

Grip houden op ESG bij outsourcing: een stappenplan

Bb 2022/34

Inleiding: juridisch kader en achtergrond

Bedrijven ontkomen er vandaag de dag niet aan om in hun bedrijfsvoering rekening te houden met ESG-factoren (Environmental, Social and Governance, oftewel milieu, maatschappij en governance). Welke maatregelen treft het bedrijf om haar impact op het milieu te beperken, wat is de interne bedrijfscultuur en zijn de omgangsvormen, wat zijn de arbeidsomstandigheden, hoe wordt bijvoorbeeld gezorgd voor diversiteit, inclusiviteit en kansengelijkheid en hoe wordt het bedrijf bestuurd? Allemaal vragen die bij het vaststellen en uitvoeren van een ESG-beleid een rol kunnen spelen.

Het Parijse Klimaatakkoord van 2015 was de katalysator voor de (door)ontwikkeling van Europese regelgeving op het vlak van ESG. Het resulteerde in verschillende verordeningen en richtlijnen zoals de Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR), de Taxonomieverordening, de Non-Financial Reporting Directive (NFRD) de Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) en aanpassingen van bestaande gedelegeerde regelgeving bij richtlijnen (zoals MiFID II, AIFMD, UCITS en IDD). Een Europese Richtlijn op gebied van duurzame corporate governance is nog in de maak; de Europese Commissie heeft recentelijk haar voorstel voor de Corporate Sustainability Due Diligence Directive gepubliceerd.

Ook in Nederland wordt hard gewerkt om op nationaal niveau invulling te geven aan de in het Klimaatakkoord overeengekomen doelstellingen en deze te verwerken in nationale wet- en regelgeving, bijvoorbeeld met het Nederlandse Klimaatakkoord, de Klimaatwet, het verbod van elektriciteitsproductie met kolen per 2030, wet- en regelgeving op gebied van emissierechten en emissiehandel en door het stimuleren van verschillende Green Deals-initiatieven.

Uit het huidige regelgevend kader volgen inmiddels diverse informatieverplichtingen over de duurzaamheid van de door de onderneming aangeboden (financiële) producten en vereisten ten aanzien van classificatie van en rapportage over de duurzaamheid van het door een onderneming aangeboden product. Dit alles vooral met als doel om meer transparantie te verkrijgen wat uiteindelijk zou moeten leiden tot een stimulans voor steeds duurzamere keuzes. Je zou het kunnen zien als het mogelijk maken van marktwerking ten aanzien van duurzaamheid. Daarnaast worden met de vereisten zakelijke keuzes gestimuleerd die op de lange termijn duurzame voordelen opleveren en daarnaast een bepaalde *accountability* van het bedrijf en haar bestuurders beogen voor de afwegingen die zij daarbij maken.

Maar ESG-compliance wordt niet alleen (rechtstreeks) ingegeven door vereisten uit toepasselijke wet- en regelgeving. Sterker nog, hoewel de verwachting is dat nadere wet- en

regelgeving zal volgen, richt de regelgeving die er nu ligt zich voornamelijk op de financiële sector (denk aan banken, verzekeraars, vermogensbeheerders en beleggingsfondsen), grote en/of beursgenoteerde bedrijven en bedrijven die opereren in de grootindustrie. Dat is ook logisch, aangezien daar de grootste winsten geboekt kunnen worden om de (klimaat)doelstellingen te bereiken, en het bovendien grotendeels al gereguleerde sectoren betreft waardoor nieuwe regelgeving makkelijker in te passen en te handhaven is.

Toch komt ook indirect steeds meer nadruk op verantwoordelijke bedrijfsvoering doordat aandeelhouders, investeerders, leveranciers en klanten (waaronder consumenten) dit steeds vaker verlangen. ESG is namelijk een thema dat hoog op de maatschappelijke agenda staat. Daarom doet wat mij betreft ieder bedrijf er goed aan om ESG mee te nemen in haar bedrijfsvoering en voor zichzelf klimaat-, maatschappelijke- en governance doelstellingen op te stellen en daarnaar te (gaan) opereren.

