2021 (online), nt.nl.
875. S. Chambers, 'Study launched to ship hydrogen on chemical carriers', splash247.com, 2 augustus 2021. Zie ook A. Ajdin, 'Japanese firm looks to build next generation of energy transfer ship', splash247.com, 20 augustus 2021.
876. Fit for 55, COM(2021)550 final, p. 13.
877. Zie over digitalisering hoofdstuk 4.

emerging opportunities may find it increasingly possible to deliver a return on invested capital.⁸⁷⁸

7.3 Infrastructuur

Naast het aanbod van goed inzetbare, betaalbare duurzame voertuigen is eveneens van belang dat er randvoorwaarden worden gecreëerd om marktpartijen in staat te stellen effectief gebruik te maken van de duurzame voertuigen. De fysieke en regelgevende infrastructuur moet op orde zijn.

Fysieke infrastructuur

De benodigde fysieke infrastructuur kan verschillen per modaliteit en per brandstoftype. Zo gaat het bij elektrische voertuigen om de beschikbaarheid van een effectief (Europees) netwerk van laadpalen,⁸⁷⁹ terwijl voor op LNG varende schepen van belang is dat er voldoende havens zijn waar LNG ingenomen kan worden.⁸⁸⁰

Andere voorbeelden zijn de voldoende beschikbaarheid van pijpleidingen voor waterstof,⁸⁸¹ de aanwezigheid van walstroom,⁸⁸² voldoende batterijwisselpunten voor batterij-varen, enzovoort. De EU en nationale wetgevers werken hieraan.⁸⁸³

Op alle vlakken worden ook steeds meer (private) initiatieven ontplooid. Zo hebben drie grote truckproducenten recent de handen ineengeslagen om te komen tot een Europees netwerk van laadpunten voor elektrische voertuigen.⁸⁸⁴

Van belang is dat de toeleveranciers zelf ook duurzaam opereren. Het Havenbedrijf van Rotterdam heeft de ambitie gesteld om in 2050 vrijwel emissieloos te zijn. In het kader van de energietransitie is gekozen voor een stapsgewijze strategie. Onderdeel van de eerste stap op weg naar een CO₂-neutrale haven is de infrastructuur, onder meer om restwarmte te gebruiken en CO₂ op te slaan.⁸⁸⁵ Ook bestaande infrastructuur wordt verduurzaamd. Zo zullen er in 2022 alleen nog maar ledlam-

878. Rapport 'The Circular Shipping Initiative – How the Circular Economy could introduce new value to the shipping industry', *The Circular Shipping Initiative Project* 2019, p. 12.

879. Daar schort het momenteel nog aan: E. Verheggen, 'Zero-emissie wegtransport is kwestie van willen betalen', *Nieuwsblad Transport* 22 juni 2021 (online), nt.nl.

880. Op het moment van schrijven zijn er wereldwijd nog maar 150 havens waar dat mogelijk is.

881. Waterstofstrategie voor een klimaatneutraal Europa, COM(2020)301 def., p. 16-18.

882. Het Europees Parlement en de Europese Commissie achten walstroom in havens zinvol. Vgl. onder meer Resolutie van het Europees Parlement van 27 april 2021 over technische en operationele maatregelen voor een efficiënter en schoner zeevervoer (2019/2193(INI)), par. 11; de aanbeveling van de Commissie van 8 mei 2006 ter bevordering van het gebruik van walstroom door schepen die in communautaire havens verblijven (2006/339/EG) (*PbEU* 2006, L 125/38) en gedelegeerde Verordening (EU) 2018/674 van de Commissie van 17 november 2017 tot aanvulling van Richtlijn 2014/94/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de oplaadpunten voor motorvoertuigen van categorie L, walstroomvoorzieningen voor binnenvaartschepen en tankpunten voor LNG voor het vervoer over water, en tot wijziging van die richtlijn met betrekking tot connectoren voor motorvoertuigen voor het tanken van gasvormige waterstof (*PbEU* 2018, L 114/1-3).

883. Proposal deployment alternative fuels infrastructure, and repealing Directive 2014/94/EU of the European Parliament and the Council, COM(2021)559 final; Boosting future-proof European inland waterway transport, COM(2021)324 final, p. 8-9.

