

Naast woorden meer daden

Naar een 'due diligence'-klimaatplicht voor ondernemingen?

Esther Engelhard¹

In dit artikel worden twee conceptvoorstellen onder de loep gelegd die ondernemingen moeten aansporen tot het bevorderen en operationaliseren van duurzaamheid en 'due diligence' binnen hun internationale waardeketen: de Corporate Sustainability Due Diligence Directive en het (herziene) initiatiefvoorstel voor een Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen. Er zijn twee rode draden te ontwaren. Ten eerste geven beide voorstellen niet duidelijk aan wat er, naast het hebben van een klimaatplan en het monitoren daarvan, nu precies van ondernemingen wordt verlangd en ten tweede voorzien zij, ook los daarvan, niet in een effectieve handhaving. Daardoor blijft voor NGO's de route aantrekkelijk om de civiele rechter te verleiden om tot een striktere normstelling te komen. Zolang een richtinggevende communautaire regeling over de aansprakelijkheid voor klimaatverandering ontbreekt terwijl belangenorganisaties de gang naar de nationale rechter blijven benutten, ligt een *level playing field* op dit vlak buiten bereik.

1. Introductie

1.1. Hoe klimaatverandering het IMVO-debat binnendringt...

Ondernemingen worden de laatste jaren geconfronteerd met hoge verwachtingen en transparantie- en rapportageplichten met betrekking tot hun klimaatbeleid. Dat kan nauwelijks verbazen. Een ingrijpende transformatie van onze manier van leven, produceren en consumeren is nodig om de noodtoestand te keren die is uitgeroepen voor het klimaat. We moeten de doelstellingen halen van het Parijs-akkoord,² de Europese Klimaatwet³ en onze eigen Klimaatwet.⁴ Dit vraagt om een transitie naar een 'klimaatneutrale en hulpstoffenefficiënte' economie.⁵ Daarvoor wordt de actieve inzet van ondernemingen verlangd. 'Harde' wetgeving richt zich vooralsnog met name op het bevorderen van transparantie en rapportage over de prestaties in het licht van aan duurzaamheid gerelateerde indicatoren. Dat is essentieel, voor het behoud van de planeet, maar ook voor wereldwijde financiële stabiliteit.⁶ Dat zijn ook eisen waar institutionele beleggers en andere financiële sector-partijen zich aan hebben gecommitteerd naast financiering van de energietransitie.⁷ Het helpt dan als ook hun zakenpartners emissiedata rapporteren.

Maar recent onderzoek indiceert dat er (veel) méér nodig is dan transparantie en rapportage om de klimaat-

doelstellingen te halen. De hoge prijzen van energie en van emissierechten onder het Europese emissiehandelsstelsel (EU ETS) hebben al geholpen om de CO₂-uitstoot te doen dalen (in 2022 met 7,6% t.o.v. 2021), al houdt die daling volgens de Nederlandse Emissieautoriteit vermoedelijk nog verband met de lagere productie.⁸ Volgens het zesde synthesesrapport van het IPCC is de broeikasgasuitstoot tussen 2010 en 2019 mondiaal blijven stijgen door 'rising global activity levels in industry, energy supply, transport, agriculture and buildings'.⁹ In Nederland zagen we teleurstellende cijfers over het grondstoffenbeleid en het toewerken naar een circulaire economie¹⁰ en het klimaatbeleid van de olie- en gassector, de transportsector, de bouw en zo verder,¹¹ al zijn er in toenemende mate ook successen.¹²

Mede tegen deze achtergrond is het interdepartementale onderzoek *Scherpe doelen, scherpe keuzes* opgezet, waarvan de resultaten zijn meegenomen in de vaststelling van het pakket maatregelen dat in april 2023 door de Minister van Klimaat en Energie Rob Jetten werd afgekondigd.¹³ Daarbij heeft de minister tevens de voor 2030 per sector beoogde reducties aangegeven van de emissies van broeikasgassen. Dit pakket was hard nodig. Zo zou het klimaatbeleid, in de woorden van de SER eerder die maand,¹⁴ 'nauwelijks prikkels [bieden] voor Nederlandse bedrijven om ook in de toeleveringsketen (buiten de eigen

bedrijfsgrenzen en/of buiten Nederland) te komen tot minder primair grondstoffengebruik en scope 3 emissie-reductie'. Juist binnen de internationale handelsketens van grote ondernemingen is terrein te winnen: alleen al de helft van de mondiale broeikasgasemissies zou in die ketens worden veroorzaakt,¹⁵ bij toeleveranciers (*upstream*) en uiteraard bij afnemers (*downstream*). Dáár zit een belangrijk pijnpunt, zoveel is duidelijk.

1.2. Due diligence-initiatieven

Tegen deze achtergrond is het niet verwonderlijk dat het klimaatbeleid van ondernemingen ook deel is gaan uitmaken van recente conceptwetgeving die ondernemingen moet aansporen tot het bevorderen en operationaliseren van duurzaamheid en *due diligence* binnen hun internationale waardeketen. Onder *due diligence* wordt hier (en in deze bijdrage) de gepaste zorg verstaan die vereist is om negatieve effecten van de bedrijfsactiviteiten op het vlak van mensenrechten en duurzaamheid binnen de waardeketen (doorlopend) effectief aan te pakken. Met het sluitstuk van *due diligence* is in feite al een begin gemaakt door de rapportage- en transparantiewetgeving.¹⁶ Maar in Brussel en Den Haag wordt gewerkt aan wetgeving voor internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen (IMVO) en duurzaamheid, waarin óók de 'materiële' kant van *due diligence* (zorgvuldig beleid) rechtens afdwingbaar wordt gemaakt. Daarmee zou worden voorzien in de behoefte – ook volgens VNO-NCW – aan een *level playing*

field, dat dan weer de basis zou kunnen leggen voor sectorale samenwerking.¹⁷

Dit heeft vooralsnog geresulteerd in het voorstel van de Europese Commissie voor een *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (hierna: het CSDDD-voorstel) en in het (herziene) initiatiefvoorstel voor een Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen (hierna: initiatiefvoorstel).¹⁸ Deze beide initiatieven zijn recent van commentaren en analyses voorzien en onlangs door De Kluiver besproken in zijn 'Kroniek van het ondernemingsrecht' in dit blad.¹⁹

1.3. Opzet van deze bijdrage

In deze bijdrage zal worden nagegaan wat er met het oog op klimaatverandering van deze wetsinitiatieven valt te verwachten. Mijn vertrekpunt is de voorgaande constate-

Mijn vertrekpunt is dat de maatschappij van ondernemingen verlangt dat ze méér doen om Parijs te halen en dat een 'zachte' aanpak te weinig zoden aan de dijk zet

Auteur

1. Dr. mr. E.F.D. Engelhard is universitair hoofddocent en verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall), Universiteit Utrecht en raadshoer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.

Noten

2. Art. 2 lid 1 wil 'de stijging van de wereldwijde gemiddelde temperatuur ruim onder 2 °C' houden ten opzichte van het pre-industriële niveau en streeft ernaar 'de stijging te beperken tot 1,5 °C'.
3. Verordening 2021/1119, *PbEU* 2021, L 243/1 ('Europese klimaatwet') staat vanaf 2050 netto geen uitstoot toe van broeikasgassen en wil de economische groei dan losgekoppeld zien van het gebruik van fossiele hulpbronnen. Volgens artikel 4 is 'de bindende klimaatdoelstelling van de Unie voor 2030 een reductie binnen de Unie van netto-broeikasgasemissies (...) van ten minste 55% in 2030 ten opzichte van de niveaus van 1990'. Hierop berust het achtste Milieuactieprogramma (8^e MAP), bij Besluit (EU) 2022/591 van het Europees Parlement en de Raad van 6 april 2022 betreffende een algemeen milieu-programma voor de Europese Unie voor de periode tot en met 2030, *PbEU* 2022, L 114/22.

