

MAATSCHAPPELIJKE *DUE DILIGENCE* EN BESTUURDESAANSPRAKELIJKHEID: LEUKER KUNNEN WE HET NIET MAKEN, WEL DUIDELIJKER

Chris van Oostrum & Jessie Pool*

De Europese Commissie heeft in haar richtlijnvoorstel Corporate Sustainability Due Diligence bepalingen opgenomen die bestuurders verantwoordelijk maken voor duurzaamheidskwesties. Door weerstand tegen deze bepalingen is het de vraag of ze in de uiteindelijke richtlijn worden opgenomen, terwijl aannemelijk is dat de bepalingen een positief effect kunnen hebben op de duurzame prestaties van ondernemingen. Deze bijdrage gaat over hoe deze bepalingen zich verhouden tot het Nederlandse recht.

1 Inleiding

Ondernemingen rapporteren in toenemende mate over hun impact op duurzaamheidskwesties. Dit is een gevolg van Europese wet- en regelgeving die ondernemingen verplicht duurzaamheidsinformatie te openbaren.¹ Eén van de achterliggende doelen van deze regelgeving is ondernemingen te bewegen tot duurzamer ondernemingsgedrag. Rapportageverplichtingen alleen zijn mogelijk niet afdoende om dit doel te bereiken. Het kan aanvullend nuttig zijn om het bestuur expliciet verantwoordelijk te maken voor duurzaamheidskwesties.

De Europese Commissie (hierna: Commissie) heeft daarom in haar richtlijnvoorstel Corporate Sustainable Due Diligence (hierna: CSDDD of richtlijnvoorstel) bepalingen opgenomen over *sustainable corporate governance* die inwerken op de aansprakelijkheid van het bestuur met betrekking tot passende zorgvuldigheidsverplichtingen in de keten van de onderneming. De Commissie verwacht dat ondernemingen zo hun verplichtingen uit het richtlijnvoorstel beter zullen naleven.²

Deze insteek van de Commissie is niet overal met gejuich ontvangen. In de Europese Raad (hierna: de Raad) en ook in het Europees Parlement (hierna: Parlement) was kritiek op deze bepalingen omdat ze ingrijpen in de corporate-governance-

kaders van de lidstaten en het bestuur blootstellen aan mogelijke aansprakelijkheid voor de negatieve impact die een onderneming heeft op duurzaamheidskwesties.³ Het wetgevingstraject lijkt hierdoor allerm minst soepel te gaan verlopen. De verwachting is dat het harmoniseren van bestuurdersaansprakelijkheid voor duurzaamheidskwesties politiek niet haalbaar is.

De Europese Commissie heeft in de CSDDD bepalingen opgenomen over *sustainable corporate governance* die inwerken op de aansprakelijkheid van het bestuur met betrekking tot passende zorgvuldigheidsverplichtingen in de keten van de onderneming. Deze insteek van de Commissie is niet overal met gejuich ontvangen

* Mr.dr. C.H.A. van Oostrum is universitair docent ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden en Legal Counsel ESG bij een Nederlandse bank. Deze publicatie is geschreven op persoonlijke titel. E-mail: c.h.a.van.oostrum@law.leidenuniv.nl. Mr.dr. J.M.W. Pool is universitair docent ondernemings- en insolventierecht aan de Universiteit Leiden. E-mail: j.m.w.pool@law.leidenuniv.nl.

1 Denk o.a. aan de Corporate Sustainability Reporting Directive, de Sustainable Finance Disclosure Regulation, de Taxonomy Regulation of de EU Conflict Minerals Regulation.

2 Art. 25 CSDDD en art. 26 CSDDD.

3 Raad van de Europese Unie, 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 – Algemene oriëntatie, Brussel 30 november 2022; Europees Parlement, Amendementen van het Europees Parlement aangenomen op 1 juni 2023 op het 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)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)), Brussel, 1 juni 2023 (hierna: Europees Parlement 2023).

4 Europese Commissie, De Europese Green Deal, COM(2019)640 final, Brussel, 11 december 2019.



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

5 EY, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance: final report*, Brussel, juli 2020; L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain: final report*, Brussel, januari 2020. Met name het eerste onderzoek is sterk bekritiseerd. Voor meer informatie zie S. Garcia Nelen, 'The Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Background and Latest Developments', *Ondernemingsrecht* 2023/32.

