



Universiteit
Leiden
The Netherlands

In vergelijking gewogen: de CSDD en tweede generatie bindende ketenregelgeving

Oostrum, C.H.A. van

Citation

Oostrum, C. H. A. van. (2022). In vergelijking gewogen: de CSDD en tweede generatie bindende ketenregelgeving. *Onderneming En Financiering*, 30(2), 29-48.

doi:10.5553/OenF/157012472022030002004

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3513517>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

In vergelijking gewogen: de CSDD en tweede generatie bindende ketenregelgeving

C.H.A. van Oostrum

1 Inleiding

Het organiseren van productieprocessen in mondiale waardeketens is meer regel dan uitzondering.¹ Dit houdt in dat de activiteiten die nodig zijn voor het tot stand komen van een product of dienst worden opgeknipt en uitgevoerd in verschillende landen. Grondstoffen, onderdelen en halffabricaten passeren vele malen landsgrenzen voordat het samengestelde eindproduct wordt verzonden naar eindgebruikers wereldwijd. Made in Holland betekent feitelijk made in Italië, China en een reeks andere landen.

Het (economisch) succes van deze productiemethode staat buiten kijf. Circa 70% van de internationale handel vindt plaats in mondiale waardeketens.² De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) schat dat multinationale ondernemingen en hun ketens goed zijn voor 'half of global exports, almost one-third of world GDP and about one-fourth of employment'.³

Niettemin is er in toenemende mate aandacht voor de keerzijde van mondiale waardeketens.⁴ Sociale en ecologische misstanden in waardeketens halen met eni-

- 1 De begrippen waardeketen en productieketen, alsmede andere termen zoals toeleveringsketen of ondernemingsketen, hebben betrekking op de fragmentatie van productie. In dit licht zijn de begrippen uitwisselbaar. Tegelijkertijd hebben de begrippen een eigen onderscheidenlijke betekenis. De waardeketen ziet op een keten van ondernemingsactiviteiten die worden uitgevoerd om waarde van een product of dienst in de ogen van de koper te verhogen. Een productieketen gaat over het economische proces waarbij ruwe materialen en halffabricaten worden getransformeerd tot eindproducten. Voor de leesbaarheid wordt in dit artikel alleen het begrip waardeketen gebruikt. Voor dit begrip is gekozen omdat de term centraal staat in de CSDD. Zie art. 3 sub g CSDD. Voor een beschouwing over de respectieve begrippen zie T. Sturgeon, *How do we define value chains and production networks?*, IDS Bulletin (32) 2001, afl. 3, p. 9-18; G. Gereffi, *Global value chains in a post-Washington consensus world*, Review of International Political Economy (21) 2014, afl. 1, p. 9-37.
- 2 OECD, *Global value chains and trade*, www.oecd.org/trade/topics/global-value-chains-and-trade/ (geraadpleegd op 31 januari 2022). Vgl. UNCTAD, *World Investment Report, 2013*, unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf, xxii waarin wordt gesteld dat meer dan 80% van de wereldhandel in mondiale ketens plaatsvindt.
- 3 OECD, *Multinational enterprises in the global economy. Heavily debated but hardly measured*, 2018, www.oecd.org/industry/ind/MNEs-in-the-global-economy-policy-note.pdf (geraadpleegd op 28 januari 2022).
- 4 Ook de coronapandemie heeft de waardeketen (hoger) op de politieke agenda gezet. Tijdens de pandemie bleek de waardeketen kwetsbaar. Menig land kreeg te maken met een verstoring van de levering van belangrijke goederen zoals medicijnen en computerchips. Als gevolg hiervan is in het maatschappelijk debat gepleit voor nationalisatie en diversificatie van waardeketens.

ge regelmaat het nieuws.⁵ Gestuwd door een groeiend consumentenbewustzijn van deze negatieve sociale en milieueffecten heeft de private sector niet-bindende ketenregelgeving aangenomen voor het bevorderen van maatschappelijk verantwoord ondernemen in de waardeketen. Uit onderzoek blijkt echter dat de effectiviteit van niet-bindende regulering is achtergebleven bij de verwachtingen ervan.⁶ De roep van het maatschappelijk middenveld om effectievere regelgeving is vanaf 2010 door overheden beantwoord met bindende ketenregelgeving voor het bestrijden van misstanden tegen mens en milieu.⁷ Deze ‘eerste generatie’ bindende ketenregelgeving is vanaf 2010 hand over hand toegenomen. Zelfs in die mate dat in de literatuur wordt gesproken over een ‘Cambrian explosion’⁸ of over een ‘wave of regulation’.⁹

Tegelijkertijd wordt in de literatuur gewaarschuwd voor de beperkingen van deze eerste generatie bindende ketenregelgeving. Dikwijls zijn deze regelingen beperkt qua thematiek en reikwijdte en zijn de handhavingsinstrumenten zwak. Daarbij is de informatiepositie van stakeholders veelal suboptimaal en zijn er in het algemeen twijfels over de effectiviteit en doelmatigheid.¹⁰

In de literatuur wordt de overgang van niet-bindende naar bindende ketenregelgeving gezien als een waterscheiding.¹¹ Hoewel niet onjuist, belemmert deze zienswijze mogelijk het perspectief op de doorlopende ontwikkeling van bindende ketenregelgeving. In het bijzonder omdat ketenregelgeving(svoorstellen) van recente

- 5 Bijv. De EU wil met nieuwe wetgeving een eerlijke productieketen afdwingen, NRC 8 maart 2021; Er was druk voor nodig, maar ook Albert Heijn gaat nu vrouwenuitbuiting aanpakken, De Volkskrant 8 juli 2021; Dwangarbeid in Indiase spinnerijen werkt ook door in Nederlandse kledingbedrijven (serie Track & Trace), De Volkskrant 27 mei 2021; Waar goud is heerst terreur (serie Track & Trace), De Volkskrant 16 oktober 2021; Albert Heijn en Lidl stoppen met vlees uit Amazonegebied, Trouw 18 december 2021; De winnaars en verliezers van de jacht op de laagste prijs, De Volkskrant 31 december 2021; Onderzoek supermarkten: veel verborgen leed in tomatenteelt, AD 13 januari 2022; Waarom transparantie niet hét antwoord is op misstanden in de mode-industrie, De Correspondent 20 januari 2022.
- 6 R. Birkey e.a., Mandated social disclosure: An analysis of the response to the California Transparency in Supply Chains Act of 2010, *Journal of Business Ethics* 2016, p. 827-841, p. 835; D.G. Szabó, Mandatory corporate social responsibility reporting in the EU, Den Haag: Eleven International Publishing 2016, p. 145-146.
- 7 Bijv. California Transparency in Supply Chains Act 2010 (SB 657); Dodd-Frank Act (sectie 1502); UK Bribery Act 2010; British Modern Slavery Act 2015; Verordening (EU) 2017/821 tot vaststelling van verplichtingen voor importeurs van tin, tantaal en wolfram, de overeenkomstige erts, en goud uit conflict- en hoogrisicogebieden; Wet zorgplicht kinderarbeid; Besluit bekendmaking niet-financiële informatie; Australian Modern Slavery Act 2018.
- 8 O.E. Widerberg, P.H. Pattberg & L. Brouwer, Hybrid accountability in cooperative initiatives for global climate governance, in: S. Park & T. Kramarz (red.), *Global environmental governance and the accountability trap*, Cambridge: MIT Press 2019, p. 121-142.
- 9 J. Salminen & M. Rajavuori, Transnational sustainability laws and the regulation of global value chains: Comparison and a framework for analysis, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (26) 2019, afl. 5, p. 602-627, p. 605-606.
- 10 R. Mares, Corporate transparency laws: A hollow victory?, *Netherlands Quarterly of Human Rights* (36) 2018, afl. 3, p. 189-213, p. 196 e.v.; EC, Inception impact assessment. Revision of the Non-Financial Reporting Directive, Ref. Ares (2020)580716, 30 januari 2020.
- 11 S.R.N. Fernando & S.B. Garcia Nelen, Het Wetsvoorstel verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen, *Ondernemingsrecht* 2021/101, par. 1.

