

Het initiatiefvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen in internationale context

*Mr. O.J.W. Schotel en mr. J.M. Schepel**

Internationaal maatschappelijk ondernemen, in het bijzonder door corporate sustainability due diligence, staat hoog op de (internationale) agenda. In het voetspoor van enkele andere landen in Europa is in Nederland een voorstel gedaan voor een wettelijk raamwerk dat niet op specifieke hoogerisicosectoren van toepassing is, maar op een veel grotere groep ondernemingen. De auteurs plaatsen het Nederlandse wetsvoorstel in internationale context en bespreken de kritiek in de literatuur daarop.

1 Inleiding

In maart 2021 werd het initiatiefvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen (hierna: het Wetsvoorstel) ingediend bij de Tweede Kamer, op initiatief van vier Tweede Kamerleden.¹ De initiatiefnemers beogen met het Wetsvoorstel ‘een wettelijke ondergrens voor internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen te stellen’.² Met internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen (hierna: IMVO) wordt bedoeld op het voorkomen van schendingen van mensenrechten, arbeidsrechten en het milieu in de internationale productieketens van ondernemingen.

Al geruime tijd bestaan er *soft law*-instrumenten op IMVO-gebied, zoals de UN Guiding Principles for Business and Human Rights (hierna: de UNGP) van de Verenigde Naties en de Richtlijnen voor multinationale ondernemingen van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO respectievelijk de OESO-Richtlijnen).³ Deze soft law-instrumenten worden weliswaar breed ondersteund, maar de concrete toepassing door ondernemingen valt sterk tegen.⁴ Om IMVO beter te waarborgen is er een wereldwijde tendens van soft law naar harde, afdwingbare verplichtingen zichtbaar. Het Wetsvoorstel is hiervan een uiting. Het

Wetsvoorstel richt zich op de bescherming van mensenrechten, arbeidsrechten en milieu met twee overkoepelende normen die zijn ontleend aan de OESO-Richtlijnen. Ten eerste voorziet het Wetsvoorstel in een algemene zorgplicht die geldt voor iedere Nederlandse onderneming die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat haar activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor mensenrechten, arbeidsrechten of milieu in een land buiten Nederland. Ten tweede bevat het Wetsvoorstel voor bepaalde grote ondernemingen een verplichting tot gepaste zorgvuldigheid in hun productieketens, waaronder ook het gedrag van zakenrelaties, zoals leveranciers, van de onderneming. Deze norm wordt vervolgens in een aantal verplichtingen geconcretiseerd.

De Nederlandse regering heeft als beleid dat wetgeving op EU-niveau gewenst is. Hoewel de Europese Commissie (hierna: EC) al in april 2020 een richtlijnvoorstel aankondigde, bleef dit geruime tijd uit. Met het Wetsvoorstel beoogden de initiatiefnemers de invoering van harde verplichtingen in ieder geval in Nederland te versnellen. Nederland is daarin niet uniek. In Frankrijk en Duitsland is wetgeving reeds aangenomen, terwijl in andere EU-lidstaten eveneens wetsvoorstellen aanhangig zijn. Deze nationale initiatieven hebben ook hun uitwerking: op 23 februari 2022 publiceerde de EC het langverwachte richtlijnvoorstel (hierna: het EC-Richtlijnvoorstel), waarin uitdrukkelijk naar deze nationale initiatieven wordt verwezen.⁵ De EC beoogt met het EC-Richtlijnvoorstel een horizontaal kader vast te stellen ter bevordering van de bijdrage van bedrijven op het gebied van mensenrechten, milieu en *governance (environment, social and governance, of: ESG)* via hun eigen activiteiten en waardeketens. Daarbij zijn wederom de normen van de OESO-Richtlijnen het uitgangspunt.

Het zou jammer zijn als de komst van het EC-Richtlijnvoorstel ervoor zorgt dat de behandeling van het Wetsvoorstel niet

* Mr. O.J.W. Schotel is advocaat bij De Roos Advocaten in Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift. Mr. J.M. Schepel is advocaat bij Stibbe in Amsterdam.

1 Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 2 (voorstel van wet) en nr. 3 (MvT). Het Wetsvoorstel betreft een initiatief van de Tweede Kamerleden van CU, SP, PvdA en GroenLinks.

2 Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 3, p. 1 (MvT).

3 OESO, De OESO-richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen. Aanbevelingen voor verantwoord ondernemen in een mondiale context, 2011.

4 Kamerstukken II 2019/20, 26485, nr. 326.

5 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence, COM2022 71 (final) 2022/0051 (COD).

wordt doorgezet.⁶ Hoewel het Wetsvoorstel niet zonder meer perfect is, zal het naar onze inschatting nog jaren duren voordat een Europees kader van kracht is, terwijl de problemen acuut zijn. Nu de Europese kaders zich steeds helderder aftekenen, is het voor de Nederlandse wetgever ook gemakkelijker om daarop voor te sorteren. Uiteindelijk zal er een gelijk speelveld zijn voor alle Europese lidstaten, waarmee aan kritiek in de literatuur wordt tegemoetgekomen. Bovendien past een voortrekkersrol bij groene industriepolitiek naar ons idee in het regeerakkoord van het kabinet-Rutte IV.⁷ Een laatste argument om de behandeling van het Wetsvoorstel *wel* met enige spoed voort te zetten, is dat nationale wetgeving ook de aanjager is gebleken voor beweging door de EC.⁸

Los van de vraag of de behandeling van het Wetsvoorstel wordt doorgezet, zien wij in het Wetsvoorstel aanleiding om de stand van de internationale ontwikkelingen te bespreken. In dit artikel plaatsen wij het Wetsvoorstel in de context van de internationale en nationale ontwikkelingen op IMVO/ESG-gebied (par. 2). In paragraaf 3 gaan wij in op het toepassingsbereik van het Wetsvoorstel en zetten dat af tegen het toepassingsbereik van andere instrumenten. In paragraaf 4 bespreken wij de kern van het Wetsvoorstel: de zorgplicht, de normadressaat en de praktische invulling van de zorgplicht. Bij deze bespreking gaan wij ook nader in op de kritiek die ondertussen door verschillende auteurs is geuit op het Wetsvoorstel. Wij onderzoeken of die kritiek terecht is. In paragraaf 5 besteden wij aandacht aan wie binnen de onderneming de verantwoordelijkheid draagt. In de conclusie van paragraaf 6 keren wij terug naar de vraag wat de toegevoegde waarde is van het Wetsvoorstel ten opzichte van de EU-wetgevingsactiviteit.

2 Context van het Wetsvoorstel

Het Wetsvoorstel past in een al veel gesignaleerde tendens om de reeds bestaande soft law-instrumenten om te zetten in afdwingbare verplichtingen ten aanzien van IMVO.⁹ Daarbij zijn twee elementen van belang. Ten eerste worstelt men met de vraag hoe om te gaan met multinationale groepen (in de zin van art. 2:24b BW) die lastig zijn aan te spreken op het gedrag van individuele groepsmaatschappijen die op verschillende plekken ter wereld zijn gevestigd. Ten tweede worstelt men met de vraag hoe de naleving van IMVO het beste controleerbaar kan worden gemaakt door stakeholders en derden. Daar-

toe worden standaarden ontwikkeld met betrekking tot risico-beheersing en externe verslaggeving.

Deze tendens manifesteert zich op mondiaal, regionaal en nationaal niveau. De instrumenten zijn te onderscheiden in enerzijds wetgeving die is gericht op een specifiek probleem (zoals slavernij) of een specifieke economische sector (zoals bepaalde grondstoffen) en anderzijds brede initiatieven.

In het najaar van 2021 vond de zevende sessie plaats van de werkgroep van de Verenigde Naties (VN) die sinds 2014 een bindend VN-verdrag over mensenrechten en het bedrijfsleven voorbereidt. De onderhandelingen hierover lopen nog, maar de contouren van het verdrag worden allengs duidelijker. Het lijkt erop dat het toekomstige verdrag de UNGP zal vastleggen in een bindend instrument. De UNGP bestaan uit drie hoofdprincipes: de verplichting voor staten of overheden om bescherming te bieden tegen mensenrechtenschendingen (*duty to protect*), de verantwoordelijkheid van ondernemingen om mensenrechten te respecteren, ook als overheden dat niet doen (*responsibility to respect*), en het waarborgen van toegang tot een herstelprocedure (*access to remedy*). Dat tweede hoofdprincipe van de UNGP en dus mogelijk ook het toekomstige VN-verdrag – de verantwoordelijkheid van ondernemingen – staat centraal in de OESO-Richtlijnen, die nadere handvatten bieden aan ondernemingen. Deze verantwoordelijkheid wordt geduid door een uiteenzetting van wat op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen van ondernemingen verwacht wordt. Dat uit zich in een set niet-bindende juridische normen en beginselen voor ondernemingen. De kern van de OESO-Richtlijnen is de toepassing van gepaste zorgvuldigheid (*due diligence*): ondernemingen dienen de daadwerkelijke en mogelijke nadelige gevolgen van hun handelen te identificeren, voorkomen en beperken, en (extern) verantwoording af te leggen over hoe zij omgaan met de geïdentificeerde risico's. Het zijn vooral de OESO-Richtlijnen die op regionaal en nationaal niveau inspiratie bieden.

Op EU-niveau bestaat al regelgeving die ziet op de productieketens van enkele specifieke producten met een hoog risico op mensenrechten- en milieuproblemen, zoals de Verordening conflictmineralen en de Houtverordening.¹⁰ Nu beweegt de EU met het EC-Richtlijnvoorstel, langzaam, in de richting van een meeromvattend algemeen instrument, dat zich niet beperkt tot specifieke productieketens. Het Europees Parlement heeft overigens al eerder een resolutie aangenomen waarin ook een richtlijnvoorstel is opgenomen (hierna: het

6 De Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking hint hier wel op: 'Nu de Europese Commissie haar conceptrichtlijn voor verplichte gepaste zorgvuldigheid heeft gepubliceerd, is een nieuw hoofdstuk gestart om tot een dwingende Europese maatregel te komen. Momenteel bestudeert het kabinet het recent gepubliceerde Commissievoorstel' (Kamerbrief d.d. 1 april 2022, nr. BZDOC-108779629-42/2022Z04083).

7 Coalitieakkoord 2021-2025, Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst, p. 7.

8 EC-Richtlijnvoorstel, p. 1, voetnoot 3.

9 Bijv. Michelle Bachelet, de hoge commissaris voor de mensenrechten van de Verenigde Naties, zie www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session7/Pages/Session7.aspx (laatst bezocht op 31 maart 2022).

10 Verordening (EU) 2017/821 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot vaststelling van verplichtingen inzake passende zorgvuldigheid in de toeleveringsketen voor Unie-importeurs van tin, tantaal en wolfram, de overeenkomstige ertsen, en goud uit conflict- en hoogrisicogebieden resp. Verordening (EU) 995/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 20 oktober 2010 tot vaststelling van de verplichtingen van marktdeelnemers die hout en houtproducten op de markt brengen.

