

Het voorstel voor de richtlijn Corporate Sustainability Due Diligence

De CSDD-richtlijn zal in haar toepassing veel ondernemingen raken, omdat de daarin vervatte due diligence verplichtingen zich uitstrekken tot de activiteiten van dochterondernemingen en gevestigde zakenrelaties in de waardeketen. Lidstaten lijken weinig beleidsruimte te hebben ten aanzien van de te volgen due diligence procedure, maar juist veel als het gaat om toezicht, sancties en aansprakelijkheid. Dit kan leiden tot een gebrek aan harmonisatie op deze onderwerpen, hetgeen indruist tegen het doel van de CSDD-richtlijn en ertoe zou kunnen leiden dat ondernemingen als het ware gaan ‘forum shoppen’ door zich te vestigen in het land waar de implementatiewetgeving het voordeligst is.



Op 23 februari 2022 heeft de Europese Commissie (hierna: de Commissie) het voorstel voor een richtlijn met betrekking tot Corporate Sustainability Due Diligence (hierna: de CSDD-richtlijn) gepubliceerd.¹ Op grond van deze CSDD-richtlijn worden grote ondernemingen² die activiteiten uitoefenen binnen de Europese Unie (hierna: de EU) verplicht om de (potentiële) negatieve effecten van hun activiteiten, alsmede die van dochtermaatschappijen en zakenrelaties in de waardeketen³, op mensenrechten en het milieu te identificeren, voorkomen, beperken en beëindigen.⁴

De CSDD-richtlijn past in een veelvoud aan wet- en regelgeving die recent door de EU en op nationaal niveau is ingevoerd en nog zal worden ingevoerd ten aanzien van duurzaamheid.⁵ Dit is onder meer het gevolg van de Europese Green Deal, waarmee de Commissie streeft naar een klimaatneutrale en groene economie.⁶ Bovendien heeft de Commissie met de CSDD-richtlijn willen bijdragen aan de Duurzame Ontwikkelingsdoelen van de Ver-

enigde Naties, waar ook mensenrechten deel van uitmaken.⁷

De CSDD-richtlijn is complementair aan andere (voorgestelde) EU-regelgeving, zoals het richtlijnvoorstel Corporate Sustainability Reporting Directive (hierna: CSRD)⁸, dat binnenkort de Non-Financial Reporting Directive (hierna: NFRD)⁹ zal vervangen. Op grond van de CSRD dienen grote vennootschappen te rapporteren over de effecten van de ondernemingsactiviteiten op duurzaamheidsaspecten.¹⁰ De CSDD-richtlijn draagt bij aan verduidelijking over de manier waarop ondernemingen onderzoek moeten verrichten, alvorens zij daarover op grond van de CSRD dienen te rapporteren.¹¹ Een ander voorbeeld van complementaire EU-regelgeving is de Environmental Liability Directive, op grond waarvan een kader voor milieuaansprakelijkheid is vastgesteld, maar welke

* Mr. S.F. ter Brake is als advocaat werkzaam bij Lexence N.V.

1. COM/2022/71 def., eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2022_51?qid=1649833851490&rid=1. Dit artikel is gebaseerd op de Engelstalige tekst van het voorstel.
2. Voor in de EU gevestigde ondernemingen gaat het om gemiddeld meer dan 500 werknemers en een netto wereldwijde omzet van meer dan EUR 150 miljoen in het afgelopen boekjaar, of meer dan 250 werknemers en een netto wereldwijde omzet van meer dan EUR 40 miljoen in het afgelopen boekjaar, mits ten minste 50% van deze netto-omzet in het afgelopen boekjaar werd gegenereerd in een of meer van hoge-impact-sectoren. Dit zal verderop in het artikel worden besproken.
3. Het begrip waardeketen wordt omschreven als de activiteiten in verband met de productie van goederen of de verlening van diensten door een onderneming, met inbegrip van de ontwikkeling van het product of de dienst en het gebruik en de verwijdering van het product, alsmede de daarmee verband houdende activiteiten van de zowel stroomopwaarts als stroomafwaarts gevestigde zakelijke relaties van de onderneming (art. 3 sub g CSDD-richtlijn).
4. Art. 1 CSDD-richtlijn.
5. Zie hierover J.E.S. Hamster, ‘De verwachte richtlijn duurzame corporate governance: verantwoord ondernemen moet hoog op de agenda’, *MVO* 2021, afl. 7/8, p. 270-277 en J.W. Winter e.a., ‘Naar een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen – een antwoord op reacties’, *Ondernemingsrecht* 2021/6.
6. Mededeling van de Commissie, COM(2019)640 def. (*Green Deal*).
7. CSDD-richtlijn, p. 1. Dat deze onderwerpen ook in de lidstaten leven, wordt in de preambule van de CSDD-richtlijn onderbouwd door verwijzing naar onder meer de Nederlandse Wet zorgplicht kinderarbeid 2019.
8. COM/2021/189 def., eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=COM:2021:189:FIN.
9. Richtlijn 2014/95/EU.
10. Art. 19bis CSRD.
11. CSDD-richtlijn, p. 4.

beperkt is tot de eigen activiteiten en zich niet uitstrekt tot de verdere activiteiten in de waardeketen.¹²

De CSDD-richtlijn wordt nu ter goedkeuring voorgelegd aan het Europees Parlement en de Raad van Ministers, dus de inhoud kan nog worden gewijzigd. Na goedkeuring hebben de lidstaten twee jaar de tijd om de CSDD-richtlijn te implementeren.¹³ Vanwege de grote impact die de CSDD-richtlijn naar verwachting zal hebben¹⁴, lijkt het goed om alvast een overzicht te schetsen van de belangrijkste bepalingen uit het voorstel en daarbij enkele aandachtspunten te signaleren. Dit artikel dient daartoe. In paragraaf 1 wordt het doel van de CSDD-richtlijn besproken. In paragraaf 2 wordt de reikwijdte van de CSDD-richtlijn weergegeven. Paragraaf 3 geeft een overzicht van de verplichtingen voor ondernemingen. In paragraaf 4 komen de ondersteunende bepalingen aan bod. In paragraaf 5 worden de bepalingen met betrekking tot toezicht en handhaving uiteengezet. Paragraaf 6 gaat specifiek in op de in de CSDD-richtlijn vervatte maatschappelijke zorgplicht van bestuurders. Ten slotte bevat paragraaf 7 de conclusie.

1. Doel

De CSDD-richtlijn heeft tot doel het duurzame en verantwoordelijke gedrag te bevorderen van grote ondernemingen die activiteiten uitoefenen binnen de EU. Het gedrag van ondernemingen op dit vlak is cruciaal om de transitie te kunnen maken naar een klimaatneutrale en groene economie, zoals de EU voor ogen staat.¹⁵ Grote ondernemingen leunen vaak zwaar op wereldwijde toeleveringsketens; onderdelen worden gemaakt door verschillende bedrijven in verschillende landen. Dit zorgt ervoor dat zowel voor overheden als ondernemingen niet altijd duidelijk is welke nadelige effecten de ondernemingsactiviteiten hebben op het klimaat en mensenrechten. Door ondernemingen te verplichten hiernaar onderzoek te doen, kunnen deze nadelige effecten in kaart worden gebracht en kan daar vervolgens op worden geacteerd.

