



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Gepaste zorgvuldigheid: van vrijblijvendheid naar plicht

Erkens, M.Y.H.G.; Thiel, D.P.L. van

Citation

Erkens, M. Y. H. G., & Thiel, D. P. L. van. (2024). Gepaste zorgvuldigheid: van vrijblijvendheid naar plicht. *Tijdschrift Recht En Arbeid*, 2024(6/7), 3-9. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4209602>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4209602>

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

Gepaste zorgvuldigheid: van vrijblijvendheid naar plicht

TRA 2024/56

De aanpak van schendingen van mensenrechten en milieurechten in mondiale waardeketens is via soft law een aantal decennia beproefd. De resultaten waren echter mager. Recentelijk heeft de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CS3D) het licht gezien. De CS3D verplicht grote ondernemingen human rights and environmental due diligence uit te voeren voor hun eigen operaties alsmede die van hun waardeketen. In dit artikel zetten we uiteen wat due diligence is en welke verplichtingen de CS3D voor ondernemingen gaat opleveren. We richten ons daarbij voornamelijk op de fundamentele arbeidsrechten en sluiten af met enige bespiegelingen over de punten waar het schuurt.

1. Inleiding

Recentelijk zijn de Europese Commissie, de Europese Raad en het Europese Parlement na uiterst moeizame onderhandelingen tot een akkoord gekomen ten aanzien van de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (hierna CS3D). Hoewel er eind december 2023 al een akkoord was gesloten in de zogenoemde triloog,² en de verwachting was dat de Richtlijn in januari 2024 zou worden aangenomen, stuitte de richtlijn op het laatste moment op hevig verzet van met name Duitsland, Frankrijk en Italië wegens zorgen over overregulering in Europa.³ Na 45 dagen van intensieve onderhandelingen, is er toch nog een meerderheid gevonden binnen de Europese Raad voor een akkoord over een ingrijpend gewijzigde versie. De verwachting is dat de richtlijn op 23 mei aanstaande ook de finale politieke goedkeuring krijgt van de EU-ministers in de Raad Concurrentievermogen.

De CS3D verplicht grote ondernemingen *human rights and environmental due diligence* (gepaste zorgvuldigheid in

goed Nederlands), – hierna HREDD – uit te voeren voor hun eigen operaties alsmede die van hun waardeketen.⁴ Dit betekent dat ondernemingen die straks binnen de reikwijdte van de richtlijn vallen, voor de Nederlandse rechter aansprakelijk kunnen worden gesteld voor schendingen van de fundamentele (arbeids)rechten in hun waardeketens in het buitenland, indien deze schendingen voorkomen hadden kunnen worden als de onderneming HREDD correct had toegepast. In dit artikel zetten we uiteen wat due diligence is en welke verplichtingen de CS3D voor ondernemingen gaat opleveren. We richten ons voornamelijk op de fundamentele arbeidsrechten zoals die in 1998 door de ILO zijn aangewezen en in 2022 zijn aangevuld.⁵ We sluiten af met enige bespiegelingen over de punten waar het schuurt.

2. Achtergrond

De aanpak van schendingen van mensenrechten en milieurechten in mondiale waardeketens wordt al sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw in de VN, OESO en ILO besproken en is via soft law een aantal decennia beproefd. De resultaten waren echter mager, zie daarvoor bijvoorbeeld de evaluatie door het Koninklijk Instituut voor de Tropen (KIT) van de IMVO Convenanten.⁶ Dat er bindende regelgeving moest komen, werd meer en meer duidelijk. Dat ondernemingen een zekere maatschappelijke verantwoordelijkheid hebben en zich op die grond moeten inspannen om meer maatschappelijk verantwoord te ondernemen, wordt ook in steeds bredere kring aanvaard. De Friedman-doctrine heeft plaatsgemaakt voor een multistakeholder-model.⁷ Steeds vaker wordt binnen het ondernemingsrecht gewezen op het feit dat tegenover het 'voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid' – dat er in bestaat dat de kapitaalvennootschap zelf jegens derden aansprakelijk is, maar haar bestuurders in be-

¹ Yvonne Erkens is universitair hoofddocent bij de afdeling Sociaal Recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Daan van Thiel was via het Ministerie van Buitenlandse Zaken gedetacheerd bij de Europese Commissie en is momenteel buitenpromovendus aan de Universiteit Leiden. De tekst van dit artikel is afgesloten op 7 mei 2024. Dit artikel gaat uit van de door het Europees Parlement op 24/4/2024 aangenomen tekst.

² De triloog is een informele tripartiete onderhandeling tussen vertegenwoordigers van het Europese Parlement, de Europese Raad en de Europese Commissie over een wetsvoorstel. Het doel is om op een informele manier tot een compromistekst te komen. De vertegenwoordigers houden hun 'achterban' op de hoogte van de voortgang en conclusies, en geven intern hun goed- of afkeuring. De compromistekst moet vervolgens nog formeel worden goedgekeurd door het Europese Parlement en de Europese Raad. Bij dit laatste punt liep het t.a.v. de CS3D onverwachts anders.

