

Bb 2024/56

ESG en contracten: van declaratoire bepaling tot “wurgcontract”

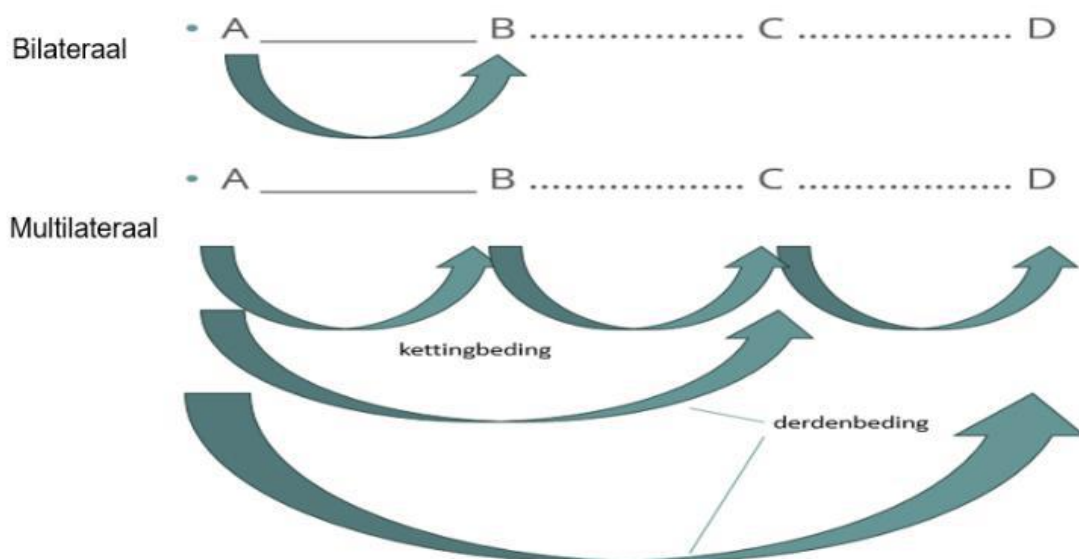
Datum: 6 december 2024

Inleiding

De regelgeving op het gebied van ESG (Environmental, Social, and Governance) neemt toe. Bedrijven willen daarom ESG-gerelateerde bepalingen in hun contracten opnemen. Hoe ziet een effectief ESG-beding eruit? In deze bijdrage geven wij een kort overzicht met enkele ideeën over de wijze waarop contractclausules vormgegeven zouden kunnen worden.[2] Ten eerste is van belang dat afspraken bilateraal of multilateraal kunnen gelden. Er kan gewerkt worden met inspannings- en resultaatsverplichtingen. Daarnaast bespreken wij kort diverse drafting technieken, zoals kettingbedingen, derdenbedingen, bonus/malus bedingen en auditverplichtingen. Tot slot stippen wij nog kort het belang van het omschrijven van de gevolgen van nietnaleving van bepaalde contractuele afspraken aan.

Bilaterale of multilaterale binding?

Eerst kijken we naar de concepten bilaterale en multilaterale binding. Het is belangrijk om deze niet te verwarren met bilaterale en multilaterale overeenkomsten. Bij een bilaterale binding gaat het om een afspraak tussen twee partijen die over en weer rechten en verplichtingen uit een tussen hen gesloten overeenkomst hebben. Bij een multilateraal beding gelden de afspraken voor meerdere partijen binnen een keten, waardoor complexe interacties en wederzijdse verplichtingen kunnen ontstaan. Bij een bilaterale afspraak hebben partijen weinig tot geen invloed op wat er verderop in de keten gebeurt. Een beding met een multilaterale binding, zoals een kettingbeding, kan een krachtig juridisch instrument zijn om duurzaamheidsdoelstellingen en maatschappelijke verplichtingen vast te leggen en door te geven aan opvolgende partijen in de keten.



Declaratoire bepalingen, inspanningsverplichtingen of resultaatverplichtingen?