Gezien de huidige tendens, waarbij investeerders, werknemers en maatschappelijke organisaties steeds meer druk uitoefenen op bedrijven om zich duurzaam en verantwoord te gedragen, doen grote ondernemingen in de praktijk steeds vaker onderzoek naar duurzaamheidsaspecten.¹⁶ Een groot deel van de door de Commissie geconsulteerde ondernemingen heeft echter aangegeven dat thans onduidelijk is waaraan zij precies moeten voldoen

en dat zij vrezen uit de markt te worden geprijsd als zij zich wel, maar concurrenten zich geen rekenschap geven van duurzaamheidsaspecten.¹⁷ Met de CSDD-richtlijn wordt derhalve ook beoogd om de regels binnen de EU te harmoniseren, ter verbetering van de rechtszekerheid, alsmede om een gelijk speelveld te creëren binnen de EU.¹⁸

2. Reikwijdte

De CSDD-richtlijn is van toepassing op EU-ondernemingen met gemiddeld meer dan 500 werknemers en een netto wereldwijde omzet van meer dan EUR 150 miljoen in het afgelopen boekjaar.¹⁹ Daarnaast is de CSDD-richtlijn van toepassing op EU-ondernemingen met meer dan 250 werknemers en een netto wereldwijde omzet van meer dan EUR 40 miljoen in het afgelopen boekjaar, mits ten minste 50% van deze netto-omzet in het afgelopen boekjaar werd gegenereerd in een of meer van de volgende hoge-impact-sectoren²⁰:

- a. de vervaardiging van textiel, leer en aanverwante producten (inclusief schoeisel), alsmede de groothandel in textiel, kleding en schoeisel;
- b. landbouw, bosbouw, visserij (inclusief aquacultuur) en de vervaardiging van voedingsproducten, alsmede de groothandel in landbouwgrondstoffen, levende dieren, hout, voedsel en dranken;
- c. de winning van minerale hulpbronnen, ongeacht waar ze worden gewonnen, de vervaardiging van metalen basisproducten, andere niet-metaalhoudende minerale producten en gefabriceerde metalen producten (met uitzondering van machines en uitrusting), alsmede de groothandel in minerale hulpbronnen, fundamentele en intermediaire minerale producten.

Ditzelfde geldt voor ondernemingen die gevestigd zijn buiten de EU, maar dan dienen de omzetsdrempels te worden behaald binnen de EU, berekend over het boekjaar voorafgaand aan het laatste boekjaar, en mist de werknemersdrempel.²¹ Uit de preambule kan worden afgeleid dat de werknemersdrempel hier is weggelaten, omdat de definitie van 'werknemer' gebaseerd is op EU-regelgeving en zich lastig buiten de EU laat inpassen.²² Een definitie van werknemer mist echter in de CSDD-richtlijn. Dit lijkt geen toeval; zelfs in de Arbeidsvoorwaardenrichtlijn mist een definitie van werknemer.²³ Voor het toepassingsbereik van de Arbeidsvoorwaardenrichtlijn

12. Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage.

13. Art. 30 CSDD-richtlijn. Voor ondernemingen die onder de reikwijdte van de CSDD-richtlijn vallen omdat zij omzet genereren in bepaalde hoge-impact-sectoren, zoals hierna zal worden toegelicht, geldt dat de implementatiewetgeving twee jaar later van toepassing dient te zijn.

14. Hamster 2021; Winter e.a. 2021.

15. CSDD-richtlijn, p. 1.

16. CSDD-richtlijn, p. 2.

17. CSDD-richtlijn, p. 18.

18. CSDD-richtlijn, p. 3.

19. Art. 2 lid 1 sub a CSDD-richtlijn.

20. Art. 2 lid 1 sub b CSDD-richtlijn.

21. Art. 2 lid 2 CSDD-richtlijn.

22. CSDD-richtlijn, overweging 24.

23. Richtlijn (EU) 2019/1152 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie.

wordt in de preambule van die richtlijn verwezen naar de door het Hof van Justitie ontwikkelde criteria voor beantwoording van de vraag of sprake is van een arbeidsrelatie.²⁴ Het werknemerscriterium laat zich kennelijk niet goed definiëren.

De Commissie schat dat ongeveer 12.800 EU-ondernemingen en 4.000 ondernemingen van buiten de EU onder de reikwijdte van de CSDD-richtlijn zullen vallen.²⁵ In 2018 telde de EU ongeveer 25,3 miljoen vennootschappen.²⁶ De formele reikwijdte van de CSDD-richtlijn is dus relatief beperkt. Dit betekent echter niet dat kleinere ondernemingen niet met de CSDD-richtlijn te maken zullen krijgen. De CSDD-richtlijn raakt in de toepassing alle ondernemingen in de waardeketen, inclusief ondernemingen die buiten de EU zijn gevestigd en/of ondernemingen die vanwege hun omvang zelfstandig niet aan de verplichtingen uit de CSDD-richtlijn behoeven te doen. Dit zal in paragraaf 3 worden toegelicht.

Voor de definitie van ‘onderneming’ sluit de CSDD-richtlijn in beginsel aan bij bijlage I en II van de Jaarrekeningenrichtlijn²⁷, waardoor zij beperkt is tot vennootschappen en personenvennootschappen waarvan de vennoten beperkte aansprakelijkheid genieten.²⁸ Voor Nederland wordt specifiek genoemd de naamloze en besloten vennootschap (bijlage I), alsmede de vof en commanditaire vennootschap (bijlage II). Voor personenvennootschappen die gevestigd zijn buiten de EU geldt niet het vereiste van beperkte aansprakelijkheid van de vennoten.²⁹ Dit kan een aandachtspunt zijn bij het vaststellen van de implementatiewetgeving, omdat vermeden dient te worden dat ondernemingen toepassing van de CSDD-richtlijn kunnen ontlopen door gebruik te maken van een andere entiteit, zoals in Nederland de coöperatie, of door het verdelen van werknemers of activiteiten over verschillende entiteiten. Ten aanzien van financiële instellingen is specifiek bepaald dat deze ongeacht de rechtsvorm onder de CSDD-richtlijn vallen.³⁰ Voor het gemak zal ik de term ‘ondernemingen’ gebruiken.

3. Verplichtingen

De lidstaten dienen ervoor zorg te dragen dat ondernemingen passende zorgvuldigheid (hierna: due diligence) op het gebied van mensenrechten en milieu betrachten.³¹ Het proces dat hiertoe moet worden gevolgd omvat de stappen die reeds uiteengezet zijn in de ‘OESO Due Diligence Handreiking voor maatschappelijk verantwoord ondernemen’ uit 2018.³² De verplichtingen zijn opgesomd in de artikelen 4 tot en met 11 van de CSDD-richtlijn, waarbij artikel 4 een algemene bepaling betreft. Daarnaast is er nog een bijzondere verplichting ten aanzien van het tegengaan van klimaatverandering (art. 15). Deze verplichtingen zullen hieronder uiteengezet worden.

3.1. Integratie van due diligence in het ondernemingsbeleid (art. 5)

De eerste verplichting ziet erop dat ondernemingen due diligence-overwegingen op het gebied van mensenrechten en milieu in alle facetten van het ondernemingsbeleid moeten integreren en een specifiek due diligence-beleid op die onderwerpen moeten hebben. Het due diligence-beleid dient ten minste het volgende te omvatten: (a) een beschrijving van de door de onderneming gekozen benadering voor het doen van due diligence, inclusief een aanpak voor de lange termijn, (b) een gedragscode waarin de regels en beginselen worden beschreven die door de werknemers en dochterondernemingen moeten worden nageleefd en (c) een beschrijving van de processen die zijn ingevoerd om het due diligence-beleid te implementeren, inclusief de maatregelen die zullen worden genomen om naleving van de gedragscode te controleren en de toepassing daarvan uit te breiden naar gevestigde zakenrelaties.³³ Ondernemingen moeten dit beleid jaarlijks bijwerken.³⁴ In de preambule wordt toegelicht dat de gedragscode moet gelden voor alle zakelijke functies en activiteiten.³⁵

24. Zie hierover G.C. Boot, ‘Het toepassingsgebied van de Arbeidsvoorwaardenrichtlijn en van de implementatiewet’, *TAP* 2022, afl. 2, p. 4.