³ <https://nos.nl/artikel/2510764-europese-wet-die-grote-bedrijven-verplichtingen-oplegt-gesneuveld>.

⁴ Het begrip waardeketen wordt in de CS3D niet uitgelegd. 'Waardeketen' is een economisch begrip. Waardeketens omvatten de directe toeleveranciers en de directe afnemers van een onderneming (zie bijvoorbeeld 'Nederland en internationale waardeketens, CBS 2014'). Wat in een specifieke context onder waardeketen wordt verstaan, hangt af van de gehanteerde definitie. Zie verder paragraaf 4.2.

⁵ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716594.pdf, zie ook <https://www.ilo.org/declaration/lang--en/index.htm> (laatst geraadpleegd 5 april 2024).

⁶ KIT, Evaluation of the Dutch RBC Agreements, Are voluntary multi stakeholder approaches in responsible business conduct effective?, <https://www.kit.nl/wp-content/uploads/2020/07/KIT-2020-Evaluation-of-RBC-agreements-FINAL.pdf>. Ook P. F. van der Heijden, 'Oostenwind, of: van zacht recht naar harde handhaving', *Ondernemingsrecht* 2021/2, afl. 1, blz. 3-6.

⁷ O.R.J.C. Freens & H. Koster, 'Enkele bespiegelingen over (juridische) regulering en instrumenten om maatschappelijk verantwoord ondernemen na te streven', *Onderneming en Financiering* 2018 (26), 2, blz. 42; Peter T. Muchlinski, *Advanced introduction to business and human rights*, Edward Elgar Publishing 2022, hoofdstuk 2.

ginsel niet – ook de verplichting ontstaat om schadelijke gevolgen voor betrokken derden en het milieu te beperken.⁸

De erkenning dat ondernemingen verplichtingen hebben jegens mens en maatschappij, is voor een groot deel toe te schrijven aan John Ruggie, de Harvard hoogleraar die door VN-baas Kofi Annan aangesteld was als speciaal gezant op het gebied van ‘business and human rights’. John Ruggie wordt gezien als de geestelijke vader van het *Protect, Respect, and Remedy Framework* en van de praktische uitwerking van dit raamwerk, de *United Nations Guiding Principles* (UNGPs), dat in 2011 unaniem is aangenomen door de VN Mensenrechtenraad.

Samengevat komt het Ruggie framework neer op: (i) de verplichting voor staten om bescherming te bieden tegen schendingen van mensenrechten door derden, (ii) de verantwoordelijkheid van ondernemingen om mensenrechten te respecteren, ook als overheden dit nalaten en (iii) effectieve remedie te bieden in het geval van schendingen van mensenrechten. De UNGPs werken de drie pijlers uit in 31 principes, voorzien van commentaar.

3. Human rights due diligence

HRDD is het door ondernemingen in kaart brengen en aanpakken van risico's van mensenrechtenschendingen in hun waardeketen. Waar moeten we HRDD tegen de hiervoor geschetste achtergrond plaatsen?

Principe vijftien van de eerder geïntroduceerde UNGP's luidt als volgt:

“In order to meet their responsibility to respect human rights, business enterprises should have in place policies and processes appropriate to their size and circumstances, including:

- (a) A policy commitment to meet their responsibility to respect human rights;
- (b) A human rights due diligence process to identify, prevent, mitigate and account for how they address their impacts on human rights;
- (c) Processes to enable the remediation of any adverse human rights impacts they cause or to which they contribute.”⁹

Het commentaar op het vijftiende principe voegt daar aan toe: ‘Business enterprises need to know and show that they respect human rights. They cannot do so unless they have certain policies and processes in place.’¹⁰

Hier wordt het meer algemeen geformuleerde Ruggie-framework dus concreet uitgewerkt met HRDD als een middel voor ondernemingen om te weten en te tonen (know and show) dat zij hun verantwoordelijkheid nemen met betrekking tot mensenrechtenschendingen.

Het navolgen van de UNGP's is vrijwillig; naleving kan dus niet juridisch worden afgedwongen. Toch hebben de principes zoals geformuleerd in de UNGP's hun weg gevonden naar diverse soft-law-regelkaders op het gebied van business and human rights.¹¹ De voor ondernemingen belangrijkste zijn de OESO-richtlijnen. Deze hebben HRDD bovendien verder ontwikkeld en aangevuld met *governance* en milieu aspecten. Vandaar dat er inmiddels steeds vaker over HREDD wordt gesproken: human rights and *environmental* due diligence.

Zoals hiervoor al gezegd: de introductie van het Ruggie-framework, de concretisering daarvan in 31 leidende beginselen en de incorporatie van die principes in andere regelkaders zoals de OESO-richtlijnen heeft in onvoldoende mate tot resultaat geleid. Dit heeft het Europese Parlement ertoe gebracht om in 2021 de Commissie op te roepen om ondernemingen via Europese regels te verplichten HREDD uit te voeren.¹² Nadat de Commissie op 23 februari 2022 een wetsvoorstel had ingediend, is na jaren onderhandelen uiteindelijk op 24 april 2024 de CS3D officieel door de EU aangenomen.

