

M en R 2023/26

## Verantwoord ondernemen via voorgestelde Europese richtlijn?

Verslag van het VMR-webinar van 30 november 2022

Mr. J. Bazelmans & N. Teesing, datum 15-03-2023

|               |   |
|---------------|---|
| Datum         | 15-03-2023  |
| Auteur        | Mr. J. Bazelmans & N. Teesing <sup>[1]</sup>  |
| JCDI          | JCDI:ADS691111:1  |
| Vakgebied(en) | Milieurecht / Algemeen<br>Milieurecht / Inrichtingen en activiteiten - vergunningen |

In het voorjaar van 2022 heeft de Europese Commissie een richtlijn voorgesteld met als doel ondernemingen te stimuleren bij te dragen aan de eerbiediging van mensenrechten en milieu in hun eigen activiteiten en via hun waardeketens.<sup>[2]</sup> Tijdens dit webinar spraken Manon Wolfkamp en Lucas Roorda over de inhoud en reikwijdte van de voorgestelde richtlijn,<sup>[3]</sup> de due diligence-verplichting en de vragen over aansprakelijkheid. De moderator was Wybe Douma.<sup>[4]</sup>

### Van vrijwillig naar verplicht - Manon Wolfkamp

Er zijn veel misstanden in de ketens van bedrijven wereldwijd op het gebied van mensenrechten en milieu. Manon Wolfkamp, werkzaam voor het MVO Platform, zet de ontwikkelingen binnen de Europese en Nederlandse wetgeving op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen op een rij.

In 2011 nam de UN de Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGP's) aan. Op basis van deze richtlijnen zijn de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen aangepast.<sup>[5]</sup> Een belangrijk element van deze richtlijnen is due diligence. Van de 700 grootste bedrijven in Nederland heeft in 2020 slechts 35% aangegeven de richtlijnen te onderschrijven en slechts 12 bedrijven implementeren daadwerkelijk alle stappen van due diligence. Ook bedrijven in andere Europese landen implementeren de OESO-richtlijnen niet of nauwelijks. Om bedrijven te stimuleren deze afspraken wel na te komen is er al in meerdere lidstaten wetgeving ontwikkeld en heeft de Europese Commissie wetgeving voorgesteld.

In Europa zijn verschillende ontwikkelingen gaande op het gebied van due diligence. Zo wordt er onderhandeld over de hierboven genoemde Europese richtlijn voor due diligence.<sup>[6]</sup> Ook is er al een richtlijn aangenomen met een rapportageplicht voor bedrijven (de Corporate Sustainable Reporting Directive, CSRD).<sup>[7]</sup> Er komen daarnaast onder meer ook een Ontbossingsverordening en een Gedwongen arbeidsverordening aan.<sup>[8]</sup>

In Nederland vinden ook verschillende ontwikkelingen plaats. In 2021 is een initiatiefwetsvoorstel ingediend voor Verantwoord en Duurzaam Internationaal Ondernemen (in november 2022 een herziene versie dit initiatiefwetsvoorstel).<sup>[9]</sup> Daarnaast werkt het kabinet aan nationale wetgeving.

Manon Wolfkamp bespreekt de inhoud van het Europese richtlijnvoorstel en benoemt daarbij ook de verschillen met het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel. Een aantal onderwerpen brengen we hier naar voren.

De Europese richtlijn voor due diligence bevat de verplichting voor ondernemingen om de feitelijke en

potentieel negatieve effecten van hun activiteiten voor mensenrechten en milieu te voorkomen en aan te pakken. Het gaat om zowel de eigen activiteiten, als die van dochterondernemingen, en ook om de activiteiten in de waardeketen die worden uitgevoerd door entiteiten waarmee de onderneming een gevestigde zakenrelatie heeft. Dat laatste leidt tot een beperking van de waardeketen. In het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel is die beperking niet opgenomen.

Het richtlijnvoorstel is gericht op zowel Europese als op niet-Europese ondernemingen die actief zijn op de interne markt, waarbij wel drempelwaarden worden gehanteerd (vanaf een bepaald aantal werknemers, en/of een bepaalde netto-omzet). Naar schatting gaat het om 13.000 EU-bedrijven en 4.000 niet-EU bedrijven. Het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel is gericht op een algemene zorgplicht voor alle bedrijven en bevat daarnaast bepalingen over due diligence voor bedrijven met een bepaald balanstotaal, een bepaalde omzet en/of een bepaalde hoeveelheid werknemers.

