



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De S in ESG en het gebruikmaken van een flexibele schil bij de inzet van arbeidskrachten in de onderneming

Zwemmer, J.P.H.; van der Neut, N.M.Q.

Publication date

2023

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H., & van der Neut, N. M. Q. (2023). De S in ESG en het gebruikmaken van een flexibele schil bij de inzet van arbeidskrachten in de onderneming. *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context*, 2023(3), 82-89.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

De 'S' in ESG en het gebruikmaken van een flexibele schil bij de inzet van arbeidskrachten in de onderneming

mr. N.M.Q. van der Neut en mr. dr. J.P.H. Zwemmer¹

In het debat over duurzaam ondernemen worden al enige tijd de zogenoemde ESG-factoren betrokken. Daarbij geldt kort en ongenueanceerd gezegd: hoe duurzamer en maatschappelijk verantwoord de onderneming, hoe hoger de ESG-score. Dit debat speelt niet alleen in Nederland en – in breder opzicht – Europa, maar ook in onder andere de Verenigde Staten. De Europese Unie heeft ten aanzien van een duurzame en 'groene' economie een voortrekkersrol opgeëist met als waarschijnlijk het bekendste voorbeeld de EU Green Deal. ESG gaat echter verder dan milieu (de 'E' van *Environmental*). In deze bijdrage staat de 'S' van *Social* centraal, dat wil zeggen hoe de onderneming met mensen omgaat, zowel binnen als buiten de onderneming. Daarbij gaan wij in op wat hieronder voor de Nederlandse onderneming wordt verstaan en bespreken wij welke rol het door ondernemingen gebruikmaken van een flexibele schil bij de inzet van arbeid in de onderneming zou moeten innemen bij het vaststellen van de ESG-score van de onderneming.

1. Inleiding

ESG staat voor *Environmental*, *Social* en *Governance*. De ESG-score van een onderneming zegt niet alleen iets over de duurzaamheid van een onderneming, maar ook over de maatschappelijke verantwoordelijkheid in bredere zin. Deze score is een relevante factor bij onder meer de financiering van bedrijfsactiviteiten en de relevantie daarvan zal de komende jaren vermoedelijk alleen maar toenemen. Tegelijkertijd staat het thema ESG hoog op de maatschappelijke agenda. In dat kader gaat de aandacht tot dusver voornamelijk uit naar de 'E' van *Environmental*, meer specifiek de uitdagingen op het gebied van milieu, en naar de 'G' van *Governance*, en dan in het bijzonder naar corporate transparantie en het betalen van belastingen. De 'S' van *Social* ziet op hoe de onderneming met mensen omgaat, zowel binnen als buiten de onderneming. Na een bespreking van de oorsprong en ontwikkeling van ESG en van de betekenis van de 'S' bepleiten wij dat het door een onderneming gebruikmaken van een flexibele schil bij de inzet van arbeid moet worden meegenomen bij de vaststelling van de ESG-score.

2. Het (container)begrip ESG, de oorsprong en ontwikkelingen in vogelvlucht

Met de ESG-score van een onderneming worden de niet-monetaire effecten en kwaliteiten van de bedrijfsactiviteiten aangegeven en wel op drie factoren: *Environmental*, *Social* en *Governance*. Extern is die score een cijfermatig beleggingskader.² Intern ziet deze score veel meer op de motivatie tot (economische en maatschappelijke) duurzaamheid die richting geeft aan de kapitaalinvesteringen van de onderneming. In de kern kan ESG dus worden beschouwd als het gerapporteerde resultaat van de maatschappelijk verantwoorde maatregelen van een onderneming.

Het begrip ESG is afgeleid van 'Triple Bottom Line',³ ook wel bekend als 'People, Planet and Profit' (PPP).⁴ Dit begrip werd voor het eerst gehanteerd door de Verenigde Naties in 2004.⁵ Momenteel ontbreekt

1. Niels van der Neut is universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Johan Zwemmer is advocaat bij DLA Piper te Amsterdam en universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.
2. ESG-scores worden door externe ratingsbureaus toegekend en berekend op basis van verschillende ESG-indicatoren, die per bureau kunnen verschillen.
3. De term 'Triple Bottom Line' van J. Elkington, *Cannibals With Forks. The Triple Bottom Line of 21st Century Business*, Oxford: Capstone Publishing Ltd, 1997, p. 70 e.v.;

J. Elkington, '25 Years Ago I Coined the Phrase: "Triple Bottom Line." Here's Why It's Time to Rethink It.', *Harvard Business Review* 2018/06.

4. J.A. Langezaal & G.G. Heslen, 'ESG vanuit de onderneming bekeken', in: H. De Wulf e.a., *Duurzaam ondernemen en Sustainable transport* (Preadviezen Koninklijke Vereniging 'Handelsrecht'), 2021, p. 141.
5. UN Global Compact, 'Who Cares Wins. Connecting Financial Markets to a Changing World', 2004.

het (nog) aan een mondiale standaard van wat wel en wat niet onder een 'ESG-norm' wordt verstaan.⁶ Ook een eenduidige definitie kent ESG (nog) niet.⁷ Toch spreken de afzonderlijke letters redelijk voor zich. Bij de letter 'E' (*Environmental*) wordt bedoeld op de thema's die gerelateerd zijn aan milieu en klimaat, zoals de CO₂-uitstoot, ontbossing en biodiversiteit.⁸ De letter 'S' (*Social*) ziet op de wijze waarop de onderneming zich sociaal positioneert, waaronder op het gebied van mensenrechten, veilige en gezonde arbeidsomstandigheden en diversiteit.⁹ De letter 'G' (*Governance*) omvat de risico's van een onderneming door de manier waarop deze wordt bestuurd, zoals de transparantie en controle op het besluitvormingsproces, het beloningsbeleid, de belastingstrategie van de onderneming en de aandeelhoudersrechten.¹⁰ De letters bij elkaar genomen maken ESG een containerbegrip van diverse thema's die verband houden met duurzaamheid in relatie tot de planeet, de sociale verhoudingen binnen de onderneming en de wijze van ondernemen.