4. Het kabinet streeft naar een 60% reductie, maar de verwachte emissiereductie ligt, zelfs uitgaand van het geagendeerd beleid, veel lager (*Klimaatnota* 2022, uitgave Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, november 2022, p. 8).
5. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, de Europese *Green Deal*, COM(2019) 640.
6. Aldus de Financial Stability Board, *The Implications for Financial Stability*, 23 november 2020.
7. Klimaatcommitment Financiële Sector. Wel mist minister Kaag in hun actieplannen dat zij inzichtelijk maken 'op welke wijze maatregelen (...) leiden tot het bereiken van de CO₂-reductiedoelstellingen', *Kamerstukken I* 2022/23, 32013, O1 (Brief d.d. 13 maart 2023).
8. Nieuwsbericht d.d. 14 april 2023, emissieautoriteit.nl.
9. Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), *Climate Change 2023: Synthesis Report of the IPCC Sixth Assessment Report*, 2023, p. 10.
10. Planbureau voor de Leefomgeving, *Integrale Circulaire Economie Rapportage 2023*, Den Haag 2023; SER-advies *Meer vaart maken met de grondstoffentransitie*, Den Haag: Sociaal-Economische Raad april

2023, p. 8.

11. Zie de *Zesde Nationale SDG Rapportage, Nederland Ontwikkelt Duurzaam*, 18 mei 2022, p. 9.
12. Nederland zou nu behoren tot de voorlopers van de energietransitie (*de Volkskrant* 6 mei 2023, Wetenschap, p. 6) en scoort mondiaal hoog op grondstoffengebruik voor eigen gebruik en laagwaardige afvalrecycling, *Nationaal Programma Circulaire Economie 2023-2030*, Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, 2023, p. 30.
13. *Kamerstukken II* 2022/23, 32813, nr. 1177, Brief 13 maart 2023 (met het IBO-rapport in de bijlage).
14. *Meer vaart maken met de grondstoffentransitie*, Den Haag: Sociaal-Economische Raad april 2023, p. 8.
15. *Ibidem*, p. 31.
16. Met name Richtlijn 2022/2464, *Corporate Sustainability Reporting Directive*, OJ 2022, L 322/15 (CSRD).
17. In het IMVO-rondetafelgesprek, beschikbaar via debatgemist.tweedekamer.nl/debatten/initiatiefwet-verantwoord-en-duurzaam-internationaal-ondernemen.
18. 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, Brussel, 23 februari 2022, COM(2022) 71

final. (hierna: CSDDD-voorstel; ik zal aan deze Nederlandse vertaling refereren); 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 (hierna: initiatiefvoorstel).
19. Kort voor de afronding van dit artikel verschenen hierover het themanummer van *Ondernemingsrecht* getiteld 'The Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive', 2023, afl. 5 met daarin o.m. het artikel van T. Arons & M. Lokin, 'The Corporate Climate Transition Plan: How to Ensure Companies are Paris-Proof', p. 246-256 alsmede H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht. Over belangen en zorgplichten in het ondernemingsrecht en uitdagende afwegingen in een duurzaamheidsperspectief', *NJB* 2023/1079, afl. 15, p. 1198-1215. Zie de themanummers van respectievelijk *WPNR* 2023, afl. 7407, i.h.b. de bijdrage van H.J. de Kluiver, 'Onderneming en duurzaamheid. Over ondernemen, mensenrechten, milieu en klimaat mede in Europees perspectief', *WPNR* 2023, afl. 7407, p. 299-318; en van *NTBR* 2022, afl. 10, i.h.b. de bijdrage van L.F.H. Enneking, 'Van beleid naar gepaste zorgvuldigheid in mondiale waardeketens. Over de samenwerking tussen due diligence wetgeving en het privaatrecht', p. 357-371.



© Victor Habbick Visions/Science Photo Library/Getty

ring dat de maatschappij van ondernemingen verlangt dat ze méér doen om Parijs te halen en dat een ‘zachte’ aanpak te weinig zoden aan de dijk zet (par. 1.1-1.2). Hierna zal worden belicht hoe er in IMVO-verband strategieën zijn ontwikkeld om via verplichtstelling van *due diligence* tot een *level playing field* te komen (par. 2) en tevens hoe klimaat in het CSDDD-voorstel slechts zeer beperkt is meegenomen (par. 3). Het initiatiefvoorstel oogt juist (potentieel) te vergaand (par. 4).

Dat heeft consequenties, want zolang wet- en regelgeving, beleidsmaatregelen, *et cetera* ontbreken, zullen procedures zoals *Milieudefensie e.a./Shell* worden gevoerd,²⁰ ter-

wijl vrij algemeen wordt onderkend dat dit niet de effectieve route daarvoor is (par. 5). Tegelijk is er sinds het verschijnen van het CSDDD-voorstel een scala aan akkoorden en specifieke wet- en regelgeving (deels EU-breed) tot stand gebracht die ondernemingen moeten ondersteunen, richting bieden en waar nodig verplichten tot het nemen van bepaalde mitigatie- (en adaptatie)maatregelen. Het CSDDD-voorstel kan hier een betekenisvolle aanvulling op zijn, maar dat vraagt om een aanpassing op twee punten: de introductie van een klimaatplicht die aansluit bij het Parijs-akkoord (door dit in de Bijlage op te nemen) én van een passende aansprakelijkheidsregeling (par. 6).

2. ‘Zachte’ klimaatnormen: UNGP’s en (herziene) OESO-richtlijnen

2.1. Due diligence voor klimaat

Dat klimaatverandering deel uitmaakt van deze *due diligence*-wetsinitiatieven houdt verband met het gegeven dat in de nationale en internationale klimaatakkoorden geen ‘harde’ (juridisch afdwingbare) normen zijn opgenomen voor ondernemingen, al wordt hun bijdrage aan een adequaat klimaatbeheer impliciet verondersteld.²¹ Van groot belang zijn *soft law*-normenkaders, zoals de *Principles of Climate Obligations of Enterprises*²² en – in het kader van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen (IMVO) – in het bijzonder de *Guiding Principles on Business and Human Rights* van de Verenigde Naties (UNGP’s)²³ en de *OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen*.²⁴ Hoewel ze niet rechtstreeks afdwingbaar zijn, staan ze model in convenanten en (sector)afspraken en worden ze gebruikt bij de invulling van ‘harde’ ongeschreven zorgplichten.²⁵ Sterker nog, ze vormen het normenkader waar de voorstellen voor *due diligence*-wetgeving op berusten. De UNGP’s belasten *alle* ondernemingen met de verantwoordelijkheid (afhankelijk van hun grootte, capaciteit e.d.) om mensenrechten te respecteren.²⁶ Dit brengt de verplichting mee tot het betrachten van *due diligence*: gepaste zorgvuldigheid van de onderneming om ‘ongunstige effecten op mensenrechten’ in haar internationale handelsketen in kaart te brengen, te voorkomen, te beperken en zo nodig te beëindigen, te monitoren en daarover te communiceren.²⁷ De onderneming dient hier beleid voor te ontwikkelen en als zij direct bij negatieve effecten betrokken is, dan is zij verplicht om bij te dragen aan het herstel of verhaal voor gedupeerden.

