

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 lezing beveelt 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 toezichthoudende 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 gedachtewisseling 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.