De initiatieven op het vlak van ESG volgen elkaar in hoog tempo op en ook de invulling van het begrip zelf is nog volop in ontwikkeling. Het schiet het doel van dit artikel voorbij alle initiatieven te benoemen en uit te werken. Wij volstaan daarom met het noemen van enkele voorbeelden. Daarmee willen wij in deze paragraaf een beeld geven van de huidige ontwikkelingen op ESG-terrein en de actualiteit en relevantie van dit onderwerp.

Het Klimaatakkoord van Parijs¹¹ heeft als een zekere katalysator gewerkt voor duurzaamheidsverslaggeving en -waarderingen.¹² Met de EU Green Deal,¹³ die verdergaat dan strikt genomen is afgesproken in het

Klimaatakkoord van Parijs, wil Europa – kort gezegd – een eerlijke en welvarende samenleving met een moderne en concurrerende economie die vanaf 2050 netto geen broeikasgassen uitstoot.¹⁴ Daarbij is de integratie van 'duurzaamheid' in alle beleidsmaatregelen van de EU het centrale doel.¹⁵ De EU Green Deal heeft uitgemond in onder andere de *Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)*,¹⁶ die op 3 januari 2023 in werking is getreden.¹⁷ Met deze richtlijn wordt nadere invulling gegeven aan de rol die het bedrijfsleven moet innemen om bepaalde duurzaamheidsdoelstellingen te behalen. Deze richtlijn brengt niet alleen een verruiming van de formele reikwijdte van de *Non-Financial Reporting Directive*¹⁸ mee,¹⁹ maar zorgt ook voor een ruimere materiële reikwijdte, waaronder de rapportageverplichting van zowel de risico's van duurzaamheidsaspecten en klimaatverandering op de onderneming ('van buiten naar binnen') als de invloed van de onderneming op onder andere milieu, klimaat en mensenrechten ('van binnen naar buiten').²⁰ Deze verslaggeving dwingt ondernemingen openheid te geven en na te denken over maatschappelijke beslissingen.²¹ Als het voorstel *Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD)* van 23 februari 2022 wordt aangenomen,²² wordt deze rapportageverplichting uitgebreid tot een zorgvuldigheidsplicht voor commissarissen en bestuurders op het terrein van onder andere milieu en mensenrechten.

Naast voornoemde wettelijke initiatieven bestaan al geruime tijd *soft law*-instrumenten die door internationale organisaties worden ontworpen met als doel staten en ondernemingen te bewegen onder andere het milieu en de veiligheid en gezondheid van werknemers steeds in ogenschouw te nemen.²³ Een

6. B. Bier, *Eindeloos getob* (IVOR nr. 125), 2022/23.2.

7. S. Rietveld, L.J.M. Baks & B. Bier, 'De Wet zorgplicht kinderarbeid en de opkomst van *human rights due diligence*; van vrijwilligheid naar verplichting', *Ondernemingsrecht* 2021/25, p. 149; B. Bier, *Eindeloos getob* (IVOR nr. 125), 2022/23.2; E.J. Teijgeler, 'ESG & M&A: waarom ESG-kwesties de blijvende aandacht verdienen', *TOP* 2022/347, p. 27.

8. S. Rietveld, L.J.M. Baks & B. Bier, 'De Wet zorgplicht kinderarbeid en de opkomst van *human rights due diligence*; van vrijwilligheid naar verplichting', *Ondernemingsrecht* 2021/25, p. 149; A. Soliana, 'ESG-beleid in de vastgoedsector', *TvHB* 2022/2, p. 109; P. Wit & R.J.J. Westerdijk, 'ESG: een korte inleiding', *Bb* 2022/21, p. 70; E.J. Teijgeler, 'ESG & M&A: waarom ESG-kwesties de blijvende aandacht verdienen', *TOP* 2022/347, p. 27.

9. Idem.

10. Idem.

11. UN Paris Agreement 12 december 2015.

12. Zie in algemene zin over de groeiende aandacht voor 'duurzaamheid' na ondertekening van het Klimaatakkoord van Parijs M. Allen & C. Craig, 'Rethinking corporate social responsibility in the age of climate change: A communication perspective', *International Journal of Corporate Social Responsibility*, 2016/1.

13. COM/2019/640.

14. COM/2019/640, p. 2 en 21.

15. COM/2019/640, p. 3 en 18.

16. De eerste stap ten aanzien van de regulering van niet-financiële duurzaamheidsverslaggeving door ondernemingen werd in 2014 gezet met de inwerkingtreding van de *Non-Financial Reporting Directive (NFRD)* (Richt-

lijn 2014/95/EU), die in Nederland in 2017 is geïmplementeerd via het Besluit bekenmaking niet-financiële informatie (*Stb.* 2017, 100) en het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid (*Stb.* 2016, 559).

17. Richtlijn 2022/2464/EU.

18. Richtlijn 2014/95/EU. Deze richtlijn vormt het startpunt van regulering van niet-financiële duurzaamheidsverslaggeving door ondernemingen.

19. Deze verruiming houdt in dat de rapportageverplichting van toepassing wordt op alle in de EU beursgenoteerde ondernemingen en niet-beursgenoteerde ondernemingen binnen de EU die (i) ten minste 250 werknemers in dienst hebben en (ii) waarvan het balanstotaal meer dan € 20 miljoen bedraagt, dan wel de netto-omzet meer dan € 40 miljoen is (zie hierover uitgebreider Y. Coenradie, 'Duurzaamheidsrapportage en gepaste zorgvuldigheid; *practise what you preach* (deel 1)', *TvOB* 2023/3, p. 62).

20. S.J.M. van den Bosch, *Business at risk: The governance and disclosure of sustainability risks* (diss. Tilburg), 2022, p. 251 en 267.

21. Zie min of meer ook B. Baaijens & L.A. van Amsterdam, 'De Corporate Sustainability Reporting Directive: rapporteren, controleren én maatschappelijk verantwoord juridisch adviseren', *Bb* 2022/30, p. 111.