EP-Richtlijnvoorstel).¹¹ Het valt op dat waar op EU-niveau eerder sprake was van duurzame *corporate governance*, hetgeen (ook) een interne aangelegenheid van de onderneming impliceert, de focus lijkt verschoven naar *corporate sustainability due diligence*. Tot nu toe is de wetgevingsactiviteit op EU-niveau vooral geconcentreerd op verduurzaming van de financiële sector met een omvangrijk wetgevingsprogramma, waaronder de gedelegeerde handelingen onder de Taxonomieverordening. Daarnaast heeft de EC in april 2021 een nieuwe richtlijn duurzaamheidsrapportage door bepaalde grote ondernemingen voorgesteld, die de bestaande Richtlijn bekendmaking niet-financiële informatie zal vervangen.¹²

Zoals gezegd zijn er ook nationale wetgevingsinitiatieven binnen en buiten de EU die transnationale ondernemingen verplichten om onder meer mensenrechten en milieu te respecteren en daartoe gepaste zorgvuldigheid toe te passen in hun productieketens. Het kabinet-Rutte III heeft Nederlandse wetgeving weliswaar niet uitgesloten, maar heeft 'een sterke voorkeur voor een Europese brede due diligence verplichting uit oogpunt van een gelijk speelveld en een grotere effectiviteit van beleid'.¹³ Het beleid van het kabinet-Rutte III kwam erop neer dat uiterlijk in 2023 90% van alle grote ondernemingen de OESO-Richtlijnen en/of de UNGP op vrijwillige basis onderschrijven (en dus niet: onverkort naleven). In ieder geval beursgenoteerde bedrijven lijken dat overigens geen probleem te vinden: in april 2020 bleek dat 93% van alle Nederlandse beursgenoteerde bedrijven dit al doet.¹⁴ Ondanks de voorkeur voor een breed instrumentarium op EU-niveau is in 2019 wel de Wet zorgplicht kinderarbeid in het Staatsblad gepubliceerd.¹⁵ De gedelegeerde regelgeving is echter nog altijd niet

gereed en het is niet bekend wanneer deze wet in werking zal treden. De Wet zorgplicht kinderarbeid is dus vooralsnog een dode letter. Het Wetsvoorstel, dat ook de Wet zorgplicht kinderarbeid beoogt te vervangen, anticipeert op het brede EU-initiatief dat wordt afgewacht.

Het Verenigd Koninkrijk en Australië hebben elk een Modern Slavery Act aangenomen, in 2015 respectievelijk 2018; Californië heeft de Transparency in Supply Chains Act met een vergelijkbare reikwijdte, die in 2012 van kracht werd. Deze wetgeving bevat een verplichting voor bepaalde ondernemingen om jaarlijks te rapporteren over de risico's van moderne slavernij in hun productieketen en de stappen die zij zetten om die risico's te mitigeren. Frankrijk, met een Acte de vigilance uit 2017,¹⁶ en Duitsland, met het Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (hierna: Lieferkettengesetz) uit 2021, kiezen juist niet voor het aanpakken van een enkel probleem, maar voor een horizontale of integrale aanpak die ziet op een breder IMVO/ESG-spectrum. Ook bij deze wetgeving zijn de verplichtingen voor bepaalde ondernemingen vooral gericht op gepaste zorgvuldigheid en het rapporteren daaromtrent. In België is eveneens een wetsvoorstel aanhangig met een brede reikwijdte.¹⁷

Niet alleen middels wetgeving worden transnationale ondernemingen – en dan vooral ook de topholdings in internationale concernstructuren – aangesproken op hun ESG-verantwoordelijkheden. Wij denken bijvoorbeeld aan de procedures in Nederland en Engeland tegen de Shell-groep en de Vedanta-groep inzake milieuschendingen in Nigeria en Zambia.¹⁸ Een ander bekend voorbeeld is het vonnis van de rechtbank Den Haag inzake Milieudéfense/Shell. De rechtbank Den Haag overwoog, onder meer, dat de topholding van de Shell-groep op grond van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 lid 1 BW verplicht is om via het concernbeleid van de Shell-groep zorg te dragen voor een CO₂-reductie van de groep, haar toeleveranciers en haar afnemers. Deze norm vulde de rechtbank in aan de hand van alle omstandigheden van het geval, waaronder soft law-instrumenten zoals de UNGP.¹⁹ Deze ontwikkeling beperkt zich niet tot Nederland. Zo is in Frankrijk in 2019 een vergelijkbare procedure tegen het Franse oliebedrijf Total aanhangig gemaakt door enkele belangengroepen. In deze Franse procedure staan de verplichtingen op grond van de Acte de vigilance centraal en wordt, net als in Nederland, een bevel gevorderd om Total te dwingen

11 Resolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2021 met aanbevelingen aan de Commissie inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven en verantwoordingsplicht van ondernemingen (2020/2129(INL)). Zie hierover J.E.S. Hamster, De verwachte richtlijn duurzame *corporate governance*: verantwoord ondernemen moet hoog op de bestuursagenda, MvO 2021, afl. 7/8, p. 270-277.

12 Verordening (EU) 2020/852 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2020 betreffende de totstandbrenging van een kader ter bevordering van duurzame beleggingen en tot wijziging van Verordening (EU) 2019/2088; Mededeling van de Europese Commissie m.b.t. EU-Taxonomie, duurzaamheidsrapportage door bedrijven, duurzaamheidsvoorkeuren en fiduciaire verplichtingen van 21 april 2021, COM(2021)188 (final). Zie bijv. ook L.J.M. Baks & J.B.S. Hijink, De Europese stroomversnelling op het gebied van duurzaamheidsverslaggeving – de rapporten van EFRAG en ESMA, Ondernemingsrecht 2021/42 en L.K. van Dijk & J.B.S. Hijink, 'Corporate Sustainability Reporting': over de Europese aanzet voor het fundament van duurzaamheidsverslaggeving, FR 2021, afl. 8/9, p. 276-285. Overigens is duurzaamheidsrapportage al in 2001 onderwerp geweest van een wetsvoorstel dat het niet heeft gehaald; zie Kamerstukken II 2000/01, 27905, nrs. 2 en 3.

13 Zie de brieven van ministers Kaag en De Bruijn, beiden Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking, van 16 oktober 2020 (Kamerstukken II 2020/21, 26485, nr. 337) en 5 november 2021 (BZDOC750040436-92). De Sociaal-Economische Raad ondersteunde deze aanpak: Effectieve Europese gepaste zorgvuldigheidswetgeving voor duurzame ketens, SER-Advies 21/11.

14 Kamerstukken II 2019/20, 26485, nr. 326.

15 Zie hierover S. Rietveld, L.J.M. Baks & B. Bier, De Wet zorgplicht kinderarbeid en de opkomst van human rights due diligence; van vrijwilligheid naar verplichting, Ondernemingsrecht 2021/25.

16 Loi 2017/399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, neergelegd in art. L-225-102-4 en 5 van de Code de commerce.

17 Wetsvoorstel van 2 april 2021 houdende de instelling van een zorg- en verantwoordingsplicht voor de ondernemingen, over hun hele waardeketen heen, Belgische Kamer van volksvertegenwoordigers, Doc 55 1903/001.

18 Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132, ECLI:NL:GHDHA:2021:133 en ECLI:NL:GHDHA:2021:134 (Shell Nigeria); Vedanta Resources PLC and ors v Lungowe and ors [2019] UKSC 20; Okpabi and ors v Royal Dutch Shell and anor [2021] UKSC 3.

19 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (Milieudéfense e.a./Shell), r.o. 4.4.2.

haar concernbeleid aan te passen.²⁰ Het partijdebat in deze procedure is nog niet in het stadium van een inhoudelijke beoordeling.

De ontwikkelingen op het gebied van IMVO die wij hier noemen, vormen slechts een greep uit het totaal. Duidelijk is in ieder geval dat het Wetsvoorstel onderdeel is van een focus op IMVO, die in ieder geval in Europa breder wordt gedeeld. Daarbij wachten grote spelers als Frankrijk en Duitsland de komst van een Europees gelijk speelveld niet af.

3 Toepassingsbereik

Het toepassingsbereik van de verschillende nationale en internationale regelingen blijkt een belangrijk punt in het debat over IMVO-wetgeving. Bij een veelheid aan regelingen met elk een andere normadressaat zou het voor ondernemingen erg lastig worden om vast te stellen of zij moeten voldoen aan bepaalde regelingen en daardoor veel verschillende regels moeten naleven. De regeldruk voor ondernemingen zou hiermee onaanvaardbaar toenemen. Wij nemen in deze paragraaf het toepassingsbereik van het Wetsvoorstel onder de loep en zetten dat af tegen andere regelingen.

3.1 Toepassingsbereik van het Wetsvoorstel

Het Wetsvoorstel is gestructureerd als een tweetrapsraket: het bevat een algemene zorgplicht en een meer specifieke (gepaste) zorgvuldigheidsnorm. Voor elk van deze twee onderdelen van het Wetsvoorstel geldt een andere reikwijdte.

3.1.1 Algemene zorgplicht

De algemene zorgplicht is van toepassing op alle ondernemingen die buitenlandse handel bedrijven. Voor het begrip ‘onderneming’ haakt het Wetsvoorstel in de eerste plaats aan bij artikel 5 van de Handelsregisterwet 2007 (Hregw 2007). De reikwijdte wordt echter aanmerkelijk opgerekt door de toevoeging van de volgende zinsnede: ‘of elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en wijze waarop zij wordt gefinancierd en met inbegrip van een dochteronderneming’. De initiatiefnemers lichten deze toevoeging verder niet toe in de memorie van toelichting (hierna: MvT), maar hebben inspiratie geput uit de nagenoeg gelijkkluidende definitie in artikel 1, aanhef en onder c, van de Wet zorgplicht kinderarbeid. De ontwikkeling van die bepaling is interessant, omdat het wetsvoorstel voor de Wet zorgplicht kinderarbeid in eerste instantie aanhaakte bij ondernemingen zoals bedoeld in artikel 101 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de EU, een van de centrale begrippen in het mededingingsrecht. Na redactioneel advies van de Raad van State is dit gewijzigd in de hierboven genoemde bewoordingen. Er zijn verder geen woorden vuil gemaakt aan de redactionele aanpassingen.²¹ Het blijft dus nog altijd onduidelijk wat wordt be-

doeld met ‘entiteit’, maar het lijkt ons voor de hand te liggen dat de initiatiefnemers het oog hebben op elke economische actor. Deze brede definitie brengt rechtsonzekerheid met zich ten aanzien van de extraterritoriale werking van het Wetsvoorstel. Waar artikel 5 Hregw 2007 nog een duidelijke link heeft met Nederland, is dat bij ‘elke entiteit die een economische activiteit uitoefent’ niet zo. Het ontbreken van die link zal een slordigheid zijn. Het Wetsvoorstel bepaalt immers ook uitdrukkelijk dat het Wetsvoorstel van toepassing zou moeten zijn op buitenlandse grote ondernemingen in de zin van de Jaarrekeningenrichtlijn²² die een activiteit in Nederland verrichten of een product op de Nederlandse markt afzetten. Die reikwijdtebepaling heeft geen betekenis als met ‘onderneming’ niet altijd ‘Nederlandse onderneming’ wordt bedoeld, omdat er anders geen afbakening wordt gemaakt. Het is de vraag of de initiatiefnemers een gebrek aan afbakening inderdaad hebben bedoeld. Als dat wel het geval is, vragen wij ons af wat de legitimiteit van een dergelijk verstrekkende extraterritoriale werking is en wat voor praktische problemen dit zal opleveren bij handhaving.

Hoewel de initiatiefnemers dus inspiratie hebben opgedaan bij de Wet zorgplicht kinderarbeid, voegen zij daar nog aan toe dat ook ‘dochterondernemingen’ binnen het begrip ‘onderneming’ vallen. Met ‘dochteronderneming’ wordt bedoeld op (1) een onderneming als bedoeld in artikel 22 lid 1 t/m 5 van de Jaarrekeningenrichtlijn of (2) een ‘onderneming waarin een andere onderneming feitelijk een overheersende invloed uitoefent; waarbij een dochteronderneming van een dochteronderneming ook wordt aangemerkt als een dochteronderneming van die onderneming’. Het begrip onderneming wordt in het Wetsvoorstel dus alsnog heel diffuus, hetgeen in de Wet zorgplicht kinderarbeid nu juist was voorkomen. Los daarvan kan de redactie van de bepaling wat ons betreft nog winnen aan helderheid. Hoewel het logisch is dat alleen over eigen (klein) dochterondernemingen een feitelijke macht kan worden uitgeoefend, blijkt dat noodzakelijke verband nog niet volledig uit de definitiebepaling, waar alleen wordt verwezen naar ‘een andere onderneming’ en niet specifiek naar de moeder. Het Wetsvoorstel haakt aldus aan bij zowel potentiële als feitelijke zeggenschap van een moederverenootschap over een dochterverenootschap. Daarmee zou dus ook een in Nederland gevestigde holdingmaatschappij (een brievenbusfirma) zijn onderworpen aan het Wetsvoorstel. De initiatiefnemers beogen daarmee te voorkomen dat onduidelijkheid zou ontstaan over de vraag tot wie de verplichtingen zich richten.²³

3.1.2 Gepaste zorgvuldigheidsnorm

De reikwijdte van de tweede laag van het Wetsvoorstel, de gepaste zorgvuldigheidsnorm, is beperkt tot grote ondernemingen in de zin van de Jaarrekeningenrichtlijn. Het midden-

²⁰ In Duitsland zijn bijv. momenteel meerdere klimaatprocedures aanhangig. Zie voor een overzicht de database van Climate Chase Chart, die regelmatig wordt vernieuwd, <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/> (laatst bezocht op 31 maart 2022).