In vergelijking gewogen: de CSDD en tweede generatie bindende ketenregelgeving

datum anders van aard lijkt(t)(en) te zijn. Deze regelgeving heeft in verhouding tot oudere bindende ketenregelgeving meer aandacht voor de informatiepositie van stakeholders, bevat civielrechtelijke, bestuurs- en strafrechtelijke handhaving-instrumenten, vereist van ondernemingen een brede verplichte *sustainability due diligence* (gepaste zorgvuldigheid) en heeft complexere klacht- en herstelmechanismen. Het onderscheid met de eerdere bindende ketenregelgeving is in die mate opvallend dat gesproken kan worden van een 'tweede generatie' bindende ketenregelgeving.¹²

Voorbeelden van deze tweede generatie bindende ketenregelgeving zijn reeds van kracht in Frankrijk,¹³ Duitsland¹⁴ en Noorwegen.¹⁵ Andere Europese landen volgen op de voet met wetgevingsvoorstellen, waaronder Nederland.¹⁶ Ook de Europese Unie (EU) blijft niet achter. De Europese Commissie (hierna: Commissie) heeft onlangs het Richtlijnvoorstel Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (hierna: CSDD) aangeboden ter consultatie.¹⁷

Deze tweede generatie bindende ketenregelgeving heeft onderling overeenkomstige doelen, in die zin dat de regelingen betrekking hebben op het beschermen van mens en milieu in de waardeketen. De invulling en omvang van de verplichtingen die ervoor moeten zorgen dat het voornoemde wordt behaald, verschillen echter per regeling. De onderlinge verschillen zijn interessant omdat meerdere lidstaten verklaren dat hun specifieke ketenregelgeving een blauwdruk kan zijn voor een uiteindelijke Europese richtlijn. Een zekere regelconcurrentie tussen lidstaten lijkt gaande.¹⁸ In lijn hiermee is een doel van de CSDD het voorkomen van: '(...) fragmentation of due diligence requirements in the single market and create legal cer-

12 Overigens is de ontwikkeling naar tweede generatie bindende ketenregelgeving geen automatisme. In Zwitserland is op 29 november 2020 de Konzernverantwortungs-Initiative in een referendum verworpen. Deze ketenregelgeving kent een gepaste zorgvuldigheidsplicht met een brede materiele werking en introduceert een specifiek aansprakelijkheidsregime voor grote ondernemingen voor schade veroorzaakt door dochtervennootschappen. Zie art. 101a lid 2 sub c Konzernverantwortungs-Initiative. In plaats van het Konzernverantwortungs-Initiative is regelgeving aangenomen met minder vergaande verplichtingen voor ondernemingen, de Volksinitiative 'Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt'. Voor meer informatie zie N. Bueno & C. Kaufmann, *The Swiss human rights due diligence legislation: Between law and politics, Business and Human Rights Journal* 2021, afl. 6, p. 542-549.

13 *Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* (2017).

14 *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten* (2021) (hierna: LkSG).

15 *Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold/Act relating to enterprises' transparency and work on fundamental human rights and decent working conditions* (2021) (hierna: Transparency Act).

16 *Voorstel van wet houdende regels voor gepaste zorgvuldigheid in productieketens om schending van mensenrechten, arbeidsrechten en het milieu tegen te gaan bij het bedrijven van buitenlandse handel* (2021) (hierna: Wetsvoorstel).

17 *Richtlijnvoorstel Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*, 23 februari 2022.

18 Bijv. Federal Ministry for Economic Cooperation and Development, *Supply Chain Law FAQs*, www.bmz.de/resource/blob/60826/89631a44cf2ac8ca0d7dc45c6b0ed197/supply-chain-law-faqs, nr. 10 (geraadpleegd op 2 maart 2022); Kamerstukken II 2020/21, 35761, p. 4.

tainty for businesses and stakeholders as regards expected behaviour and liability'.¹⁹

In dit artikel wordt ingegaan op de CSDD in het algemeen en de gepaste zorgvuldigheidsplicht in het bijzonder. Deze bespreking vindt plaats tegen de achtergrond van een rechtsvergelijkende analyse van het ter zake relevante Noorse en Duitse recht en het Nederlandse wetsvoorstel.²⁰ Het artikel is als volgt opgebouwd. Paragraaf 2 introduceert de mondiale waardeketen. In paragraaf 3 wordt de CSDD kort uiteengezet. In paragraaf 4 volgt een nadere beschouwing van de CSDD indachtig de ketenregelgeving uit de voornoemde jurisdicties. In paragraaf 5 wordt het artikel afgesloten met slotbevindingen.

2 Achtergrond bij de waardeketen

In deze paragraaf wordt het concept mondiale waardeketen besproken en voorzien van context. Hierbij is aandacht voor technologische, organisatorische en juridische ontwikkelingen die relevant zijn geweest voor de opkomst van mondiale waardeketens. Kennis van deze ontwikkelingen is van belang voor een goed begrip van de (negatieve) impact die mondiale waardeketens (kunnen) hebben op duurzaamheidsaangelegenheden. Ook biedt de gepresenteerde beschouwing achtergrond bij de in dit artikel besproken tweede generatie bindende ketenregelgeving.

2.1 *Opkomst van de waardeketen*

Vanaf de tweede helft van de twintigste eeuw maakten technologische ontwikkelingen in communicatie en transport het mogelijk om productie te versnipperen in mondiale waardeketens. Ondernemingen konden het productieproces op afstand aansturen. Daarbij daalden de kosten van vervoer en communicatie in die mate dat het economisch rendabel werd om (een deel van) de productie te verplaatsen, bijvoorbeeld naar lagelonenlanden. Als de loonkosten in China namelijk lager zijn dan in Nederland en dit verschil is groter dan de kosten voor transport en communicatie tussen China en Nederland, dan is het economisch rendabel voor een Nederlandse onderneming om bepaalde productietaken uit te besteden aan China of bepaalde halfproducten uit China te importeren.²¹

Door de mogelijkheid om delen van het productieproces uit te besteden, kunnen ondernemingen zich concentreren op de onderdelen van de productie met een hoge toegevoegde waarde zoals productontwikkeling, marketing of intellectueel eigendomsrecht. Productieaspecten met lage toegevoegde waarde worden uitbesteed, zoals de assemblage of de productie van een halffabricaat. Het resultaat is een wereldwijd netwerk waarin verschillende actoren via contractuele relaties met elkaar zijn verweven om producten en diensten te produceren.²²

19 Toelichting, CSDD, p. 3.

20 Zie noot 14 t/m 16.

21 X. Ye, *A global value chain perspective on trade, employment, and growth* (diss. Groningen), Groningen: SOM research school 2017, p. 1.

22 Salminen & Rajavuori 2019, p. 607-608.

De opkomst van de waardeketen heeft geleid tot een opvallende tegenstelling. Enerzijds geven grote ondernemingen²³ door uitbesteding (delen van) de productie uit handen, terwijl anderzijds deze ondernemingen de behoefte hebben om geografisch en organisatorisch verspreide productie te beheersen. De behoefte tot het beheersen van de productie komt voort uit de noodzaak om de regelgeving voor de doelmarkt te garanderen, maar ook om het concurrentievermogen te borgen door ketenbreed in te zetten op productkwaliteit, kostenbeheersing en onderzoek en ontwikkeling. Daarnaast bestaat als gevolg van maatschappelijke druk een trend waarin het toenemend van belang is om zicht en controle te houden op duurzaamheidsaangelegenheden die relevant zijn bij het productieproces in de keten.²⁴

2.2 Externe kosten

Het succes van mondiale waardeketens gaat hand in hand met negatieve externaliteiten. Dit zijn gemaakte kosten of geleden schade die verband houden met economische activiteiten en niet zijn verdisconteerd in de marktprijs van een product, maar worden gedragen door derden.²⁵ De mondiale waardeketen lijkt bij uitstek geschikt om productiekosten te externaliseren en te verbergen. Dit komt mede door de juridische organisatie van de waardeketen. Ondernemingen organiseren de waardeketen door gebruik te maken van de mogelijkheden die het vennootschaps- en contractrecht hun bieden. Rechtspersoonlijkheid en de relativiteit van overeenkomsten leiden ertoe dat grote ondernemingen in beginsel niet zijn aan te spreken voor negatieve milieu- of sociale effecten veroorzaakt door ketenpartners. Transparantie en verantwoording over dergelijke negatieve effecten van productie worden hierdoor belemmerd.²⁶