22. *PbEU* 2022, I 322.15.

23. Zie voor een uitgebreid overzicht van dergelijke *soft law*-instrumenten de preambule van de Resolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2021 met aanbevelingen aan de Commissie inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven en verantwoordingsplicht van ondernemingen (2020/2129 (INL)). Overigens kan de onder-

voorbeeld hiervan is de *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPR)* uit 2011, ook wel Ruggie principes genoemd.²⁴ Een ander voorbeeld is de *OECD Guidelines*, waarin de OESO in 1976 voor het eerst en in 2023 voor het laatst richtlijnen heeft vervaardigd over behoorlijk gedrag van multinationals, meer specifiek ten aanzien van verantwoord ondernemen op onder meer economisch, ecologisch en sociaal gebied.²⁵ Ook kan worden gedacht aan de *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinationals Enterprises and Social Policy*, waarmee de ILO zowel multinationals als landen wil inspireren een bij te dragen aan onder andere de ontwikkeling op economisch en sociaal vlak.²⁶

Recentelijk zijn in het kader van ESG ook op nationaal terrein verschillende ontwikkelingen gaande. Ter illustratie noemen wij het initiatiefvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen²⁷ van maart 2021 en de op 1 januari 2023 gewijzigde Nederlandse Corporate Governance Code (CGC).²⁸ In de CGC is (meer) aandacht gekomen voor onder meer de lange termijn waardecreatie, het bevorderen van de dialoog met het relevante medezeggenschapsorgaan en diversiteit en inclusie.²⁹

Wat voorgaande ontwikkelingen laten zien, is dat zowel Europa als Nederland niet alleen oog heeft voor milieu en klimaat, maar – vaak in het verlengde daarvan – ook voor bijvoorbeeld sociale duurzaamheid en mensenrechten.

3. De 'S' in ESG

Hoewel de invulling van het begrip ESG nog volop in ontwikkeling is, bestaat er wel een lijn in de cri-

teria die worden meegenomen bij het meten van de 'S'. In de juridische literatuur ligt hierbij de focus op 'mensenrechten',³⁰ 'arbeidsnormen',³¹ 'veilige en gezonde arbeidsomstandigheden'³² en 'diversiteit en inclusie'.³³ De hieronder genoemde voorbeelden laten zien dat de 'S' steeds meer aandacht krijgt.

De laatste jaren groeit het besef dat (internationaal) ondernemen een verantwoordelijkheid meebrengt op het gebied van het voorkomen van de schending van mensenrechten. Een voorbeeld hiervan is kinderarbeid, zowel binnen de eigen onderneming als in de toeleverings- of waardeketen. Het feit dat hierbij ook buiten de eigen onderneming wordt gekeken, maakt voor de (internationaal) opererende onderneming een zogenoemde *human rights due diligence* noodzakelijk.³⁴ Ten aanzien van *hard law* uit Europa kan worden gedacht aan de *Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)*, die in paragraaf 2 al aan de orde kwam en waarin ook enkele passages zijn opgenomen over mensenrechten, non-discriminatie en diversiteit en inclusie.³⁵ Een ander voorbeeld is de richtlijn ter versterking van de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke of gelijkwaardige arbeid door middel van beloningstransparantie en handhavingmechanismen.³⁶

In paragraaf 2 noemden wij al enkele voorbeelden van *soft law*. Een aantal daarvan bevatten ook 'Social'-aspecten. In bijvoorbeeld de *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights* worden zowel staten als ondernemingen aangesproken mensenrechten te beschermen en respecteren.³⁷ Een ander *soft law*-instrument dat hier niet onvermeld mag blijven, is de *Declaration on Fundamental Principles*

tekening door een onderneming van een bepaalde code waarin wordt verwezen naar *soft law*, ook juridische consequenties hebben indien een ondertekende onderneming zich daar niet aan houdt (P.F. van der Heijden, 'De ILO en het Nederlandse arbeidsrecht', *ArA* 2018/1.1, p. 15).

24. UN, *Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2011.

25. OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct*, Paris: OECD Publishing, 2023.

26. ILO, *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinationals Enterprises and Social Policy*, 2022.

27. Kamerstukken II 2020/21, 35 761, 2.

28. Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *De Nederlandse Corporate Governance Code 2022*, 20 december 2022.

29. Principe 1.1, art. 1.1.5, 2.1.5 en 2.1.6 Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *De Nederlandse Corporate Governance Code 2022*, 20 december 2022.

30. Zie bijv. S.J. Rombouts, 'Fundamentele arbeidsnormen en internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen: rechten, instrumenten en actie', *TAP* 2019/2; S. Rietveld, L.J.M. Baks & B. Bier, 'De Wet zorgplicht kinderarbeid en de opkomst van *human rights due diligence*; van vrijwilligheid naar verplichting', *Ondernemingsrecht* 2021/25; S.J. Rombouts, 'De vrijwilligheid voorbij? Vier vragen over Due Diligence wetgeving', *TAC* 2022/1.

31. Zie bijv. S.J. Rombouts, 'Fundamentele arbeidsnormen en internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen: rechten, instrumenten en actie', *TAP* 2019/2; S.J.

Rombouts, 'De vrijwilligheid voorbij? Vier vragen over Due Diligence wetgeving', *TAC* 2022/1.

32. Zie bijv. S. Rietveld, L.J.M. Baks & B. Bier, 'De Wet zorgplicht kinderarbeid en de opkomst van *human rights due diligence*; van vrijwilligheid naar verplichting', *Ondernemingsrecht* 2021/25; F.A. van de Ven & B.L.P. van Reeken, 'ESG-aspecten in Outsourcing en offshoring', *Computerrecht* 2022/90; D.B.M. Pinedo, 'Een effectief ESG valt of staat bij een effectief diversiteitsbeleid binnen ondernemingen', *Bb* 2022/24; S.J. Rombouts, 'De vrijwilligheid voorbij? Vier vragen over Due Diligence wetgeving', *TAC* 2022/1.