Declaratoir beding

Een declaratoir beding is een clause in een contract die een bestaande situatie, rechtstoestand of juridische relatie bevestigt of verklaart, zonder deze te wijzigen of nieuwe verplichtingen of rechten te scheppen.

Bijvoorbeeld:

“Partijen zijn zich bewust van het belang van integer, maatschappelijk verantwoord ondernemen dat zich onder meer uit in een verduurzaming van handelsketens, meer in het bijzonder door rekening te houden met het klimaat, (de bescherming van) mensenrechten en het streven naar sociale gelijkheid.”

Het doel van een declaratoir beding is om duidelijkheid te verschaffen over bepaalde feiten of omstandigheden zoals deze al bestaan op het moment van de contractsluiting. Het beding bevestigt simpelweg wat reeds het geval is (of in de optiek van partijen zou moeten zijn), in tegenstelling tot een constitutief beding dat nieuwe rechten of verplichtingen creëert.

Hoewel het beding zelf geen nieuwe rechten of verplichtingen schept, heeft zo'n verwijzing wel degelijk een verbintenisrechtelijk gevolg. Het beding staat namelijk in beginsel in de weg aan het handelen op een manier die in tegenspraak is met de inhoud van het beding, met dien verstande dat het natuurlijk, althans in dit voorbeeld, wel een uitdaging blijft om de algemeen omschreven uitgangspunten concreet inhoud te geven.

Inspanningsverplichting

Een inspanningsverplichting is een juridische term die aangeeft dat een partij zich moet inspannen om een bepaald resultaat te bereiken, maar niet verantwoordelijk is voor het daadwerkelijk behalen van dat resultaat. Deze verplichting wordt vaak gebruikt in contracten en overeenkomsten waar de uitkomst mede afhankelijk is van externe factoren die buiten de controle van de verplichtende partij liggen.

Bijvoorbeeld:

“Verkoper zal zich een redelijke inspanning getroosten [zich tot het uiterste inspannen] om te voldoen aan de ISO 26000-norm (“Guidance on Social Responsibility”, international standard).”

In het kader van een inspanningsverplichting moet de partij die de verplichting aangaat, aantoonbaar alle redelijke en gebruikelijke inspanningen leveren om het beoogde doel te bereiken. Dit kan betekenen dat de partij zorgvuldige, vakkundige en passende maatregelen moet nemen, maar het resultaat zelf (bijvoorbeeld een succesvolle uitkomst van een project) wordt niet gegarandeerd.

Een inspanningsverplichting is al strenger dan het hiervoor besproken declaratoire beding, hoewel het ook bij dergelijke bedingen in de praktijk vaak lastig blijkt om de contractspartij aan te spreken op het schenden van de verplichtingen.

Resultaatsverplichting

Een resultaatsverplichting is een juridische term die aangeeft dat een partij zich verbindt om een specifiek en duidelijk omschreven resultaat te bereiken. In tegenstelling tot een inspanningsverplichting, waarbij de focus ligt op het leveren van een inspanning zonder garantie van het resultaat, wordt bij een resultaatsverplichting daadwerkelijk het beoogde resultaat gegarandeerd. Als dit resultaat niet wordt behaald, kan de verantwoordelijke partij aansprakelijk worden gesteld voor het niet nakomen van de verplichting, ongeacht de reden (maar, tenzij als garantie geformaliseerd, behoudens overmacht).

Bijvoorbeeld:

“Verkoper verplicht zich om deze overeenkomst uit te voeren overeenkomstig de ISO 26000-norm (“Guidance on Social Responsibility”, international standard). Meer in het bijzonder garandeert verkoper dat de totale CO2-uitstoot van de fabricage van het product (berekend overeenkomstig bijlage

X bij deze overeenkomst) per product binnen de hele waardeketen nimmer meer zal bedragen dan Y gram CO₂. In geval deze norm wordt overschreden, verbeurt verkoper voor ieder verkocht product een direct opeisbare boete van EUR 1,50, onverminderd het recht van koper of volledige schadevergoeding en/of nakoming.”

