

114. De Corporate Sustainability Due Diligence Directive en contractuele verhoudingen

MR. T. RIYAZI

De CSDD-richtlijn bevat voor grote ondernemingen verplichtingen tot het betrachten van gepaste zorgvuldigheid met betrekking tot negatieve effecten op het gebied van mensenrechten en het milieu. Deze verplichtingen gelden niet alleen ten aanzien van de eigen bedrijfsactiviteiten, maar ook voor die van hun zakenpartners. Aan de niet-nakoming van deze verplichtingen zijn bovendien sancties verbonden. Grote ondernemingen ontkomen er niet aan om ter voldoening aan deze verplichtingen daartoe strekkende bepalingen op te nemen in de overeenkomsten met hun zakenpartners.

In deze bijdrage worden de belangrijkste verplichtingen uit de CSDD-richtlijn besproken. Daarna zullen de bepalingen waar in contractuele verhoudingen aan gedacht kan worden aan de orde komen. Tot slot zal worden ingegaan op de vraag of er mogelijkheden bestaan voor ondernemingen om aansprakelijkheid of opgelegde boetes af te wentelen op anderen.

1. Inleiding

De zorg om het klimaat en de wens van duurzaamheid hebben geleid tot een toename aan Europese regelgeving op het gebied van Environment, Social en Governance ('ESG').¹ De OESO-richtlijnen² en de UN Guiding Principles voor verantwoord ondernemerschap waren er al, maar de naleving daarvan was tot op heden vrijblijvend. Die ongedwongenheid is er straks wel af met, onder meer, de inwerkingtreding van de Corporate Sustainability Directive ('CSRD')³ en de komst van de in deze bijdrage te bespreken Corporate Sustainability Due Diligence Directive ('CSDDD')⁴.

De CSDDD – die nog niet (als richtlijn) definitief is vastgesteld – bevat de verplichting voor grote ondernemingen tot een verstrekkende zorgvuldigheid met betrekking tot negatieve effecten van hun bedrijfsactiviteiten op het gebied van mensenrechten en het milieu. Deze zorgvuldigheidsverplichting – ook wel 'due diligence-verplichting' genoemd – ziet bovendien niet slechts op eigen activiteiten van onder-

nemingen en hun dochterondernemingen, maar ook op die van zakelijke relaties in de waardeketen. De CSDDD koppelt niet alleen bestuursrechtelijke sancties aan de niet-naleving van de due diligence-verplichting, maar ook civielrechtelijke aansprakelijkheid.

Bovendien zal sprake kunnen zijn van bestuurdersaansprakelijkheid.⁵

De CSDDD koppelt niet alleen bestuursrechtelijke sancties aan de niet-naleving van de due diligence-verplichting, maar ook civielrechtelijke aansprakelijkheid

De verstrekkende verplichtingen en de sancties die de CSDDD introduceert, zullen zonder twijfel grote gevolgen hebben voor de inhoud van overeenkomsten tussen grote ondernemingen. Zo zal een grote onderneming bepalingen in het contract willen opnemen die haar in staat stelt om informatie te verzamelen over de negatieve effecten in de keten. Daarnaast kunnen ondernemingen invloed uitoefenen op zakenpartners en hun partners om maatregelen te nemen teneinde potentiële of feitelijke negatieve effecten te voorkomen, beperken of beëindigen. Tegelijkertijd stelt de CSDDD grenzen voor zover het gaat om bepalingen die partijen mogen opnemen in hun overeenkomsten.

1 Bijvoorbeeld de Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR) en de Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD).

2 Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling

3 Op 5 januari 2023 in werking getreden. EUR 2022/2464. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022L2464>

4 COM(2022)71 final, 23 februari 2022, p. 2, 'CSDDD' wordt in deze bijdrage gebruikt als afkorting voor de Corporate Sustainability Due Diligence Directive. In de praktijk wordt deze richtlijn ook wel 'CS triple D' genoemd.

5 Er is veel discussie over de vraag of art. 25 die ziet op bestuurdersaansprakelijkheid in de definitieve versie zal worden opgenomen. Bestuurdersaansprakelijkheid zal verder niet worden besproken in deze bijdrage.

Zo bepaalt de CSDDD dat een contractuele bepaling niet tot overdracht van de verantwoordelijkheid van de onderneming voor de due diligence-verplichtingen mag leiden. Ook het verschuiven van de aansprakelijkheid in verband met schending van die verplichtingen is niet toegestaan.⁶

Tegelijkertijd stelt de CSDDD grenzen voor zover het gaat om bepalingen die partijen mogen opnemen in hun overeenkomsten

Ik zal de belangrijkste verplichtingen voor ondernemingen bespreken die vanuit contractueel oogpunt uit de CSDDD voortvloeien.⁷ Voorts zal ik kort stilstaan bij de sancties die kunnen worden opgelegd als de due diligence-verplichtingen niet worden nageleefd. Vervolgens zal ik stilstaan bij de bepalingen die in overeenkomsten zouden kunnen worden opgenomen ter voldoening van de besproken verplichtingen. Ten slotte zal ik ingaan op de vraag in hoeverre het voor grote ondernemingen mogelijk is om door middel van het opnemen van vrijwaringen en boeteclausules (het risico op) aansprakelijkheid af te wentelen op zakenpartners in de waardeketen. Vooruitlopend op de conclusies merk ik hier vast op dat de CSDDD hiertoe mijns inziens weinig ruimte biedt.