33. Zie bijv. D.B.M. Pinedo, 'Een effectief ESG valt of staat bij een effectief diversiteitsbeleid binnen ondernemingen', *Bb* 2022/24; J.H. Leeman & M. Jovović, 'D&I-beleid: maakt belofte schuld?', *ArbeidsRecht* 2023/23.

34. R. Fernando, 'De opmars van *human rights due diligence*. De invulling van de norm 'gepaste zorgvuldigheid' uit de Wet zorgplicht kinderarbeid', *NTM/NCJM-bull.* 2020/15, p. 194 e.v.

35. Punt 7, 28, 29, 31, 45, 49 en 53 van de preambule en art. 2 en 29 ter Richtlijn 2022/2464/EU.

36. Richtlijn 2023/.../EU. Ten tijde van schrijven is het nummer van deze richtlijn nog niet bekend (wel is deze richtlijn op 10 mei 2023 ondertekend door de voorzitter van het Europees Parlement en de voorzitter van de Raad van de EU). De voortgang van deze richtlijn is te vinden via het kenmerk 2021/0050/COD.

37. Zie ten aanzien van staten de eerste tien principes en ten aanzien van ondernemingen de volgende veertien principes van UN, *Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2011.

and *Rights at Work*,³⁸ waarin de ILO vijf kernthema's noemt: de vrijheid van organisatie en collectieve onderhandelingen, de afschaffing van alle vormen van gedwongen arbeid, de afschaffing van kinderarbeid, de uitbanning van discriminatie en een veilige en gezonde werkomgeving.³⁹ De OESO heeft in haar *Guidelines* verwezen naar onder andere deze *Declaration* van de ILO.⁴⁰

In Nederland zijn tevens verschillende actuele voorbeelden te vinden die betrekking hebben op de 'S'. Eén daarvan is de Wet zorgplicht kinderarbeid,⁴¹ die elke in Nederland gevestigde onderneming die goederen of diensten aan Nederlandse eindgebruikers levert, verplicht met gepaste zorgvuldigheid te onderzoeken of de te leveren goederen of diensten met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen. Met het in paragraaf 2 genoemde initiatiefvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen⁴² willen de initiatiefnemers de Wet zorgplicht kinderarbeid verruimen tot elke entiteit in een land buiten Nederland.⁴³ Ook op het terrein van diversiteit en inclusie staat de nationale wetgeving niet stil. Wij noemen de Wet evenwichtiger maken van de verhouding tussen mannen en vrouwen in het bestuur en de RvC⁴⁴ en de eisen die worden gesteld aan het registeren van gegevens op het gebied van onder andere ras, etnische afkomst en godsdienst.⁴⁵ De herziene Nederlandse Corporate Governance Code passeerde hiervoor al de revue, maar verdient ook in het kader van de 'S' in ESG expliciet te worden genoemd. Bij de herziening van de CGC is 'inclusie' toegevoegd, waardoor ondernemingen niet alleen beleid moeten voeren ten aanzien van alle aspecten en persoonskenmerken waarop medewerkers van elkaar verschillen, maar ook een cultuur moeten scheppen waarin elke medewerker zich gewaardeerd en gerespecteerd voelt, zodat zij

ongeacht hun identiteit dezelfde kansen krijgen en diversiteit in de doorstroming naar de top wordt gefaciliteerd.⁴⁶ Verder is nieuw dat een diversiteits- en inclusiebeleid (D&I beleid) moet worden vastgesteld voor de gehele onderneming.⁴⁷ Daarmee gaat de CGC verder dan wettelijk is vereist.⁴⁸

De ontwikkelingen die in paragraaf 2 en 3 aan bod zijn gekomen, geven niet alleen een beeld van de actualiteit en relevantie van dit onderwerp, maar leggen ook een paradigmaverandering bloot.⁴⁹ Waar voorheen winstmaximalisatie vooropstond, tonen de beschreven ontwikkelingen dat dit niet ten koste mag gaan van de verantwoordelijkheid van de onderneming voor het leveren van een bijdrage aan de maatschappij en een duurzame toekomst. Daardoor schuift 'conventional capitalism' langzaam op naar 'benevolent capitalism'.⁵⁰ Dit zou naar onze mening ook gevolgen moeten hebben voor de contractuele vormgeving van de arbeidsrelaties van de in de onderneming werkzame personen, in het bijzonder de inzet van flexwerkers (daarbij doelen wij op: uitzend- en oproepkrachten, werknemers met een contract voor bepaalde tijd en bepaalde zzp'ers), dan wel het gebruikmaken van een flexibele schil bij de inzet van arbeid in de onderneming. Die flexibele schil bestaat uit flexwerkers en uit zzp'ers, maar kan ook zien op werknemers (met een vast contract) in dienst van externe partijen, zoals bij contracting, detachering en payrolling.

4. De 'S' in ESG en de invloed op de ESG-score van het gebruikmaken van een flexibele schil in de onderneming

Nederlandse werkgevers zijn terughoudend bij het aanbieden van een vast contract aan werkne-

38. ILO, *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, 2022.

39. ILO, *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, 2022, par. 2.

40. OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct*, Paris: OECD Publishing, 2023, p. 26, 28, 29 en 30.

41. *Stb.* 2019, 401.

42. *Kamerstukken II 2020/21*, 35 761, 2.

43. Daaronder vallen ook (a) een onderneming die is gevestigd op een BES-eiland en (b) een buitenlandse onderneming die een activiteit in Nederland verricht of een product op de Nederlandse markt afzet én minstens twee van de volgende drie criteria overschrijdt: (1) balanstotaal van € 20 miljoen, netto-omzet van € 40 miljoen en (3) gemiddeld personeelsbestand gedurende het boekjaar van 250 medewerkers (art. 1.3 van het wetsvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen (*Kamerstukken II 2020/21*, 35 761, 2, p. 3)). Zie kritisch over dit (algemeen geformuleerde) voorstel H.J. de Kluijver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht', *NJB* 2021/1216, p. 1246.

