

WETENSCHAP

Een verkenning van civiele aansprakelijkheden onder de CSDDD

Een nieuw duurzaamheidsnormenkader in het Nederlandse (ondernemings)recht

M.A.B. Baks & S.T. Pennink

1 Inleiding

Op 5 juli 2024 is Richtlijn (EU) 2024/1760 inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie.¹ De richtlijn staat beter bekend onder de Engelse naam *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CSDDD) en wordt in Nederland ook wel aangeduid als de ‘anti-wegkijkwet’.² Om de CSDDD was eigenlijk al voor de publicatie van het consultatiedocument door de Europese Commissie (hierna: de Commissie) op 23 februari 2022 veel te doen.³ Het consultatiedocument alsook latere versies van de CSDDD stuitten op behoorlijk wat weerstand. Lange tijd bleef het onzeker of de CSDDD nog wel voor de Europese Parlementsverkiezingen afgerond zou worden. In een ultieme laatste poging om de CSDDD over de streep te trekken werd de richtlijn nog verder afgezwakt; met name door het toepassingsgebied te beperken. Deze afgezwakte compromisversie bleek voldoende om op 25 april 2024 door het Europees Parlement te worden goedgekeurd en op 24 mei 2024 ook door de Raad van de Europese Unie (hierna: de Raad).⁴ Nu de CSDDD in het Publicatieblad van de EU is gepubliceerd hebben de lidstaten tot uiterlijk 26 juli 2026 om de richtlijn om te zetten naar nationale wetgeving.⁵

- 1 Het onderzoek voor dit artikel is op 4 juli 2024 afgesloten.
- 2 Zie bijv. NOS-artikel van vrijdag 15 maart 2024, Lidstaten Europese Unie alsnog eens over afgezwakte ‘anti-wegkijkwet’, beschikbaar via www.NOS.nl (geraadpleegd op 19 juni 2024).
- 3 Zo heeft de Raad voor regelgevingstoetsing van de Commissie een eerder concept van de richtlijn, die toen nog de werktitel ‘Sustainable Corporate Governance Directive’ had, tot twee keer toe van een negatief advies voorzien. Vgl. T. Ryzazi, *De Corporate Sustainability Due Diligence Directive en contractuele verhoudingen*, ORP 2023, afl. 6, par. 2 voor een verdere beschrijving van de totstandkoming van de CSDDD. Zie ook C. van Oostrum & J. Pool, *Maatschappelijke due diligence en bestuurdersaansprakelijkheid: leuker kunnen we het niet maken, wel duidelijker*, AA 2023, p. 766-770.
- 4 Zie voor een volledige beschrijving J.E.S. Hamster, *De Corporate Sustainability Due Diligence Directive: gehavend uit de strijd gekomen, maar nog bijzonder relevant*, TOP 2024/198, met verwijzingen aldaar.
- 5 Op grond van art. 38 CSDDD treedt deze twintig dagen na de publicatie daarvan in werking. Conform art. 37 CSDDD dienen de in-scope vennootschappen via een getrapte omzetting de verplichtingen onder de CSDDD na te komen.

In dit artikel verkennen wij de civiele aansprakelijkheden die de door de CSDDD in te voeren verplichtingen met zich mee kunnen brengen voor vennootschappen en mogelijk ook voor bestuurders. In paragraaf 2 zullen wij eerst op hoofdlijnen beschrijven wat die verplichtingen onder de CSDDD inhouden. In paragraaf 3 zetten wij onze verkenning uiteen van de civielrechtelijke handhaving van de CSDDD.⁶ We sluiten af met een conclusie, met enkele concrete aanbevelingen voor de praktijk.

2. De CSDDD op hoofdlijnen

2.1 De ratio en doelstelling van de CSDDD

De CSDDD heeft ten eerste als doel duurzaam en verantwoord ondernemingsgedrag te bevorderen en mensenrechten en milieuoverwegingen te integreren in de bedrijfsvoering en *corporate governance* van vennootschappen.⁷ De vennootschappen waarop de CSDDD van toepassing is, dienen een *due diligence*-beleid op te stellen en de negatieve effecten van hun activiteiten, zowel binnen als buiten Europa, aan te pakken. De kernverplichtingen volgend uit de CSDDD omvatten het identificeren, voorkomen, mitigeren, beëindigen en verhelpen van negatieve effecten door (grote) vennootschappen binnen hun activiteitenketen. Dit brengt een relatief uitgebreide en concrete zorgvuldigheidsverplichting met zich mee, die als doel heeft om (ook) verantwoord ondernemingsgedrag af te dwingen van de vennootschappen die niet onder de reikwijdte van de CSDDD vallen, maar wel onderdeel zijn van voornoemde activiteitenketen.

Conform de definitie van het begrip ‘activiteitenketen’⁸ omvat de activiteitenketen onder de CSDDD de activiteiten van upstream zakenpartners van een vennootschap die te maken hebben met de productie en levering van goederen of diensten.⁹ Daarnaast omvat zij de activiteiten van downstream zakenpartners die de distributie, het transport en de opslag van de producten van het bedrijf verzorgen.¹⁰ Goed is om hierbij expliciet op te merken dat de CSDDD wél van toepassing is op (gereguleerde¹¹) vennootschappen actief in de financiële sector. De definitie van de term activiteitenketen mag echter geen betrekking hebben op de activiteiten van de downstream zakenpartners van dergelijke vennootschappen in verband met de diensten van de financiële vennootschap. Van gereguleerde financiële ven-

6 Lidstaten zijn ook verplicht om bestuursrechtelijke handhaving van de CSDDD in te regelen. Wij gaan daar in dit artikel niet op. Zie voor een beschouwing van de bestuursrechtelijke handhaving, zij het gebaseerd op een eerdere versie van de CSDDD, M.A.B. Baks & C.W.M. Lieverse, *Supervision and enforcement under the CSDDD*, Ondernemingsrecht 2023/34.

7 Vgl. D.G. den Bakker, M. Pronk & S. Visser, *Handboek jaarrekening 2024. Jaarrekening, bestuursverslag en duurzaamheidsinformatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2024/40.3.5.

8 Zie art. 3 lid 1 onder g CSDDD.

9 Het gaat dan o.a. om ontwerp, winning, inkoop, productie, transport, opslag en levering van grondstoffen, producten of onderdelen. In preambule (26) van de CSDDD wordt opgemerkt dat de definitie van de term ‘activiteitenketen’ geen betrekking mag hebben op de activiteiten van de downstream zakenpartners van een onderneming in verband met de diensten van de onderneming.

10 Dit tenzij deze producten onder exportcontrole vallen volgens Verordening (EU) 2021/821 of gerelateerd zijn aan wapens, munitie of oorlogsmateriaal. Zie art. 3 onder g CSDDD.

11 Zie art. 3 lid 1 onder a sub (iii).

nootschappen wordt echter wél verwacht dat zij rekening houden met negatieve effecten en hun zogenaemde ‘hefboomwerking’ gebruiken om invloed uit te oefenen op andere vennootschappen.¹²

Ten tweede moeten alle vennootschappen waarop de CSDDD van toepassing is, kort gezegd een klimaattransitieplan opstellen in lijn met het Klimaatakkoord van Parijs. Dit met als doel om duurzame bedrijfsvoering verder te waarborgen.¹³

De CSDDD bouwt in wezen voort op de richtlijnen van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO). De OESO-richtlijnen bieden handvatten voor vennootschappen om met kwesties om te gaan zoals ketenverantwoordelijkheid, mensenrechten, kinderarbeid, milieu en corruptie in een internationale setting.¹⁴ In de literatuur is in dit kader bijvoorbeeld opgemerkt dat de facultatieve verplichtingen (*soft law*) en de daaruit mogelijk voortvloeiende ondernemingsverantwoordelijkheid die voortkomen uit de OESO-richtlijnen in de kern neerkomen op het doen van mensenrechten-due diligence, waarbij dit onderzoek ‘een voortdurende verantwoordelijkheid is die evolueert met de inhoud en de context van de bedrijfsactiviteiten’.¹⁵ Sinds de unanieme goedkeuring van de United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (hierna: UNGPs) in 2011 hebben bedrijven wereldwijd volgens de UNGPs de verantwoordelijkheid om mensenrechten te respecteren. Bedrijven kunnen volgens de UNGPs aan deze verantwoordelijkheid invulling geven door middel van Human Rights Due Diligence (HRDD). De door de United Nations aangestelde werkgroep heeft in

- 12 Zie preambule (51) van de CSDDD. Hoewel gereglementeerde financiële vennootschappen dan ook enkel onderworpen zijn aan verplichtingen inzake passende zorgvuldigheid voor het upstream deel van hun activiteitenketens, blijkt uit de specifieke kenmerken van financiële diensten en de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen welke soorten maatregelen voor financiële ondernemingen geschikt en doeltreffend zijn om in procedures inzake passende zorgvuldigheid te nemen. Zoals ook in de OESO-richtlijnen wordt benadrukt, moeten de specifieke kenmerken van financiële diensten worden erkend. Op grond van art. 36 CSDDD kan er alsnog een harde zorgvuldigheidsverplichting worden opgelegd aan financiële vennootschappen binnen twee jaar na de datum van inwerkingtreding van de CSDDD.
- 13 Deze verplichting geldt dus wel onverkort ook voor gereglementeerde financiële vennootschappen. Zie art. 22 lid 1 jo. art. 3 lid 1 onder a sub (iii) CSDDD.
- 14 Het begrip waardeketen onder de OESO-richtlijn is breder en benadrukt verantwoord wereldwijd ondernemen met meer niet-bindende aanbevelingen. De CSDDD daarentegen legt meer nadrukkelijke wettelijke en specifieke verplichtingen op binnen de Europese Unie en daarbuiten (althoewel de concrete invulling van die verplichtingen vaak onduidelijk is, zie hierna).
- 15 C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 190-94. De CSDDD benoemt zelf ook het (toenemende) belang van de voortdurende en evoluerende verantwoordelijkheden van vennootschappen voor het doen van due diligence naar de (mogelijke) negatieve gevolgen van hun bedrijfsactiviteiten binnen hun waardeketen. Zie preambule (9) van de CSDDD: ‘Mondiale waardeketens, met name waardeketens voor kritieke grondstoffen, worden beïnvloed door schadelijke effecten van natuurlijke of door de mens veroorzaakte risico’s. Schokken die risico’s voor kritieke waardeketens inhouden, zullen in de toekomst waarschijnlijk steeds vaker en harder voorkomen. De privésector kan een belangrijke rol spelen bij het bevorderen van permanente, inclusieve en duurzame economische groei en tegelijkertijd voorkomen dat er op de interne markt onevenwichtigheden ontstaan. Dit toont aan hoe belangrijk het is ondernemingen beter bestand te maken tegen ongunstige scenario’s met betrekking tot hun waardeketens, rekening houdend met externe factoren en sociale, milieu- en governance risico’s.’

2018 vastgesteld dat het in beginsel aan staten is om wetgevingsinitiatieven op te starten die leiden tot afdwingbare HRDD-verplichtingen.¹⁶ De CSDDD is daarvan het wetgevingsvoorbeeld pur sang, die voornoemde soft law daadwerkelijk omzet naar afdwingbare HRDD-verplichtingen.

De Nederlandse wetgever had ook al eerder het voornemen om de naleving van de OESO-richtlijnen (soft law) af te dwingen middels wetgeving (hard law). Dit op basis van de in maart 2021 voorgestelde Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen (hierna: de MVO). De MVO is op 15 september 2023, na de nodige kritiek vanuit het advies van de Raad van State in 2022, aangepast door haar initiatiefnemers. De MVO bevat in het kort een algemene zorgplicht ten aanzien van het voorkomen van negatieve effecten op mensenrechten en het milieu voor Nederlandse vennootschappen actief in het buitenland.¹⁷ Verder bevat de MVO een zorgvuldigheidsverplichting voor Nederlandse vennootschappen die tevens wordt ingevuld door due diligence-verplichtingen ten aanzien van de activiteitenketen van grote Nederlandse vennootschappen.¹⁸

De status van de MVO en de planning van de inwerkingtreding daarvan zijn mede vanwege het akkoord inzake de CSDDD op dit moment onduidelijk. Wel maakt de MVO duidelijk dat (ook) de Nederlandse wetgever naast de Europese wetgever beoogt om voormalige soft law-verplichtingen volgend uit richtlijnen, zoals de OESO-richtlijnen, om te zetten in harde zorgplichten en zorgvuldigheidsverplichtingen voor Nederlandse vennootschappen. Wij komen hier nog op terug in paragraaf 3.