Een tweede juridische factor die het externaliseren van negatieve kosten vergemakkelijkt, is de versnipperde mondiale rechtsorde waarin mondiale waardeketens zijn georganiseerd. Verschillen tussen jurisdicties kunnen leiden tot een *race to the bottom*, waarbij ondernemingsactiviteiten verschuiven naar jurisdicties met de laagste eisen aan zorg voor mens en milieu, bijvoorbeeld met betrekking tot werknemersveiligheid of loon. Daarbij komt dat in een jurisdictie afgekondigde regelgeving om misstanden in de waardeketen tegen te gaan, niet vanzelfsprekend

- 23 Dikwijls wordt in Engelstalige literatuur de term *lead firm* gebruikt als term voor de sturende onderneming in een keten. Een *lead firm* is de actor die het meest centraal is betrokken bij het beheersen van een product of dienst, bijv. door het bezitten van een merk en gerelateerde intellectuele eigendomsrechten of door beslissingen te nemen over hoe verschillende aspecten van de productie worden georganiseerd. In dit onderzoek wordt de term *lead firm* hertaald met de term 'grote onderneming'. Salminen & Rajavuori 2019, p. 608.
- 24 J. Salminen, From product liability to production liability: Modelling a response to the liability deficit of global value chains on historical transformations of production, *Competition & Change* (23) 2019, afl. 4, p. 420-438, p. 426.
- 25 European Environment Agency, EEA Glossary, zoek op: external cost, www.eea.europa.eu/help/glossary/eea-glossary (geraadpleegd op 15 maart 2022).
- 26 P. Dauvergne, Is the power of brand-focused activism rising? The case of tropical deforestation, *Journal of Environment & Development* (26) 2017, afl. 2, p. 135-155, p. 138; A. Schilling-Vacaflor & A. Lenschow, Hardening foreign corporate accountability through mandatory due diligence in the European Union? New trends and persisting challenges, *Regulation & Governance* 2021, p. 1-17, p. 3.

doorwerkt in een andere jurisdictie. Gewoonlijk is een dergelijke werking niet grensoverstijgend.²⁷

2.3 Juridische afstand

Het externaliseren van sociale en milieukosten gebeurt niet geografisch evenredig. Deze kosten komen met name voor rekening van de *global south*, terwijl de eindgebruikers van het geproduceerde afkomstig zijn uit de *global north*. Daarbij zullen niet zelden ook de winsten gegenereerd door ondernemingsactiviteiten in mondiale waardeketens toevallen aan aandeelhouders uit de *global north*.²⁸ Niettemin heeft ook de *global north* in toenemende mate te maken met negatieve externe kosten zoals luchtvervuiling, of ruim geformuleerd: de gevolgen van klimaatverandering. Tegelijkertijd, het verhalen van externe kosten blijkt met name lastig voor benadeelde partijen uit de *global south*.

De juridische (en ethische) afstand tussen enerzijds producenten en eindgebruikers en anderzijds partijen die schade lijden door de productieactiviteiten van een grote onderneming en haar directe en indirecte ketenpartners, blijkt dikwijls groot. Deze afstand kan vaak maar moeizaam, of helemaal niet, worden overbrugd door gebruik te maken van algemene verbintenisrechtelijke leerstukken. Voor benadeelden in de *global south* is het veelal juridisch bewerkelijk en praktisch zeer lastig om met succes hun schade te verhalen. Sprake is van een aansprakelijkheidsdeficit, dat voortkomt uit organisatorisch en geografisch gefragmentariseerde productie.²⁹ Ketenregelgeving probeert deze juridische afstand te verkleinen. In zekere zin valt de vergelijking te maken met het productaansprakelijkheidsrecht, waar gelijksoortige problematiek speelt. Productaansprakelijkheid stelt de eindgebruiker van een defect product in staat om verhaal te halen op de (buitenlandse) producent van het product, ook al heeft de eindgebruiker geen directe contractuele relatie met de (buitenlandse) producent. Vergelijkenderwijs is ketenregelgeving die een door de productie benadeelde partij de mogelijkheid biedt zich te verhalen op een (buitenlandse) producent, niets minder dan een vorm van *productieaansprakelijkheidsrecht*.³⁰

2.4 Ketengovernance

Ketenregelgeving probeert met een gepaste zorgvuldigheidsplicht een governance-model te bevorderen waarin de negatieve impact van ondernemingsactiviteiten in de keten wordt geïdentificeerd, voorkomen en beperkt, en geleden schade wordt hersteld. Deze regulering hanteert een mechanisme dat zich richt op grote ondernemingen die aan het hoofd staan van een waardeketen. Van deze ondernemingen wordt verwacht dat zij zich committeren aan sociale en milieunormen en deze nor-

27 Salminen 2019, p. 426; Salminen & Rajavuori 2019, p. 609; J. Salminen & M. Rajavuori, Global value chains as a legal concept, www.lpeproject.org/blog/global-value-chains-as-a-legal-concept (geraadpleegd op 28 januari 2022).

28 B. Goldstein & J.P. Newell, Why academics should study the supply chains of individual corporations, *Journal of Industrial Ecology* 2019, p. 1316-1327, p. 1316-1317.

29 L. Enneking, Aansprakelijkheid via 'foreign direct liability claims', *NJB* 2010/318, p. 404-405.

30 Salminen 2019.

men uitdragen en handhaven in hun waardeketens, bijvoorbeeld door dergelijke normen op te nemen in hun leverancierovereenkomsten en daarbij ook een recht op de monitoring ervan afspreken. Anders gesteld, het mechanisme in ketenregelgeving probeert de (veronderstelde) invloed die grote ondernemingen hebben op hun ketenpartners te mobiliseren om deze ketenpartners te bewegen tot (meer) maatschappelijk verantwoord ondernemen.³¹

Het vorenstaande mechanisme komt niettemin met bepaalde risico's. De grote onderneming kan, vanuit de behoefte om mogelijke aansprakelijkheid te beperken, ervoor kiezen om zakelijke banden te verbreken, in plaats van te proberen ketenpartners te bewegen tot duurzaam gedrag. Ook kan de grote onderneming door gebruik te maken van haar onderhandelingsmacht (compliance)kosten van verduurzaming verschuiven naar partners stroomopwaarts in de keten. Deze ketenpartners kunnen onder druk worden gezet om hun kosten te verlagen. In extreme gevallen kan dit leiden tot kinderarbeid, slavernij en milieuschade, juist hetgeen dat ketenregelgeving probeert te voorkomen. Tegen deze achtergrond zou ketenregelgeving moeten inzetten op een gelijke verdeling van de ter zake relevante kosten en baten, of de regelgeving zou een verplichting moeten bevatten om ketenpartners te ondersteunen met kennis en financiën om duurzame doelen te behalen.³² De inzet op de sturende invloed van grote ondernemingen roept ook de vraag op of deze ondernemingen altijd in staat zijn om het gedrag van hun ketenpartners effectief en op een wenselijke wijze te beïnvloeden. Het antwoord op deze vraag is ontkennend. Dit komt omdat waardeketens geen homogeen verschijnsel zijn, waarin altijd sprake is van een grote onderneming die disciplinerende invloed heeft op haar ketenpartners.