4. De Corporate Sustainability Due Diligence Richtlijn

4.1 Inleiding

Het doel van de richtlijn is met name te verzekeren dat ondernemingen die actief zijn op de Europese markt bijdragen aan duurzame economische en maatschappelijke ontwikkelingen. De richtlijn stelt regels vast die ondernemingen verplicht daadwerkelijke en potentiële negatieve gevolgen voor mensen- en milieurechten met betrekking tot de eigen activiteiten van een onderneming en die van hun dochterondernemingen, alsmede de activiteiten die door hun zakenpartners worden uitgevoerd, in de keten van activiteiten van de onderneming te identificeren en waar nodig te voorkomen, te beperken en te herstellen.¹³

In de richtlijn wordt een koppeling gemaakt met de hiervoor geïntroduceerde UNGP's en OESO-richtlijnen.¹⁴ Deze bestaande soft-law-kaders en de nieuwe verplichtingen

⁸ A.J.F. Lafarre & G.J.H. van der Sangen, ‘Passende zorgvuldigheid in internationale handelsketens, Een rechtseconomische reflectie op de voorgestelde Corporate Sustainability Due Diligence-richtlijn’, *NtER* 2022, 9/10, blz. 234-243.

⁹ https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf, laatst geraadpleegd 5 april 2024.

¹⁰ https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf, laatst geraadpleegd 5 april 2024.

¹¹ P. F. van der Heijden, D. van Thiel & Y. Erkens, ‘Transnationaal arbeidsrecht, Naar een nieuwe kijk op landsgrensoverschrijdend arbeidsrecht: een netwerk van arbeidsrechtelijke regelsystemen’, *NJB* 2023/31, blz. 2629 e.v.

¹² European Parliament resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/2129(INL)), P9_TA(2021)0073, beschikbaar via: [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2020/2129\(INL\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2020/2129(INL)).

¹³ Overweging 16 en art. 1 CS3D.

¹⁴ Overwegingen 5 en 6 CS3D.

scheppende richtlijn kunnen dus niet los worden gezien van elkaar. Daarnaast is de CS3D een *lex generalis* die ruimte laat voor andere wetgevingshandelingen van de Unie.¹⁵ Denk daarbij bijvoorbeeld aan de Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), een richtlijn die bedrijven vanaf 2024 verplicht te rapporteren over hun impact op de mens en het klimaat.¹⁶

4.2 Reikwijdte

De richtlijn wordt gefaseerd ingevoerd en moet in nationaal recht worden omgezet.

Vanaf 2027 dienen (a) EU-ondernemingen met meer dan 5000 werknemers en een wereldwijde omzet van meer dan EUR 1,5 miljard en (b) niet-EU-ondernemingen met een netto-omzet van 1,5 miljard in de EU aan de regels te voldoen.¹⁷ Vanaf 2028 gelden de regels voor (a) EU-ondernemingen met meer dan 3000 werknemers en een wereldwijde omzet van meer dan EUR 900 miljoen en (b) niet-EU-ondernemingen met een netto-omzet van meer dan EUR 900 miljoen in de EU.

Vanaf 2029 geldt uiteindelijk de richtlijn voor (a) alle EU-ondernemingen met meer dan 1000 werknemers en (b) een wereldwijde omzet van meer dan EUR 450 miljoen en niet-EU-ondernemingen met een netto-omzet van meer dan EUR 450 miljoen in de EU.¹⁸

Voor de ondernemingen die onder de richtlijn zullen vallen, is vervolgens van belang voor welke activiteiten in de waardeketen due-diligence-verplichtingen gelden, welke standaarden hiervoor leidend zijn en hoever de verantwoordelijkheid van ondernemingen voor eventuele schendingen of het risico van schending gaat.

Voor de vraag welke standaarden leidend zijn, kan worden verwezen naar de annex van de CS3D. Voor wat betreft arbeidsrechten wordt hier onder meer verwezen naar de fundamentele arbeidsnormen van de ILO, hetgeen wil zeggen het verbod op kinderarbeid, discriminatie en dwangarbeid en het recht van vakbondsvrijheid, inclusief het recht tot staken. Wat opvalt, is dat de sinds 2022 geldende fundamentele ILO-conventies over veiligheid en gezondheid op het werk niet in de Annex worden genoemd, omdat deze nog niet door alle EU-lidstaten (waaronder Nederland) zijn geratificeerd. Overweging 32 voorziet erin dat de Commissie door middel van een zogeheten 'delegated act' de Annex te zijner tijd kan aanpassen en de fundamentele ILO-conventies 155

en 187 kan toevoegen zodra deze door alle EU-lidstaten zijn geratificeerd. Naast de fundamentele arbeidsnormen, wordt er in de Annex en o.a. overweging 46 ook verwezen naar bijvoorbeeld het recht op leefbaar loon/inkomen.