²¹ Kamerstukken II 2016/17, 34506, nr. 4, p. 15-16.

²² Art. 3 lid 4 van Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen. Vgl. ook art. 2:397 lid 1 BW.

²³ Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 3, p. 46 (MvT).

kleinbedrijf (hierna: MKB) valt daar dus grotendeels buiten. De initiatiefnemers hebben voor deze grens gekozen omdat voor ondernemingen vanaf deze omvang de administratieve lasten die het Wetsvoorstel met zich brengt relatief kleiner zullen zijn dan voor kleine en middelgrote ondernemingen. Ook wijzen de initiatiefnemers erop dat in andere landen vergelijkbare objectieve criteria worden gebruikt, hoewel zij onderkennen dat elk land de grens wel op een andere drempelwaarde trekt. Volgens de MvT is afgezien van een sectorspecifieke aanpak, omdat de risico's voor nadelige gevolgen voor mensenrechten, arbeidsrechten en milieu leidend behoren te zijn bij het toepassingsbereik. Bovendien kan onduidelijkheid ontstaan over de indeling van ondernemingen in sectoren.²⁴ Op de keuzes van de initiatiefnemers is vanuit beide kanten van het sociale spectrum kritiek gekomen in de consultatie. Enerzijds betoogt chocoladefabrikant Tony's Chocolonely dat de uitsluiting van het MKB niet nodig is en dat in ieder geval de drempel moet worden verlaagd naar 50 werknemers. Ook ondernemingen die in risicosectoren actief zijn, kunnen niet categorisch worden uitgesloten volgens Tony's Chocolonely. VNO NCW stelt anderzijds voor om juist aan te sluiten bij de veel hogere drempels in Duitsland (in eerste instantie 3.000 werknemers) en Frankrijk (5.000 werknemers).

3.2 Internationale en buitenlandse regelgeving: een veelvoud aan drempelwaarden

Een rondgang langs de verschillende bestaande of concept-regelingen leidt tot de conclusie dat de recente ongecoördineerde wetgevingsactiviteit leidt tot een veelvoud aan drempelwaarden. Wij contrasteren deze drempelwaarden hieronder.

De OESO-Richtlijnen zijn van toepassing op 'multinationale ondernemingen', maar bevatten uitdrukkelijk geen nauwkeurige definitie van het centrale begrip. Daarover wordt opgemerkt:

'Zulke ondernemingen zijn actief in alle sectoren van de economie. In het algemeen zijn het ondernemingen of andere entiteiten die in meerdere landen gevestigd zijn en zodanig met elkaar verbonden zijn dat ze hun activiteiten op verschillende manieren met elkaar kunnen afstemmen. Hoewel een of meer van deze entiteiten een belangrijke invloed op de activiteiten van de andere kan uitoefenen, kan de mate van autonomie binnen de onderneming van de ene multinational tot de andere sterk variëren. De onderneming kan particulier eigendom, staatseigendom of een mengvorm daarvan zijn. De Richtlijnen zijn bedoeld voor alle onderdelen van multinationale ondernemingen (moedermaatschappij en/of lokale vestigingen).'

De OESO-Richtlijnen zijn breed van opzet: het MKB is niet uitgesloten en van nationale ondernemingen wordt hetzelfde

goede gedrag verwacht als van multinationale ondernemingen.²⁵

Het concept-VN-verdrag richt zich uiteraard primair tot de toekomstige lidstaten, die op hun beurt regels moeten opstellen voor economische actoren. De meest recente, derde, conceptversie van het VN-verdrag hanteert het niet-gedefinieerde begrip 'business enterprise'. De derde conceptversie neemt echter niet zozeer de actoren, maar hun activiteiten, 'business activities', als centraal begrip:

'any economic or other activity, including but not limited to the manufacturing, production, transportation, distribution, commercialization, marketing and retailing of goods and services, undertaken by a natural or legal person, including State-owned enterprises, financial institutions and investment funds, transnational corporations, other business enterprises, joint ventures, and any other business relationship undertaken by a natural or legal person. This includes activities undertaken by electronic means.'²⁶

In deze definitie valt onder meer de toevoeging 'or other activity' op, die ertoe leidt dat de reikwijdte in feite onbeperkt is: ook niet-economische activiteiten vallen er kennelijk onder. Toekomstige lidstaten hebben echter wel de mogelijkheid om minder verstrekkende regels op te stellen op grond van omvang, sector, operationele context of mate waarin een persoon impact heeft op mensenrechten, zolang die uitzonderingen maar non-discriminatoir zijn.²⁷

Op EU-niveau bestaan op dit moment alleen regelingen die zich op specifieke producten richten: mineralen als tin, tantaal, wolfram en goud uit conflict- en hoogrisicogebieden en hout. Voor beide verordeningen is goed gekeken naar de kenmerken van de productieketen. Zo spelen smelterijen en raffinaderijen een cruciale rol in de keten van conflictmineralen. Zij vormen de laatste fase waarin passende zorgvuldigheid daadwerkelijk kan worden gewaarborgd. Na deze 'fase van transformatie' is de oorsprong van de mineralen niet langer traceerbaar. De Verordening conflictmineralen legt de verantwoordelijkheid voor de passende zorgvuldigheid bij 'Unie-importeurs van mineralen of metalen'. Daarmee doelt de Uniewetgever op 'elke natuurlijke of rechtspersoon die mineralen of metalen aangeeft voor vrij verkeer' in de zin van de Douanewetboekverordening²⁸ of een persoon in wiens naam dat wordt gedaan.²⁹ Deze beperkte en gerichte normadressaat is mogelijk vanwege het sectorspecifieke karakter van de Verordening conflictmineralen, die enkele zeer vergelijkbare productieketens omvat. Hetzelfde principe is gebruikt in de

²⁵ OESO-Richtlijnen, nrs. 1.II.4-6.

²⁶ Derde herziene concept voor een VN-verdrag (2021), art. 1.

²⁷ Derde herziene concept voor een VN-verdrag (2021), art. 6.3.

²⁸ Verordening (EU) 952/2013 tot vaststelling van het douanewetboek van de Unie van 10 oktober 2013 (PbEU 2013, L 269, p. 1).

²⁹ Art. 2, aanhef en onder (i), en 3 Verordening conflictmineralen. Zie ook overweging 14 van de Preambule.

²⁴ Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 3, p. 16 en 52 (MvT).

Houtverordening. Deze regeling richt zich tot marktdeelnemers die voor de eerste maal hout leveren of houtproducten op de interne markt brengen.³⁰ De partij die de producten invoert in de EU is dus verantwoordelijk om gepaste zorgvuldigheid te betrachten.

Het EC-Richtlijnvoorstel is evenals bestaande instrumenten duidelijk in de afbakening van het toepassingsbereik, hetgeen wij onderschrijven. De reikwijdte is meerledig. De eerste laag is dat de regels van toepassing zouden moeten zijn op ‘companies’ die zijn opgericht naar het recht van een lidstaat met gemiddeld meer dan 500 werknemers en een wereldwijde netto-omzet van meer dan EUR 150 miljoen in het laatste boekjaar waarvoor jaarstukken zijn opgesteld. De tweede laag is de toepassing op ‘companies’ met 250 werknemers en een wereldwijde netto-omzet van meer dan EUR 40 miljoen, op voorwaarde dat minstens 50% van die omzet is gegenereerd in een aantal hoogrisicosectoren, zoals fabricage van textiel, landbouw, visserij, voedselproductie en vele mijnbouwsectoren. De derde laag is dat ook ‘companies’ naar het recht van een niet-lidstaat zich aan de regels moeten houden, indien ofwel minstens EUR 150 miljoen netto-omzet in de EU wordt gegenereerd, ofwel minstens EUR 40 miljoen netto-omzet wordt gegenereerd in de EU waarvan minstens 50% in de hoogrisicosectoren. Wat met ‘company’ wordt bedoeld, is heel precies gedefinieerd in een bijlage; de gemene deler is dat het gaat om kapitaalvennootschappen. Los daarvan legt het EC-Richtlijnvoorstel nadere regels op aan een bredere waaier aan financiële ondernemingen, ongeacht hun rechtsvorm.³¹ Deze centrale rol voor financiële ondernemingen verbaast niet, met het oog op de centrale plaats die de financiële sector in EU-wetgeving speelt, zoals bijvoorbeeld in de Taxonomieverordening.

De transparantieverplichting ten aanzien van productieketens in de Engelse Modern Slavery Act richt zich tot een nader bepaalde categorie van ‘commercial organisations’. Met ‘commercial organisation’ wordt bedoeld (1) ‘a body corporate (wherever incorporated) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom’ of (2) ‘a partnership (wherever formed) which carries on a business, or part of a business, in any party of the United Kingdom’. De tweede categorie omvat naast vennootschappen naar Engels recht ook ‘a firm, or an entity of a similar character, formed under the law of a country outside the United Kingdom’.³² Alleen ‘commercial organisations’ die goederen en diensten leveren en een jaarlijkse omzet van minstens GBP 36 miljoen³³ hebben, zijn onderworpen aan de publicatieplicht. De omzet uit de reguliere bedrijfsactiviteiten, na aftrek van handelskortingen en belastingen, van de gehele groep is relevant, ook als de omzet buiten het Verenigd Koninkrijk wordt gerealiseerd.³⁴ Ook on-

dernemingen van buiten het Verenigd Koninkrijk kunnen onderworpen zijn aan een jaarlijkse publicatieplicht. Dat kan volgens de informele *guidance* van de Engelse regering al het geval zijn als een onderneming diensten of supportfuncties vervult voor Engelse ondernemingen, inkomsten genereert in het Verenigd Koninkrijk, of een ‘other visible UK business presence, for example a website’ heeft.³⁵ Kortom: het toepassingsbereik van de Modern Slavery Act is dus breed en grensoverschrijdend. Tijdens de evaluatie van de Modern Slavery Act in mei 2019 door een onafhankelijke expertcommissie kwam naar boven dat het ontbreken van een specifieke omschrijving van het vereiste van ‘carrying on a business’ leidt tot rechtsonzekerheid. Dat maakt het volgens de expertcommissie voor consumenten en ngo’s lastig om vast te stellen welke ondernemingen onder de publicatieplicht vallen. De aanbeveling is dat de regering een ‘internal list’ bijhoudt van publicatieplichtige ondernemingen. Daarbij wordt wel onderkend dat deze exercitie lastig is, onder meer vanwege de extraterritoriale reikwijdte van de publicatieplicht.³⁶ De Engelse regering komt op deze aanbeveling niet terug in haar antwoord.³⁷ De expertcommissie rapporteert overigens dat er weinig animo was voor het veranderen van de omzeldrempel van GBP 36 miljoen.³⁸

De Australische Modern Slavery Act geldt voor ondernemingen met een wereldwijde geconsolideerde omzet van minstens AUD 100 miljoen, die ofwel (1) in Australië gevestigd zijn, ofwel (2) activiteiten ontplooiën in Australië.³⁹

Binnen de Franse Acte de vigilance worden twee categorieën entiteiten aangewezen als normadressaat. Het gaat dan in de eerste plaats om bepaalde rechtspersonen met zetel in Frankrijk die zelf, of waarvan de in Frankrijk gevestigde (indirecte) dochters gedurende twee achtereenvolgende boekjaren, minstens 5000 werknemers hadden. In de tweede plaats gelden als normadressaat ook bepaalde rechtspersonen met zetel in Frankrijk die zelf of middels hun (indirecte) dochters minstens 10.000 werknemers wereldwijd hebben.⁴⁰