In de literatuur worden verschillende typen ketengovernance onderscheiden met verschillende niveaus van ketenintegratie en (contractuele) sturing door de grote onderneming. Het veelgebruikte model van Gereffi onderscheidt vijf governance-typen: *market governance*, *modular governance*, *relational governance*, *captive governance* en *hierarchy governance*.³³

Bij *market governance* is er in beperkte mate sprake van ketenintegratie en heeft de grote onderneming weinig invloed op ketenpartners. De relatie en het gedrag tussen ketenpartners worden bepaald door klassiek marktdenken. De onderneming richt zich uitsluitend op ketenpartners met wie zij een directe contractuele relatie heeft. Ketenpartners stroomopwaarts in de keten vallen buiten het blikveld van de grote onderneming. De ketenpartners moeten volgens contract leveren en de grote onderneming heeft verder dan haar tegenprestatie geen bemoeienis met haar contractuele wederpartijen. De beperkte ketenintegratie komt bijvoorbeeld

31 Mares 2018, p. 196 e.v.

32 S. Ponte, *Business, power and sustainability in a world of global value chains*, Londen: Bloomsbury Publishing 2019.

33 G. Gereffi, J. Humphrey & T. Sturgeon, *The governance of global value chains*, *Review of International Political Economy* (12) 2005, afl. 1, p. 78-104, p. 82-84.

tot uiting doordat de kosten om te wisselen van leverancier of afnemer voor partij- en laag zijn.³⁴

Aan de andere kant van het spectrum staat hierarchy governance. Bij deze vorm van ketengovernance beschouwt de grote onderneming de keten als één entiteit die wordt aangestuurd als een geheel, ondanks contractuele en vennootschapsrechtelijke grenzen. De onderlinge coördinatie in de keten en de disciplinerende invloed van de grote onderneming op ketenpartners zijn aanzienlijk. Er is sprake van verticale ketenintegratie in het beheersysteem van de grote onderneming.³⁵ Zonder verder diep in te gaan op de overige governancetypen uit het model van Gereffi, geeft dit model blijk van verschillende machtsverhoudingen tussen de grote onderneming en haar ketenpartners. Het model laat zien dat ketenpartners van een grote onderneming niet altijd weerloos zijn. In toenemende mate worden waardeketens opgezet waarbij sprake is van grote(re) directe en indirecte ketenpartners die goed zijn georganiseerd en strategische posities innemen in die waardeketens. In dit soort ketens verschuift de machtsverhouding van (vaak westerse) ondernemingen ten gunste van grote leveranciers in niet-westerse economieën zoals China, India, Brazilië of Turkije.³⁶

De effectiviteit van ketenregelgeving en gepaste zorgvuldigheidsprocedures hangt mede af van de mate waarin regelgeving flexibel genoeg is om met een variëteit aan typen ketens en ketenverhoudingen om te gaan, zonder te verzanden in abstracte en weinig specifieke regels waarbij ondernemingen worden gehouden aan vage normen. Dergelijke regelgeving levert rechtsonzekerheid op voor ondernemingen en voor benadeelden. Daarnaast vergroot (te) abstracte en vage normstelling het risico op *box ticking* en resulteert zij dikwijls in regelgeving met een beperkte effectiviteit.³⁷

3 De CSDD kort uiteengezet

De CSDD bouwt grotendeels voort op een deskundigenrapport over zorgvuldigheidseisen in de waardeketen en bestaande wetgeving uit EU-lidstaten.³⁸ Het doel van het richtlijnvoorstel van de Commissie is: '(...) to foster sustainable and responsible corporate behaviour and to anchor human rights and environmental considerations in companies' operations and corporate governance. The new rules will ensure that businesses address adverse impacts of their actions, including in their value chains inside and outside Europe.'³⁹

34 Gereffi, Humphrey & Sturgeon 2005, p. 86; Salminen 2019, p. 426 e.v.

35 Gereffi, Humphrey & Sturgeon 2005, p. 85-87.

36 Gereffi 2014, p. 15.

37 Birkey e.a. 2018, p. 835.

38 L. Smit e.a., Study on due diligence requirements through the supply chain. Final report, 2020. Vgl. Ernst & Young, Study on directors' duties and sustainable corporate governance. Final report, 2020.

39 Zie www.ec.europa.eu/info/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence_en (geraadpleegd op 19 maart 2022).

In vergelijking gewogen: de CSDD en tweede generatie bindende ketenregelgeving

3.1 *Reikwijdte*

De CSDD wordt van toepassing voor twee groepen vennootschappen: (groep 1) EU-vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, vijfhonderd of meer werknemers en een wereldwijde netto-omzet van € 150 miljoen of meer en (groep 2) EU-vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid die actief zijn in bepaalde (risico)sectoren, zoals de textiel-, landbouw- of mijnbouwsector, en die de voor groep 1 geldende drempelwaarden niet bereiken, maar niettemin meer dan 250 werknemers hebben en een wereldwijde netto-omzet van € 40 miljoen of meer. Daarnaast geldt de regelgeving voor ondernemingen van buiten de EU die in de EU actief zijn en een in de EU gegenereerde omzet hebben zoals die van groep 1 of groep 2.⁴⁰

3.2 *Gepaste zorgvuldigheid en emissiereductie plannen*

De CSDD vereist van grote ondernemingen dat zij gepaste zorgvuldigheid betrachten in hun waardeketen met betrekking tot mens en milieu. De CSDD sluit hiervoor aan bij de OESO-richtlijnen.⁴¹ Om te voldoen aan de passende zorgvuldigheidsplicht moeten ondernemingen deze plicht integreren in hun beleid (art. 5). Ook moeten ondernemingen in kaart brengen wat potentiële of feitelijke negatieve gevolgen zijn van ondernemingsactiviteiten voor mensenrechten en milieu (art. 6). Verder moeten potentiële effecten worden voorkomen of gemitigeerd en daadwerkelijke effecten worden beëindigd of tot een minimum worden beperkt (art. 7 en 8). Dit kan ertoe leiden dat ondernemingen samenwerkingsverbanden met ketenpartners moeten beëindigen, of aan benadeelden compensatie dienen te betalen ter beperking van nadelige effecten.⁴² Eveneens moeten ondernemingen een interne klachtenprocedure vaststellen en in stand houden (art. 9), de effectiviteit van het beleid en de maatregelen inzake passende zorgvuldigheid monitoren (art. 10) en publiekelijk communiceren over de betrachte passende zorgvuldigheid (art. 11).

De gepaste zorgvuldigheidsplicht uit de CSDD geldt voor de eigen activiteiten van de grote onderneming, maar ook voor die van dochtervennootschappen en voor waardeketenactiviteiten die worden uitgevoerd door entiteiten waarmee de onderneming een ‘established business relationship’ heeft. Er is sprake van een zakelijke relatie met degene met wie de onderneming een handelsovereenkomst heeft, of aan wie de onderneming financiering, verzekering of herverzekering verstrekt, of die zakelijke transacties verricht met betrekking tot producten of diensten van de onderneming of namens de onderneming. De zakelijke relatie is *established* als die relatie gezien de intensiteit of duur ervan naar verwachting bestendig is of wordt en geen verwaarloosbaar of slechts een bijkomstig onderdeel van de waardeketen vormt.⁴³

Naast de gepaste zorgvuldigheidsplicht bevat de CSDD een extra verplichting voor groep 1-ondernemingen. Deze ondernemingen moeten conform art. 15 CSDD een

40 Art. 2 CSDD.

41 Art. 4 en 5 t/m 11 CSDD.

42 Art. 8 lid 3 sub a CSDD.

43 Art. 3 sub e en f CSDD.

plan opstellen waarin staat hoe hun bedrijfsstrategie verenigbaar is met de beperking van de opwarming van de aarde tot 1,5 graden Celsius en in overeenstemming is met de Overeenkomst van Parijs. Verder moeten ondernemingen waarvan de activiteiten belangrijke risico's of gevolgen hebben voor klimaatverandering in dit voornoemde plan doelen stellen voor het reduceren van emissie.

3.3 Toezicht

Voor het handhaven van de gepaste zorgvuldigheidsplicht en de verplichting uit art. 15 CSDD worden lidstaten verplicht om conform art. 17 toezichthoudende autoriteiten aan te wijzen. Daarbij stellen lidstaten ingevolge art. 18 CSDD passende bevoegdheden en middelen vast van de toezichthoudende autoriteiten voor het uitvoeren van hun toezichthoudende en handhavende taken, met inbegrip van de mogelijkheid om sancties op te leggen in geval van een inbreuk op krachtens deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen (art. 20).

Toezichthoudende autoriteiten moeten tevens meldingen in ontvangst nemen over ondernemingen die zich niet houden aan de verplichtingen die voortvloeien uit de CSDD. Betreffende autoriteiten dienen deze meldingen op te volgen met onderzoek ter zake. Art. 19 CSDD stelt: '(...) natural and legal persons are entitled to submit substantiated concerns to any supervisory authority when they have reasons to believe, on the basis of objective circumstances, that a company is failing to comply with the national provisions adopted pursuant to this Directive.'