2.2 *Het toepassingsgebied van de CSDDD*

Het toepassingsgebied van de CSDDD is beperkt tot een kleine kring van grote vennootschappen met hoge omzet en grote hoeveelheid werknemers.¹⁹ In Europa betreft het naar verwachting ongeveer 5400 vennootschappen waarop de CSDDD van toepassing zal zijn.²⁰ De CSDDD zal op veruit de meeste in Nederland gevestig-

16 Zie het rapport van 16 juli 2018, *The report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, te raadplegen via <https://ap.ohchr.org/documents>.

17 Zie uitgebreid over de strekking en werking van de OESO-richtlijnen o.a. J. Bazelmans, *Business detox: waardeketens zuiveren van misstanden via due diligence*, in: N. Teesing (red.), *Duurzame handelsketens en het recht: een decennium later* (Vereniging voor Milieurecht), Den Haag: Boom 2024, p. 77-106.

18 Grote Nederlandse vennootschappen zijn volgens het wetsvoorstel vennootschappen die aan twee van de volgende drie vereisten voldoen: (1) netto-omzet van minstens € 40 miljoen, (2) balanstotaal van minstens € 20 miljoen en/of (3) gemiddeld aantal werknemers van 250 (niet op stand-alone basis, maar op basis van zowel moeder- als dochtervennootschappen).

19 De vennootschapsvormen die onder het toepassingsgebied van de CSDDD kunnen vallen, zijn opgenomen conform het bepaalde in art. 3 lid 1 onder a CSDDD in de Richtlijn 2013/34, *Jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen*, bijlage I en II.

20 Zie de cijfers inzake de CSDDD zoals opgenomen in de infographic in het artikel van 24 april 2024, *The European Parliament approves the CSDDD: A step towards corporate justice*, te raadplegen via <https://corporatejustice.org>. Deze cijfers komen voort uit data van Orbis and Eurostat.

de ondernemingen niet, althans niet rechtstreeks, van toepassing zijn. Verder is de CSDDD van toepassing op zowel vennootschappen die zijn opgericht in overeenstemming met de wetgeving van een EU-lidstaat als vennootschappen die zijn opgericht in overeenstemming met de wetgeving van een derde land. Het voorgaande op voorwaarde dat de vennootschap in kwestie voldoet aan de criteria van de CSDDD. Daarmee heeft de CSDDD (ook) extraterritoriale werking ten aanzien van niet-EU-bedrijven die wél voldoen aan de vereisten zoals opgenomen in art. 2 CSDDD. Hier komen wij in het kader van de aansprakelijkheid nog op terug in paragraaf 4. Schematisch weergegeven is de CSDDD van toepassing op vennootschappen die voldoen aan de eisen genoemd in tabel 1 en 2 (hierna: in-scope vennootschappen).

Tabel 1 *Toepassingseisen CSDDD voor EU-vennootschappen*

Vennootschap	Geschatte wereldwijde (netto-) omzet*	Aantal werknemers*
Individuele vennootschappen (op zelfstandige basis)	Meer dan € 450 miljoen	Meer dan 1.000
Uiteindelijke moedervernootschap van een groep (op geconsolideerde basis)**	Meer dan € 450 miljoen	Meer dan 1.000
Vennootschappen die franchise- of licentieovereenkomsten zijn aangegaan of de uiteindelijke moedermaatschappij zijn van een groep** die franchise- of licentieovereenkomsten is aangegaan	Meer dan € 22,5 miljoen voor royalty's, op voorwaarde dat de uiteindelijke moedermaatschappij van die groep een wereldwijde (netto-)omzet had van ten minste € 80 miljoen	N.v.t.

* Drempels waaraan in twee opeenvolgende boekjaren moet worden voldaan; zowel om onderworpen te worden aan de CSDDD als om buiten het toepassingsgebied van de CSDDD te vallen (art. 2 lid 5 CSDDD).

** Wanneer de hoofdactiviteit van de moedervernootschap bestaat in het houden van aandelen in operationele dochterondernemingen en zij zich niet bezighoudt met het nemen van bestuurlijke, operationele of financiële beslissingen die gevolgen hebben voor de groep of een of meer van haar dochterondernemingen, kan zij worden vrijgesteld van het nakomen van de verplichtingen, op voorwaarde dat een van haar EU-dochterondernemingen wordt aangewezen om de verplichtingen namens de moedervernootschap na te komen. De uiteindelijke moedervernootschap blijft samen met de aangewezen dochteronderneming aansprakelijk voor niet-naleving van de verplichtingen (art. 2 lid 3 CSDDD).

Tabel 2 Toepassings-eisen CSDDD voor niet-EU-bedrijven

Vennootschap	Geschatte wereldwijde (netto-) omzet*	Aantal werknemers*
Individuele vennootschappen (op zelfstandige basis)	Meer dan € 450 miljoen	N.v.t.
Uiteindelijke moeder-vennootschap van een groep (op geconsolideerde basis)**	Meer dan € 450 miljoen	N.v.t.
Vennootschappen die franchise- of licentieovereenkomsten zijn aangegaan of de uiteindelijke moedermaatschappij zijn van een groep** die franchise- of licentieovereenkomsten is aangegaan	Meer dan € 22,5 miljoen voor royalty's, op voorwaarde dat de uiteindelijke moedermaatschappij van die groep een wereldwijde (netto-)omzet had van ten minste € 80 miljoen	N.v.t.

* Drempels waaraan in twee opeenvolgende boekjaren moet worden voldaan; zowel om onderworpen te worden aan de CSDDD als om buiten het toepassingsgebied van de CSDDD te vallen (art. 2 lid 5 CSDDD).

** Wanneer de hoofdactiviteit van de moeder-vennootschap bestaat in het houden van aandelen in operationele dochterondernemingen en zij zich niet bezighoudt met het nemen van bestuurlijke, operationele of financiële beslissingen die gevolgen hebben voor de groep of een of meer van haar dochterondernemingen, kan zij worden vrijgesteld van het nakomen van de verplichtingen, op voorwaarde dat een van haar EU-dochterondernemingen wordt aangewezen om de verplichtingen namens de moeder-vennootschap na te komen. De uiteindelijke moeder-vennootschap blijft samen met de aangewezen dochteronderneming aansprakelijk voor niet-naleving van de verplichtingen (art. 2 lid 3 CSDDD).

Relevant om hierbij op te merken is dat er op grond van art. 2 CSDDD nog meer specifieke vereisten gelden, die maken dat mogelijk-erwijs een vennootschap wel, of juist niet (ook) onder het toepassingsgebied van de CSDDD valt.²¹ Tot slot geldt dat art. 2 CSDDD ook expliciet op simpel gezegd 'merken/corporate brands' van toepassing kan zijn, die veelal werken met licentie- en/of franchiseovereenkomsten (zoals bijvoorbeeld de fastfoodketen McDonald's). Hierbij is wel expliciet vereist dat de franchise- en/of licentieovereenkomsten een gemeenschappelijke identiteit en een gemeenschappelijk bedrijfsconcept behelzen en de toepassing van uniforme bedrijfsmethoden waarborgen.²²

2.3 De due diligence-verplichtingen onder de CSDDD

Zoals opgemerkt is het doel van de CSDDD onder andere om een zorgvuldigheidsverplichting aan *in-scope* vennootschappen op te leggen om negatieve effecten op

21 De CSDDD geldt niet voor abi's (alternatieve beleggingsinstellingen), zoals gedefinieerd in art. 4 lid 1 punt a van Richtlijn 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad, of voor instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) in de zin van art. 1 lid 2 van Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad.

22 Zie art. 2 lid 1 en 2 onder c CSDDD.

milieu en mensenrechten te identificeren,²³ te voorkomen²⁴ dan wel te mitigeren.²⁵ Van dergelijke negatieve effecten is sprake, conform art. 3 lid 1 onder b en c CSDDD, wanneer deze effecten het gevolg zijn van een overtreding van een uitgewerkte verbodsbepaling en/of verplichting, zoals opgenomen in bijlage 1 bij de CSDDD, waarop voornoemde zorgvuldigheidsverplichting ziet.²⁶

Om voldoende effectief invulling te geven aan de zorgvuldigheidsverplichtingen onder de CSDDD dienen in-scope vennootschappen passende maatregelen te nemen om de hiervoor beschreven (mogelijke) negatieve effecten op milieu en/of mensenrechten te identificeren en te voorkomen, dan wel de effecten hiervan te mitigeren.²⁷ Dit door het implementeren van een risicogebaseerde passende zorgvuldigheid op het gebied van mensenrechten en milieu (vaak afgekort als HREDD, naar de Engelse aanduiding *human rights and environmental due diligence*) op grond van art. 5 CSDDD binnen de bedrijfsvoering van de in-scope vennootschap en haar groep²⁸ (hierna: het HREDD-beleid).²⁹

Het HREDD-beleid moet enerzijds dus wel *voldoende* effectief zijn, hetgeen deels gewaarborgd wordt door de vereisten zoals opgenomen in art. 5 CSDDD, dat onder meer voorschrijft dat in-scope vennootschappen vastleggen hoe zij hun HREDD-beleid inrichten en *waarom* daarmee voldoende effectief invulling wordt gegeven aan hun zorgvuldigheidsverplichtingen. Daarnaast is hierbij ook art. 7 CSDDD van belang, dat concrete voorbeelden bevat van mogelijke effectieve maatregelen die een in-scope vennootschap kan nemen om negatieve effecten te voorkomen (waaronder het opstellen van concrete actieplannen met stakeholders binnen de branche waar de in-scope vennootschap in acteert, en het contractueel opleggen van ‘CSDDD-proof’ convenanten aan handelsrelaties binnen de activiteitenketen van de in-scope vennootschap).³⁰

Anderzijds houdt de CSDDD wel rekening met specifieke omstandigheden van het geval, waaronder de aard en de omvang van de (mogelijke) negatieve effecten en de relevante risicofactoren (bijvoorbeeld de geografische concentratie en locatie van

23 Zie art. 8 CSDDD.

24 Zie art. 10 CSDDD.

25 Zie art. 11 (jo. art. 9) CSDDD.

26 Bijlage 1 bij de CSDDD bestaat uit twee delen. Deel I behelst een lijst met rechten en verbodsbepalingen volgend uit internationale mensenrechteninstrumenten en een overzichtslijst van de voor de CSDDD relevante instrumenten inzake mensenrechten en fundamentele vrijheden. Deel II behelst een overzicht van de verplichtingen en verbodsbepalingen volgend uit de voor de CSDDD relevante milieu(recht)instrumenten.

27 Zie art. 5, 7 en 8 CSDDD. Hoe vervolgens moet worden omgegaan met eventueel gesignaleerde negatieve gevolgen voor mensenrechten en/of het milieu wordt genormeerd in art. 8 t/m 13 CSDDD.

28 De CSDDD voorziet kort gezegd in de mogelijkheid dat een (moeder)vennootschap de (administratieve) verplichtingen in het kader van het HREDD-beleid onder de CSDDD integraal op zich neemt. Dit wordt gefaciliteerd via art. 6 CSDDD.

29 Zie in dit kader ook E. Jekel & M. Appels, Anticiperen op de langverwachte CSDDD: implicaties en verantwoordelijkheden, VAST 2024/P-017. De definitie HREDD behelst dus een bredere vorm van due diligence-verplichtingen dan hiervoor aan bod is gekomen in het kader van de UNGPs en de daaruit voortvloeiende HRDD-verantwoordelijkheden.

30 Zie art. 13 CSDDD.

het zwaartepunt van de activiteitenketen van een in-scope vennootschap³¹). Kortom, in-scope vennootschappen hebben een zekere beleidsvrijheid om het HREDD-beleid naar eigen inzicht ‘voldoende effectief’ in te richten.

Een in-scope vennootschap geeft concreet invulling aan haar zorgvuldigheidsverplichting door negatieve effecten op milieu en/of mensenrechten niet alleen middels haar eigen (handels)activiteiten te voorkomen en te mitigeren als deze zich voordoen. Op grond van art. 8 CSDDD dient een in-scope vennootschap ook de (handels)activiteiten van haar dochtervennootschappen en zakenpartners in haar activiteitenketen in kaart te brengen, om zodoende op basis van de relevante risicofactoren (zie art. 3 lid 1 onder qg CSDDD) mogelijke negatieve effecten te identificeren en daaropvolgend grondig te beoordelen. Voor deze beoordeling kan een in-scope vennootschap gebruik maken van allerlei vormen van informatie.³² Wanneer directe informatie van zakenpartners nodig is, moet deze bij voorkeur rechtstreeks worden opgevraagd door de in-scope vennootschap. Dit zal in de praktijk tot moeilijkheden kunnen leiden, nu waarschijnlijk niet alle zakenpartners zich hiertoe gehouden zullen voelen.³³ Dit maakt wel dat het steeds belangrijker zal worden om een dergelijke verplichting tot informatieverstrekking onder de CSDDD op te nemen in commerciële contracten.