884. 'Grote truckbouwers gaan Europees netwerk voor laadpunten opzetten', *Nieuwsblad Transport* 5 juli 2020 (online), nt.nl.

885. 'Energietransitie', portofrotterdam.com/nl.

pen branden in de Rotterdamse haven.⁸⁸⁶ Schiphol beschikt al over een circulair verlichtingsconcept.⁸⁸⁷

Duidelijk is ook dat de basisinfrastructuur op orde moet zijn. Wegen moeten bereikbaar en vaarwegen bevaarbaar zijn en blijven. Dat ziet zowel op capaciteit, onderhoud als op tijdige oplossingen van door klimaatverandering verwachte uitdagingen.⁸⁸⁸

Regelgevende infrastructuur

Ook de regelgevende infrastructuur moet gewaarborgd zijn. Een hogere mate van juridische voorspelbaarheid en een *institutional mechanism* kunnen de technologische ontwikkeling en financiering daarvan aanjagen.⁸⁸⁹ Daarnaast moeten nieuwe technologieën daadwerkelijk gebruikt mogen worden. Een mooi voorbeeld is de aanpassing van de Zwitserse wetgeving om te faciliteren dat trucks iets langer mogen zijn om daardoor ruimte te creëren voor de batterij. Zonder deze aanpassing zou de markt geen gebruik kunnen maken van de technische innovaties.⁸⁹⁰ De European Automobile Manufacturers' Association (ACEA), pleit voor uniforme regelgeving.⁸⁹¹ Gebrek aan regelgeving kan de technologische voortgang ook belemmeren in die zin dat er angst kan bestaan dat een product uiteindelijk niet inzetbaar zal blijken te zijn.⁸⁹² Door de juiste regelgeving kunnen bovendien substantiële emissiereducties bereikt worden.⁸⁹³

De EU onderkent het belang van regelgeving⁸⁹⁴ en probeert belemmeringen zo veel mogelijk weg te nemen. Zo heeft zij in 2014 al Richtlijn 2014/94/EG betreffende de

886. 'Duurzame haven', portofrotterdam.com/nl.

887. 'Circular lighting at Schiphol Airport', lighting.philips.com.

888. Vgl. ook Achtergrondrapportage Vaarwegen Integrale Mobiliteitsanalyse 2021, 10 mei 2021. Voor wat betreft het opvangen van klimaatgerelateerde veranderingen heeft de Nederlandse overheid de Nationale Adaptatie Strategie (NAS) en het Deltaprogramma ingezet. Zie verder: 'Nederland op stoom met aanpassing aan klimaatverandering', rijksoverheid.nl, 12 mei 2021 en de daar opgenomen verwijzingen.

889. Zie onder meer: Proposal Regulation (EU) 2018/842 binding annual greenhouse gas emission reductions by Member States from 2021 to 2030, COM(2021)555 final, Explanatory Memorandum, p. 1; Use of renewable and low-carbon fuel in maritime transport, COM(2021)562 final, Explanatory Memorandum, p. 2 en 7 resp. A. Quium, 'The Institutional Environment for Sustainable Transport Development', 2018.

890. E. Verheggen, 'Zwitserse e-trucks metertje langer om ruimte te maken voor batterijen', *Nieuwsblad Transport* 19 mei 2021 (online), nt.nl. In Nederland zou de inzet van langere trucks na de zomer ook mogelijk moeten zijn: E. Verheggen, 'Langere cabine mag na de zomer ook in Nederland', *Nieuwsblad Transport* 5 juli 2021 (online), nt.nl.

891. ACEA, 'Policy Paper Road freight transport on the way to carbon neutrality', Brussel 2020, p. 2-3.

892. Zie bijvoorbeeld de ontwikkeling van waterstofbrandstof voor de luchtvaart. Tijdens de workshop van 6 mei 2021 was dit een belangrijk aandachtspunt: 'The first main message that came forward from this session, highlighted by all the participants, is the lack of regulations such as norms, guidelines or standards. This is a critical issue because without them, any development could be later questioned.' Summary of key messages delivered at the Technical Workshop 'Hydrogen-powered aviation Research and Innovation' (6 mei 2021), p. 3.