De OESO-richtlijnen geven voor multinationals (mno’s) nader invulling aan deze *due diligence*-plicht, maar ze bevatten ook specifieke aanbevelingen voor mno’s op het vlak van informatieverstrekking en milieu. In enkele specifieke aanbevelingen wordt – vooralsnog zeer beperkt – aan klimaatverandering gerefereerd. In de toelichting bij het hoofdstuk Informatieverstrekking wordt generiek vermeld dat de verslagleggingsnormen ook voor broeikasgasemissies gelden.²⁸ Het hoofdstuk Milieu ver-

langt dat mno’s er in hun bedrijfsvoering voor zorgen én in hun toeleveringsketen aanmoedigen dat duurzame – óók in het opzicht van de gerelateerde broeikasgasemissies – producten en diensten worden ontwikkeld en aangemoedigd bij hun klanten. Scheltema wijst erop dat het essentiële punt is of de OESO *due diligence*-plicht ook geldt voor klimaat: ‘Een wettelijke verankering daarvan heeft een toegevoegde waarde boven het in wetgeving opnemen van uitstootreductieverplichtingen voor individuele bedrijven omdat OESO *due diligence* ziet op de totale waardeketen van ondernemingen en niet alleen op de uitstoot van een onderneming zelf.’²⁹

Vanuit Nederlands perspectief zijn er aanwijzingen dat OESO *due diligence* óók het beleid inzake klimaatverandering betreft.³⁰ Maar uiteraard is het van belang dat de tekst van de OESO-richtlijnen hierover uitsluitel biedt. Voor de mogelijke herziening van de OESO-richtlijnen wordt door de *Working Party on Responsible Business Conduct* van de OESO inbedding van klimaatverandering in het hoofdstuk ‘Milieu’ overwogen. Nederland heeft hier al zijn steun voor uitgesproken.³¹ In een nog niet geconsolideerde ontwerp tekst die begin 2023 ter consultatie is gepubliceerd,³² wordt van mno’s een leidende rol verlangd in de transitie naar een duurzame economie én *risk-based due diligence* bij het voorkomen en tegengaan van bedrijfsoperaties met negatieve effecten voor klimaatverandering. Het Parijs-akkoord geldt hierbij als het referentiepunt voor de van mno’s verlangde bijdrage aan klimaatmitigatie en -adaptatie. Als dit wordt doorgevoerd, dan zal dit ‘doorwerken’ in het klimaatbeleid van mno’s. Maar we moeten ons niet ‘rijk rekenen’: studies laten zien dat te weinig bedrijven daadwerkelijk in lijn met de OESO-richtlijnen ondernemen.³³

2.2. ‘Nieuwe’ tendens: het ‘hard’ maken van ‘due diligence’

Juist om die reden hebben enkele EU-lidstaten, waaronder Nederland, hun steun uitgesproken voor EU-interventies om *due diligence* bij wet verplicht te stellen. In Frankrijk (2017), Duitsland (2021) en enkele andere Europese landen zijn, op nationaal niveau, al initiatieven hiertoe ontplooid. Hoewel de wenselijkheid van verplichtende wetgeving ook in Nederland breed wordt onderschreven,³⁴

20. L. Smeehuijzen, ‘De veroordeling van Shell tot 45% CO₂-reductie in 2030. Over legitimiteit en effectiviteit’, *NJB* 2022/458, afl. 8, p. 540-548.

21. Toelichting nr. 68 (p. 26) bij de OESO-richtlijnen 2011 en zie reeds *Kamerstukken II* 2014/15, 32605, nr. 168, brief (oud) minister Ploumen, p. 7.

22. Zie *climateprinciplesforenterprises.org*. De *Corporate Governance Code* is op dit punt betrekkelijk vaag geformuleerd, zie De Kluiver, *NJB* 2023/1079, p. 1203.

23. UNHRC, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational*

corporations and other business enterprises, 2011, UN Doc A/HRC/17/31.

24. Nederlandse vertaling (hierna: OESO-richtlijnen), beschikbaar via oesoriichtlijnen.nl/documenten/brochure/2011/12/8/volledige-tekst-oeso-richtlijnen.

25. Ze vormen de basis voor het ‘Nationaal Actieplan Bedrijfsleven en Mensenrechten’ (uitgave Ministerie van Buitenlandse Zaken, juli 2022) en kunnen via contractsbepalingen, open normen (zie par. 5.2) en subsidie- of vergunningsvoorwaarden bindend worden.

26. Zie de toelichting, met name p. 13 en 15, via ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciples-businesshr_en.pdf.

27. Dit geldt voor de effecten die direct

verbonden zijn aan haar bedrijfsactiviteiten én de producten of diensten via een zakelijke relatie, ook als zij zelf niet aan dat effect bijdraagt. Zie Enneking, *NTBR* 2022, p. 358 e.v.

28. Toelichting hoofdstuk III, par. 33.

29. M.W. Scheltema, ‘OESO due diligence en klimaat: een goede en praktisch hanteerbare combinatie?’, in: Ch. Backes, E.H.P. Brans & H.K. Gilisse (red.), 2030: *Het juridische instrumentarium voor mitigatie van klimaatverandering, energietransitie en adaptatie in Nederland*, Den Haag: Boom

juridisch 2020, p. 97-114 (op p. 114).

30. NCP, Final Statement (*Oxfam Novib, Greenpeace Nederland e.a./ING*), 19 april 2019 (beschikbaar via oecdguidelines.nl/) en zie *Milieudefensie e.a./Shell* (hierna,

par. 5).

31. *Kamerstukken II* 2022/23, 26485, nr. 412, p. 3.

32. *Consultation Draft: Targeted update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and their Implementation Procedures*, Paris: OECD 2023.

33. European Commission, *Study on due diligence requirements through the supply chain: final report*, Publications Office 2020; *Kamerstukken II* 2020/21, 26485, nr. 337, p. 2.

34. Dit beeld werd bevestigd tijdens de IMVO-conferentie ‘A new era for doing business; an exchange on Mandatory due diligence’, onder voorzitterschap van minister Schreinemacher, op 23 januari 2023.

Bij dit voorstel om due diligence afdwingbaar te maken, is duidelijk niet (primair) aan klimaatverandering gedacht

verloopt het wetgevingsproces moeizaam. Na een vernietigend onderzoeksrapport over *due diligence* in de Nederlandse olie- en gassector,³⁵ zette het toenmalig kabinet Rutte-3 in op samenwerkingsverbanden en het mogelijk verplicht stellen van *due diligence*. Daarbij werd niet zozeer aan klimaatverandering gedacht, maar aan typische mensenrechtenschendingen op IMVO-vlak (kinderarbeid e.d.). Vervolgens werd door eurocommissaris Reynders een initiatief aangekondigd om met EU-regelgeving te komen. Met het oog op mogelijke vertraging had de SER de optie genoemd om Europese en nationale wetgeving gelijktijdig te ontwikkelen.³⁶ Het kabinet had (en heeft) een 'sterke voorkeur' voor een EU-brede *due diligence*-plicht uit oogpunt van een gelijk speelveld en effectiviteit. Wel was het bereid nationale wetgeving te initiëren als medio 2021 zou blijken 'dat Europa te lang op zich laat wachten'.³⁷