6 Art. 4 CSDDD.

7 Art. 1 CSDDD. Het gaat blijkens het richtlijnvoorstel om activiteiten van dochterondernemingen en entiteiten waarmee de onderneming een gevestigde zakelijke relatie heeft. Onder 'gevestigde zakelijke relatie' wordt in art. 3 (f) CSDDD verstaan: een zakelijke relatie, direct of indirect, 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. De passende zorgvuldigheidsverplichtingen in de CSDDD leunen sterk op de *human rights due diligence* uit OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen, zie www.oesorichtlijnen.nl/documenten/publicatie/2014/12/8/oeso-richtlijnen-nederlandse-vertaling.

Indachtig dit voorgaande wordt in deze bijdrage de (achtergrond van de) CSDDD en in het bijzonder artikel 26 CSDDD besproken (par. 2). Vervolgens wordt ingegaan op (1) de mate waarin het Nederlandse recht mogelijkheden biedt om bestuurders aansprakelijk te stellen voor het niet naleven van passende zorgvuldigheidsverplichtingen en (2) hoe het introduceren van specifieke zorgvuldigheidsverplichtingen zich verhoudt tot het Nederlandse systeem van open normen (par. 3). Deze bijdrage wordt afgesloten met een slotbeschouwing waarin we betogen dat de bestaande regels weliswaar mogelijkheden kunnen bieden om bestuurders aansprakelijk te stellen, maar dat deze mogelijkheden wellicht onvoldoende zijn om bestuurders daadwerkelijk aan te moedigen zorgvuldig te handelen (par. 4).

2 Achtergrond CSDDD

In de Europese Green Deal heeft de Commissie beleidsinitiatieven uiteengezet voor een duurzame transitie naar een klimaatneutraal en inclusief Europa. De Europese Green Deal fungeert als kapstok voor duurzame regelgeving zoals de Corporate Sustainability Reporting Directive (hierna: CSRD) of de Taxonomieverordening.⁴

Een belangrijk onderdeel van de Europese Green Deal is het verweven van duurzaamheid in het bestuur en toezicht van ondernemingen. Om duurzaamheidskwesties beter en op een geharmoniseerde wijze te verankeren in het corporate governance-raamwerk van lidstaten heeft de

Commissie verschillende onderzoeken laten doen naar *sustainable corporate governance* en naar zorgvuldigheidseisen in de waardeketen.⁵ Mede naar aanleiding van deze onderzoeken is het richtlijnvoorstel Corporate Sustainable Due Diligence tot stand gekomen dat op 23 februari 2022 is gepubliceerd.

Het richtlijnvoorstel gaat over twee overkoepelende onderwerpen. Ten eerste worden passende zorgvuldigheidsverplichtingen (in het Engels: *due diligence*) in het leven geroepen die grote ondernemingen moeten naleven in hun ketens. Deze verplichtingen gaan over het identificeren, voorkomen, beperken of beëindigen van feitelijke en potentiële negatieve effecten van het handelen van grote ondernemingen op mens en milieu.⁶ Belangrijk hierbij is dat de passende zorgvuldigheidsverplichtingen zich ook uitstrekken tot de feitelijke en potentiële negatieve impact van de ketenpartners van deze grote ondernemingen.⁷

Ten tweede bestaat het richtlijnvoorstel uit bepalingen die inwerken op de (*sustainable*) *corporate governance* van lidstaten. De Commissie beoogt met deze bepalingen een betere naleving van de passende zorgvuldigheidsverplichtingen te bewerkstelligen. Een voorbeeld hiervan is artikel 26 CSDDD. Conform dit artikel is het bestuur van een onderneming verantwoordelijk voor het invoeren van en het toezicht houden op beleid en het nemen van maatregelen inzake passende zorgvuldigheid in de keten. Dit artikel ondersteunt zodoende artikel 5 CSDDD op grond waarvan ondernemingen pas-

sende zorgvuldigheid moeten integreren in hun beleid en dit beleid jaarlijks moeten actualiseren. De gedachte achter artikel 26 CSDDD is dat de *tone at the top* een belangrijke rol speelt bij de mate waarin een onderneming haar (duurzaamheids)verplichtingen naleeft. Daarbij is een bestuurder beter geëquipeerd om verplichtingen door te voeren dan medewerkers die lager staan in de hiërarchie.⁸