Om aan de due diligence-verplichting uit het Europese richtlijnvoorstel te voldoen moeten bedrijven het beleid voor internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen integreren en de daadwerkelijke of potentiële negatieve gevolgen voor mensenrechten en milieu identificeren. Het voorstel heeft geen betrekking op de hele waardeketen maar slechts op een beperkt deel. Het Nederlandse initiatief-wetsvoorstel geldt wel voor de hele waardeketen en het geldt ook voor de financiële sector.

Het Europese voorstel bevat verder de verplichting om negatieve gevolgen te voorkomen en te beperken, en ook moeten de gevolgen beëindigd of geminimaliseerd worden met een actieplan. Eveneens moet er een klachtenprocedure worden opgericht en onderhouden, de effectiviteit van het due diligence-beleid moet worden gemonitord en er moet publiekelijk over gerapporteerd worden. In het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel worden deze zaken ook geregeld, maar een groot verschil is dat bij elke stap stakeholders betrokken moeten worden (ook een eis uit de OESO-richtlijnen), terwijl het Europese richtlijnvoorstel regelt dat stakeholders alleen geraadpleegd hoeven te worden wanneer de onderneming dit zelf relevant acht.

In de Europese richtlijn is er geen volledige due diligence-verplichting voor klimaat, wel moet er een klimaatplan worden opgesteld. In het Nederlandse initiatiefvoorstel is er wel een volledige due diligence-verplichting voor klimaat opgenomen met een verplichting voor bedrijven om te zorgen dat de 55% emissiereductiedoelstelling uit de Europese Klimaatwet gehaald wordt.

Het toezicht ligt bij nationale toezichthouders en veel wordt aan de lidstaten zelf overgelaten. In het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel is publiekrechtelijk toezicht de belangrijkste pijler, daarnaast zijn er ook regels over boetes en bevat het voorstel een strafrechtelijke bepaling (enkel met betrekking tot de rapportageverplichting). Ook bevat het voorstel een bepaling omtrent civielrechtelijke aansprakelijkheid.

Op de vraag waarom het MVO-platform blij is dat er voor een richtlijn is gekozen, geeft Manon Wolfkamp aan dat door de enorme lobby in Brussel het Europese richtlijnvoorstel verzwakt en vertraagd is. Inhoudelijk is er sprake van cherry picking uit de OESO-richtlijnen. Als er een Europese verordening zou zijn dan is er in Nederland geen ruimte meer om wetgeving te maken die gericht is op volledige implementatie van de OESO-richtlijnen. Een richtlijn biedt die ruimte wel en er is in Nederland ook voldoende draagvlak voor betere implementatie van de OESO-richtlijnen.

## **Aansprakelijkheid en maatschappelijk verantwoord ondernemen - Lucas Roorda**

Lucas Roorda gaat in op een aantal gemeenschappelijke factoren die in een aantal grote aansprakelijkheidszaken, zoals de zaak over Vier Nigeriaanse Boeren & Milieudefensie vs. Shell, Kiobel vs. Shell en Trafigura, zijn te vinden. De zaken worden vaak aangebracht als onrechtmatige daad en zijn meestal gericht tegen een hoofdkantoor en een lokale dochteronderneming gezamenlijk. Cruciaal is vaak een rechter te vinden die rechtsmacht heeft om over de hele zaak te beslissen; rechtsmacht wordt meestal gebaseerd op de vestigingsplaats van het hoofdkantoor. Een andere moeilijkheid is welk recht moet worden toegepast. Het is in beginsel het recht van de plek waar de schade plaatsvond. Dat levert soms praktische problemen op, zoals

waar de benodigde expertise over het lokale recht gevonden kan worden. In deze zaken is verder cruciaal in welke mate het moederbedrijf een zorgplicht heeft jegens de eiser in het andere land dat eigenlijk alleen te maken heeft met een dochteronderneming. Het Hof Den Haag is de eerste rechter ooit die, in de Milieudefensie-zaak, het bestaan van aansprakelijkheid van het moederbedrijf in dat geval baseert op het bestaan van een zorgplicht.

In het Europese richtlijnvoorstel regelt artikel 22 de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van niet-naleving van due diligence-verplichtingen uit de Richtlijn. De due diligence-verplichting is een inspanningsverplichting om te kijken wat voor risico's er zijn en om daar wat tegen te doen. Dat is overigens niet hetzelfde als het type zorgplicht waar de meeste vorderingen tot nu toe op gebaseerd zijn. Een interessante vraag is dus hoe je van het nakomen van de due diligence-verplichting kan komen naar aansprakelijkheid voor schade die alsnog ontstaat. Het richtlijnvoorstel regelt verder dat als de schade buiten Europa plaatsvond toch de regels uit de richtlijn kunnen worden gebruikt en het dus niet nodig is om het lokale recht toe te passen.