De definitie van het begrip waardeketen is cruciaal, omdat daarmee de omvang van de verantwoordelijkheid van ondernemingen wordt bepaald. Tijdens de onderhandelingen spitste de discussie zich toe op de vraag of naast de verantwoordelijkheid voor leveranciers ('upstream') ook verantwoordelijkheid bestaat voor afnemers ('downstream').¹⁹ In de Overwegingen bij de CS3D wordt in dat kader opgemerkt dat negatieve gevolgen ten aanzien van mensenrechten, – arbeidsrechten – en milieurechten niet alleen plaatsvinden in activiteiten van de onderneming zelf, maar ook in die van dochterondernemingen en zakenpartners in de *chain of activities* van het bedrijf. Cruciaal is dus wat onder *chain of activities* (hierna keten van activiteiten) wordt verstaan.

Daaronder vallen activiteiten van *upstream*-zakenpartners waar het gaat om de productie van goederen of het leveren van diensten aan de onderneming. Denk hier aan onder meer de winning van grondstoffen en het verbouwen van producten. Ook sommige *downstream*-activiteiten vallen onder de definitie. Denk hier aan transport, opslag of distributie van producten. Hierdoor kan de CS3D ook gevolgen hebben voor ondernemingen die toeleverancier of afnemer zijn van ondernemingen die onder de CS3D vallen. Opmerkelijk is dat de definitie van *downstream*-activiteiten onder de CS3D beperkter is dan die in de OESO-richtlijnen en de UNGP's. Zo is bijvoorbeeld in de CS3D voor de diensten en de financiële sector een uitzondering gemaakt. Het *downstream*-gedeelte van deze ondernemingen valt niet onder de CS3D.²⁰

4.3 Uitwerking HREDD

Art. 5 CS3D zet de zes stappen van HREDD uiteen die een onderneming dient te zetten: (i) het integreren van HREDD in de bedrijfsvoering en (risico)managementsystemen van de onderneming, (ii) de identificatie en beoordeling van daadwerkelijke of potentiële negatieve gevolgen veroorzaakt door de activiteiten van de onderneming zelf of in haar waardeketen, (iii) het beëindigen, voorkomen en beperken van deze potentiële negatieve gevolgen en het minimaliseren van de omvang ervan, (iv) het monitoren van de effectiviteit van het HREDD-beleid en de in dit kader genomen maatregelen, (v) het publiekelijk communiceren over HREDD, en (vi) het nemen van herstelmaatregelen. Deze

¹⁵ Art. 1(3) CS3D.

¹⁶ Zie hierover onder meer C. de Groot, H. Koster & C. van Oostrum, 'Corporate Sustainability Reporting Directive: naar herziening van de Europese duurzaamheidsverslaggeving', *Maandblad voor accountancy en bedrijfs-economie* 96 (3-4) (2022): blz. 61-73.

¹⁷ Om de omzet van niet-EU-ondernemingen te berekenen, wordt in overwegingen 30 verwezen naar de methodes in Richtlijn 2013/34. Aangezien het aantal werknemers wordt gedefinieerd door EU-recht en dit niet eenvoudig toepasbaar is buiten de EU is het werknemersvereiste voor niet-EU-ondernemingen losgelaten.

¹⁸ Art. 2 en 37 CS3D.

¹⁹ Zie voor deze discussie onder meer 'Updated OECD Guidelines reconfirm downstream application of due diligence', <https://oecdwatch.org/updated-oecd-guidelines-reconfirm-downstream-application-of-due-diligence/#::-:text=As%20OECD%20Watch%20explained%20in,the%20recent%20update%20of%20the%20en%20A%20little%20downstream%20goes%20a%20long%20way%20>, <https://somo.nl/a-little-downstream-goes-a-long-way/>.

²⁰ Art. 3(g) CS3D en Overweging 25.

stappen worden verder uitgewerkt in de artikelen 7-16 CS3D. We gaan ze in het navolgende een voor een langs.

- (i) *Het integreren van HREDD in de bedrijfsvoering en (risico-)managementsystemen van de onderneming*
- Als eerste stap legt art. 7 CS3D uit dat om het HREDD-beleid effectief te integreren in alle relevante ondernemingsbeleidslijnen en (risico)managementsystemen, een HREDD-beleid moet worden ontwikkeld in overleg met werknemers en hun vertegenwoordigers (bijvoorbeeld de vakbonden). Dit beleid omvat allereerst een beschrijving van de ondernemingsactiviteiten en de aanpak van HREDD op de korte en lange termijn. Ten tweede dient de onderneming een gedragscode op te stellen waarin regels en principes worden beschreven die moeten worden nageleefd in de onderneming, haar dochterondernemingen en de directe of indirecte zakenpartners van de onderneming. Ten derde moet een onderneming de processen omschrijven die zijn ingevoerd om HREDD te integreren en te implementeren in het beleid, inclusief de maatregelen die zijn genomen om de naleving van de gedragscode te verifiëren en om de toepassing ervan uit te breiden naar zakenpartners.²¹ Ondernemingen moeten hun HREDD-beleid onmiddellijk bijwerken zodra zich een significante verandering heeft voorgedaan, of in ieder geval elke 24 maanden.²²