In art. 22 CSDD wordt bepaald dat de lidstaten regels moeten vaststellen voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de onderneming voor schade die voortvloeit uit het niet-nakomen van de gepaste zorgvuldigheidsverplichtingen uit art. 7 en 8 CSDD (het voorkomen of beperken van potentiële negatieve impact en het beëindigen of tot een minimum beperken van daadwerkelijke negatieve impact). In art. 22 lid 5 CSDD is bepaald dat de in dit artikel bedoelde aansprakelijkheid niet kan worden afgewezen op de enkele grond dat het toepasselijk recht ter zake van dergelijke vorderingen niet het recht van een lidstaat is.⁴⁴

Tegelijkertijd biedt art. 22 lid 2 CSDD een beperkte vorm van een *safe harbour*. In dit artikel wordt bepaald dat wanneer een onderneming actie heeft ondernomen in de zin van art. 7 en 8 CSDD, zij niet aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door nadelige effecten die het gevolg zijn van activiteiten van een indirecte ketenpartner met wie zij een gevestigde zakelijke relatie heeft, tenzij het naar de omstandigheden van het geval onredelijk was om te verwachten dat de daadwerkelijk genomen maatregelen afdoende zijn om de omvang van de nadelige effecten te voorkomen, te mitigeren, te beëindigen of tot een minimum te beperken.

Bij de beoordeling van het bestaan en de omvang van de aansprakelijkheid op grond van art. 22 CSDD wordt rekening gehouden met de inspanningen van de onderneming, voor zover deze rechtstreeks verband houden met de betreffende schade, om te voldoen aan de herstelmaatregelen die van haar worden verlangd door een toezichthoudende autoriteit, eventuele gedane investeringen en alle gerichte steun die wordt verleend overeenkomstig art. 7 en 8 CSDD, evenals elke sa-

⁴⁴ Zie ook het redactioneel van Welling-Steffens bij dit themanummer.

menwerking met andere entiteiten om negatieve effecten in haar waardeketens aan te pakken.

3.4 Bestuur

Opvallend is art. 25 CSDD, waaruit voortvloeit dat bestuurders bij het vervullen van hun plicht om zich te richten naar het belang van de vennootschap, rekening moeten houden met de gevolgen van hun beslissingen voor duurzaamheidsaangelegenheden zoals klimaatverandering of mensenrechten. Deze gevolgen moeten worden gezien op korte, middellange en lange termijn. Art. 25 CSDD bewerkstelligt een expliciete verruiming van het vennootschappelijk belang. Daarbij is de temporele horizon die in acht moet worden genomen bij het beoordelen van mogelijke gevolgen van een bestuursbesluit in potentie lastig. Hoe verder in de toekomst de mogelijke gevolgen van een beslissing moeten worden ingeschat, hoe onzekerder de inschatting. Wat dit precies betekent voor eventuele bestuurdersaansprakelijkheid is onduidelijk, maar het artikel lijkt in ieder geval het risico op bestuurdersaansprakelijkheid te vergroten.

Datzelfde kan worden gesteld voor art. 26 CSDD, waarin bestuurders de taak krijgen om zorg te dragen voor het opzetten van en het toezicht houden op de gepaste zorgvuldigheidsprocedures en -beleid uit art. 4 en 5 CSDD. Het formuleren van beleid ter zake moet gepaard gaan met inachtneming van relevante input van belanghebbenden en maatschappelijke organisaties. Dit betekent dat de onderneming ook stakeholderbeleid moet opstellen om de relevante input te verkrijgen. De CSDD geeft voor het opstellen van stakeholderbeleid echter weinig handvatten.⁴⁵

Art. 25 en 26 CSDD in samenhang met art. 19 CSDD lijken ook een mogelijkheid te openen om besluiten van het ondernemingsbestuur bij toezichthoudende autoriteiten in twijfel te trekken. Wanneer een beslissing van het bestuur zich niet lijkt te verhouden tot de Overeenkomst van Parijs, of andere duurzaamheidsaangelegenheden, dan staat de mogelijkheid open om de onderneming te onderwerpen aan een onderzoek van toezichthoudende autoriteiten. Een dergelijk onderzoek is voor een onderneming in de regel ongewenst en kan leiden tot reputatieschade. Art. 19 CSDD kan daarom worden gebruikt als drukmiddel en zal met de nodige waarborgen moeten worden omkleed om te voorkomen dat dit rechtsinstrument opportuun wordt ingezet.

3.5 Samenhang tussen EU-duurzaamheidsregelingen

De CSDD vertoont veel samenhang met andere EU-regelgeving, bijvoorbeeld met het richtlijnvoorstel inzake Corporate Sustainability Reporting (hierna: CSRD).⁴⁶ De CSRD herziene Richtlijn 2013/38/EU (Jaarrekeningrichtlijn) door het toepassingsgebied van de onder deze richtlijn vallende ondernemingen uit te breiden tot alle grote en alle beursgenoteerde ondernemingen, accountantscontrole te verei-

45 Vgl. C.H.A. van Oostrum, De transparantiekloof overbrugd. Over het concept 'transparantie' en de Aanzet BVm, RMThemis 2021, afl. 6, p. 220-229, p. 226-227 en 229.

46 Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting, COM(2021)189 final, Brussel, 21 april 2021.

sen voor de gerapporteerde informatie en de standaardisatie van gerapporteerde informatie te versterken door de Commissie te machtigen om normen voor duurzaamheidsverslaglegging vast te stellen.

De samenhang tussen de CSDD en de CSRD komt op drie manieren tot uiting. Ten eerste vereist een behoorlijke informatieverzameling voor rapportagedoeleinden in het kader van de CSRD het opzetten van processen die nauw verband houden met het identificeren van negatieve impact in overeenstemming met de gepaste zorgvuldigheidsplicht uit de CSDD. Ten tweede dekt de CSRD de rapportagefase (art. 11 CSDD) van de gepaste zorgvuldigheidsplicht voor ondernemingen die zowel onder de CSDD als onder de CSRD vallen. Tot slot, de CSDD en de CSRD stellen eisen aan ondernemingen inzake de verplichting om over een plan te beschikken waaruit blijkt hoe het bedrijfsmodel en de strategie verenigbaar zijn met de Overeenkomst van Parijs en de overgang naar een duurzame economie. Zoals beschreven verplicht de CSDD tot het opstellen van een dergelijk plan, de CSRD vereist om hierover te rapporteren.⁴⁷

De CSDD heeft ook samenhang met verordeningen afkomstig uit het actieplan Duurzame groei financieren,⁴⁸ zoals de Taxonomieverordening.⁴⁹ Deze verordening heeft tot doel om ecologisch duurzame economische activiteiten te definiëren en te categoriseren ter ondersteuning van duurzame investeringsbeslissingen en het tegengaan van greenwashing.⁵⁰ Een kenmerk van een ecologisch duurzame economische activiteit is dat deze activiteit voldoet aan de ondergrens voor sociale duurzaamheid. Deze ondergrens wordt gespecificeerd in art. 18 Taxonomieverordening, waarin wordt verwezen naar procedures die ondernemingen moeten implementeren om ervoor te zorgen dat hun activiteiten in overeenstemming zijn met internationale verdragen die gaan over mensen- en arbeidsrechten.⁵¹ De eisen die voortvloeien uit art. 18 Taxonomieverordening en uit de aldaar genoemde verdragen zorgen voor convergentie tussen de Taxonomieverordening en de CSDD. Sommige van de bedoelde verdragen verplichten ondernemingen bijvoorbeeld tot passende zorgvuldigheid, net zoals de CSDD dat van ondernemingen vereist.⁵²

Meer in het algemeen versterkt de CSDD de rapportageplichten uit de Taxonomieverordening, maar ook uit de CSRD en de huidige Jaarrekeningrichtlijn. Door ondernemingen te verplichten om de nadelige risico's van hun activiteiten en waardeketens te identificeren, kan de CSDD helpen bij het versterken van deze

47 Art. 1 CSRD (Ontwerp art. 19 bis lid 2 sub a onder iii Jaarrekeningrichtlijn).

48 Europese Commissie, Actieplan Duurzame groei financieren, COM(2018)97 final, Brussel, 8 maart 2018.

49 Verordening (EU) 2020/852 betreffende de totstandbrenging van een kader ter bevordering van duurzame beleggingen en tot wijziging van Verordening (EU) 2019/2088.