Het wetsvoorstel voor het Duitse Lieferkettengesetz legde in eerste instantie alleen verplichtingen op aan ‘Unternehmen ungeachtet ihrer Rechtsform, die (1) ihre Hauptverwaltung,

30 In deze zin ook ABRvS 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2571.

31 Art. 3(a) EC-Richtlijnvoorstel.

32 Vgl. ook UK Companies Act 2006, Section 1173 voor nadere definities.

33 UK Modern Slavery Act 2015 (Transparency in Supply Chains) Regulations 2015.

34 UK Modern Slavery Act 2015, Section 54 (1), (2) en (12).

35 Zie www.gov.uk/guidance/publish-an-annual-modern-slavery-statement (laatst bezocht op 31 maart 2022).

36 Independent Review of the Modern Slavery Act 2015: Final Report (mei 2019), p. 40 en 45.

37 Transparency in supply chains consultation: Government response (september 2020).

38 Independent Review of the Modern Slavery Act 2015: Final Report (mei 2019), p. 45.

39 Australische Modern Slavery Act 2018, No. 153, 2018, art. 5.

40 Code de commerce, art. L-225-102-4-I: ‘Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger (...)’ Het was overigens onduidelijk waar de zinsnede ‘dont le siège social’ op terugslaat. Dit is verduidelijkt door Conseil constitutionnel 23 maart 2017, No. 2017-750 DC, par. 3.

ihre Hauptniederlassung, ihren Verwaltungssitz oder ihren satzungsmäßigen Sitz im Inland haben und (2) in der Regel mindestens 3.000 Arbeitnehmer beschäftigen'. Vanaf 1 januari 2024 wordt de drempel verlaagd naar 1000 werknemers. De werknemers van verbonden ondernemingen⁴¹ dienen te worden meegenomen in het totaal van de concernmoeder. De reikwijdte was aldus beperkt tot Duitse ondernemingen. Deze reikwijdte is door de Bondsdag echter significant uitgebreid. Het Lieferkettengesetz ziet nu ook op niet-Duitse ondernemingen met een branche⁴² in Duitsland. Ook is vastgelegd dat werknemers in het buitenland meetellen voor de drempelwaarde.⁴³

De in de literatuur geuite vrees voor een lappendeken van regelgeving met verschillende toepassingsdrempels blijkt gegrond. Voorbeelden van dergelijke regels met een grensoverschrijdend bereik zijn de OESO-Richtlijnen, Europese regelgeving gefocust op specifieke producten en wetten uit Engeland en Duitsland. Deze grote verscheidenheid aan regelgeving tussen jurisdicties wordt door sommige auteurs als een groot probleem gezien.⁴⁴ Wij vragen ons af of dit probleem reëel is. Dit probleem speelt naar ons idee bijna uitsluitend voor ondernemingen met een zekere omvang, waarvoor de aanvullende verplichtingen een relatief kleine impact zullen hebben. Ten tweede is er eigenlijk al een gelijk speelveld: de OESO-Richtlijnen, die zo breed worden gedragen en die de kern vormen van veel nationale initiatieven, zijn eigenlijk al van toepassing op alle ondernemingen, groot en klein. Een en ander doet er niet aan af dat ook naar ons idee een bindend gelijk speelveld als stip op de horizon gewenst is. Een reden voor afwachten is dat echter niet. Daarnaast heeft nationale wetgeving de mogelijkheid om nog te vormen supranationale wetgeving, bijvoorbeeld op Europees niveau, te beïnvloeden en te versnellen.⁴⁵ Nu het EC-Richtlijnvoorstel bekend is, is het uiteraard wel verstandig om het Wetsvoorstel in de verdere behandeling op de aldaar geschetste kaders te laten aansluiten. En zo ver ligt het Wetsvoorstel niet buiten die kaders, zoals wij hierna toelichten.

4 Kern van de wet: twee zorgplichten

De kern van het Wetsvoorstel wordt gevormd door twee zorgplichten. Ten eerste de algemene zorgplicht voor alle ondernemingen die buitenlandse handel bedrijven. Ten tweede de verder strekkende zorgplicht voor grote ondernemingen om gepaste zorgvuldigheid toe te passen.

41 Hier wordt de term 'verbundene Unternehmen' gebruikt in de zin van Handelsgesetzbuch Aktiengesetz, § 15.

42 Hier wordt de term 'Zweigniederlassung' gebruikt in de zin van Handelsgesetzbuch, § 13d.

43 Zie het wetsvoorstel (Deutscher Bundestag – 19. Wahlperiode, Drucksache 19/28649, p. 7) en de aanpassingen van de Bundestag (Deutscher Bundestag – 19. Wahlperiode, Drucksache 19/60505, p. 6).

44 J.A. Langezaal & G.G. Heslen, ESG vanuit de onderneming bekeken, in: H.J. de Kluiver (red.), Duurzaam ondernemen en Sustainable Transport (Preadviezen van de Koninklijke Vereniging 'Handelsrecht'), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 150.

45 Zie Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 3, p. 14 (MvT).

4.1 De algemene zorgplicht voor alle ondernemingen die buitenlandse handel bedrijven

Het Wetsvoorstel voorziet in de verplichting voor iedere onderneming die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat haar activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de mensenrechten, arbeidsrechten of het milieu in een land buiten Nederland om alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van haar kunnen worden gevraagd om die gevolgen te voorkomen. Voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, moet de onderneming de gevolgen zo veel als mogelijk beperken, ongedaan maken en zo nodig zorg dragen voor herstel. Als de gevolgen onvoldoende kunnen worden beperkt, dient de onderneming die activiteit achterwege te laten, voor zover dat redelijkerwijs van haar kan worden gevraagd. Het Wetsvoorstel omschrijft dat van nadelige gevolgen 'in ieder geval' sprake is als in de productieketen gebruik wordt gemaakt van '(a) beperking van de vrijheid van vereniging en collectieve onderhandeling; (b) discriminatie; (c) dwangarbeid; (d) kinderarbeid; (e) onveilige arbeidsomstandigheden; (f) slavernij; (g) uitbuiting; of (h) milieuschade'. Ondernemingen behoeven niet extern te rapporteren over de naleving van de algemene zorgplicht.

De algemene zorgplicht werd al genoemd in de motie-Voordewind, waarin de Tweede Kamer het kabinet verzocht 'een algemene zorgplicht voor alle bedrijven op te nemen, overeenkomstig de OESO-richtlijnen'.⁴⁶ Volgens de initiatiefnemers is de algemene zorgplicht een codificatie van een reeds bestaande maatschappelijke zorgvuldigheidsplicht en reikt de aansprakelijkheid van ondernemingen niet verder dan wat al uit de jurisprudentie op grond van artikel 6:162 BW voortvloeit. Blijkens de MvT is de algemene zorgplicht dan ook

'vooral een vangnet voor als er geen specifieke andere regels gelden, zoals [de gepaste zorgvuldigheid; OS/JS] of in andere regels die de buitenlandse handel reguleren. (...) Deze algemene zorgplicht zal niet bestuursrechtelijk noch strafrechtelijk worden gehandhaafd, maar kan wel civielrechtelijk worden gehandhaafd'.⁴⁷

Wij stellen voorop dat wij de gedachte die aan de algemene zorgplicht ten grondslag ligt onderschrijven. Wij hebben echter wel bedenkingen bij het opnemen daarvan in de wet.

Ten eerste lijkt ons de motivering hiervoor in de MvT wat kort door de bocht. Ter ondersteuning verwijzen de initiatiefnemers naar de drie arresten van het gerechtshof Den Haag in de Shell Nigeria-zaken.⁴⁸ Zij gaan er echter aan voorbij dat het gerechtshof Den Haag hier Nigeriaans recht toepaste en niet Nederlands recht. In het – na het indienen van het Wetsvoorstel – gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag inzake Milieudefensie/Shell wordt wel een algemene zorgplicht aangenomen.

46 Kamerstukken II 2020/21, 26485, nr. 345.

47 Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 3, p. 48 (MvT).

48 Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132 (Shell Nigeria), r.o. 6.25.

men. Naar ons idee is dat vonnis, ook blijkens de tekst ervan, toegesneden op de verplichtingen van Shell in het kader van CO₂-uitstoot. De materie is verder ook niet maatschappelijk onomstreden en Shell is in hoger beroep gegaan.⁴⁹ Het voert ons inziens wat ver om uit een enkele uitspraak van een feitenrechter al een breedgedragen, reeds bestaande zorgplicht af te leiden.

Ten tweede loopt het Wetsvoorstel uit de pas met onder meer de Franse Acte de vigilance, het Duitse Lieferkettengesetz en het EC-Richtlijnvoorstel, die alle niet een dergelijke algemene zorgvuldigheidsplicht kennen. In Frankrijk is bijvoorbeeld ook de civielrechtelijke aansprakelijkheid beperkt tot de schade die had kunnen worden voorkomen door het opstellen en implementeren van en het communiceren over het op te stellen *plan de vigilance*.⁵⁰ Dat staat ver af van een algemene zorgvuldigheidsplicht.

Ten derde is er voor de civielrechtelijke handhaving van deze zorgplicht door betrokkenen, waarschijnlijk met een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad, wel degelijk een probleem. Naar (Nederlands) internationaal privaatrecht is immers het recht van het land waar de schade is ingetreden van toepassing op een niet-contractuele verbintenis.⁵¹ Nu het bij de algemene zorgplicht gaat om nadelige gevolgen en dus schade in een land buiten Nederland, zal Nederlands recht niet snel van toepassing zijn. Milieuschade vormt hierop een uitzondering, omdat hier voor de gelaedeerde een bevoegdheid bestaat te kiezen voor het recht van het land waar de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan. Die gebeurtenis kan gelegen zijn in een besluit van het bestuur van een Nederlandse moeder vennootschap.⁵² En met wat goede wil kan het niet-voldoen aan de algemene zorgplicht waardoor milieuschade is veroorzaakt hier ook onder vallen. Maar het Wetsvoorstel ziet op meer dan milieuschade. En voor alle andere nadelen die het Wetsvoorstel noemt, lijkt Nederlands recht niet zo relevant. Al met al verwachten wij dan ook niet veel van de civielrechtelijke handhaving van de algemene zorgplicht. In ieder geval niet meer dan wat nu ook al op grond van artikel 6:162 BW zou kunnen.

Wij vragen ons naar aanleiding van bovenstaande dan ook af wat op dit moment de toegevoegde waarde is van codificatie van een algemene zorgplicht zoals opgenomen in het Wets-

voorstel. Het leidt ook de aandacht af van de gepaste zorgvuldigheidsnorm.

4.2 Gepaste zorgvuldigheid door grote ondernemingen

Voor grote ondernemingen geldt een verder strekkende verplichting dan de hiervoor behandelde algemene zorgplicht.⁵³ Zij moeten gepaste zorgvuldigheid toepassen in hun productietekenen. Het Wetsvoorstel definieert dat als:

‘het doorlopende proces waarin een onderneming de daadwerkelijke en potentiële nadelige gevolgen van haar activiteiten voor de mensenrechten, arbeidsrechten en milieu in een land buiten Nederland identificeert, voorkomt en vermindert, en waarmee zij verantwoording kan afleggen over haar aanpak van die gevolgen als integraal onderdeel van haar besluitvormingsproces en risicobeheerssysteem, in overeenstemming met de principes en normen van de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen’.⁵⁴

Dit doorlopende proces moet verlopen in zes verschillende stappen, die zijn gebaseerd op de OESO Due Diligence Handreiking voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (hierna: de Handreiking):⁵⁵

1. Allereerst dient maatschappelijk verantwoord ondernemen te worden geïntegreerd in de managementsystemen van de grote onderneming. De publicatie van een beleidsdocument waarin de grote onderneming zich bindt aan verplichtingen tot gepaste zorgvuldigheid in de productietekenen moet daarbij leidend zijn.⁵⁶
2. Verder moet de grote onderneming de potentiële en daadwerkelijke risico's op nadelige gevolgen van haar activiteiten en die van haar zakenrelaties identificeren en analyseren. Er moet een plan van aanpak worden opgesteld waarin benoemd wordt hoe gevonden en daadwerkelijke nadelige gevolgen voorkomen en beperkt gaan worden. Als het voor de onderneming niet mogelijk is om alle potentiële en daadwerkelijke nadelige gevolgen direct aan te pakken, kan zij een prioritering aanbrengen op basis van ernst en mate van waarschijnlijkheid.⁵⁷
3. De activiteiten die nadelige gevolgen voor mensenrechten, arbeidsrechten of het milieu veroorzaken of daaraan bijdragen, moeten worden beëindigd.⁵⁸
4. Daarna vindt monitoring plaats van de toepassing en effectiviteit van de maatregelen voor gepaste zorgvuldigheid. De conclusies daarvan moeten worden verwerkt in het eerdergenoemde plan van aanpak.⁵⁹ Deze monitoring kent

49 Vgl. het advies van het Adviescollege Toetsing Regeldruk van het Wetsvoorstel, p. 4.

50 Art. L-225-102-5 Code de commerce.

51 Art. 10:159 BW en art. 4 lid 1 Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II).

52 Art. 7 en Preamble, punt 24 Rome II. Met milieuschade wordt bedoeld: ‘een negatieve verandering in de natuurlijke rijkdommen zoals water, land of lucht, of een aantasting van een functie die een natuurlijke rijkdom vervult ten behoeve van een andere natuurlijke rijkdom of het publiek, alsmede een aantasting van de verscheidenheid van levende organismen’.