25. ec.europa.eu/info/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence_en.

26. ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Business_demography_statistics.

27. Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad voor de EER relevante tekst (OJ L 182, 29.6.2013, p. 19).

28. Art. 3 sub a CSDD-richtlijn.

29. Idem; Richtlijn 2013/34/EU, bijlage I. Voor vennootschappen van buiten de EU geldt dat zij een vergelijkbare rechtsvorm moeten hebben.

30. Art. 3 sub a onder (iv) CSDD-richtlijn.

31. Art. 4 CSDD-richtlijn.

32. CSDD-richtlijn, overweging 16.

33. Een gevestigde zakenrelatie wordt omschreven als een directe of indirecte zakelijke relatie, die duurzaam is of waarvan wordt verwacht dat zij duurzaam zal zijn, gelet op de intensiteit of de duur ervan, en die geen verwaarloosbaar of slechts bijkomstig onderdeel van de waardeketen vormt (art. 3 sub f CSDD-richtlijn).

34. Art. 5 CSDD-richtlijn.

35. CSDD-richtlijn, overweging 28.

Het integreren van due diligence in het ondernemingsbeleid zal praktisch een hoop werk opleveren voor ondernemingen. De CSDD-richtlijn legt de verantwoordelijkheid hiervoor bij de bestuurders, die daarbij rekening moeten houden met input van belanghebbenden en maatschappelijke organisaties. De bestuurders dienen hier vervolgens over te rapporteren aan de raad van bestuur.³⁶ De raad van bestuur wordt omschreven als het bestuurs- of toezichthoudend orgaan dat belast is met het toezicht op het dagelijks bestuur van de onderneming³⁷, zodat naar Nederlands recht hieronder ook de raad van commissarissen valt. Opvallend is dat de CSDD-richtlijn geen verplichting bevat om de algemene vergadering over het duurzaamheidsbeleid van de onderneming te raadplegen. In de literatuur bestaat discussie over de vraag of en de manier waarop de algemene vergadering betrokken dient te worden bij het duurzaamheidsbeleid van de onderneming.³⁸ De CSDD-richtlijn verplicht hiertoe in elk geval niet.

3.2. *Het identificeren van (potentiële) nadelige effecten op mensenrechten en milieu (art. 6)*

De tweede verplichting uit de CSDD-richtlijn is dat ondernemingen de potentiële en feitelijke nadelige mensenrechten- en milieueffecten moeten identificeren. Ondernemingen die onder het bereik van de CSDD-richtlijn vallen omdat zij actief zijn in een of meer van de hoge-impact-sectoren, behoeven alleen de nadelige gevolgen te identificeren die relevant zijn voor die specifieke sectoren.³⁹ Voor de inhoud van de verplichtingen is het derhalve relevant op basis van welke voorwaarden een onderneming aan de implementatiewetgeving gebonden zal zijn.

Voor de definitie van mensenrechten- en milieueffecten wordt aangesloten bij schendingen van de internationale verdragen op deze onderwerpen, die zijn vermeld in de bijlage van de CSDD-richtlijn.⁴⁰ Hierin worden onder meer genoemd de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, het internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, alsmede het internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten. Deze verdragen en verklaringen leggen verplichtingen op aan staten en zijn niet gericht op ondernemingen. In de literatuur is opgemerkt dat deze verdragen dusdanig algemeen zijn geformuleerd dat daaruit geen concrete verplichtingen voor ondernemingen kunnen worden afgeleid.⁴¹ Het is mijns inziens de vraag of dit nodig is. De concrete verplichtingen van ondernemingen zien erop dat zij due diligence in het ondernemingsbeleid integre-

ren, (potentiële) risico's inschatten en zo nodig gepaste maatregelen nemen. Daarvoor lijkt het niet nodig dat vast komt te staan of sprake is van een concrete normschending.

In de preambule is opgemerkt dat een overtreding van een verbod of recht dat niet specifiek in de bijlage bij de CSDD-richtlijn is vermeld, maar wel rechtstreeks afbreuk doet aan een wettelijk belang dat in de daarin genoemde verdragen wordt beschermd, ook onder de toepassing van de CSDD-richtlijn valt. Dit op voorwaarde dat de betrokken onderneming het risico hierop redelijkerwijs heeft kunnen vaststellen en eventueel passende maatregelen heeft kunnen nemen, waarbij rekening dient te worden gehouden met alle relevante omstandigheden van de bedrijfsvoering, zoals de sectorspecifieke en operationele context.⁴²

De plicht om de nadelige gevolgen voor mensenrechten en milieu te identificeren strekt zich uit tot de activiteiten van dochterondernemingen en gevestigde zakenrelaties binnen de waardeketen van de ondernemingen. Het begrip waardeketen is ruim geformuleerd en breder dan het begrip toeleveringsketen.⁴³ Wel wordt het onderzoek naar de activiteiten in deze waardeketen beperkt tot het doen van onderzoek naar de activiteiten van zakenpartners waar de onderneming een gevestigde zakenrelatie mee heeft. Indien een directe zakenrelatie op basis van deze definitie gevestigd is, dan worden de via deze zakenrelatie betrokken (indirecte) zakenrelaties eveneens als gevestigd beschouwd.⁴⁴

Een gevestigde zakenrelatie wordt omschreven als een directe of indirecte zakelijke relatie, die duurzaam is of waarvan wordt verwacht dat deze duurzaam zal zijn, gezien de intensiteit of duur ervan, en die geen verwaarloosbaar of slechts een bijkomstig deel van de waardeketen vormt.⁴⁵ Door de beperking tot gevestigde zakenrelaties zouden ondernemingen in theorie hun waardeketen kunnen inrichten op meer en kortstondige zakenrelaties, zodat deze gezien de intensiteit en duur niet als gevestigd kwalificeren. Het zou goed zijn om bij het vaststellen van de implementatiewetgeving een balans te vinden tussen enerzijds de praktische uitvoerbaarheid van de due diligence-verplichtingen en anderzijds het voorkomen van omzeilende verschuivingen in de waardeketen waardoor de effectiviteit van de CSDD-richtlijn kan worden verminderd.

36. Art. 26 CSDD-richtlijn.

37. Art. 3 sub p CSDD-richtlijn.

38. J.M. de Jongh, 'Say on climate, over negatieve externe effecten en verdeling van bevoegdheden', *Ondernemingsrecht* 2021/110; M. van Olffen & E.J. Breukink, 'Say on what's next', *Ondernemingsrecht* 2022/17; M.H.C. Bakker, 'Aandeelhoudersvoorstellen en duurzaamheid: een verkenning', *Ondernemingsrecht* 2022/38. Zie in internationale context B. Sjäffell, 'Corporate Purpose and the EU Corporate Sustainability Due Diligence Proposal', *Oxford Business LawBlog* 25 februari 2022.

39. Art. 6 CSDD-richtlijn.

40. CSDD-richtlijn, bijlage, deel I, sectie 2 en deel II.

41. Vgl. G. Ferrarini, 'Corporate Sustainability Due Diligence and the Shifting Balance between Soft Law and Hard Law in the EU', *Oxford Business LawBlog* 22 april 2022.