44. *Stb.* 2021, 495.

45. Zie bijv. art. 22 lid 1 en 25 UAVG.

46. Toelichting op art. 2.1.5 en 2.1.6 Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *De Nederlandse Corporate Governance Code 2022*, 20 december 2022.

47. Art. 2.1.5 en de toelichting op 2.1.5 en 2.1.6 Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *De Nederlandse Corporate Governance Code 2022*, 20 december 2022.

48. Toelichting op art. 2.1.5 en 2.1.6 Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *De Nederlandse Corporate Governance Code 2022*, 20 december 2022.

49. Onder het predicaat 'Social Responsible Investing' werden in de jaren zestig de eerste ESG-gerelateerde investeringen gedaan (B. Townsend, 'From SRI to ESG: the Origins of Socially Responsible and Sustainable Investing', *The Journal of Impact and ESG Investing*, Fall 2020, 1 (1), p. 10). Toch brak in de jaren tachtig in de Verenigde Staten en in de jaren negentig in Europa vooral de overtuiging van vrije markten en deregulering door (H. De Wulf, 'ESG en vennootschapsrecht: innig verbonden, maar ook duurzaam?', in: H. De Wulf e.a., *Duurzaam ondernemen en Sustainable transport* (Preadvies Koninklijke Vereniging 'Handelsrecht'), 2021, p. 31-32). De afgelopen jaren heeft *corporate social responsibility* een plek op de voorgrond weten te bemachtigen (zie voor de opkomst en ontwikkelingen daarvan binnen het *corporate governance*-klimaat H. De Wulf, 'ESG en vennootschapsrecht: innig verbonden, maar ook duurzaam?', in: H. De Wulf e.a., *Duurzaam ondernemen en Sustainable transport* (Preadvies Koninklijke Vereniging 'Handelsrecht'), 2021, p. 31-37).

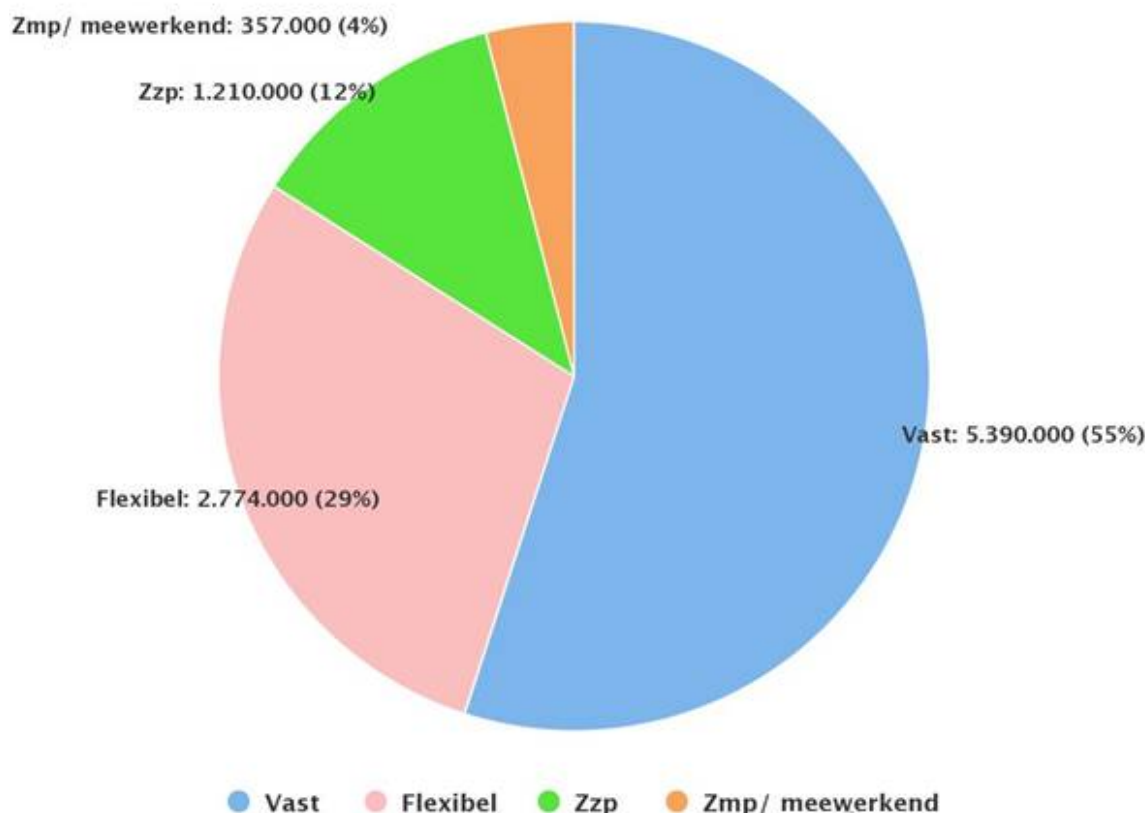
50. Met 'benevolent capitalism' bedoelen wij de vorm van kapitalisme dat is gericht op het creëren van een duurzame toekomst voor ons leven, de maatschappij en de planeet. Zie hierover uitgebreider S.M. Barnabas, 'Benevolent Capitalism: Entrepreneurship in Action, Community Reinvestment and National Development', *IOSR-JHSS* volume 19, Issu 8, Ver. V (Aug. 2014), p. 81-86.

mers. Ook wanneer geen sprake is van onzekerheid over het structureel voorhanden zijn van voldoende werk, vormen ontslagbescherming en loondoorbetalings- en re-integratieverplichtingen bij ziekte redenen voor het aangaan van flexibele contracten. Daardoor maken ondernemingen binnen alle bedrijfstakken gebruik van een flexibele schil. Die flexibele schil is sinds het begin van deze eeuw sterk gegroeid. In januari 2021 stelde het CBS vast dat die flexibele schil sinds het begin van deze eeuw in vrijwel alle bedrijfstakken sterk was toegenomen. Naast in de agrarische sector, waar van oudsher veel

gebruik wordt gemaakt van flexwerkers, groeide het flexaandeel in de bouw tussen 2003 en 2019 met bijna 20 procentpunt en in de handel, de horeca en de bedrijfstak verhuur en overige zakelijke diensten met 16 procentpunt.⁵¹ De meest recente Flexbarometer laat zien dat bijna de helft van de werkenden in Nederland werkzaam is op basis van een flexibel arbeidscontract⁵² of als zzp'er.⁵³

Flexwerkers vormen een zeer heterogene groep. Dat geldt zowel voor de contracten op basis waarvan zij werkzaam zijn als voor hun leeftijd en opleidingsniveau.