53 Grote ondernemingen in de zin van de Jaarrekeningenrichtlijn. Over de reikwijdte weiden wij verder uit in par. 3.

54 Art. 1.1 Wetsvoorstel.

55 OESO/Ministerie van Buitenlandse Zaken, OESO Due Diligence Handreiking voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen, Den Haag 2019, p. 43.

56 Art. 2.2 Wetsvoorstel.

57 Art. 2.3 Wetsvoorstel.

58 Art. 2.4 Wetsvoorstel.

59 Art. 2.5 Wetsvoorstel.

geen expliciete frequentie, maar moet onderdeel uitmaken van het ‘doorlopende proces’.

5. Elk jaar dient de grote onderneming te rapporteren over hoe zij via beleid en maatregelen de nadelige gevolgen aanpakt. Deze rapportage kan bestaan uit een beschrijving van de uitvoering van het plan van aanpak en de resultaten van de toezichtstrategie.⁶⁰
6. De laatste stap houdt in dat de grote onderneming – indien er sprake is van de veroorzaking van nadelige gevolgen, of een bijdrage daaraan – herstel mogelijk moet maken of daaraan mee moet werken.⁶¹ Ook moet er een herstelmechanisme (in ontwikkeling) zijn,⁶² zodat een betrokkene via het herstelmechanisme zijn klachten eerst aan de onderneming kan voorleggen.

Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld aan elk van deze stappen en dient er een toezichthouder te worden aangewezen.

4.3 Een (beperkte) rechtsvergelijking van de gepaste zorgvuldigheidsplicht

Een vergelijking met de Franse en Duitse wetgeving wijst uit dat de kernverplichtingen voor ondernemingen in alle drie de instrumenten in grote lijnen overeenkomen en grotendeels de hierboven genoemde stappen volgen. Het verschil zit vooral in de details en de mate van uitwerking daarvan. De Franse Acte de vigilance is vrij summier: deze bevat alleen een opsomming van vrij abstracte verplichtingen die niet verder zijn uitgewerkt. Er bestaat bijvoorbeeld een verplichting om risico's in kaart te brengen teneinde deze te identificeren, analyseren en prioriteren, zonder nadere richtlijnen. Het Duitse Lieferkettengesetz is daarentegen uitgebreider. Het omvat bijvoorbeeld ook een lijst van verdragen die het geheel aan te respecteren mensenrechten omvatten. En de verplichting om risico's in kaart te brengen is in enkele bepalingen uitgewerkt. Het Wetsvoorstel bevindt zich op dit spectrum meer aan de kant van het Lieferkettengesetz dan aan die van de Acte de vigilance.

Het voert voor de doeleinden van dit artikel te ver om op elk onderdeel een rechtsvergelijking te doen. Wij lichten twee kernvragen uit. Ten eerste, welke actoren moeten worden meegenomen in de risicoanalyse? Hier lopen de Franse, Duitse en Nederlandse kaders uiteen. Het Franse plan de vigilance moet in eerste instantie zien op de rechtspersoon die het plan opstelt. Het plan dient echter ook te zien op de activiteiten van (1) (indirecte) dochtermaatschappijen waarover controle wordt uitgeoefend⁶³ en (2) onderaannemers (*sous-traitants*) en leveranciers (*fournisseurs*) waarmee een gevestigde commerciële relatie bestaat, voor zover de activiteiten zijn verbonden met deze relatie. De beperkingen die zijn gesteld aan het opnemen van de activiteiten van onderaannemers en leveranciers in het plan worden verder niet nader omschreven in de wet. Het is

duis bijvoorbeeld nog onderwerp van discussie of ook de zakenrelaties van dochtermaatschappijen volgens de letter van de wet onderdeel moeten zijn van het op te stellen plan. Onder het Lieferkettengesetz moet de onderneming een risicoanalyse maken die ziet op zowel de eigen activiteiten in de productieketen als de activiteiten van ‘onmiddellbare Zulieferern’, oftewel een contractspartij van de onderneming wier producten noodzakelijk zijn voor het productieproces of de dienst van de onderneming.⁶⁴ Zowel de Franse als de Duitse wetgeving vereist dus een duidelijke band tussen de activiteiten van de onderneming en de activiteiten van de leveranciers. Alleen als die band er is, bestaat de verplichting om ook de activiteiten van leveranciers te betrekken in de risicoanalyse.

Het Wetsvoorstel lijkt echter verder te gaan. Ook in het kader van het Wetsvoorstel omvat de voorgeschreven risicoanalyse de potentiële en daadwerkelijke nadelige gevolgen in de activiteiten van de onderneming, maar ook ‘die van haar zakenrelaties’. De term ‘zakenrelaties’ is in het Wetsvoorstel gedefinieerd als ‘de zakenpartners van een onderneming en andere entiteiten in haar productieketen, waaronder statelijke entiteiten, die op enige wijze betrokken zijn bij de activiteiten van de onderneming’ (curs. OS & JS). Deze definitie is aanmerkelijk breder dan die in de Duitse en Franse wetgeving. Door de gekozen redactie in het Wetsvoorstel is de band tussen enerzijds de activiteiten van de onderneming en anderzijds de zakenrelaties enigszins zoekgeraakt. In een extreem geval zou een onderneming die een lening heeft aangetrokken van een bank ook alle overige klanten van deze bank in de risicoanalyse moeten meenemen. De bank is immers een zakenpartner die op enige wijze is betrokken bij de onderneming en het Wetsvoorstel bevat geen beperking op welke activiteiten van die bank zouden moeten worden meegenomen. De MvT biedt voor een dergelijke brede uitleg geen duidelijke steun. Wij nemen dus aan dat de tekst van het Wetsvoorstel nog moet worden aangepast om deze (mogelijk verstrekkende) redactie te wijzigen.

Het is overigens goed om duidelijk onderscheid te maken tussen de risicoanalyse en het beleidsdocument enerzijds en het treffen van mitigerende maatregelen anderzijds. Hierboven hebben wij alleen de eerste stappen besproken, waarin dus de gehele productieketen onder de loep moet worden genomen. De te treffen maatregelen op basis van de uitkomsten zijn beperkt tot de eigen invloedssfeer van de onderneming. De onderneming is dus niet zonder meer verplicht de nadelige gevolgen van de activiteiten van zakenrelaties tegen te gaan.

Ten tweede, hoe kunnen ondernemingen de complexe realiteit, waarin een veelheid aan risico's bestaat naar aanleiding van activiteiten van de onderneming, adequaat het hoofd bieden? Het Wetsvoorstel en het Lieferkettengesetz zijn er duide-

60 Art. 2.6 Wetsvoorstel.

61 Art. 2.8 Wetsvoorstel.

62 Art. 2.7 Wetsvoorstel.

63 Met controle wordt bedoeld op art. L-233-16 Code de commerce.

64 § 2 lid 7 Lieferkettengesetz: ‘ein Partner eines Vertrages über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, dessen Zulieferungen für die Herstellung des Produktes des Unternehmens oder zur Erbringung und Inanspruchnahme der betreffenden Dienstleistung notwendig sind’.

lijk over dat de gepaste zorgvuldigheid als geheel een inspanningsverplichting behelst. Met de afzonderlijke deelverplichtingen geven de Duitse en Nederlandse initiatieven richting aan hoe deze inspanningsverplichting kan worden vervuld. Het Lieferkettengesetz is nog het meest duidelijk dat er geen *one size fits all* is en dat de meest effectieve wijze van naleving van de zorgplicht door een specifieke onderneming afhankelijk is van onder meer de aard en omvang van de onderneming en het vermogen van de onderneming om onmiddellijke leveranciers te beïnvloeden.⁶⁵ Bij een inspanningsverplichting past dat ondernemingen niet worden gedwongen om in één keer alle nadelige risico's van hun activiteiten te mitigeren. Daarom bieden de Franse, Duitse en Nederlandse instrumenten, in overeenstemming met principe 24 van de UNGP, de mogelijkheid om een prioritering aan te brengen in hun acties om nadelige gevolgen te beëindigen.⁶⁶ Deze benadering doet bovendien recht aan de werkelijkheid, waarin een veelheid aan mogelijke nadelige gevolgen bestaat. Het mes snijdt aan twee kanten. In de eerste plaats wordt zo veel als mogelijk gewaarborgd dat significante nadelige gevolgen op een korte termijn worden onderkend en de daarmee samenhangende risico's worden gemitigeerd. De betrokkenen zijn hiermee het meest gebaat. In de tweede plaats behouden ondernemingen de ruimte om niet alle capaciteit te moeten richten op naleving van de gepaste zorgvuldigheid.

4.4 Codificatie van de zorgplichten: voortzetting behandeling Wetsvoorstel of wachten op Europa?

4.4.1 Kritiek op de zorgplichten

Het Wetsvoorstel is niet door iedereen met enthousiasme ontvangen. Hierboven noemden wij al vaker dat invoering van een Nederlandse wet leidt tot een ongelijk speelveld, waardoor Nederlandse ondernemingen hun concurrentiepositie verliezen. Een ander veelgehoord argument tegen het Wetsvoorstel is dat het geen duidelijk toepasbare normen verschaft, wat tot rechtsonzekerheid voor bedrijven leidt. In de literatuur heeft bijvoorbeeld De Kluiver het Wetsvoorstel 'breed en onduidelijk' genoemd.⁶⁷ Fernando en Garcia Nelen schreven dat het Wetsvoorstel gekenmerkt wordt 'door niet nauwkeurig omkaderde begrippen'.⁶⁸ De algemene zorgvuldigheidsnorm in het Wetsvoorstel noemt De Kluiver 'niet implementeerbaar en controleerbaar'. Als de verplichtingen van de algemene zorgvuldigheidsnorm letterlijk worden genomen, 'dan moet natuurlijk elke onderneming de deuren sluiten omdat linksom of rechtsom er altijd nadeel is voor het milieu', aldus De Kluiver. De Kluiver noemt het Wetsvoorstel verder 'een haastig opschrijven van goede bedoelingen zonder na te denken over hoe de beoogde doelen ook daadwerkelijk effectief, hanteerbaar en

op juridisch gedegen grondslag kunnen worden bereikt'.⁶⁹ De tekst rondom de zorgplicht voor grote ondernemingen om gepaste zorgvuldigheid toe te passen noemt hij 'feel good-bepalingen'. Hij opent specifiek de aanval op de mogelijkheid om een prioritering aan te brengen in de risico's in artikel 2.3 lid 4 Wetsvoorstel. Hij gaat er met die harde kritiek wel aan voorbij dat juist die prioritering een kernonderdeel is van nagenoeg alle brede regelingen, zoals de Acte de vigilance, het Lieferkettengesetz, het EC-Richtlijnvoorstel en dus ook het Wetsvoorstel. Juist die prioritering biedt de mogelijkheid om de wet op korte termijn na te leven, terwijl de regeldruk het ondernemen niet onmogelijk maakt. Lennarts schreef zich te kunnen vinden in de kritiek van De Kluiver op de reikwijdte van de due-diligenceverplichting in het Wetsvoorstel.⁷⁰

De kritiek richt zich onder meer op de onduidelijkheid die het Wetsvoorstel laat bestaan omtrent wat een nadelig gevolg op het milieu inhoudt en dat de consequentie daarvan vervolgens buitenproportioneel is. Dat verdient naar ons idee enige nuancering. De nadelige gevolgen moeten worden gelezen in de context van de OESO-Richtlijnen. Het hele Wetsvoorstel draait immers om naleving van de internationale normen die in de OESO-Richtlijnen vastgelegd zijn.⁷¹ De – weliswaar illustratieve en niet-uitputtende – voorbeelden in de Handreiking⁷² geven meer duiding aan hoe een nadelig gevolg voor het milieu eruit kan zien. Zo gelden 'biologische, chemische of fysieke risico's van producten of diensten waarbij de veilige grenzen worden overschreden' of 'aantasting van het ecosysteem door aantasting van de grond, uitputten van de watervoorraden en/of verwoesten van oerbossen en de biodiversiteit' als nadelige gevolgen. Daarnaast beschrijft de Handreiking dat het gaat om een extern georiënteerde interpretatie.⁷³ Dat betekent dat het niet gaat om risico's voor de onderneming zelf, maar om het risico op negatieve gevolgen die ondernemingen kunnen veroorzaken voor externe factoren (bijvoorbeeld het milieu en de maatschappij).