42. CSDD-richtlijn, overweging 25.

43. Zie voetnoot 4.

44. CSDD-richtlijn, overweging 20.

45. Art. 3 sub f CSDD-richtlijn.

3.3. Preventie, beperking en beëindiging van (potentiële) nadelige mensenrechten- en milieueffecten (art. 7-8)

Ondernemingen moeten passende maatregelen nemen om potentiële nadelige mensenrechten- en milieueffecten te voorkomen of, indien dat niet mogelijk is, beperken.⁴⁶ Als sprake is van nadelige mensenrechten- of milieueffecten, dan moet de onderneming deze beëindigen of de gevolgen daarvan zoveel mogelijk beperken.⁴⁷ Deze verplichting geldt niet alleen wanneer de onderneming hiermee feitelijk bekend is, maar ook indien zij hiermee bekend had behoren te zijn. Van ondernemingen wordt verwacht dat zij ter naleving van deze verplichting in staat zijn zelfstandig tot beëindiging van de nadelige effecten over te gaan indien deze worden veroorzaakt door eigen activiteiten of die van dochtermaatschappijen. Gaat het om nadelige effecten veroorzaakt door gevestigde zakenrelaties, dan dienen zij deze zoveel mogelijk te beperken.⁴⁸

Passende maatregelen zijn volgens de preambule maatregelen waarmee de doelstellingen kunnen worden bereikt, die in verhouding staan tot de ernst en de waarschijnlijkheid van het negatieve effect en waarover de onderneming redelijkerwijs kan beschikken, rekening houdend met de specifieke omstandigheden van het geval, waaronder de kenmerken van de economische sector en van de specifieke zakelijke relatie en de invloed van de onderneming daarop, alsmede de noodzaak om te zorgen voor prioritering van actie.⁴⁹ Hoewel hiermee maatwerk kan (en zal moeten) worden geleverd, zal dit in de praktijk ook veel onduidelijkheid kunnen opleveren en door de lidstaten verschillend kunnen worden geïnterpreteerd.

In artikel 7 lid 2 CSDD-richtlijn staat een uitgebreide lijst met maatregelen die ondernemingen (waar relevant) dienen te nemen om nadelige mensenrechten- en milieueffecten te voorkomen of, indien dat niet mogelijk is, de kans daarop te beperken. Een vergelijkbare set maatregelen is opgenomen in artikel 8 lid 3 van de CSDD-richtlijn, op grond waarvan ondernemingen verplicht zijn nadelige mensenrechten- en milieueffecten te beëindigen of, indien dat niet mogelijk is, de effecten daarvan te beperken. Samenvattend gaat het om de volgende maatregelen:

- a. het ontwikkelen en implementeren van een (preventief) actieplan of een herstelplan, in consultatie met de betrokken stakeholders;
- b. het financieel compenseren van getroffen personen of gemeenschappen;
- c. het verlangen van contractuele garanties van directe zakenpartners met wie een gevestigde relatie is aan-

gegaan, op grond waarvan die zakenpartners zich verbinden aan de gedragscode, het actieplan en/of het herstelplan van de onderneming, en eventueel overeenkomstige garanties aan indirecte zakenpartners vragen;

- d. het doen van de nodige investeringen, bijvoorbeeld in beheers- of productieprocessen en infrastructuur;
- e. het verlenen van doelgerichte en evenredige steun aan het midden- en kleinbedrijf (hierna: MKB) waarmee de onderneming een gevestigde zakenrelatie heeft, indien naleving van de gedragscode, het actieplan en/of het herstelplan van de onderneming de levensvatbaarheid van de betreffende MKB-instelling in gevaar zou brengen; en
- f. samenwerking met andere entiteiten om zo beter verandering af te dwingen, met name indien er geen andere passende of effectieve maatregelen zijn.

Kunnen (potentiële) nadelige effecten niet worden voorkomen of beperkt door voornoemde maatregelen, dan mag de onderneming een contract sluiten met een indirecte zakenpartner, met de bedoeling om naleving van de gedragscode, het actieplan en/of het herstelplan te bewerkstelligen.⁵⁰ De gedachte hierachter is dat ondernemingen, door samenwerking te zoeken met andere ondernemingen, nog beter verandering kunnen afdwingen.⁵¹ In dat geval dient de onderneming deze naleving wel te verifiëren.⁵²

Als een zakenpartner een MKB-instelling is, dan dienen gevraagde garanties en contracten eerlijk, redelijk en niet-discriminerend te zijn.⁵³ Bovendien dient de onderneming in dat geval de kosten voor verificatie van de naleving door de MKB-instelling te dragen. Dit past in het doel van de Commissie om het MKB niet te zwaar financieel te belasten, reden waarom het MKB niet onder het formele toepassingsbereik van de CSDD-richtlijn valt.⁵⁴

Indien op geen enkele manier de nadelige effecten kunnen worden voorkomen, beperkt of beëindigd, dan dient de onderneming zich te onthouden van het aangaan van een nieuwe overeenkomst of het verlengen van de bestaande overeenkomst met de zakenpartner die voor de nadelige effecten zorgt.⁵⁵ De onderneming dient de overeenkomst tijdelijk op te schorten als dat mogelijk is en er een reële kans op verbetering (op de korte termijn) is. Indien geen zicht op verbetering is, dan dient de onderneming de betreffende zakenrelatie te beëindigen.⁵⁶ Dit dient een laatste middel te zijn, omdat wordt aangenomen dat verandering

46. Art. 7 CSDD-richtlijn.

47. Art. 8 CSDD-richtlijn.

48. CSDD-richtlijn, overweging 38.

49. CSDD-richtlijn, overweging 29.

50. Art. 7 lid 3 en art. 8 lid 4 CSDD-richtlijn.

51. CSDD-richtlijn, overweging 29.

52. Art. 7 lid 4 en art. 8 lid 5 CSDD-richtlijn.

53. Idem.

54. CSDD-richtlijn, p. 14.

55. Art. 7 lid 5 en art. 8 lid 6 CSDD-richtlijn.

56. Uitzondering hierop is dat de verstrekker van krediet, leningen of andere financiële diensten de onderhavige contracten niet hoeft te beëindigen indien dat wezenlijke schade aan de contractspartij zal veroorzaken (art. 7 lid 6 en art. 8 lid 7 CSDD-richtlijn).

beter kan worden afgedwongen indien nog wel een contractuele relatie bestaat.⁵⁷

3.4. Opzetten en onderhouden van klachtenprocedures (art. 9)

Lidstaten moeten ervoor zorg dragen dat ondernemingen passende procedures vaststellen voor het behandelen van klachten van (potentiële) slachtoffers, vakbonden en andere werknemersvertegenwoordigers in de waardeketen, alsmede relevante maatschappelijke organisaties.⁵⁸ Klachten kunnen betrekking hebben op de eigen activiteiten van de onderneming, die van haar dochterondernemingen, alsmede die van andere spelers in de waardeketen.⁵⁹ Daarnaast dienen klagers het recht te hebben om een passende follow-up van de klacht te verzoeken en vertegenwoordigers van de onderneming te ontmoeten om de klacht te bespreken.⁶⁰ Indien een klacht gegrond wordt verklaard, ontstaat voor de ondernemingen de verplichting om de nadelige effecten of de gevolgen daarvan zoveel mogelijk te beperken.⁶¹ De onderneming is zelf bevoegd om een klacht gegrond of ongegrond te verklaren.⁶² Over toezicht daarop is niets geschreven, waardoor dit zou kunnen resulteren in, zoals het gezegde luidt, de slager die zijn eigen vlees keurt. Dit lijkt mij een aandachtspunt bij het vaststellen van de implementatiewetgeving.