- (ii) *De identificatie, beoordeling en prioritering van daadwerkelijke of potentiële negatieve gevolgen veroorzaakt door de activiteiten van de onderneming zelf of in haar waardeketen*

Uit artikelen 8 en 9 CS3D volgt de tweede stap: de identificatie, beoordeling en prioritering van daadwerkelijke en potentiële negatieve gevolgen die voortvloeien uit: (i) de eigen activiteiten van een onderneming of (ii) die van haar dochterondernemingen en (iii), indien gerelateerd aan de keten van activiteiten, die van de zakenpartners. Hiervoor dient de onderneming allereerst alle ondernemingsactiviteiten in kaart te brengen, inclusief die van haar dochterondernemingen en die van haar zakenpartners, voor zover deze laatste onder de keten van activiteiten van de onderneming vallen. Deze activiteit, die wordt aangeduid als 'mapping', moet de onderneming een algemeen beeld geven van daadwerkelijke of potentiële negatieve gevolgen die worden veroorzaakt door de activiteiten van de onderneming of haar waardeketen.²³ Lidstaten moeten ondernemingen voor dergelijke mapping voorzien van relevante informatie en middelen.²⁴

Uit de mapping-lijst volgen daadwerkelijke of potentiële negatieve gevolgen voor mens en natuur. Omdat het voor ondernemingen ondoenlijk zou zijn om al deze gevolgen tegelijkertijd aan te pakken, is onder 4.2 de vraag opgeworpen

hoever de verantwoordelijkheid van ondernemingen voor eventuele schendingen of de kans daarop gaat. Het antwoord dat de CS3D op die vraag geeft, is dat een onderneming de negatieve gevolgen moet *prioriteren*. Door middel van een grondige risicobeoordeling kan de onderneming bepalen welke gevolgen het ernstigst en het meest waarschijnlijk zijn (het zgn. *severity & likelihood* criterium).²⁵

De OESO-richtlijnen geven ondernemingen een handreiking voor de invulling van de begrippen *severity* (ernst) & *likelihood* (waarschijnlijkheid). Om de ernst van (mogelijke) gevolgen te bepalen spelen *aard*, *aantal* en *oplosbaarheid* van het negatieve gevolg een rol. Denk bij aard aan het soort schending – bijvoorbeeld kinderarbeid –, bij aantal aan de frequentie waarmee een schending voorkomt (30 of 3000 keer?). Oplosbaarheid ziet op de vraag of het gemakkelijk of juist complex is een negatief gevolg te voorkomen of op te lossen.

Bij waarschijnlijkheid speelt een rol wie het negatieve gevolg ondergaat (kwetsbare groepen zoals kinderen of getrainde professionals), de context (gebeurt het in Nederland of in Bangladesh), de ondernemingsactiviteit (gaat het om aardbeien plukken of werken met zware machines), de zakelijke relatie en de mitigerende maatregelen die zijn genomen.

Van de onderneming wordt verwacht dat zij de ernstigste en meest waarschijnlijke gevolgen het eerst aanpakt. Wanneer dat binnen een redelijke termijn overeenkomstig artikel 10 of 11 CS3D is gebeurd, zal de onderneming de minder ernstige en minder waarschijnlijke negatieve gevolgen dienen aan te pakken.²⁶

- (iii) *Het beëindigen, voorkomen en beperken van deze potentiële negatieve gevolgen*

In de artikelen 10 en 11 CS3D is vastgelegd welke maatregelen een onderneming moet treffen om mogelijke negatieve gevolgen te beëindigen, te voorkomen of te beperken. Ook hier speelt op de achtergrond de vraag naar de mate van verantwoordelijkheid (zie paragraaf 4.2). Om te bepalen welke maatregelen passend zijn, moet rekening worden gehouden met de volgende voorwaarden:

- (i) of het potentiële of daadwerkelijke negatieve gevolg alleen door de onderneming wordt veroorzaakt; gezamenlijk door de onderneming en haar dochteronderneming of zakenpartner; of alleen door de zakenpartner van de onderneming in de keten van activiteiten;
- (ii) of het potentiële of daadwerkelijke negatieve gevolg zich voordoet in de activiteiten van de dochteronderneming, directe zakenpartner of indirecte zakenpartner;
- (iii) het vermogen van de onderneming om invloed uit te oefenen op de zakenpartner die de potentiële negatieve impact veroorzaakt of mede veroorzaakt.

²¹ Art. 7(2) CS3D.

²² Art. 7(3) CS3D.

²³ Art. 8(2)(a) CS3D.

²⁴ Art. 8(3) CS3D.

²⁵ Art. 8(2)(b) en 9(2) CS3D.

²⁶ Art. 9(3) CS3D.