2. CSDDD: in essentie gereed

Thans – in de zomer van 2023 – is er onzekerheid over de definitieve tekst van de CSDDD. Op 23 februari 2022 heeft de Europese Commissie (hierna: de Commissie) het voorstel omtrent de CSDDD gepubliceerd, waarna de Europese Raad ('de Raad') op 30 november 2022 enkele aanpassingen heeft voorgesteld.⁸ Recentelijk heeft ook het Europees Parlement ('het Parlement') haar standpunt ten aanzien van de CSDDD ingenomen.⁹

De komende maanden zal een zogeheten 'trialoog' over de bepalingen en de voorgestelde wijzigingen van de CSDDD plaatsvinden tussen de Commissie, de Raad en het Parlement. Hoewel de opvattingen van de Commissie, de Raad en het Parlement niet helemaal met elkaar overeenstemmen, is de essentie van alle drie dat er een due diligence-verplichting moet komen voor bepaalde, grotere ondernemingen. Met name de omvang en uitwerking van de due diligence-verplichting verschillen in de drie versies van respectievelijk Commissie, Raad en Parlement. Denk daarbij bijvoorbeeld

aan de vraag of er sprake zal zijn van bestuurdersaansprakelijkheid bij niet-naleving.

3. Reikwijdte

De CSDDD is – kort samengevat – van toepassing op grote EU-ondernemingen die voldoen aan een bepaalde omzet- en medewerkersdrempel alsmede op ondernemingen gevestigd buiten de EU die een bepaalde omzetdrempel *in* de EU halen.¹⁰

De CSDDD is volgens het voorstel van de Commissie en de Raad van toepassing op de volgende grote Europese ondernemingen:

- groep 1: ondernemingen die meer dan vijfhonderd werknemers hebben en een wereldwijd omzet van meer dan € 150 miljoen in het afgelopen boekjaar; of
- groep 2: ondernemingen met meer dan € 40 miljoen omzet in het afgelopen boekjaar, mits ten minste 50% van de omzet afkomstig is van een hoge-impact-sector.¹¹

De richtlijn is tevens van toepassing op grote niet-Europese ondernemingen die in de EU actief zijn en de omzetdrempel halen.¹²

Het Parlement stelt – kort samengevat – een lagere omzetmedewerkersdrempel voor, namelijk voor de Europese ondernemingen, te weten: 250 werknemers en een netto-omzet van meer dan € 40 miljoen. Ook ondernemingen die deze drempelwaarden niet bereiken, maar waarvan de moederonderneming meer dan vijfhonderd werknemers heeft en een netto-omzet van meer dan € 150 miljoen vallen eveneens onder de reikwijdte.

De precieze reikwijdte zal (uiteindelijk) afhangen van de definitieve tekst van de CSDDD. Van belang is echter om voor ogen te houden dat de CSDDD niet alleen consequenties heeft voor de ondernemingen die onder de het bereik van de CSDDD vallen, maar ook voor hun relaties in de waardeketen, ook al vallen die zelf niet onder de CSDDD. De due diligence-verplichting reikt immers tot de (hele) waardeketen.

4. Door ondernemingen te nemen acties

De kernelementen van de due diligence-verplichting zijn: het opstellen van een beleid alsmede het identificeren, beëindigen, voorkomen, beperken en verantwoorden van negatieve mensenrechten- en milieueffecten (hierna: de negatieve effecten). De te beschermen negatieve effecten zijn genoemd in de bijlage bij de CSDDD. Onder de te identificeren negatieve mensenrechten vallen bijvoorbeeld:

6 Zoals uit deze bijdrage zal blijken, zal van de uiteindelijke tekst van de CSDDD afhangen of dit verbod zal gelden, maar aangezien er weinig tegengeluid hierop is, ligt het in de lijn der verwachting dat het ook in het definitieve voorstel zal terugkomen.

7 Voor een uitvoerige bespreking van alle artikelen opgenomen in de CSDDD verwijst ik naar het artikel van S.F. ter Brake, *TvOB* 2022/3, p. 75-85. 2022/0051 (COD), 30 november 2022.

8 1 juni 2023, P9_TA (2023)029, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0184_NL.html.

10 Art. 2 CSDDD.

11 De hoge-impact-sector is genoemd in de CSDDD onder art. 2 sub b; het gaat om bijvoorbeeld productie van textiel, landbouw, visserij en de productie van metaal.

12 Art. 2 lid 2 CSDDD.

schending van het recht op leven en veiligheid, het verbod van kinderarbeid, dwangarbeid en mensenhandel. Onder de (twaalf) te identificeren milieurechten zijn onder meer genoemd: schending van het verbod op vervaardiging van kwikhoudende producten en de schending van het verbod op de handel in bedreigde dier- en plantensoorten. Voor de volledigheid merk ik op dat de due diligence-verplichting niet ziet op de negatieve effecten voor het klimaat zoals de CO₂-uitstoot.¹³

Beleid

Ondernemingen zullen allereerst due diligence moeten integreren in hun ondernemingsbeleid en dit beleid jaarlijks moeten actualiseren (art. 5 CSDDD). Beleid is een onmisbare stap om negatieve mensenrechten- en milieueffecten te kunnen identificeren. Dit beleid moet een beschrijving bevatten van de wijze waarop de onderneming due diligence aanpakt, alsook een gedragscode waarin de regels en beginselen worden beschreven.