In de preambule wordt de klachtenprocedure nauwelijks toegelicht. Slechts wordt opgemerkt dat dit niet mag leiden tot onredelijke verzoeken aan ondernemingen.⁶³ Het valt te verwachten dat ondernemingen hier wat zenuwachtig van zullen worden en hierover de nodige vragen zullen hebben. Vanwege de administratieve lasten en uitvoeringsperikelen, maar ook omdat het een ruime kring van personen betreft die een klacht moeten kunnen indienen. De klachtenprocedure lijkt daarmee niet louter een interne procedure. In dat kader zal wellicht ook gevreesd worden voor reputatierisico's. Het is de tendens dat bedrijven steeds vaker voor de rechter worden gebracht vanwege schending van milieu- of mensenrechten.⁶⁴ Enerzijds zal het indienen van een klacht bij de onderneming een stuk laagdrempeliger zijn dan de huidige civielrechtelijke route (gebaseerd op *soft law*), waardoor een veelvoud aan klachten kan worden verwacht. Anderzijds zal een klachtenprocedure waarschijnlijk minder publicitair zijn dan een civiele procedure, waardoor dit minder snel tot reputatieschade zal leiden.

3.5. Activiteiten en maatregelen monitoren (art. 10)

Ondernemingen moeten de activiteiten en maatregelen van henzelf, dochtermaatschappijen en gevestigde zakenpartners in de waardeketen monitoren. Dit moeten zij op zijn minst jaarlijks doen, maar ook wanneer er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat zich significant nieuwe risico's op het ontstaan van nadelige mensenrechten- of milieueffecten voordoen. Het due diligence-beleid van de ondernemingen moet vervolgens worden geactualiseerd op basis van de bevindingen van deze monitoring.⁶⁵

3.6. Rapporteren over mensenrechten- en milieueffecten (art. 11)

Ondernemingen die niet onderworpen zijn aan de rapportageverplichtingen uit de NFRD, dienen te rapporteren over de onderwerpen uit de CSDD-richtlijn middels een jaarlijkse verklaring op de website van de onderneming, steeds uiterlijk op 30 april van elk jaar.⁶⁶ De NFRD zal binnenkort worden vervangen door de CSRD. Aangezien grote ondernemingen reeds op grond van de CSRD verplicht zullen worden om over duurzaamheidsaspecten te rapporteren, zijn zij uitgezonderd van de beperktere rapportageverplichting onder de CSDD-richtlijn.

3.7. Tegengaan klimaatverandering (art. 15)

Ondernemingen die vanwege hun omvang onder de reikwijdte van de CSDD-richtlijn vallen, dienen een plan op te stellen om ervoor te zorgen dat het businessmodel en de strategie van de onderneming verenigbaar zijn met de transitie naar een duurzame economie en de beperking van de opwarming van de aarde tot 1,5% overeenkomstig het Parijs-akkoord.⁶⁷ Indien klimaatverandering is, of zou moeten zijn, geïdentificeerd als voornaamste risico, dan dient voornoemd plan doelstellingen omtrent de beperking van emissie-uitstoot te omvatten.⁶⁸

Aangezien de norm uit het Parijs-akkoord betrekking heeft op de wereldwijde uitstoot, zal het lastig zijn hieruit een concrete verplichting voor een enkele onderneming af te leiden.⁶⁹ Onmogelijk is dit echter niet. Zo heeft de rechtbank Den Haag in de zaak van *Milieudefensie tegen Royal Dutch Shell plc* (hierna: Shell) bepaald dat Shell verplicht is via het concernbeleid van de Shell-groep de CO₂-uitstoot van de activiteiten eind 2030 netto 45% te verminderen ten opzichte van 2019.⁷⁰ Dit heeft de rechtbank gedaan door de voor Shell geldende ongeschreven

57. CSDD-richtlijn, overwegingen 32 en 36.

58. Art. 9 lid 1-2 CSDD-richtlijn.

59. Idem.

60. Art. 9 lid 4 CSDD-richtlijn.

61. Art. 9 lid 3 CSDD-richtlijn.

62. Idem.

63. CSDD-richtlijn, overweging 42.

64. Vgl. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339 (*Milieudefensie c.s./Shell*). Thans richt Milieudefensie zijn pijlen op Ahold Delhaize, zie 'Ahold Delhaize nieuw publiek doelwit van campagne Milieudefensie', *Het Financieel Dagblad* 11 april 2022 (fd.nl/bedrijfsleven/1435987/ahold-delhaize-nieuw-publiek-doelwit-van-campagne-milieudefensie).

65. Art. 10 CSDD-richtlijn.

66. Art. 11 CSDD-richtlijn.

67. Art. 15 lid 1 CSDD-richtlijn.

68. Art. 15 lid 2 CSDD-richtlijn.

69. Vgl. Ferrarini 2022.

70. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie c.s./Royal Dutch Shell plc*).

zorgvuldigheidsnorm in te vullen aan de hand van feiten, breed gedragen inzichten en internationaal aanvaarde standaarden. Dit zou als voorbeeld kunnen dienen.

Ten slotte dient de vervulling van de verplichtingen uit deze bepaling mee te wegen in de variabele beloning van bestuurders, mits deze reeds is gekoppeld aan de strategie, langetermijnbelangen en duurzaamheid van de onderneming.⁷¹ Reeds bij de aankondiging van de CSDD-richtlijn is over dit punt veel discussie geweest.⁷² Ook in haar huidige vorm heeft deze bepaling reeds tot kritiek geleid, omdat het vaststellen van de beloning van de bestuurders het domein van de algemene vergadering is en een van de belangrijkste *checks and balances* vormt.⁷³ Mijns inziens doet deze bepaling hieraan weinig afbreuk, vanwege de beperking tot de gevallen waarin het beloningsbeleid reeds is gekoppeld aan duurzaamheid en het feit dat de algemene vergadering nog steeds bevoegd is de variabele beloning vast te stellen.

4. Ondersteunende bepalingen

Gezien de veelheid aan verplichtingen komt vrij uitdrukkelijk de vraag naar voren hoe daaraan dient te worden voldaan. De Commissie zal lidstaten en ondernemingen hierbij ondersteuning bieden. Zo zal de Commissie richtsnoeren uitbrengen voor de manier waarop uitvoering kan worden gegeven aan de due diligence-verplichtingen, alsmede voor vrijwillige modelbepalingen voor het vragen van garanties.⁷⁴

De Commissie verplicht ook lidstaten om de nodige ondersteuning te leveren aan ondernemingen die onder de reikwijdte van de CSDD-richtlijn vallen, alsmede diens gevestigde zakenrelaties in de waardeketen. Lidstaten dienen daartoe websites, platforms en portals op te zetten en te beheren. Daarbij moet specifiek gedacht worden aan het MKB.⁷⁵ Lidstaten mogen het MKB financieel ondersteunen, mits binnen de regels ten aanzien van staatssteun.⁷⁶ De Commissie mag deze maatregelen aanvullen en nieuwe maatregelen nemen om ondernemingen te helpen om aan de verplichtingen te voldoen.⁷⁷

Overigens is ook bepaald dat ondernemingen zich mogen verlaten op sectorale regelingen en stakeholderinitiatieven,

om de nakoming van hun verplichtingen te ondersteunen, mits deze passend zijn voor nakoming van de betreffende verplichtingen.⁷⁸ De Commissie en lidstaten mogen voor de verspreiding van dergelijke informatie zorg dragen en richtsnoeren uitvaardigen voor toetsing van dergelijke regelingen en initiatieven.⁷⁹

5. Toezicht en handhaving

De CSDD-richtlijn kent een uitgebreid palet aan maatregelen voor toezicht en handhaving. Zo dienen buiten de EU gevestigde ondernemingen gevolmachtigde vertegenwoordigers aan te wijzen, dienen toezichthoudende autoriteiten te worden ingesteld, moeten deze autoriteiten sancties kunnen opleggen en moeten ondernemingen civielrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden. Dit zal hierna achtereenvolgens worden toegelicht.