Wanneer activiteiten binnen de activiteitenketen van een in-scope vennootschap daadwerkelijk negatieve gevolgen met zich meebrengen voor mensenrechten en/of milieu, dan dient de in-scope vennootschap direct passende en effectieve maatregelen te nemen om een einde te maken aan feitelijk schadelijke effecten die ze heeft vastgesteld. Deze maatregelen, zoals opgenomen in art. 11 CSDDD, houden rekening met de betrokkenheid van de in-scope vennootschap en haar invloed op zakenpartners. Als onmiddellijke beëindiging niet mogelijk is, moet de in-scope vennootschap de schade minimaliseren en een plan opstellen met duidelijke tijdschema's en indicatoren voor verbetering. De in-scope vennootschap moet, indien nodig, contractuele garanties vragen en financiële of niet-financiële steun bieden aan zakenpartners. Als alle andere maatregelen geen uitkomst bieden voor de in-scope vennootschap, dan kan de zakelijke relatie tijdelijk worden opgeschort of zelfs beëindigd worden (als *ultimum remedium*), waarbij de gevolgen van deze acties zorgvuldig worden beoordeeld en geminimaliseerd. De CSDDD voorziet ook in een regeling voor prioritering van geïdentificeerde werkelijke en potentiële negatieve gevolgen op grond van art. 9 CSDDD. Op basis hiervan kan kort gezegd een

31 Zie art. 2 lid 1 onder qg CSDDD.

32 Vgl. Ryzazi 2023, p. 20 e.v.

33 De CSDDD voorziet in art. 5 lid 3 bijv. gedeeltelijk in de belangen van zakenpartners. De zakenpartners zijn niet verplicht om handelsgeheimen ('bedrijfsgeheimen') te delen, zoals gedefinieerd in art. 2 punt 1 van Richtlijn (EU) 2016/943, tenzij noodzakelijk voor het voldoen aan de *due diligence*-verplichtingen van de in-scope vennootschap. Hoe dit in de praktijk moet uitwerken, is niet geheel duidelijk. Het voorgaande geldt onverminderd de openbaarmaking van essentiële informatie of de identiteit van zakenpartners, indien dit nodig én gerechtvaardigd is. Handelsgeheimen kunnen worden beschermd volgens de mechanismen van Richtlijn (EU) 2016/943, en zakenpartners zijn nooit verplicht gerubriceerde informatie of informatie die de staatsveiligheid bedreigt openbaar te maken.

in-scope vennootschap prioriteit geven aan het mitigeren van de ernstigste en meest waarschijnlijke negatieve effecten.

Naast de eigen zorgvuldigheidsverplichtingen van in-scope vennootschappen en de voortdurende invulling daarvan via het HREDD-beleid moeten in-scope vennootschappen ook een klachtenprocedure introduceren op grond van art. 14 CSDDD. Deze klachtenprocedure moet het mogelijk maken voor individuen en organisaties³⁴ om melding te doen over daadwerkelijke of potentiële negatieve gevolgen voor mensenrechten en/of milieu met betrekking tot de eigen activiteiten, de activiteiten van dochterondernemingen of de activiteiten van zakenpartners binnen de activiteitenketen van de in-scope vennootschap.

Tot slot schrijft art. 4 CSDDD het niveau van harmonisatie voor met betrekking tot de invoering van nationale wetgeving door lidstaten in overeenstemming met de CSDDD. Interessant hieraan is dat lidstaten geen wetgeving mogen invoeren die zorgvuldigheidseisen op het gebied van mensenrechten en milieu opleggen die afwijken van de zorgvuldigheidsverplichting zoals opgenomen in de CSDDD. Het staat lidstaten echter wel vrij om strengere bepalingen in te voeren dan de hiervoor besproken zorgvuldigheidsverplichting volgend uit de CSDDD, of om specifiekere bepalingen in te voeren met als doel om een hoger niveau van bescherming van – kort gezegd – mensenrechten en het milieu te bieden.

2.4 De verplichtingen inzake het klimaattransitieplan onder de CSDDD

Op grond van art. 22 CSDDD moeten lidstaten voorts bij de implementatie van de CSDDD ervoor zorgen dat in-scope vennootschappen verplicht zijn transitieplannen op te stellen en uit te voeren om de klimaatverandering te beperken (hierna: het Klimaattransitieplan).

Het Klimaattransitieplan behelst een maximale inspanningsverplichting om ervoor te zorgen dat de bedrijfsvoering en -strategieën van in-scope vennootschappen in lijn zijn met de transitie naar een duurzame economie en het beperken van de opwarming van de aarde tot 1,5 °C. Deze doelstellingen en inspanningsverplichtingen volgen uit het Klimaatakkoord van Parijs. Het ontwerp van het Klimaattransitieplan moet doelen omvatten voor verschillende tijdsperiodes, maatregelen om deze doelen te bereiken, investeringen ter ondersteuning van het Klimaattransitieplan, en de rol van organen van de in-scope vennootschap hierin.

In-scope vennootschappen die rapporteren over dergelijke overgangsplannen in het Klimaattransitieplan dienen dit volgens bepaalde richtlijnen te doen. Wanneer er echter voldaan wordt aan de minimumvereisten van art. 22 CSDDD is nog onduidelijk (waarover meer in par. 3.6 hierna).³⁵ Het Klimaattransitieplan moet te

34 Waaronder ngo's, maatschappelijke organisaties en vakbonden en andere werknemersvertegenwoordigers die individuen vertegenwoordigen binnen de waardeketen. Zie art. 14 lid 2 CSDDD.

35 Op grond van art. 19 CSDDD is wel al duidelijk dat er zogenoemde *guidelines* zullen volgen, waarin onder meer zal worden verduidelijkt hoe in-scope vennootschappen in de praktijk met het Klimaattransitieplan moeten omgaan. Het lijkt erop dat deze *guidelines* 2,5 jaar na de inwerkingtreding van de CSDDD beschikbaar zullen worden.

vens jaarlijks worden bijgewerkt en de voortgang bij het behalen van de gestelde doelen beschrijven.

2.5 *De algemene publicatieverplichtingen onder de CSDDD in samenhang met de CSRD*

De CSDDD maakt deel uit van het nog altijd uitdijende pakket aan duurzaamheidswetgeving dat (grotendeels) onder de noemer van de EU 'Green Deal' vanuit Brussel over de Europese markt wordt uitgerold. Hoewel het een opzichzelfstaande richtlijn is, grijpt de CSDDD op onderdelen aan bij andere Europese duurzaamheidswetgeving. Met name bij de Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD),³⁶ die op 5 januari 2023 in werking is getreden. De eerste groep van vennootschappen zal in 2025 voor het eerst conform de CSRD gaan rapporteren.³⁷

Zo moeten in-scope vennootschappen op basis van art. 16 CSDDD elk jaar een verklaring op hun website plaatsen waarin zij rapporteren over hun naleving van de CSDDD. Deze verklaring hoeft niet apart op de website te worden gezet als een in-scope vennootschap tevens verplicht is om een duurzaamheidsverslag op te stellen conform de CSRD. In zo'n duurzaamheidsverslag zal de in-scope vennootschap namelijk al (zeer) uitgebreide duurzaamheidsinformatie moeten opnemen. Die informatie omvat mede verklaringen omtrent bepaalde reductiedoelstellingen ten aanzien van duurzaamheid (denk aan scope 1-, 2- en 3-emissies). De CSRD vereist ook rapportage over het Klimaattransitieplan van de vennootschap, mits zij die heeft opgesteld. Als er geen Klimaattransitieplan is opgesteld, dan zal de vennootschap moeten verklaren of, en zo ja, wanneer zij een dergelijk plan zal opstellen. In tegenstelling tot de CSDDD bevat de CSRD dus niet een verplichting tot het opstellen van een Klimaattransitieplan. De verwachting is echter wel dat vennootschappen die onder de CSRD verklaren geen Klimaattransitieplan te hebben onder (grote) druk komen te staan om wel degelijk zo'n plan op te stellen.³⁸ Daarmee, maar ook meer in het algemeen, zullen de rapportageverplichtingen onder de CSRD ervoor zorgen dat de vennootschappen die onder het toepassingsgebied van die richtlijn vallen – en dat zijn er aanzienlijk meer dan het verwachte aantal in-scope vennootschappen – in de praktijk tot op zekere hoogte al aan de verplichtingen onder de CSDDD zullen gaan voldoen nog voordat de CSDDD is geïmplementeerd.

36 Richtlijn (EU) 2022/2464 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 537/2014, Richtlijn 2004/109/EG, Richtlijn 2006/43/EG en Richtlijn 2013/34/EU, met betrekking tot duurzaamheidsrapportering door ondernemingen.

37 Op basis van de MvT bij de consultatiewet van de CSRD is expliciet benoemd door de Nederlandse wetgever dat niet wordt beoogd om met de CSRD wijzigingen aan te brengen in de aansprakelijkheidsregels die gelden voor bestuurders en commissarissen op grond van art. 2:139 en 2:150 BW. Tegenover derden blijven zij op grond van voornoemde artikelen hoofdelijk aansprakelijk voor schade die het gevolg is van een misleidende voorstelling van zaken zoals opgenomen in de jaarrekening en/of het bestuursverslag, waar de duurzaamheidsrapportering volgend uit de CSRD onderdeel van uit gaat maken. Vgl. C.M. Roozen & S.F.W. Vereijken-van den Bosch, De CSRD: de nieuwe standaard voor duurzaamheidsrapportering, TvJ 2023, afl. 5/6, p. 131-142.

38 Zie hierover uitgebreider R.G. Bloemberg, Wordt de Shell-uitspraak ingehaald met de komst van de CSDDD? Een vergelijking tussen de reductieplicht uit het Shell-vonnis en de CSDDD, *Ondernemingsrecht* 2024/42.

3 Verkenning van de civielrechtelijke handhaving van de CSDDD

3.1 Algemene introductie van de rol van het Nederlandse civiele recht inzake duurzaamheid

- *Corporate social responsibility en de MVO*

In paragraaf 2 zijn de MVO en de OESO-richtlijnen al kort aan bod gekomen. De MVO en de OESO-richtlijnen brengen de nodige normstellingen met zich mee die maatschappelijk verantwoord ondernemen stimuleren (de zogenoemde *corporate social responsibility*, oftewel CSR). CSR betreft dan ook in wezen een normenstelsel dat als doelstelling heeft dat het maken van winst door een vennootschap niet ten koste mag gaan van de rechtmatige belangen van derden.³⁹

Hiervoor is al kort aan bod gekomen dat CSR soft law aanknopingspunten lijkt te kunnen bieden, wanneer zij gekwalificeerd wordt als standaard die in het maatschappelijk verkeer van Nederlandse vennootschappen kan worden verwacht, en wanneer deze soft law zich ontwikkelt tot normen van ongeschreven recht in de zin van art. 6:162 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW), waaruit een zorgvuldigheidsverplichting voortvloeit.⁴⁰ Voordat wij toekomen aan een behandeling van de vraag of en in hoeverre de CSDDD een daadwerkelijke en concrete zorgvuldigheidsverplichting met zich meebrengt voor niet enkel de in-scope vennootschap, maar ook haar gehele activiteitenketen, zullen wij kort ingaan op de ontwikkeling van CSR-normen naar een ESG (*Environment, Social & Governance*)-normenkader.

CSR komt theoretisch gezien op basis van de *triple-P*-theorie (*People, Planet en Profit*) neer op langetermijnwaardcreatie in drie dimensies.⁴¹ Deze *triple-P*-theorie zoekt naar een balans tussen winstgevendheid (Profit) en het bredere maatschappelijke belang van het klimaat (Planet) en mensen- en werknemersrechten (People) in de bedrijfsvoering van vennootschappen. Volgens de *triple-P*-theorie is het 'bestendig succes' van een vennootschap niet alleen afhankelijk van winst, maar vooral van maatschappelijk verantwoorde en duurzame bedrijfsvoering.⁴²

39 O.R.J.C. Freens & H. Koster, Enkele bespiegelingen over (juridische) regulering en instrumenten om maatschappelijk verantwoord ondernemen na te streven, O&F 2018, afl. 2, p. 44.

40 Van Dam 2020, p. 190-194; A.H.F. Verdam, Schending van art. 2:8 BW en onrechtmatige daad, WPNR 2017, afl. 7163, p. 691-700; E. Stein & A.G. Castermans, Urgenda v. the State of the Netherlands: The 'reflex effect' – Climate change, human rights, and the expanding definitions of the duty of care, McGill Journal of Sustainable Development Law (13) 2017, afl. 2, p. 312-314.

41 SER-advies mei 2010, p. 27. Zie ook A.J.A.J. Eijssbouts & B. Kemp, Over maatschappelijk verantwoord ondernemen, waardecreatie, ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang, TvOB 2012, afl. 5, p.121-125.

