

Voorwoord

Duurzaamheid ontwikkelt zich steeds meer van een ideaal tot een juridische notie die ook haar weg vindt in wet- en regelgeving. Tegelijkertijd geldt dat de uitwerking van die notie vaak nog zeer beperkt en algemeen is en niet veel verder komt dan een ‘open norm’. Dat geldt ook voor het meest vergaande voorstel tot nu toe zoals vervat in de voorgenomen EU-Richtlijn inzake Corporate Sustainability Due Diligence (‘CSDDD’).

Tussen de ‘open normen’ in de CSDDD en de invulling en handhaving daarvan, staan praktische problemen en juridische noties in de weg. ‘Open normen’, zeker op nieuwe en relatief onontgonnen terreinen roepen daarmee lastige vragen op waar het gaat om invulling, toetsing en handhaving van die normen door toezichthouders en rechters. Al met al lijken min of meer klassieke toezichtnoties hier zodanig te gaan knellen dat een andere invulling van toezicht wellicht onontkoombaar is. Idealiter zou dit wellicht moeten evolueren naar een nauwere samenwerking tussen toezichthouder en de onder toezicht gestelden, waarbij de laatsten inzicht zullen moeten geven in de afwegingen die ten grondslag liggen aan een bepaalde beleidskeuze en toezichthouders dat met een open oog voor alle omstandigheden van het geval op redelijkheid zullen moeten toetsen.

De fundamentele vraag die dat doet rijzen is of het bestaande rechtsstelsel daarop is ingesteld en of en hoe met de geschetste ‘open normen’ kan en moet worden omgegaan. In het navolgende wordt die vraag vanuit een aantal perspectieven door eminente preadviseurs bezien. Van ’t Lam en Barkhuysen benaderen de materie vanuit het perspectief van het algemene bestuursrecht en de wijze waarop in het bestuursrecht het doen en laten van toezichthouders pleegt te worden ingekaderd en getoetst. Joosen en Lieverse analyseren de vraag of en hoe de CSDDD aansluit bij leerstukken zoals die ontwikkeld zijn in het financiële toezichtrecht en betrekken daarbij de rol die DNB en ECB alsmede de AFM daarin spelen. Knibbeler richt het vizier op de vraag of en hoe het mededingingsrecht en de beleidsoriëntatie van de ACM aansluiten of aan zouden kunnen sluiten bij toezicht op de naleving van de CSDDD.

Aldus is in de beste tradities van de Koninklijke Vereeniging ‘Handelsrecht’ sprake van preadviezen die uiteenlopende vakgebieden omspannen en is een rijk en zeer relevant boek ontstaan dat het bestuur van de Vereeniging met heel veel genoegen aan zijn leden presenteert. Zowel de breedte als de diepgang van de preadviezen

staat tevens garant voor een boeiende gedachtewisseling tijdens de algemene ledenvergadering op 8 november a.s. Het bestuur en de preadviseurs zien ernaar uit u dan te ontmoeten.

Amsterdam, 22 september 2023

Harm-Jan de Kluiver
Voorzitter Koninklijke Vereeniging 'Handelsrecht'

Open normen, toezicht en duurzaamheid in de CSDDD

Een overzicht

Prof. mr. H.J. de Kluiiver^{*}

1 Inleiding

Op 1 januari 2023 zijn vergaande EU-uitvoeringsverordeningen op grond van de EU Sustainable Finance Disclosure Regulation ('SFDR') in werking getreden. Tevens is op 6 januari 2023 de EU Corporate Sustainability Reporting Directive ('CSRD'), EU-Richtlijn 2022/2464, van kracht geworden. Er zijn grote stappen gezet op weg naar vaststelling van het voorstel voor de EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive ('CSDDD'). De EU-Raad van ministers stelde zijn versie van de CSDDD vast op 1 december 2022. Het Europees Parlement volgde op 1 juni 2023. Deze versies lopen nog uiteen en verschillen evenzeer van het oorspronkelijke voorstel van de EU-Commissie. Er wachten derhalve in de triloog nog ingewikkelde onderhandelingen.