5.1. Gemachtigde vertegenwoordigers (art. 16)

Lidstaten dienen ervoor zorg te dragen dat alle buiten de EU gevestigde ondernemingen, die onder de reikwijdte van de CSDD-richtlijn vallen, een gemachtigde vertegenwoordiger aanwijzen die gevestigd of woonachtig is in een lidstaat.⁸⁰ Toezichthoudende autoriteiten in de lidstaten dienen de in hun land gevestigde gemachtigde vertegenwoordigers op de hoogte te brengen indien een onderneming uit het land dat zij vertegenwoordigen onder de reikwijdte van de CSDD-richtlijn valt.⁸¹ Dit is nodig om een effectief overzicht te verkrijgen en, indien nodig, de verplichtingen uit de CSDD-richtlijn te kunnen handhaven.⁸²

5.2. Toezichthoudende autoriteiten (art. 17-19 en 21)

De CSDD-richtlijn schrijft voor dat lidstaten een of meer autoriteiten dienen aan te wijzen om toezicht te houden op de naleving en handhaving van de verplichtingen uit de CSDD-richtlijn.⁸³ Deze autoriteiten zullen samen een Europees netwerk van toezichthoudende autoriteiten gaan vormen, zodat zij kunnen samenwerken.⁸⁴ Ondernemingen vallen onder het toezicht van de lidstaat waar zij zijn gevestigd. Indien zij gevestigd zijn buiten de EU, vallen zij onder het toezicht van de autoriteit in de lidstaat waar zij een branche hebben. Als zij geen branche of juist meerdere branches hebben, vallen zij onder het toezicht van de lidstaat waar zij de meeste omzet hebben gegene-

71. Art. 15 lid 2 CSDD-richtlijn.

72. Vgl. E. Lidman, 'The role of corporate governance in sustainability and why the Commission's CSDDD proposal might do more harm than good', *Oxford Business Law Blog* 27 april 2022 en de daarin aangehaalde literatuur.

73. Lidman 2022.

74. Art. 12 CSDD-richtlijn, onder verwijzing naar art. 7 lid 2 sub b en art. 8 lid 3 sub c CSDD-richtlijn.

75. Art. 14 lid 1 CSDD-richtlijn.

76. Art. 14 lid 2 CSDD-richtlijn.

77. Art. 14 lid 3 CSDD-richtlijn.

78. Art. 14 lid 4 CSDD-richtlijn.

79. Idem.

80. Art. 16 lid 1 CSDD-richtlijn.

81. Art. 16 lid 3 CSDD-richtlijn.

82. CSDD-richtlijn, overweging 52.

83. Art. 17-18 CSDD-richtlijn.

84. Art. 21 lid 1-2 CSDD-richtlijn.

reerd.⁸⁵ De toezichthoudende autoriteiten dienen onder meer de bevoegdheid te hebben om informatie op te vragen en onderzoeken uit te voeren.⁸⁶

Eenieder die objectieve redenen heeft om aan te nemen dat een onderneming haar verplichtingen uit hoofde van de implementatiewetgeving niet nakomt, moet gemotiveerde bezwaren kunnen indienen bij de bevoegde toezichthoudende autoriteit.⁸⁷ Dit zal vergelijkbare problemen kunnen opleveren als bij de klachtenprocedure die ondernemingen zelf in stand moeten houden. De groep van personen die bevoegd is een melding te doen bij de toezichthoudende autoriteit is zelfs nog ruimer dan de groep personen die bevoegd is een klacht in te dienen bij de onderneming zelf. Bovendien lijkt het erop dat de twee verschillende procedures parallel kunnen lopen, waardoor zowel de onderneming als de toezichthoudende autoriteit zich tegelijkertijd kan toeleveren op dezelfde klacht (zonder dat van elkaar te weten). Wellicht zou het beter zijn te bepalen dat eerst de klachtenprocedure bij de onderneming zelf dient te worden doorlopen, alvorens gemotiveerde bezwaren kunnen worden ingediend bij de bevoegde toezichthoudende autoriteit.

Indien de toezichthoudende autoriteit meent dat zij voldoende informatie heeft dat duidt op een mogelijke schending van de implementatiewetgeving, mag zij een onderzoek naar de betreffende onderneming starten.⁸⁸ Als daadwerkelijk een of meer schendingen worden gevonden, dan dient de toezichthoudende autoriteit de betreffende onderneming een redelijke termijn te gunnen om dit te herstellen (indien mogelijk). Dit doet echter niet af aan het feit dat sancties kunnen worden opgelegd en een civiele aansprakelijkheidsprocedure kan worden gestart.⁸⁹ De toezichthoudende autoriteiten dienen verder in elk geval bevoegd te zijn tot het (a) gelasten dat overtredingen worden beëindigd en niet worden herhaald, alsmede dat herstelmaatregelen worden getroffen, (b) opleggen van geldboetes en (c) nemen van tussentijdse maatregelen om het risico op ernstige en onherstelbare schade te voorkomen.⁹⁰

5.3. Sancties (art. 20)

Bij het vaststellen van de implementatiewetgeving dienen lidstaten ook bepalingen op te nemen met betrekking tot de sancties die staan op niet-naleving daarvan. De sancties dienen doeltreffend, evenredig en afschrikkend te zijn.⁹¹ Bovendien moeten geldboetes gerelateerd zijn aan de omzet van de onderneming.⁹² Dit laat de nodige beleidsruimte aan lidstaten om het stelsel en de zwaarte van sancties te bepalen. Als gevolg daarvan kunnen de sancties per lidstaat sterk verschillen, hetgeen de gewenste harmonisatie niet ten goede zal komen.

Bij het opleggen van sancties moet rekening worden gehouden met de inspanningen van de betreffende onderneming om te voldoen aan eventuele herstelmaatregelen, de door de onderneming gedane investeringen en gerichte steun, alsmede de samenwerking met andere entiteiten om de nadelige effecten aan te pakken.⁹³ Dit zorgt ervoor dat maatwerk kan worden geleverd, maar zal ook voor onduidelijkheid zorgen over de vraag wanneer een onderneming zich voldoende heeft ingespannen.