Dit bleek het geval te zijn en dus werd door de Minister van Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking een conceptwetsvoorstel aangekondigd, waarvoor het EU-voorstel de basis zou vormen, vooruitlopend op implementatie. Zo zouden beide voorstellen 'zoveel mogelijk parallel lopen' en konden wijzigingen in Brussel gelijk in het nationale voorstel worden meegenomen.³⁸ Maar mede door de uiteenlopende reacties op de precieze inhoud van het EU-voorstel, is dit nationale voorstel tijdelijk 'op pauze gezet'.³⁹

3. Klimaat in het herziene CSDDD-voorstel

3.1. Achtergrond en wetgevingstraject

Het CSDDD-voorstel kreeg intussen juist alsnog een duw in de rug van een resolutie van het Europees Parlement (EP).⁴⁰ Op 23 februari 2022 heeft de Europese Commissie een voorstel ingediend voor de CSDDD (hierna: het CSDDD-voorstel). In het najaar hebben rapporteur Lara Wolters voor de EP-Commissie Juridische Zaken en de Raad van de Europese Unie hun (voorstellen voor) aanpassingen gepubliceerd.⁴¹ Na de algehele stemming die, naar verwachting, eind mei in het EP zal plaatsvinden, kan de triloog met de Raad en de Europese Commissie aanvangen. Er wordt ingezet op afronding van die onderhandelingen vóór de verkiezingen voor het EP (mei 2024),⁴² waarna de definitieve tekst kan worden vastgesteld.

Het CSDDD-voorstel verplicht de lidstaten om ervoor te zorgen dat 'grote' ondernemingen gepaste zorgvuldigheid (*due diligence*) betrachten binnen hun waardeketen ten aanzien van duurzaamheid en mensenrechten. Dat zou bevorderen dat schendingen worden teruggedrongen én een *level playing field* creëren, waarbij bedrijven weten wat er van hen wordt verlangd en zo bijvoorbeeld ook reputatieschade kunnen vermijden. Ook stelt de preambu-

le dat er door *due diligence* meer gegevens beschikbaar komen over negatieve effecten op de mensenrechten en het milieu, wat zou bijdragen aan remedies voor gedupeerden. De CSDDD zal gelden naast de huidige transparantie- en rapportagerichtlijnen. Voor de invulling van de *due diligence* zoekt het CSDDD-voorstel aansluiting bij de UNGPs en de OESO-richtlijnen. Wel is ervoor gewaarschuwd dat herziening van de OESO-richtlijnen niet automatisch doorwerkt naar de CSDDD.⁴³

Het politieke besluit over de kern – het verplicht stellen van *due diligence* – is al genomen,⁴⁴ getuige ook het feit dat zowel de Raad als de Commissie Juridische Zaken van het EP met een gekwalificeerde meerderheid hun respectieve herzieningsvoorstellen hebben aanvaard.⁴⁵ De onderhandelingen die zullen worden gevoerd betreffen de precieze inhoud. Grofweg staat de Raad een 'gebalanceerde benadering' voor, die voortkomt uit zorgen van vele lidstaten over een te vergaande last voor en inmenging in het bedrijfsleven en in het bijzonder de financiële sector. Dit heeft geleid tot ingrijpende aanpassingen van de Raad die de reikwijdte van het CSDDD-voorstel van de Commissie vergaand hebben beperkt. Eufemistisch wordt hier binnen de Raad aan gerefereerd als de '*compromise text*'.⁴⁶

3.2. Kern en klimaatverplichtingen van het CSDDD-voorstel

Vooropgesteld: de directe reikwijdte van het CSDDD-voorstel is zeer beperkt. Het geldt enkel voor 'grote' ondernemingen die aan strikte criteria moeten voldoen.⁴⁷ Dat zou maar ongeveer 1% (!) zijn van de ondernemingen binnen de EU, hoewel het CSDDD-voorstel indirect ook uitgesloten ondernemingen (zoals toeleveranciers) zal raken (zie hierna).

Wat wordt er nu bepaald? De kern van het CSDDD-voorstel is dat de EU-lidstaten ervoor moeten zorgen dat deze 'grote' ondernemingen *due diligence* in hun beleid integreren en dat zij feitelijke en potentiële negatieve *impacts* (effecten) op mensenrechten en milieu van hun eigen activiteiten, hun dochterondernemingen en zakenrelaties binnen de waardeketen identificeren en aanpakken.⁴⁸ Het criterium voor zakenrelaties was aanvankelijk strikter (*established business relationship*), maar is op bezwaren gestuit van de Raad.⁴⁹ Cruciaal is dat de Raad de term 'waardeketen' (*value chain*) heeft vervangen door 'activiteitenketen' (*chain of activities*), waarbij niet langer de gehele keten is gehandhaafd, maar slechts de keten van toeleveranciers (de *supply chain* ofwel *upstream*). De keten van afnemers van de producten of diensten van de onderneming (*downstream* activiteiten) is door de Raad geschrapt van de (directe) werking van het CSDDD-voorstel.⁵⁰ Ook moeten de EU-lidstaten, volgens het Voorstel van de Raad, de onderneming in staat stellen te *prioriteren* welke geïdentificeerde negatieve *impacts* als eerste door haar worden aangepakt, uitgaande van de ernst en waarschijnlijkheid ervan.⁵¹ In artikel 7 en 8 wordt uitgewerkt welke passende maatregelen van de onderneming worden verlangd voor de preventie, beperking en beëindiging van de feitelijke en potentiële negatieve effecten voor de mensenrechten en het milieu. Een politiek gevoelig punt, waar Nederland zich tevergeefs tegen heeft verzet, is dat er voor financiële dienstverleners uitzonderingen worden gemaakt. Dit wordt in het Voorstel van de

Waarom worden grote en middelgrote bedrijven voor de CSDDD volledig ontzien waar dit het klimaatplan en hun klimaatimpact betreft?

Raad aan de EU-lidstaten overgelaten. Nadere beschouwingen op het vlak van IMVO zijn te vinden in recente commentaren.⁵²

Maar het meest opvallend is dat dit *due diligence*-regime *niet* geldt voor de negatieve effecten van de activiteiten op het vlak van klimaatverandering. Die zijn afzonderlijk geregeld. Dit houdt verband met de restrictieve formulering van negatieve effecten (artikel 3). Daar blijkt dat van een 'negatief milieueffect' sprake is als er een verbod of verplichting is geschonden van ten minste een van de internationale milieuovereenkomsten uit (deel II van) de Bijlage bij het CSDDD-voorstel. Die lijst bestaat hoofdzakelijk uit verboden om te werken met gevaarlijke stoffen; het Parijs-akkoord is er niet in opgenomen.⁵³ Nu zou men negatieve effecten op het vlak van klimaatmitigatie en/of -adaptatie in evidente gevallen wellicht onder 'negatief effect op de mensenrechten' kunnen scharen,⁵⁴ maar dat lijkt zo niet te zijn beoogd en dat zou ook onduidelijkheid oproepen ter zake van de criteria voor zo'n schending.