893. Het Global Impact Assessment of Regulations and Policies for Sustainable Aviation by 2050-project (GLIMPSE2050) laat zien dat er uitgaande van voortschrijdende techniek, met de juiste regelgeving een CO₂-besparing bereikt kan worden van 11% en de NO_x-emissies met 14% kunnen worden gereduceerd; 'GLIMPSE2050: How regulation can reduce aviation's environmental footprint', cleansky.eu, 5 juli 2021; 'Global Impact Assessment of Regulations and Policies for Sustainable Aviation by 2050', cordis.europa.eu/project.

894. Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (herschikking) (*PbEU* 2018, L 328/82-209), preambule onder 50 en 51.

uitrol van infrastructuur voor alternatieve brandstoffen aangenomen. Een recent onderzoek naar de werking daarvan is niet onverdeeld positief. Geconcludeerd wordt dat de huidige uitrol niet leidt tot een uitgebreide en volledige netwerkdekking van gebruiksvriendelijke infrastructuur in de hele EU.⁸⁹⁵ De richtlijn is thans onderwerp van revisie.⁸⁹⁶

Uit zowel de geraadpleegde stukken als uit onze interviews blijkt dat de wens tot effectieve regelgeving met een visie voor de langere termijn breed gedragen wordt.⁸⁹⁷ Er is behoefte aan regie door regelgevers. De regelgeving moet dusdanig zijn dat de markt keuzes kan maken voor de toekomst. Soms betekent dit dat de regelgeving actief sturend moet zijn en de markt zich daaraan op kan trekken. In andere gevallen is het aan de regelgevers om de ontwikkelingen in de markt van een juridisch kader te voorzien.⁸⁹⁸ Zo hebben schepen die op waterstof varen vooraansnog een vergunning nodig,⁸⁹⁹ net als tankstations voor het wegverkeer.⁹⁰⁰ Om varen en rijden met scheepsaandrijving op waterstof veilig door te kunnen zetten is aanpassing van de regelgeving noodzakelijk.⁹⁰¹

Het vinden van de juiste balans blijkt lastig, onder meer omdat de technologische ontwikkelingen hard gaan, maar ook grillig en brancheafhankelijk zijn. Daarnaast zijn er politieke belangen die doorwerken. In de binnenvaart lijkt de Europese regelgever op het gebied van de te gebruiken scheepsmotoren sneller te gaan dan de

895. Verslag toepassing Richtlijn 2014/94/EU betreffende uitrol infrastructuur alternatieve brandstoffen, COM(2021)103 def.

896. 'Legislative train schedule – revision of the directive on deployment of alternative fuels', euro-parl.europa.eu.

897. Vgl. onder meer: 'Beyond Energy: Incentivizing Decarbonization through the Circular Economy', oxfordenergy.org; Klimaatbeleid Mobiliteit en Transport, Advies 3: KBT Klimaatcrisis Beleid Team, mei 2021, aanbeveling 2; DNV GL ziet het in haar Energy Transition Outlook 2020 als een noodzakelijk vereiste (eto.dnv.com/2020/#ETO2019-top); ook Shell stuurt daarop aan in haar rapport 'Decarbonising shipping: All Hands on Deck', 2020 (executive summary) p. 7; S. Hirvonen-Ere, 'The way of business contracts: How to promote (transport) sustainability and incentivize the green economy via Contract Management', in: *Sustainable and efficient transport*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, p. 182-183; N. Stern, *The Economics of Climate Change*, VUB University Press 2010, p. 122; G. Mallouppas e.a., 'Decarbonization in Shipping Industry: A Review of Research, Technology Development, and Innovation Proposals', *Journal of Marine Science and Engineering* 2021, 415, p. 40; S. Chambers, 'Netherlands and OECD make the case for more swift adoption of longer term emissions regulations', splash247.com, 19 mei 2021; A. Cox, 'IEA forecasts shipping will fall short in 2050 zero emissions rush', splash247.com, 19 mei 2021; *Net Zero by 2050: A Roadmap for the Global Energy Sector*; S. Chambers, 'Søren Skou and Jan Dieleman stress urgent need for a carbon tax', splash247.com, 28 mei 2021; 'A quick change of mind: methanol, not ammonia is (... perhaps) the target for zero emissions in 2030', rivieramarine.mc, 20 november 2020. Ook de EU onderkent dit. Vgl. onder meer Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (herschikking) (*PbEU* 2018, L 328/82-209), preambule onder 9: 'De vaststelling van een bindend streefcijfer van de Unie voor het gebruik van hernieuwbare energie tegen 2030 zou de ontwikkeling van technologieën voor de productie van hernieuwbare energie blijven aanmoedigen en investeerders zekerheid bieden.'