50 C.H.A. van Oostrum, Groene begripsverwarring: de Taxonomieverordening nader onderzocht, *Ondernemingsrecht* 2020/131, par. 1.

51 Te weten: de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen, de leidende beginselen van de VN inzake bedrijfsleven en mensenrechten, met inbegrip van de principes en rechten die worden beschreven in de acht fundamentele verdragen die in de verklaring van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) betreffende de fundamentele principes en rechten op het werk worden genoemd en in het Internationaal Statuut van de Rechten van de Mens.

52 Bijv. de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen.

In vergelijking gewogen: de CSDD en tweede generatie bindende ketenregelgeving

rapportageplichten. Op deze wijze wordt meer gedetailleerde informatie gegenereerd voor zowel investeerders als andere belanghebbenden. De CSDD moet ertoe leiden dat de rapportage van ondernemingen vollediger en effectiever wordt. Dit vergroot de effectiviteit van de genoemde Europese regelgeving, met als wenselijk effect effectievere verandering van ondernemingsgedrag ter bevordering van duurzaam ondernemen.⁵³

De invloed en synergie van de CSDD zijn ook merkbaar aanwezig bij andere verordeningen en richtlijnen, zoals de Conflictmineralenverordening.⁵⁴ Deze verordening vereist van EU-ondernemingen ervoor te zorgen dat tin, wolfram, tantaal en goud uit verantwoorde en conflictvrije bronnen worden geïmporteerd. Deze ondernemingen moeten ter zake gepaste zorgvuldigheid betrachten in hun waardeketens. De CSDD heeft betrekking op nadelige milieueffecten en zal van toepassing zijn op waardeketens voor mineralen die niet onder de conflictmineralenverordening vallen, maar waarvan de delving en verdere verwerking wel negatieve effecten kunnen hebben op mensenrechten, klimaat en milieu.⁵⁵

4 Een beschouwing van de CSDD

In deze paragraaf wordt de CSDD nader besproken tegen de achtergrond van recente ketenregelgeving(svoorstellen) uit Noorwegen, Duitsland en Nederland.⁵⁶

4.1 *Commentaar op het bereik*

Volgens de Commissie kwalificeren circa 9400 ondernemingen als groep 1-ondernemingen en 3400 ondernemingen als groep 2-ondernemingen en vallen derhalve onder het bereik van het richtlijnvoorstel. Het MKB zal niet onder de reikwijdte van de CSDD vallen. Dit is vanwege compliancekosten niet onbegrijpelijk. In totaal zal de CSDD op nog geen 1% van de Europese ondernemingen van toepassing zijn.⁵⁷

53 Toelichting, CSDD, p. 4-5.

54 Regulation (EU) 2017/821 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas (OJ L 130, 19 mei 2017, p. 1-20). Zie ook Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the making available on the Union market as well as export from the Union of certain commodities and products associated with deforestation and forest degradation and repealing Regulation (EU) No 995/2010 (COM(2021)706 final); Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning batteries and waste batteries, repealing Directive 2006/66/EC and amending Regulation (EU) No 2019/1020 (COM/2020/798 final); Directive 2009/125/EC of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009 establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-related products (OJ L 285, 31 oktober 2009, p. 10); Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on decent work worldwide for a global just transition and a sustainable recovery, COM(2022)66 final.

55 Toelichting CSDD, p. 6.

56 Zie noot 14 t/m 16.

57 Zie www.ec.europa.eu/info/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence_en (geraadpleegd op 20 maart 2022).

Belangenorganisaties hebben hun zorgen geuit over de ogenschijnlijk beperkte reikwijdte van de CSDD. Temeer omdat de kosten van inbreuken op zorg voor mens en milieu significant kunnen zijn. Ook vloeit uit internationale verdragen de notie voort dat alle ondernemingen een verantwoordelijkheid hebben voor het respecteren van mensenrechten en zorg voor het milieu. Dit geldt onverminderd ook voor het MKB.⁵⁸

Niettemin is de reikwijdte van de CSDD niet beperkter dan bij oudere regelgeving met een gepaste zorgvuldigheidsplicht inzake duurzaamheidsaangelegenheden. Denk bijvoorbeeld aan de reikwijdte voor de gepaste zorgvuldigheidsplicht uit het Besluit bekendmaking niet-financiële informatie. Deze regelgeving is alleen van toepassing op organisaties van openbaar belang (hierna: OOB) die tevens een groot rechtspersoon zijn.⁵⁹ Deze regeling heeft met voornoemde criteria een beperktere reikwijdte dan de CSDD.⁶⁰

De CSDD valt wat betreft reikwijdte wel uit de toon bij de Noorse ketenregelgeving. De Noorse wet is van toepassing op 'grotere' ondernemingen die in Noorwegen zijn gevestigd en goederen en diensten aanbieden in of buiten Noorwegen.⁶¹ Onder grotere ondernemingen wordt in de Noorse wet verstaan ondernemingen die op de datum van de jaarrekening voldoen aan twee van de volgende drie voorwaarden: (1) een omzet van NOK 70 miljoen, (2) een balanstotaal van NOK 35 miljoen en (3) een gemiddeld aantal van 50 voltijdswerknemers in het boekjaar.⁶²

Ook in vergelijking met het Nederlandse (initiatief)wetsvoorstel Verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen lijkt de CSDD beperkter qua reikwijdte. Het Nederlandse wetsvoorstel is van toepassing op een 'grote onderneming' die haar activiteiten verricht in een land buiten Nederland.⁶³ Een onderneming is groot wanneer de onderneming op de balansdatum de drempel overschrijdt van twee van de drie criteria: (1) 250 werknemers, (2) een balanstotaal van € 20 miljoen en (3) een netto-omzet van € 40 miljoen.⁶⁴

Het Nederlandse wetsvoorstel kent naast een gepaste zorgvuldigheidsplicht ook een algemene zorgplicht. Deze laatste kent een zeer ruim toepassingsbereik, namelijk iedere onderneming en dochteronderneming die handelt in het buitenland.⁶⁵ Voor het invullen van het begrip onderneming verwijst het wetsvoorstel naar art. 5

58 Vgl. OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen; art. 1.2 Wetsvoorstel.

59 Het Besluit bekendmaking niet-financiële informatie is van toepassing op een rechtspersoon als bedoeld in art. 2:398 lid 7 BW indien: het gemiddeld aantal werknemers van de rechtspersoon over het boekjaar meer dan 500 bedraagt en de rechtspersoon op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet heeft voldaan aan ten minste een van de vereisten, bedoeld in art. 2:397 lid 1 sub a en b BW.

60 Art. 1 lid 1 Besluit bekendmaking niet-financiële informatie. Dit zijn in Nederland circa 120 ondernemingen.

61 Art. 2 Transparency Act.

62 Art. 3 Transparency Act. Eén Noorse kroon is € 0,1054 (wisselkoers op 24 maart 2022).

63 Art. 2.1 Wetsvoorstel.

64 Art. 2.1 Wetsvoorstel.

65 Art. 1.1 sub e Wetsvoorstel.

In vergelijking gewogen: de CSDD en tweede generatie bindende ketenregelgeving

Handelsregisterwet 2007 alsmede ‘elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en wijze waarop zij wordt gefinancierd en met inbegrip van een dochteronderneming’.⁶⁶

Het verschil in reikwijdte tussen de CSDD en de Duitse LkSG is minder in het oog springend. De LkSG is van toepassing op ondernemingen met een hoofdzetel of hoofdkantoor in Duitsland wanneer zij ten minste 3000 werknemers in dienst hebben. Ook is de Duitse wet van toepassing op buitenlandse ondernemingen van dezelfde omvang met een filiaal in Duitsland. Per 1 januari 2024 wordt het betreffende aantal medewerkers verlaagd naar 1000. De wet is niet van toepassing op buitenlandse bedrijven zonder hoofdzetel of binnenlands filiaal in Duitsland, ook al leveren ze goederen en diensten op de Duitse markt.⁶⁷

• *Materiële reikwijdte gepaste zorgvuldigheidsplicht?*

De CSDD is verhoudingsgewijs niet beperkt met betrekking tot de materiële reikwijdte van de gepaste zorgvuldigheidsplicht. In de CSDD moeten ondernemingen gepaste zorgvuldigheid betrachten inzake mens én milieu. De Noorse en Duitse ketenregelgeving daarentegen leggen de nadruk op het identificeren en voorkomen van (risico op) mensenrechtenschendingen. In mindere mate is in deze wetten aandacht voor (risico op) milieuschade.

