

Mr. Y. Coenradie \*

# Duurzaamheidsrapportage en gepaste zorgvuldigheid; *practice what you preach* (deel 1)

Het Corporate Sustainability Due Diligence-richtlijnvoorstel en de reeds in werking getreden Corporate Sustainability Reporting-richtlijn zijn de meest recente initiatieven van de Europese Commissie in het kader van ESG-normering voor ondernemingen. Hoewel dit niet de eerste poging is tot wettelijke verankering van een duurzaamheidsrapportage- en zorgvuldigheidsplicht op het gebied van ESG, lijkt met deze Europeesrechtelijke initiatieven het tij te keren. Een vergelijkbare ontwikkeling deed zich vorig jaar voor in het Verenigd Koninkrijk met de invoering van ‘*The Companies (Strategic Report) (Climate-related Financial Disclosure) Regulations 2022*’. In deze bijdrage schetst de auteur een overzicht van de recente ontwikkelingen op het gebied van ESG-normering en worden op basis van een vergelijking tussen de Europeesrechtelijke initiatieven en de Britse Regulations enkele aanbevelingen gedeeld voor de invoering van duurzaamheidsrapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen in het Nederlandse vennootschapsrecht.



## 1. Inleiding

‘*We’re taking Shell’s Board of Directors to court*’<sup>1</sup>

Hoewel berichten over de klimaatverantwoordelijkheid van Shell in het kader van de langstlepende discussie over klimaat en milieu inmiddels met enige regelmaat de revue passeren, markeert deze aankondiging van de Britse milieuoorganisatie ClientEarth op 9 februari 2023 de eerste omvangrijke juridische procedure waarin door een derde wordt gepoogd bestuurders aansprakelijk te houden voor onzorgvuldig handelen op het gebied van duurzaamheid en milieu.

De klimaatdiscussie wordt de laatste jaren steeds vaker gevoed door nieuwe, confronterende gebeurtenissen<sup>2</sup> en gaat gepaard met tal van duurzaamheidsinitiatieven. Onder noemers als ‘*Environmental, Social and Governance*’ (hierna: ‘ESG’), ‘*Corporate Social Responsibility*’ en maatschappelijk verantwoord ondernemen worden op nationaal en internationaal niveau verschillende voorstellen voor wet- en regelgeving gepubliceerd die onder meer zien op de introductie van een zorgvuldigheidsverplichting voor vennootschappen en hun bestuurders. Zo werd, bijvoorbeeld, reeds in 2020 door 25 Nederlandse hoogle-

raren een voorstel gedaan tot invoering van een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen van Nederlandse kapitaalvennootschappen en niet-financiële rapportage in het bestuursverslag.<sup>3</sup> De kritiek op de invoering van dergelijke duurzaamheidsrapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen ziet onder meer op de potentiële aansprakelijkheidsrisico’s voor bestuurders die als gevolg van vage formuleringen kunnen ontstaan.<sup>4</sup> Toch blijkt uit het toegenomen milieubesef onder consumenten en de vele – al dan niet valse – milieucclaims van bedrijven dat ESG-normering niet langer kan uitblijven.

Met de op 3 januari 2023 in werking getreden Corporate Sustainability Reporting-richtlijn (hierna: ‘CSR-richtlijn’) lijkt het tij te keren.<sup>5</sup> De Europese Commissie beoogt met de CSR-richtlijn nadere invulling te geven aan de rol van het bedrijfsleven in het behalen van duurzaamheidsdoelstellingen, onder meer in samenhang met het voorstel voor een Corporate Sustainability Due Diligence-richtlijn

\* Mr. Y. Coenradie heeft recent de master Ondernemingsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam afgerond en is werkzaam als advocaat bij Houthoff te Rotterdam. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

1. [clientearth.org/latest/latest-updates/news/we-re-taking-legal-action-against-shell-s-board-for-mismanaging-climate-risk/](https://clientearth.org/latest/latest-updates/news/we-re-taking-legal-action-against-shell-s-board-for-mismanaging-climate-risk/).  
 2. Hierbij kan worden gedacht aan de Limburgse overstromingen, de recordtemperaturen op de Noordpool en de bosbranden in Zuid-Europa.  
 3. J. Winter e.a., ‘Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer’, *Ondernemingsrecht* 2020/86, afl. 7, p. 471-474.  
 4. J. Winter e.a., ‘Naar een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen: Een antwoord op reacties’, *Ondernemingsrecht* 2021/6, afl. 1, p. 37-38.  
 5. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937, COM/2022/71 final.

(hierna: ‘CSDD-richtlijnvoorstel’).<sup>6</sup> Een belangrijke ontwikkeling die in het kader van ESG-normering uit de CSR-richtlijn volgt, betreft de uitbreiding van de Europeesrechtelijke niet-financiële duurzaamheidsrapportageverplichting. Indien vervolgens ook het CSDD-richtlijnvoorstel wordt aangenomen, wordt deze rapportageverplichting aangevuld door een zorgvuldigheidsplicht voor de onderneming en haar bestuurders op het gebied van mensenrechten en milieu. Hiermee wordt voortgebouwd op de OESO-richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen (hierna: ‘OESO-richtlijnen’) en de Due Diligence Handreiking voor maatschappelijk verantwoord ondernemen (hierna: ‘OESO Handreiking’) en de door de Verenigde Naties ontwikkelde ‘Guiding Principles on Business and Human Rights’ (hierna: ‘UN Guiding Principles’).<sup>7</sup>

Een vergelijkbare ontwikkeling met die in de Europese Unie deed zich circa een jaar geleden voor in het Verenigd Koninkrijk, waar op 6 april 2022 door middel van de ‘The Companies (Strategic Report) (Climate-related Financial Disclosure) Regulations 2022’ (hierna: ‘Regulations’) een wettelijke niet-financiële duurzaamheidsrapportageverplichting en (impliciete) zorgvuldigheidsplicht is ingevoerd in de Britse Companies Act 2006 (hierna: ‘Companies Act’).<sup>8</sup> Met deze ontwikkelingen lijken zowel de Europese als Britse wetgever een duidelijke boodschap te sturen aan het bedrijfsleven: *Practice what you preach!* De toekomst zal moeten uitwijzen of deze Europeesrechtelijke rapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen een passende invulling kunnen geven aan de noodzaak voor ESG-normering ten aanzien van vennootschappen en hun bestuurders of dat zij tot de meest recente initiatieven in een lijst van vergeefse pogingen verworden.

Met deze tweedelige bijdrage wordt beoogd een overzicht te geven van de recente ontwikkelingen op het gebied van ESG-normering en een bijdrage te leveren aan het debat over de invoering van duurzaamheidsrapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen in het Nederlandse vennootschapsrecht aan de hand van een vergelijking tussen de CSR-richtlijn en het CSDD-richtlijnvoorstel en de Britse Regulations. Hiertoe bespreek ik in paragraaf 2 de kern van de maatschappelijke discussie en enkele recente nationale en internationale ontwikkelingen op het gebied van ESG-normering. In paragraaf 3 ga ik nader in op de Europeesrechtelijke rapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen en de implementatie daarvan

in het Nederlands vennootschapsrecht. Ik sluit dit eerste deel in paragraaf 4 af met een conclusie. Ter vergelijking – en wellicht ter inspiratie – ziet deel 2 van dit tweeluik op de in het Verenigd Koninkrijk ingevoerde rapportage- en duurzaamheidsverplichtingen.

## 2. Maatschappelijke discussie en recente ontwikkelingen

### 2.1. Maatschappelijke discussie

Uit een door het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) uitgevoerd enquêteonderzoek van oktober 2018 blijkt dat ruim 90% van de ondervraagden het milieu (heel) belangrijk vindt.<sup>9</sup> Hoewel nog valt te bezien of dit ook op de lange termijn zal leiden tot gedragsverandering, neemt de consument in zijn huidige consumptiebehoefte in toenemende mate een kritische houding aan ten aanzien van klimaat en milieu. Ook voor bedrijven is dit toenemende milieubesef relevant. Met name de wijze waarop producten in de markt worden gezet is de laatste jaren onder de loep genomen. Zo maken de ‘bonusaanbiedingen’ plaats voor ‘overblijvers’ en ‘buitenbeentjes’<sup>10</sup> en wordt de welbekende HEMA-slogan ‘Met liefde gemaakt’ sinds begin 2022 voorzien van de toevoeging ‘voor jou én de wereld’.<sup>11</sup>

Toch lijken deze milieueclaims niet in elk geval te worden nageleefd en gaat de aandacht voor duurzaamheid gepaard met ‘greenwashing’, een marketingstrategie waarbij ondernemingen zich op duurzame en milieubewuste wijze profileren, zonder – al dan niet bewust – de bijbehorende bedrijfsmatige veranderingen door te voeren. Denk hierbij onder meer aan de recente berisping van H&M en Decathlon door de Autoriteit Consument & Markt<sup>12</sup> en de vele vraagtekens bij het ‘Beter voor’-label van de Albert Heijn.<sup>13</sup>

Een richtsnoer voor het voorkomen van dergelijke ongefundeerde marketingleuzen wordt reeds geboden door niet-bindende internationale voorschriften, waarbij in het kader van duurzaamheidsnormering met name de eerdergenoemde OESO-richtlijnen en de bijbehorende OESO Handreiking van belang zijn. Deze niet-bindende *soft law*-voorschriften bieden sinds 2011 respectievelijk 2018 handvatten voor bedrijfsvoering op het gebied van mensenrechten en milieu. In dat kader omvatten de OESO-richtlijnen algemene beginselen voor het bedrijfsbeleid die nader zijn uitgewerkt in het zogenoemde ‘due

6. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU, Richtlijn 2004/109/EG, Richtlijn 2006/43/EG en Richtlijn (EU) nr. 537/2014 betreffende duurzaamheidsrapportage door ondernemingen, COM/2021/189 final; 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 2004/43/EG en Richtlijn 2013/34/EU, met betrekking tot duurzaamheidsrapportering door ondernemingen (*PbEU* 2022, L 322/15).

7. OESO, *Due diligence handreiking voor maatschappelijk verantwoord ondernemen*, 2018; OESO, *De OESO-richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen*, 2011; United Nations, *Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2011.

8. Companies (Strategic Report) (Climate-related Financial Disclosure) Regulations 2022 (SI 2022/31).

9. CBS, *Milieu en duurzame energie – Opvattingen en gedrag*, oktober 2018, p. 4.

10. ‘Coronacrisis versnelt verduurzaming Ahold Delhaize’, *NRC* 7 mei 2020.

11. ‘Van wegwerpsok naar doorgeefjas, Hema-ceo Saskia Egas Reparaz zet vol in op duurzaamheid’, *de Volkskrant* 26 oktober 2021; ‘Hema verduurzaamt producten en campagne: “Met liefde gemaakt voor jou én de wereld”’, *Adformatie* 22 februari 2022.

12. ‘ACM tikt H&M en Decathlon op de vingers vanwege greenwashing’, *FD* 13 september 2022.

13. ‘Albert Heijn houdt verduurzaming tegen’, *de Volkskrant* 9 oktober 2022, naar aanleiding van de ‘Beter voor’-uitzending van het televisieprogramma ‘Keuringsdienst van waarde’ van 29 september 2022, npo3.nl/keuringsdienst-van-waarde/29-09-2022/KN\_1729783.

diligence-proces' van de OESO Handreiking. Het due diligence-proces is deels ontleend aan de UN Guiding Principles en omvat een zorgvuldigheidsverplichting, bestaande uit de volgende zes concrete stappen:

1. het integreren van maatschappelijke verantwoordelijkheid in het beleid;
2. het identificeren en beoordelen van daadwerkelijke en potentiële negatieve gevolgen;
3. het stoppen, voorkomen en beperken van negatieve gevolgen;
4. het monitoren van de praktische toepassing en resultaten;
5. het communiceren van de aanpak van negatieve gevolgen; en
6. het zorgen voor of meewerken aan herstelmaatregelen.

Hoewel dit due diligence-proces een overzichtelijk kader biedt voor ESG-normering in de productie- en waardeketen, worden deze niet-bindende voorschriften in de praktijk niet altijd toegepast. Uit een door EY in opdracht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken in 2019 uitgevoerd onderzoek, blijkt dat slechts 35% van de 723 ondervraagde niet-beursgenoteerde bedrijven de OESO-richtlijnen onderschrijft, waarbij slechts 17% van de ondervraagden nadere toelichting verschaft over de wijze waarop het due diligence-proces in het beleid en de managementsystemen is verankerd. Het percentage van onderschrijving ligt weliswaar vele malen hoger onder in Nederland beursgenoteerde ondernemingen, namelijk 93% van de 44 ondervraagden, maar ook daar laat de naleving te wensen over.<sup>14</sup> Zo volgt uit een door Eumediton uitgevoerd onderzoek dat slechts 9% van de 35 ondervraagde beursgenoteerde ondernemingen daadwerkelijk een due diligence-proces met betrekking tot milieurisico's in werking heeft.<sup>15</sup> De behoefte aan bindende ESG-normering heeft zowel op Europeesrechtelijk als nationaal niveau geresulteerd in verschillende initiatieven op het gebied van duurzaamheidsrapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen.

## 2.2. Recente Europeesrechtelijke ontwikkelingen

Op 11 december 2019 publiceerde de Europese Commissie een beleidsplan als 'routekaart op weg naar een duurzame economie'. Dit beleidsplan, beter bekend als de 'Green Deal', beoogt door vermindering van klimaat- en milieuproblematiek per 2050 een circulaire samenleving te bewerkstelligen. Het gaat hierbij om een samenleving waarin geen broeikasgassen worden uitgestoten, restgrondstoffen opnieuw worden gebruikt en economische groei niet langer afhankelijk is van het gebruik van fossiele hulpbronnen.<sup>16</sup> Deze ambitieuze – en wellicht utopische – benadering gaat vele malen verder dan een CO<sub>2</sub>-neutrale

samenleving en is nader uitgewerkt in verscheidene beleidsdocumenten, waarin maatregelen worden opgelegd aan de overheid, het maatschappelijk middenveld en het bedrijfsleven. Een aantal van deze maatregelen is gebundeld in het 'Fit for 55'-pakket (hierna: 'FF55-pakket'), waarmee reeds in 2030 wordt gestreefd naar een reductie van de broeikasgasuitstoot met 55% ten opzichte van 2005.<sup>17</sup>

De maatregelen die worden opgelegd aan het bedrijfsleven, dat in 2019 verantwoordelijk was voor ruim 20% van de broeikasgasuitstoot in de EU, zijn primair gericht op het stimuleren van het aanbod van duurzame en recyclebare producten en het voorkomen van greenwashing.<sup>18</sup> In het kader van de laatstgenoemde doelstelling is ter aanvulling op het FF55-pakket een tweetal richtlijnvoorstellen gepubliceerd, te weten de CSR-richtlijn en het CSDD-richtlijnvoorstel. De inhoud van deze regelingen wordt nader toegelicht in paragraaf 3.

## 2.3. Recente nationale ontwikkelingen

### 2.3.1. Het voorstel tot invoering van een maatschappelijke zorgplicht

In het kader van de nationale ontwikkelingen op het gebied van ESG-normering licht ik drie belangrijke initiatieven nader toe. Allereerst het op 8 mei 2020 gepubliceerde pamflet door 25 Nederlandse hoogleraren ondernemingsrecht, met daarin een voorstel ter bevordering van verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer door bestuurders en commissarissen van Nederlandse kapitaalvennootschappen (hierna: 'pamflet').<sup>19</sup> Het pamflet is gebaseerd op het in Frankrijk ingevoerde 'Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises' en beoogt maatschappelijke betrokkenheid van ondernemingen te vergroten door het introduceren van drie wettelijke regelingen:

1. een wettelijke zorgplicht in de taakomschrijving van bestuurders en commissarissen;
2. een uitnodiging aan vennootschappen tot het formuleren van een statutaire bestaansgrond; en
3. een niet-financiële rapportageverplichting binnen het jaarrekeningsrecht.

De reacties op dit voorstel waren – in tegenstelling tot die op de Europeesrechtelijke initiatieven, zoals in paragraaf 4 zal worden beschreven – verre van enthousiast. Zo spreekt Kaarls in zijn reactie over een 'nieuwe, vage en uiteindelijk onwenselijke norm'<sup>20</sup> en vreest De Kluiver voor een 'paradise by the dashboard light' met 'ingrijpen-

14. Rijksoverheid, *Monitoringsproject onderschrijving OESO-richtlijnen en UNGPs*, 3 april 2020, p. 8.

15. Maastricht University, *Sustainability embedding practices in Dutch listed companies*, oktober 2021, p. 84.

16. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, COM/2019/640 final, p. 2.

17. 'Fit for 55', [consilium.europa.eu/en/policies/green-deal/fit-for-55-the-eu-plan-for-a-green-transition](https://consilium.europa.eu/en/policies/green-deal/fit-for-55-the-eu-plan-for-a-green-transition).

18. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, COM/2019/640 final, p. 8.

19. J. Winter e.a., 'Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer', *Ondernemingsrecht* 2020/86, afl. 7, p. 471-474.

20. A.J. Kaarls, 'Vage praatjes vullen geen gaatjes', *Ondernemingsrecht* 2021/4, p. 17.

de en diepbetreurde consequenties'.<sup>21</sup> Oostwouder en Spronk wijzen erop dat de aansprakelijkheidsrisico's die met een vaag geformuleerde maatschappelijke zorgplicht gepaard kunnen gaan, kunnen leiden tot een 'lawyer's paradise'.<sup>22</sup> Het is dan ook opvallend dat slechts enkele maanden later opnieuw ten aanzien van het Nederlandse vennootschapsrecht een voorstel tot invoering van een wettelijke zorgplicht voor ondernemingen met bijbehorende rapportageverplichting werd gepubliceerd.

### 2.3.2. Het initiatiefvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen

Het hiervoor bedoelde initiatiefvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen (hierna: 'Initiatiefvoorstel') is in maart 2021 door vier Tweede Kamerleden ingediend.<sup>23</sup> Opmerking verdient dat de tekst van het Initiatiefvoorstel, dat zich momenteel in de voorbereidende fase bevindt, recentelijk is gewijzigd naar aanleiding van het op 2 november 2022 gepubliceerde advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State.<sup>24</sup> Het doel van het Initiatiefvoorstel is om 'een ondergrens voor internationaal verantwoord ondernemen in te stellen [...] die ervoor zorgt dat (Nederlandse) ondernemingen de internationale normen die in de OESO-richtlijnen vastgelegd zijn, (meer) gaan naleven'.<sup>25</sup> Ook hierbij wordt derhalve expliciete aansluiting gezocht bij de niet-bindende voorschriften van de OESO op grond waarvan een tweetal normen zou worden ingevoerd.<sup>26</sup>

In de eerste plaats wordt met het Initiatiefvoorstel wederom gepleit voor de invoering van een algemene zorgplicht voor ondernemingen op het gebied van onder meer mensenrechten en milieu. In dat kader bepaalt artikel 1.2 van het Initiatiefvoorstel dat iedere 'onderneming die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat haar activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor mensenrechten [...] of het milieu in een land buiten Nederland' verplicht is de gevolgen daarvan te beperken en, waar mogelijk, te voorkomen.<sup>27</sup> In tegenstelling tot de maatschappelijke

zorgplicht zoals voorgesteld in het pamflet, vallen eventuele gevolgen van de bedrijfsvoering voor het Nederlandse milieu dus buiten het toepassingsbereik van het Initiatiefvoorstel. Daarnaast zou deze zorgplicht, in tegenstelling tot de zorgplicht van het pamflet, niet rusten op de bestuurders, maar op de onderneming zelf.

In de tweede plaats wordt met lid 2 van artikel 2.6.1 van het Initiatiefvoorstel een rapportageverplichting voorgesteld, op grond waarvan de onderneming jaarlijks dient te rapporteren over haar beleid en de door haar genomen maatregelen voor gepaste zorgvuldigheid.<sup>28</sup> Een wijziging naar aanleiding van het advies van de Raad van State is dat tevens een jaarlijkse rapportageverplichting van individuele bestuurders jegens het bestuur is vereist.<sup>29</sup> Daarnaast is naar aanleiding van dit advies ook de vereiste inhoud van de rapportage nader uiteengezet.<sup>30</sup> Het gaat hierbij, anders dan in het pamflet, niet om een jaarrekeningrechtelijke rapportage, maar om een jaarlijkse online publicatie.<sup>31</sup> Tot slot dient volgens de initiatiefnemers voor de handhaving een separate toezichthouder te worden aangewezen die bevoegd is tot het opleggen van een last onder dwangsom en bestuurlijke boetes.<sup>32</sup> Met name vanuit de politiek en het bedrijfsleven ontvangt het Initiatiefvoorstel veel kritiek. Zo gaf Boskalis-topman Peter Berdowski eerder dit jaar aan dat het Initiatiefvoorstel leidt tot een 'ongedefinieerde omgeving', waarvan de beoordeling een 'loterij' is.<sup>33</sup> Onder meer de mogelijke aansprakelijkheidsrisico's voor bestuurders vormen volgens Berdowski een bedreiging voor het Nederlandse vestigingsklimaat.<sup>34</sup> Het is dan ook de vraag of, en zo ja, in welke vorm, het Initiatiefvoorstel zal worden aangenomen.

### 2.3.3. Het voorstel tot actualisatie van de Nederlandse Corporate Governance Code

Een derde duurzaamheidsinitiatief binnen Nederland betreft de herziening van de principes en best practice-bepalingen van de Nederlandse Corporate Governance

- 
21. J. de Kluiver, 'Over de verantwoordelijke onderneming: Naar een Paradise by the dashboard light?', *Ondernemingsrecht* 2020/126, afl. 13/14, p. 718.
  22. W.J. Oostwouder & T. Spronk, 'Naar een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen bij NV's en BV's? Over een belangwekkend voorstel met een aantal onvoldoende doordachte consequenties', *NJB* 2021/1395, afl. 19, p. 1587.
  23. Voorstel van wet van de leden Voordewind, Alkaya, Van den Hul en Van den Nieuwenhuijzen houdende regels voor gepaste zorgvuldigheid in productieketen om schending van mensenrechten, arbeidsrechten en het milieu tegen te gaan bij het bedrijven van buitenlandse handel (Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen), *Kamerstukken II* 2020/21, 35761, nr. 2.
  24. Voorstel van wet zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2022/23, 35761, nr. 9.
  25. *Kamerstukken II* 2020/21, 35761, nr. 3, p. 3.
  26. Schotel & Schepel, *MvO* 2022/3.6, p. 99.
  27. Voorstel van wet zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2022/23, 35761, nr. 9, p. 3.
  28. Voorstel van wet zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2022/23, 35761, nr. 9, p. 8.
  29. Art. 2.6.1 lid 1 Initiatiefvoorstel.
  30. Art. 2.6.1 lid 3 Initiatiefvoorstel.
  31. Art. 2.6.1 lid 4 Initiatiefvoorstel.
  32. Hoofdstuk 3 Initiatiefvoorstel.
  33. Zie ook het advies van de Raad voor de rechtspraak waarin onder meer wordt gesignaleerd dat de open normen in combinatie met de huidige formulering van het voorstel zeer verstrekkende implicaties kunnen hebben, met als gevolg complexe en bewerkelijke procedures, [rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2023-11-advies-initiatiefwetsvoorstel-maatschappelijk-duurzaam-internationaal-ondernemen.pdf](https://rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2023-11-advies-initiatiefwetsvoorstel-maatschappelijk-duurzaam-internationaal-ondernemen.pdf).
  34. 'Boskalis-topman: "Aanzien van Nederland op het wereldtoneel bladdert af"', *FD* 2 januari 2023; 'Boskalis-topman krijgt toch Haags gehoor voor zijn vestigingsklimaat-klachten', *FD* 23 januari 2023.

Code (hierna: ‘Code’).<sup>35</sup> Waar de twee eerdere versies van de Code uit 2003 respectievelijk 2008 met name gericht waren op het aandeelhoudersbelang en daarmee op het – in beginsel – kortetermijnwinstoogmerk, is in de herziening van 2016 gekozen voor een gewijzigde aanpak. Zo zou volgens de Monitoring Commissie meer aandacht moeten zijn voor langetermijnwaardecreatie, waarbij de cultuur binnen de onderneming wordt gezien als ‘een van de drijvende krachten voor een effectieve werking van de corporate governance van de vennootschap’.<sup>36</sup>

Toch blijkt door de toenemende aandacht voor ESG ook hier in recente jaren nóg meer ruimte voor verbetering. Dit resulteerde in de op 20 december 2022 gepubliceerde herziening van de Code die op 1 januari 2023 in werking is getreden.<sup>37</sup> Deze herziening omvat onder meer een wijziging van de taakomschrijving van bestuurders, op grond waarvan is bepaald dat bestuurders niet alleen verantwoordelijk zijn voor ‘de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming’, maar tevens voor ‘de duurzame lange termijn waardecreatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming’.<sup>38</sup> Hiermee wordt expliciet aangesloten bij de OESO-richtlijnen en de CSR-richtlijn.<sup>39</sup>

### 3. De Europeesrechtelijke rapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen

#### 3.1. De niet-financiële rapportageverplichting van de NFR-richtlijn

Met de inwerkingtreding van de Non-Financial Reporting Directive (hierna: ‘NFR-richtlijn’) werd reeds in 2014 de eerste stap gezet op het gebied van de regulering van niet-financiële duurzaamheidsverslaggeving door ondernemingen.<sup>40</sup> De omzetting naar Nederlandse wetgeving heeft eind 2016 plaatsgevonden door middel van het Besluit bekendmaking niet-financiële informatie.<sup>41</sup> Sindsdien is de niet-financiële rapportageverplichting verankerd binnen de jaarrekeningrechtelijke voorschriften, in artikel 2:391 lid 5 BW. Hierdoor zijn ondernemingen die binnen de formele reikwijdte van de NFR-richtlijn vallen sinds het verslagjaar 2017 verplicht om niet-financiële informatie over onder meer mensenrechten en milieu op te nemen in het bestuursverslag.

#### 3.1.1. Formele reikwijdte

De formele reikwijdte van de NFR-richtlijn is relatief beperkt. De rapportageverplichting geldt slechts voor zogenoemde ‘grote organisaties van openbaar belang’ die (i) ten minste 500 werknemers in dienst hebben en (ii) waarvan het balanstotaal meer dan 20 miljoen euro of de netto-omzet meer dan 40 miljoen euro bedraagt.<sup>42</sup> Hoewel op grond van de voorgenoemde drempelwaarden een beursnotering niet vereist is, zorgt de beperkte formele reikwijdte ervoor dat de verplichting tot niet-financiële rapportage in het bestuursverslag in de praktijk slechts van toepassing is op de circa 100 grootste Nederlandse ondernemingen.<sup>43</sup> Hiertoe behoort het overgrote gedeelte van de in Nederland beursgenoteerde ondernemingen.<sup>44</sup>

#### 3.1.2. Materiële reikwijdte

Wat betreft de materiële reikwijdte geldt dat de onderneming inzichtelijk dient te maken op welke wijze in de eigen bedrijfsvoering en waardeketen wordt omgegaan met bepaalde niet-financiële kwesties, waaronder milieuaangelegenheden. De NFR-richtlijn beschrijft daarbij concreet een viertal onderwerpen dat aan bod moet komen in het bestuursverslag. Zo dient de onderneming te rapporteren over:

1. het door haar gevoerde beleid en, indien van toepassing, de door haar toegepaste zorgvuldigheidsprocedures;
2. de resultaten van het gevoerde beleid;
3. de risico’s en beheersing daarvan; en
4. de niet-financiële prestatie-indicatoren.

Indien wordt vastgesteld dat een dergelijk milieubeleid ontbreekt, waardoor de voorgenoemde vier punten niet kunnen worden beschreven, dient de onderneming daaromtrent een gemotiveerde toelichting op te nemen in het bestuursverslag.<sup>45</sup>

Het risicomanagementsysteem zoals voorgeschreven door de NFR-richtlijn ziet niet specifiek op complexe langetermijnrisico’s op het gebied van duurzaamheid, maar op traditionele – doorgaans korte termijn – ondernemingsrisico’s. Het gaat hierbij onder meer om operationele risico’s, leveringstekorten en liquiditeitsproblemen. Hoewel uit onderzoek naar de risicobeheersing en rapportage van

35. Een gedragscode zoals aan te wijzen op grond van art. 2:391 lid 5 BW, *Stcr.* 2017, 45259 (Nederlandse Corporate Governance Code).

36. Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *De Nederlandse corporate governance code. Voorstel voor herziening*, 11 februari 2016, p. 37.

37. Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *Verantwoordingsdocument actualisatie Corporate Governance Code 2022*, 20 december 2022.

38. Principe 1.1 Corporate Governance Code 2022.

39. Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *Verantwoordingsdocument actualisatie Corporate Governance Code 2022*, 20 december 2022, p. 10.

40. Richtlijn 2014/95/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2014 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen. Voor de EER relevante tekst (*PbEU* 2014, L 330/1).

41. Besluit van 14 maart 2017, houdende regels ter uitvoering van Richtlijn 2014/95/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 22 oktober 2014 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen (*PbEU* 2014, L 330) (Besluit bekendmaking niet-financiële informatie).

42. Art. 3 Richtlijn 2013/34/EU jo. Considerans 14 en 15 Richtlijn 2014/95/EU.

43. B. Baaijens & L.A. van Amsterdam, ‘De Corporate Sustainability Reporting Directive: rapporteren, controleren én maatschappelijk verantwoord juridisch adviseren’, *Bb* 2022/30, afl. 6, p. 110.

44. L.K. van Dijk & J.B.S. Hijink, ‘“Corporate Sustainability Reporting”: over de Europese aanzet voor het fundament van duurzaamheidsverslaggeving’, *FR* 2021, afl. 8/9, p. 279.

45. A.E.M. Kamp-Roelands & R. Linthorst, ‘Ruim baan voor niet-financiële informatie in bestuursverslag’, *TvCo* 2018, nr. 4, p. 268.

duurzaamheidsaspecten onder 58 Europese beursgenoteerde ondernemingen blijkt dat ruim 90% van de betrokken bedrijven na inwerkingtreding van de NFR-richtlijn een duurzaamheidsbeleid heeft opgesteld, is het beleid niet altijd voldoende specifiek. Zo wordt het beleid in veel gevallen niet jaarlijks herzien en ontbreekt periodieke rapportage over de duurzaamheidsrisico's voor de betreffende onderneming en de rol van het bestuur in de naleving van het beleid.<sup>46</sup> Een nadere specificering van deze onderwerpen is essentieel voor een adequaat risicomangementsysteem, zo signaleert ook Van den Bosch, aangezien bewustwording van duurzaamheidsrisico's cruciaal is voor de bedrijfsvoering en daarmee mogelijk zelfs voor het voortbestaan van de onderneming.<sup>47</sup>

### 3.2. De duurzaamheidsrapportageverplichting van de CSR-richtlijn

Met de opmars van de duurzaamheidsbeweging binnen Europa en de doelstellingen van de Green Deal werden de hiervoor beschreven niet-financiële rapportageverplichtingen aan een evaluatie onderworpen. Dit resulteerde in het oordeel van de Europese Commissie dat de huidige niet-financiële rapportageverplichting binnen de lidstaten onvoldoende heeft geleid tot consistente en vergelijkbare duurzaamheidsrapportages door ondernemingen.<sup>48</sup> In lijn met deze conclusie publiceerde de Europese Commissie op 21 april 2021 het voorstel tot invoering van de CSR-richtlijn ter vervanging van de NFR-richtlijn. De definitieve tekst van de CSR-richtlijn is op 16 december 2022 gepubliceerd, waarna de richtlijn op 5 januari 2023 in werking is getreden.<sup>49</sup> Het moment van omzetting wordt bepaald door de omvang van de onderneming en verloopt op hoofdlijnen in vier fasen:<sup>50</sup>

1. rapportage vanaf het boekjaar 2024: de (moedermaatschappijen van) grote ondernemingen die thans onderworpen waren aan de NFR-richtlijn;
2. rapportage vanaf het boekjaar 2025: de (moedermaatschappijen van) overige grote ondernemingen die voldoen aan de in de CSR-richtlijn genoemde vereisten;
3. rapportage vanaf het boekjaar 2026: de kleine en middelgrote ondernemingen die voldoen aan de in de CSR-richtlijn genoemde vereisten;
4. rapportage vanaf het boekjaar 2028: de buitenlandse moedermaatschappijen van in de Europese Unie gevestigde dochtermaatschappijen die voldoen aan de in de CSR-richtlijn genoemde vereisten.

Het doel van de CSR-richtlijn, zo volgt uit het voorstel, is om 'de duurzaamheidsrapportage te verbeteren tegen een zo laag mogelijke kostprijs zodat het potentieel van de Europese eengemaakte markt om bij te dragen tot de transitie naar een volledig duurzaam en inclusief economisch en financieel systeem beter kan worden ingezet [...]'.<sup>51</sup> Met andere woorden; minimale tekstuele aanpassingen, voor een grote impact op de kwaliteit van de duurzaamheidsrapportage. Ter verwezenlijking van deze doelstelling wordt ten opzichte van de NFR-richtlijn een aantal wijzigingen doorgevoerd.<sup>52</sup>

#### 3.2.1. Formele reikwijdte

Allereerst wordt de formele reikwijdte van de bestaande niet-financiële rapportageverplichting verruimd. De rapportageverplichting wordt hiermee van toepassing op alle in de EU beursgenoteerde ondernemingen en niet-beursgenoteerde ondernemingen binnen de EU die (i) ten minste 250 werknemers in dienst hebben en (ii) waarvan het balanstotaal meer dan 20 miljoen euro of de netto-omzet meer dan 40 miljoen bedraagt.<sup>53</sup> Het feit dat alle beursgenoteerde ondernemingen onder de formele reikwijdte van de CSR-richtlijn vallen, heeft tot gevolg dat ondernemingen die een notering hebben aan een beurs binnen de EU, maar statutair gevestigd zijn in een land buiten de EU, eveneens dienen te voldoen aan de duurzaamheidsrapportageverplichting.<sup>54</sup> Voor bepaalde kleine en middelgrote ondernemingen geldt een versimpelde rapportageverplichting.<sup>55</sup>

Hoewel het aantal tekstuele aanpassingen van de formele reikwijdtebepaling beperkt blijft, zijn de gevolgen van deze wijziging wezenlijk. Door deze verruiming zal het aantal ondernemingen waarop de rapportageverplichting van toepassing is stijgen van slechts circa 100 naar ruim 3000 Nederlandse ondernemingen.<sup>56</sup> Op Europees niveau is de verwachting dat de verruiming van de formele reikwijdte tot gevolg heeft dat de rapportageverplichting van toepassing wordt op circa 49.000 ondernemingen ten opzichte van de 12.000 ondernemingen die onderworpen zijn aan de NFR-richtlijn.<sup>57</sup> Hiermee beslaat de formele reikwijdte van de CSR-richtlijn ondernemingen die gezamenlijk goed zijn voor meer dan 75% van de omzet van bedrijven in de gehele EU.<sup>58</sup>

46. S.F.W. van den Bosch, *Business at risk: The governance and disclosure of sustainability risks* (diss. Tilburg), 2022, p. 240-241.

47. S.F.W. van den Bosch, 'Rapporteren over duurzaamheid: van perceptie naar deceptie?', *TvOB* 2022, afl. 6, p. 163-166 en 169.

48. COM/2021/189 final, p. 4.

49. 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 2004/43/EG en Richtlijn 2013/34/EU, met betrekking tot duurzaamheidsrapportering door ondernemingen (*PbEU* 2022, L 322/15).

50. Art. 5 CSR-richtlijn, waarbij voor de drempelwaarden wordt aangesloten bij Richtlijn 2013/34/EU.

51. COM/2021/189 final, p. 4.

52. COM/2021/189 final, p. 6.

53. Art. 5 lid 2 CSR-richtlijn.

54. L.K. van Dijk & J.B.S. Hijink, "'Corporate Sustainability Reporting': over de Europese aanzet voor het fundament van duurzaamheidsverslaggeving", *FR* 2021, nr. 8/9, p. 279-280.

55. Art. 1 lid 4 CSR-richtlijn jo. art. 19a lid 6 Jaarrekeningenrichtlijn.

56. Baaijens & Van Amsterdam 2022, p. 110.

57. COM/2021/189 final, p. 1 en 12.

58. L. Blom & J. Dickhoff, 'EU geeft kleur aan duurzaamheid en de rol van de financiële sector', *FR* 2021, nr. 8/9, p. 261.

### 3.2.2. Materiële reikwijdte

Ook de materiële reikwijdte van de niet-financiële rapportageverplichting wordt aanzienlijk uitgebreid. In het kader van de in paragraaf 4 te maken vergelijking met het Britse vennootschapsrecht is in het bijzonder een viertal wijzigingen van artikel 19 bis van de Jaarrekeningenrichtlijn relevant. De eerste verandering betreft het vervangen van het begrip ‘niet-financiële informatie’ door de term ‘duurzaamheidsinformatie’. De ratio hierachter is dat het begrip ‘niet-financiële informatie’ ten onrechte zou impliceren dat de informatie in kwestie financieel gezien niet relevant zou zijn.<sup>59</sup>

Daarnaast bevat de gewijzigde tekst van lid 1 van artikel 19 bis van de Jaarrekeningenrichtlijn een nadere uiteenzetting van het in de NFR-richtlijn geïntroduceerde dubbele materialiteitsperspectief. Hiermee wordt verwezen naar het vereiste dat vanuit twee perspectieven wordt gerapporteerd. Het gaat hierbij enerzijds om de risico’s van duurzaamheidsaspecten en klimaatverandering op de onderneming en anderzijds juist om de invloed van de onderneming op onder meer milieu, klimaat en mensenrechten.<sup>60</sup> In dat kader dient in het bestuursverslag informatie te worden opgenomen ‘die nodig is om inzicht te krijgen in de effecten van de onderneming op duurzaamheidskwesties, alsmede informatie die nodig is om te begrijpen hoe duurzaamheidskwesties van invloed zijn op de ontwikkeling, de prestaties en de positie van de onderneming’.<sup>61</sup> Deze twee aspecten van het dubbele materialiteitsperspectief worden ook wel aangeduid als het ‘outside-in-perspectief’ respectievelijk het ‘inside-out-perspectief’.<sup>62</sup>

Voorts wordt met de invoering van de CSR-richtlijn in lid 2 van artikel 19 bis van de Jaarrekeningenrichtlijn uiteengezet welke onderwerpen in het bijzonder worden bedoeld met de in lid 1 bedoelde ‘informatie’. Het gaat hierbij om een zeer extensieve informatieverplichting, omschreven aan de hand van verschillende open normen ten aanzien van het duurzaamheidsbeleid van de onderneming, waaronder een beschrijving van de plannen in het bedrijfsmodel en de strategie ten aanzien van de beperking van de opwarming van de aarde tot 1,5 °C in overeenstemming met de Overeenkomst van Parijs<sup>63</sup> en de rol van de bestuurs-, leidinggevende en toezichthoudende organen ten aanzien van duurzaamheidsaspecten. Het gevolg van dit laatste is dat, ook als de hierna in paragraaf 3.3 te noemen zorgvuldigheidsplicht van het CSDD-richtlijnvoorstel niet wordt ingevoerd, de duurzaamheidsrapportageverplichting indirect van invloed is op de bestuurlijke taakopdracht.

Ten slotte bepaalt de CSR-richtlijn in het nieuwe lid 4 van artikel 19 bis van de Jaarrekeningenrichtlijn en artikel 19 ter van de Jaarrekeningenrichtlijn dat de onderwerpen waarover dient te worden gerapporteerd nader zullen worden gespecificeerd in door de Europese Commissie op te stellen bindende EU-standaarden voor duurzaamheidsrapportage.<sup>64</sup> Daarbij worden tevens vergelijkbare niet-bindende EU-standaarden gepubliceerd voor ondernemingen binnen het mkb. Met deze standaarden wordt gestreefd naar meer harmonisatie en betere handhavingssmogelijkheden.<sup>65</sup>

### 3.2.3. Handhavings- en sanctiemechanisme

Ter bevordering van de naleving van de duurzaamheidsrapportageverplichting bevatte de voorgestelde tekst van de CSR-richtlijn een aanscherping van het thans toepasselijke handhavingsmechanisme, zoals beschreven in artikel 51 van de Jaarrekeningenrichtlijn. Hieruit volgt dat de lidstaten dienen te voorzien in doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties in geval van inbreuk op de volgens de richtlijn vastgestelde nationale bepalingen en dat zij de nodige maatregelen dienen te treffen in het kader van handhaving van de sancties.<sup>66</sup> Het voorgestelde nieuwe lid 2 van artikel 51 van de Jaarrekeningenrichtlijn bepaalde in dat kader dat bij niet-naleving van de duurzaamheidsrapportageverplichting ten minste een drietal sancties kan worden opgelegd:

1. een publieke verklaring betreffende de inbreuk, waarin de verantwoordelijke (rechts)personen worden aangewezen en de aard van de inbreuk wordt beschreven;
2. een bevel aan de voor de inbreuk verantwoordelijke (rechts)personen, waarin deze wordt gelast het gedrag waardoor de inbreuk is veroorzaakt, te staken en zich te onthouden van elke herhaling van dat gedrag; en
3. een administratieve boete.

De voorgestelde sancties zouden derhalve enkel rusten op de rechtspersoon zelf en niet op haar bestuurders.<sup>67</sup> Het voorgestelde handhavings- en sanctiemechanisme is in de definitieve tekst van de CSR-richtlijn echter achterwege gelaten, waarmee qua handhaving volledig wordt aangesloten bij het reeds bestaande mechanisme van artikel 51 van de Jaarrekeningenrichtlijn. Hoewel dit bestaande handhavingsmechanisme aanzienlijk minder streng geformuleerd is, laten de open normen mijns inziens ruimte voor onzekerheid omtrent oplegbare sancties. Daarnaast werkt dergelijke vage formulering mijns inziens zorgen omtrent externe bestuurdersaansprakelijkheid in de hand, zoals deze ook werden gesignaleerd ten aanzien van het in paragraaf 2.3.1 genoemde pamflet. Het gaat

59. Considerans 8 CSR-richtlijn.

60. Zie ook S.J.M. van den Bosch, *Business at risk: The governance and disclosure of sustainability risks* (diss. Tilburg), 2022, p. 251 en 267.

61. Art. 1 lid 4 CSR-richtlijn.

62. L.J.M. Baks, J.B.S. Hijink & S. Rietveld, ‘Duurzaamheidsverslaggeving in een hogere versnelling. Laveren tussen wereldwijde convergentie en “Europe first”’, *Ondernemingsrecht* 2021/34, afl. 5, p. 206 en 211; Van Dijk & Hijink, *FR* 2021, nr. 8/9, p. 276; Blom & Dickhoff, 2021, p. 257.

63. Overeenkomst van Parijs van 12 december 2015, *Trb.* 2016, 162.

64. Art. 1 lid 4 CSR-richtlijn.

65. Art. 1 lid 4 CSR-richtlijn; COM/2021/189 final, p. 6 en 8.

66. COM/2021/189 final, voorstel voor art. 1 lid 12 CSR-richtlijn.

67. COM/2021/189 final, voorstel voor art. 1 lid 12 CSR-richtlijn.

hierbij om persoonlijke aansprakelijkheid wegens schade ontstaan bij derden, zoals crediteuren, wederpartijen en beleggers, als gevolg van verwijtbaar handelen of nalaten door een of meer bestuurders.<sup>68</sup>

### 3.3. De zorgvuldigheidsplicht van het CSDD-richtlijnvoorstel

Het op 23 februari 2022 gepubliceerde voorstel tot invoering van het CSDD-richtlijnvoorstel behelst een zorgvuldigheidsplicht voor bestuurders en commissarissen van bepaalde ondernemingen, die wordt verankerd in het Nederlandse vennootschapsrecht. Zoals reeds benoemd bestaat een dergelijke zorgvuldigheidsplicht tot op heden enkel in de vorm van niet-bindende internationale normen voor verantwoord ondernemerschap.

Hoewel steeds meer ondernemingen aangeven deze zorgvuldigheidseisen toe te passen, constateert de Europese Commissie dat in de praktijk enkele problemen ontstaan door een gebrek aan juridische duidelijkheid.<sup>69</sup> Een andere zorg is dat niet alle ondernemingen zich daadwerkelijk aan deze niet-bindende normen houden. Het doel van het CSDD-richtlijnvoorstel is dan ook om 'versnippering van de zorgvuldigheidsvereisten in de interne markt [te] voorkomen en rechtszekerheid [te] scheppen voor ondernemingen en belanghebbenden wat betreft het gedrag en aansprakelijkheid'.<sup>70</sup>

#### 3.3.1. Formele reikwijdte

De formele reikwijdte van de zorgvuldigheidsplicht van het CSDD-richtlijnvoorstel onderscheidt twee situaties. In de eerste plaats is de zorgvuldigheidsplicht van toepassing op ondernemingen opgericht naar het recht van een lidstaat, die (i) gemiddeld ten minste 500 werknemers in dienst hebben en (ii) waarvan de netto-omzet wereldwijd in het laatste boekjaar waarvoor jaarrekeningen zijn opgesteld ten minste 150 miljoen euro bedraagt.<sup>71</sup> Voorts is de zorgvuldigheidsplicht van toepassing op ondernemingen opgericht naar het recht van een lidstaat, die (i) gemiddeld ten minste 250 werknemers in dienst hebben en (ii) waarvan de netto-omzet ten minste 40 miljoen euro bedraagt, mits 50% van de netto-omzet werd behaald in een van de in het voorstel genoemde sectoren. Het gaat hierbij om milieu-intensieve sectoren, zoals de textielin-

dustrie, de landbouw, de visserij en de ontginning van minerale hulpbronnen.<sup>72</sup> Het CSDD-richtlijnvoorstel wijkt met deze afbakening af van de OESO Handreiking, waarin de due diligence-verplichting in beginsel wordt voorgeschreven voor alle ondernemingen.<sup>73</sup> Met deze formele reikwijdte schat de Europese Commissie dat circa 12.800 ondernemingen binnen de EU en 4.000 ondernemingen buiten de EU onderworpen zullen worden aan de verplichtingen van het CSDD-richtlijnvoorstel.<sup>74</sup> In de amendementen van het Europees Parlement, die op 1 juni 2023 zijn aangenomen, wordt zelfs voorgesteld de formele reikwijdte verder uit te breiden.<sup>75</sup>

Ten opzichte van de formele reikwijdte van de duurzaamheidsrapportageverplichting van de CSR-richtlijn zijn er drie belangrijke verschillen. Allereerst kan de zorgvuldigheidsplicht ook van toepassing zijn op niet-beursgenoteerde ondernemingen die zijn opgericht naar het recht van een derde land, mits in het boekjaar voorafgaande aan het laatste boekjaar een netto-omzet binnen de EU werd behaald van (i) ten minste 150 miljoen euro of (ii) tussen de 40 en 150 miljoen euro, waarvan ten minste 50% is behaald binnen een van de hiervoor bedoelde milieu-intensieve sectoren.<sup>76</sup> Daarnaast vallen mkb-ondernemingen buiten de formele reikwijdte van de zorgvuldigheidsplicht, alhoewel zij als zakenrelatie wel indirect geconfronteerd kunnen worden met de zorgvuldigheidsplicht.<sup>77</sup> Tot slot valt op dat de formele reikwijdte van de zorgvuldigheidsplicht slechts betrekking heeft op individuele 'ondernemingen' en dat in het CSDD-richtlijnvoorstel niet nader wordt gespecificeerd of de zorgvuldigheidsplicht ook van toepassing kan zijn indien enkel op groepsniveau is voldaan aan de drempelwaarden. Het laatstgenoemde verschil wordt door Lafarre en Van der Sangen mijns inziens terecht opgemerkt als mogelijk knelpunt dat kan leiden tot strategisch gedrag van bedrijven, met als doel om onder de drempelwaarden te blijven.<sup>78</sup> Ook op dit punt is door het Europees Parlement een wijziging voorgesteld.<sup>79</sup>

#### 3.3.2. Materiële reikwijdte

De materiële reikwijdte van de zorgvuldigheidsplicht is uiteengezet in artikel 4-11 van het CSDD-richtlijnvoorstel. Hieruit volgen zes maatregelen die door de lidstaten

68. Art. 6:162 BW.

69. COM/2022/71 final, p. 13.

70. COM/2022/71 final, p. 2-3.

71. Art. 2 lid 1 onder a CSDD-richtlijnvoorstel.

72. Art. 2 lid 1 onder b CSDD-richtlijnvoorstel.

73. J.E.S. Hamster, 'Het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn inzake passende zorgvuldigheid op het gebied van duurzaamheid: een kritische verkenning', *MvO* 2022/5.2, afl. 5/6, p. 154.

74. 'Corporate sustainability due diligence: Fostering sustainability in corporate governance and management systems', [commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence\\_en](https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence_en).

75. Amendementen van het Europees Parlement aangenomen op 1 juni 2023 op het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid van het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937 (P9\_TA(2023)0209), p. 80.

76. Art. 2 lid 2 CSDD-richtlijnvoorstel.

77. Art. 6 CSDD-richtlijnvoorstel jo. art. 7 lid 3 en 4 CSDD-richtlijnvoorstel; A.J.F. Lafarre & G.J.H. van der Sangen, 'Passende zorgvuldigheid in internationale handelsketens', *NtER* 2022, afl. 9/10, p. 236; Zie hierover ook par. 3.3.3.

78. A.J.F. Lafarre & G.J.H. van der Sangen, 'Passende zorgvuldigheid in internationale handelsketens', *NtER* 2022, afl. 9/10, p. 242.

79. Amendementen van het Europees Parlement aangenomen op 1 juni 2023 op het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid van het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937 (P9\_TA(2023)0209), p. 80.



moeten worden ingevoerd, gebaseerd op het due diligence-proces zoals beschreven in de UN Guiding Principles en de OESO Handreiking.<sup>80</sup> Met name de eerste drie maatregelen zijn in sterke mate gelijklopend aan de OESO Handreiking.<sup>81</sup>

Hoewel de maatregelen en het due diligence-proces van de OESO Handreiking vanaf de vierde maatregel uiteenlopen, blijft de inhoud op hoofdlijnen vergelijkbaar. Enkel de in de vierde maatregel geïntroduceerde klachtenprocedure ontbreekt in de OESO Handreiking. Deze klachtenprocedure zal in het kader van het voorgestelde handhavings- en sanctiemechanisme in paragraaf 3.3.3 nader worden toegelicht.

Wat betreft de verantwoordelijkheid voor het vervullen van de zorgvuldigheidsplicht bepaalt lid 1 van artikel 25 van het CSDD-richtlijnvoorstel dat de bestuurders ‘bij het vervullen van hun plicht om te handelen in het belang van de onderneming, rekening houden met de gevolgen van hun beslissingen voor duurzaamheidskwesties, met inbegrip van [...] mensenrechten, klimaatverandering en milieu, ook op korte, middellange en lange termijn.’ De zorgvuldigheidsplicht wordt hiermee onderdeel van de bestuurlijke taakopdracht en is daarmee, mijns inziens, vergelijkbaar met de maatschappelijke zorgplicht zoals voorgesteld in het in paragraaf 2.3.1 genoemde pamflet, hetgeen ook wordt opgemerkt door een van de auteurs van het pamflet.<sup>82</sup>

Ondanks de gelijkenissen met het pamflet zijn de reacties op de verantwoordelijkheid van bestuurders zoals uiteengezet in het CSDD-richtlijnvoorstel tot op heden genuanceerder. Zo betogen Lafarre en Van der Sangen dat de bepaling geen persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder inhoudt en naar verwachting weinig verandering teweeg zal brengen ten opzichte van het reeds geldende belangenpluralisme, op grond waarvan ESG reeds moet worden meegewogen.<sup>83</sup> Daarnaast geeft Hamster aan dat de verantwoordelijkheid van de bestuurder slechts een procesmatige verplichting inhoudt en niet voorschrijft op welke manier betrokken belangen door de bestuurder tegen elkaar moeten worden afgewogen. Hierdoor kan de bestuurder niet achteraf worden aangesproken op de wijze waarop aan de belangenafweging invulling is gegeven.<sup>84</sup> Mijns inziens is de kans van slagen van de aansprakelijkheidsvordering echter niet doorslaggevend, aangezien de vrees om verwickeld te raken in een aansprakelijkheidsprocedure op zichzelf al een afschrikwekkende werking kan hebben voor bestuurders.

### 3.3.3. Handhavings- en sanctiemechanisme

Evenals de CSR-richtlijn introduceert het CSDD-richtlijnvoorstel een handhavings- en sanctiemechanisme. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen de handhaving ten aanzien van de bestuurders en het sanctiemechanisme ten aanzien van de onderneming zelf. Wat betreft de handhaving ten aanzien van bestuurders bepaalt lid 1 van artikel 26 van het CSDD-richtlijnvoorstel dat de bestuurders verantwoordelijk zijn voor de invoering en het toezicht op de maatregelen en het beleid inzake passende zorgvuldigheid. Daarbij dienen de bestuurders rekening te houden met de inbreng van belanghebbenden en organisaties uit het maatschappelijk middenveld en verslag uit te brengen aan de raad van bestuur. Daarnaast bepaalt lid 2 van voornoemd artikel dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat de bestuurders de bedrijfsstrategie aanpassen om rekening te houden met de in het due diligence-proces geïdentificeerde potentiële en werkelijke negatieve gevolgen.

Voorts bevat artikel 22 van het CSDD-richtlijnvoorstel een civielrechtelijke aansprakelijkheidsgrond voor de onderneming. Hieruit volgt dat de onderneming in beginsel aansprakelijk kan worden gehouden voor schade indien voldaan is aan twee vereisten. De eerste voorwaarde is dat de onderneming niet heeft voldaan aan haar verplichting om feitelijke of potentiële negatieve gevolgen van het beleid voor mens en milieu te beëindigen respectievelijk te voorkomen of te beperken.<sup>85</sup> Ten tweede dient door deze nalatigheid een negatief effect te zijn ontstaan waaruit schade voortvloeit.<sup>86</sup> Daarbij geldt dat de verplichting van de onderneming moet worden opgevat als een inspanningsverplichting.<sup>87</sup> Om te bepalen of de onderneming aansprakelijk kan worden gesteld, maakt het CSDD-richtlijnvoorstel onderscheid tussen een negatief effect ontstaan als gevolg van drie soorten activiteiten:

1. de activiteiten van de onderneming;
2. de activiteiten van dochterondernemingen;
3. de activiteiten van directe en indirecte zakelijke relaties.

Het CSDD-richtlijnvoorstel bepaalt in dat kader dat de onderneming in beginsel niet aansprakelijk is voor schade als gevolg van activiteiten van een indirecte zakelijke relatie, mits zij maatregelen heeft genomen ter voorkoming of beperking daarvan. Een uitzondering wordt gemaakt indien in de betreffende omstandigheden niet kon worden verwacht dat de genomen maatregelen toereikend zouden zijn om het negatieve effect te voorkomen of te beperken.<sup>88</sup> De aansprakelijkheid van de onderneming laat de

80. Preambule 5 en 6 CSDD-richtlijnvoorstel.

81. OESO, *Due diligence handreiking voor maatschappelijk verantwoord ondernemen*, 2018, p. 19-29; Zie voor een vergelijking van het CSDD-richtlijnvoorstel en de OESO Handreiking een overzicht van de maatregelen in A.J.F. Lafarre & G.J.H. van der Sangen, ‘Passende zorgvuldigheid in internationale handelsketens’, *NtER* 2022, afl. 9/10, p. 237.

82. Art. 2:129/239 lid 5 BW; P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 34.

83. A.J.F. Lafarre & G.J.H. van der Sangen, ‘Passende zorgvuldigheid in internationale handelsketens’, *NtER* 2022, afl. 9/10, p. 234.

84. J.E.S. Hamster, ‘Het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn inzake passende zorgvuldigheid op het gebied van duurzaamheid: een kritische verkenning’, *MvO* 2022/5.2, afl. 5/6, p. 157-158.

85. Art. 22 lid 1 onder a CSDD-richtlijnvoorstel.

86. Art. 22 lid 1 onder b CSDD-richtlijnvoorstel.

87. Preambule 15 CSDD-richtlijnvoorstel.

88. Art. 22 lid 2 CSDD-richtlijnvoorstel.

wettelijke aansprakelijkheid van dochterondernemingen en directe en indirecte zakelijke relaties onverlet.<sup>89</sup>

Door wie de onderneming aansprakelijk kan worden gehouden zal per lidstaat worden bepaald aan de hand van implementatiewetgeving. De verwachting op grond van het Shell-vonnis, waarin de vordering tot schadevergoeding ingesteld door individuele eisers werd afgewezen, is dat naar Nederlands recht geen vordering zal toekomen aan individuele eisers.<sup>90</sup> De opmerking verdient dat deze aansprakelijkheidsgrond aan hevige kritiek van het Europees Parlement is onderworpen en naar verwachting nog zal worden aangepast.<sup>91</sup>

Tot slot kent het CSDD-richtlijnvoorstel nog enkele andere toezicht- en handhavingsmogelijkheden. Een voorbeeld daarvan is de eerdergenoemde klachtenprocedure van artikel 9 van het CSDD-richtlijnvoorstel. Hierbij gaat het om de verplichting voor ondernemingen om bepaalde klachtgerechtigde personen en organisaties de mogelijkheid te bieden om een klacht in te dienen in geval van '[...] gerechtvaardigde bezorgdheid over feitelijke of potentiële negatieve effecten op de mensenrechten en negatieve milieueffecten [...]'.<sup>92</sup> Er wordt daarbij onderscheid gemaakt tussen drie categorieën van klachtgerechtigden, te weten benadeelden, vakbonden en andere werknemersvertegenwoordigers en maatschappelijke organisaties.<sup>93</sup> Daarnaast dienen de nationale toezichthoudende autoriteiten de ondernemingen te controleren en worden de toezichthoudende autoriteiten binnen de EU op hun beurt door elkaar gecontroleerd, doordat zij verenigd worden in een Europees netwerk van toezichthouders.<sup>94</sup>

#### 4. Tot slot

In dit eerste deel van dit tweeluik ben ik ingegaan op de nationale en internationale (maatschappelijke) ontwikkelingen op het gebied van ESG-normering. Hierbij zijn tot op heden vanuit internationaal perspectief met name de *soft law* voorschriften van de OESO en de Verenigde Naties relevant. Op nationaal niveau ben ik ingegaan op een drietal belangrijke initiatieven. Opvallend is dat het eerste en tweede initiatief, te weten het pamflet en het Initiatiefvoorstel, sterk zijn bekritiseerd. Hierbij wordt vooral gewezen op de vage bewoordingen en potentiële aansprakelijkheidsrisico's. Een bindende zorgvuldigheidsplicht en bijbehorende rapportageverplichting op het gebied van ESG volgen tot op heden dan ook niet uit het Nederlandse recht.

Op Europeesrechtelijk niveau lijkt met de CSR-richtlijn en het CSDD-richtlijnvoorstel het tij te keren. De niet-

financiële rapportageverplichting, die thans voortvloeit uit de NFR-richtlijn, zal met de invoering van de CSR-richtlijn vanaf 2024 worden vervangen door een duurzaamheidsrapportageverplichting. Hoewel het aantal tekstuele veranderingen beperkt is, kent de nieuwe regeling een aanzienlijk ruimere reikwijdte. De verantwoordelijkheid voor naleving rust daarbij op de vennootschap, maar door de extensieve verplichting tot informatiever-schaffing wordt tevens een indirecte zorgvuldigheidsplicht opgelegd aan de bestuurders.

Bij invoering van het CSDD-richtlijnvoorstel zal de rapportageverplichting worden aangevuld door een zorgvuldigheidsplicht, vergelijkbaar met het due diligence-proces van de OESO Handreiking. De verantwoordelijkheid voor naleving van de zorgvuldigheidsplicht rust daarbij primair op de onderneming, maar wordt ook onderdeel van de bestuurlijke taakuitoefening. De voorgestelde zorgvuldigheidsplicht is in dat opzicht vergelijkbaar met de in het pamflet voorgestelde maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders. Toch zijn de zorgen over externe aansprakelijkheidsrisico's, zoals deze in de literatuur zijn geuit ten aanzien van het pamflet, in het kader van het CSDD-richtlijnvoorstel tot op heden beperkt. Bij invoering van het CSDD-richtlijnvoorstel zal blijken of de zorgvuldigheidsplicht leidt tot een toename aan aansprakelijkheidsprocedures en, zo ja, in hoeverre deze vorderingen kans van slagen hebben op grond van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.

In deel 2 zal worden ingegaan op de rapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen die recentelijk zijn ingevoerd binnen het Britse vennootschapsrecht en zullen enkele reacties op de Europese en Britse regelgeving worden vergeleken.

89. Art. 22 lid 3 CSDD-richtlijnvoorstel.

90. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, *JOR* 2021/208, m.nt. S.J.M. Biesmans; Zie ook A.J.F. Lafarre & G.J.H. van der Slangen, 'Passende zorgvuldigheid in internationale handelsketens', *NtER* 2022, afl. 9/10, p. 238.

91. Amendementen van het Europees Parlement aangenomen op 1 juni 2023 op het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid van het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937 (P9\_TA(2023)0209), p. 173-177.

92. Art. 9 lid 1 CSDD-richtlijnvoorstel.

93. Art. 9 lid 1 CSDD-richtlijnvoorstel.

94. S.F. ter Brake, 'Het voorstel voor de richtlijn Corporate Sustainability Due Diligence', *TvOB* 2022, afl. 3, p. 84.