Identificatie

Volgens art. 6 CSDDD moeten ondernemingen maatregelen nemen om de potentiële en feitelijke negatieve effecten van hun bedrijfsvoering vast te stellen.¹⁴ Deze verplichting strekt zich – afhankelijk van de bewoordingen in de definitieve tekst – ook uit tot de waardeketen dan wel de keten van activiteiten van de ‘gevestigde zakenrelatie’, ‘zakenpartner’ dan wel ‘zakenrelatie’. De gebruikte bewoordingen in de verschillende voorstellen zien er als volgt uit:

Commissie	Raad	Parlement
‘gevestigde zakenrelatie’	‘zakenpartners’	‘zakenrelatie’
‘waardeketen’	‘keten van activiteiten’	‘waardeketen’

Vooraf de vraag of de identificatieplicht zich uitstrekt tot de activiteiten van relaties in de waardeketen¹⁵ dan wel de keten van activiteiten maakt een groot verschil voor de reikwijdte van de plicht. Bij een onderzoek naar de relaties in de *waardeketen* zullen activiteiten van een onderneming zowel stroomopwaarts als stroomafwaarts volledig onder de reikwijdte van de identificatieplicht vallen. Onder ‘stroomopwaartse relaties’ worden – kort gezegd – zakelijke relaties verstaan die grondstoffen, producten en dergelijke of diensten leveren c.q. verlenen aan de onderneming. ‘Stroomafwaartse relaties’ betreffen zakelijke relaties die

– kort gezegd – producten of diensten van de onderneming gebruiken of ontvangen. Met de term ‘keten van activiteiten’ wordt beoogd het toepassingsgebied van de richtlijn te beperken tot de stroomopwaartse relaties; de fase van het gebruik van de producten of diensten door afnemers van de onderneming wordt buiten beschouwing gelaten.¹⁶ Ten behoeve van de leesbaarheid van deze bijdrage zal hierna de term ‘waardeketen’ worden gehanteerd.

Preventie, beperken en beëindiging negatieve effecten in de waardeketen

Na het identificeren van potentiële en feitelijke negatieve effecten moeten bedrijven adequaat reageren om dergelijke effecten te voorkomen, te beperken of te verhelpen. De te nemen maatregelen zijn in de – grotendeels gelijklopende – art. 7 en 8 vermeld.¹⁷ Art. 7 van de CSDDD ziet op de te nemen maatregelen bij het vaststellen van potentiële negatieve effecten en art. 8 heeft betrekking op de vastgestelde feitelijke effecten.

Interessant is de maatregel die in art. 7 sub 2 CSDDD staat beschreven. Kort gezegd wordt van de onderneming verwacht dat zij van haar zakenpartner contractuele garanties verkrijgt. Deze contractuele garanties strekken ertoe dat de zakenpartner zich committeert aan de gedragscode van de onderneming en – zo nodig – een preventief actieplan naleeft. Deze verplichting kan dan doorgegeven worden in de keten.¹⁸ De verkregen contractuele garanties moeten vervolgens vergezeld gaan van passende maatregelen om de naleving te controleren.¹⁹

De CSDDD voorziet ook in de situatie dat de negatieve effecten niet (zullen) voorkomen of voldoende beperkt kunnen worden; in dat geval moet de onderneming afzien van het aangaan van nieuwe relaties of het uitbreiden van bestaande relaties. Bovendien moet de onderneming – voor zover het op de overeenkomst van toepassing zijnde nationale recht dat toelaat – de volgende maatregelen nemen:²⁰

- de commerciële relatie met de partner in kwestie tijdelijk opschorten; of
- de zakelijke relatie beëindigen als het potentiële negatieve effect ernstig is.²¹

De Raad heeft de hiervoor besproken art. 7 en 8 zeer beperkt aangepast. De belangrijkste aanpassing betreft de mogelijkheid voor een onderneming om de geïdentificeerde

13 De CSDDD voorziet wel in de verplichting van ondernemingen om een plan op te stellen om ervoor te zorgen dat het businessmodel en strategie van de onderneming verenigbaar zijn met de opwarming van de aarde tot 1,5 °C overeenkomstig het Parijs-akkoord (art. 15). Dit zal in deze bijdrage buiten beschouwing blijven. Zie voor een bespreking van onder meer dit artikel, H.J. de Kluiver, *WPNR* 7407, p. 305 en 306.

14 De uitzonderingen van art. 6 lid 2 en 3 CSDDD zullen niet worden besproken.

15 Art. 3g CSDDD.

16 Raad, Brussel, 30 november 2022, 6533/22, overweging 19, p. 7

17 Art. 8 bevat een aanvullende actie die inhoudt in dat de neutralisatie van de geïdentificeerde werkelijke negatieve effecten kan worden gedaan door financiële compensatie te bieden of schadevergoeding te betalen aan de getroffen gemeenschappen of personen.