Artikel 22 heeft betrekking op het eigen handelen van ondernemingen; het doorbreekt dus niet de aansprakelijkheidsverhoudingen. Dat handelen kan echter ook bestaan uit onvoldoende toezicht houden op, of ingrijpen in schadeveroorzakend handelen van bijvoorbeeld contractpartners. Die aansprakelijkheid is wel beperkt ten opzichte van aansprakelijkheid voor schade uit eigen handelen, en ziet alleen op vaste zakelijke relaties waar een onderneming contractueel afspraken mee kan maken. Het voorstel sluit aansprakelijkheid met betrekking tot het handelen van zakelijke relaties waar je maar een incidentele relatie mee hebt, uit. De richtlijn zegt niets over nationaal procesrecht, of over bewijs, financiering of rechtshulp. Het gaat over het creëren van een materieel aansprakelijkheidsregime.

Lucas Roorda noemt een aantal vragen die rijzen bij het Europese richtlijnvoorstel. De eerste vraag is of de zorgplicht vervangen gaat worden door de due diligence-inspanningsverplichting uit artikel 7/8 van de richtlijn. Is dit bedoeld om het uitputtend te gaan beheersen, of blijven bestaande, meer algemene zorgplichten nog gelden binnen de reikwijdte van de richtlijn?

De tweede vraag is wat te doen als je had kunnen weten dat de afspraken onvoldoende zijn en je onvoldoende hebt gemonitord hoe je contractpartners zich hebben gedragen. In welke mate moeten ondernemingen hun vaste contractpartners controleren en wie gaat na of dat voldoende gebeurt? Dat hangt ook samen met de vraag hoe het aansprakelijkheidsregime gebruik maakt van de bestaande publiekrechtelijke handhavingmogelijkheden. Mag de bestuursrechtelijke check van het due diligence-plan dat moet worden ingediend vrij gebruikt worden door private partijen, binnen het regime van artikel 22? In hoeverre kan je vragen stellen aan, of informatie opvragen bij een monitoring body, die je vervolgens in de procedure kunt gebruiken; wordt er informatie afgeschermd of gaan er vertrouwelijkheidskwesies spelen? En andersom, kan in het checken van due diligence-plannen ook worden meegenomen wat er in een (eerdere) aansprakelijkheidsprocedure naar boven komt?

Andere vragen spelen rond de praktische haalbaarheid van een claim op basis van artikel 22. De standaardvraag die in de huidige procespraktijk speelt is: Hoe ga je als slachtoffer van schade in een complexe bedrijfsketen een causale link leggen met niet naleven van een inspanningsverplichting door een moederbedrijf? Dat levert veel bewijsproblematiek op. Er zit tegelijk geen suggestie in om te werken met een bewijsvermoeden of de mogelijkheid om de bewijslast om te keren, wat wel te vinden is in richtlijnen over mededingingsrecht of artificial intelligence. Hoe worden de inspanningsverplichtingen verder beoordeeld door rechters en welk kader moeten ze aanhouden? Kijken ze naar de implementatiewetgeving, kijken ze naar de achtergrond van de richtlijn of wordt er ook gekeken naar de OESO-richtlijnen? Als de rechter moet bekijken wat de onderneming had moeten doen, wat is dan het relevante kader?

Het Europees Parlement stelt voor om de koppeling tussen de aansprakelijkheid (artikel 22) en de due diligence-verplichting (artikel 7/8) los te laten. Het komt erop neer dat het aansprakelijkheidsregime voor contractpartners helemaal wordt losgelaten, maar daarnaast wordt de aansprakelijkheid voor het handelen door dochterondernemingen versterkt. De aansprakelijkheid voor contractpartners valt dan terug op nationaal recht. Roorda ziet daar wel voordelen in omdat het aansprakelijkheidsregime voor incidentele relaties niet categorisch uitsluit.

Daarnaast wordt voorgesteld om minimumverjaringstermijnen op te nemen van minimaal 10 jaar en ook wordt de mogelijkheid voor het treffen van voorlopige voorzieningen opgenomen. Het Europees Parlement pleit ook voor het opnemen van bewijsvermoedens en pleit er eveneens voor dat het mogelijk wordt gemaakt om collectieve acties te beginnen of representatieve vorderingen in te dienen.

In het Nederlandse initiatiefvoorstel wordt geen nieuwe aansprakelijkheidsgrond toegevoegd, maar het initiatiefvoorstel zegt wel een paar dingen over hoe de verplichting zou moeten worden gelezen tegen de bestaande eisen van het Nederlandse procesrecht: bijvoorbeeld de nieuwe ontvankelijkheidsvereisten van artikel 3:305a BW. Ook voegt het voorstel wel bewijsvermoedens toe.