Een sluiting van de deuren is na de vaststelling van een nadelig gevolg ook niet meteen noodzakelijk. De MvT vermeldt – overigens op basis van principe 14 van de UNGP – hierover:

'[D]e manier waarop een onderneming invulling geeft aan de verplichting onder deze wet moet in evenredige verhouding staan tot, onder meer, de potentiële en daadwerkelijke nadelige gevolgen, de marktpositie en de omvang van de onderneming.'⁷⁴

De tekst van artikel 1.2 Wetsvoorstel bevat in deze geest redelijkheidswaarborgen om te zorgen dat buitenproportionele

65 § 3 lid 2 Lieferkettengesetz.

66 Art. 2.3 lid 4 Wetsvoorstel en § 5 lid 2 Lieferkettengesetz.

67 H.-J. de Kluiver, Kroniek van het ondernemingsrecht, NJB 2021, p. 1246 (hierna: De Kluiver 2021a).

68 S.R.N. Fernando & S.B. Garcia Nelen, Het Wetsvoorstel verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen, Ondernemingsrecht 2021/101.

69 De Kluiver 2021a, p. 1246.

70 M.L. Lennarts, Moeders, let op uw dochters! Over multinationals en human rights due diligence, MVO 2021, afl. 5/6, p. 155-165.

71 Zie onder meer Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 3, p. 4 (MvT).

72 OESO/Ministerie van Buitenlandse Zaken 2019, p. 43.

73 OESO/Ministerie van Buitenlandse Zaken 2019, p. 17.

74 Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 3, p. 1 (MvT).

maatregelen niet verplicht zullen zijn. Indien nadelige gevolgen inderdaad kunnen worden vastgesteld, moeten bijvoorbeeld alle maatregelen genomen worden die redelijkerwijs van de onderneming kunnen worden gevraagd om die gevolgen te voorkomen. Sluiting lijkt niet snel aan de orde; een activiteit hoeft pas achterwege te blijven voor zover dat redelijkerwijs van een onderneming kan worden gevraagd. Verder noemen de OESO-Richtlijnen het beëindigen van zakelijke relaties consequent als een uiterste redmiddel.⁷⁵

4.4.2 *Rechtensrecht over IMVO-verplichtingen: Milieudefensie/Shell*

Terwijl de discussie over wetgeving vrij fel wordt gevoerd, gaat de rechtsontwikkeling in de rechtspraak voort. Een algemene zorgvuldigheidsnorm was, zoals bekend, ook aan de orde in het vonnis inzake Milieudefensie/Shell van de rechtbank Den Haag.⁷⁶ Verschillende eisers, onder leiding van Milieudefensie, dagvaardden Shell en vorderden – kort gezegd – een forse reductie van de CO₂-emissies van Shell. Eisers stelden dat Shell onrechtmatig jegens hen handelt en dat voor de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm onder andere mensenrechten en soft law gebruikt moesten worden. Een van de standpunten van Shell was dat zij het klimaatprobleem niet alleen kan oplossen. Zij liet doorschemeren dat haar verwachting is dat, indien zij een vergaande reductieverplichting opgelegd zou krijgen, andere bedrijven zich de door haar achtergelaten business zouden toe-eigenen. Met andere woorden: het resultaat van een haar opgelegde reductieverplichting heeft op nettobasis een verwaarloosbare invloed op het milieu. De rechtbank ging hier niet in mee. Hoewel zij onderkent dat Shell het klimaatprobleem niet alleen kan oplossen, ontslaat dat haar niet van de ‘individuele deelverantwoordelijkheid om het hare te doen ten aanzien van de emissies van de Shell-groep waar zij controle en invloed over heeft’.⁷⁷

Deze (deel)verantwoordelijkheid baseert de rechtbank gedeeltelijk op de UNGP, die – zoals hierboven uiteengezet – ook bij het Wetsvoorstel centraal staan. De rechtbank overwoog:⁷⁸

‘De UNGP vormen een gezaghebbend en internationaal breed gedragen “soft law” instrument, waarin de verantwoordelijkheid van staten en bedrijven ten aanzien van mensenrechten is neergelegd. De UNGP geven de bestaande inzichten weer. Zij creëren geen nieuw recht en roepen geen juridisch bindende verplichtingen in het leven. (...) De Europese Commissie verwacht sinds 2011 dat Europese bedrijven voldoen aan de verantwoordelijkheid van bedrijven om mensenrechten te respecteren, zoals verwoord in de UNGP. De UNGP lenen zich daarom ervoor om als leidraad te dienen bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. (...) Vanwege de internationaal algemeen aanvaarde inhoud van de UNGP, doet het niet ter

zake of RDS – die op haar website vermeldt de UNGP te ondersteunen (“to support”) (zie 2.5.22.) – zich al dan niet heeft verbonden of gecommitteerd aan de UNGP.’

De UNGP kunnen volgens de rechtbank dus als leidraad dienen bij de invulling van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, ondanks dat zij geen juridisch bindende verplichtingen in het leven roepen. Daardoor ontstaat de bijzondere situatie waarin de UNGP voor Shell eigenlijk wel juridisch bindende verplichtingen in het leven roepen. Volgens de indieners van het Wetsvoorstel is dat oud nieuws, zo schrijven zij in de MvT (die dateert van vóór de hierboven genoemde Milieudefensie/Shell-uitspraak).⁷⁹ De in het Wetsvoorstel voorgestelde zorgplichten zijn volgens hen al aangenomen in de jurisprudentie, maar zijn nog ongeschreven waar zij geschreven zouden moeten zijn. En het lijkt alsof de initiatiefnemers en de rechtbank Den Haag gehoord zijn door de EC. Het EC-Richtlijnvoorstel voorziet in de verplichting voor individuele ondernemingen de bedrijfsvoering aan te passen aan de beperking van de opwarming van de aarde met maximaal 1,5 °C.

4.4.3 *Codificatie als remedie voor rechtsonzekerheid*

Uit het voorgaande blijkt dat het Wetsvoorstel in de literatuur kritisch is ontvangen, omdat de brede opzet en vage redactie zouden leiden tot rechtsonzekerheid. Uit het bovenstaande volgt ook dat de rechtsontwikkeling in de rechtspraak voortgaat, maar dat het nog altijd onduidelijk is waar ondernemingen nu precies aan dienen te voldoen. Rechtensrecht als onzekere factor, want in de praktijk blijken de UNGP en OESO-Richtlijnen, ondanks afwezigheid van een wettelijke regeling, mogelijk toch in rechte afdwingbaar. Het is aanneemelijk dat Shell zich benadeeld voelt ten opzichte van concurrenten die (nog) geen reductieverplichting opgelegd hebben gekregen.⁸⁰ Bijvoorbeeld twee bedrijfsjuristen, beiden bestuurslid van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, benadrukken het belang van een gelijk speelveld op het gebied van ESG.⁸¹ Milieuactivisten barsten tegelijkertijd van het zelfvertrouwen, gesterkt door de Milieudefensie/Shell-uitspraak, om ondernemingen die volgens hen een substantiële bijdrage aan milieuvervuiling leveren tot de orde te roepen – en zo alsnog een gelijk speelveld te creëren. Alleen al Milieudefensie heeft verklaard dat voor zestig bedrijven dossiers in voorbereiding zijn en kondigde aan dat ongeveer de helft daarvan een laatste waarschuwing krijgt in 2022. De Rabobank – die overigens op haar website schrijft naleving van de UNGP

⁷⁹ Kamerstukken 2020/21, 35761, nr. 3.

⁸⁰ Commentaar van een onafhankelijke energieanalist op de uitspraak bevestigt dit beeld. De uitspraak wordt als niet best voor de concurrentiepositie van Shell gezien, mede omdat andere bedrijven er vooralsnog niet mee te maken hebben, zie Wat betekent de baanbrekende uitspraak in de klimaatzaak voor Shell?, nos.nl 26 mei 2021.

⁸¹ H.J. de Kluiver (red.), *Duurzaam ondernemen en Sustainable Transport* (Preadviezen van de Koninklijke Vereniging ‘Handelsrecht’), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 150-151 (hierna: De Kluiver 2021b).

⁷⁵ OESO/Ministerie van Buitenlandse Zaken 2019, o.a. p. 35 en 84.

⁷⁶ Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

⁷⁷ Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.49.

⁷⁸ Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.11.

te verwachten van haar klanten⁸² – staat hoog op dit lijstje.⁸³ Wij stellen ons voor dat naleving van de UNGP in deze dossiers een prominente rol zal spelen.

Juist deze situatie leidt tot rechtsonzekerheid, waaraan codificatie van de UNGP en OESO-Richtlijnen, zoals het Wetsvoorstel beoogt, een einde kan maken. Zo worden namelijk alle ondernemingen van een bepaalde omvang in gelijke mate getroffen, en niet alleen de ondernemingen waartegen een rechtszaak wordt of is aangespannen. De concurrentieverhoudingen blijven daardoor intact.

In de literatuur is betoogd dat het opleggen van de zorgplichten zoals geformuleerd in de UNGP en OESO-Richtlijnen via de politieke arena zou moeten verlopen en niet via rechters.⁸⁴ Daarmee is de voortzetting van de behandeling van het Wetsvoorstel tevens gegeven. Uit rechtsstatelijk oogpunt lijkt ons dat zuiverder dan de huidige toepassing van de UNGP in jurisprudentie. De Wulf beschrijft nog drie voordelen van codificatie van due diligence-regels:

‘ondernemingen dwingen verantwoordelijkheid te nemen voor de negatieve externaliteiten die zij veroorzaken; verhinderen dat regels over mensenrechten, milieubescherming en dergelijke meer omzeild worden door het juridisch opsplitsen van activiteiten over aparte rechtspersonen, uitbesteding aan slechts schijnzelfstandige “satellieten” of geografische opsplitsing van activiteiten (internationale regulatory arbitrage). Maar een bedoeling is duidelijk ook om ervoor te zorgen dat Europese vennootschappen buiten Europa volgens Europese standaarden opereren, nu men er niet in slaagt om bijvoorbeeld Aziatische of Afrikaanse staten ertoe te bewegen even strenge ESG-regels als in Europa op te leggen, laat staan zulke regels te handhaven.’⁸⁵

Zoals eerder besproken, is er kritiek geuit op de open normen in het Wetsvoorstel. Ook De Wulf toont zich een tegenstander van vage en open normen in de context van *human rights due diligence*.⁸⁶ Zonder deze kritiek te willen bagatelliseren, proberen we het van een andere kant te bekijken: is de huidige status wel duidelijk? Moeten de UNGP wel worden nageleefd, omdat een rechtbank deze bij de invulling van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm als leidraad heeft gebruikt? Of blijft het – ondanks het vonnis inzake Milieudefensie/Shell – een vrijwillige aangelegenheid voor bedrijven, aangezien de UNGP niet officieel wettelijk zijn vastgelegd en strikt genomen geen juridisch bindende verplichtingen inhouden? De UNGP wor-

den nu door bedrijven vrijwillig – en daardoor ook: vrijblijvend – toegepast, terwijl de rechtbank vervolgens kennelijk in sommige gevallen concrete toepassing verwacht. Wettelijke verankering kan wat ons betreft deze situatie voor grote ondernemingen duidelijker maken.