18 In art. 7 lid 2 b en 8 lid 3 sub b (Commissie) aangemerkt als zogenaamde cascadeovereenkomsten.

19 Art. 7 sub 4 CSDDD.

20 Art. 7 lid 5 en 8 lid 6.

21 De mogelijkheid om de zakelijke relatie tijdelijk op te schorten of te beëindigen, is echter niet van toepassing wanneer bedrijven krediet, leningen of andere financiële diensten verlenen als redelijkerwijs kan worden verwacht dat deze maatregel aanzienlijke schade zal toebrengen aan de entiteit waaraan de dienst wordt verleend.

negatieve effecten te prioriteren op basis van de ernst²² en waarschijnlijkheid ervan in combinatie met een geleidelijke aanpak van de negatieve effecten afhankelijk van die prioritering. Hierbij kan worden gedacht aan situaties waarbij het niet mogelijk is voor een onderneming om alle negatieve effecten tegelijkertijd aan te pakken. In dat geval moet de onderneming na prioritering van de negatieve effecten eerst de belangrijkste aanpakken en vervolgens de minder belangrijke. Verder is wat betreft de Raad de verplichting tot het beëindigen van de zakelijke relatie iets minder strikt; de Raad geeft aan onder welke omstandigheden ondernemingen toch niet verplicht zijn de zakelijke relatie te beëindigen.²³

Ook het Parlement heeft enkele wijzigingen voorgesteld met betrekking tot voormelde artikelen. Met name de aanpassing van art. 7/8 lid 2 ten aanzien van de te verkrijgen contractuele garanties is noemenswaardig. Het wijzigingsvoorstel houdt in dat de onderneming ervoor kan kiezen via bepalingen in de te sluiten overeenkomst te bedingen dat de zakenrelatie zorg zal dragen voor naleving van de gedragscode van de onderneming en, indien nodig, een actieplan zal opstellen. Aan partners met wie de onderneming een zakelijke relatie heeft, kan worden gevraagd om dezelfde bepalingen in overeenkomsten met hun partners in de waardeketen op te nemen. Zo'n contractuele bepaling mag volgens art. 7 lid 4 van het wijzigingsvoorstel van het Parlement echter niet leiden 'tot de overdracht van aansprakelijkheid voor de toepassing van passende zorgvuldigheid overeenkomstig deze richtlijn en de aansprakelijkheid wanneer men daarbij in gebreke blijft'.²⁴

Tot slot heeft het Parlement aan art. 7 lid 4 toegevoegd dat ondernemingen bij het overeenkomen van contractuele bepalingen dienen te beoordelen of van de zakenpartner redelijkerwijs kan worden verwacht dat hij deze bepalingen naleeft. De gedachte achter deze bepaling is tweeledig. Allereerst lijkt dat te zijn het beschermen van kleine partijen en het voorkomen van het doorschuiven van de taken en verantwoordelijkheden naar de partij in de keten met de kleinste onderhandelingsmacht. Ten tweede wordt ermee benadrukt dat louter de opname van contractuele garanties niet voldoende is om aan de normen voor passende zorgvuldigheid te voldoen.²⁵ Tot slot verduidelijkt de bepaling dat partijen een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid hebben om tijdens hun lopende samenwerking passende zorgvuldigheid te betrachten.

22 De ernst van een negatief effect wordt beoordeeld aan de hand van de zwaarte ervan, het aantal getroffen personen of de omvang van het milieu-effect en de moeilijkheid om de situatie van vóór het effect te herstellen; Raad, overweging 17, p. 6.

23 Raad, art. 7, p. 86.

24 In de Engelse tekst staat 'transfer of responsibility' and the liability for failing to do so'. De vertaling 'overdracht van verantwoordelijkheid' lijkt mij juist dan 'overdracht van aansprakelijkheid'. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html.

25 Parlement, amendement 62, overweging 45 (p. 62) en Amendement 46, overweging 34 bis (p. 42).

Monitoren

Op grond van art. 10 van de CSDDD moeten ondernemingen hun eigen activiteiten en maatregelen alsmede die van hun dochterondernemingen en van hun zakenpartners in de waardeketen periodiek monitoren. Deze verplichting ziet op de monitoring van de doeltreffendheid van de preventie, verlichting en beëindiging van de vastgestelde negatieve effecten. Heeft de onderneming bijvoorbeeld besloten tot niet-beëindiging van de zakelijke relatie omdat een redelijke verwachting bestond dat de beëindiging een ernstiger negatief effect zou kunnen veroorzaken, dient zij deze beslissing te monitoren en te heroverwegen. Deze monitoring c.q. beoordeling vindt ten minste een keer per jaar plaats en daarnaast telkens wanneer er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat er zich belangrijke nieuwe risico's kunnen voordoen. Het beleid inzake passende zorgvuldigheid en het preventieplan moet vervolgens worden geactualiseerd overeenkomstig de resultaten van deze beoordelingen. Op welke wijze de verplichting tot het monitoren plaats dient te vinden, is verder niet uitgewerkt in art. 10 CSDDD. Gezien de verplichting van de onderneming om op grond van art. 11 CSDDD over haar verplichtingen voortvloeiend uit de CSDDD te rapporteren op haar website, doet de onderneming er verstandig aan om het monitoringsproces zorgvuldig schriftelijk vast te leggen.

5. Sancties

De CSDDD bevat bestuursrechtelijke sancties die kunnen worden opgelegd als de CSDDD niet wordt nageleefd, en zij biedt daarnaast een grondslag voor civielrechtelijke aansprakelijkheid.