Een tweede voorbeeld betreft artikel 25 CSDDD, waarin de algemene zorgplicht van bestuurders om in het belang van de onderneming te handelen, wordt verbonden met de zorgvuldigheidsverplichtingen uit het richtlijnvoorstel. Bestuurders dienen rekening te houden met de gevolgen van hun beslissingen voor duurzaamheidsaspecten als bedoeld in Richtlijn 2013/34/EU, met inbegrip van en waar van toepassing mensenrechten, klimaatverandering en milieu.⁹

De verhouding tussen artikel 25 en 26 CSDDD is niet helemaal duidelijk. Uit de toelichting op artikel 25 CSDDD volgt dat het artikel ziet op het harmoniseren van de zorgplicht van bestuurders in relatie tot het invoeren van en het toezichthouden op passende zorgvuldigheidsprocedures. In deze zin lijkt het artikel overlap te vertonen met artikel 26 CSDDD. De tekst van artikel 25 CSDDD kan ook ruimer worden opgevat en erop zien dat '[...] bestuurders bij hun beslissingen systematisch rekening houden met duurzaamheidsaspecten'. Als het artikel op deze manier wordt opgevat, is het een expliciet uitvloeisel van de ambitie van de Commissie om (*sustainable*) *corporate governance* te harmoniseren.¹⁰

De Raad heeft op 1 december 2022 een akkoord gepubliceerd waarin zij haar onderhandelingspositie kenbaar maakt. Dit akkoord dient als basis voor de onderhandelingen met het Parlement en de Commissie over de finale tekst van de CSDDD. Uit het akkoord blijkt dat de Raad het richtlijnvoorstel van de Commissie sterk wijzigt, met name op het gebied van *sustainable corporate governance*. Artikelen 25 en 26 CSDDD zijn geschrapt in het akkoord. De gedachte is dat *corporate governance* tot het terrein van de lidstaten behoort en beide artikelen hierop te veel impact hebben, hetgeen onnodig zou zijn in een richtlijn over passende zorgvuldigheid.¹¹

De Raad heeft een akkoord gepubliceerd waarin zij haar onderhandelingspositie kenbaar maakt. Artikelen 25 en 26 CSDDD zijn geschrapt in het akkoord. In het voorstel van het Parlement is artikel 26 CSDDD weggestreept. Artikel 25 CSDDD is wel gehandhaafd

Ook het Parlement heeft een voorstel geschreven om haar onderhandelingspositie te bepalen. In dit voorstel van het Parlement is artikel 26 CSDDD

weggestreept.¹² Opgemerkt wordt dat artikel 25 CSDDD wel is gehandhaafd. Over het geheel gezien is het Parlement positiever over het voorstel van de Commissie dan de Raad en probeert het Parlement het commissievoorstel zelfs te versterken. Het Parlement ziet bijvoorbeeld graag dat de uiteindelijke richtlijn een stevig pakket aan sancties heeft. Het voorstel van het Parlement bevat daarom de mogelijkheid om ondernemingen een boete op te leggen van ten minste 5% van de netto wereldwijde omzet.¹³

Vanwege op onderdelen van het richtlijnvoorstel tegenovergestelde posities tussen de Raad en het Parlement is het de verwachting dat de inter-institutionele onderhandelingen de nodige tijd zullen beslaan. Niettemin is de kans klein dat artikel 26 CSDDD wordt opgenomen in de uiteindelijke tekst van de richtlijn. Door een aantal auteurs zal dit als een gemiste kans worden gezien, omdat de betrokkenheid van het bestuur cruciaal is voor het integreren van zorgvuldigheidsverplichtingen in het beleid en de strategie van de onderneming.¹⁴

De terughoudendheid met het introduceren van verplichtingen voor bestuurders is echter niet verrassend. Eenzelfde discussie hebben we gezien bij de totstandkoming van de Europese Herstructureringsrichtlijn,¹⁵ waarin ook met kritiek werd gereageerd op het voornemen om een verplichting voor bestuurders om maatregelen te nemen om insolventie te vermijden te introduceren. De verplichting was oorspronkelijk scherp en duidelijk geformuleerd, maar is door kritiek vanuit lidstaten en het Parlement afgezwakt tot een verplichting voor bestuurders om 'rekening te houden met de noodzaak om stappen te nemen om insolventie te voorkomen'.¹⁶ Eenzelfde discussie wordt momenteel gevoerd bij het voorstel voor een richtlijn betreffende harmonisatie van bepaalde delen van het insolventierecht,¹⁷ waarin een verplichting voor het bestuur om bij insolventie een insolventieprocedure te starten is opgenomen.¹⁸