42 C. van Woensel, The framework of CSR, in: A.G. Castermans & C. van Woensel (red.), CSR for young business lawyers, Den Haag: Eleven International Publishing 2017, p. 88-89. Denk in dit kader bijv. ook aan de Oslo Principles on Global Climate Change Obligations (hierna: de Oslo Principles). De Oslo Principles hebben als doel dat zowel vennootschappen als staten – heel kort gezegd – de doelstelling van het Klimaatakkoord van Parijs behalen door de nodige 'relevante maatregelen' te nemen.

Voornoemde soft law in het kader van CSR heeft een niet-bindend karakter voor vennootschappen. Wel hebben in de afgelopen jaren vele vennootschappen zich vrijwillig verbonden aan CSR, doen vennootschappen CSR-commitments en rapporteren vennootschappen over hun CSR-impact. Hierdoor is de normstelling die volgt uit CSR-soft law steeds relevanter geworden in juridische zin; deze vormt meer en meer een aanknopingspunt voor de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (art. 6:162 lid 2 BW) in het kader van wat van vennootschappen mag worden verwacht in het maatschappelijk verkeer.⁴³

Het vrijwillig committeren door vennootschappen aan CSR-gerelateerde soft law heeft door de jaren heen dan ook een steeds minder vrijblijvend karakter gekregen. In het economisch verkeer wordt er steeds meer waarde gehecht aan het predicaat duurzaamheid,⁴⁴ CSR en sinds enkele jaren ook ESG. Het vrijwillig committeren aan soft law in het kader van bijvoorbeeld het opstellen en publiekelijk delen van een CSR-beleid kan dan ook een tekortkoming opleveren in professionele verhoudingen tussen vennootschappen,⁴⁵ een oneerlijke handelspraktijk opleveren⁴⁶ en daarmee misleidend zijn (waaronder begrepen ‘greenwashing’⁴⁷), en mogelijk zelfs bijdragen aan de vaststelling van wanbeleid.⁴⁸ Voor beursgenoteerde vennootschappen brengt vrijwillige binding aan CSR-soft law ook de verplichting mee om hierover in het bestuursverslag jaarlijks verslag te doen hoe zij deze naleeft.⁴⁹ Ook de opkomst van *sustainable finance*, zoals *green bonds* en *sustainability-linked bonds*,

43 Vgl. L.H.F. Enneking, Van beleid naar gepaste zorgvuldigheid in mondiale waardeketens, NTBR 2022/43.

44 Zie recent nog Rb. Amsterdam 20 maart 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:1512 (Fossielvrij/KLM), r.o. 4.22 en 4.45, waarin de rechtbank opmerkt dat consumenten zich bezighouden met duurzaamheid en dat de wens om daarin betere keuzes te maken in toenemende mate een rol speelt bij de beslissing om een bepaald product wel of niet te kopen. De consument is gevoelig voor groene claims vanuit een alertheid voor klimaatgerelateerde kwesties.

45 Zie bijv. Rb. Amsterdam 22 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1913, r.o. 4.20, waarin de rechtbank overweegt dat de verplichtingen van partijen mede worden bepaald door de redelijkheid en billijkheid, wat inhoudt dat ze rekening moeten houden met elkaars belangen. Ondanks dat G-Star geen bestellingsverplichting had, vulde G-Star jarenlang de productiecapaciteit van Vert, maar kondigde in augustus 2020 plots aan bijna niets meer te bestellen. Dit negeren van Verts belangen en het niet nakomen van beloofde CSR-maatregelen volgend uit haar CSR-beleid, om ontslagen te voorkomen bij haar partners (waaronder Vert), valt G-Star te verwijten en levert uiteindelijk een tekortkoming op.

46 A.L. Vytopil e.a., Aansprakelijkheid in verband met ‘greenwashing’? Over oneerlijke handelspraktijken en wettelijk (on)verplichte MVO-verklaringen, TvOB 2017, p. 52.

47 Zie recent nog Rb. Amsterdam 20 maart 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:1512 (Fossielvrij/KLM).

48 Zie Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, ECLI:NL:GHAMS:1979:AC6622 NJ 1980/73 m.nt. J.M.M. Maeijer (Batco), waarin de Ondernemingskamer oordeelde dat het feit dat de betreffende vennootschap zich aan de toentertijd geldende OESO-richtlijnen had gecommitteerd niet doorslaggevend was, maar ook niet zonder betekenis voor haar conclusie van wanbeleid. De OESO-richtlijn schreef kort gezegd samenspraak voor met werknemersvertegenwoordigers, wat uit was gebleven bij het nemen van herstructureringsbeslissingen en het genomen besluit om een lucifersfabriek in Nederland te sluiten. Hoewel overtreding van deze OESO-richtlijnen niet per se een onrechtmatige daad oplevert, spelen ze volgens de Ondernemingskamer wel een aanvullende rol bij de bepaling van wanbeleid.

49 Zie best practice bepaling 1.1.4 CGC. Zie ook art. 2 van het Besluit inhoud bestuursverslag en art. 2:391 lid 5 BW. Voor beursvennootschappen is het verplicht om de CGC na te leven.

en de daarmee samenhangende raamwerken die doorlopende rapportage over duurzaamheid voorschrijven, waaronder de ICMA Green Bonds Principles, dwingen vennootschappen om steeds kritischer te kijken naar hun duurzaamheidsprofiel en de wijze waarop zij daarover naar de markt communiceren.⁵⁰

• *Opkomst ESG in het verlengde van CSR*

Wereldwijd is ESG een hot topic, verwijzend naar de drie centrale factoren bij het meten van de duurzaamheid en maatschappelijke impact van onder andere een vennootschap. De opkomst van ESG komt in essentie voort uit het gedachtegoed van CSR. Daar waar CSR ertoe strekt om maatschappelijk verantwoorde en duurzame bedrijfsvoering door vennootschappen te realiseren, met als doel om bij te dragen aan een betere samenleving en schoner milieu, vormt ESG een gestructureerde en meetbare manier om voornoemd doel te bereiken en ook daadwerkelijk de daaruit voortvloeiende zorgvuldigheidsnormen te integreren binnen de strategie van de vennootschap. Kortom, ESG maakt CSR in wezen meetbaar en daarmee afdwingbaar(der) jegens onder andere vennootschappen.

Een dergelijke ontwikkeling zien wij ook in Nederland. Naar aanleiding van achtereenvolgend de Urgenda-uitspraak⁵¹ en de Shell-uitspraak⁵² zijn de zogenoemde Kelderluik-criteria relevant geworden voor het vaststellen van zorgplichten in het kader van soortgelijke CSR- en ESG-thema's. Voor de Nederlandse Staat respectievelijk de vennootschap Shell werd een zorgplicht vastgesteld (gebaseerd op horizontaal doorwerkende mensenrechten) op grond waarvan zij verplicht waren om kort gezegd effectieve maatregelen te nemen om gevaarlijke klimaatverandering tegen te gaan. Recent nog is in de KlimaSeniorinnen-zaak bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (het EHRM) bepaald dat Staten bovendien verplicht zijn om de CO₂-emissies vanaf hun grondgebied geleidelijk aan te verminderen en regelmatig hun klimaatdoelstellingen bij te stellen op basis van due diligence. Oftewel, een zorgplicht volgend uit mensenrechten voor in ieder geval staten lijkt in dit kader niet enkel meer de verplichting met zich mee te brengen om alleen effectieve (mitigerende) maatregelen te treffen. Dergelijke mitigerende maatregelen moeten ook daadwerkelijk worden getoetst middels due diligence of zij effectief zijn en bijdragen aan het behalen van de gestelde (klimaat)doelen.

Hiervoor hebben wij het in het kader van CSR- en ESG-normering telkens over zorgvuldigheidsverplichtingen gehad. In de literatuur en in de rechtspraak worden de (maatschappelijke) zorgvuldigheidsplicht en de zorgplicht nog wel eens door elkaar gebruikt.⁵³ Wij proberen nu een onderscheid aan te brengen, hetgeen straks

50 Zie hierover o.a. C.W.M. Lieveerse, *Transparantie en sustainable finance. Over greenwashing en door de bomen het bos niet meer zien*, FR 2024, afl. 4, p. 15-22; zie ook L. Hartman-Ohnesorge, *De Europese sustainable-finance-regelgeving: beleggersbescherming, efficiëntie en verduurzaming*, AA 2022, p. 586-595.

51 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (Urgenda).

52 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.11 (Milieudefensie/Shell). Tegen deze uitspraak loopt op dit moment een hoger beroep. De zittingsdagen hebben reeds plaatsgevonden en het arrest van het gerechtshof Den Haag staat voorsnog op de rol van 12 november 2024.

53 T. Hartlief, *Is de zorgplicht ons een zorg?*, NJB 2017/965, p. 1241 e.v.

nog relevant is ten aanzien van onze verkenning van de mogelijke civiele aansprakelijkheidsgronden onder de CSDDD. Een zorgvuldigheidsplicht verwijst naar algemene voorzichtigheidsnormen die voortkomen uit de rechtspraak en maatschappelijke opvattingen, maar niet expliciet in wetgeving zijn vastgelegd; deze zijn vaak ongeschreven. In tegenstelling hiermee impliceert een zorgplicht een meer specifieke verantwoordelijkheid om bepaalde voorzorgsmaatregelen te nemen in een specifieke context om schade (aan derden) te voorkomen.⁵⁴ Terwijl de zorgvuldigheidsplicht breder en algemener is, legt de zorgplicht specifiekere verplichtingen op in bepaalde situaties.

Deze zorgplicht impliceert dan ook een concretere rechtsplicht, die tevens gebaseerd is op art. 6:162 lid 2 BW, die verder gaat dan een (maatschappelijke) zorgvuldigheidsplicht. Deze zorgplicht zou vertaald naar het Nederlandse ondernemingsrecht niet enkel gaan om het betrachten van zorgvuldigheid, maar ook om een proactieve houding en preventie.⁵⁵ Het betreft dan ook meer een zorgvuldigheidsverplichting dan een zorgvuldigheidsplicht, nu er meer van (Nederlandse) vennootschappen wordt verwacht dan enkel het betrachten van zorgvuldigheid. In paragraaf 3.2 zullen wij nader ingaan op de concrete zorgvuldigheidsverplichtingen volgend uit de CSDDD in dit kader.

In het kader van het ondernemingsrecht wordt voornoemde zorgvuldigheidsverplichting nader genormeerd via het vennootschappelijk belang (art. 2:8 BW). Het vennootschappelijk belang – kort gezegd de duurzame langetermijnwaardecreeatie en daarmee bestendige, succesvolle voortgang van de vennootschap – brengt niet alleen een belangenafweging tegenover de belangen van de aandeelhouders, werknemers en schuldeisers met zich mee naar Nederlands recht.⁵⁶ Deze belangenafweging is vanuit het stakeholdermodel breder.⁵⁷ De maatschappelijke betekenis van een Nederlandse vennootschap neemt steeds meer toe naarmate zij qua omvang groter is of wordt. Zeker bij beursvennootschappen is dit het geval. Dit vooral ook vanwege de Nederlandse Corporate Governance Code (hierna: CGC),⁵⁸ waarin sinds de update van december 2022 behalve langetermijnwaardecreeatie ook duurzaam

54 Hartlief 2017, p. 1241 e.v.

55 S. Bartman, *Minderheidsaandeelhouders: tussen exit en zorgplicht*, in: J.M.M. Maeijer e.a. (red.), *Concernverhoudingen* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 69), Deventer: Kluwer 2002, p. 29 e.v.; A.G. Castermans, *Het klimaatgevaar en het gouden kelderluik*, AA 2016, afl. 1, p. 34-40.

56 Eijsbouts & Kemp 2012, p. 121.

57 B. Kemp, *Aandeelhoudersverantwoordelijkheid. De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 129) (diss. Maastricht), Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 3.7.

58 De Nederlandse Corporate Governance Code 2022.

heid centraal is gesteld.⁵⁹ Het lijkt dan ook om een brede belangenafweging te gaan, waarbij maatschappelijke belangen een steeds grotere rol *kunnen* en in veel specifieke gevallen al zijn gaan spelen bij de invulling van het vennootschappelijk belang.⁶⁰

3.2 *Zorgplichten volgend uit de CSDDD naar Nederlands recht*

Met de EU Green Deal en de daaruit voortkomende 'harde' Europese wetgeving zoals de CSDDD worden dergelijke CSR- en ESG-open normen niet vervangen. Zorgvuldigheidsverplichtingen blijven afdwingbaar, ook ten aanzien van vennootschappen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

De CSDDD concretiseert echter wel nader *wat* er dan (op hoofdlijnen) van in ieder geval een in-scope vennootschap kan worden verwacht in het kader van haar zorgvuldigheidsverplichtingen volgend uit ongeschreven en in het geval van de CSDDD dus ook geschreven wet- en regelgeving. De CSDDD, als onderdeel van de toemende ESG-normering, vormt immers het voor de in-scope vennootschappen ontwikkelde normenkader waaraan vennootschappen zich moeten houden om hun *license to operate* te behouden.