Het argument dat de UNGP vaag zouden zijn – zonder te impliceren dat dat het geval is –, is geen doorslaggevende reden om deze niet tot wet om te vormen. Het ondernemingsrecht kent meerdere vage normen. Denk aan de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW, de behoorlijke taakvervulling van artikel 2:9 BW of de ongelimiteerde opsomming van besluiten die aan de goedkeuring van de algemene vergadering van een naamloze vennootschap zijn onderworpen.⁸⁷ Ook de norm van artikel 6:162 BW is open. Ondanks het open karakter van deze normen hebben zij bewezen in de praktijk prima te kunnen functioneren. Voor de strafbaarstelling en bestuursrechtelijke handhaving ligt dat met het oog op het *lex certa*-beginsel anders. Het opnemen van open normen zou echter hoogstens betekenen dat strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving van delen van het Wetsvoorstel bemoeilijkt zouden worden. Als wij de balans opmaken tussen enerzijds wetgeving die de ruimte geeft aan ondernemingen en die in ieder geval civielrechtelijk kan worden gehandhaafd, en anderzijds een starre wet, die veel voorbereidingstijd nodig heeft om ook volledig strafrechtelijk en bestuursrechtelijk te kunnen worden afgedwongen, kiezen wij voor het eerste.

Wij vragen ons echter vooral af of de kritiek op de ‘vaagheid’ van de UNGP en OESO-Richtlijnen terecht is. De VN hebben juist via een substantiële hoeveelheid informatie geprobeerd de UNGP zo concreet mogelijk te maken. Over de implementatie van de UNGP is een tientallen pagina’s lange handleiding opgesteld door de VN,⁸⁸ net als een 60 pagina’s lange uitwerking van *frequently asked questions* over de UNGP.⁸⁹ Een gids die nog meer achtergrond over de UNGP geeft en zich als doel stelt deze volledig begrijpelijk te maken, telt bijna 100 pagina’s.⁹⁰ Ook de OESO-Richtlijnen kennen uitgebreide toelichtingen.⁹¹ Alle hiervoor genoemde documenten zijn vrij toegankelijk en gemakkelijk via het internet te vinden. In aanvulling daarop bestaan er werkgroepen die zich bezighouden met mensenrechten en de implementatie daarvan door bedrijven, wier jaarlijkse fora vrij toegankelijk zijn en online zijn terug te luisteren. Elk land dat de OESO-Richtlijnen onderschrijft, heeft een Nationaal Contact Punt (NCP).

87 Art. 2:107a BW.

88 United Nations Human Rights, Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework, vrij toegankelijk via www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

89 United Nations Human Rights, Frequently asked questions about the Guiding Principles on business and human rights, vrij toegankelijk via www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQ_PrinciplesBusinessHR.pdf.

90 United Nations Human Rights, The corporate responsibility to respect human rights: An interpretive guide, vrij toegankelijk via www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf.

91 Zie o.a. OESO 2011 en OESO/Ministerie van Buitenlandse Zaken 2019.

82 Zie Human rights, www.rabobank.com/en/about-rabobank/in-society/sustainability/records/human-rights/index.html.

83 Milieudefensie dreigt nu ook Rabobank met klimaatproces, Financieel Dagblad 7 oktober 2021, en nog recenter: Milieudefensie maakt ‘hitlist’ van 30 bedrijven bekend: van ABN Amro tot Yara, Financieel Dagblad 13 januari 2022.

84 De Kluiver 2021b, p. 74-75.

85 De Kluiver 2021b, p. 73-74.

86 De Kluiver 2021b, p. 74-75.

Het NCP focust zich op het bekendmaken van bedrijven met de OESO-Richtlijnen en tracht de toepassing daarvan te bevorderen. Daarnaast neemt het NCP meldingen van personen, maatschappelijke organisaties en bedrijven die een meningsverschil hebben over de toepassing van de richtlijnen in behandeling.⁹²

In het Nederlandse Nationaal Actieplan Bedrijfsleven en Mensenrechten uit 2014 zijn de belangrijkste bevindingen gepresenteerd van interviews en consultatiebijeenkomsten gehouden met vertegenwoordigers van verschillende actoren, waaronder het bedrijfsleven. Iets meer dan een jaar geleden is het kabinet begonnen zijn beleidsagenda voor bedrijfsleven en mensenrechten te evalueren. De door de overheid gecommuniceerde planning – die niet lijkt te zijn gehaald – houdt in dat de besluitvorming en oplevering van een nieuw Nationaal Actieplan Bedrijfsleven en Mensenrechten in april 2022 gereed is.⁹³ Dat Actieplan moet ook helpen bij het uitkristalliseren van de verplichtingen van bedrijven onder de UNGP. Een andere bijdrage aan concretisering kan de toezichthouder zijn die het Wetsvoorstel voornemens is in het leven te roepen. Deze toezichthouder krijgt niet alleen handhavende bevoegdheden, maar is ‘ook bevoegd tot het geven van voorlichting over de verplichtingen tot gepaste zorgvuldigheid’.⁹⁴ Zijn de normen in de UNGP en OESO-Richtlijnen multi-interpretabel? Absoluut. Maar dat is niet noodzakelijkerwijs een obstakel voor het effectieve gebruik ervan. Ondernemingen worden aldus geen in beton gegoten opdracht voorgelegd, maar worden kaders geboden die de ruimte geven voor maatwerk. Het publiceren van een beleidsdocument, het opstellen van een plan van aanpak, een jaarlijkse rapportage, wat er moet gebeuren is in het Wetsvoorstel op zich duidelijk. De manier waarop is aan de onderneming zelf. Mocht de invoering van de zes stappen van de Handreiking in rechte worden getoetst, dan zal die toets wat ons betreft moeten inhouden of de onderneming in redelijkheid heeft kunnen komen tot de manier van realisatie van deze stappen. De hardheidsclausule die in het Wetsvoorstel is opgenomen, voorkomt dat de toezichthouder in onbillijke situaties alsnog tot handhaving overgaat. Al met al lijkt ons dat er genoeg handvatten voor bedrijven zijn om de UNGP in te vullen.

Bovenstaande leidt ons tot de conclusie dat de kritiek op het Wetsvoorstel niet hoeft te leiden tot vertraging van de behandeling daarvan. Waar het gaat om kritiek van redactionele aard, kan die tijdens de behandeling worden verwerkt.

⁹² Kamerstukken II 2019/20, 26485, nr. 326, p. 5.

⁹³ Zie voor de planning en een toelichting: Ministerie van Buitenlandse Zaken, Herziening Nationaal Actieplan Bedrijfsleven en Mensenrechten, 2020, vrij toegankelijk via <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/internationaal-maatschappelijk-verantwoord-ondernemen-imvo/nationaal-actieplan-bedrijfsleven-en-mensenrechten> (laatst bezocht op 29 april 2022).

⁹⁴ Art. 3.1 lid 2 Wetsvoorstel.

5 Wie is verantwoordelijk binnen de onderneming?

De normadressaat van het Wetsvoorstel is de onderneming.⁹⁵ Het roept de vraag op wie binnen een onderneming verantwoordelijk is voor de naleving van het Wetsvoorstel. Het Wetsvoorstel en de MvT besteden geen uitdrukkelijke aandacht aan die vraag, terwijl de opzet van het Wetsvoorstel juist op meerdere niveaus werkt en dus ook verantwoordelijken voor naleving kent.

5.1 Het eerste niveau: de enkelvoudige rechtspersoon

Het eerste niveau is de verantwoordelijkheid binnen de onderneming die door een enkele rechtspersoon wordt gedreven. De MvT vermeldt dat ‘wanneer de toezichthouder constateert dat een onderneming onder eenzelfde verantwoordelijk bestuur voor een derde keer binnen vijf jaar activiteiten die nadelige gevolgen hebben niet heeft beëindigd of geen herstel heeft geboden (...) dit als een economisch delict aangemerkt [kan] worden’.⁹⁶ Daaruit volgt dat het Wetsvoorstel het bestuur een cruciale rol toekent. Hierbij past dat het Wetsvoorstel uitgaat van de implementatie van gepaste zorgvuldigheid in het beleid, managementsystemen en bedrijfsprocessen van ondernemingen. Het ligt dus voor de hand dat de gepaste zorgvuldigheid een kerntaak is of wordt van het bestuur van de rechtspersoon die de onderneming drijft, nu het een inbedding in het beleid vereist. Los van een algemene nalevingsplicht is het bestuur immers belast met het bepalen van het beleid, de interne risicobeheersingssystemen en externe financiële en niet-financiële verslaggeving.⁹⁷ De Nederlandse Corporate Governance Code (hierna: NCGC) bevat nu ook al als best practice dat het bestuur bij het vormgeven van de strategie aandacht besteedt aan ‘andere voor de vennootschap en de met haar verbonden onderneming relevante aspecten van ondernemen, zoals milieu, sociale en personeelsaangelegenheden, de keten waarin de onderneming opereert, eerbiediging van mensenrechten en bestrijding van corruptie en omkoping’.⁹⁸

Hoe is het elders geregeld? Evenals het Wetsvoorstel zwijgt de Acte de vigilance over de verantwoordelijke binnen de onderneming. Heel anders is het EC-Richtlijnvoorstel. Het EC-Richtlijnvoorstel voorziet in vastlegging van IMVO in de beleidstaak van bestuurders. Bestuurders dienen ‘when fulfilling their duty to act in the best interest of the company (...) to

⁹⁵ Ook andere nationale wetgeving, het EP-Richtlijnvoorstel en het EC-Richtlijnvoorstel richten zich primair op organisaties en niet op individuen. De Houtverordening en de Verordening conflictmineralen hanteren een meer feitelijk begrip, namelijk de natuurlijke of rechtspersonen die de betreffende producten in de EU importeren of op de markt brengen.

⁹⁶ Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 3, p. 34 (MvT).

⁹⁷ Voor de naamloze vennootschap is het beleid als onderdeel van de bestuurstaak per 1 mei 2021 gecodificeerd in art. 2:129 lid 1, laatste zin, BW. Over de verantwoordelijkheid voor risicobeheersing zie bijv. NCGC, principes 1.2 en 1.4. Zie verder Asser/Van Solinge en Nieuwe Weme 2-IIb 2019/136 en 148 en K.H.M. de Roo, Bestuur van rechtspersonen (ZIFO nr. 34), Deventer: Wolters Kluwer 2022/3.6, 4 en 8.4.

⁹⁸ NCGC, bpb 1.1.1 (vi). In het voorstel voor aanpassingen van de NCGC wordt deze best practice bepaling gewijzigd om ESG te verankeren in de NCGC.

take into account the consequences of their decisions for sustainability matters, including, where applicable, human rights, climate change and environmental consequences, including in the short, medium and long term'. Bovendien draagt het EC-Richtlijnvoorstel de lidstaten op om te verzekeren dat bestuurders ook aansprakelijk kunnen worden gesteld in verband met het voorgaande. De term 'director' omvat statutair bestuurders, commissarissen, (*deputy*) *chief executive officers* en personen die vergelijkbare functies vervullen. Overigens merken bestuurders meer van het EC-Richtlijnvoorstel. Ook een variabele beloning dient te worden getoetst aan de langetermijnstrategie, waarin duurzaamheid is verdisconteerd.⁹⁹

Een gerelateerde vraag is of gepaste zorgvuldigheid als aparte taak kan worden toegekend aan één bestuurder of dat het onderdeel is van de algemene gang van zaken waarvoor het bestuur als collectief verantwoordelijk is. Bijvoorbeeld in Engeland is recent bepleit dat een duidelijke portefeuillehouder wenselijk is. De expertcommissie belast met de evaluatie van de UK Modern Slavery Act in 2019 kwam met de sterke aanbeveling om één portefeuillehouder in het bestuur persoonlijk verantwoordelijk (en dus aansprakelijk) te maken voor de externe rapportage omtrent naleving van de wet:¹⁰⁰

‘To embed modern slavery reporting further into company culture, we strongly believe that businesses should be required to have a named, designated board member who is personally accountable for the production of the statement. Failure to fulfil modern slavery statement reporting requirements or to act when instances of slavery are found should be an offence under the Company Directors Disqualification Act 1986.’