898. K. Huhta, 'Anchoring the energy transition with legal certainty in EU law', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, p. 429.

899. N. van Herk, 'Future Proof Shipping krijgt "go" van CR voor varen op waterstof', *Nieuwsblad Transport* 8 juli 2021 (online), nt.nl.

900. 'WVIP biedt handreiking vergunningsproces waterstoftankstations', infomail.nl/onderwerpen.

901. In het rapport van EICB in opdracht van de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland, 'Waterstof in binnenvaart en short sea. Een inventarisatie van innovatieprojecten', uit 2020 (p. 36) wordt daarop aangedrongen. Voor wegvervoer blijkt dat het aanvragen van een waterstoftankstation gecompliceerd is. Ook dat zal gestroomlijnd moeten worden. Zie het rapport 'Vergunningproces waterstoftankstations – praktische handleiding', 2020.

markt.⁹⁰² Daarentegen gaat het regelgevingsproces in het wegvervoer te langzaam; het aangekondigde uitstel van de vrachtwagenheffing is breed bekritiseerd.⁹⁰³ Ook zijn er zorgen over de interactie en overlap tussen de verschillende regelingen.⁹⁰⁴ Er bestaat vanuit juridisch opzicht ook een zekere mate van frictie tussen enerzijds de behoefte aan flexibiliteit om in te spelen op de snel veranderende omstandigheden en deze te faciliteren, en anderzijds de behoefte van de markt aan duidelijke kaders voor de langere termijn om te investeren. Betoogd is dat het rechtszekerheidsbeginsel zou kunnen helpen om deze verschillende functies bij elkaar te brengen en meer houvast te bieden.⁹⁰⁵ Dit is een uitdaging, ook voor het nieuwe kabinet.⁹⁰⁶

7.4 Toename vervoer

De afgelopen jaren zijn er in het vervoer al met al aanzienlijke stappen gezet. Het totale effect is desalniettemin beperkt. Dit is deels het gevolg van een toename van het totale vervoer.⁹⁰⁷ Niet alleen het aantal reisbewegingen, maar ook de reisafstand is gestegen.⁹⁰⁸ Het brandstofgebruik per passagier is tussen 2005 en 2017 met 24% gereduceerd. Doordat de gereisde afstand per passagier in dezelfde periode met 60% is toegenomen, is de totale uitstoot eveneens gestegen.⁹⁰⁹ De voorspellingen zijn niet gunstig. Het International Transport Forum van de OESO verwacht dat het wereldwijde vervoer in 2050 in vergelijking met 2015 meer dan verdubbeld zal zijn.⁹¹⁰ In Nederland gaat men uit van een totale groei van 17%.⁹¹¹ Om tot een sectoroverstijgend klimaatneutraal resultaat te komen zal die groei moeten worden geadresseerd en waar mogelijk beperkt.

902. Vgl. par. 3.3.3.

903. E. Verheggen, 'Minister houdt vast aan uitstel vrachtwagenheffing', *Nieuwsblad Transport* 16 juni 2021 (online), nt.nl.

904. Zie bijvoorbeeld 'TLN ondersteunt aangescherpte ambitie EU, maar kritisch over mogelijke lastenverzwaring ondernemers', tln.nl, 14 juli 2021.

905. K. Huhta, 'Anchoring the energy transition with legal certainty in EU law', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, p. 428.

906. Zie ook: J. Tielbeke, 'Een eerlijke transitie, dat moet het uitgangspunt zijn', *De Groene Amsterdammer* 19 mei 2021 (online), groene.nl; 'Klimaatinvesteringen hebben een zet van het nieuwe kabinet nodig', dnb.nl, 12 mei 2021; 'Advies: nieuw kabinet moet klimaatmaatregelen "verdubbelen"', nos.nl, 29 januari 2021; 'Van Vervuiler naar Formatie: zet het klimaat op 1 in het regeerakkoord', milieudefensie.nl, 10 juni 2021. Zie ook de eindrapportage van de studiegroep Invulling klimaatopgave Green Deal, januari 2021, 'Bestemming Parijs: Wegwijzer voor Klimaatkeuzes 2030, 2050'.