Maar met het verwerken van ESG-factoren in de operatie van de verschillende interne bedrijfsdelen alleen zijn we er nog niet. De bedrijfsdelen die de onderneming heeft geoutsourcet of van plan is te gaan outsourcen, dienen hierbij niet over het hoofd gezien te worden. En daar ligt de uitdaging: hoe hou je grip op de zorgvuldig geformuleerde ESG-doelstellingen en de implementatie daarvan, ook ten aanzien van die bedrijfsprocessen die de onderneming besluit te outsourcen aan een andere partij?

Dit artikel bevat een stappenplan met onze suggesties om deze grip op ESG te behouden in de verschillende fasen van een outsourcingtraject; van de selectie van de outsourcingpartner, de contracteerfase, tot en met de uitvoeringsfase van de outsourcing.

De selectiefase

In de voorfase van de outsourcing kan op verschillende manieren rekening worden gehouden met ESG-criteria bij de selectie van de outsourcingpartner. Daarbij kan verder onderscheid worden gemaakt in het deel van de selectiefase waarin bepaald wordt welke leveranciers überhaupt worden toegelaten om mee te dingen naar de opdracht, de voorselectie, als het deel van de Rfp-procedure waarin ESG-factoren mee kunnen wegen in de besluitvorming over welke van de potentiële leveranciers de opdracht uiteindelijk gegund krijgt, de gunningsfase.

Zo is het mogelijk om in de voorselectie een *due diligence* uit te voeren naar gegadigden. Betrek in een dergelijk onderzoek niet alleen de onderneming van de leverancier zelf, maar ook haar aandeelhouders, bestuurders, bedrijven die onderdeel uitmaken van de groep waarvan de potentiële leverancier ook deel uitmaakt (waaronder in ieder geval het moederbedrijf) en eventuele onderaannemers.

Er zijn diverse (openbare) bronnen te raadplegen die nuttige informatie geven over bepaalde ESG-aspecten van een

¹ Laura Brederveld is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

bedrijf. Zo geeft het UBO-register inzage in wie de uiteindelijke begunstigde is van een vennootschap en geeft daarmee, aangevuld met een KvK-uittreksel en de jaarverslagen van het bedrijf, de nodige inzichten over de governance van een bedrijf. Ook een check op PEP- en sanctielijsten is daarbij raadzaam; dit betreffen respectievelijk een lijst met prominente publieke functies waarvoor verscherpt cliëntenonderzoek noodzakelijk is, en internationale en nationale lijsten met personen, organisaties, schepen, banken en bedrijven waartegen officiële economische of juridische sancties bestaan. Bij een internationale samenwerking is het bovendien verstandig om na te gaan of er nog aandachtspunten voortvloeien ten aanzien van het land waar de leverancier gevestigd is. Wat zijn bijvoorbeeld de lokale normen op gebied van mensenrechten en arbeidsomstandigheden? Daarnaast levert de website van de potentiële leverancier mogelijk aanvullende informatie op over de maatregelen die een bedrijf heeft getroffen in het kader van duurzaamheid, menselijk kapitaal en governance.

Ook bestaan er tools die ESG-ratings van bedrijven berekenen, waarin bovengenoemde informatie wordt meegenomen aangevuld met data afkomstig uit andere bronnen. Een voorbeeld van zo'n tool is de MSCI ESG ratings tool,² waarin beschikbare data over bedrijven op gebied van uiteenlopende ESG-factoren worden afgezet tegen de scores van andere bedrijven in dezelfde sector. Factoren die meewegen zijn onder meer cijfers over CO₂-uitstoot, het privacy- en security beleid van een bedrijf, ontwikkeling van het menselijk kapitaal, corporate governance en gedragsnormen. Deze afweging resulteert in een kwalificatie variërend van "ESG-leader" met score AAA of AA tot "ESG-laggard" (oftewel achterblijver op gebied van ESG ten opzichte van andere bedrijven in dezelfde sector) met score B of CCC. Deze informatie zou een potentiële leverancier natuurlijk ook zelf kunnen verstrekken in het kader van een Rfp-traject. Dat is nuttig bij leveranciers die niet in dergelijke databases staan, bijvoorbeeld omdat deze informatie over hun onderneming niet of beperkt openbaar beschikbaar is. Het opvragen van informatie bij de gegadigde kan met behulp van vragenlijsten, waarin de leverancier wordt gevraagd naar informatie waaruit blijkt hoe de deze invulling geeft aan de ESG-aspecten waar u als uitvrager waarde aan hecht. Daarnaast kunnen de ESG-(minimum)eisen waaraan de leverancier dient te voldoen worden opgenomen in de RFP-documentatie, bijvoorbeeld in het programma van eisen. Ook kan overwogen worden om bij de uiteindelijke selectie van de leverancier de initiatieven die een leverancier neemt op gebied van ESG of voorstelt in het kader van de outsourcing te treffen mee te laten wegen in de beoordeling. Dit kan door in de beoordelingsmethodiek punten toe te kennen aan dergelijke initiatieven, die mede bepalend zijn voor de uitkomst van de gunning van de opdracht.