De facto is daarmee de bijdrage van ondernemingen aan het beperken van de broeikasgasuitstoot losgekoppeld van de *due diligence*-plicht. Daarvoor geldt een

bijzondere regeling, artikel 15. Maar die regeling valt, vergeleken met de *due diligence*-regeling die het CSDDD-voorstel voor andere negatieve effecten (op IMVO-vlak) biedt, vooral op door wat er *niet* in staat. Volgens deze regeling moeten EU-lidstaten ervoor zorgen dat de 'grote' ondernemingen een klimaatplan opstellen waarbij 'het bedrijfsmodel en de strategie van de onderneming verenigbaar zijn met de overgang naar een duurzame economie en met de beperking van de opwarming van de aarde tot 1,5 °C, overeenkomstig de Overeenkomst van Parijs'.⁵⁵ Arons & Lokin hebben de vraag opgeworpen of deze verplichting (impliciet) niet al volgt uit de CSRD, die een ruimer bereik heeft.⁵⁶ Dit laatste onderstreept gelijk ook de beperkte reikwijdte van het CSDDD-voorstel. Ik vraag mij af waarom grote en middelgrote bedrijven voor de CSDDD *volledig* worden ontzien waar dit het klimaatplan en hun klimaatimpact betreft. Is er gekeken naar tussenoplossingen, bijvoorbeeld een plicht tot het vastleggen van en rapporteren over een klimaatplan die met het oog op de uitvoerbaarheid en belasting wat beperkter is?

Ook de regeling van het klimaatplan is behoedzaam ingericht. Zo dient er door de onderneming 'met name, op basis van informatie waarover de onderneming redelijkerwijs kan beschikken, [te worden] vastgesteld in welke mate de klimaatverandering een risico vormt voor of een effect is van de activiteiten van de onderneming'. Indien klimaatverandering een 'belangrijk' risico voor de onderneming is of haar activiteiten een 'belangrijk' effect hebben in het licht van klimaatverandering (dubbele materialiteit), dan moet de onderneming emissiereductiedoelstellingen in haar klimaatplan opnemen.⁵⁷ Deze regeling is kritisch ontvangen omdat er niet bij wordt gezegd hoe de beoordeling hiervan eigenlijk

35. Naast gebrek aan transparantie en rapportage, komt naar voren hoe moeilijk het voor bedrijven is om hun IMVO-beleid in de praktijk te brengen, *Kamerstukken II* 2018/19, 26485, nr. 306.

36. Sociaal-Economische Raad, *Samen naar duurzame ketenimpact*, Den Haag, 2020, p. 31 e.v.

37. *Kamerstukken II* 2020/21, 26485, nr. 364, p. 1.

38. *Kamerstukken II* 2021/22, 22112, nr. 3393, p. 11.

39. *Kamerstukken I* 2022/23, 36146, C, p. 9 (Brief van de minister, 14 februari 2023).

40. European Parliament resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/2129(INL)), *OJ* 2021, C 474/11.

41. 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, Rapporteur Lara Wolters (hierna: Voorstel Wolters), 7 november 2022, zie europarl.europa.eu/doceo/document/

JURI-PR-738450_EN.pdf respectievelijk Council of the European Union, 30 november 2022, zie: eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=consil%3AST_15024_2022_REV_1 (hierna: Voorstel van de Raad).

42. Door eurocommissaris Reynders, maar gelet op de uiteenlopende standpunten van het EP en de Raad valt de haalbaarheid hiervan nog te bezien (*Kamerstukken II* 2022/23, 26485, nr. 405, p. 3).

43. *Kamerstukken II* 2022/23, 26485, nr. 412, p. 3 (Verslag minister Schreinemacher 17 maart 2023).

44. Art. 3 sub ah, bij ii van het 'Besluit (EU) 2022/591 van het Europees Parlement en de Raad van 6 april 2022 betreffende een algemeen milieueactieprogramma voor de Europese Unie voor de periode tot en met 2030' noemt het verplicht stellen van *due diligence* als instrument om de klimaatdoelstelling van art. 2 te bereiken.

45. Het Voorstel Wolters is op 25 april 2023 met negentien tegen drie stemmen aangevaard, het Voorstel van de Raad werd al op 1 december 2022 opvallend voortvarend

aangevaard.

46. Zie video.consilium.europa.eu/event/en/26329.

47. Het gaat om ondernemingen met een statutaire zetel in de EU, die gemiddeld meer dan 500 werknemers hebben en wereldwijd een netto-omzet hebben van meer dan € 150 miljoen. Ligt de statutaire zetel in een derde staat, dan geldt een netto-omzet in de EU van meer dan € 150 miljoen. Voor beide groepen gelden lagere drempels in zogenoemde hoogrisicosectoren, te weten kleding en textiel, landbouw en voedingsmiddelen (inclusief bosbouw en visserij), extractie van en handel in grondstoffen (inclusief verwerking).

48. De lidstaten moeten ook zorgen dat ondernemingen klachtenprocedures oprichten en toezicht houden.

49. Die van 'zakenpartners' spreekt, Voorstel van de Raad 2022, p. 6, gevestigd of niet gevestigd.

50. Voorstel van de Raad 2022, p. 7. Nederland heeft zich tevergeefs hertegen verzet (*Kamerstukken II* 2022/23, 26485, nr. 404, p. 2).

51. Ze moeten uiteindelijk wel allemaal worden aangepakt (Voorstel van de Raad 2022, p. 83).

52. De Kluiver, *NJB* 2023, p. 1198 e.v. en de themanummers van *Ondernemingsrecht* 2023, afl. 15, *WPNR* 2023, afl. 7407 en *NTBR* 2022, afl. 10. Maar zie ook reeds 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, afl. 5, p. 150-159.

53. Arons & Lokin, *Ondernemingsrecht* 2023, p. 250.

54. Zo ook reeds Arons & Lokin, *Ondernemingsrecht* 2023, p. 250.

55. Alsmede dat dit verenigbaar is met het doel van klimaatneutraliteit in 2050 van de Europese Klimaatwet.

56. Arons & Lokin, *Ondernemingsrecht* 2023, p. 248-249.

57. Arons & Lokin 2023, p. 249 wijzen erop dat ook dit mogelijk overbodig zou worden in het licht van de *European Sustainability Reporting Standards*, waarvan E1 ziet op klimaatverandering (zie efrag.org).

plaatsvindt, hetgeen effectief toezicht kan bemoeilijken.⁵⁸ Bovendien 'wreekt' zich hier de beperkte reikwijdte van dit voorstel, want hoe kan zo'n 'grote' onderneming de *impact* van haar activiteiten nu beoordelen als er bij de kleinere zakenpartners geen monitoring plaatsvindt? Of is de gedachte dat haar verantwoordelijkheid in dezen indirect, bijvoorbeeld via contracten, doorwerkt naar het MKB? In dat geval heeft de CSDDD een 'verborgen' reikwijdte richting het MKB.

Naast deze bezwaren lijkt het mij, fundamenteel, de vraag of het CSDDD-voorstel ten aanzien van klimaatverandering niet verdergaand kan doorpakken om 'afvinkgedrag' te voorkomen. Onderzoek toont aan dat er een sterke toename is van beloften en plannen van ondernemingen over hun omgang met klimaatverandering, maar dat het aantal bedrijven dat daar expliciete emissiereductieverbintenissen (op korte of middellange termijn) aan verbindt nog beperkt is.⁵⁹ Dat gemis van de daad bij het woord voegen was in wezen juist het probleem dat de Commissie wilde aanpakken (zie par. 3.1). De Commissie had in het CSDDD-voorstel nog voorzien in de plicht voor lidstaten om ervoor te zorgen dat bestuurders bij hun taak om het vennootschapsbelang te behartigen rekening houden met de gevolgen van hun beslissingen voor kli-

Eigenlijk zijn we hiermee voor klimaatverandering dus nog steeds overgeleverd aan de voornoemde *soft law*-mechanismen

maatverandering 'op korte, middellange en lange termijn'. Maar ook die – beladen⁶⁰ – bepaling is in het Voorstel van de Raad geschrapt. Eigenlijk zijn we hiermee voor klimaatverandering dus nog steeds overgeleverd aan de voornoemde *soft law*-mechanismen.