907. 'Emissions from planes and ships: facts and figures (infographic)', europarl.europa.eu, 5 december 2019 (laatst bijgewerkt op 28 april 2021).

908. 'Growth Factors in Transport Demand', transportgeography.org.

909. 'Reducing emissions from aviation', ec.europa.eu.

910. 'ITF Transport Outlook 2021', itf-oecd.org. Zie ook rapport 'European Maritime Transport Environmental Report 2021', *European Environment Agency en European Maritime Safety Agency*, Luxemburg, 2021, p. 12: 'In 2020, the IMO projected the sector's greenhouse gas emissions to increase from about 90% of 2008 emissions in 2018 to 90-130% of 2008 emissions by 2050 for a range of plausible long-term economic and energy scenarios. Even if these predictions do not take account of the effects of the COVID-19 pandemic, which could lower the growth of the maritime sector for several years to come, such growth in emissions is not compatible with the EU's 2050 climate-neutrality target.'

911. Achtergrondrapportage Vaarwegen Integrale Mobiliteitsanalyse 2021, 10 mei 2021, p. 13.

8 **Evaluatie – no silver bullet**

De onzekerheid, onder meer over de beste verduurzamingsoptie, infrastructuur, financiering en regelgeving, helpt niet bij de noodzakelijke transitie. De belangen lopen ook uiteen. Zorgen omtrent de bestaanszekerheid lijken universeel te zijn, zij het op verschillende gebieden. Waar enerzijds angst bestaat over het überhaupt blijven bestaan, bijvoorbeeld bij de Pacifische eilanden, hebben andere belanghebbenden angst voor hun economisch bestaansrecht. Om tot universele actie te komen, zullen de verschillende belangen moeten worden meegewogen en geadresseerd.

Om de footprint van transport daadwerkelijk te verbeteren lijkt een effectief, krachtig beleid voor de korte, middellange en lange termijn noodzakelijk. Onder meer de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, het International Energy Agency, meerdere onderzoeken en marktpartijen zelf hebben daartoe opgeroepen.⁹¹² Bij voorkeur gaat het daarbij om de implementatie van mondiaal gedragen en uitgevoerde maatregelen.⁹¹³ Niet alleen vergroot dat de snelheid van de verduurzaming, maar bovendien wordt voorkomen dat partijen er uit kostenperspectief voor kiezen om uit te wijken naar jurisdicties waar minder strenge normen gelden. In afwezigheid van mondiaal geldende initiatieven kunnen regionale maatregelen fungeren als vliegwiel om te komen tot algemeen geldende regelgeving. Een voorbeeld daarvan is de ISPS-Code van de IMO. Toen Amerika aankondigde eenzijdige maatregelen in te stellen, bleek internationale regelgeving alsnog snel gerealiseerd te kunnen worden.⁹¹⁴ Ook de MRV-Verordening voor de scheepvaart en de opname van luchtvaart in het EU ETS hebben geleid tot snellere