Hoe het ook zij, het is van belang voor de effectiviteit van passende zorgvuldigheidsprocedures dat zij verankerd zijn in het beleid en de strategie van de onderneming. Hiervoor is betrokkenheid van het bestuur belangrijk. Een plicht hiertoe rustend op het bestuur is daarom niet vreemd en zou kunnen bijdragen aan het bereiken van de doelstellingen. Daarbij ligt een dergelijke plicht in het verlengde van hetgeen is bepaald in de recent in werking getreden CSRD.¹⁹ Afwezigheid op Europees niveau van een norm die bestuurlijke betrokkenheid beter garandeert, roept de vraag op of en zo ja, hoe, het Nederlandse recht hieraan invulling kan geven.

3 Het introduceren van specifieke zorgvuldigheidsverplichtingen in het Nederlandse recht

De verplichtingen van artikel 25 en 26 CSDDD introduceren kortgezegd een specifieke verplichting voor het bestuur om rekening te houden met duurzaamheidskwesties. Dergelijke specifieke regels kennen we in het Nederlandse recht niet. De normen voor het bestuur zijn in Nederland

8 Kamerstukken II 2022/23, 35761, nr. 10 (MvT), p. 75.

9 Preamble, overweging 63 CSDDD.

10 Preamble, overweging 63 CSDDD. M. Olaerts, 'Corporate Sustainability and the Duty of Care of Directors', *Ondernemingsrecht* 2023/38, par. 2.2; F. Agostini & M. Corgatelli, 'Article 25 of the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Enlightened Shareholder Value or Pluralist Approach?', *ECL* (19) 2022, afl. 4, p. 92-99, p. 97.

11 Raad van de Europese Unie, 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 – Algemene oriëntatie, Brussel 30 november 2022, p. 111.

12 Europees Parlement 2023, amendement 391 en 405.

13 Europees Parlement 2023, amendement 290.

14 A. Lafarre, 'Mandatory Corporate Sustainability Due Diligence in Europe: The Way Forward', *ECGI Blog* 12 april 2022, <https://www.ecgi.global/blog/mandatory-corporate-sustainability-due-diligence-europe-way-forward> (geraadpleegd d.d. 3 augustus 2023). Wij sluiten ons aan bij de stelling dat het een gemiste kans is.

15 Richtlijn (EU) 2019/1023 van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132.

16 Art. 19 (in het voorstel 18) herstructureringsrichtlijn. Zie uitgebreider: M.E.N. van Haren, 'The Restructuring Directive and Its Impact on Directors' Duties and Liabilities in the Netherlands, Germany, and the United Kingdom', in: J.L.L. Gant (red.), *Harmonisation of Insolvency and Restructuring Laws in the EU*, Nottingham: INSOL Europe 2020, p. 38-40.

17 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht, COM(2022) 702 final, 2022/0408(COD). Zie over de totstandkoming van het richtlijnvoorstel J.M.W. Pool, J.M.G.J. Boon & R.D. Vriesendorp, 'Harmonisation of European Insolvency Law: Operation Patchwork has Commenced, but Where Will it Take Us?', *Tvl* 2023/11, p. 70-76.

18 Zie bijvoorbeeld A. Karapetian & L. Lenarts, 'The Directors' Duty to File for Insolvency Proceedings in the European Commission's Proposal for Harmonising Insolvency Law: the Dutch Perspective', *Tvl* 2023/15.

19 Olaerts 2023; D. Hess, 'The Management and Oversight of Human Rights Due Diligence', *American Business Law Journal* (58) 2021, afl. 4, p. 751-798.

vrij algemeen geformuleerd: het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap en moet dat op een behoorlijke manier doen.²⁰ Onder besturen van de vennootschap valt onder meer de verantwoordelijk voor het beleid en de strategie, en bij de taakuitoefening moet het bestuur zich vooral richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.²¹ Ingevolge het stakeholdermodel moet het bestuur niet alleen rekening houden met de belangen van de aandeelhouders (kort gezegd: winst), maar ook met belangen van alle bij de onderneming betrokken stakeholders.²²

Het is niet ondenkbaar dat onder behoorlijk besturen ook valt het rekening houden met duurzaamheidskwesties (art. 25 CSDDD) en het betrachten van een passende zorgvuldigheid omtrent milieu- en mensenrechten (art. 26 CSDDD)