De vraag die bij ons dan ook opkomt, is in hoeverre de CSDDD niet een concrete zorgplicht voor een in-scope vennootschap met zich meebrengt voor haar gehele activiteitenketen. Enerzijds kan het antwoord bevestigend luiden, nu de CSDDD specifieke zorgvuldigheidsnormen en met name ook zorgvuldigheidsverplichtingen voorschrijft (zie par. 2). Anderzijds komen wij bij een analyse van deze geschreven en hard law-zorgvuldigheidsverplichtingen wel tot de conclusie dat deze vrij breed en soms zelfs ietwat vaag geformuleerd zijn.⁶¹ In andere woorden: voor een in-scope vennootschap zal het wellicht duidelijk zijn dat zij *iets* moet doen op basis

59 Zie in dit kader uitgebreid H.J. de Kluiver, *Ondernemingsrecht, mensenrechten en klimaat. Doen we de goede dingen en doen we ze goed? Over moeizame regulering en gebrek aan focus*, NJB 2022/952. De Kluiver merkt onder meer expliciet op dat de (nieuwe) CGC uit 2022 als doel heeft om (beursgenoteerde) vennootschappen te verplichten een gedegen inzicht te geven in de wijze waarop zij invulling geven aan de ESG-aspecten van hun onderneming en de effecten daarvan in de productie en waardeketen (met verwijzingen aldaar). Onder verwijzing naar de totstandkoming van de (nieuwe) CGC uit 2022 benoemt De Kluiver dat (beursgenoteerde) vennootschappen in dit kader een duidelijke ESG-strategie moeten ontwikkelen en specifieke doelstellingen moeten formuleren. Ze moeten hierover verantwoording afleggen in het jaarlijkse bestuursverslag, de belangen van relevante stakeholders in hun overwegingen meenemen en een beleid opstellen voor een dialoog met stakeholders. Deze doelstellingen zijn onder meer vastgelegd in principe 1.1, 1.2 en 1.4 CGC. Zie ook H.J. de Kluiver, *De 'exceptio klimatologica'*. Over aansprakelijkheid van bestuurders voor klimaatbeleid, en over het spanningsveld tussen 'vennootschappelijk belang' en 'bestendig succes', in: J. van Bekkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2022-2023* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 181), Deventer: Wolters Kluwer 2023/II.4.3 ('Vennootschappelijk belang nader bezien').

60 Zie bijv. specifiek ten aanzien van bancaire instellingen P. Heemskerk & R.H.J. Cox, *Bancaire klimaat aansprakelijkheid onder invloed van duurzaamheidswetgeving*, MvV 2023, afl. 3, p. 93-106.

61 Dit waren ook onder meer redenen voor de Raad voor regelgevingstoetsing van de Commissie om een negatief advies uit te brengen over eerdere concepten van de CSDDD. De brede en vage formulering is ook regelmatig genoemd door EU-lidstaten om zich tegen de (tekst van de) CSDDD uit te spreken.

van de hiervoor benoemde inspanningsverplichting in dit kader (het opstellen van een effectief HREDD-beleid en een Klimaattransitieplan), maar lang niet altijd *hoe* precies aan voornoemde inspanningsverplichting invulling dient te worden gegeven door een in-scope vennootschap.⁶² Als de zorgvuldigheidsnormen te vaag zijn onder de CSDDD, dan vragen wij ons af hoe je in het concrete geval daadwerkelijk van een in-scope vennootschap een zorgplicht volgend uit de CSDDD kunt verlangen. Wij gaan er voornamelijk van uit dat de CSDDD in zijn algemeenheid een zorgvuldigheidsverplichting met zich meebrengt voor in-scope vennootschappen, die mogelijk onder de gegeven omstandigheden wellicht toch een zorgplicht kan blijken te zijn.⁶³ De tijd (en rechtspraak) zal het ons leren.⁶⁴

Verder brengt de CSDDD mogelijk (ook) een normstelling mee voor niet-in-scope vennootschappen. Dit alleen al omdat de CSDDD ongeschreven recht bevestigt in overweging 5 van de preambule: ‘In bestaande internationale normen over verantwoord ondernemen wordt gespecificeerd dat ondernemingen de mensenrechten moeten beschermen en wordt vermeld hoe zij de bescherming van het milieu in hun activiteiten en activiteitenketens moeten aanpakken.’ Hierbij maakt de CSDDD een expliciete koppeling met de UNGPs, een vorm van soft law die de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van vennootschappen kan duiden, en dan met name de verantwoordelijkheid van vennootschappen ten aanzien van mensenrechten.⁶⁵ Deze zorgvuldigheidsnorm werd tot voor kort concreet nader ingevuld door onder andere de OESO-richtlijnen,⁶⁶ waarop de CSDDD voortborduurde (zie par. 2.1 hiervoor).

Verder kleurt de CSDDD tot op zekere hoogte ook het vennootschappelijk belang nader in. Zo staat opgemerkt in overweging 4 van de preambule van de CSDDD: ‘Ook ondernemingen hebben er belang bij mensenrechten en het milieu te beschermen, met name gezien de toenemende bezorgdheid van consumenten en beleggers over deze kwesties.’ In Nederland geldt al langer het stakeholdermodel,⁶⁷ hetgeen

62 Zie in dit kader ook A. van Baar, *The CSDDD and meaningful human rights due diligence: Some opportunities and threats*, *Compliance, Ethics & Sustainability* 2023, afl. 6, p. 299-305. Van Baar uit in haar artikel bedenkingen over de CSDDD. Het opstellen van een HREDD-beleid is volgens Van Baar te veel gefocust op het proces zelf. Van Baar vindt dat er meer focus moet zijn op de uitkomst van het proces. Door te veel te vertrouwen op externe deskundigen, auditors en certificeerders wordt CSDDD een zogenoemde ‘tick-the-box exercise’ om maar te voldoen aan de lang niet altijd even duidelijke eisen van de CSDDD.

63 Vgl. J.E. Brink-van der Meer & B.C. de Graaff, *ESG en corporate governance: chefsache?*, *TvJ* 2024, afl. 5/6, p.156-158.

64 Op grond van art. 19 CSDDD is wel al duidelijk dat er zogenoemde guidelines zullen volgen waarin onder meer zal worden verduidelijkt hoe in-scope vennootschappen in de praktijk invulling moeten geven aan – heel kort gezegd – hun zorgvuldigheidsverplichtingen door middel van best practice bepalingen. Of en in hoeverre deze guidelines daadwerkelijk de zorgvuldigheidsverplichtingen onder de CSDDD verduidelijken, valt op dit moment niet te zeggen. Het lijkt erop dat deze guidelines 2,5 jaar na de inwerkingtreding van de CSDDD beschikbaar zullen worden.

65 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (Milieudefensie/Shell), r.o. 4.4.11.

66 Vgl. Enneking 2022.

67 Vgl. B.F. Assink, *Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang*, *WPNR* 2015, afl. 7048, p. 103-117.

in het Nederlandse ondernemingsrecht toch wel als vanzelfsprekend wordt gezien. Het vennootschappelijk belang wordt daarin niet enkel bepaald door de belangen van de aandeelhouders (het shareholdermodel). Nee, in het vennootschappelijk belang dienen in de regel net zo goed de belangen van derden te worden meegewogen.⁶⁸ Op basis van het Cancun-arrest geldt in ieder geval sinds 2014 al dat als uitgangspunt heeft te gelden dat het vennootschapsbelang meestal wordt bepaald door het bevorderen van het bestendig succes van de eigen onderneming, en dat het bestuur op grond van de redelijkheid en billijkheid een zorgvuldigheidsverplichting heeft ten aanzien van de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken.⁶⁹ Wat wij in het Nederlandse ondernemingsrecht al steeds meer wisten, lijkt nu ook op Europees niveau bevestigd door de CSDDD: het is in het belang van vennootschappen, zeker grote vennootschappen, om zorgvuldigheid te betrachten ten opzichte van (het deel van) de wereld waarin zij actief zijn, het daar aanwezige klimaat, de biodiversiteit en de mensen die daarin leven, ESG-thema's pur sang.

Kortom, de CSDDD brengt concrete zorgvuldigheidsverplichtingen met zich mee voor in-scope vennootschappen, zoals opgenomen in paragraaf 2 hiervoor, welke zorgvuldigheidsverplichtingen via art. 6:162 lid 2 BW kunnen worden afgedwongen onder de CSDDD. In specifieke gevallen is denkbaar dat het zelfs om een (geschonden) zorgplicht van een in-scope vennootschap zou kunnen gaan, maar in zijn algemeenheid gaat deze kwalificatie van de normering voor in-scope vennootschappen volgend uit de CSDDD ons nog wat te ver. Wel wordt er op Europees niveau met de CSDDD meer een level playing field gecreëerd voor wat er van in-scope vennootschappen wordt verwacht, welke belangen hun vennootschappelijk belang en daarmee hun strategie inkleuren, en dat er dus een zorgvuldigheidsverplichting bestaat die ook in-scope vennootschappen noopt om, kort gezegd, bredere ESG-aspecten in hun strategie en bedrijfsvoering te betrekken.⁷⁰

3.3 Verkenning van de aansprakelijkheidsgrondslagen volgend uit de CSDDD

Na voornoemde verkenning van de algemene zorgvuldigheidsverplichting volgend uit de CSDDD, behandelen wij nu de concrete normstellingen daarvan volgend uit de CSDDD zelf.

68 Zie in dit kader uitgebreid de oratie van B. Kemp, Naar een werkbaar en realistisch model voor stakeholder governance en de rol van aandeelhouders daarin, MvO 2022, afl. 1-2, par. 2.

69 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (Cancun).

70 Voor de rapportageverplichtingen onder de CSRD moet de zogenoemde dubbele materialiteitstoets worden toegepast. Deze toets houdt, kort gezegd, in dat duurzaamheidsaspecten moeten worden afgewogen vanuit zowel een *outside in* (d.w.z. levert een externe factor (mogelijk) een materieel risico of kans op voor de onderneming) als een *inside out* (d.w.z. heeft de bedrijfsvoering (mogelijk) materiële impact op mens en milieu). De CSDDD richt zich echter vooral op de mogelijke impact die de bedrijfsvoering van een in-scope vennootschap en haar activiteitenketen heeft of kan hebben op het klimaat en mensenrechten. De CSDDD beperkt zich daarmee tot een *inside out*-perspectief. Dat neemt niet weg dat in-scope vennootschappen doorgaans ook materiële externe (duurzaamheids) factoren zullen meenemen in de bepaling van hun strategie en bedrijfsvoering – ongeacht of zij nu onderhevig zijn aan de CSRD –, nu die factoren vaak een belangrijke financiële impact kunnen hebben.

Op grond van art. 29 CSDDD kunnen in-scope vennootschappen aansprakelijk worden gehouden voor schade, indien zij bewust of roekeloos hun verplichtingen uit art. 10 CSDDD (voorkomen van potentiële negatieve effecten van activiteiten in de activiteitenketen) en art. 11 CSDDD (beëindigen van negatieve effecten van effecten in de activiteitenketen) niet zijn nagekomen. Deze aansprakelijkstelling komt in de kern neer op het sanctioneren van voornoemde zorgvuldigheidsverplichting die de CSDDD voor in-scope vennootschappen met zich meebrengt.

- Aansprakelijkheid onder de CSDDD

De lidstaten dienen er op grond van art. 29 lid 1 CSDDD voor te zorgen dat een in-scope vennootschap aansprakelijk kan worden gesteld voor schade die is toegebracht aan een natuurlijke of rechtspersoon, mits de in-scope vennootschap opzettelijk of uit onachtzaamheid niet heeft voldaan aan de op haar rustende zorgvuldigheidsverplichtingen volgend uit de CSDDD.⁷¹ Dit geldt wanneer het betreffende recht, verbod of verplichting bedoeld is om de natuurlijke of rechtspersoon te beschermen; oftewel het moet gaan om een schending van een zorgplicht volgend uit de CSDDD. De schade moet zijn veroorzaakt door een nalaten van de in-scope vennootschap in de nakoming van de zorgvuldigheidsverplichtingen onder de CSDDD (bijvoorbeeld het niet hebben van een voldoende effectief HREDD-beleid) en mag niet uitsluitend zijn veroorzaakt door zakenpartners in de activiteitenketen van de in-scope vennootschap.⁷²

De wettelijke aansprakelijkheidsregels van de CSDDD beperken de aansprakelijkheid van in-scope vennootschappen onder het Unierecht of nationale recht niet en doen geen afbreuk aan strengere aansprakelijkheidsregels die mogelijk anderszins gelden (zie art. 29 lid 6 CSDDD).