Een resultaatsverplichting legt dus een grotere verantwoordelijkheid op de verplichtende partij dan een inspanningsverplichting, omdat het niet alleen de inspanning, maar ook het eindresultaat omvat.

Drafting technieken

Kettingbeding

Voor bedrijven is het waardevol om zoveel mogelijk grip te hebben op de gehele keten. Zoals hiervoor al is besproken, kan een beding met een multilaterale binding, zoals een kettingbeding, hiervoor een krachtig juridisch instrument zijn. Zonder multilaterale binding, schept de overeenkomst immers slechts verplichtingen voor de contractspartijen van die betreffende overeenkomst. Met een kettingbeding wordt iedere ketenpartner verplicht om de opvolgende partner in de keten a) te verplichten om zich - kort gezegd - aan bepaalde ESGnormen te conformeren en b) om die verplichting ook weer door te leggen aan daaropvolgende ketenpartners.

Derdenbeding

Het koppelen van een derdenbeding aan een kettingbeding kan in verschillende situaties nuttig zijn, vooral om bepaalde verplichtingen en rechten te waarborgen en te versterken. Zo kan een derdenbeding helpen om de afdwingbaarheid van een kettingbeding te versterken door partij A (niet direct betrokken partij bij de overeenkomst tussen B en C of C en D) het recht te geven om de naleving van het kettingbeding af te dwingen van ketenpartners eerder in de keten. Door derden (in dit geval partij A) de mogelijkheid te geven om naleving af te dwingen verderop in de keten, wordt de druk op de opvolgende ketenpartners vergroot om zich aan de verplichtingen te houden. Dit kan bijdragen aan een hogere nalevingsgraad van ESG-verplichtingen.

Bonus/malus beding

Vorenstaande kan worden versterkt door te werken met een bonus/malus beding. In het geval van een boete dient natuurlijk wel rekening gehouden te worden met art. 6:92 lid 1 BW. Indien een bedrijf naast de boete ook nog nakoming of (volledige) schadevergoeding wil kunnen vorderen, dan dient het bedrijf dat recht expliciet overeen te komen.

Auditverplichting

Tot slot kunnen bedrijven, ook weer bij wijze van derdenbeding, overeenkomen dat zij een auditrecht hebben bij ketenpartners verderop in de keten.

Ultiem ESG-beding

Indien bovenstaande drafting-technieken worden gebruikt zou een ultiem ESG-beding (een resultaatsverplichting gecombineerd met een kettingbeding en derdenbeding) er als volgt uit kunnen zien: “Verkoper verplicht zich om deze overeenkomst uit te voeren overeenkomstig de ISO 26000-norm (“Guidance on Social Responsibility”, international standard). Verkoper zal deze verplichting alsmede de auditverplichtingen ten behoeve van koper als omschreven in art. [x], opleggen aan alle partijen met wie zij, in het kader van de uitvoering van deze overeenkomst, een contractuele relatie aangaat onder de verplichting voor die partijen om, op hun beurt, de partijen met wie zij opvolgend contracteren in het kader van, indirect, de uitvoering van deze overeenkomst, gelijklopende verplichtingen op te leggen, telkens onder de gelijktijdige verplichting om deze verplichtingen eveneens op te leggen aan alle opvolgende partijen in de waardeketen bij wijze van kettingbeding.”

Dit beding zou nog kunnen worden aangevuld met een boete voor het verbreken van de ketting en een expliciete informatieverplichting vanuit de ketenpartners.