Deze voorwaarden moeten leiden tot inzicht in de mate van betrokkenheid van de onderneming. Afhankelijk van de vraag of de onderneming de negatieve impact veroorzaakt, dan wel daaraan enkel bijdraagt, en in het laatste geval, welke mate van invloed of 'leverage' de onderneming redelijkerwijs kan uitoefenen op de directe of indirecte zakenpartner, is beslissend voor de vraag welke maatregel passend wordt geacht om de negatieve gevolgen te beëindigen, te voorkomen of te beperken.²⁷

Artikelen 10(2) en 11(3) CS3D sommen vervolgens verschillende maatregelen op die passend worden geacht om negatieve gevolgen te voorkomen of, als die gevolgen al zijn ingetreden en niet direct kunnen worden beëindigd, te beperken:

- (iv) Om een negatief gevolg te voorkomen, kan de onderneming een preventie-actieplan ontwikkelen. Dit plan moet een redelijk en duidelijk tijdschema bevatten van de te nemen maatregelen, inclusief indicatoren voor monitoring en verbetering, met betrekking tot zowel de eigen activiteiten als die van de keten van activiteiten. Het actieplan kan worden ontwikkeld in samenwerking met de sector, of met zogenoemde multistakeholder-initiatieven.²⁸
- (v) Het opstellen van contractuele garanties met directe zakenpartners om naleving van de gedragscode of het preventieactieplan van een onderneming te garanderen.²⁹ Deze contractuele garanties moeten worden geflankeerd door verificatie van de kant van derden, en de kosten van deze verificatie komen voor rekening van de betrokken onderneming.³⁰ De Europese Commissie zal in dit kader richtlijnen opstellen voor modelcontractbepalingen.³¹
- (vi) Financiële of niet-financiële investeringen, in bijvoorbeeld faciliteiten, productie of andere bedrijfsprocessen en infrastructuur.³²
- (vii) Noodzakelijke aanpassingen aan het eigen ondernemingsplan, algemene strategieën en activiteiten van de onderneming, denk bijvoorbeeld aan negatieve gevolgen van het opleggen van te strakke deadlines aan derden die indirect bijdragen aan te lage inkomens voor leveranciers en hun werknemers.³³
- (viii) Gerichte ondersteuning voor mkb-zakenpartners, bijvoorbeeld door training, capaciteitsopbouw, technische systemen of financiële ondersteuning zoals lage rentetarieven of garanties.³⁴
- (ix) Samenwerking met andere ondernemingen voor zover dit is toegestaan onder bijvoorbeeld EU-mededingingsrecht.³⁵

- (x) Als laatste redmiddel kan het beëindigen of tijdelijk opschorten van een zakelijke relatie worden overwogen. Dergelijke maatregelen zijn echter onderworpen aan strenge voorwaarden om als passende maatregel te kunnen worden beschouwd. Er moet bijvoorbeeld een redelijke verwachting zijn dat een tijdelijke opschorting van de zakelijke relatie tot een verbetering leidt. En er dient een actieplan met de zakenpartners gedeeld te worden, waarin een specifiek tijdschema is opgenomen voor de goedkeuring en implementatie van de gevraagde acties. Als er geen redelijke verwachting bestaat dat deze inspanningen zullen slagen, of als het actieplan er niet in is geslaagd de negatieve impact te voorkomen of te beperken, kan de zakelijke relatie worden beëindigd als de potentiële negatieve impact ernstig is. Alvorens de zakelijke relatie tijdelijk op te schorten of te beëindigen, dient de onderneming te beoordelen of redelijkerwijs kan worden verwacht dat de negatieve gevolgen hiervan duidelijk ernstiger zullen zijn dan de negatieve gevolgen die niet konden worden voorkomen of op adequate wijze konden worden beperkt. Mocht dat het geval zijn, dan is de onderneming niet verplicht de zakelijke relatie op te schorten of te beëindigen.³⁶

Ten slotte moeten ondernemingen herstelmaatregelen treffen als deze daadwerkelijk negatieve gevolgen hebben veroorzaakt of mede hebben veroorzaakt. Zie stap 6 hiervoor. Als de negatieve impact niet door de onderneming wordt veroorzaakt, maar door haar zakenpartner, kan de onderneming nog steeds op vrijwillige basis herstelmaatregelen treffen of haar invloed aanwenden om de zakenpartner ervan te overtuigen herstel mogelijk te maken.³⁷ Betekenisvolle betrokkenheid en overleg met belanghebbenden zijn essentieel onderdeel van een correct HREDD-proces bij het bepalen van de keuze welke maatregel passend is.³⁸

(iv) *Het monitoren van de effectiviteit van het HREDD-beleid en de in dit kader genomen maatregelen*

Art. 15 CS3D bepaalt dat de onderneming het HREDD-beleid monitort en evalueert of de genomen maatregelen adequaat en effectief zijn. Zo'n evaluatie moet waar passend gebaseerd zijn op kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren en wordt zonder onnodige vertraging uitgevoerd nadat zich een significante verandering heeft voorgedaan, maar ten minste elke twaalf maanden en telkens wanneer er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat er nieuwe risico's van zulke ongunstige veranderingen ontstaan. Op basis van deze evaluatie dient waar nodig het HREDD-beleid aangepast te worden. Ook hier moeten ondernemingen belanghebbenden raadplegen bij het ontwikkelen van kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren voor monitoring.