5.4. Civielrechtelijke aansprakelijkheid (art. 22)

De CSDD-richtlijn bepaalt dat lidstaten dienen te voorzien in een vorm van wettelijke aansprakelijkheid van ondernemingen voor schade indien zij (a) de verplichting om (potentiële) nadelige mensenrechten- en milieueffecten te voorkomen, beperken en beëindigen niet hebben nageleefd en (b) als gevolg daarvan een nadelig effect is opgetreden dat schade heeft veroorzaakt.⁹⁴ Hierop dient een uitzondering te worden gemaakt voor schade ontstaan door activiteiten van een indirecte zakenpartner, mits de onderneming de op grond van de CSDD-richtlijn vereiste contractuele garanties van de (aan de indirecte zakenpartner gelieerde) directe zakenpartner heeft verlangd en naleving daarvan heeft geverifieerd.⁹⁵ Dit behalve wanneer het voor de onderneming onredelijk was te verwachten dat de genomen maatregelen zouden volstaan.⁹⁶ In de literatuur is hierop de kritiek geuit dat deze regeling tot een 'tick the box'-exercitie zal leiden.⁹⁷ Dit lijkt mij niet, gezien de toevoeging dat voornoemde uitzondering op aansprakelijkheid niet geldt indien onredelijk was te verwachten dat de maatregelen zouden volstaan. De vraag wie dit moet bewijzen wordt echter overgelaten aan het

85. Art. 17 lid 2-3 CSDD-richtlijn.

86. Art. 18 lid 1 CSDD-richtlijn.

87. Art. 19 CSDD-richtlijn.

88. Art. 18 lid 2 CSDD-richtlijn.

89. Art. 18 lid 4 CSDD-richtlijn.

90. Art. 18 lid 5 CSDD-richtlijn.

91. Art. 20 lid 1 CSDD-richtlijn.

92. Art. 20 lid 3 CSDD-richtlijn.

93. Art. 20 lid 2 CSDD-richtlijn.

94. Art. 22 lid 1 CSDD-richtlijn.

95. Art. 22 lid 2 CSDD-richtlijn.

96. Idem.

97. A.M. Paccès, 'Supply Chain Liability in the Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal', *Oxford Business Law Blog* 20 april 2022; A. Lafarre, 'Mandatory Corporate Sustainability Due Diligence in Europe: The Way Forward', *Oxford Business Law Blog* 21 april 2022.

nationale recht.⁹⁸ Dit lijkt mij onwenselijk, aangezien dit voor slachtoffers erg lastig zal zijn. Bovendien zou dit ertoe kunnen leiden dat ondernemingen zich vestigen in een lidstaat die het gewicht van de bewijslast hoofdzakelijk bij de slachtoffers neerlegt.⁹⁹

De nationale aansprakelijkheidsregeling dient van bijzonder dwingend recht te zijn en voorrang te hebben ingeval het toepasselijke recht ten aanzien van de vordering het recht van een niet-lidstaat is.¹⁰⁰ Hiermee wordt gerefereerd aan artikel 16 van de Rome II Verordening.¹⁰¹ Uit de preambule kan worden afgeleid dat dit noodzakelijk is om het mogelijk te maken dat slachtoffers een schadevergoedingsprocedure kunnen starten jegens de betreffende onderneming als de schade zich bijvoorbeeld in een niet-lidstaat heeft voorgedaan.¹⁰² Opgemerkt zij dat het civiele aansprakelijkheidsrecht binnen de EU niet geharmoniseerd is. Hierdoor zal aansprakelijkheid van ondernemingen voor niet-naleving van voornoemde verplichtingen in elke lidstaat anders kunnen uitpakken. Het is de vraag of dat wenselijk is.

Verder wordt bepaald dat eventuele aansprakelijkheid van een moedermaatschappij onverlet laat dat dochtermaatschappijen of zakenpartners in de waardenketen daarnaast zelfstandig, op eigen grondslag, aansprakelijk kunnen worden gesteld.¹⁰³ Bovendien mag aansprakelijkheid op grond van de CSDD-richtlijn niet afdoen aan eventuele aansprakelijkheid op grond van bestaande wetten en regelgeving op dit vlak.¹⁰⁴ In de preambule wordt specifiek verwezen naar aansprakelijkheid op grond van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid.¹⁰⁵ Deze richtlijn is in Nederland met de Wet milieuaansprakelijkheid geïmplementeerd in hoofdstuk 17 van de Wet milieubeheer. Op grond van deze Richtlijn Milieuaansprakelijkheid en de Wet milieuaansprakelijkheid zijn ondernemingen echter slechts aansprakelijk voor de schade die zij zelf hebben veroorzaakt, terwijl ondernemingen op grond van de CSDD-richtlijn eveneens aansprakelijk zijn voor schade veroorzaakt door dochtermaatschappijen en gevestigde zakenrelaties. De Nederlandse wetgever zal derhalve niet kunnen volstaan met aansluiting bij voornoemde milieuwetgeving.

Voor Nederlandse ondernemingen die binnen de reikwijdte van de CSDD-richtlijn vallen, zal de implementatiewetgeving waarschijnlijk meebrengen dat zij gemakkelijker aansprakelijk kunnen worden gehouden voor gedragingen van dochtermaatschappijen dan nu het geval is. Thans dient sprake te zijn van intensieve bemoeienis door de moedermaatschappij, wetenschap bij de moedermaatschappij van de onrechtmatige gedraging, of een specifieke zorgplicht van de moedermaatschappij jegens de slachtoffers.¹⁰⁶ Op grond van de CSDD-richtlijn moeten moedermaatschappijen zich met potentiële nadelige mensenrechten- en milieueffecten bij dochtermaatschappijen bemoeien, waardoor zij daarvan wetenschap dienen te hebben. Hiermee ontstaat *de facto* ook een zorgplicht jegens de slachtoffers. Deze horde behoeft daarom naar alle waarschijnlijkheid niet meer te worden genomen.¹⁰⁷

Indien de nadelige mensenrechten- of milieueffecten zich bevinden op het niveau van een (directe of indirecte) zakenpartner in de waardeketen, zal de daardoor ontstane schade in beginsel het gevolg zijn van de activiteiten van deze zakenpartner en niet van de tekortkoming in de naleving van de verplichting van een onderneming om deze nadelige effecten te voorkomen, beperken of beëindigen. Het zal daarom lastig kunnen zijn om het *conditio sine qua non*-verband aan te tonen tussen het nalaten van de onderneming en het intreden van het nadelige effect. Bovendien is goed denkbaar dat meerdere ondernemingen de nadelige effecten van de activiteiten van dezelfde zakenpartner niet hebben kunnen voorkomen, beperken of beëindigen, waardoor lidstaten een regeling zullen moeten hebben omtrent meervoudige causaliteit en zullen moeten nadenken over de manier waarop daarmee zal worden omgegaan. Naar Nederlands recht leidt dit in beginsel tot een hoofdelijke aansprakelijkheid.¹⁰⁸

6. Maatschappelijke zorgplicht bestuurders (art. 25)

Op grond van de CSDD-richtlijn moeten lidstaten ervoor zorg dragen dat bestuurders van EU-ondernemingen, die binnen de reikwijdte van de CSDD-richtlijn vallen, bij het vervullen van hun plicht om in het belang van de onderneming te handelen, rekening houden met duurzaamheidskwesties op de korte, middellange en lange termijn.¹⁰⁹ In de preambule wordt daaraan toegevoegd dat het gaat om alle duurzaamheidskwesties waarop de

98. CSDD-richtlijn, overweging 58.

99. Kritisch hierover is ook Paces 2022.

100. Art. 22 lid 5 CSDD-richtlijn en overweging 61.

101. Verordening (EG) 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II).

102. CSDD-richtlijn, overweging 61.

103. Art. 22 lid 3 CSDD-richtlijn.

104. Art. 22 lid 4 CSDD-richtlijn.

105. CSDD-richtlijn, overweging 62; Richtlijn 2004/35/EG.

106. Vgl. de *Shell Nigeria*-arresten van Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132 (*Oguru*), 133 (*Doob*) en 134 (*Akpan*). Zie hierover de annotatie van S.M. Bartman & C. de Groot, 'De Shell Nigeria-arresten van het hof Den Haag', *Ars Aequi* april 2021, p. 384-391, H.-J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht', *NJB* 2021, afl. 16, p. 1250-1253, alsmede G. van der Sangen & A. Lafarre, 'Transnationale ondernemingen en concernaansprakelijkheid', *WPNR* 2021, afl. 7342, p. 747-754.