Een tip: Bij het bedenken van de (minimum)eisen of wegingsfactoren bij de beoordeling zou inspiratie geput

kunnen worden uit de MVI-criteriatool van de rijksoverheid.³ Deze tool is opgesteld ten behoeve van overheidsopdrachten, maar dat neemt niet weg dat deze ook analoog ingezet of benut zou kunnen worden bij uitbesteding in de private sector.

De contracteerfase

Na selectie van de outsourcingspartner die uw minimum ESG-normen onderschrijft, breekt de contracteerfase aan. Om grip te kunnen houden op ESG ten aanzien van de geoutsourcete bedrijfsprocessen is het zaak verschillende afspraken in het kader van ESG te verankeren in de outsourcingovereenkomst.

ESG-vereisten als resultaatsverplichtingen, garanties of KPI's

Bovenal betreft dat de ESG-(minimum)normen die de outsourcingpartner dient na te leven. Door deze onderdeel te maken van het contract – bijvoorbeeld door het programma van eisen met ESG-criteria als bijlage toe te voegen aan het contract – en de leverancier te laten verklaren dat hij deze minimumnormen zal naleven, biedt dat een mogelijkheid voor juridische remedies indien de leverancier deze overeengekomen normen onverhoopt niet naleeft. Zo kan nakoming van de normen worden gevorderd, ontbinding van de outsourcingovereenkomst en/of schadevergoeding.

Het is verstandig om te verduidelijken dat naleving van de ESG-normen een resultaatsverplichting betreft, of eventueel zelfs een garantie. Het enkele inspannen om de overeengekomen ESG-normen te behalen kan in het geval van een resultaatsverplichting niet volstaan, en indien de leverancier het nakomen van deze normen zelfs zou garanderen, dan komt de leverancier niet onder de normen uit met een beroep op overmacht.

Ook kan overwogen worden om in plaats daarvan de ESG-normen als Key Performance Indicators (KPI's) op te nemen; belangrijke contractuele doelstellingen voor de leverancier waar bepaalde gevolgen aan verbonden kunnen worden bij het al dan niet behalen daarvan, zoals een bonus-malusregeling. Bij KPI's is het van belang dat de normen op een bepaalde manier meetbaar zijn. Deze lenen zich dus bij uitstek voor kwantitatieve normen zoals bijvoorbeeld een maximum CO₂-uitstoot.

Rapportageverplichtingen en governance

Om de naleving van de ESG-afspraken in de uitvoering van de overeenkomst te kunnen monitoren, doet u er goed aan om de ESG-normen of KPI's in dit kader onderwerp te laten zijn van de rapportageverplichtingen van de outsourcingpartner. Daarnaast kan ESG een vast onderwerp op de agenda zijn in bepaalde overlegstructuren die onderdeel zijn van de contract governance afspraken. ESG zal waarschijnlijk geen voor de hand liggend besprekingspunt zijn van een dagelijks of wekelijks operationeel overleg, maar kan dit wel zijn op strategisch of tactisch niveau, eens per kwartaal,

² <https://www.msci.com/our-solutions/esg-investing/esg-ratings/esg-ratings-corporate-search-tool/>.

³ <https://www.mvicriteria.nl/nl>.

halfjaar of jaar, mede afhankelijk van de frequentie waarin u hierover eventueel zelf dient te rapporteren.

Auditrecht

In de rapportages en de project governance overlegstructuren bent u afhankelijk van de informatie die de leverancier u aanlevert over haar naleving van de overeengekomen ESG-normen. Om uw grip verder te versterken is het van belang om ook een eigen controlemogelijkheid in te bouwen. Die kunt u creëren door het toevoegen van een auditrecht. Steekproefsgewijs, of indien het vermoeden bestaat dat de leverancier de ESG-criteria niet naleeft, kunt zelf of met behulp van een derde een audit uitvoeren om ESG-compliance te verifiëren.