Art. 17-21 van de CSDDD zien op het toezicht op de naleving en handhaving van de verplichtingen uit de CSDDD. Zo kan een onderneming die bijvoorbeeld niet aan haar monitorings- en publicatieverplichting heeft voldaan, bestuursrechtelijke sancties opgelegd krijgen (art. 20 CSDDD). In het voorstel van de Commissie wordt het aan lidstaten overgelaten welke bestuursrechtelijke sancties kunnen worden opgelegd op de niet-naleving van de CSDDD. Het Parlement geeft in art. 20 lid 2bis een opsomming van de volgende maatregelen en sancties: i) geldboeten gebaseerd op de wereldwijde netto-omzet;²⁶ ii) een publieke verklaring waarin wordt aangegeven dat de onderneming verantwoordelijk is en wat de aard is van de inbreuk; iii) de verplichting om een maatregel te nemen, waaronder het staken van het gedrag dat de inbreuk oplevert, en zich te onthouden van elke herhaling van dat gedrag en (iv) de opschorting van het vrije verkeer of de uitvoer van producten.

De civielrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen komt in beeld wanneer ondernemingen de opgelegde zorgvuldigheidsverplichtingen van de art. 7 en 8 niet naleven.

26 Het Parlement bepaalt dat 'een maximumgrens voor geldboetes bedraagt ten minste 5% van de wereldwijde netto-omzet van de onderneming in het boekjaar dat voorafgaat aan het boetesluit'.

De vereisten voor aansprakelijkheid en de daarbij gebezigde bewoordingen verschillen in alle drie de voorstellen ten opzichte van elkaar. In hoofdlijnen komt het voorstel van de Commissie erop neer dat een onderneming aansprakelijk zou kunnen worden gehouden bij schending van de zorgvuldigheidsverplichting.

De aansprakelijkheidsdrempel in de aanpassingen van de Raad ligt hoger dan in het voorstel van de Commissie. Wat de Raad betreft kunnen ondernemingen – kort gezegd – slechts aansprakelijk worden gehouden wanneer de onderneming opzettelijk of uit onachtzaamheid niet heeft voldaan aan de zorgvuldigheidsverplichtingen van de art. 7 en 8 en dit nalaten tot schade heeft geleid. Het gaat dan om de schade die slachtoffers van schendingen van mensenrechten en het milieu kunnen vorderen voortvloeiend uit de niet-naleving door een onderneming van de zorgvuldigheidsverplichtingen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan slachtoffers van de schending van het verbod op dwangarbeid; in dat geval meen ik dat het slachtoffer vergoeding van misgelopen inkomsten en immateriële schade kan vorderen.

Volgens het Parlement is een onderneming aansprakelijk bij niet-naleving van de verplichtingen voortvloeiend uit de CSDDD, voor zover deze nalatigheid heeft bijgedragen aan feitelijke negatieve effecten of deze heeft veroorzaakt, waarbij rekening kan worden gehouden met de omvang van de inspanningen en de maatregelen die een onderneming heeft genomen.

6. Doorwerking van de due diligence-verplichtingen in contractuele verhoudingen

Hoe de verplichtingen uiteindelijk precies in de CSDDD zullen komen te luiden en vervolgens concreet in nationale wetgeving zullen worden geïmplementeerd, zal moeten worden afgewacht. Buiten kijf staat wel dat grote ondernemingen een verregaande due diligence-verplichting zullen krijgen.

Buiten kijf staat wel dat grote ondernemingen een verregaande due diligence-verplichting zullen krijgen

Zij zullen er dan ook niet aan ontkomen om in de overeenkomsten die zij met zakenpartners in de waardeketen sluiten bepalingen op te nemen om te voldoen aan de verplichtingen van de CSDDD.

De CSDDD voorziet erin dat de Commissie modelcontractbepalingen opstelt die ondernemingen kunnen gebruiken in de overeenkomsten met hun zakenpartners om aan de maatregel van verkrijging van contractuele garanties, zoals neergelegd in de art. 7 lid 2 punt b en 8 lid 3 punt c, te voldoen. Er zijn echter veel meer bepalingen waaraan kan

worden gedacht. Hierna zal worden stilgestaan bij mogelijke bepalingen waar ondernemingen aan zouden kunnen denken bij het aangaan van nieuwe overeenkomsten of bij de herziening van reeds bestaande overeenkomsten.

Acceptatie gedragscode

Zoals hierboven besproken, zullen ondernemingen ter voldoening aan art. 5 CSDDD een gedragscode moeten opstellen waarin de regels en principes van de onderneming zijn uiteengezet. De onderneming doet er verstandig aan deze gedragscode op voorhand met de zakenpartner te delen en naleving daarvan te bedingen. De onderneming kan ook van de zakenpartner verlangen dat deze op zijn beurt naleving van de gedragscode verlangt van partners verderop in de waardeketen. Als de potentiële en feitelijke negatieve effecten eenmaal zijn geïdentificeerd, kan dit in ieder geval één van de te nemen maatregelen zijn die van de zakenpartner kan worden verlangd. Aldus kan worden overeengekomen:

- i) dat de zakenpartner de gedragscode van de onderneming zal nakomen; en
- ii) in welke gevallen de gedragscode aan de zakenpartner moet worden verstrekt (bij het aangaan van de overeenkomst of bijvoorbeeld bij het treffen van de maatregel zoals hiervoor besproken).