Hoe de onderhandelingen ook verlopen, als een resultaat wordt geboekt en een richtlijn wordt vastgesteld, zal die hoe dan ook veel 'open' normen kennen omdat die in alle voorstellen centraal staan. Dat roept de vraag op hoe de handhaving van die normen kan c.q. moet plaatsvinden. Dat geldt zowel voor privaatrechtelijke als voor publiekrechtelijke handhaving. De vraag is of begrippen als aansprakelijkheid, onrechtmatigheid, causaliteit en schade erg behulpzaam kunnen zijn bij de handhaving van de CSDDD-normen. Gelet op het in de CSDDD opgenomen stelsel van publiekrechtelijk toezicht is handhaving langs die lijnen wellicht meer aangegeven en effectiever. Dat roept echter, juist ook in aanmerking genomen de open normen, wel de nodige vragen op.

2 Onderneming en duurzaamheid: de stand van zaken rond de CSDDD

Duurzaamheid is het centrale buzz- en businesswoord geworden na de economische crisis van 2008. Die crisis heeft prangende vragen opgeroepen over de aandacht die bestaat voor andere aspecten dan economisch gewin. Het heeft het denken gestimuleerd over een duurzamer economisch model met aandacht voor alle betrokkenen waarin meer de lange dan de korte termijn bepalend moet zijn. Dat is samen gaan lopen met een toegenomen bewustzijn over ecologische grenzen in termen van milieuvervuiling, biodiversiteit en, in het bijzonder, klimaatverandering. Zie bijvoorbeeld UN Guiding Principles on Business and Human Rights (2011). In de EU is de zogenaamde 'Green Deal' bepalend zoals door de Europese Commissie op 11 december 2019 gepresenteerd. Daarmee is duurzaamheid een EU-prioriteit ge-

^{*} Harm-Jan de Kluiiver is hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam en voorzitter van de Koninklijke Vereniging Handelsrecht.

worden. De uitwerking van dat thema heeft onder andere geleid tot – inmiddels aangenomen – de CSRD en de concept-CSDDD.¹

De Corporate Sustainability Due Diligence Directive ('CSDDD') vloeit voort uit de eerder vermelde EU-'Green Deal' met de bedoeling dat duurzaamheid ('sustainability') 'should be further embedded into the corporate governance framework, as many companies still focus too much on short-term financial performance compared to their long-term development and sustainability aspects'. Dit denken over de relatie tussen 'vergroening', duurzaamheid, lange termijn en corporate governance, wordt sindsdien gevat onder het kopje 'Sustainable Corporate Governance'. In Nederland heeft daarvoor de term 'duurzaam ondernemen' ingang gevonden. Voor een breed perspectief daarop verwijst ik naar de uitgebreide preadviezen voor de Koninklijke Vereeniging 'Handelsrecht' uit 2021 en nadien verschenen literatuur.²

De EU-Raad van ministers (hierna ook: EU Council) heeft³ op 1 december 2022 met een gekwalificeerde meerderheid zijn versie van de CSDDD vastgesteld.⁴ De EU-Raad van ministers heeft daarin onder andere de verplichtingen voor ondernemingen in de financiële sector beperkt. Een tweede belangrijke beperking die de EU-Raad van ministers heeft aangebracht is dat het aanvankelijk erg brede concept van (elke) 'impact' op mensenrechten en milieu in de keten, de zogenaamde ('value) chain', is gewijzigd in 'chain of activities' met nadruk op 'supply chain' (art. 3 sub g). Vervolgens heeft op 1 juni 2023 het Europees Parlement aangegeven wat het allemaal in het voorstel van de Europese Commissie gewijzigd wil zien. Dat is neergelegd in honderden amendementen die het parlement in eerste lezing heeft aangenomen. Die amendementen omvatten, naast veel voorstellen van tekstuele aard ook een aantal meer ingrijpende en fundamentele wijzigingen. Bijna steeds