107. Zie ook Hamster 2021, p. 276.

108. Art. 6:102 BW.

109. Art. 25 CSDD-richtlijn.

CSRD ziet.¹¹⁰ Dit betreft ecologische, sociale en governancefactoren.¹¹¹ Het lijkt derhalve de bedoeling dat de maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders op grond van de CSDD-richtlijn verder gaat dan een zorgplicht voor het nakomen van de due diligence-verplichtingen door de onderneming. Uit de preambule valt eveneens af te leiden dat het gaat om een verduidelijking van de algemene zorgplicht van bestuurders jegens de onderneming, welke zorgplicht in het recht van alle lidstaten aanwezig is. Daarbij wordt specifiek aangegeven dat een wijziging van de nationale ondernemingsstructuren niet nodig is.¹¹² In aanloop naar de publicatie van de CSDD-richtlijn is zowel op Europees als op nationaal niveau het nodige geschreven over de vraag of de bestuurstaak dient te worden uitgebreid, althans te worden gespecificeerd, in die zin dat bestuurders bij de vervulling van hun taak een maatschappelijke zorgplicht hebben.¹¹³ Indien lidstaten bij het vaststellen van de implementatiewetgeving rekening houden met de preambule, dan houden zij de formulering van de taakopdracht van het bestuur ongewijzigd. De maatschappelijke zorgplicht van bestuurders dient dan te worden afgeleid uit de algemene taakopdracht. De Nederlandse wetgever zal daarmee geen gehoor geven aan de bekende oproep van 25 hoogleraren om de maatschappelijke zorgplicht een wettelijke verankering te geven.¹¹⁴

Naar Nederlands recht wordt het vennootschappelijk belang met name bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming.¹¹⁵ Bovendien bepaalt de Nederlandse Corporate Governance Code dat het bestuur zich richt op waardecreatie op de lange termijn en daartoe de in aanmerking komende belangen van de stakeholders.¹¹⁶ In de consultatieversie voor actualisatie van de Corporate Governance Code wordt het belang van ESG en duurzame corporate governance benadrukt.¹¹⁷ Specifiek wordt voorgesteld om aan Principe 1.1 (dat ziet op langetermijnwaardecreatie) toe te voegen dat het bestuur zich rekenschap geeft van de effecten van het handelen van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming in de productie- en waardeketen. Hierdoor zal een uit de algemene taakopdracht afgeleide maatschappelijke zorgplicht, voor ondernemingen die binnen de reikwijdte van de CSDD-richtlijn vallen, naar alle waarschijnlijkheid geen grote verandering teweegbrengen.¹¹⁸

7. Conclusie

Hoewel de formele reikwijdte van de CSDD-richtlijn relatief beperkt is, zullen veel ondernemingen met de implementatiewetgeving van de CSDD-richtlijn te maken krijgen. De due diligence-verplichtingen strekken zich immers uit tot de activiteiten van dochterondernemingen en gevestigde zakenrelaties in de waardeketen. Onder omstandigheden dienen van deze zakenrelaties garanties of contractuele verplichtingen te worden gevraagd, waaronder de garantie of verplichting om hetzelfde van diens zakenrelaties in de waardeketen te verlangen. Voordat deze zakenrelaties zich daartoe kunnen verbinden, zullen zij waarschijnlijk zelf ook een zekere mate van onderzoek moeten verrichten.

Het zal voor ondernemingen niet eenvoudig zijn om aan de vergaande verplichtingen uit de implementatiewetgeving te voldoen. Om daarbij te helpen, zal de Commissie richtsnoeren uitbrengen voor de manier waarop ondernemingen uitvoering kunnen geven aan de due diligence-verplichtingen alsmede voor het vastleggen van modelbepalingen van contractuele garanties en op te leggen verplichtingen. Bovendien mogen ondernemingen een beroep doen op sectorale regelingen en stakeholderinitiatieven, mits deze daarvoor geschikt zijn. De CSDD-richtlijn legt de verantwoordelijkheid voor naleving van de due diligence-verplichtingen bij de bestuurders, die daarbij rekening moeten houden met input van belanghebbenden en maatschappelijke organisaties. Opvallend is dat de CSDD-richtlijn geen verplichting bevat om de algemene vergadering te raadplegen.

De CSDD-richtlijn bevat een rijk palet aan toezicht- en handhavingsmethoden. Zo dient een ruime groep van personen bevoegd te zijn tot het indienen van klachten bij zowel de onderneming als de toezichthoudende autoriteit, dienen ondernemingen de waardeketen te controleren, dienen de toezichthoudende autoriteiten de ondernemingen te controleren, en controleren de toezichthoudende autoriteiten *de facto* elkaar doordat zij zullen worden verenigd in een Europees netwerk van toezichthoudende autoriteiten. Uit oogpunt van efficiëntie was het wellicht beter geweest om te bepalen dat eerst de klachtenprocedure moet worden doorlopen alvorens gemotiveerde bezwaren kunnen worden ingediend bij de bevoegde toezichthoudende autoriteit. Een ander aandachtspunt is de uitwerking van de civielrechtelijke aansprakelijkheidsregeling, gezien de bijzondere situatie dat

110. CSDD-richtlijn, overweging 63.

111. Art. 19bis CSRD.

112. CSDD-richtlijn, overweging 63.

113. Zie hierover B.J. de Jong, 'Duurzame corporate governance: Europese en Nederlandse ontwikkelingen', *Ondernemingsrecht* 2021/33 en de daarin aangehaalde literatuur.

114. J.W. Winter e.a., 'Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer', *Ondernemingsrecht* 2020/86; J.W. Winter e.a., 'Naar een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen – een antwoord op reacties', *Ondernemingsrecht* 2021/6.

115. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:797, met annotatie van P. van Schilfgaarde, *NJ* 2014/286 (*Cancun*) en Principe 1.1 van de Corporate Governance Code.

116. Principe 1.1 van de Corporate Governance Code.

117. Consultatiedocument voorstel voor actualisatie Corporate Governance Code 2022, 21 februari 2022.

118. Vgl. Hamster 2021.

ondernemingen aansprakelijk moeten kunnen worden gesteld voor de activiteiten van andere entiteiten.

Door de uitgebreide beschrijving van de due diligence-verplichtingen, lijkt er voor lidstaten op dat punt slechts een beperkte mate van beleidsruimte voor de implementatiewetgeving te zijn. Op dit vlak zal derhalve een grote mate van harmonisatie tot stand worden gebracht. Daarentegen lijken lidstaten relatief veel beleidsruimte te hebben ten aanzien van de klachtenprocedure bij de ondernemingen, de ‘gemotiveerde bezwaren’-procedure bij de toezichthoudende autoriteiten, de sancties en de uitwerking van de aansprakelijkheidsregeling (inclusief de bewijslast). Voor de ondernemingen die onder de reikwijdte van de CSDD-richtlijn vallen, zullen dit juist de meest gevoelige onderwerpen zijn. Het ontbreken van harmonisatie op deze onderwerpen druist in tegen het doel van de CSDD-richtlijn en zou ertoe kunnen leiden dat ondernemingen als het ware gaan ‘forum shoppen’ door zich te vestigen in het land waar de implementatiewetgeving het voordeligst is.