Identificatieverplichting c.q. informatievoorziening partners

Om de potentiële en feitelijke negatieve effecten te kunnen identificeren, zullen ondernemingen onderzoek moeten doen naar de activiteiten van hun zakenpartners. Daartoe zullen ondernemingen informatie moeten vergaren over de negatieve effecten van de activiteiten van hun zakenpartners (hierna ‘ESG-informatie’). Uiteindelijk zal dit ertoe leiden dat in de aangegane overeenkomsten tot ver in de keten contractuele verplichtingen zullen worden doorgegeven ten aanzien van informatievoorziening.

In dat licht kan in de overeenkomst met de zakenpartner een bepaling worden opgenomen:

- i) dat de zakenpartner redelijke stappen zal ondernemen om de benodigde c.q. verzochte ESG-informatie te verschaffen aan de onderneming;
- ii) aan welke eisen de informatie(verschaffing) moet voldoen;
- iii) dat de zakenpartner redelijke stappen zal ondernemen om de onderneming op de hoogte te stellen van materiële veranderingen in de ESG-informatie;
- iv) op welke wijze en hoelang de verschafte informatie door de onderneming en de zakenpartner wordt bewaard;
- v) dat de zakenpartner redelijke stappen zal ondernemen om ESG-informatie op te vragen aan haar partners in de keten; en
- vi) wat de gevolgen van niet-nakoming van de bepalingen zijn voor de contractuele verhouding.

In het licht van het voorgaande moet voor ogen worden gehouden dat het niet de bedoeling is dat de zakenpartner

geheel verantwoordelijk wordt voor de informatievoorziening. Daarmee zou immers de verantwoordelijkheid voor informatie uit de hele keten (die de zakenpartner ook niet helemaal kan overzien of beïnvloeden) bij de zakenpartner worden ‘gedumpt’. Dat wil het Parlement, zoals hiervoor besproken, juist voorkomen. Daarmee zal tevens rekening moeten worden gehouden bij de op te leggen sancties bij niet-nakoming van de informatievoorziening. Zo lijkt opzegging of ontbinding van de overeenkomst op voorhand een te zwaar middel. Blijft een zakenpartner bijvoorbeeld in gebreke met het verschaffen van de verzochte informatie, meen ik dat het redelijk zou zijn haar in de eerste plaats een termijn te verlenen voor nakoming. Mocht de zakenpartner ook binnen die termijn de informatie niet verschaffen, dan zou afgesproken kunnen worden dat partijen bij elkaar zullen komen om deze niet-nakoming te bespreken en zo voort. Opzegging zou bijvoorbeeld wel kunnen worden afgesproken voor het geval blijkt dat de zakenpartner op zich in staat is de verzochte informatie te verschaffen, maar weigert zulks te doen. De gedachte achter de CSDDD is immers dat beëindiging of opschorting van een overeenkomst²⁷ als laatste remedie wordt ingezet; het is juist de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de onderneming en de zakenpartner om negatieve effecten op te sporen en te beëindigen. Bij de vraag in hoeverre bijvoorbeeld een boetedebiting kan worden afgesproken bij niet-nakoming zal ik in het volgende hoofdstuk stilstaan.

Geïdentificeerde nadelige effecten

Zodra een potentieel of feitelijk negatief effect eenmaal is geïdentificeerd, zal de onderneming – na prioritering ervan – de noodzakelijke maatregelen moeten nemen zoals genoemd in art. 7 of 8 CSDDD teneinde dit negatief effect te voorkomen, reduceren of te herstellen.

De overeenkomst moet aldus anticiperen op de situatie dat negatieve effecten worden geïdentificeerd. Zo kan worden gedacht aan bepalingen waarin wordt overeengekomen:

- i) dat de onderneming een preventief actieplan met redelijke en duidelijk omschreven tijdschema's voor maatregelen en kwalitatieve indicatoren voor het meten van verbeteringen opstelt en dat zij daarover overleg zal voeren met onder meer de zakenpartner;
- ii) dat de zakenpartner medewerking moet verlenen aan de uitvoering van het preventief actieplan voor zover dat redelijkerwijs van de zakenpartner gevraagd kan worden;
- iii) dat van de zakenpartner kan worden verlangd om ter naleving van de gedragscode van de onderneming en zo nodig, het preventief actieplan, op een redelijke termijn en rekening houdend met het recht op prioritering, redelijke, niet-discriminerende billijke contractuele bepalingen op te stellen met hun partners voor zover hun activiteiten deel uitmaken van de waardeketen van de onderneming;

- iv) dat de zakenpartner zelf ook een eigen verantwoordelijkheid heeft ter adressering van het geïdentificeerde effect;
- v) dat er regelmatig gecommuniceerd zal worden tussen partijen over de genomen maatregelen en de resultaten van deze maatregelen;
- vi) welke gevolgen het niet-verlenen van voldoende medewerking door de zakenpartner heeft;
- vii) dat als de negatieve effecten niet voorkomen of voldoende beperkt kunnen worden, de onderneming bevoegd zal zijn de commerciële relaties met de zakenpartner tijdelijk op te schorten;
- viii) dat de onderneming de zakelijke relatie met betrekking tot de betrokken activiteit beëindigt als het potentiële negatieve effect ernstig is;
- ix) op welke wijze te maken kosten verdeeld zullen worden.