Het Nederlandse recht kenmerkt zich door een grote mate van beleidsvrijheid voor bestuurders. Het gedrag van bestuurders wordt daardoor niet vooraf via specifieke verplichtingen, maar achteraf, via het aansprakelijkheidsrecht, genormeerd. Bij de toetsing of een bestuurder aansprakelijk is, mag de rechter alle omstandigheden van het geval betrekken. De rechter kan bij het beoordelen van wat onder een behoorlijke taakuitoefening valt, aansluiten bij hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk is.²³ Het is daarom niet ondenkbaar dat onder behoorlijk besturen, zeker gezien de huidige maatschappelijke tendensen, ook valt het rekening houden met duurzaamheidskwesties (art. 25 CSDDD) en het betrachten van een passende zorgvuldigheid omtrent milieu- en mensenrechten (art. 26 CSDDD).²⁴ Het zou zomaar kunnen dat bij afwezigheid van door de wetgever geïntroduceerde regelingen om bestuurders specifiek verantwoordelijk te maken voor duurzaamheidskwesties, maatschappelijke organisaties het naleven van dit soort verplichtingen proberen af te dwingen met een gang naar de rechter. Enerzijds biedt de open norm 'behoorlijke taakuitoefening' dus ruimte om aan te sluiten bij de maatschappelijke context en zou kunnen worden geconcludeerd dat Nederlandse bestuurders via de verplichting om behoorlijk te besturen al rekening moeten houden met duurzaamheidskwesties, zonder dat daarvoor een wetswijziging noodzakelijk is.

Anderzijds betekent de flexibiliteit van de open norm en het ontbreken van specifieke zorgvuldigheidsnormen, dat niet geheel duidelijk is wat precies van bestuurders wordt verwacht.²⁵ Het ontbreken van specifieke normen heeft gevolgen voor de kans van slagen van een eventuele bestuurdersaansprakelijkheidsclaim. Zo lijkt het aannemelijk dat rechters terughoudend zullen zijn

in het toewijzen van aansprakelijkheidsclaims, bijvoorbeeld omdat bij een vage zorgvuldigheidsnorm problemen spelen bij de toerekenbaarheid, de schade en het causale verband.²⁶

Ervan uitgaande dat het aansprakelijkheidsrecht een belangrijke normerende werking heeft,²⁷ is het de vraag of het Nederlands wettelijk kader bestuurders wel voldoende aanmoedigt om rekening te houden met duurzaamheidskwesties. Gezien bovenstaande zou het dus juist wenselijk kunnen zijn om de verplichtingen voor bestuurders op het gebied van duurzaamheidskwesties verder te specificeren. Duidelijke regels kunnen bijdragen aan veranderingen in het gedrag van bestuurders.²⁸

Het introduceren van specifieke verplichtingen voor bestuurders is echter niet onomstreden. De reden daarachter is dat het reguleren van het gedrag van bestuurders strijdig is met het algemene uitgangspunt dat bestuurders voldoende risico's moeten kunnen nemen, zonder daarvoor te snel aansprakelijk te worden gesteld als die risico's onverhoopt verkeerd uitpakken. Er wordt aangenomen dat te veel regels voor bestuurders de drempel om bestuurders aan te spreken verlaagt. Een te lage drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid zou op zijn beurt zorgen voor 'bange bestuurders' die niet de noodzakelijke risico's durven nemen, hetgeen slecht zou zijn voor het ondernemersklimaat.²⁹ In deze lijn van denken heeft de SER negatief geadviseerd over het toepassen van persoonlijke aansprakelijkheid. Het zou voorzichtig gedrag in de hand werken 'daar waar internationaal MVO juist om moed en ambitie van bestuurders vraagt'.³⁰ Persoonlijke aansprakelijkheid zou mogelijk leiden tot het voortijdig terugtrekken uit hoogrisicosectoren, aldus de SER.

In de literatuur is niettemin debat over de 'bange-bestuurders-aanname'. Er worden vraagtekens geplaatst bij de mate waarin deze gedachte correct is, mede omdat empirische onderbouwing van die aanname ontbreekt.³¹ Daar komt bij dat het bange-bestuurders-argument vooral lijkt te zijn gericht op *onduidelijke* normen. De gedachte is dat onduidelijkheid over de geldende normen, risicomijdend gedrag in de hand werkt. Er lijkt consensus te bestaan over de onwenselijkheid van het koppelen van aansprakelijkheid aan een niet uitgewerkte en vage verplichting.³² Vage verplichtingen kunnen juist een oorzaak zijn van bange bestuurders.³³ Ook dit zou er juist voor pleiten om duidelijke normen voor bestuurders te introduceren.