Naar ons idee ligt dat voor Nederlands recht anders. Het Wetsvoorstel raakt aan enkele kerntaken die van wezenlijk belang zijn voor de rechtspersoon: beleid, risicobeheersing en externe verslaggeving. Ook bij toedeling van de IMVO-portefeuille aan een enkele bestuurder blijft het collectief verantwoordelijk. Overigens druist een taakverdeling ook in tegen de geest van het Wetsvoorstel, dat gepaste zorgvuldigheid als integraal onderdeel van het besluitvormingsproces en de risicosystemen van ondernemingen ziet.¹⁰¹ Het Duitse Lieferkettengesetz sluit beter aan op de Nederlandse situatie. Enkele verplichtingen zijn uitdrukkelijk gericht op de ‘Unternehmensleitung’, zoals het afgeven van het beleidsdocument. Bovendien moeten ondernemingen vastleggen *wie* binnen de onderneming feitelijk verantwoordelijk is voor het risicomangement, bijvoorbeeld een *chief human rights officer*. Deze persoon behoeft geen onderdeel te zijn van het bestuur. Het bestuur dient echter regelmatig, in ieder geval jaarlijks, infor-

matie in te winnen bij de verantwoordelijke persoon.¹⁰² Het EC-Richtlijnvoorstel gaat ervan uit dat de rechtspersoon een bevoegde vertegenwoordiger aanwijst die het contact onderhoudt met de toezichthouder. Ook deze figuur is naar ons idee goed in te passen in het geldende Nederlandse recht.

5.2 Het tweede niveau: groepen van rechtspersonen

De initiatiefnemers van het Wetsvoorstel besteden er geen aandacht aan dat niet een onderneming, maar een rechtspersoon een bestuur heeft. Zolang de onderneming en de rechtspersoon samenvallen, leidt dat niet tot problemen. Het Wetsvoorstel is echter ook – juist – relevant in groepsverhoudingen. Het begrip ‘onderneming’ zoals daar gebruikt, omvat immers ook (indirecte) ‘dochterondernemingen’, waar ook ter wereld gevestigd, en lijkt ons daarmee min of meer gelijk te stellen met het begrip ‘groep’ in de zin van artikel 2:24b, eerste zin, BW. Bezien vanuit dit brede begrip ‘onderneming’, inclusief dochterondernemingen, draagt de hoogst gerangschikte entiteit binnen de groep de verantwoordelijkheid. Een moederverenootschap heeft dus een eigen verantwoordelijkheid voor de gepaste zorgvuldigheid van de gehele groep. Daarmee lijkt het Wetsvoorstel te beogen dat de wettelijke gepaste zorgvuldigheid een onderdeel wordt van de concernleidingsplicht van het bestuur van de moederverenootschap.¹⁰³ Deze bestuurstaat omvat twee deelverplichtingen, die wij hier uitlichten omdat zij van bijzonder belang zijn bij de gepaste zorgvuldigheid.

Ten eerste heeft de concernleiding onder omstandigheden niet alleen een bevoegdheid om in te grijpen bij (indirecte) dochters, maar ook een plicht. Deze ingrijpplicht kan betekenen dat het bestuur van de moederverenootschap ervoor moet zorgen dat de belangen van de schuldeisers van een dochter in acht worden genomen. In het kader van gepaste zorgvuldigheid zijn – om in de terminologie van het Wetsvoorstel te blijven – het de betrokken, veelal potentieel onvrijwillige crediteuren van de dochter dan wel de moeder wier belangen door het bestuur van de moeder in acht moeten worden genomen. Enkel aandeelhouderschap is voor het ontstaan van deze plicht onvoldoende. In algemene zin is het de potentiële ingrijpmacht van een moederverenootschap die tot een plicht tot gebruikmaking daarvan kan leiden.¹⁰⁴ Met de gehanteerde definitie van dochteronderneming wordt ons inziens eveneens aansluiting gezocht bij zowel potentiële als feitelijke ingrijpmacht. Ten tweede draagt de concernleiding een verplichting om de informatievoorziening binnen de groep zodanig in te

¹⁰² Lieferkettengesetz, § 3 lid 1 onder 3 en § 4 lid 3: ‘Das Unternehmen hat dafür zu sorgen, dass festgelegt ist, wer innerhalb des Unternehmens dafür zuständig ist, das Risikomanagement zu überwachen, etwa durch die Benennung eines Menschenrechtsbeauftragten. Die Geschäftsleitung hat sich regelmäßig, mindestens einmal jährlich, über die Arbeit der zuständigen Person oder Personen zu informieren.’

¹⁰³ HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, NJ 1990/466 m.nt. J.M.M. Macijer (Ogem), r.o. 9.2.

¹⁰⁴ Zie vooral de conclusie van A-G Timmerman, nr. 3.8, onder HR 12 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7596, JOR 2008/297 m.nt. Van Maanen (Van Dusseldorp q.q./Coutts Holding), onder verwijzing naar HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, NJ 2005/96 m.nt. Kortmann (Sobi/Hurks II).

⁹⁹ Art. 3(o) (definitiebepaling), 15(3) (remuneratie) en 25 (verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid) EC-Richtlijnvoorstel.

¹⁰⁰ Independent Review of the Modern Slavery Act 2015: Final Report (mei 2019), p. 42 en 46.

¹⁰¹ Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 3, p. 15 (MvT).

richten dat de concernleiding tijdig op de hoogte is van relevante gebeurtenissen waar dan ook in de groep en andersom de dochters in staat stelt om aan eigen verplichtingen te voldoen.¹⁰⁵ Wij vinden hiervoor ook steun in de OESO-Richtlijnen, die wel nader ingaan op de bevoegdheidsverdeling in groepsverband, zij het dat ook daar diffuse termen als ‘onderneming’ worden gebruikt. De OESO-Richtlijnen zijn relevant, omdat het Wetsvoorstel daar immers uitdrukkelijk naar kijkt. De ‘bestuursraden van moederbedrijven’ worden opgeroepen om:¹⁰⁶

‘[d]e strategische aansturing van de onderneming, effectief toezicht op het management en verantwoording aan de onderneming en de aandeelhouders te waarborgen, daarbij rekening houdend met de belangen van belanghebbenden. In het vervullen van de verantwoordelijkheden dient de raad de integriteit van de systemen voor boekhouding en financiële verslaglegging, inclusief onafhankelijke controle, gepaste controlemechanismen, in het bijzonder risicobeheersing en financiële en operationele controle, en naleving van de wet en relevante normen te waarborgen.’

Met betrekking tot groepsmaatschappijen geldt het volgende:¹⁰⁷

‘De Principes gelden ook voor ondernemingsgroepen, hoewel bestuursraden van dochterondernemingen eigen verplichtingen kunnen hebben op basis van de wet van het land waarin zij gevestigd zijn. Systemen voor naleving en controle dienen waar mogelijk ook gebruikt te worden bij deze dochterondernemingen. Voorts omvat het toezicht van de raad op de bestuurspraktijk doorlopende evaluatie van interne structuren opdat duidelijk is welk management verantwoordelijk is binnen de ondernemingsgroep.’

Kortom: de OESO-Richtlijnen leggen de primaire verantwoordelijkheid voor de gepaste zorgvuldigheid bij de concernleiding en verwachten van de besturen van dochters niet meer dan naleving van lokale wetgeving. Ook de UNGP vereisen dat de onderneming een beleidsdocument opstelt waarin de naleving van de *responsibility to respect* wordt toegezegd, en dat vervolgens ‘is approved at the most senior level of the business enterprise’.¹⁰⁸ Naar ons idee is het aldaar verwoorde uitgangspunt goed inpasbaar in het Nederlandse concept van de concernleidingsplicht.

Het EC-Richtlijnvoorstel kiest voor een wat andere aanpak. Zoals eerder opgemerkt richt het EC-Richtlijnvoorstel zich tot (kort gezegd) enkelvoudige kapitaalvennootschappen. Het be-

stuur van elke kapitaalvennootschap heeft echter ook de verantwoordelijkheid om dochtervennootschappen te betrekken in de risicobeheersing.

5.3 *Andere verantwoordelijken binnen de onderneming*

Er zijn uiteraard ook consequenties voor andere (groepen van) personen binnen de onderneming, of beter gezegd: andere organen binnen de rechtspersoon die de onderneming drijft of betrokkenen bij de rechtspersoon.¹⁰⁹ Zo zal de raad van commissarissen, die toezicht houdt op het beleid, ook toezicht moeten houden op de invulling van de gepaste zorgvuldigheid. Wij vragen ons af of er niet ook een verantwoordelijkheid is voor de algemene vergadering van de moedervennootschap of zelfs voor individuele aandeelhouders, nu het Wetsvoorstel zich op de economische entiteit richt. Bestuurders zijn afhankelijk van hun aandeelhouders. Activistische aandeelhouders kunnen immers druk uitoefenen: enerzijds om verduurzaming te bevorderen,¹¹⁰ maar anderzijds om bestuurders die beleid richten op duurzaamheid te ontslaan.¹¹¹ Wij werken dit probleem hier verder niet uit.

6 Conclusie

Zoals bekend staat IMVO hoog op de agenda. Sinds enkele jaren is de tendens dat niet-bindende instrumenten worden omgezet in bindende wetgeving. Anders dan de eerdere Wet zorgplicht kinderarbeid, die zich op een enkel probleem richt, heeft een nieuwe generatie aan wetgeving zoals het Wetsvoorstel een veel bredere reikwijdte, zowel met betrekking tot de ondernemingen die worden geraakt als de problemen die moeten worden opgelost. Doordat de ontwikkelingen op nationaal, regionaal (vooral EU) en mondiaal niveau elkaar snel opvolgen, hebben wij het Wetsvoorstel in die internationale context geplaatst. Daarbij hebben wij kritiek op het Wetsvoorstel uit de literatuur zo veel als mogelijk meegenomen. Wij hebben ons op enkele punten geconcentreerd. Uit onze analyse komt naar voren dat het Wetsvoorstel, ten opzichte van bijvoorbeeld de Duitse en Franse wetgeving, nog enkele slordigheden en onvolkomenheden bevat. Vooral op het punt van de afbakening van de reikwijdte is nog een slag te maken. Dat alles brengt naar ons idee echter niet met zich dat de behandeling van het Wetsvoorstel zou moeten wachten totdat op EU-niveau wetgeving is opgesteld. Juist in de vergelijking met de reeds geldende soft law-instrumenten (de OESO-Richtlijnen en de UNGP), andere nationale wetgevingsinitiatieven en het EC-Richtlijnvoorstel ligt een sleutel om op de korte termijn tot werkbare wetgeving te komen.

105 Asser/Van Solinge en Nieuwe Weme 2-IIb 2019/138(d) en De Roo 2022/5.10.3 met verwijzingen naar rechtspraak.

106 OESO-Richtlijnen, Hoofdstuk I (Algemene beginselen voor bedrijfsbeleid), Toelichting, nr. 8.

107 OESO-Richtlijnen, Hoofdstuk II (Algemene beginselen voor bedrijfsbeleid), Toelichting, nr. 9.

108 UNGP, nr. 16.

109 Vgl. H. De Wulf, ESG en vennootschapsrecht: innig verbonden, maar ook duurzaam?, in: De Kluiver 2021b, p. 59.

110 Bijv. FollowThis bij Shell en de benoeming van drie bestuurders bij ExxonMobil door (klimaat)activistische aandeelhouders.

111 Bijv. oud-CEO Emmanuel Faber van Danone.