Art. 12 CSDDD verplicht lidstaten ervoor te zorgen dat in-scope vennootschappen die negatieve effecten veroorzaken of daaraan bijdragen, verantwoordelijk worden gehouden voor het herstellen van de daardoor ontstane schade. Dit artikel benadrukt de zorgvuldigheidsverplichting van in-scope vennootschappen om actief bij te dragen aan het herstel van schade die voortvloeit uit hun activiteiten binnen de activiteitenketen of die van hun zakenpartners. Als een vennootschap bijvoorbeeld indirect bijdraagt aan negatieve effecten binnen haar activiteitenketen via een handelsrelatie, moet zij actief bijdragen aan het herstelproces. Indien de negatieve gevolgen uitsluitend door een zakelijke partner worden veroorzaakt, kan de vennootschap vrijwillig ingrijpen om het herstel te faciliteren. Daarnaast wordt de vennootschap aangemoedigd haar invloed op de betreffende handelsrelatie aan te

⁷¹ Zie in dit kader ook Jekel & Appels 2024.

⁷² Zie voor de totstandkoming en (politieke) achtergrond van dit artikel ook T.D.O. van der Vijver, *Corporate sustainability 2.0: de hete hangijzers van de voorgestelde Europese corporate sustainability due diligencerichtlijn (CSDDD)*, SEW 2023, afl. 11, p. 465-480.

wenden om herstel mogelijk te maken. Art. 13 CSDDD moedigt tevens ‘meaningful engagement’ met stakeholders aan.⁷³

- **Schadevergoeding**

Wanneer een in-scope vennootschap aansprakelijk wordt gesteld op grond van de CSDDD, dan heeft de benadeelde natuurlijke of rechtspersoon recht op volledige schadevergoeding volgens het nationale recht van de betreffende lidstaat waar hij zijn rechtsovereenkomst kan instellen. Deze volledige schadevergoeding mag echter op grond van art. 22 lid 2 CSDDD niet leiden tot overcompensatie.

- **Verjaringstermijnen en proceskosten**

De lidstaten moeten ervoor zorgen dat nationale wetgeving inzake verjaringstermijnen geen onnodige belemmering vormt voor schadevorderingen volgend uit een schending van de zorgvuldigheidsverplichtingen van in-scope vennootschappen onder de CSDDD. De verjaringstermijn moet minstens vijf jaar bedragen en gaat pas in nadat de schending van de zorgvuldigheidsverplichting is hersteld en de eiser kennis heeft van het gedrag, de schade en de identiteit van de inbreukmaker (wat ofwel een in-scope vennootschap betreft, ofwel een vennootschap actief in haar activiteitenketen).⁷⁴ Bovendien mogen de proceskosten voor eisers niet zo hoog zijn dat ze hun beletten om verhaal te halen bij de rechter op basis van de CSDDD (zie art. 22 lid 3 onder b).

Eisers moeten voorzieningen in rechte kunnen afdwingen, inclusief voorlopige maatregelen om inbreuken onder de CSDDD te beëindigen (zie art. 22 lid 3 onder c). Daarnaast moeten er redelijke voorwaarden zijn waaronder benadeelde partijen vakbonden, ngo’s of andere organisaties kunnen machtigen om namens hen vorderingen in te stellen. Deze organisaties moeten aan nationale vereisten voldoen, wat in Nederland hoogstwaarschijnlijk dan neerkomt op de vereisten die art. 3:305a BW stelt aan dergelijke belangenbehartigers in collectieve acties. Wij merken dan ook tot slot kort op dat *ESG litigation* naar Nederlands recht, en dan meer specifiek het instellen van claims van gelaedeerden vanwege de niet-nakoming van de CSDDD door in-scope vennootschappen, in beginsel relatief goed ge-

73 Dit sluit aan bij de OESO-aanbevelingen bij de OESO-richtlijnen, OECD/LEGAL/0427 (Recommendation of the Council on the Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector), die specifiek van toepassing zijn op vennootschappen actief in de fossielenbrandstoffenhandel en mijnbouw: ‘Enterprises involved in the exploration and extraction of oil, gas and minerals have the potential to generate income, sustain livelihoods, foster local development and generate significant revenues in the areas in which they operate. However, extractive operations can have a significant social and environmental footprint and thus are often at risk of causing or contributing to adverse impacts, such as human rights infringements, economic setbacks and environmental degradation. Meaningful stakeholder engagement and due diligence are critical to avoiding some of the potential adverse impacts of extractive operations, as well as optimising their potential positive contributions. They are also central components to responsible business conduct as set out in the OECD Guidelines for Multinational Enterprises adopted as part of the Declaration on International Investment and Multinational Enterprises (OECD/LEGAL/0144).’

74 Zie art. 29 lid 3 onder a CSDDD.

faciliteerd kan worden via het Nederlandse collectieve actierecht bij de Nederlandse rechter.⁷⁵

- Openbaarmaking van bewijsmateriaal

De lidstaten moeten ervoor zorgen dat rechters in-scope vennootschappen kunnen verplichten om bewijsmateriaal openbaar te maken als dat nodig is om een vordering te ondersteunen. Deze verplichting moet beperkt blijven tot het noodzakelijke en evenredige, rekening houdend met de rechtmatige belangen van alle partijen en de vertrouwelijkheid van informatie. Daarmee lijkt deze bepaling deels op het algemene art. 22 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), dat wij thans al kennen naar Nederlands recht.

- Hoofdelijke aansprakelijkheid

De aansprakelijkheid van in-scope vennootschappen voor schade laat de aansprakelijkheid van dochterondernemingen of zakenpartners onverlet. Wanneer schade gezamenlijk wordt veroorzaakt door de in-scope vennootschap en haar dochteronderneming of handelsrelatie, zijn zij op grond van art. 22 lid 5 CSDDD ieder hoofdelijk aansprakelijk.

3.4 Extraterritoriale werking van de CSDDD in een notendop

Zoals gezegd, heeft de CSDDD ook extraterritoriale werking. Vennootschappen opgericht naar het recht van derdelanden (niet zijnde lidstaten) kunnen ook als in-scope vennootschap kwalificeren onder art. 2 CSDDD (zie par. 2.2 hiervoor). Onder meer op basis van de geconsolideerde groep of omdat een Europese dochtervennootschap op stand-alone basis voldoet aan de vereisten. Het praktische gevolg hiervan is dat bijvoorbeeld een Amerikaanse (moeder)vennootschap met Europese dochtervennootschappen die – heel kort gezegd – binnen de EU een netto-omzet genereren, de zorgvuldigheidsverplichtingen onder de CSDDD inhaleert via deze Europese dochtervennootschappen. Deze Amerikaanse (moeder)vennootschap kwalificeert in een dergelijk geval als de ‘uiteindelijke niet-EU-moedervernootschap’. De CSDDD kan echter ook van toepassing zijn op een vennootschap uit een derdeland die weliswaar geen Europese dochtervennootschappen heeft, maar die bijvoorbeeld wel meer dan € 450 miljoen netto-omzet genereert in de EU doordat zij haar producten verkoopt aan klanten die in de EU zijn gevestigd.

Omwille van bijvoorbeeld de administratieve lasten kan de Amerikaanse (moeder)vennootschap opteren voor de vrijstelling die art. 2 lid 3 CSDDD biedt, voor zover de Amerikaanse (moeder)vennootschap slechts een houdstermaatschappij is en derhalve dus niet de centrale leiding heeft en geeft, en de groep op geconsolideerde basis voldoet aan de drempels van art. 2 CSDDD. Een Europese dochtervennootschap binnen diezelfde groep kan dan worden aangewezen om – heel kort gezegd – de zorgvuldigheidsverplichting onder de CSDDD op zich te nemen. De Europese dochtervennootschap krijgt in dat geval alle nodige juridische bevoegdheden om de verplichtingen onder de CSDDD op effectieve wijze na te komen (zie par. 2.3

⁷⁵ Zie in dit kader M. de Jong, *ESG en de collectieve actie, een gouden combinatie?*, VAST 2024/P-007.

hiervoor). De moederonderneming vraagt deze vrijstelling aan bij de bevoegde toezichthoudende autoriteit. Bij toepassing van de vrijstelling blijft evenwel de uiteindelijke Amerikaanse (moeder)vennootschap samen met de aangewezen Europese dochtervennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor niet-nakoming door laatstgenoemde van haar verplichtingen onder de CSDDD.

Kortom, indien (de groep van) een vennootschap economisch actief is in de EU en voldoet aan de drempelwaarden van art. 2 CSDDD, dan is de CSDDD van toepassing. Om bij voornoemd voorbeeld te blijven, kan het voor de Amerikaanse (moeder)vennootschap in het kader van *risk management* onwenselijk zijn dat zij gebonden is aan Europese wetgeving. Alhoewel er géén mogelijkheid is om onder deze verplichtingen onder de CSDDD uit te komen, is het op basis van *risk management*-overwegingen wellicht raadzaam om niet te opteren voor de vrijstelling van art. 2 lid 3 CSDDD. Dit omdat met hoofdelijkheid je als Amerikaanse (moeder)vennootschap mede verantwoordelijk kunt worden gehouden voor de invulling van de zorgvuldigheidsverplichtingen door de Europese dochtervennootschap. Vanuit internationaal privaatrechtelijk perspectief is het – op basis van een eerste analyse – wellicht zelfs wenselijk voor de Amerikaanse (moeder)vennootschap, omdat eventuele gelaedeerden onder de CSDDD dan naar de Amerikaanse rechter moeten om Europese wetgeving af te dwingen. Hier staat echter tegenover dat de Amerikaanse (moeder)vennootschap op grond van art. 23 CSDDD een gemachtigde vertegenwoordiger ('authorised representative') moet aanwijzen.⁷⁶ Deze gemachtigde vertegenwoordiger moet worden geaccepteerd en geregistreerd bij de relevante toezichthoudende autoriteiten, met vermelding van contactgegevens. De gemachtigde vertegenwoordiger is bevoegd om namens de Amerikaanse (moeder)vennootschap communicatie van toezichthouders te ontvangen en is verplicht samen te werken met deze Europese autoriteiten. Als de Amerikaanse (moeder)vennootschap de verplichtingen onder de CSDDD niet nakomt, kunnen alle EU-lidstaten waar de Amerikaanse (moeder)vennootschap actief is, handhaving afdwingen via nationale wetgeving en coördineren via het Europees netwerk van toezichthoudende autoriteiten. Kortom, wij vragen ons af of art. 23 CSDDD en het aanwijzen van een dergelijke (Europese) gemachtigde vertegenwoordiger niet ook een nauwe band creëert met in ieder geval de lidstaat waarin de gemachtigde vertegenwoordiger is gevestigd.⁷⁷ Hiermee lijkt dus de Amerikaanse (moeder)vennootschap zich maar moeilijk aan eventuele aansprakelijkheid onder de CSDDD op het Europese continent te kunnen onttrekken.

76 Wij gebruiken nu de Amerikaanse (moeder)vennootschap als voorbeeld. Maar dit geldt voor alle vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van een niet-EU-land, maar die wel voldoen aan de vereisten zoals opgenomen in art. 2 lid 2 CSDDD. Ook die vennootschappen betreffen in-scope vennootschappen waarop de CSDDD van toepassing is.

77 Wat dan een ankergedaagde zou kunnen zijn, waardoor het voorgaande niet opgaat. Art. 23 CSDDD zorgt er immers in wezen voor dat een in-scope vennootschap niet zomaar buiten de reikwijdte van EU-wetgeving opereert, wat de bescherming van consumenten en markten binnen de EU versterkt.