Onder welke omstandigheden de onderneming de commerciële relaties met de zakenpartner precies zal mogen opschorten of beëindigen, laat zich moeilijk vooraf vastleggen. Voordat de onderneming beslist om een zakelijke relatie te beëindigen of op te schorten, moet zij steeds beoordelen of de negatieve effecten van die beslissing groter zouden zijn dan de negatieve effecten die zij wil beëindigen of beperken.

Contractuele garanties c.q. bepalingen

Van ondernemingen zal in het bijzonder worden verlangd dat zij bepalingen in de overeenkomsten met hun zakenpartners opnemen die inhouden dat die partners het due diligence-beleid van de onderneming, en indien van toepassing het preventieplan, zullen naleven. Van die zakenpartner kan bovendien worden verlangd dat hij op zijn beurt vergelijkbare bepalingen afsprekt met zijn handelspartners die deel uitmaken van de waardeketen. Zoals hiervoor al aangegeven, kunnen deze bepalingen niet tot de overdracht van de verantwoordelijkheid van de onderneming voor de uit te voeren due diligence leiden dan wel de aansprakelijkheid leiden.

Verplichtingen in het kader van monitoring

Hiervoor is reeds de informatieverplichting genoemd waarbij de zakenpartner de onderneming moet informeren over de veranderingen in ESG-informatie (art. 6) en dat er communicatie dient plaats te vinden naar aanleiding van de genomen maatregelen (art. 7 en 8). Zoals besproken, zal communicatie over de ESG-informatie ten minste jaarlijks plaatsvinden en in ieder geval op het moment dat er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat zich belangrijke nieuwe risico's voordoen. In de overeenkomst met de zakenpartner kan worden afgesproken dat de onderneming de activiteiten van zijn zakenpartner zal monitoren om te bepalen of er relevante ontwikkelingen zijn.

²⁷ Bijvoorbeeld als er potentiële of feitelijke negatieve effecten zijn geïdentificeerd.

7. Aansprakelijkheidsbepalende bepalingen?

In het licht van het verbod tot overdracht van due diligence-verantwoordelijkheden en -aansprakelijkheden is het de vraag in hoeverre bijvoorbeeld vrijwaringsclausules of boetebedingen soelaas kunnen bieden als indekking tegen mogelijke aansprakelijkheid op grond van de CSDDD.

Vrijwaringsclausules

In de eerste plaats kan worden gedacht aan vrijwaringsclausules. Met een vrijwaringsclausule kan aansprakelijkheid worden vermeden voor de schade die derden zouden oplopen door enige daad of nalatigheid van de zakenpartners van de onderneming. De onderneming kan in dat geval de schade op haar beurt doorschuiven naar de zakenpartner.

Als het wijzigingsvoorstel van het Parlement wordt aangenomen, hetgeen in de lijn der verwachting ligt bij gebreke van tegengeluiden, is voor een vrijwaringsclausule geen ruimte in de contractuele verhoudingen.

Voor vrijwaringsclausules is geen ruimte in contractuele verhoudingen

Volgens art. 7 lid 4 CSDDD (versie Parlement) mogen de contractuele bepalingen immers niet leiden tot overdracht van de verantwoordelijkheid van de onderneming voor de niet-naleving van de due diligence-verplichtingen en haar aansprakelijkheid. Deze bepaling is ook in lijn met het uitgangspunt van de CSDDD dat de due diligence-verplichting van grote ondernemingen zich niet slechts strekt tot de negatieve effecten van de eigen bedrijfsvoering maar ook van die de zakenpartners in de waardeketen.

Daarnaast is het de vraag of vrijwaringsclausules met het oog op bestuursrechtelijke boetes bedongen kunnen worden. Art. 17 CSDDD voorziet in de mogelijkheid dat de toezichthouder (bestuursrechtelijke) boetes uitvaardigt bij niet-naleving van de due diligence-verplichtingen. Door middel van contractuele vrijwaringsclausules zou de onderneming de (gevolgen van de) opgelegde boete op de zakenpartner kunnen afwentelen. Weliswaar blijft de onderneming met de reputatieschade zitten, maar zij zou aan de financiële impact van de boete kunnen ontkomen door een vrijwaring te bedingen. Daarmee zou ook meteen aan de afschrikkende en handhavende functie van een bestuurlijke boete voorbij worden gegaan. In 2015 is aan de Hoge Raad de prejudiciële vraag voorgelegd of een vrijwaringsclausule die ziet op een bestuurlijke boete (ingevolge de Wet arbeid vreemdelingen (Wav)) nietig is wegens strijd met de wet, openbare orde of goede zeden als bedoeld in art. 3:40 BW.²⁸

De Hoge Raad overwoog dat het verhaalsbeding als zodanig geen onaanvaardbare afbreuk doet aan het doel of de strekking van de Wav zodat van nietigheid in de zin van

art. 3:40 BW geen sprake is. Een beroep op dergelijke vrijwaringsclausules kan volgens de Hoge Raad echter wel onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Of dit antwoord van de Hoge Raad ook ziet op de geldigheid van vrijwaringsclausules anders dan in de Wav, blijft in het midden. Voor een uitvoerige bespreking van de vraag of bestuursrechtelijke vrijwaringsclausules geldig zijn, verwijs ik naar het artikel van Ruygvoorn in *Bedrijfsjuridische Berichten* uit 2016.²⁹ Gezien het feit dat de CSDDD beoogt ondernemingen hun verantwoordelijkheid te laten nemen voor negatieve effecten in de activiteiten van hun zakenpartners en haar waardeketen, lijkt het niet de bedoeling dat een opgelegde boete in verband met de niet-naleving van de plichten uit de CSDDD doorgeschoven zou kunnen worden. Dit geldt met name wanneer de onderneming niet voldaan heeft aan de haar opgelegde due diligence-verplichtingen.