1. <https://ec.europa.eu/info/publications/communication-european-green-deal> en <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal>.
2. Zie themanummer over duurzaamheid, *WPNR* 2023, afl. 7407 waarin mede over de onderhavige problematiek ondergetekende, 'Onderneming en duurzaamheid. Over ondernemen, mensenrechten, milieu en klimaat, mede in Europees perspectief', *WPNR* 2023, afl. 7407, p. 299 e.v. en de special *The Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, *Ondernemingsrecht* 2023, afl. 5 (met een keur aan, Engelstalige, bijdragen over diverse aspecten van de voorgestelde richtlijn) met in het bijzonder gericht op de onderhavige thematiek, M. Baks & K. Lieverse, 'Supervision and Enforcement under the CSDDD', *Ondernemingsrecht* 2023, afl. 5, p. 238 e.v. en, vanuit een algemeen privaatrechtelijk perspectief, het themanummer over duurzaamheid en privaatrecht, *NTBR* 2022, afl. 10. Voorts vermeld ik, onder meer, 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. 5/6, p. 150 e.v. en over het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel, dat hierna nog aan de orde komt, O.J.W. Schotel & J.M. Schepel, 'Het initiatiefvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen in internationale context', *MvO* 2022, afl. 3/4, p. 99 e.v. Voorts in de recent verschenen *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2022-2023*, Deventer: Kluwer 2023: J.B.S. Hijink, 'Misleidende duurzaamheidsverslaggeving', p. 499 e.v.; H.J. de Kluiver, 'De "Exceptio klimatologica". Over aansprakelijkheid van bestuurders voor klimaatbeleid', p. 369 e.v.; J.E.S. Hamster, 'Ketenaansprakelijkheid naar Nederlands recht', p. 387 e.v. Recentelijk verscheen ook H.J. de Kluiver, 'Towards a Framework for Effective Regulatory Supervision of Sustainability Governance in Accordance with the EU CSDD Directive. A Comparative Study', *ECFR* 2023, afl. 20, p. 203 e.v.
3. Zie <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/en/pdf>.
4. Zie consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/01/council-adopts-position-on-due-diligence-rules-for-large-companies/. Zie voor een video van de gedachteswisseling in de EU-Raad van ministers video.consilium.europa.eu/event/en/26329.

geldt dat het Europees Parlement meer omvattende en verdergaande verplichtingen en sancties wenst dan de EU-Commissie en EU-Raad van ministers voor ogen staan.

Gelet op de door de EU-ministers bereikte gekwalificeerde meerderheid neem ik *in de navolgende bespreking* het door de EU-Raad van ministers aanvaarde *aangepaste voorstel van 30 november 2022 tot uitgangspunt*. Ik zal daar echter aan toevoegen wat de positie van het Europees Parlement is als die positie fundamenteel afwijkt van de positie van de EU-Raad van ministers. Daarbij teken ik wel aan dat gelet op de vermelde honderden amendementen er geen beginnen aan is om die samen te vatten.

3 **Reikwijdte van de CSDDD en overlap en verstrengeling met reeds bestaande normen**

Voor de verhouding tussen de CSDDD en bestaande wettelijke en andere regels is van belang om de reikwijdte van de normen in het oog te houden. De CSDDD neemt als uitgangspunt dat deze richtlijn van toepassing zal zijn op grote ondernemingen met meer dan 500 werknemers en EUR 150 miljoen omzet. Volgens CBS-cijfers gaat het dan in Nederland om zo'n 1400 ondernemingen. Dat betekent dat kleinere ondernemingen niet, althans niet direct, onder de CSDDD vallen.

Bij dat laatste passen echter direct belangrijke nuanceringen. Een eerste nuancering is dat als een kleinere onderneming in de keten van activiteiten van een grotere, wel onder de CSDDD vallende, onderneming een rol speelt, deze direct te maken zal krijgen met de CSDDD-verplichtingen van die grote onderneming omdat die grote onderneming gehouden is in haar keten van activiteiten erop toe te zien dat het milieu of de mensenrechten niet worden geschaad.