3.5 Mogelijke bestuurdersaansprakelijkheid onder de CSDDD naar Nederlands recht⁷⁸

In eerdere versies van de CSDDD was een expliciete bepaling opgenomen waaruit een zorgplicht volgde voor bestuurders om rekening te houden met de gevolgen van hun beslissingen voor duurzaamheidskwesties, inclusief de gevolgen voor mensenrechten, klimaatverandering en milieu.⁷⁹ Deze bepaling is echter verwijderd, waarbij is opgemerkt door de Europese wetgever dat het aan de nationale wetgevers van de lidstaten zelf is om te bepalen of handelen of nalaten in strijd met de CSDDD al dan niet zou moeten leiden tot externe bestuurdersaansprakelijkheid.⁸⁰ Of dit zo is, zal dus per lidstaat moeten worden bekeken.⁸¹

In het Nederlandse ondernemingsrecht is het bestuur verantwoordelijk voor het vaststellen en uitvoeren van het beleid en de strategie van de vennootschap, en heeft hierbij een aanzienlijke beleidsvrijheid binnen de kaders van de wet en de statuten. Voor het bestuur is het primaat voor het bepalen van de strategie van de vennootschap zelfs in de wet te expliciteren.⁸² Dit uitgangspunt geldt in principe ook voor niet-beursgenoteerde vennootschappen, behoudens uitzonderingen.⁸³ Het bestuur en daarmee individuele bestuurders kunnen individueel aansprakelijk worden gesteld door de vennootschap zelf (op grond van art. 2:9 BW) en door derden, de zogenoemde externe bestuurdersaansprakelijkheid (op grond van art. 6:162 BW). In het kader van de CSDDD verwachten wij dat interne bestuurdersaansprakelijkheid op het eerste oog weinig praktische relevantie zal hebben. Dit omdat in 'goede tijden' er vanuit de vennootschap weinig reden zal zijn het bestuur aan te spreken vanwege een gebrekkige invulling van de verplichtingen van de in-scope vennootschap onder de CSDDD. In 'slechte tijden', bij faillissement van de in-scope vennootschap, kan interne bestuurdersaansprakelijkheid wellicht wél een rol spelen. Denk hierbij aan de aansprakelijkheid van het bestuur ten opzichte van de vennootschap op grond van art. 2:138/248 BW doordat de gebrekkige invulling van de zorgvuldigheidsverplichtingen van het bestuur onder de CSDDD een be-

78 Gelet op de relatief grote omvang van dit artikel zijn wij niet ingegaan op de mogelijke aansprakelijkheid van commissarissen. Heel kort gezegd is eventuele aansprakelijkheid van commissarissen bij niet-nakoming van de CSDDD door een in-scope vennootschap zeker niet ondenkbaar.

79 Zie in dit kader M. Olaerts, *Corporate sustainability and the duty of care of directors*, *Ondernemingsrecht* 2023/38.

80 Zie voor een meer dogmatische achtergrond van dit artikel (en de reden waarom dit onder meer verwijderd is) F. Agostini & M. Corgatelli, *Article 25 of the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: enlightened shareholder value or pluralist approach?*, *European Company Law* (19) 2022, afl. 4, p. 92-99.

81 Dat in zijn algemeenheid (verplichte) due diligence-verplichtingen voor vennootschappen een (verdergaande) zorgvuldigheidsverplichting met zich meebrengen voor bestuurders lijkt internationaal ook steeds breder te worden geaccepteerd. Dat dergelijke zorgvuldigheidsverplichtingen ook in toenemende mate aansprakelijkheidsrisico met zich meebrengen voor bestuurders, is in zekere zin inherent aan due diligence-verplichtingen voor vennootschappen: het vormt de incentive voor bestuurders om te stimuleren dat er een effectief en daarmee zinvol HREDD-beleid wordt opgesteld door de vennootschap. Zie in dit kader uitgebreid D. Hess, *The management and oversight of human rights due diligence*, *American Business Law Journal* (58) 2021, afl. 4, p. 751-798.

82 Zie art. 2:129 lid 1 BW, dat via art. 2:187 BW ook van toepassing is op de beursgenoteerde bv. Zie tevens Kamerstukken II 2019/20, 35367, nr. 3, p. 10 (MvT).

83 Kamerstukken II 2019/20, 35367, nr. 3, p. 10 (MvT).

langrijke oorzaak is voor het faillissement.⁸⁴ Wij verkennen dan ook enkel de mogelijkheid om onder de CSDDD naar Nederlands recht bestuurders van in-scope vennootschappen aan te spreken.

In het kader van ESG-normering is in het recente verleden in Nederland al het nodige te doen geweest rondom de introductie van een maatschappelijke zorgplicht voor het bestuur en de raad van commissarissen van Nederlandse vennootschappen (zoals geopperd in mei 2020 door 25 hoogleraren).⁸⁵ Ook de invoering van duurzaamheidsrapportageverplichtingen is toen geopperd door de 25 hoogleraren.⁸⁶ De grootste kritiek hierop bestond onder andere uit de mogelijke aansprakelijkheidsrisico's die dit met zich meebracht voor bestuurders.⁸⁷ Wel is duidelijk een trend waarneembaar waarbij ESG-thema's en wetgeving, zoals de CSDDD, de ESG-normering en daarmee verantwoordelijkheden voor bestuurders in zijn algemeenheid vergroten.⁸⁸

In beginsel is het uitgangspunt dat een vennootschap aansprakelijk is voor eventuele tekortkomingen in de nakoming van haar verplichtingen of op grond van een onrechtmatige daad. Voor externe bestuurdersaansprakelijkheid onder Nederlands recht is kort gezegd vereist dat een bestuurder ten aanzien van de aansprakelijkheid van de vennootschap een persoonlijk en ernstig verwijt kan worden gemaakt,⁸⁹ hetgeen afhangt van de (bijzondere) omstandigheden van het geval.⁹⁰ In

84 Wij gaan hier verder niet uitgebreid op in omdat dit het bestek van dit artikel te buiten gaat. Wel kunnen wij ons voorstellen dat ook het bewijsvermoeden van art. 2:138/248 lid 2 BW een rol kan spelen, voor zover de verplichtingen volgend uit de CSDDD integraal onderdeel worden van het bestuursverslag (bijv. doordat de in-scope vennootschap ook onderheven is aan de CSRD).

85 J. Winter e.a., Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer, *Ondernemingsrecht* 2020/86; G. van Solinge, J. Winter, M. de Jongh, S. Hijink & V. Timmerman, Maatschappelijk verantwoord besturen en toezichthouden, dat is het nieuwe normaal, *Het Financieel Dagblad* 23 mei 2020.

86 Winter e.a. 2020; H.J. de Kluiver, Over de verantwoordelijke onderneming. Naar een Paradise by the dashboard light?, *Ondernemingsrecht* 2020/126; W.A. Westenbroek, Een maatschappelijke verantwoordelijkheid voor ondernemingen en (bange?) bestuurders of coronawetenschap in crisistijd?, *Ondernemingsrecht* 2021/3; A.J. Kaarls, Vage praatjes vullen geen gaatjes, *Ondernemingsrecht* 2021/4; G.N.H. Kemperink, De positie van de kapitaalvennootschap bij overnames en bij strategische samenwerking in geopolitieke context (preadvies Vereniging Handelsrecht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2020, p. 54 e.v.

87 J. Winter e.a., Naar een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen. Een antwoord op reacties, *Ondernemingsrecht* 2021/6.

88 Zie in dit kader uitvoerig M.J. Bosselaar, ESG litigation in de financiële sector; over class actions, climate change en greenwashing, *FR* 2023, afl. 10, p. 304-314. Bosselaar schrijft dat bestuurders in het kader van ESG ook risico's lopen. Zij verwijst naar een recente zaak in het Verenigd Koninkrijk, waar ClientEarth en enkele aandeelhouders de bestuurders van Shell aansprakelijk hielden voor het klimaatbeleid van Shell. Hoewel de zaak op formele gronden werd afgedaan, toont deze zaak aan dat bestuurders mogelijk (ook) aansprakelijk kunnen worden gesteld voor ESG-gerelateerde kwesties. De CSDDD en andere wetgevingen introduceren steeds concretere verplichtingen voor bestuurders, wat de aandacht voor hun ESG-verantwoordelijkheden vergroot. Bestuurders moeten zich mogelijk steeds vaker tot hun verzekeraars wenden voor ESG-gerelateerde claims.

89 Zie HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360 m.nt. J.M.M. Maeijer (Staleman/Van de Ven).

90 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3679, r.o. 4.10.

zijn algemeenheid heeft wel te gelden dat er sprake is van een hoge drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid.⁹¹

Voor het bestuur van beursgenoteerde vennootschappen geldt dat de bestuurstaak nader wordt ingevuld door de CGC. Volgens principe 1.1 CGC is het bestuur verantwoordelijk voor duurzame langetermijnwaardcreatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarbij moet het bestuur rekening houden met de (potentiële) effecten van de handelsactiviteiten van de beursgenoteerde vennootschap op mensen en het milieu en stakeholderbelangen meewegen (zie ook de toelichting op best practice bepaling 1.1.1 voor de nodige aandachtspunten). Bovendien dient het bestuur op grond van best practice bepaling 1.1.1 een visie op de duurzame langetermijnwaardcreatie op te stellen van de beursvennootschap en een daarbij passende strategie te formuleren, waarbij het bestuur de concrete doelstellingen opstelt. Tot slot wordt er ook meer deskundigheid van het bestuur aan zich verwacht in het kader van bijvoorbeeld duurzaamheid onder best practice bepaling 2.1.4, hetgeen (wederom) impliceert dat het bestuur een steeds concretere verantwoordelijkheid heeft in het kader van duurzaamheid als onderdeel van het beleid van de vennootschap (zie ook par. 3.1 en 3.2 hiervoor).

De CSDDD vult voornoemde bestuurstaak nader in voor in-scope beursgenoteerde vennootschappen en concretiseert gedeeltelijk verder de normstelling volgend uit de CGC. Daar waar in beginsel ten aanzien van normering uit de CGC het *'pas toe of leg uit'-beginsel* geldt, kan mogelijk in theorie bijvoorbeeld een tekortschietend HREDD-beleid als onderdeel van de bestuurstaak van een beursgenoteerde vennootschap leiden tot onbehoorlijke taakvervulling en daarmee tot externe bestuurdersaansprakelijkheid van het bestuur.⁹²

De drempel voor een dergelijke externe aansprakelijkheid op basis van een concrete zorgvuldigheidsverplichting volgend uit de CSDDD (namelijk het niet voeren van een effectief HREDD-beleid) voor de bestuurder (en uiteraard voor de in-scope vennootschap zelf ook) is wellicht iets minder hoog dan hetgeen geldt ten aanzien van een meer algemene schending van een zorgplicht op basis van ongeschreven rechtsnormen. Dit omdat deze zorgvuldigheidsverplichting concreter is dan de ongeschreven variant en voortkomt uit de CSDDD, waar de ongeschreven zorgvuldigheidsverplichting gebaseerd zal moeten worden op onder andere de doorwerking van mensenrechten in horizontale verhoudingen en soft law.

Desalniettemin moet de gelaedeerde derde, die als gevolg van de schending van de zorgvuldigheidsverplichting volgend uit de CSDDD schade heeft geleden, nog steeds de nodige hoepels door om tot externe bestuurdersaansprakelijkheid te komen.⁹³ Wij vragen ons af in hoeverre de causaliteit en toerekenbaarheid in alle ge-

91 Zie bijv. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (Ontvanger/Roelofsen) en HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4873 (New Holland Belgium).

92 Vgl. D.C. Roessingh, J.V. Willems, P.N. Ploeger & A. de Bos, *Uitdijende verwachtingen en verantwoordelijkheden van bestuurders*, TvOB 2024, afl. 2, p.45-59.

93 Vgl. S.J. van Calker & J.P.M. Steenkamp, *Het Shell-vonnis en bange bestuurders. Een verkenning naar bestuurdersaansprakelijkheid voor klimaatschade*, Ondernemingsrecht 2022/31.

vallen (afhankelijk van de soort schade en bij schade verder in de activiteitenketen) kunnen worden vastgesteld, en in hoeverre het voor de aangesproken bestuurder voorzienbaar was dat hij of zij zou worden aangesproken, en je kunt je afvragen in hoeverre de normstelling volgend uit de CSDDD altijd voldoende concreet is om daadwerkelijk te komen tot externe bestuurdersaansprakelijkheid.⁹⁴ Kortom, externe bestuurdersaansprakelijkheid op basis van een schending van de zorgvuldigheidsverplichting volgend uit de CSDDD lijkt in theorie mogelijk, maar in de praktijk zien wij de nodige hordes; de drempels blijven onverminderd hoog.

Voor bestuurders van de niet-in-scope vennootschap geldt in beginsel dat er géén zorgvuldigheidsverplichting volgt uit de CSDDD. Zoals hiervoor beschreven kan dat echter wel het geval zijn indien de niet-in-scope vennootschap zich vrijwillig committeert aan een eigen CSR-beleid of CSR-soft law zoals de OESO-richtlijnen. Dan is niet ondenkbaar dat de CSDDD ook via de open norm van art. 6:162 lid 2 BW analoog nader concretiseert wat van de niet-in-scope vennootschap en haar bestuurders in het kader van de maatschappelijke zorgvuldigheid verwacht mag worden. Externe bestuurdersaansprakelijkheid naar analogie op basis van de CSDDD voor bestuurders van niet-in-scope vennootschappen achten wij echter vooralsnog uitgesloten; er is dan echt een andere normschending nodig, die leidt tot de vaststelling dat sprake is van een schending van een zorgvuldigheidsverplichting van de vennootschap waarbij de bestuurders een voldoende ernstig en persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

3.6 *Publicatieaansprakelijkheden voor een Klimaattransitieplan en/of duurzaamheids-passages in verslaggeving*

Een van de voornaamste doelstellingen van (veel) duurzaamheidswetgeving, waaronder de CSDDD,⁹⁵ is het tegengaan van zogenoemde ‘greenwashing’. Hoewel er (nog) geen formele definitie van *greenwashing* bestaat, komt het in de kern neer op een onjuiste of misleidende voorstelling van zaken geven en/of verwachtingen creëren omtrent duurzaamheidsaspecten. Over het tegengaan van *greenwashing* is al veel en vaak geschreven, we zullen daar in dit artikel dan ook niet heel uitgebreid bij stilstaan.⁹⁶ In het kader van onze verkenning van civiele aansprakelijkheden merken wij evenwel op dat bij het uitvoering geven aan bepaalde verplichtingen onder de CSDDD voor in-scope vennootschappen het risico om beticht te worden van *greenwashing* wellicht (meer) op de loer ligt.