27 Onder meer Overwegingen 45 en 50.

28 Art. 10(2)(a) en 11(3)(b) CS3D.

29 Art. 10(2)(b) en 11(3)(c) CS3D.

30 Art. 10(4) en 10(5) CS3D.

31 Art. 18 CS3D.

32 Art. 10(2)(c) en 11(3)(d) CS3D.

33 Overweging 46.

34 Art. 10(2)(e) en 11(2)(f) CS3D.

35 Art. 10(2)(f) 11(3)(g) CS3D.

36 Art. 10(6) en 11(7) CS3D.

37 Art. 12 CS3D.

38 Art. 13 CS3D.

(v) *Het publiekelijk communiceren over HREDD*

Ondernemingen moeten rapporteren over de maatregelen die zij hebben genomen met betrekking tot de CS3D door een 'annual statement' op hun website te publiceren. Dit statement moet zijn opgesteld in ten minste één van de officiële talen van de EU of in een taal die gebruikelijk is in het internationale zakenleven. En het moet binnen een redelijke termijn, maar uiterlijk twaalf maanden, na het boekjaar worden gepubliceerd. Ondernemingen die onder de CSRD vallen, zijn vrijgesteld van een dergelijke verklaring.³⁹

(vi) *Het nemen van herstelmaatregelen*

Art. 14 CS3D bepaalt dat ondernemingen personen en organisaties de mogelijkheid moeten bieden om klachten bij hen in te dienen wanneer zij legitieme zorgen hebben over daadwerkelijke of potentiële nadelige gevolgen als gevolg van de eigen activiteiten, de activiteiten van dochterondernemingen en de activiteiten van zakenpartners in keten van activiteiten. De personen en organisaties die klachten kunnen indienen, zijn:

- (xi) natuurlijke of rechtspersonen die getroffen worden of redelijke gronden hebben om aan te nemen dat zij getroffen kunnen worden door een negatieve impact, en de legitieme vertegenwoordigers van dergelijke personen namens hen, zoals maatschappelijke organisaties en mensenrechtenverdedigers;
- (xii) vakbonden en andere werknemersvertegenwoordigers die individuen vertegenwoordigen die werkzaam zijn in de betrokken keten van activiteiten; en
- (xiii) maatschappelijke organisaties die actief en ervaren zijn op de gebieden die verband houden met de schadelijke gevolgen voor het milieu en die het onderwerp van de klacht vormen.

Ondernemingen moeten een eerlijke, openbaar beschikbare, toegankelijke, voorspelbare en transparante procedure voor de behandeling van klachten en een meldingsprocedure opzetten. De vertrouwelijkheid van de identiteit van de persoon of organisatie die de klacht indient, moet worden gewaarborgd om elke vorm van 'vergelding' te voorkomen. Zowel de klachtenprocedure als het meldingsmechanisme kan door een onderneming worden opgezet in samenwerking met brancheorganisaties, multistakeholder-initiatieven of mondiale raamwerkovereenkomsten, mits deze procedures uiteraard voldoen aan de hierboven genoemde eisen. Het indienen van een melding of klacht via het ondernemingsmechanisme is geen voorwaarde voor toegang tot de handhavingsprocedures van de CS3D.

5. **Handhaving**

In het kader van de verschuiving van soft naar hard law is handhaving belangrijk. Elke lidstaat moet een of meer toezichthouders aanwijzen om toezicht te houden op de naleving van de nationale regels voor de omzetting van de CS3D.

³⁹ Art. 16 CS3D.

In Nederland zal dit naar alle waarschijnlijkheid de ACM worden. De toezichthouder heeft de bevoegdheid om op eigen initiatief onderzoek in te stellen of na ontvangst van een onderbouwde klacht. Vervolgens kan deze overgaan tot het opleggen van sancties. De toezichthouder dient bij het bepalen van de aard en het passende niveau van de sanctie rekening te houden met diverse factoren (zoals aard, ernst en duur van de overtreding, ondersteuning van de kant van de onderneming in de keten, de mate waarin de onderneming herstelmaatregelen heeft uitgevoerd, etc.).⁴⁰ Toezichthouders mogen geldboetes opleggen van maximaal 5% van de wereldwijde netto jaaromzet van de onderneming.⁴¹

Een onderneming kan ook civielrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor schade berokkend aan een natuurlijke of rechtspersoon, indien de onderneming opzettelijk of uit onachtzaamheid de artikelen 10 en 11 niet heeft nageleefd.⁴² Als een onderneming er niet in is geslaagd passende maatregelen te treffen om negatieve gevolgen voor o.a. fundamentele arbeidsnormen te voorkomen, te verzachten, te beëindigen of te herstellen, heeft een slachtoffer recht op volledige vergoeding van de schade.⁴³ Een onderneming kan niet aansprakelijk worden gesteld als de schade uitsluitend is veroorzaakt door haar zakenpartners in haar keten van activiteiten.⁴⁴