Concreet gesteld, de Noorse wet beperkt de gepaste zorgvuldigheidsplicht tot mensenrechten en fatsoenlijke arbeidsomstandigheden. Mensenrechten worden geïnterpreteerd in overeenstemming met internationale verdragen, zoals het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten.⁶⁸ Onder fatsoenlijke arbeidsomstandigheden wordt werk begrepen dat fundamentele mensenrechten, gezondheid, veiligheid en milieu waarborgt en een leefbaar loon biedt.⁶⁹ De Noorse wet vereist niet dat passende zorgvuldigheid ook rechtstreeks betrekking heeft op de milieueffecten van ondernemingsactiviteiten. Milieuschade is gedekt voor zover mensenrechten worden geschaad.

Ook in de Duitse wet ziet gepaste zorgvuldigheid hoofdzakelijk op mensenrechten.⁷⁰ Gepaste zorgvuldigheid voor milieu is beperkt tot risico's op overtreding van het Verdrag van Minamata inzake kwik, het Verdrag van Stockholm inzake persistente organische verontreinigende stoffen en het Verdrag van Bazel inzake de beheersing van de grensoverschrijdende overbrenging van gevaarlijke afvalstoffen en de verwijdering ervan. Deze verdragen hebben in essentie betrekking op het beschermen van de volksgezondheid. Naast deze verdragen worden, binnen de context van mensenrechten, de bodem, het water en de lucht beschermd tegen veront-

66 Art. 1.1 sub e Wetsvoorstel. De wet is ook van toepassing op ondernemingen die zijn gevestigd op de BES-eilanden en op buitenlandse ondernemingen die voldoen aan de criteria voor een grote onderneming en een activiteit in Nederland verrichten of een product op de Nederlandse markt afzetten. Art. 1.3 Wetsvoorstel.

67 Par. 1 LkSG. De wet treedt in werking vanaf 1 januari 2023 voor circa 900 bedrijven en voor circa 4800 bedrijven vanaf 1 januari 2024.

68 Art. 3 sub b Transparency Act.

69 Art. 3 sub c Transparency Act.

70 Par. 2 (2) LkSG.

reiniging die leidt tot inbreuken op rechten op voedsel, water, sanitaire voorzieningen en gezondheid.⁷¹

• *Bereik in de keten*

Wat betreft het bereik van het gepast zorgvuldigheidsonderzoek in de keten verschillen de Noorse wet en de CSDD van de LkSG. De plicht om gepast zorgvuldigheidsonderzoek uit te voeren, strekt zich in de Noorse wet, overeenkomstig de CSDD, uit tot de activiteiten van de onderneming, de waardeketen en de zakenpartners. Onder de waardeketen wordt verstaan elke partij in de keten van directe en indirecte leveranciers die goederen, diensten of andere input leveren of produceren en betrokken zijn bij de levering van diensten of de productie van goederen door een onderneming, van grondstof tot eindproduct.⁷² De Noorse wet verstaat onder zakelijke partners partijen die goederen of diensten rechtstreeks aan de onderneming leveren, maar die geen deel uitmaken van de waardeketen, zoals schoonmaakdiensten of marketing. De term zakelijke partners moet breed worden geïnterpreteerd en is niet beperkt tot bepaalde lagen of taken in de waardeketen.⁷³ De Duitse wet beperkt het bereik van de verplichte jaarlijkse risicoanalyses die ondernemingen uitvoeren tot de eigen bedrijfsvoering en de directe ketenpartners.⁷⁴ Indirecte ketenpartners hoeven alleen te worden onderzocht als de grote onderneming 'substantiëerde Kennntnis' verkrijgt die wijst op mogelijke schendingen van mensenrechten of milieuschade.⁷⁵ Bij de Duitse wet is geen sprake van een doorlopende en systematische risicoanalyse bij indirecte ketenpartners, maar van een analyse die op ad-hocbasis plaatsvindt.

Het belang van preventieve risicocontroles aan het begin van de waardeketen staat in de literatuur niet ter discussie en ook internationale verdragen zoals de OESO-richtlijnen en de United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights geven hier blijk van. Het is juist aan het begin van een waardeketen waar inbreuken op zorg voor mens en milieu het vaakst voorkomen. De Duitse wet lijkt daarom op dit punt tekort te schieten, zeker in verhouding tot de andere in dit artikel besproken regelgevingen.

4.2 *Commentaar op de informatieplichten*

De CSDD vereist, in overeenstemming met de OESO-richtlijnen, dat ondernemingen zich verantwoorden over de betrachte gepaste zorgvuldigheid. Ondernemingen moeten communiceren over de potentiële en daadwerkelijke nadelige effecten. Eveneens moet informatie worden verstrekt over (1) (te nemen) maatregelen waarmee de onderneming beoogt daadwerkelijke nadelige effecten te stoppen, en (2) de (verwachte) resultaten van deze maatregelen. Hierbij wordt opgemerkt dat

71 Par. 2 (3) LkSG.

72 Art. 3 sub d Transparency Act.

73 Art. 3 sub e Transparency Act; M. Krajewski, K. Tonstad & F. Wohltmann, Mandatory human rights due diligence in Germany and Norway: Stepping, or striding, in the same direction?, *Business and Human Rights Journal* 2021, afl. 6, p. 550-558, p. 556.

74 Par. 3 t/m 5 LkSG.

75 Par. 9 (3) LkSG.

In vergelijking gewogen: de CSDD en tweede generatie bindende ketenregelgeving

de CSDD niet sterk inzet op het afdwingen van betekenisvol stakeholdercontact tussen de onderneming en de belanghebbenden die zijn getroffen door de negatieve impact van het ondernemingsbeleid. De CSDD legt ondernemingen alleen op om in overleg te gaan met mogelijk getroffen groepen als dat relevant is. Duidelijke kaders ontbreken ter zake.⁷⁶

De CSDD complementeert art. 19a en 29a Jaarrekeningrichtlijn in de zin dat ondernemingen die niet op grond van deze artikelen moeten rapporteren over duurzaamheidsaangelegenheden, verslag op hun website moeten uitbrengen over de duurzaamheidsaangelegenheden die onder deze richtlijn vallen.⁷⁷ Dit betekent dat de plek waar duurzaamheidsinformatie kan worden gevonden, afhangt van de omvang van de onderneming. Ondernemingen die reeds onder de Jaarrekeningrichtlijn moeten rapporteren over duurzaamheidsaangelegenheden zullen dit in het bestuursverslag doen, al bestaat er nog de mogelijkheid om dit te doen in een apart duurzaamheidsverslag. Dit laatste zal na het in werking treden van de CSRD mogelijk veranderen. De CSRD wijst het bestuursverslag exclusief aan als plaats voor het ontsluiten van duurzaamheidsinformatie.⁷⁸

Uit de CSDD volgt dat kleinere ondernemingen duurzaamheidsinformatie moeten publiceren op hun ondernemingswebsite. Dit lijkt een betere plek om duurzaamheidsinformatie te rapporteren dan (alleen) in het bestuursverslag, omdat het maar de vraag is of consumenten, laat staan *right holders* uit de global south, het bestuursverslag weten te vinden.⁷⁹ In de regel zullen deze groepen gemakkelijker toegang hebben tot een ondernemingswebsite. In die zin zou het goed zijn als alle ondernemingen die verplichtingen hebben om over duurzaamheidsinformatie te rapporteren dit (ook) doen op hun ondernemingswebsite.⁸⁰

Zowel de Noorse als de Duitse wet bevatten (aanvullende) informatieplichten die mogelijk wenselijke toevoegingen zijn op de informatieplichten uit de CSDD. De Noorse wet bevat de mogelijkheid voor ieder persoon om een onderneming die valt onder het bereik van deze wet, te verzoeken informatie te verstrekken over hoe een onderneming omgaat met actuele en potentiële nadelige gevolgen in relatie tot de gepaste zorgvuldigheidsplicht. Dit betreft algemene informatie, evenals informatie met betrekking tot een specifiek product of dienst. De gedachte bij deze verzoekmogelijkheid is dat zij als verantwoordingsinstrument kan worden gebruikt door vakbonden en andere organisaties uit het maatschappelijk middenveld.⁸¹

In de Duitse wet strekt de informatieplicht zich ook uit tot het verschaffen van informatie over klachten die zijn binnengekomen bij de onderneming met betrekking tot zorg voor mens en milieu in de waardeketen. Eveneens wordt vereist dat ondernemingen uitleggen hoe zij de impact en effectiviteit beoordelen van geno-

76 Art. 6 lid 4, 7 lid 2 sub a en 8 lid 3 sub b CSDD.

77 Art. 11 CSDD; preambule, overweging 44 CSDD.

78 Art. 1 CSRD (Ontwerp art. 19 bis lid 1 Jaarrekeningrichtlijn).

79 Vgl. Kamerstukken II 2020/21, 35761, p. 58.

80 Vgl. par. 10 (2) LkSG, waarin wordt geëist dat de rapportage gratis en openbaar is te raadplegen op de ondernemingswebsite en beschikbaar moet blijven voor een periode van zeven jaar.