Verhouding vast–flex–zelfstandig (EBB, 2023 2e kwartaal)



51. W. Smits, J. de Vries & G. Gringhuis, 'Profiel van flexwerkers in Nederland, 2003-2019. Wie zijn ze, waar werken ze en hoe is hun werk- en inkomenszekerheid?', CBS 19 januari 2021.
52. Wij rekenen elke vorm waarin een werknemer in dienst is van een externe partij (zoals bij contracting, detachering en payroll) – dus ook werknemers met een vast contract bij de externe partijen en die in voormelde Flexbarometer tot 'Vast' worden gerekend – tot de flexibele schil van de onderneming waarin zij werkzaam zijn. De reden hiervoor is dat deze werknemers vanwege de hierbij bestaande driehoeksverhouding een minder gunstige (juridische) positie hebben dan wanneer zij rechtstreeks in dienst zouden zijn bij de onderneming waarin zij feitelijk de werkzaamheden verrichten. Ook als zij (op grond van de Waadi of de Cao voor uitzendkrachten) recht hebben op dezelfde beloning als die zij zouden ontvangen wanneer zij wel rechtstreeks in dienst zijn bij de onderneming waarin zij feitelijk werkzaam zijn, dan omvat dit gelijke beloningsvoorschrift nog steeds niet alle secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden en andere rechten en bescherming die de werknemer op grond van wet of

- een cao heeft wanneer hij direct in dienst is bij de onderneming waarin hij feitelijk werkt. Bij dat laatste kan onder andere worden gedacht aan het recht op tewerkstelling, ontslagbescherming, investeringen in de (informele) leeromgeving, de toepassing van de Wet flexibel werken, de Wet arbeid en zorg en de Wet melding collectief ontslag. Zie hierover nader J.P.H. Zwemmer, *Arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen. De uitzendovereenkomst, payroll, detachering en contracting*, Den Haag: Boom juridisch 2021.
53. Te raadplegen via <https://flexbarometer.nl/verhouding-vast-flex-zelfstandig>. Onder de categorieën in dit diagram vallen de volgende contractvarianten: (i) 'Vast': onbepaalde tijd en vast aantal uur per week, (ii) 'Flexibel': tijdelijk uitzicht op vast, tijdelijk ≥ 1 jaar, tijdelijk < 1 jaar, oproep-/invalkracht, uitzendkracht, vast geen vaste uren, tijdelijk geen vaste uren, (iii) 'Zzp': Zelfstandig zonder personeel en (iv) 'Zmp/ meewerkend': zelfstandige met personeel of meewerkend gezinslid. Overigens telt het totaal van de percentages niet op tot 100% als gevolg van afronding naar hele percentages.

Wel wijst onderzoek uit dat werknemers met een flexibel contract minder deelnemen aan opleidingen en cursussen dan werknemers met een vast contract.⁵⁴ Daarnaast liggen de inkomens van werknemers met een flexibel contract gemiddeld lager dan die van werknemers met een vast contract.⁵⁵ Dit laatste vindt met name zijn grond in verschillen in gewerkte uren, leeftijd en de bedrijfstak waarin de werkzaamheden worden verricht. TNO constateerde echter al eerder dat ook als dergelijke verschillen worden gecorrigeerd, de inkomens van werknemers met een vast contract hoger liggen dan die van de flexwerkers.⁵⁶ Daarnaast hebben flexibele werknemers een grotere kans uit te stromen naar werkloosheid of inactiviteit.⁵⁷ Dat laatste is niet aan de orde bij zzp'ers, maar zij zijn aan de markt overgeleverd, waardoor bij hen minder uren werk leidt tot een lager inkomen.⁵⁸ Daarbij moeten zzp'ers zelf zorgdragen voor onder meer de pensioenopbouw en (een verzekering voor) arbeidsongeschiktheid.

Over de flexibele schil en de inzet van flexwerkers kan veel meer worden gezegd.⁵⁹ Hierbij ligt de nadruk veelal op de vraag in hoeverre de geringere arbeidsrechtelijke bescherming van de flexwerker gerechtvaardigd is in relatie tot de belangen en verantwoordelijkheden van de werkverschaffer. Daarbij kunnen veel nuanceringen worden gemaakt, ook ten aanzien van de voordelen die dit voor flexwerkers biedt, zoals (een gevoelde) vrijheid bij het bepalen waar en wanneer wordt gewerkt, het hebben van een hoger netto loon (zzp'ers) en het kunnen opdoen van kennis en ervaring bij verschillende werkgevers of opdrachtgevers (werknemers met flexibele contracten). Die voordelen doen echter niet af aan de nadelen die aan flexwerk kleven, zowel op individueel gebied als op de langere termijn voor de samenleving als geheel. Die nadelen (lager inkomen, minder opleidingsmogelijkheden en meer inkomensonze-

kerheid) raken ook aan de 'S' in ESG, met name het deel van de flexibele schil dat geen verband houdt met onzekerheid over het structureel voorhanden zijn van voldoende werk. Wanneer de onderneming in deze zin flexwerkers inzet of gebruikmaakt van een flexibele schil, moet dit dus invloed hebben op de ESG-score van die onderneming. Wat binnen ESG wordt verstaan onder een duurzame verhouding tussen de onderneming en degenen die in de onderneming werkzaam zijn, is als volgt geformuleerd in het White Paper 'Measuring Stakeholder Capitalism' van het World Economic Forum uit september 2020:

*"The business case for firms to measure, manage and disclose information on how they ensure an engaged, skilled and healthy workforce across their value chains is compelling. Such a workforce creates both financial and non-financial value that is critical for a company's business performance and competitive advantage, while enabling it to mitigate risks, maintain a licence to operate and strengthen stakeholder relationships."*⁶⁰

Bedrijven hebben dus ook zelf belang bij het op een duurzame wijze inzetten van de factor arbeid in de onderneming. Daarnaast doet het op structurele wijze inzetten van flexwerkers of het gebruikmaken van een flexibele schil afbreuk aan een duurzame verhouding tussen de onderneming en degenen die in de onderneming werkzaam zijn, hetgeen direct invloed zou (moeten) hebben op de ESG-score.