Onderaannemers

Om volledig grip te kunnen blijven houden op de geoutsourcete diensten en compliance met de ESG-normen, is van belang dat er goede afspraken worden gemaakt over eventuele onderuitbesteding. In een bepaling over onderaanneming kan worden bedongen dat de outsourcingpartner geen onderaannemers mag inschakelen zonder uw voorafgaande toestemming. Dit geeft ruimte om een due diligence onderzoek uit te voeren naar de betreffende onderaannemer voordat deze wordt ingeschakeld (zie ook paragraaf 'De selectiefase'). Indien onderuitbesteding is toegestaan, dienen voor de onderaannemer dezelfde ESG-(minimum)vereisten te gelden als die met de outsourcingpartner zijn overeengekomen (en op dezelfde wijze). Om dit te bereiken dient in de outsourcingovereenkomst opgenomen te worden dat de leverancier verplicht is deze verplichtingen back-to-back overeen te komen met haar onderaannemers. Ook is van groot belang dat de outsourcingpartner een auditrecht ten gunste van jouw onderneming opneemt in de onderaannemingsovereenkomst, om naleving van de onderaannemer indien nodig te kunnen controleren. Tot slot zal de outsourcingpartner, indien zij de diensten onderuitbestedt, niet alleen moeten rapporteren over haar eigen ESG-compliance, maar ook over de naleving van de ESG-normen door haar onderaannemer(s).

Wijzingsbeding

Beding tot slot ook ruimte om de gemaakte afspraken in het kader van ESG tussentijds te evalueren en de mogelijkheid om deze te herzien bij een update van uw ESG-strategie. Gaat de outsourcingpartner niet akkoord met een dergelijke eenzijdige wijzigingsmogelijkheid, dan zijn varianten hiervan denkbaar. Te denken valt aan een mogelijkheid tot het voorstellen van wijzigingen, maar indien de outsourcingpartner daar niet mee akkoord kan gaan er in dat geval een opzegmogelijkheid voor u ontstaat.

De uitvoeringsfase

Grip houden op ESG-compliance door de partner in de uitvoeringsfase van de outsourcingovereenkomst wordt behouden door de artikelen uit de vorige paragraaf toe te passen. Controleer en evalueer de periodieke rapportages

van de leverancier op gebied van ESG; blijkt uit de rapportages dat de partner aan de overeengekomen normen voldoet of dienen er maatregelen getroffen te worden, zoals het toepassen van eventuele bonus-malus afspraken, het sturen van een ingebrekestelling, of het anderszins bijsturen van leverancier om de gemaakte afspraken na te leven. Wees hier strak in en laat de leverancier niet onderpresteren zonder daar iets mee te doen, want dan bestaat het risico op rechtsverwerking. Beoordeel ook of de informatie waarover gerapporteerd wordt volstaat, of is meer informatie nodig om na te gaan of de door de partner getroffen maatregelen aansluiten op uw ESG-strategie?

Zorg er daarnaast voor dat ESG een standaard onderdeel is van bepaalde overlegstructuren tussen partijen en voer daar dezelfde evaluatie uit. Mocht het vermoeden bestaan dat de partner of één van zijn onderaannemers de overeengekomen ESG-(minimum)normen niet naleeft, roep dan de auditbepaling in. Het steekproefsgewijs uitvoeren van audits, ook indien dergelijke vermoedens niet bestaan, is uiteraard ook mogelijk (mits bedongen).