912. Vgl. onder meer: 'Beyond Energy: Incentivizing Decarbonization through the Circular Economy', oxfordenergy.org; Klimaatbeleid Mobiliteit en Transport, Advies 3: KBT Klimaatcrisis Beleid Team, mei 2021, aanbeveling 2; DNV GL ziet het in haar Energy Transition Outlook 2020 als een noodzakelijk vereiste (eto.dnv.com/2020#ETO2019-top); ook Shell stuurt daarop aan in haar rapport 'Decarbonising shipping: All Hands on Deck', 2020 (executive summary) p. 7; S. Hirvonen-Ere, 'The way of business contracts: How to promote (transport) sustainability and incentivize the green economy via Contract Management', in: *Sustainable and efficient transport*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, p. 182-183; N. Stern, *The Economics of Climate Change*, VUB University Press 2010, p. 122; S. Chambers, 'Netherlands and OECD make the case for more swift adoption of longer term emissions regulations', splash247.com, 19 mei 2021; A. Cox, 'IEA forecasts shipping will fall short in 2050 zero emissions rush', splash247.com, 19 mei 2021; *Net Zero by 2050: A Roadmap for the Global Energy Sector*; S. Chambers, 'Søren Skou and Jan Dieleman stress urgent need for a carbon tax', splash247.com, 28 mei 2021; 'A quick change of mind: methanol, not ammonia is (... perhaps) the target for zero emissions in 2030', rivieramarine.mc, 20 november 2020. Ook de EU onderkent dit. Vgl. onder meer Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (herschikking) (*PbEU* 2018, L 328/82-209), preambule onder 9: 'De vaststelling van een bindend streefcijfer van de Unie voor het gebruik van hernieuwbare energie tegen 2030 zou de ontwikkeling van technologieën voor de productie van hernieuwbare energie blijven aanmoedigen en investeerders zekerheid bieden.'
913. Position paper on the European Green Deal van de European Sea Ports Organisation, 'ESPO's Roadmap to implement the European Green Deal objectives in ports', 2020, p. 9-10. Zie ook over het belang van (internationaal) gecoördineerde actie: A. Quium, 'The Institutional Environment for Sustainable Transport Development', 2018. In Nederland heeft de Tweede Kamer in maart 2021 het wetsvoorstel Initiatiefvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen ingediend tot implementatie van de OESO-richtlijnen. Milieu is daarin een van de thema's. Vgl. *Kamerstukken II 2020/21*, 35761, nrs. 1-3.
914. 'Failure is not disaster: IMO's troubled efforts to finalise GHG measures', splash247.com, 8 juni 2021.

invoering van internationale regels.⁹¹⁵ In haar 'Fit for 55'-pakket hint de Europese Commissie ook op reflexwerking. Zij sorteert nadrukkelijk voor op de aanstaande 26ste United Nations Climate Change Conference of the Parties (COP 26) in Glasgow in november 2021⁹¹⁶ en op actie van de IMO.⁹¹⁷ In haar Explanatory Memorandum bij haar voorstel tot aanpassing van de ETS-richtlijn schrijft zij: 'EU action can also inspire and pave the way for broader action, e.g. as regards maritime transport within the International Maritime Organization IMO) and by third countries.'⁹¹⁸

In het kader van de te nemen maatregelen is een holistische, alomvattende aanpak alsmede samenwerking tussen de verschillende betrokken partijen essentieel.⁹¹⁹ Er zal een combinatie van maatregelen op alle niveaus nodig zijn om te komen tot de benodigde vergroening.⁹²⁰ Voorkomen moet worden dat er slechts een verschuiving in plaats van een oplossing van het probleem plaatsvindt. Bijvoorbeeld: de inzet van *open loop scrubbers* zorgt voor een betere luchtkwaliteit, maar doet de waterkwaliteit aanzienlijk afnemen waardoor de nettowinst afwezig, dan wel beperkt

915. Commission Staff Working Document Impact Assessment Report Accompanying the document Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, Decision (EU) 2015/1814 concerning the establishment and operation of a market stability reserve for the Union greenhouse gas emission trading scheme and Regulation (EU) 2015/757, SWD(2021)601 final Part 4/4, Annex 10, p. 44.

916. Fit for 55, COM(2021)550 final, p. 2 en 12-13.

917. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, Decision (EU) 2015/1814 concerning the establishment and operation of a market stability reserve for the Union greenhouse gas emission trading scheme and Regulation (EU) 2015/757 (2021/0211 (COD)), art. 3ge (1): 'The Commission shall consider possible amendments in relation to the adoption by the International Maritime Organization of a global market-based measure to reduce greenhouse gas emissions from maritime transport.' Vgl. ook Impact Assessment, Report accompanying the document Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, Decision (EU) 2015/1814 concerning the establishment and operation of a market stability reserve for the Union greenhouse gas emission trading scheme and Regulation (EU) 2015/757, SWD(2021)601 final (4/4), p. 43-45.

918. Proposal for establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, COM(2021)551 final, Explanatory memorandum, p. 8. Vgl. ook strategie voor de lange termijn uit 2018: 'De langetermijnstrategie van de EU kan niet in isolement worden nagestreefd. Daarom moet de EU zich ervoor inspannen dat wereldwijd beleid wordt opgesteld en actie wordt ondernomen om de huidige, niet-duurzame tendens in de emissies om te keren, en om een ordelijke overgang naar een mondiale koolstofarme toekomst in goede banen te leiden. De EU moet het goede voorbeeld blijven geven en multilaterale, op regels gebaseerde samenwerking bevorderen'. Strategische langetermijnvisie voor klimaatneutrale economie, COM(2018)773 def., p. 25.