3.3. Handhaving en aansprakelijkheid

In de reeds verschenen commentaren is al uitvoerig belicht dat het CSDDD-voorstel niet in *effectief* toezicht voorziet.⁶¹ Voorzien wordt, kort gesteld, in bestuursrechtelijk toezicht – ook voor het klimaatplan – waarbij de toezichthouder zelf kan ingrijpen op grond van een onderbouwde bedenking (*substantiated concern*). Daarnaast kent het CSDDD-voorstel een regeling voor civielrechtelijke aansprakelijkheid. Maar opmerkelijk genoeg geldt die regeling (artikel 22) uitsluitend voor het *due diligence*-deel en 'dus' niet voor het klimaatplan en daarmee ook niet voor klimaatverandering. Een gemiste kans, mijns inziens (zie par. 6).

Onduidelijk is wat deze hiaten betekenen bij schending van de verplichting tot het opstellen van het klimaatplan van artikel 15. Bij meldingen hierover mist de toezichthouder concrete handvatten en de capaciteit om effectief te kunnen ingrijpen. Wat rest, is een civiele vordering tot het verkrijgen van een rechterlijk bevel of scha-

devergoeding (artikel 6:162 BW). Begrijpelijkerwijs is de insteek van het CSDDD-voorstel niet om gelijk aan te sturen op de inzet van klassieke handhavingsmechanismen van boetes en aansprakelijkheid.⁶² Maar tegelijkertijd... wat voegt artikel 15 dan nog toe?

4. Klimaat in het herziene Nederlandse initiatiefvoorstel (1 november 2022)

4.1. Kern en wetgevingstraject

Interessant is dat precies één dag nadat het CSDDD-voorstel is ingediend, op 11 maart 2021, door vier Kamerleden aan de Tweede Kamer een initiatiefvoorstel is aangeboden voor een Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen.⁶³ Dit beoogt een wettelijke ondergrens te bieden voor IMVO.⁶⁴ 'grote' ondernemingen dienen bij hun activiteiten *due diligence* te betrachten waar het hun toeleverings- en productieketens betreft. Deze zorgplicht strekt zich ook uit over hun dochtermaatschappijen en zakenrelaties 'die op enige wijze betrokken zijn bij de activiteiten van de onderneming, waaronder de financiering, de verzekering of herverzekering van de onderneming'. Als nadelige gevolgen van eigen activiteiten of van dochtermaatschappijen voor mensenrechten of milieu niet te voorkomen of onvoldoende te beperken zijn, dan zal de onderneming die activiteiten uiteindelijk moeten beëindigen. Gaat het om een negatief gevolg dat zich 'daadwerkelijk' voordoet bij een zakenrelatie, dan Wendt de onderneming haar invloed op die relatie aan 'om dat gevolg te voorkomen, te beperken of te beëindigen' door de zakenrelatie te informeren, hulp te bieden of openbaarmaking dan wel het (tijdelijk) beëindigen van de relatie.

Dit voorstel is op stevige kritiek gestuit bij de Raad van State. Die kritiek is niet zozeer gericht op het wettelijk verankeren van de *due diligence*, maar met name op de vele open normen, de ruime reikwijdte en de wijze waarop de handhaving bestuurs- en civielrechtelijk is vormgegeven.⁶⁵ Een gewijzigde, doch op deze punten niet volledig herziene versie is in november 2022 ingediend (hierna: initiatiefvoorstel). Of dit gewijzigde voorstel kansrijk is, kan dan ook zeer worden betwijfeld.⁶⁶ De VVD en CDA-fracties dringen aan op een sectorale aanpak en het verplicht stellen van convenanten en sectorale samenwerking.⁶⁷ Maar die kritiek gaat eraan voorbij dat het initiatiefvoorstel nu juist de basis wil bieden voor sectorale aanpak, afspraken en samenwerking. Waarschijnlijker is dat het alsnog zal worden ingehaald door het wetsvoorstel waar de Minister van Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking mee vooruitloopt op de implementatie van de CSDDD. Toch wil ik er niet geheel aan voorbij gaan omdat dit initiatiefvoorstel ook elementen bevat waarvan ik aangaf dat ze in het CSDDD-voorstel ontbreken.

4.2. Klimaatverplichtingen van het (herziene) voorstel

Hoewel het initiatiefvoorstel bij de voorbereiding nog niet specifiek op klimaatverandering was gericht (dat is gebeurd op instigatie van het IMVO-platform), is zij uiteindelijk wel, anders dan in het CSDDD-voorstel, geïntegreerd in de *due diligence*-regeling. De onderneming moet 'potentiële en daadwerkelijke risico's op nadelige gevolgen voor klimaatverandering' in de handelsketen opsporen en

‘adequaat’ aanpakken en een klimaatplan opstellen ‘om die risico’s op nadelige gevolgen van haar activiteiten en die van zakenrelaties te voorkomen, te beperken of te beëindigen’.⁶⁸ Bij potentiële risico’s neemt de onderneming doelstellingen op in het klimaatplan ‘voor de reductie van netto-broeikasgasemissie van tenminste 55% in 2030 ten opzichte van de niveaus in 1990’.

Deze *due diligence*-klimaatplicht behelst nogal wat: de identificatie, het in kaart brengen en doorlopende monitoring van daadwerkelijke en potentiële uitstootrisico’s en andere voor het klimaat belastende productie-

Welke activiteiten zijn een daadwerkelijk of potentieel risico voor klimaatverandering? Dat klinkt wel heel verreichend

toeleverings-, afzet- en gebruiksrisico’s binnen de handelsketen. Daarbij verlangt het initiatiefvoorstel ook kwantitatieve en kwalitatieve doelstellingen voor maatregelen, om ‘elk’ risico te voorkomen, te beperken of te beëindigen, uitgesplitst naar prioriteit. Maar welke activiteiten zijn een daadwerkelijk of potentieel risico voor klimaatverandering? Dat klinkt wel heel verreichend. Verder moet de onderneming zich verantwoorden over de invloed die op zakenrelaties wordt uitgeoefend bij gevonden (potentiële) risico’s, naast een financiële onderbouwing voor elke maatregel. Interessant is dat dit geldt voor een ruimere groep ondernemingen dan het CSDDD-voorstel.⁶⁹

4.3. Handhaving en aansprakelijkheid

Op de naleving van al deze verplichtingen zou toezicht moeten komen van de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Over de haalbaarheid hiervan kan worden getwijfeld. De ACM zou onder meer bevoegd moeten worden tot het opleggen van een last onder bestuursdwang, een last onder dwangsom en een bestuurlijke boete. Ook is straf-

rechtelijke handhaving geopperd, maar dat is stevig bekritiseerd door de Raad voor de Rechtspraak.⁷⁰

Daarnaast voorziet het initiatiefvoorstel in een bewijsvermoeden voor de niet-naleving van de zorgplicht in civielrechtelijke procedures, al dan niet ingevolge de Wet afwikkeling massaschade in een collectieve actie (Wamca). Dat zou de vaststelling van aansprakelijkheid bevorderen, ook in klimaatzaken. Maar hier past voorzichtigheid, aangezien het initiatiefvoorstel niet aangeeft wanneer en hoe dit moet functioneren. Stel dat een belangenorganisatie tegen een onderneming een klimaatzaak start wegens het niet halen van de CO₂-reductiedoelen. Kan zij dan volstaan met het stellen dat andere bedrijven hun CO₂-reductiedoelen wel hebben gehaald? Of met de stelling dat het bedrijf niet heeft gerapporteerd over CO₂-reductie en ‘dus’ haar doelstellingen niet heeft gehaald?⁷¹ Dat zou verstrekkende gevolgen hebben.