81 Art. 6 Transparency Act.

men maatregelen voor het voorkomen en beperken van duurzaamheidsrisico's en welke lessen de onderneming hieruit heeft geleerd voor toekomstige te nemen maatregelen.⁸² Met dit laatste is anders gesteld een feedbackloop gecreëerd ter zake van het nemen van maatregelen.

4.3 *Commentaar op de interne klachtenprocedure*

In art. 9 CSDD, dat gaat over de interne klachtenprocedure, wordt benadrukt dat een betrokkene die gebruikmaakt van een interne klachtenprocedure geen hinder mag ondervinden om (alsnog ook) de gang naar de rechter te maken. Verder moet een klager in staat worden gesteld om te verzoeken om opvolging van de klacht. Ook moet een klager de mogelijkheid krijgen om op een passend niveau vertegenwoordigers van de onderneming te spreken om mogelijke of daadwerkelijke ernstige nadelige gevolgen te bespreken die het onderwerp van de klacht zijn.⁸³

Het hebben van een interne klachtenprocedure kan in potentie misstanden in de waardeketen aan het licht brengen. Werknemers kunnen hierbij een belangrijke rol spelen. Niet zelden zullen zij in meer of mindere mate op de hoogte zijn van (risico's op) misstanden. Niettemin zullen werknemers van de onderneming of van de ketenpartners doorgaans alleen melding doen wanneer zij geen repercussies ondervinden als gevolg van het melden. Daarom is het relevant om de klachtenprocedure samen te laten oplopen met een goede klokkenluidersregeling. Een samengaan van een klachtenregeling en een expliciete klokkenluidersregeling ontbreekt thans in alle van de onderzochte regelingen en zou een goede aanvulling zijn op art. 9 CSDD.

4.4 *Commentaar op de civielrechtelijke aansprakelijkheid*

De civielrechtelijke aansprakelijkheid in de zin van art. 22 CSDD is specifiek gericht op verplichtingen en gerelateerde schade die verband houden met de passende zorgvuldigheidsplicht. Deze specifieke civielrechtelijke aansprakelijkheid valt op in vergelijking met de Noorse en Duitse wetten. Deze wetten voorzien ter zake namelijk niet in een specifieke civielrechtelijke aansprakelijkheid. Sterker nog, de Duitse wet stelt: 'Eine Verletzung der Pflichten aus diesem Gesetz begründet keine zivilrechtliche Haftung. Eine unabhängig von diesem Gesetz begründete zivilrechtliche Haftung bleibt unberührt.'⁸⁴

Aansprakelijkheidsclaims die verband houden met de passende zorgvuldigheidsplicht moeten met betrekking tot de Duitse wet worden gebaseerd op het algemeen aansprakelijkheidsrecht. Zaken worden dan beoordeeld op basis van het recht in het rechtsgebied waar de schade is opgetreden (*lex loci damni*).⁸⁵ Dat dit niet het geval is in de CSDD is een interessante ontwikkeling. Tegelijkertijd is er nog een (lange) weg te gaan voordat buitenlandse right holders redelijkerwijs in staat zijn om grote multinationals voor het gerecht te slepen.

82 Par. 10 (2) onder 3 en 4 LkSG.

83 Art. 9 CSDD; preambule, overweging 42 CSDD.

84 Par. 3 (3) LkSG.

85 Krajewski, Tonstad & Wohltmann 2021, p. 558.

Immers, het is voor eisers uit de global south een kostbare, of zelfs een onbetaalbare aangelegenheid om een zaak aanhangig te maken bij een rechtbank in de EU. Daarbij hebben (buitenlandse) eisers dikwijls te maken met bewijsproblemen om aan te tonen dat hun schade is veroorzaakt door het ondernemingsgedrag van de grote onderneming. De CSDD komt (buitenlandse) eisers hierin niet tegemoet met bijvoorbeeld een bepaling over het omdraaien van de bewijslast. Het zou in voorkomend geval dan aan ondernemingen zijn om in beginsel aan te tonen dat zij niets verkeerd hebben gedaan.⁸⁶ Niettemin kan de instelling van een toezichthoudende autoriteit in combinatie met het meldingsrecht uit art. 19 CSDD de feitelijke procespositie van benadeelden verbeteren, bijvoorbeeld doordat de autoriteit onderzoek doet naar de betreffende onderneming en de resultaten van dit onderzoek openbaar maakt of deelt met (buitenlandse) eisers.⁸⁷

5 Slotbevindingen

De publicatie van de CSDD is een belangrijke stap op weg naar het formeel vaststellen van de richtlijn. Thans gaat zowel het Europees Parlement als de Raad het richtlijnvoorstel bespreken en mogelijk herzien. Het ligt in de lijn der verwachting dat de CSDD onderwerp wordt van stevig (maatschappelijk) debat. Hoe de finale tekst ook uitvalt, de CSDD laat zien dat het reguleren van de waardeketen volop in ontwikkeling is. Dat geldt ook voor het EU-bouwwerk van duurzaamheidsregelgeving, waarbij de CSDD een belangrijke plaats inneemt.

De CSDD biedt slachtoffers van misstanden van ondernemingsactiviteiten meer handvatten om hun recht te halen. Niettemin blijft er voor benadeelden veel te wensen over, bijvoorbeeld inzake hun bewijspositie, die dikwijls problematisch is. Ook zouden de mogelijkheden voor belanghebbenden om aan ondernemingen informatie te vragen, steviger mogen worden verankerd in de CSDD. Eveneens zou het een aanbeveling zijn om de klachtenprocedure in de zin van art. 9 CSDD te versterken met een doorgvlochten klokkenluidersregeling. Medewerkers van ketenondernemingen die op de hoogte zijn van mogelijke misstanden durven die dikwijls niet aan te kaarten uit angst voor repercussies.

Hoe het ook zij, de CSDD is een mooi voorbeeld van regelinnovatie die nodig is om te komen tot een duurzame samenleving zoals geschetst in de European Green Deal.⁸⁸ Tegelijkertijd ziet de CSDD het bestaan van waardeketens als een gegeven. Dit vertroebelt mogelijk het denken over de wijze waarop goederen en diensten tot stand komen. Zodoende verdwijnt, door pogingen om het verantwoordingsdeficit in de waardeketen te beperken, in potentie een belangrijke vraag uit het zicht, namelijk de vraag in welke mate en onder welke omstandigheden mondiale waarde-

86 C.H.A. van Oostrum, annotatie bij Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132, JOR 2021/138 (Milieudefensie c.s./Shell), nr. 17-18.

87 M. Kawakami, Don't sweat the small stuff? The new proposal for the EU directive on corporate sustainability due diligence, Law Blogs Maastricht, www.maastrichtuniversity.nl/blog/2022/03/geraadpleegd op 17 maart 2022).

88 EC, The European Green Deal, COM(2019)640 final, Brussel, 11 december 2019.

C.H.A. van Oostrum

ketens wenselijk zijn. Het zou daarom goed zijn als we naast debat over de regulering van de waardeketen, ook debat voeren over het te reguleren object an sich.