Een tweede nuancering is dat nationale wetgevers die kleinere ondernemingen wettelijk wel aan een vergelijkbaar regime kunnen onderwerpen. Het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel van PvdA/GL, ChristenUnie, D66 en Volt dat beoogt 'Verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen' te bevorderen (*Kamerstukken II* 35761) doet precies dat. Ik verwijz naar de meest recente versie van dat wetsvoorstel na de nota van wijziging van 15 september 2023 (*Kamerstukken II* 35761, nr. 17). Dat wetsvoorstel zal als het wordt aangenomen, een algemene zorgplicht in het leven roepen voor alle (!) Nederlandse ondernemingen, en introduceert additioneel meer specifieke verplichtingen (die op onderdelen nog breder zijn dan in de CSDDD al het geval is) voor alle ondernemingen die aan twee van de volgende drie criteria voldoen: balanstotaal van meer dan 20 miljoen en/of netto-omzet van EUR 40 miljoen en/of aantal werknemers van meer dan 250. Het aantal Nederlandse ondernemingen met meer dan 250 werknemers bedraagt volgens CBS-cijfers ongeveer 3200. Aangezien nog onzeker is of voor dit wetsvoorstel een meerderheid in Eerste en Tweede Kamer bestaat wordt in de navolgende preadviezen slechts incidenteel naar dit wetsvoorstel verwezen. Het is echter wel goed dit op het netvlies te hebben.

Overigens is moeilijk in te zien wat de rationale zou zijn om naast de CSDDD, in de woorden van Knibbeler (hoofdstuk 6 van zijn preadvies), een 'additionele laag

van due diligence verplichtingen' te introduceren zoals voorzien in het initiatiefwetsvoorstel. Zoals hierna zal worden besproken zal het reeds veel aandacht en energie vergen om de in de CSDDD vervatte zorgplichten te operationaliseren en (daarmee), ook juridisch, handhaafbaar te maken. Daarbij kan in het kader van de CSDDD in ieder geval worden gebouwd op EU-brede ervaringen. Het is een misverstand om te denken dat nationaal geformuleerde, nog bredere normen, wel eenvoudig juridisch handhaafbaar zullen zijn. Ik verwijs naar de beschouwingen in paragraaf 7 e.v. van deze bijdrage en de hierna opgenomen preadviezen over 'open normen' vanuit het perspectief van het bestuursrecht, het mededingingsrecht en het financieel toezichtrecht.

In verband met de reikwijdte van de CSDDD werd hiervoor reeds gewezen op de discussie die is en wordt gevoerd over de toepasselijkheid van de CSDDD op de financiële sector. Enerzijds wordt juist de financiële sector vaak, ook in de EU en de 'Green Deal', van groot belang geacht als financier van 'duurzame groei' (en het juist niet financieren van ondernemingen die duurzaamheid in het geheel niet dienen). Belangrijk in dit verband is onder meer de reeds in 2021 in werking getreden SFDR-Richtlijn die financiële instellingen verplicht tot veel informatie over de vraag of en in hoeverre financiële instrumenten en beleggingen die zij aanbieden als een bijdrage aan duurzaamheid, kort gezegd als 'groen', kunnen gelden. Anderzijds geldt dat er juist bij nationale regeringen een neiging is om de sector niet te zeer te belasten. Zoals geschetst gaat de opvatting van de EU-Raad van ministers duidelijk minder ver dan wat de EU-Commissie en het Europees Parlement voor ogen staat. In het voorstel van de EU-Raad van ministers geldt (zie art. 2 lid 8 van het CSDDD-voorstel) dat het aan de EU-lidstaten is om te bepalen of de CSDDD ook gaat gelden voor 'gereguleerde financiële ondernemingen' als bedoeld in artikel 3 sub a onder iv. Het Europees Parlement wil juist weer verder gaan. Ik verwijs voor de verdere discussie naar het veelomvattende preadvies van Joosen en Lieveise (in par. 2.2 en 3.4.2). Wel is hier van belang dat met betrekking tot de drie onderscheiden ESG-doelstellingen (Environment, Social en Governance), met name de eerste, 'Environment', en specifiek 'klimaatverandering', veel aandacht heeft gekregen met het oog op de financiering van de energietransitie. Sociale en Governance-doelstellingen, die juist in de CSDDD een belangrijke rol spelen (mensenrechten!), krijgen tot nu toe in financiële regulering minder aandacht. Aldus, zo laten Joosen en Lieveise zien, geeft de CSDDD een 'veel ruimer, meer omvattend, normatief kader' dan de financiële regulering en zal de CSDDD in ieder geval in dat opzicht tot meer intensieve aandacht van de financiële sector nopen.