5. Een groeiend aantal procedures over klimaatverandering

5.1. Zolang de wetgever achterblijvers niet aanpakt, blijven claims komen

Het belang van dit laatste kan moeilijk worden overschat. Met de toegenomen belangstelling en bemoeienis van aandeelhouders, financiers, zakenpartners, NGO’s, et cetera met duurzaamheidsimpact, groeit het claimrisico.⁷² Bij zoiets als misleidende klimaatclaims kan de toezichthouder ingrijpen (zoals is gebeurd bij Ryanair). Voor gedupeerden van misleidende klimaatclaims of andere vormen van klimaatschade zijn er ook mechanismen voor buitengerechtelijke klachtafwikkeling bij de desbetreffende onderneming, het NCP en geschillencommissies. Als de klachtbehandeling hen niet bevalt, dan rest de gang naar de civiele rechter. Maar zolang ‘achterblijvende’ bedrijven niet adequaat door wetgeving en overheden worden aangepakt, zal deze route ook worden opgezocht door NGO’s (zoals Milieudefensie) met ideëel-strategische motieven.

5.2. Milieudefensie e.a./Shell biedt de oplossing niet

Het meest opzienbarende voorbeeld hiervan is de klimaatzaak over de vordering van een reductiebevel van Milieudefensie en andere NGO’s tegen het moederbedrijf van Shell. In die zaak koppelt de rechtbank aan (onder meer) de UNGP’s en de OESO-richtlijnen ‘een mondiale gedragsnorm, waaraan alle bedrijven geacht worden zich

58. Arons & Lokin, *Ondernemingsrecht* 2023, p. 249 e.v.

59. energymonitor.ai/policy/net-zero-policy/85-rise-in-european-companies-with-science-based-climate-targets/ en cdp.net/en/research/cdp-europe-reports-now-for-nature.

60. Het kabinet heeft aangegeven niet te zullen afwijken van het Nederlandse beoordelingskader voor bestuurdersaansprakelijkheid (*Kamerstukken II 2022/23*, 22112, nr. 3393, p. 6).

61. Zie, uitvoerig, Arons & Lokin, *Ondernemingsrecht* 2023, p. 249.

62. De Kluiver, *NJB* 2023/1079, p. 1203.

63. Het voorstel voor een wet houdende regels voor gepaste zorgvuldigheid in productieketens om schending van mensenrechten, arbeidsrechten en het milieu tegen te gaan bij het bedrijven van buitenlandse handel, 11 maart 2021, *Kamerstukken II 2020/21*, 35761, nrs. 1-3.

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

65. Zie *Kamerstukken II 2022/23*, 35761, nr. 8.

66. Er is wederom veel kritiek op het voorstel, zie onder meer De Kluiver, *NJB*

2023/1079, p. 1202 (‘voldoet niet aan de daaraan te stellen kwaliteitseisen’) en ook politiek gezien staan de seinen op rood. Zo kopte *RTL Nieuws* ‘Kabinet blokkeert omstreden wet voor maatschappelijk verantwoord ondernemen’, 15 februari 2023, wat tot Kamervragen leidde, *Aanhangsel Handelingen II 2022/23*, nr. 2044.

67. *Kamerstukken II 2022/23*, 35761, nr. 12.

68. *Kamerstukken II 2022/23*, 35761, nr. 9, p. 6.

69. Zie art. 1.1 onder g van het initiatiefvoorstel waar voor ‘grote onderneming’

wordt gerefereerd aan de Richtlijn jaarrekening; B.M. Katan, ‘Verantwoord en duurzaam wetgeven’, *NTBR* 2023, p. 1-4.

70. Advies Raad voor de rechtspraak, 8 maart 2023, *Kamerstukken II 2022/23*, 35761, nr. 14, p. 4.

71. Het advies van de Raad voor de rechtspraak noemt een vergelijkbare benadering inzake de aanpak van kinderarbeid (p. 2).

72. Zie climate-laws.org/ en business-humanrights.org/en/big-issues/corporate-legal-accountability/climate-change-litigation/.

te houden, waar ze ook actief zijn' om mensenrechten te respecteren. Die norm zou gelden 'ongeacht omvang, sector, operationele context, eigendomsverhoudingen en structuur'.⁷³ Die moet wel in verhouding staan tot de schaal en complexiteit van de middelen van de onderneming.⁷⁴ Uit het *Urgenda*-arrest leidt de rechtbank af 'dat de artikelen 2 en 8 EVRM bescherming bieden tegen de gevolgen van gevaarlijke klimaatverandering als gevolg van opwarming van de aarde door CO₂-uitstoot'.⁷⁵ De beleidsbepalende positie van de moedermaatschappij en het aandeel van de Shell-groep brengen mee dat zij via het concernbeleid ervoor moet zorgen dat de totale wereldwijde CO₂-emissies van de Shell-groep eind 2030 ten opzichte van 2019 met ten minste 45% netto⁷⁶ zijn gereduceerd (resultaatsverplichting) en dat zij zich dan voldoende heeft ingespannen ('zwaarwegende inspanningsplicht') voor het behalen van dat reductiedoel bij/via haar leveranciers (scope 2-uitstoot) en eindgebruikers (scope 3).⁷⁷ Juist voor Shell weegt deze 'scope 3'-plicht zwaar, aangezien de inschatting is dat een netto-reductie van de Shell-groep zelf en van haar leveranciers het gestelde netto-reductiedoel in 2030 niet zal bereiken.⁷⁸

Daargelaten de waardering die er óók is voor deze uitspraak, is de teneur in de commentaren, kort gesteld, dat dit vonnis én de route – de gang naar de civiele rechter, waarbij één partij veroordeeld wordt zich strikt te houden aan de noodzaak van reductie – niet (of onvoldoende) effectief zijn. Hier zijn op overtuigende wijze doorwrochte argumenten voor gegeven; ik volsta er graag mee hiernaar te verwijzen.⁷⁹ Er is ook voor gewaarschuwd dat de inkleuring van de ongeschreven zorgplicht van artikel 6:162 BW in *Milieudefensie e.a./Shell*, met de vernoemde uitkomst, tot een ongelijk speelveld leidt.⁸⁰ Of dit in hoger beroep standhoudt weten we vermoedelijk pas in 2024.

5.3. Defensieve praktijken: 'greenhushing'

Zolang wetgeving uitblijft, zal dit pad vaker worden bewandeld, ook waar het om andere 'grote spelers' gaat, zoals financiers van fossiele bedrijven. Een voorbeeld hiervan biedt de Franse zaak *Notre Affaire à Tous e.a./BNP Paribas*, die in juni 2023 door de Parijse rechter in behandeling zal worden genomen.⁸¹ Bij de jaarvergadering van het *World Economic Forum* in Davos, eerder dit jaar, is indringend gewaarschuwd voor de groeiende commerciële belangen bij klimaatzaken; het slagingspercentage zou wereldwijd grofweg 50% zijn.⁸² Dit zou bij welwillende bedrijven defensieve praktijken, zoals *green hushing*, in de hand te werken: het niet publiekelijk delen van informatie over de klimaatstrategie uit zorg om erop te worden 'afgerekend' via rechtszaken,⁸³ al kan dit mijns inziens bij de huidige wettelijke transparantieregels al gauw te zwaar worden aangezet. Maar dit komt boven op de zorgen die er in (sommige) lidstaten zijn over de toeloop van

klimaatclaims, het *ad-hoc* karakter ervan en de onzekerheid die dit meebrengt (zie par. 3).