Conclusie

In dit artikel hebben we verschillende handvatten aangegeeft waarmee een onderneming bij outsourcing van een bedrijfsproces ook ten aanzien van dat proces grip kan houden op de naleving van haar ESG-beleid. In alle fases van een outsourcingtraject zijn er mogelijkheden om ESG-criteria op bepaalde manieren door te laten werken. In de selectiefase door due diligence naar de potentiële outsourcingpartner uit te voeren; door zelf bronnen te raadplegen of de leverancier een vragenlijst te laten invullen. Daarnaast is het mogelijk om ESG-(minimum)criteriën te laten meewegen in de beoordelingssystematiek die wordt toegepast op ontvangen offertes. Om grip te houden op ESG in de contracteerfase is van belang om de gewenste ESG-(minimum)vereisten contractueel overeen te komen, eventueel in de vorm van garanties. Daarnaast is het raadzaam om rapportageverplichtingen op te nemen en governance afspraken te maken, waarbij ESG-compliance onderdeel uitmaakt van de rapportage en bepaalde besprekingen. In aanvulling daarop zouden auditrechten moeten worden bedongen om ook zelf controles uit te kunnen voeren op de naleving van de gemaakte afspraken. Om volledig grip te kunnen blijven houden, dienen deze afspraken back-to-back contractueel opgelegd te worden door de outsourcingpartner aan eventuele onderaannemers. Tot slot kan in de uitvoeringsfase grip worden gehouden op ESG door voornoemde artikelen simpelweg toe te passen; door middel van periodieke rapportages en -overleggen en het uitvoeren van steekproefsgewijze audits op ESG-compliance door de outsourcingpartner.

Deze tips zijn overigens niet alleen toe te passen op geplande outsourcingtrajecten, maar ook bestaande outsourcingpartners en -contracten kunnen hiermee tegen het licht worden gehouden. Verkrijg meer inzicht in uw contractspartij en ga na of deze minimaal dezelfde normen hanteert als in het ESG-beleid van uw onderneming zijn opgenomen.

Probeer via een contractchange alsnog ESG-vereisten en controlemechanismen in het outsourcingcontract op te nemen indien dat nog niet het geval is. Voldoet de leverancier niet aan uw minimumnormen en is deze ook niet bereid het contract te herzien, overweeg dan beëindiging en zet de opdracht opnieuw uit in de markt op de manier die wel aansluit bij de eisen die u stelt aan uw contractpartners.

Tot slot

Het huidige regelgevend kader bevat (nog) geen concrete eisen aan outsourcingovereenkomsten als zodanig in het kader van ESG. De verplichtingen die er nu liggen richten zich met name op beursgenoteerde bedrijven, vermogensbeheerders en bedrijven in de financiële sector. Toch zal een gereguleerde partij bij outsourcing van haar bedrijfsonderdelen naar alle waarschijnlijkheid bij uitvoering van haar verplichtingen in het kader van ESG en haar rapportageverplichtingen in dit kader ook die bedrijfsonderdelen moeten meenemen die zij heeft geoutsourcet. Indirect werkt het voor die ondernemingen dus al wel door. Nadere *guidance* van toezichthouders op dit vlak zal ongetwijfeld volgen.⁴ Veel middelgrote en kleinere bedrijven en diens outsourcingpartners zullen zelf (nog) niet onder toepassingsbereik van wet- en regelgeving op gebied van ESG vallen. Toch denken wij dat iedere onderneming er goed aan zou doen om, ongeacht of nadere regelgeving voor hen volgt, een ESG-strategie vorm te geven. In geval van outsourcing zou een leverancier vooraf gescreend moeten worden om na te gaan of deze voldoet aan de in het ESG-beleid opgenomen normen, deze normen zouden vervolgens (contractueel) opgelegd moeten worden aan de outsourcingpartner en gehandhaafd moeten worden zoals beschreven in dit artikel. Een bedrijf blijft immers verantwoordelijk voor haar eigen bedrijfsprocessen, ook wanneer zij besluit een deel daarvan uit te besteden.

Bedrijven zouden dit niet alleen moeten willen (een betere wereld begint immers bij jezelf); het niet in acht nemen van bepaalde minimum ESG-normen vormt in steeds grotere mate een bedrijfsrisico. Ontbrekend of slecht beleid op gebied van duurzaamheid en sociale omgangsvormen en bepaalde keuzes van het bestuur van de onderneming kunnen namelijk directe gevolgen hebben voor de reputatie van een bedrijf, met als risico het verlies van investeerders, sponsors en klanten. We hebben de laatste jaren al meerdere voorbeelden gezien dat ook bedrijven te maken kunnen krijgen met de zogenaamde *cancel culture*. Met het stappenplan in dit artikel kan dit bedrijfsrisico ten aanzien van outsourcing eenvoudig gemitigeerd worden.

⁴ Zoals bijvoorbeeld aanpassingen in de *EBA Guidelines on outsourcing arrangements* van de European Banking Authority (EBA/GL/2019/02).