-
54. A. Künn, D. Poulissen, P. van Eldert, D. Fouarge & A. de Grip. *Leren onder werkenden met een kwetsbare positie op de arbeidsmarkt*, ROA Reports No. 005 2018.
55. CBS, 'De arbeidsmarkt in cijfers 2022', 3 mei 2023.
56. S. Verbiest, L. Koopmans, W. van der Torre, H. van de Ven & A. Goudswaard. *De flexibele schil, het kan anders*, Leiden: TNO 2017.
57. W. Smits, J. de Vries & G. Gringhuis, 'Profiel van flexwerkers in Nederland, 2003-2019. Wie zijn ze, waar werken ze en hoe is hun werk- en inkomenszekerheid?', CBS 19 januari 2021. In 2021 had 52% een flexibel arbeidscontract (33% tijdelijk dienstverband, 19% uitzenddienstverband) één maand voor de uitstroom naar een WW-uitkering (SEO, 'Tabellen & figuren over de periode 2007-2021', Uitzendmonitor 2022, p. 31).
58. W. Smits, J. de Vries & G. Gringhuis, 'Profiel van flexwerkers in Nederland, 2003-2019. Wie zijn ze, waar werken ze en hoe is hun werk- en inkomenszekerheid?', CBS 19 januari 2021.
59. Zo hebben jongeren en mensen met een migratieachtergrond relatief vaak een flexibel contract of werken zij als zelfstandige met een zwakke onderhandelingspositie (Commissie Regulering van werk, 'In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk', Eindrapport 23 januari 2020, p. 33-34; concl. A-G voor ECLI:NL:PHR:2020:698 voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (X/Gemeente Amsterdam), punt 3.18) en hebben vrouwen vaker dan mannen een flexibel arbeidscontract (CPB, *De flexibele schil van*

de Nederlandse arbeidsmarkt: een analyse op basis van microdata, Achtergronddocument 17 november 2016, p. 18; concl. A-G voor ECLI:NL:PHR:2020:698 voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (X/Gemeente Amsterdam), punt 3.18). Zie verder bijvoorbeeld Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, 'Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht', WRR-Rapport 102, Den Haag: WRR. Ook op het niveau van (juridische) grondrechten en beginselen bestaat hier een spanningsveld tussen enerzijds de in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie vastgelegde vrijheid van ondernemerschap en anderzijds het als 'fundamental principle' in het handvest van de ILO opgenomen beginsel dat arbeid geen handelswaar is (die via een commerciële (opdracht)overeenkomst kan worden verkocht of – wanneer sprake is van een driehoeksverhouding – door een contractuele werkgever aan een derde kan worden doorverkocht). 'Labour is not a commodity' werd in artikel I sub a van de Verklaring van Philadelphia van 10 mei 1944 (waarin het handvest van de huidige ILO is vastgesteld) opgenomen als een van de 'fundamental principles' van de ILO. Op 10 juni 2008 heeft de ILO dit beginsel nog eens bevestigd in de 'ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization'.

60. World Economic Forum, 'Measuring Stakeholder Capitalism. Towards Common Metrics and Consistent Reporting of Sustainable Value Creation', september 2020, p. 32.

5. Adviezen VNO-NCW en MKB-Nederland over het duurzaam inzetten van flexwerkers en het wegnemen van de verschillen als gevolg van de (rechts)positie van de werkende

De in februari 2021 verschenen middellangetermijnvisie 'Agenda NL 2030' van VNO-NCW en MKB-Nederland kan worden beschouwd als een eerste uitwerking van een ESG-strategie van het Nederlandse bedrijfsleven.⁶¹ Hierin komt ook de 'S' in ESG aan bod. Het delen van welvaart betekent voor VNO-NCW en MKB-Nederland dat werknemers net zo goed als aandeelhouders de vruchten moeten plukken van de voorspoed van bedrijven. De vormgeving daarvan moet op ondernemingsniveau plaatsvinden. Hierbij is volgens VNO-NCW en MKB-Nederland bijvoorbeeld winst- en resultaatdeling een optie. Ten aanzien van flexwerk wijzen VNO-NCW en MKB-Nederland op de grote diversiteit aan arbeidsrelaties in Nederland en hoe verschillend die uitwerken op de rechtspositie van werkenden. Zij achten dit onwenselijk: "Werkenden moeten niet meer worden getrokken of geduwd uit het ene naar een andere arbeidsrelatie op basis van verschillen in fiscale en sociale behandeling" en "Voor hetzelfde werk wordt, in dezelfde omstandigheden, eenzelfde beloning gegeven."⁶² Vervolgens formuleren VNO-NCW en MKB-Nederland enkele beleidsvoorstellen die erop neerkomen dat het vaste contract meer wendbaar moet worden en "flexibele arbeidscontracten niet meer als 'beschikbaar voor alles, recht op niets'-flexibiliteit worden vormgegeven".⁶³ Verder moet iedere werkende een (door overheid, bedrijven en werknemers bekostigde) persoonlijke leerrekening en leerrechten op formeel privaat en publiek onderwijs krijgen. Deze voorstellen van VNO-NCW en MKB-Nederland sluiten aan bij – en zijn meer concreet uitgewerkt in – het advies van de Commissie Regulering van Werk (commissie-Borstlap) uit januari 2020 over hoe de regels rond werk er in Nederland uit moeten zien om toekomstbestendig te zijn.⁶⁴ Ook in het middellangetermijnadvies (MLT) van de SER uit juni 2021 wordt gepleit voor een rechtspositie van de flexwerker die vergelijkbaar is met de werknemer met een vast contract, voor doorlopende scholingsmogelijkheden ('leven lang ontwikkelen') voor werknemers en zelfs voor een 'code verantwoord arbeidsmarktgedrag'.⁶⁵