Naast het bange-bestuurders-argument, wordt het introduceren van verplichtingen voor bestuurders ook onwenselijk geacht omdat het introduceren van *persoonlijke* verplichtingen voor bestuurders voor klimaat- en milieukwesties geen effectief beleidsinstrument zou zijn.³⁴ De Kluiver omschrijft dit als volgt:

'Aansprakelijkheid kan een nuttig instrument voor het bereiken van beleidsdoelen zijn als een of meer daders kunnen worden geïdentificeerd, die onrechtmatig handelen en het handelen leidt tot duidelijk bepaalde schade die in een causale relatie daarmee staat. Van dit alles is in het geval van klimaatverandering geen sprake'.³⁵

20 Art. 2:129/239 en 2:9 BW.

21 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (Cancun).

22 Zie bijvoorbeeld B.F. Assink, 'Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang', *WPNR* 2015, afl. 7048.

23 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

24 Zie bijvoorbeeld S.J. van Calker & J.P.M. Steenkamp, 'Het Shell-vonnis en bange bestuurders. Een verkenning naar bestuurdersaansprakelijkheid voor klimaatschade', *Ondernemingsrecht* 2022/31 en Olaerts 2023.

25 Als een van de nadelen van het stakeholdermodel wordt wel de onduidelijkheid genoemd, zie bijvoorbeeld: C.J.C. de Brauw, 'N.V.'s met een beursnotering buiten Nederland; een internationaal perspectief op het Nederlandse model', in: G. van Solinge e.a., *Nederland, het Delaware van Europa? Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op 20 en 21 november 2015* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 135), Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 4.7.

26 Van Calker & Steenkamp 2022, par. 4-6.

27 M.J. Kroeze, 'Bange bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2006/3, par. 3.

28 Zie ook Olaerts 2023, par. 3.1.

29 Kroeze 2006.

30 SER, *Effectieve Europese gepaste zorgvuldigheidswetgeving voor duurzame ketens* (Advies 21/11), Den Haag 2021, p. 13.

31 Zie bijvoorbeeld T.R. Bleeker, 'De angst voor bange bestuurders ontrafeld', *NJB* 2020/2300, W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, A. Karapetian, 'Bestuurdersaansprakelijkheid na Van de Riet/Hoffmann: over hoe het is, hoe het was en zou moeten zijn', *WPNR* 2015, afl. 7052 en G. van Dijk, 'Aansprakelijkheid en defensief gedrag: nuancering gewenst', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A. Verheij (red.), *Capita civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2013.

32 Zie bijvoorbeeld H.J. de Kluiver, 'Onderneming en duurzaamheid. Over ondernemen, mensenrechten, milieu en klimaat mede in Europees perspectief', *WPNR* 2023, afl. 7407, p. 299-318, par. 8.

33 Kroeze 2006, par. 8.3.

34 Zie bijvoorbeeld De Kluiver 2023, par. 6 en 8.

35 De Kluiver 2023, par. 6.

Deze argumentatie ziet op de hiervoor besproken problemen die kunnen spelen bij het aansprakelijk houden van bestuurders voor overtreding van vage zorgvuldigheidsnormen, waarbij geen duidelijkheid bestaat over de schade en het causale verband.³⁶ Hoewel wij deze praktische bezwaren erkennen, is dit onzes inziens geen reden om (bestuurders)aansprakelijkheid volledig af te doen als ineffectief beleidsinstrument. Deze problemen kunnen immers worden verholpen door te werken met wettelijke ficties voor berekening van schade en voor het causale verband zoals we die ook kennen in de faillissementsaansprakelijkheid uit artikel 2:138/248 BW. Gedacht kan worden aan het introduceren van vergelijkbare vermoedens voor het niet voldoen aan bepaalde zorgvuldigheidsverplichtingen, bijvoorbeeld het introduceren van een vermoeden dat sprake is van (kennelijk) onbehoorlijk bestuur als in het geheel geen voor de onderneming relevant duurzaamheidsbeleid is opgesteld. Het is overigens nog de vraag of een dergelijke constructie wenselijk en effectief is, maar deze gedachtegang laat zien dat de door De Kluiver genoemde bezwaren niet voldoende zijn om het (bestuurders)aansprakelijkheidsrecht als ineffectief beleidsmiddel af te doen.