Gevolgen van niet-naleving omschrijven

Het is de moeite waard om bij het contracteren stil te staan bij het ontbindingsrecht door overeen te komen dat de niet-naleving van bepaalde bedingen de ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt. De zogenaamde “tenzij-formule” is immers van regelend recht en partijen kunnen die volledig weg contracteren of bepalen dat bepaalde gebeurtenissen geen beroep op die formule rechtvaardigen. Of overweeg een vrijwaringsverplichting op te leggen. Bedrijven kunnen afspraken maken over specifieke verplichtingen of aansprakelijkheden, zolang deze niet in strijd zijn met de wet. Het is echter cruciaal dat dergelijke bepalingen niet worden gebruikt om de kernverantwoordelijkheden onder de wet- en regelgeving te omzeilen.

Conclusie

In dit artikel zijn enkele instrumenten besproken die kunnen worden gebruikt om ESG-verplichtingen vast te leggen en door te leggen in de keten. We beseffen ons dat de mate waarin deze instrumenten gebruikt kunnen worden afhankelijk is van de onderhandelingspositie waarin een partij zich bevindt waardoor het praktisch niet altijd mogelijk zal zijn alle instrumenten te gebruiken. En dat geeft direct een belangrijke relativisering aan; wij kunnen juridisch dogmatisch uitstekend bedenken op welke wijze ESG-verplichtingen in de volledige waardeketen kunnen worden doorgelegd en afgedwongen, maar de praktijk is een stuk weerbarstiger. In eerste instantie is het maar ten eerste de vraag of ondernemingen met een relatief zwakke onderhandelingspositie überhaupt in staat zullen zijn om ook maar op bilateraal niveau een straf ESG-beding te kunnen afdwingen (en daarmee te voldoen aan de relevante wet- en regelgeving!). Maar zelfs als dat al het geval zou zijn, dan is het - praktisch gesproken - de kans natuurlijk reëel dat zich onder de opvolgende ketenpartners een onderneming bevindt met een zodanig sterke machts-/onderhandelingspositie (of die in het geheel niet gebonden is aan Europese ESG-regelgeving) dat de pogingen om “ESG-conformiteit” door te leggen, daar simpelweg stranden. Hieronder het vorenstaande weergegeven in een tabel:

Onderwerp	Beschrijving
Bilaterale binding	- Tussen twee partijen - Onderlinge rechten en verplichtingen - Beperkte invloed op keten
Multilaterale binding	- Betreft meerdere partijen in een keten - Complexe interacties en verplichtingen - Voorbeeld: Kettingbeding - Gebruiken voor het doorgeven van verplichtingen
Declaratoir beding	- Bevestigt bestaande situatie of rechtstoestand - Geen nieuwe rechten of verplichtingen - Juridisch gevolg is beperkt
Inspanningsverplichting	- Partij moet zich inspannen, maar is niet verantwoordelijk voor een bepaald resultaat
Resultaatsverplichting	- Partij garandeert behaald resultaat
Kettingbeding	- Oplossing voor het doorleggen van ESG-verplichtingen in de gehele keten
Derdenbeding	- Versterkt afdwingbaarheid van een kettingbeding - Derde partij kan naleving afdwingen, verhoogt de druk op ketenpartners
Bonus/malus beding	- Stimuleert resultaat met beloning (bonus) of boete (malus) - Boete komt in plaats van schadevergoeding tenzij anders overeengekomen
Auditverplichtingen	- Het controleren van de naleving van ESG-bedingen
Uitiem beding?	- Combinatie van een resultaatsverplichting met kettingbeding, derdenbeding, boeteclausule en auditrecht - Mogelijk aangevuld met informatieplicht en boete voor verbreking keten

VAN BENTHEM & KEULEN

ADVOCATEN | NOTARIAAT

Mariska Nijenhof-Wolters en Marcel Ruygvoorn zijn beiden werkzaam als advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V. Marcel is daarnaast buitengewoon hoogleraar Nationaal en Internationaal Commercieel Contracteren aan de Universiteit Utrecht.

Zie over dit onderwerp veel uitgebreider: E.S. Pannebakker, 'ESG-bedingen in commerciële overeenkomsten: een contractenrechtelijke gereedschapskist voor duurzameontwikkelingsdoelstellingen', NTHR 2023/4.