Boetebeding

Als boetebeding wordt aangemerkt ieder beding waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan (art. 6:91 BW).

De vraag is of ondernemingen met hun zakenpartners boetebedingen kunnen overeenkomen aangaande de niet-nakoming van de due diligence-verplichtingen. Daarbij dient in gedachten te worden gehouden dat een boetebeding twee doelen kan hebben.³⁰ In de eerste plaats kan het doel zijn een extra prikkel te scheppen ter nakoming van de due diligence-verplichtingen. Het overeengekomen bedrag is dan bedoeld als boete c.q. straf voor de niet-nakoming van de due diligence-verplichtingen. Het doel is voor de schuldenaar een prikkel te scheppen om zijn verplichtingen te vervullen. In de tweede plaats kan de strekking van een boetebeding zijn dat op voorhand een (gefixeerd) bedrag wordt overeengekomen als schadevergoeding in geval van wanprestatie. Normaliter bestaat er geen noodzaak om de doelen te onderscheiden nu de wet zo'n onderscheid niet maakt.³¹ Ik vraag mij echter af of dat onderscheid toch niet van belang is bij de beantwoording van de vraag of een boetebeding dat ziet op de nakoming van de due diligence-verplichtingen toelaatbaar is. Ik zou menen dat er in beginsel ruimte is voor het opnemen van een boetebeding zolang hiermee wordt beoogd een prikkel te bieden tot nakoming van de contractuele verplichtingen zoals tot informatieverzorging door de zakenpartner.

Gelet op de toevoeging van het Parlement dat ondernemingen bij het opnemen van contractuele bepalingen

28 Hoge Raad 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568.

29 M.R. Ruygvoorn, *Bb* 2016/12 (afl. 43-46). Zie ook de vraag of bestuurlijke boetes verzekeraar zijn; waarmee eveneens wordt beoogd het financiële leed bij een ander te leggen dan degene aan wie de boete is opgelegd: J.K. Stam e.a., '(On)verzekeraarheid van boetes', *AV&S* 2022/33.

30 Asser/Sieburgh 6-1 2020/414.

31 Zie voetnoot 20.

zich moeten afvragen of van de zakenpartner redelijkerwijs kan worden verwacht dat hij de bepalingen naleeft, meen ik dat de onderneming zich dezelfde vraag moet stellen bij het opnemen van een boetebeding. Mocht uit het boetebeding niet volgen met welk doel het is opgenomen, dan kan dat doel wellicht uit de overige omstandigheden worden afgeleid. Zo vormt in ieder geval de hoogte van de boete een aanwijzing voor de beoordeling of het gaat om een gefixeerde schadevergoeding of dat de boete slechts bedoeld is als een prikkel tot nakoming van de overeengekomen verplichtingen. Zou het boetebeding, mede gelet op de hoogte, kunnen worden gekwalificeerd als een verkapte bepaling met als doel de aansprakelijkheid van de onderneming naar de zakenpartners te verleggen, dan lijkt mij dat in strijd met het door het Parlement voorgestelde verbod van art. 7 lid 4 CSDDD tot overdracht van de verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid voortvloeiend uit de niet-naleving van de verplichtingen uit de CSDDD.

8. Aanbeveling voor de praktijk

Het is nog even afwachten hoe de definitieve tekst van de CSDDD zal luiden en hoever de due diligence-verplichting

van ondernemingen precies zal reiken. Wat in ieder geval duidelijk is, is dat de CSDDD vergaande due diligence-verplichtingen oplegt aan grote ondernemingen en sancties verbindt aan de niet-naleving daarvan. Ondernemingen die onder de reikwijdte van de CSDDD vallen, zullen moeten anticiperen op deze verplichtingen – die overigens reeds golden als (min of meer) vrijblijvende normen voor verantwoord ondernemerschap – en de bestaande en te sluiten overeenkomsten daarop moeten afstemmen. In dat licht dienen ondernemingen niet uit het oog te verliezen dat contractuele bepalingen die de verlegging van de due diligence-verplichtingen en de aansprakelijkheid ten doel hebben, in beginsel geen effect zullen sorteren.

Dit artikel is afgesloten op 25 juli 2023.

Over de auteur

Mr. T. (Taraneh) Riyazi

Advocaat te Den Haag bij NN Advocaten.

Sdu Commentaar Insolventierecht



Samengesteld door experts:

mr. M.L.D. Akkaya
 prof. mr. Y. Diamant
 mr. M.A.J.G. Janssen
 mr. dr. A.M. Mennens
 mr. dr. A.J. Tekstra
 prof. mr. P.M. Veder

Sdu Commentaar Insolventierecht 2023

- Alle facetten van het Insolventierecht belicht
- Praktisch artikelsgewijs commentaar
- Inclusief uitgebreid commentaar op de WHOA
- Voor en door de Insolventierechtpraktijk

Ga om te bestellen of meer informatie naar de **Sdu Webshop**. Of bestel via de boekhandel.

Sdu