919. De holistische benadering is onder meer genoemd in het VN-rapport 'Making Peace With Nature: A scientific blueprint to tackle the climate, biodiversity and pollution emergencies', 2021, [unep.org/resources/making-peace-nature](https://www.unep.org/resources/making-peace-nature); De Europese Green Deal; Europese strategie voor emissie-arme mobiliteit, COM(2016)501 def., p. 2 en 8; Paper van The Energy Transitions Commission, 'The First Wave — A blueprint for commercial-scale zero-emission shipping pilots. A special report by the Energy Transitions Commission for the Getting to Zero Coalition', 2020, p. 88, aanbeveling 5; 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 (PbEU 2020, L 198/13-43), preamble onder 6.

920. Zie onder meer ook G. Mallouppas e.a., 'Decarbonization in Shipping Industry: A Review of Research, Technology Development, and Innovation Proposals', *Journal of Marine Science and Engineering* 2021, 415; J. Axsen e.a., 'Crafting strong, integrated policy mixes for deep CO2 mitigation in road transport', *Nature Climate Change* 2020, p. 809-818 en P. Balcombe e.a., 'How to decarbonise international shipping: Options for fuels, technologies and policies', *Energy Conversion and Management* 2019, p. 1, 35; E.A. Bouman e.a., 'State-of-the-art technologies, measures, and potential for reducing GHG emissions from shipping — A review', *Transportation Research Part D* 2017, p. 408-421.

is.⁹²¹ Hetzelfde geldt voor een situatie waarin *reverse logistics* slechts leidt tot extra transport en enkel zorgt voor extra uitstoot.⁹²² Binnen de keten zal moeten worden samengewerkt, onder meer door het delen van data.⁹²³ Nieuwe technologieën bieden daartoe steeds meer opties.⁹²⁴ Tegelijkertijd is duidelijk dat de vervoerders de transitie niet alleen kunnen bewerkstelligen. Partijen binnen de *supply chain* (en overheden) zullen de kosten gezamenlijk moeten dragen. Concreet betekent dit dat verladers en consumenten bereid moeten zijn groene vervoersprijzen te betalen. Als iedereen bijdraagt, kan het snel gaan. Het zich bewust zijn van toenemende klimaatontwrichting groeit, ook door een confrontatie met de soms extreme en heftige gevolgen van de ontwrichting.⁹²⁵ Het recente VN-rapport over klimaatverandering⁹²⁶ schetst de nieuwe instabiliteit van het leefklimaat op aarde ‘met de mens als een machtige influencer onder de soorten’.⁹²⁷ Met dit groeiend bewustzijn verwachten we dat er de komende jaren substantiële progressie zal worden geboekt.

Lijst met gebruikte afkortingen

Agenda 2030	de Agenda 2030 voor duurzame ontwikkeling
BDI	Basis Data Infrastructuur
BIMCO	Baltic and International Maritime Council
BIPAD	Best Industry Practices for Aircraft Decommissioning
BMVI	Duitse ministerie voor vervoer en digitale infrastructuur
CBAM	Carbon Border Adjustment Mechanisms
CCR	Centrale Commissie voor de Rijnvaart
CCS	Carbon Capture and Storage
CCUS	Carbon Capture Utilization and Storage
CDNI	Verdrag inzake de verzameling, afgifte en inname van afval in de Rijn- en Binnenvaart
CEAP	Circular Economy Action Plan
CII	Guidelines on the Carbon Intensity Indicator