94 Vgl. Van Oostrum & Pool 2023, p. 766-770, waarin de auteurs onder meer opmerken: ‘Het ontbreken van specifieke normen heeft gevolgen voor de kans van slagen van een eventuele bestuurdersaansprakelijkheidsclaim. Zo lijkt het aannemelijk dat rechters terughoudend zullen zijn in het toewijzen van aansprakelijkheidsclaims, bijvoorbeeld omdat bij een vage zorgvuldigheidsnorm problemen spelen bij de toerekenbaarheid, de schade en het causale verband. Ervan uitgaande dat het aansprakelijkheidsrecht een belangrijke normerende werking heeft, is het de vraag of het Nederlands wettelijk kader bestuurders wel voldoende aanmoedigt om rekening te houden met duurzaamheidskwesties.’

95 Zie preambule 73 CSDDD.

96 Zie voor een uitgebreide bespreking, inclusief verdere verwijzingen, Lieverse 2024. Zie ook K. van Middelaar, ESG-litigation: duurzaamheidsverslaggeving, CSRD en de jaarrekeningprocedure bij de Ondernemingskamer, MvO 2024, afl. 1-2, p. 1-8.

We doelen dan in de eerste en voornaamste plaats op de verplichting om een Klimaattransitieplan op te stellen, zoals hierboven in paragraaf 2.4 besproken. Wat nu als (achteraf) blijkt dat een in-scope vennootschap in haar Klimaattransitieplan iets te enthousiast is geweest in het formuleren van haar duurzaamheidsdoelstellingen, kan daaruit dan aansprakelijkheid voor de in-scope vennootschap voortvloeien? Wij zouden menen dat afhankelijk van de mate van overenthousiasme dit best het geval zou kunnen zijn.⁹⁷ Wij achten het namelijk goed mogelijk dat in zo'n geval sprake kan zijn van een oneerlijke handelspraktijk in de zin van art. 6:193a e.v. BW en/of misleidende reclame in de zin van art. 6:194 BW, dan wel een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW, waarvan de eerdergenoemde bepalingen een *lex specialis* zijn.⁹⁸

Ten aanzien van oneerlijke handelspraktijken wijzen we ook op de voorgenomen wijziging van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken,⁹⁹ waardoor kort gezegd misleiding met betrekking tot milieu- en sociale kenmerken of circulariteitsaspecten van producten kan leiden en soms per definitie leidt tot een oneerlijke handelspraktijk. Met name het voorgestelde nieuwe onderdeel d van art. 6 lid 2 van de richtlijn maakt expliciet de koppeling met een uitvoeringsplan en geeft daar wat nadere handvatten waaraan zo'n plan zou moeten voldoen. Deze bepaling zou wat ons betreft in ieder geval ook kunnen dan wel moeten zien op (de inhoud van) een Klimaattransitieplan.¹⁰⁰

Daarnaast willen we ook graag wijzen op de versterkte rol die transparantie over duurzaamheidsaspecten van een onderneming gaat spelen in het prospectus onder de recent aangenomen *Listing Act package* en de daaruit voortvloeiende aanpassingen op de Prospectusverordening. Kort gezegd komt het erop neer dat een prospectus een minimum aan duurzaamheidsinformatie zal moeten gaan bevatten. Als het een prospectus voor instrumenten met een aandelenkarakter betreft en de vennootschap onderhevig is aan de CSRD zal het duurzaamheidsverslag dat is opgesteld overeenkomstig de CSRD integraal onderdeel moeten worden van het prospectus. Hoewel niet expliciet voorgeschreven, zal een soortgelijke verplichting wellicht ook gelden voor duurzaamheidsinformatie die op basis van de CSDDD is gepubliceerd, hetzij door overlap met de CSRD (bijvoorbeeld als het de beschrijving

97 Mogelijk zelfs ook op grond van art. 2:139/249 en 2:150/260 BW voor zover (onderdelen van) het Klimaattransitieplan ook (worden) wordt opgenomen in de duurzaamheidsverslaggeving in het jaarverslag en/of het bestuursverslag. Vgl. J.B.S. Hijink, Civielrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders bij 'misleidende voorstelling' (art. 2:139/249 BW)?, in: J. van Bekkum e.a., *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2022-2023* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 181), Deventer: Wolters Kluwer 2023/IV.5.3.1-IV.5.3.3.

98 Vgl. J.E.S. Hamster, *Vijftig tinten groen – de vele civiele kleuren van greenwashing*, NTBR 2022/49.

99 European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 2005/29/EC and 2011/83/EU as regards empowering consumers for the green transition through better protection against unfair practices and better information, COM(2022)143 final.

100 Wellicht minder relevant, maar in dit kader willen we ook wijzen op het voorstel voor een Green Claims Directive: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on substantiation and communication of explicit environmental claims (Green Claims Directive), COM/2023/166 final.

van een Klimaattransitieplan betreft), hetzij doordat die CSDDD-informatie als materieel voor (potentiële) investeerders kan worden beschouwd. Door opname in een prospectus kan onjuiste of misleidende duurzaamheidsinformatie – net als elke andere vorm van onjuiste of misleidende informatie in een prospectus – worden blootgesteld aan (mogelijke) prospectusaansprakelijkheid.¹⁰¹ Hetzelfde geldt voor uitingen over duurzaamheidsaspecten rondom een transactie waarop het prospectus ziet en die niet zijn opgenomen in het prospectus of niet stroken met de duurzaamheidsinformatie zoals opgenomen in het prospectus.

4 Conclusie

In dit artikel hebben wij geprobeerd om de (brede) impact van de CSDDD voor het reeds bestaande ESG-normenkader te duiden en daarbij de mogelijke civiele aansprakelijkheidsgrondslagen in beeld te brengen. Alhoewel de CSDDD de nodige breed geformuleerde zorgvuldigheidsverplichtingen met zich meebrengt, wordt lang niet altijd duidelijk *hoe* aan deze zorgvuldigheidsverplichtingen invulling moet worden gegeven. Hetzelfde geldt voor het op te stellen Klimaattransitieplan door in-scope vennootschappen; wat wordt er specifiek en minimaal van hen verwacht? Dergelijke vragen zijn op dit moment nog moeilijk te beantwoorden en benadrukken dan ook drempels die gelden voor het bewijzen van een daadwerkelijke schending van een zorgvuldigheidsverplichting, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het voorsnog bestaande gebrek aan specifieke normen volgend uit de CSDDD zal wellicht in de nabije toekomst nog tot gerechtelijke terughoudendheid leiden bij het toekennen van aansprakelijkheidsclaims.

De normatieve rol van de CSDDD en de invloed daarvan op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht maken wel dat vennootschappen (zowel in-scope als niet in-scope) wederom verder worden aangemoedigd om ESG-aspecten steeds meer en meer mee te nemen in de strategie en het beleid van de vennootschap. Gezien deze wat abstracte conclusies hebben wij de nodige concrete aanbevelingen voor de praktijk geformuleerd in het kader van de CSDDD:¹⁰²

- 1 Breng de activiteitenketen van de vennootschap in kaart. Dit is nodig om te weten welke partijen de in-scope vennootschap moet benaderen om informatie te verzamelen om aan de verplichtingen onder de CSDDD te voldoen.

101 Zie over een uitgebreide behandeling van prospectusaansprakelijkheid, inclusief verdere verwijzingen, o.a. Asser/De Serièrè 2-IV 2023.

102 Deze praktische aanbevelingen bouwen deels voort op de OESO-richtlijnen en daarin opgenomen praktische handvatten om verantwoord ondernemen in de praktijk toe te passen. Meer specifiek zijn er in de OESO-richtlijnen zes stappen opgenomen waaruit in de praktijk in ieder geval het due diligence-proces moet bestaan voor vennootschappen om concreet invulling te geven aan maatschappelijk verantwoord ondernemen.

- 2 Implementeer een ‘ESG-proof’¹⁰³ corporate governance.
- 3 Herzie het Klimaattransitieplan jaarlijks en toets dit.
- 4 Voorzie in een adequaat en effectief HREDD-beleid via een goed werkend due diligence-systeem/protocol/traject onder de CSDDD. Zoek bij de implementatie hiervan aansluiting bij de reeds bestaande normering volgend uit de OESO-richtlijnen.
- 5 Zorg voor voldoende kennis en kunde in het bestuur en de raad van commissarissen om te kunnen besluiten/adviseren/toezicht houden op ESG-thema’s. Zeker ten aanzien van duurzaamheid wordt meer en meer verwacht van vennootschappen.
- 6 Stel interne beleidsregels dan wel zogenoemde ‘codes of conduct’ op voor de omgang met mensenrechten en het milieu/klimaat, of scherp deze aan. Evalueer deze periodiek en pas deze aan waar nodig.
- 7 Overweeg om transparanter te worden over ESG-aspecten in de verslaglegging; dit geldt ook in toenemende mate voor niet-in-scope vennootschappen. Zorg er daarbij wel voor dat je comfortabel bent met uitlatingen over ESG-ambities (oftewel wees op je hoede voor greenwashing). Bij in-scope vennootschappen die ook onderhevig zijn of worden aan de CSRD zal dit sowieso op de radar staan, maar ook andere in-scope vennootschappen zouden hierbij aansluiting kunnen zoeken bij de standaarden voor duurzaamheidsrapportage onder de CSRD.
- 8 Implementeer adequaat stakeholdermanagement en stakeholderengagement die aansluiten bij de aard en omvang van de onderneming die de vennootschap drijft.
- 9 Maak heldere en harde afspraken met zakenpartners in de relevante (duur)overeenkomsten.¹⁰⁴
- 10 Implementeer een adequaat klachtenmechanisme onder de CSDDD. Het valt te overwegen om dit ook te implementeren als een vennootschap *niet*-in-scope is, maar wel bijvoorbeeld civielrechtelijke handhaving van greenwashingclaims wil voorkomen.

103 Vanuit dogmatisch perspectief doelen wij op een controlemechanisme dat wordt geïmplementeerd door (in-scope) vennootschappen om het risico op mogelijke (keten)aansprakelijkheid in het kader van ESG-aspecten te verminderen. Dit sluit ook aan bij de discussie die in dit kader wordt aangehaald over de verantwoordelijkheden en mogelijke aansprakelijkheden van (in-scope) vennootschappen op basis van een onrechtmatigedaadsgrondslag om schade aan derden te voorkomen dan wel te verminderen in het artikel van A.M. Paces, *Civil liability in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive proposal: A Law & Economics analysis* (The foregoing discussion reveals that a supply chain liability is theoretically justified, as it would reduce the company’s ability to externalise social harm by structuring corporate groups and supply chains strategically, to evade tort liability), ECGI Working Paper Series in Law, N° 691/2023. Of en in hoeverre een corporate governance van een (in-scope) vennootschap ‘ESG-proof’ is, is sterk afhankelijk van de sector en activiteiten van die betreffende vennootschap.

104 Zie ter inspiratie bijv. overweging 54 van de preambule van de CSDDD: ‘Contractuele garanties moeten zo worden opgesteld dat de verantwoordelijkheden op passende wijze door de onderneming en de zakenpartners worden gedeeld. De contractuele garanties moeten vergezeld gaan van passende maatregelen om de naleving te controleren. De onderneming mag echter alleen worden verplicht de contractuele garanties te vragen, aangezien het verkrijgen ervan kan afhangen van de omstandigheden.’

Zoals meermaals expliciet aangekaart, zijn deze aanbevelingen niet alleen van toepassing op in-scope vennootschappen, maar ook op niet-in-scope vennootschappen. Deze aanbevelingen kunnen – uiteraard afhankelijk van de aard en omvang van de vennootschap en haar onderneming en de omstandigheden van het geval – een belangrijke stap in de richting van duurzamere en verantwoordelijkere bedrijfsvoering vormen. Met deze aanbevelingen kan dan ook mogelijkwijs een voldoende invulling worden gegeven aan de gepaste zorgvuldigheid die van vennootschappen in zijn algemeenheid mag worden verwacht op grond van (toenevende) duurzaamheidsnormering, zoals de CSDDD.