Lucas Roorda en Manon Wolfkamp gaan in op de vraag of er mogelijkheden zijn om lidstaten aansprakelijkheid te stellen voor het niet voldoende implementeren van de richtlijn. Roorda stelt eerst dat hij onvoldoende expertise op het gebied van Europees Recht heeft om in detail in te gaan op hoe de Commissie en het Hof dat hier zouden toetsen. Vanuit aansprakelijkheidsperspectief is het probleem vooral toerekening en causaal verband. Je kunt niet zo snel zeggen dat een staat voldoende effectieve controle heeft over een onderneming om direct het handelen van een onderneming toe te rekenen aan een staat. Daarnaast hoeft de schade niet automatisch te volgen uit het niet of anders implementeren van de richtlijn; wellicht heeft een staat andere middelen ingezet om de schade te voorkomen en is die toch ingetreden.

Een lastig punt aan human rights due diligence is dat het niet geschreven is als vervanging voor een 'traditionele' civielrechtelijke zorgplicht. Due diligence gaat over preventief handelen en over hoe richt je je onderneming in met de risico's voor het bedrijf zelf of voor derden. Als dat wordt omgezet naar een aansprakelijkheidsnorm dan moet ergens een grens worden getrokken, wanneer er al dan niet voldoende is gedaan.

De vraag wordt gesteld of waterschaarste door grondwateronttrekking ook onder due diligence voor milieu valt. In het richtlijnvoorstel valt het er niet onder, omdat het niet in de Annex is opgenomen. Water valt wel onder de Nederlandse initiatiefwet.

Keurmerken en certificering kunnen een belangrijke rol spelen in het doen van due diligence. Het geeft heel veel informatie als de audits goed worden uitgevoerd en onafhankelijk zijn over misstanden die er spelen en over mogelijke verbeterplannen. Maar het mag niet een soort aflaat worden voor bedrijven om op die manier te voldoen aan de due diligence-verplichting. In het Europese richtlijnvoorstel lijkt een keurmerk te worden gezien als een soort bewijs dat er due diligence is gedaan. Dat wordt vanuit de maatschappelijke organisaties als een stap te ver gezien. Vanuit het bedrijfsleven is het niet wenselijk dat er te veel verschillende regimes naast elkaar gelden die elkaar ook deels overlappen.

Het is de vraag of het Europese richtlijnvoorstel echt een stap vooruit is. Ten opzichte van de UNGP's bevat het richtlijnvoorstel nauwelijks bepalingen over mensenrechten en dat is een zorgelijke ontwikkeling. Het voorstel is meer gericht op interne sturing van het bedrijfsproces. Het is wenselijk om de rechthebbende meer centraal te stellen. Als het regime van het Europese richtlijnvoorstel de nieuwe norm wordt dan ondermijnt dat de OESO-richtlijnen. Dat is niet terecht want de OESO-richtlijnen en de UNGP's zijn destijds ook al ontwikkeld samen met bedrijven. Het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel sluit wel beter aan bij de OESO-richtlijnen.

De sprekers zijn erin geslaagd om de verschillende ontwikkelingen op het gebied van verantwoord ondernemen helder in kaart te brengen en kritisch te bezien. Het interactieve webinar werd door de deelnemers zeer informatief en nuttig gevonden. Wilt u de inleidingen en presentaties van de sprekers bekijken? U kunt het vinden op de website van de Vereniging voor Milieurecht via <https://www.milieurecht.nl/vmr-webinar-verantwoord-ondernemen-via-voorgestelde-europese-richtlijn>.

---

## Voetnoten

[1] Janneke Bazelmans is werkzaam bij Milieudedefensie en Natasja Teesing is werkzaam bij de Vereniging voor Milieurecht.

[2] Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937, COM/2022/71.

[3] Manon Wolfkamp is werkzaam bij het MVO Platform. Lucas Roorda is werkzaam als universitair docent bij Universiteit Utrecht.

[4] Wybe Douma is werkzaam bij EEL Consultancy & EU Legal - Centre for European and International Law.

[5] Te bekijken via: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

[6] Zie noot 2.

[7] Corporate Sustainability Reporting Directive, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022L2464>.

[8] Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het op de markt van de Unie aanbieden en de uitvoer uit de Unie van bepaalde grondstoffen en producten die met ontbossing en bosdegradatie verband houden, en tot intrekking van Verordening (EU) nr. 995/2010 COM/2021/706 final; Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake een verbod op met dwangarbeid vervaardigde producten op de markt van de Unie, COM/2022/453 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:52022PC0453>.

[9] [\*Kamerstukken II, 35761\*](#).