6. Het Nederlandse bedrijfsleven legt de bal bij de wetgever

Wat opvalt in de Agenda NL 2030 van VNO-NCW en MKB-Nederland, is dat hierin door hen als onwenselijk betitelde verschillende uitwerkingen van de contractvorm (vast, flexibel en zzp) op de positie van de werkende in de vorm van beleidsvoorstellen, neerleggen bij de regering. Door hen worden geen eigen concrete initiatieven of te nemen maatregelen geformuleerd voor een meer duurzame manier waarop de ondernemingen die lid zijn van VNO-NCW en MKB-Nederland, flexwerkers inzetten of gebruikmaken van een flexibele schil, ook niet ten aanzien van de gesignaleerde 'beschikbaar voor alles, recht op niets'-flexibiliteit waar het bedrijfsleven zelf keuzes in kan maken. Het Nederlandse bedrijfsleven legt hier dus de bal bij de wetgever. Dit zien wij als een gemiste kans,⁶⁶ want dat kan nog jaren duren.

In het coalitieakkoord van het inmiddels demissionaire Kabinet Rutte IV is opgenomen dat "een aantal grote hervormingen in de arbeidsmarkt" worden doorgevoerd en het hiervoor genoemde advies van de commissie-Borstlap en het SER MLT-advies de leidraad vormen voor hoe de inrichting van de arbeidsmarkt van de toekomst eruit komt te zien.⁶⁷ In haar hoofdlijnenbrief van 5 juli 2022 heeft de minister van SZW uiteengezet hoe het kabinet duurzame arbeidsrelaties wil stimuleren en flexibele arbeid wil reguleren, waaronder het werken met of als zzp'er(s).⁶⁸ In de vervolgbrieven van 16 december 2022⁶⁹ en 3 april 2023⁷⁰ heeft de minister van SZW dit uitgewerkt in een aantal meer concrete maatregelen en wetswijzigingen waarmee dit zou worden bereikt. Op 10 juli 2023 is het eerste wetsvoorstel (Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten) met een aantal in deze laatste brief beschreven maatregelen in internetconsultatie gegaan. Met de val van het Kabinet Rutte IV op 7 juli 2023 is het echter de vraag of dit een vervolg zal krijgen en of het volgende kabinet ook werk gaat maken van het nemen van maatregelen om duurzame arbeidsrelaties te stimuleren en flexibele arbeid te reguleren, waaronder het werken met of als zzp'er(s). Ondertussen dendert de ESG-trein voort. Daarbij wijzen wij erop

61. VNO-NCW en MKB-Nederland, 'Agenda NL 2030. Ondernemen voor brede welvaart - Naar nieuw Rijnlands samspel', Den Haag: februari 2021.

62. VNO-NCW en MKB-Nederland, 'Agenda NL 2030. Ondernemen voor brede welvaart - Naar nieuw Rijnlands samspel', Den Haag: februari 2021, p. 24.

63. VNO-NCW en MKB-Nederland, 'Agenda NL 2030. Ondernemen voor brede welvaart - Naar nieuw Rijnlands samspel', Den Haag: februari 2021, p. 25.

64. Commissie Regulering van werk, 'In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk', Eindrapport 23 januari 2020. Zie hierover nader J.P.H. Zwemmer, 'De drie rijbanen van de Commissie Borstlap', TAC 2020/1.

65. SER, 'Sociaal-economisch beleid 2021-2025. Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving', advies 21/08.

66. Wat wij ook als een gemiste kans zien, is dat in de Corporate Governance Code niet een best practise is geformuleerd over hoe om te gaan met een flexibele schil in de onderneming. Deze code kan juist van toegevoegde waarde zijn door op dit soort terreinen voor te lopen c.q. verder te gaan dan wet- en regelgeving.

67. Coalitieakkoord, 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst', 15 december 2021, p. 26.

68. Hoofdlijnenbrief Arbeidsmarkt Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 5 juli 2022, 2022-0000148422.

69. Voortgangsbrief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Staatssecretaris van Financiën, 16 december 2022, 2022-0000292130.

70. Voortgangsbrief uitwerking arbeidsmarktplan Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 3 april 2023, 2023-0000216197.

dat de essentie (en urgentie) van ESG nu juist is dat de hierbinnen onderscheiden indicatoren voor een duurzame onderneming door ondernemingen zelf moeten worden nagestreefd, willen zij toekomstbestendig zijn.⁷¹ Ondernemingen hebben hier dus nu al een duidelijke taak, gezien de steeds groter wordende aandacht voor ESG-factoren binnen de maatschappij en bij investeerders. Niet kan worden volstaan met het geven van adviezen aan de rege-

ring op het gebied van arbeidsrechtelijke regulering die aansluit bij ESG. Het is in het eigen belang van de onderneming hier zelf verantwoordelijkheid in te nemen, omdat zij hierop in steeds sterkere mate zullen worden afgerekend, ook als het gaat om het gebruikmaken van verschillen in contractvorm en permanente inhuur van werknemers van externe partijen met het oog op winstmaximalisatie.

71. Zie in dit verband ook C.A. Schwarz, 'De impact van het vennootschappelijk belang, deel 1' (oratie Rotterdam), *TvOB* 2018/4, p. 111, waarin hij schrijft: "Bij veron-

achtzaming van het mvo-aspect zal de succesvolle voortgang van de onderneming op termijn immers niet zijn te realiseren."