Een duidelijke regeling waarin de expliciete verantwoordelijkheid voor het bestuur is geregeld is wenselijk. Leuker kunnen we het niet maken, wel duidelijker

4 Slotbeschouwing: beleidsvrijheid versus duidelijkheid

Het heeft er de schijn van dat artikel 26 CSDDD en wellicht ook artikel 25 CSDDD niet worden opgenomen in de uiteindelijke tekst van de CSDDD. De argumenten tegen het opnemen van specifieke zorgvuldigheidsverplichtingen lijken mede te zijn gebaseerd op het belang van voldoende beleidsvrijheid van bestuurders. In voorkomend geval mag worden geconcludeerd dat de belangenafweging tussen voldoende vrijheid voor bestuurders en het bereiken van

duurzaamheidsdoelen in ieder geval op Europees niveau politiek gevoelig ligt. Wat overblijft zijn de mogelijkheden die het nationale recht biedt om bestuurders verantwoordelijk(er) te maken voor het bevorderen van duurzaam ondernemingsgedrag. Het ligt echter niet in de rede dat bij het omzetten van de CSDDD naar Nederlands recht ter zake een verplichting voor bestuurders of bestuurdersaansprakelijkheid wordt geïntroduceerd.³⁷ Ook in Nederland wordt een specifieke zorgvuldigheidsverplichting immers niet onverdeeld positief ontvangen. Uit duurzame ketenregelgeving in naburige landen volgt thans eveneens niet dat bestuurders expliciet verantwoordelijk zijn voor de implementatie van passende zorgvuldigheidsmaatregelen en het integreren daarvan in het beleid en de strategie van de onderneming.³⁸

Bij afwezigheid van door de wetgever geïntroduceerde regelingen om bestuurders specifiek verantwoordelijk te maken voor duurzaamheidskwesties, resteert de mogelijkheid voor bijvoorbeeld maatschappelijke organisaties om dit te proberen te bewerkstelligen met een gang naar de rechter. Dit betekent dat bestuurders te maken kunnen krijgen met rechtszaken waarvan de afloop allerm minst duidelijk is. Deze onzekerheid is geen prettige gedachte voor bestuurders en zou risicomijdend gedrag in de hand kunnen werken. In die zin zou een duidelijke regeling waarin de duurzame plichten van bestuurders worden gesteld aanbevelingswaardig zijn. Dit heeft tot gevolg dat het duidelijker is wanneer een bestuurder aan zijn plichten heeft voldaan.

Bovendien is het einddoel van duurzame regelgeving, de bevordering van een duurzame samenleving, dermate belangrijk dat we ons moeten afvragen of we ons heilige huisjes kunnen veroorloven. Dit mede gelezen de veelvuldige rapporten over de beroerde staat van het klimaat en de biodiversiteit en ook over verontrustende sociale en governancekwesties in de keten. Tegen deze achtergrond is een goede naleving van de CSDDD wellicht niet te veel gevraagd. Deze naleving en de inspanning van ondernemingen hierop lijkt toch te verbeteren naar mate duurzame (keten)verplichtingen op een grotere betrokkenheid van het bestuur mogen rekenen. Daarom is een duidelijke regeling waarin de expliciete verantwoordelijkheid voor het bestuur is geregeld wenselijk. Leuker kunnen we het niet maken, wel duidelijker.

³⁶ Van Calster & Steenkamp 2022, par. 4-6.

³⁷ Kamerbrief over versnelling Raadsontderhandelingen Europese IMVO-wetgeving, d.d. 22 november 2022, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-de1aa029dc4029b4b0ef0f2747db5c88fd56e16d/pdf> (geraadpleegd op 3 augustus 2023); Kamerbrief over uitkomst van de onderhandelingen in de Raad over het EU-voorstel IMVO, d.d. 16 december 2022, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-80de07d1ec5f3174be06f8e48a9f9d6e9e22c21/pdf> (geraadpleegd op 3 augustus 2023); Kamerbrief over verslag Raad voor Concurrentievermogen 1 en 2 december 2022, d.d. 21 december 2022, p. 3, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-d68e0202c2d79322afb210db86c7d1438ca01ea/pdf> (geraadpleegd op 3 augustus 2023).

³⁸ Frankrijk: Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre; Duitsland: Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten; Noorwegen: Lov om virksomhetes åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold.