

# Verantwoord ondernemen, duurzaamheid en privaatrecht

NTBR 2022/42

Redactioneel

In dit themanummer wordt onderzocht welke betekenis recente ontwikkelingen op het gebied van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen (IMVO) en duurzaamheid hebben voor het privaatrecht. Het themanummer bevat bijdragen over IMVO-wetgeving en de handhaving daarvan, de aansprakelijkheid voor mensenrechtenschendingen door toeleveranciers en afnemers, de aansprakelijkheid voor mensenrechtenschendingen in concernverhoudingen, de invloed van IMVO-verplichtingen op het contractenrecht en de handhaving van IMVO-verplichtingen via het contractenrecht, de verhouding tussen het verbintenissenrecht en greenwashing, en de rol van het goederenrecht bij het verwezenlijken van duurzaamheidsdoelstellingen.

## IMVO en duurzaamheid in het privaatrecht

In een tijd van dreigende (en zelfs al gedeeltelijk plaatsvindende) gevaarlijke klimaatverandering en toenemende zorgen over (andere) bedreigingen van mens- en milieugerelateerde belangen in internationale waardeketens, is internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen (IMVO) een belangrijk instrument om de belangen van mens, milieu en markt (*People, Planet, Profit*) weer in evenwicht te brengen. IMVO en duurzaam ondernemen zijn al geruime tijd geen vrijblijvende verschijnselen meer, zoals blijkt uit recente rechtspraak over de aansprakelijkheid van Shell voor olie lekkages in Nigeria<sup>2</sup> en over klimaatverplichtingen van Shell.<sup>3</sup> Ook de Europese en de nationale wetgever zijn actief op dit terrein. Zo presenteerde het kabinet-Rutte III in november 2021 'Bouwstenen voor IMVO-wetgeving'<sup>4</sup> en verscheen in februari 2022 het Europese voorstel voor een 'Corporate Sustainability Due Diligence' richtlijn.<sup>5</sup> In november 2022 zag een herziene versie van het in maart 2021 ingediende initiatiefvoorstel voor een 'Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen' het licht.<sup>6</sup>

Hoewel de ontwikkelingen op het gebied van IMVO en duurzaamheid dus nog volop gaande zijn, is al wel duidelijk dat (ook) de civilist niet meer om IMVO en duurzaamheid heen kan. Tegelijkertijd is de betekenis van de hiervoor genoemde ontwikkelingen voor de kerngebieden van het privaatrecht in veel gevallen nog lang niet uitgekristalliseerd. Met dit themanummer beogen we daarom de verhouding tussen IMVO en het privaatrecht nader te duiden. Daartoe worden de kerngebieden van het vermogensrecht – aansprakelijkheidsrecht, ondernemingsrecht, contractenrecht en goederenrecht – belicht vanuit IMVO- en duurzaamheidsperspectief. Tevens wordt aandacht besteed aan recente IMVO-wetgeving en aan de (publieke dan wel private) handhaving daarvan. Doel is om een beeld te schetsen

1 Citeerwijze: K.J.O. Jansen & E.R. de Jong, 'Verantwoord ondernemen, duurzaamheid en privaatrecht', *NTBR* 2022/42, afl. 10.

2 Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132 (*Oguru c.s./Shell*).

3 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie c.s./Shell*).

4 Brief van de Minister voor BHO inzake bouwstenen voor IMVO-wetgeving, *Kamerstukken II* 2021/22, 26485, nr. 377.

5 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, COM(2022) 71 final d.d. 23 februari 2022. Na afronding van de kopij voor dit themanummer verscheen een concept rapport van het Europees Parlement met voorgestelde amendementen (Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, 2022/0051(COD), 7 november 2022).

6 Gewijzigd initiatiefvoorstel (Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen), *Kamerstukken II* 2022/23, 35761, nr. 9.

van de manier waarop de regelgeving op het gebied van (internationaal) maatschappelijk verantwoord ondernemen, duurzaamheid en privaatrecht elkaar wederzijds (gaan) beïnvloeden, nu en in de nabije toekomst.

Eenzijds rijst hier de vraag wat het privaatrecht kan betekenen voor de verwezenlijking van IMVO-ambities en duurzaamheidsdoelstellingen. De hieronder te introduceren bijdragen relateren bijvoorbeeld onder meer aan de effectiviteit van bestuursrechtelijke handhaving en de mogelijkheden van het privaatrecht om eventuele tekortkomingen van het publiekrechtelijke handhavingsarsenaal te adresseren, aan de dreigende werking van het aansprakelijkheidsrecht en de doelmatigheid van contractenrechtelijke bepalingen in het teweegbrengen van duurzame handelsketens.

Maar ook de tegenovergestelde vraag – wat betekenen deze ontwikkelingen voor het privaatrecht? – komt uitgebreid aan de orde. De hieronder te introduceren bijdragen laten namelijk zien dat IMVO en duurzaamheid geen randverschijnselen (meer) zijn in het privaatrecht, maar doordringen tot in de kern van onze privaatrechtelijke regels en beginselen, zoals de zorgplicht in het aansprakelijkheidsrecht, de rechtspersoonlijkheid en het beginsel van de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders, de contractsvrijheid, de privaatrechtelijke remedies en het goederenrechtelijke eenheidsbeginsel en gesloten stelsel.

### Opzet van het themanummer

De opzet van het themanummer is als volgt. In het eerste artikel geeft Liesbeth Enneking een inleidende beschouwing van wetgeving, ‘soft law’ en rechtspraak op het gebied van IMVO en duurzaamheid. Aan de orde komen de *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, de OESO-Richtlijnen voor multinationale ondernemingen (beide vormen van soft law), de Nederlandse IMVO-wetgeving (vooral nog grotendeels toekomstmuziek) en het recente Europese voorstel voor een ‘*Corporate Sustainability Due Diligence*’ richtlijn (hierna ook: CSDD-richtlijn). In het verlengde hiervan bespreekt Enneking de rol van IMVO-zorgplichten in het civiele aansprakelijkheidsrecht. Zij sluit af met een beschouwing over de samenwerking tussen due diligence wetgeving en het privaatrecht, in het bijzonder het contractenrecht en het civiele aansprakelijkheidsrecht. Toegespitst op het aansprakelijkheidsrecht werpt Enneking de vraag op of het Richtlijnvoorstel niet een verslechtering inhoudt ten opzichte van de ongeschreven IMVO-zorgplichten die in de rechtspraak tot ontwikkeling zijn gekomen.

In het tweede artikel gaat Martijn Scheltema in op de handhaving van IMVO-verplichtingen uit het CSDD-voorstel. Deze handhaving geschiedt primair via het bestuursrecht. Scheltema laat zien welke uitdagingen een effectief handhavingstelsel met zich brengt. Om te voorkomen dat het toezicht vooral een ‘papierwerkelijkheid’ controleert, pleit hij voor een vorm van toezicht die uitgaat van ‘best practices’ die door bedrijven en multi-stakeholder initiatieven zelf zijn ontwikkeld, zoals de zogenaamde IMVO-convenanten. Scheltema gaat ook in op de vraag hoe het bestuursrechtelijke toezicht op grond van het Richtlijnvoorstel zich verhoudt tot de voorgestelde regeling omtrent civiele aansprakelijkheid (art. 22 van het Richtlijnvoorstel). Hij concludeert dat, hoewel toezicht en civiele aansprakelijkheid los van elkaar staan, het opvolgen van door de toezichthouder opgelegde schadebeperkende maatregelen wel relevant kan zijn voor de omvang van de aansprakelijkheid.

In het derde artikel behandelt Cees van Dam de zorgplicht van ondernemingen voor mensenrechtenschendingen die worden veroorzaakt door toeleveranciers en afnemers van de onderneming. Gebruikmakend van rechtsvergelijkende inzichten bespreekt hij hoe die zorgplicht is vormgegeven in de relevante soft law (UNGPs), toezichtwetgeving (in Duitsland, Frankrijk, Nederland en de EU) en het

aansprakelijkheidsrecht. Aan de orde komen het belang van kennis van schendingen door derden, de reikwijdte en de inhoud van de zorgplicht om te acteren op die (dreigende) schendingen. Hij maakt verder een onderscheid tussen regels die risicogedreven zijn (waarbij de ernst en omvang van het risico leidend zijn) en die relatiegedreven zijn (waarin de relatie van de onderneming met de derde bepalend is). Met name op die laatste categorie is hij kritisch, onder meer omdat dit type regels de benodigde dreigende werking van het aansprakelijkheidsrecht ondermijnt. Tegen die achtergrond bespreekt hij dat het ongeschreven recht de ruimte biedt voor het aannemen van verstrekkende zorgplichten om mensenrechtenschendingen door derden te voorkomen, ook al heeft de onderneming geen zeggenschap over deze gedragingen en zijn die gedragingen evenmin onrechtmatig.

Het vierde artikel van Albert Verdam gaat over de aansprakelijkheid voor mensenrechtenschendingen in concernverhoudingen. Verdam bespreekt de inhoud en reikwijdte van de zorgplicht van multinationals ter zake van (dreigende) mensenrechtenschendingen door zuster- en dochterondernemingen, mede tegen de achtergrond van het vraagstuk van (directe en indirecte) doorbraak van aansprakelijkheid. In de literatuur wordt wel gepleit voor een 'risicoaansprakelijkheid' voor mensenrechtenschendingen in concernverhoudingen, maar Verdam verzet zich daartegen. Volgens hem geeft het geldend recht voldoende mogelijkheden om de moedermaatschappij in een belangrijk aantal situaties aan te spreken, zeker met inachtneming van de voorgestelde CSDD-richtlijn. Verdam formuleert een aantal 'stuurknoppen' waaraan door de wetgever en de rechter zou kunnen worden gedraaid.

In het vijfde artikel gaat Olha Cherednychenko in op de (verdere) constitutionalisering van het contractenrecht als gevolg van de toenemende betekenis van IMVO-verplichtingen. Zij richt zich daarbij in het bijzonder op de invloed van de voorgestelde CSDD-richtlijn. Mede aan de hand van een rechtsvergelijking met doorwerking van grondrechten in het Duitse contractenrecht, bespreekt zij de intensiteit van de doorwerking van mensenrechten in het Nederlandse contractenrecht. Daarbij kijkt ze ook naar de implicaties van het Richtlijnvoorstel voor de doorwerking van mensenrechten in het contractenrecht. Ze concludeert dat het voorstel zal leiden tot verdere constitutionalisering van het contractenrecht. Thans werken in het Nederlandse contractenrecht mensenrechten voornamelijk op een indirecte horizontale manier door. Volgens Cherednychenko brengen bindende IMVO-verplichtingen met name directe horizontale doorwerking met zich. Het gevolg is dat het contractenrecht ondergeschikt(er) raakt aan mensenrechten.

In het zesde artikel houden Jaap Baaij en Alex Geert Castermans de voorgestelde CSDD-richtlijn vanuit contractenrechtelijk perspectief (kritisch) tegen het licht. Ze analyseren in welke mate de verschillende contractenrechtelijke bepalingen uit dat voorstel, in combinatie met de relevante toezichtmechanismen, ook daadwerkelijk bijdragen aan het verduurzamen van handelsketens. Ze betreuren dat, in de huidige vorm, de richtlijn slechts een bescheiden rol zal spelen in het tot stand brengen van duurzame handelsketens. Enigszins hoopgevend is dat uit hun analyse van de inkoop- en verkoopvoorwaarden van tien multinationals wel blijkt dat de huidige contracteerpraktijk ruimte biedt voor het zetten van voorzichtige stapjes richting een duurzamere handelsketen. Ze doen ook aanbevelingen om de doelmatigheid van de contractenrechtelijke bepalingen uit het Richtlijnvoorstel te verbeteren.

In het zevende artikel gaat Jorian Hamster op zoek naar de mogelijke verbintenisrechtelijke implicaties van greenwashingspraktijken. In het geval van greenwashing blijken door een onderneming gedane uitingen over de duurzaamheid van een product of dienst onjuist te zijn. Na een korte bespreking van de relevante Europeesrechtelijke ontwikkelingen op dit vlak, bespreekt hij hoe greenwashing zich verhoudt tot verschillende verbintenisrechtelijke regels. Hij behandelt hoe

greenwashing zich verhoudt tot onder meer de regeling oneerlijke handelspraktijken, dwaling, non-conformiteit in geval van koop en de algemene regeling van art. 6:162 BW, en de daarbij behorende remedies zoals ontbinding, rectificatie en schadevergoeding. Naar zijn inschatting biedt het BW thans voldoende handvatten om greenwashing te adresseren.

In het achtste artikel gaan Steven Bartels en Ellen Maathuis in op de vraag of het goederenrecht wel voldoende is toegesneden op duurzaamheids- en andere IMVO-vraagstukken. Zij geven een overzicht van de in de literatuur gesignaleerde obstakels die het goederenrecht zou kunnen opwerpen bij het verwezenlijken van duurzaamheidsambities. In dat kader komen onder meer het exclusiviteitsbeginsel, het eenheidsbeginsel en het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten aan de orde. Bartels en Maathuis concluderen dat binnen de huidige goederenrechtelijke kaders terreinwinst kan worden geboekt als professionele spelers op een verantwoorde wijze gebruik maken van hun goederenrechtelijke machtsposities. Zij betogen dat dit niet alleen een kwestie van verantwoord ondernemerschap is, maar ook kan voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid, die ook in het goederenrecht een rol kan spelen bij de verwezenlijking van duurzaamheidsdoelstellingen.