-
921. ICCT Consulting Report: B. Comer e.a., ‘Air emissions and water pollution discharges from ships with scrubbers’, International Council on Clean Transportation, 2020. In Richtlijn (EU) 2019/883 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake havenontvangstvoorzieningen voor de afvalafgifte van schepen, tot wijziging van Richtlijn 2010/65/EU en tot intrekking van Richtlijn 2000/59/EG (*PbEU* 2019, L 151/116-142) wijst de EU erop dat de lidstaten via de IMO moeten blijven werken aan een omvattende bestudering van de milieueffecten van lozingen van afvalwater afkomstig van *open loop scrubbers* en maatregelen ter bestrijding van mogelijke effecten, waarbij de lidstaten wel al maatregelen moeten treffen (preambule onder 7 en 8).
922. H. Yu & W. Deng Solvang, ‘A general reverse logistics network design model for product reuse and recycling with environmental considerations’, *Int J Adv Manuf Technol* 2016, p. 2709.
923. Het rapport van Loop Ports, Circular Economy Network of Ports, ‘Looking at the Future of EU Ports – Opportunities for Intervention – Innovation Recommendations’, 2019, p. 31-33 toont het belang van samenwerking om te komen tot een circulaire economie binnen havens.
924. Zie interview met L. Eckstein, ‘Het gaat om meer dan wat er uit de uitlaat komt’, *DAF in ACTION*, DAF, najaar 2020/lente 2021, p. 4-7.
925. R. Clayton, ‘Extreme weather will accelerate decarbonisation says Wärtsilä chief’, *lloydslist.maritimeintelligence.informa.com*, 20 juli 2021.
926. IPCC 2021, *Climate change 2021: the physical science basis. Contribution of working group I to the sixth assessment report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge: Cambridge University Press in druk, [ipcc.ch](https://www.ipcc.ch).
927. ‘Klimaatverandering – Welkom in het Nieuwe Klimaattijdperk’, NRC 10 augustus 2021, p. 1.

Climate Principles for Enterprises	Principles on Climate Obligations of Enterprises
COP 26	26ste United Nations Climate Change Conference of the Parties in Glasgow in November 2021
CORSIA	Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation
DTS	Digitale Transport Strategie
E-fuels	Synthetische brandstoffen geproduceerd op basis van elektriciteit, water of kooldioxide (stikstof)
EASA	European Union Safety Agency
EEDI	Energy Efficiency Design Index
EEOI	Energy Efficiency Operational Indicator
EEXI	Marine Environmental Protection Committee
EGCS	Exhaust gas cleaning systems
ESS	Electronic Shipping Solutions
ETD	Energy Taxation Directive
ETF	Enhanced Transparency Framework
ETR	Electronic Transport Record
ETS	Emissions Trading System
EU	Europese Unie
EU ETS	EU Emissions Trading Scheme
EU MRV	EU Monitoring, Rapportage en Verificatie Verordening
FAEE	Fatty Acid Ethyl Esters
FAME	Fatty Acid Methyl Esters
GHG emissions	Green house gas emissions, broeikasgasuitstoot
HBE's	Hernieuwbare Brandstofeenheden
HFO	Heavy Fuel Oil
HR	Hoge Raad
HvJ EG/EU	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen/Europese Unie
HVO	Hydrotreated Vegetable Oil
HVR	Hague-Visby Rules
IATA	International Air Transport Association
ICAO	Internationale Burgerluchtorganisatie van de Verenigde Naties
ICAP	International Carbon Action Partnership
ICC	International Chamber of Commerce
IMO	Internationale Maritieme Organisatie
IPCC	Intergouvernementele Werkgroep inzake klimaatverandering
KiM	Kennisinstituut voor Mobiliteitsbeleid
KPI's	Key Performance Indicators
LNG	Liquefied Natural Gas
MARPOL	Internationaal Verdrag ter voorkoming van verontreiniging door schepen
MBM	Market based mechanisms
NDC's	National Determined Contributions
Nea	Nederlandse Emissieautoriteit

Non-MBM	Non-market based mechanisms
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OPS	On-shore Power Supply
RED	Renewable Energy Directive (Hernieuwbare Brandstoffen Richtlijn)
RR	Rotterdam Rules
SAF	Sustainable Aviation Fuels
SDG's	Sustainable Development Goals
SEEA	System of Environmental Economic Accounts
SEEMP	Ship Energy Efficiency Management Plan
SOLAS	Safety of Life at Sea Convention
TFA	Trade Facilitation Agreement
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCLOS	United Nations Convention on the Law of the Sea
UNFCCC	United Nations Framework Convention on Climate Change
VLSFO	Very Low Sulphur Fuel Oil
VN	Verenigde Naties
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
ZES	Zero Emission Services