Al met al is evident dat de CSDDD, ondanks sommige beperkingen in de reikwijdte, wel degelijk grote verandering zal brengen. De kern daarvan is dat de CSDDD uitdrukkelijk ziet op de situatie in de gehele binnenlandse en buitenlandse toeleveringsketen, en tot op zekere hoogte ook op afnemers, en verplicht tot het onderzoeken van en het stellen van eisen aan, en eventueel zelfs het beëindigen van, relaties met toeleveranciers ook in verre en minder verre buitenland. Ten tweede geldt dat de CSDDD algemene zorgplichten formuleert die verder kunnen gaan dan de meer specifieke regels die krachtens de in Nederland toepasselijke wetgeving reeds gelden. Ten derde zal de CSDDD meebrengen dat nationale toezichthouders een forse uitbreiding van hun toezichttaken toebedeeld zullen krijgen. De facto zullen

toezichthouders een vorm van internationaal grensoverschrijdend toezicht gaan uitoefenen. Immers geldt dat het handelen in buitenland door de onderneming en/of haar zakenpartners de basis kan gaan vormen voor het optreden door toezichthoudende instanties.

Het gevolg van een en ander is, zoals onder anderen Knibbeler in zijn preadvies onderstreept, dat diep kan worden ingegrepen in waardeketens en markten. Daarmee kan de CSDDD dus ook grote economische gevolgen hebben zowel voor de onderneming die de CSDDD-regels moet toepassen, als voor andere ondernemingen waarop moet worden toegezien door die aan de CSDDD onderworpen ondernemingen. De CSDDD wordt daarmee ook, in de woorden van Knibbeler, een ‘formidabele uitdaging’ voor de toezichthoudende autoriteiten. Aan de rol en bevoegdheden van die toezichthouder(s) zijn in de CSDDD dan ook de nodige bepalingen gewijd in de artikelen 17 t/m 21 van de CSDDD. Daarop wordt hierna en in de navolgende preadviezen nog uitgebreid teruggekomen.

4 Uitdijend toezicht op de naleving van door de overheid gestelde (open) normen en complexe en verstrengelde regelgeving

De CSDDD is een goede illustratie hoe de roep om toezicht de afgelopen 15 jaar, na de financiële crisis van 2008, is aangezwollen en hoezeer daaraan tegemoet is gekomen. Werd voorafgaande aan de crisis nog vaak ingezet op soft law in allerlei soorten en maten, door en na die tijd lijkt het vertrouwen daarin enigszins geknakt. In plaats daarvan is er een grote nadruk komen te liggen op ‘toezicht’ en ‘compliance’.

Aanvankelijk was die ontwikkeling, na de financieel-economische crisis van 2008, met name zichtbaar in de financiële sector en een snel uitdijend financieel toezichtsrecht en een uitdijende rol van toezichthouders zoals de AFM en DNB. Maar ook in andere sectoren van het maatschappelijk leven is de roep om toezicht inmiddels nooit meer ver weg. Men denke aan de snel toenemende regelgeving die strekt tot bescherming van consumenten met inbegrip van het bewaken van mededinging in het algemeen en de regulering van sectoren zoals telecommunicatie, postbezorging en de energiesector, in het bijzonder. Ook op deze terreinen is de toezichthouder, de ACM, de afgelopen jaren bedeed met een snelgroeiend takenpakket.