6. **Conclusie**

Due diligence bestaat uit een uitgekiende combinatie van handelingen tegen de achtergrond van een gebalanceerd systeem van risicoweging. De vaak geuite angst van ondernemingen als gevolg van due diligence tot in de haarvaten van het eigen productienetwerk verantwoordelijk te worden gehouden voor elke schending van mensenrechten en milieurechten, is daarom onzes inziens niet terecht. Door middel van *mapping* brengt een onderneming potentiële gevaren in kaart en met behulp van de criteria 'aard en waarschijnlijkheid' worden de gevonden gevaren in een volgorde geplaatst. Wat het ergst is, moet het eerst worden aangepakt, niet alles kan tegelijk. Voor de vraag wat een onderneming vervolgens daadwerkelijk moet doen, is bepalend welk aandeel zij zelf heeft gehad in de veroorzaking van het gevolg. Afhankelijk van de vraag of de onderneming de negatieve impact 'veroorzaakt' dan wel enkel 'bijdraagt', en in het laatste geval, welke 'mate van invloed' of 'leverage' de onderneming redelijkerwijs kan uitoefenen op de directe of indirecte zakenpartner, moet beslist worden welke maatregel passend wordt geacht om de negatieve gevolgen te beëindigen, voorkomen of te beperken.

Uit de maatregelen die worden voorgesteld bij stap 3 in het due-diligence-proces blijkt dat ondernemingen ver-

⁴⁰ Art. 27(2) CS3D.

⁴¹ Art. 27(4) CS3D.

⁴² Art. 29(1) CS3D.

⁴³ Art. 29(2) CS3D.

⁴⁴ Art. 29(1) CS3D.

antwoordelijkheid moeten nemen voor het rechtvaardiger maken van de eigen ketens. Door het verbreken van het contract met een leverancier die arbeids- of milieurechten schendt, voldoet een onderneming alleen onder strenge voorwaarden aan stap 3 uit het due-diligence-proces.

Due diligence is dus inmiddels een tot op zeker hoogte uitgekristalliseerd proces, maar dat wil niet zeggen dat met de komst van CS3D een eindpunt is bereikt. Wij zouden meer van een beginpunt willen spreken. Allereerst is de beperkte reikwijdte van de Richtlijn velen een doorn in het oog, zowel kwantitatief als kwalitatief. Slechts een klein deel van de Nederlandse ondernemingen valt onder de reikwijdte en daarmee onder de verplichtingen van de CS3D.⁴⁵

Eenzelfde kritische kanttekening kan worden gemaakt bij de definiëring van het begrip waardeketen. Waar de OESO-richtlijnen en CSRD ervan uitgaan dat er verplichtingen bestaan ten opzichte van zowel de *upstream* als de *downstream*-partners, heeft de CS3D vooral *downstream* een beperktere reikwijdte. Dit levert spanning op tussen de verschillende HREDD-regelkaders, die toch nadrukkelijk aan elkaar verbonden zijn. Ondernemingen zouden kunnen redeneren dat het voldoende is om aan de verplichtende norm op grond van de CS3D te voldoen, waarmee de verplichtingen op grond van de OESO-richtlijnen op dit onderwerp ondergraven worden. Het verschil in reikwijdte kan ook leiden tot een andere inschatting van risico's met dito gevolgen voor de aanpak ervan. Immers: als de reikwijdte van een regeling *downstream* beperkt is, blijven bepaalde *downstream*-risico's buiten beeld. Zulke verschillen komen de beleidscoherentie niet ten goede en maken het ook niet makkelijker voor ondernemingen om HREDD volgens de UNGP's, OESO-richtlijnen en EU-wetgeving correct en consequent uit te voeren.

Ook op het gebied van de invulling van de diverse open normen zullen ondernemingen en toezichthouders hun keuzes goed moeten beargumenteren. Wat weegt zwaarder: dat er in de keten kinderen aan het werk zijn of dat er giftige stoffen worden geloosd in een kwetsbaar gebied? De UNGP's, OESO-richtlijnen en CS3D geven hier wel een handvat voor (ernst en waarschijnlijkheid), maar (begrijpelijkerwijs) geen eenduidig antwoord. Het valt te hopen dat er serieus werk wordt gemaakt van de stappen 5 en 6 in het due-diligence-proces. Dan komt meer informatie beschikbaar en wordt eerder duidelijk waar eventuele normschendingen zich voordoen en hoe zwaar die wegen.

⁴⁵ [linkedin.com/posts/somo_eu-csddd-explained-activity-718852632919158784-RhDn/](https://www.linkedin.com/posts/somo_eu-csddd-explained-activity-718852632919158784-RhDn/).