Een optie zou kunnen zijn om op dit punt in een passende EU-brede regeling te voorzien, die kan bijdragen aan de harmonisatie van klimaataansprakelijkheid; dat dit voor civielrechtelijke aansprakelijkheid niet ondenkbaar is, bewijzen de Richtlijn productaansprakelijkheid en de Algemene verordening gegevensbescherming (artikel 82 AVG).⁸⁴ Harmonisatie via een richtlijn zou op dit punt – aansprakelijkheid van grote ondernemingen die tekortschieten in (hun beleid inzake) de reductie van broeikasgasemissies in hun handels- of waardeketen – tot op zekere hoogte in een gelijk speelveld kunnen voorzien.

6. Hoe nu verder?

Terugkerend naar het CSDDD-voorstel en het initiatief-voorstel, lijkt de rode draad te zijn dat ze niet duidelijk aangeven wat er, naast het hebben van een klimaatplan en het monitoren daarvan, nu precies van ondernemingen wordt verlangd en vooral ook dat ze niet in een effectieve handhaving voorzien. Inmiddels heeft het eerstgenoemde punt geleidelijk (meer) vorm gekregen, al valt er nog veel terrein te winnen. De *due diligence*-voorstellen lijken daar niet de geschikte plaats voor. Naast het door minister Jetten gelanceerde pakket aan maatregelen en maatwerkafspraken met grote uitstoters,⁸⁵ is specifiek en *hands-on* Europees klimaatbeleid nodig. Daar wordt hard aan gewerkt,⁸⁶ bijvoorbeeld door een (nog) verdergaande inzet van het ETS-systeem en wellicht bijvoorbeeld door zoiets als een verplichting tot CO₂-opslag voor grote ondernemingen in te voeren. Een algemene *due diligence*-plicht zou, mits goed afgebakend, ter aanvulling hierop kunnen worden overwogen, gekoppeld aan de doelstellingen van het Parijs-akkoord.

Dat brengt me bij het tweede punt van de rode draad. Zonder wettelijke sturing blijft voor NGO's de route aantrekkelijk om de civiele rechter te verleiden om tot een striktere normstelling te komen. Het CSDDD-voorstel zou hierop kunnen inspelen met een regeling voor/over aansprakelijkheid (naast versterking van het toezicht). De insteek van zo'n regeling voor/over aansprakelijkheid zou *niet* zijn om nieuwe aansprakelijkheden te lanceren en óók niet om aansprakelijkheid uit te sluiten met *safe harbours*, zoals Duitsland voorstaat.⁸⁷ Dat zou immers niet alleen het beoogde *level playing field* frustreren, maar ook de ambitie om de achterblijvende bedrijven mee te krijgen. De bedoelde aansprakelijkheidsregeling zou weliswaar de functie hebben om een effectieve remedie te bieden indien het klimaatbeleid of de activiteiten van grote ondernemingen onacceptabel is/zijn in het licht van het Parijs-akkoord. Maar ook zou zij duidelijke grenzen aangeven om nieuwe vergaande uitspraken in EU-lidstaten, à-la *Milieudefensie e.a./Shell* te vermijden

Dit zou *green hushing* in de hand werken: het niet publiekelijk delen van informatie over de klimaatstrategie uit zorg om erop te worden 'afgerekend' via rechtszaken

alsmede het paradoxale effect van *green hushing* bij niet in rechte aangesproken bedrijven, met juist minder transparantie tot gevolg (buiten hetgeen wettelijk vereist is). Daartoe kunnen veiligheidskleppen worden ingebouwd, bijvoorbeeld door aanknopng te zoeken bij 'harde' (afdwingbare) nationale en/of internationale verplichtingen en door een proportionaliteitstoets te verlangen.

Zolang een richtinggevende communautaire regeling over de aansprakelijkheid voor klimaatverandering ontbreekt terwijl belangenorganisaties de gang naar de nationale rechter blijven benutten, ligt een *level playing field* op dit vlak buiten bereik. Dan zouden ondernemingen een *race to the bottom* (naar de EU-lidstaten met de minst vergaande aansprakelijkheid) wel eens kunnen prefereren boven de *Race to Zero*... •

73. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie e.a./Shell*), JA 2021/93, m.nt. B.A. Kuiper-Slendeboek, r.o. 4.4.10.
74. *Milieudefensie e.a./Shell*, r.o. 4.4.36.
75. *Milieudefensie e.a./Shell*, r.o. 4.4.10.
76. Dit maakt dat bijvoorbeeld het genereren/aankopen van *carbon credits* en de inzet op koolstofafvang/-opslag kunnen lonen.
77. *Milieudefensie e.a./Shell*, r.o. 4.4.39.
78. E.H.P. Brans & M.W. Scheltema, 'Aansprakelijkheid Shell voor klimaatverandering. Een 'carbon major' geconfronteerd met een reductiebevel', *M en R* 2021/80,

- p. 556-567.
79. Zie onder meer Smeehuijzen *NJB* 2022/458, p. 540 e.v.; de verschillende bijdragen aan W.J.M. van Veen e.a., *De klimaatzaak tegen Shell*, Deventer: Wolters Kluwer 2022 met in het bijzonder de bijdrage van A. Hammerstein, 'Vraagtekens bij een vonnis', p. 11-17; L. Bergkamp, 'De effectiviteit van het rechterlijk bevel tot emissiereductie in klimaatzaken', *NJB* 2023/113, afl. 2, p. 118-126, p. 121 e.v.; en vergelijk onder meer Rb. Brussel 17 juni 2021, via klimaatzaak.eu.
80. Hammerstein 2022, p. 15.
81. Zie [climatecasechart.com/wp-content/](https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2023/20230223_18777_summary-1.pdf)

- uploads/sites/16/non-us-case-documents/2023/20230223_18777_summary-1.pdf.
82. Opname beschikbaar via weforum.org/events/world-economic-forum-annual-meeting-2023/sessions/see-you-in-court-the-rising-tide-of-climate-litigation.
83. Uit onderzoek van South Pole, *Net Zero and Beyond. A deep-dive on climate leaders and what's driving them*, 2022 blijkt bijna een kwart van de onderzochte bedrijven met een duurzaamheid- of CSR-hoofd (waarvan 100 in Nederland) bekendmaking van klimaat-gerelateerde bedrijfsinformatie tot het wettelijk minimum te beperken.

84. Waar het om gaat is hoeveel ruimte aan nationaal recht wordt gelaten; die is er hoofdzakelijk voor het causaal verband en schade, HvJ EU 4 mei 2023, ECLI:EU:C:2023:370 (*Österreichische Post AG*), r.o. 37.
85. rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2023/04/26/voorjaarsbesluitvorming-klimaat.
86. Zie Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 18 april 2023, COM(2021) 0551, europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0098_NL.pdf.
87. Duitsland wil alleen instemmen als er een *safe haven* wordt toegevoegd.