De CSDDD gaat daaraan een nieuwe dimensie toevoegen. Daarbij is een uitdaging dat de in de CSDDD vervatte hoofdverplichtingen een combinatie zijn van brede doelstellingen – het uitbannen, althans verminderen van inbreuken op mensenrechten en milieu – en ‘open normen’ die weinig specifieke richting geven. Bij de toepassing van die ‘open normen’ moet met veel factoren rekening worden gehouden. Zoals gezegd is de CSDDD daarmee in feite gericht op de regulering van beleidsprocessen die om afweging van veel verschillende belangen vragen. Tegelijkertijd interfereert de CSDDD met reeds bestaande wetgeving die bijvoorbeeld ziet op bescherming van het milieu in brede zin, de waarborging van fundamentele rechten en, als het specifiek gaat om handhaving, het algemene bestuursrecht, het mededingingsrecht en het financieel toezichtsrecht.

Aldus is de CSDDD een uitstekend voorbeeld van de bekende beschrijving door de Raad van State in het jaarverslag 2017 (p. 32 e.v.) van het verschijnsel van ‘regelcomplexiteit’ en ‘verstrengeling van regelgeving’. Daarmee doelt de Raad van State op:

‘het verschijnsel dat verschillende wettelijke systemen en regimes over elkaar heen schuiven. Daardoor is het voor justitiabelen moeilijk te achterhalen welke bepalingen wel of niet van toepassing zijn, terwijl zij bij zelfs geringe overtredingen wel geconfronteerd worden met forse sancties of maatregelen. Ook bestuursorganen kunnen steeds vaker zelf de weg niet meer vinden in de verstrengelde regelingen. Toch nemen zij desondanks ook dan een beslissing in de gedachte dat de rechter maar moet uitzoeken wat wel en niet kan. Dat leidt tot rechtsonzekerheid’.

Als voorbeeld noemde de Raad van State onder meer de Wet op het financieel toezicht (Wft). Ook Europese regelgeving kan uitermate complex zijn, zo constateert de Raad (t.a.p. p. 33 e.v.). De overheid en zelfstandige instanties (t.a.p. p. 35 e.v.) die belast zijn met ordening van en toezicht op bepaalde segmenten van bedrijvigheid moeten dan – ‘vaak open geformuleerde’ – normen concretiseren, toepassen en handhaven, zo constateert de Raad van State.

Dat heeft weer geleid, zo memoreert de Raad van State (t.a.p. p. 35 e.v.), tot een veelheid aan toezichthoudende autoriteiten zoals de Autoriteit Consument & Markt, de Autoriteit Financiële Markten, de Nederlandse Zorgautoriteit, de Kansspelautoriteit, de Autoriteit Persoonsgegevens, de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit, de Autoriteit Woningcorporaties, de Nederlandse Emissieautoriteit, de Autoriteit Nucleaire veiligheid en stralingsbescherming etc. En de lijst zal slechts langer worden. Een recent voorbeeld vormt het debat over toezicht op de advocatuur, traditioneel toch het ‘vrije’ beroep bij uitstek, en de roep om ook voor deze sector een onafhankelijke toezichthoudende autoriteit in het leven te roepen. Dit komt boven op de voortgaande verzelfstandiging van overheidsfuncties in inspecties, kwaliteitsinstellingen, milieudiensten en wat dies meer zij zoals de Onderwijsinspectie, Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd, Inspectie Justitie en veiligheid, Arbeidsinspectie, Inspectie Leefomgeving en Transport etc.⁵

Al deze instanties, zo constateert de Raad van State, hanteren veelal ‘bij hun taakuitoefening (ook) zelf geformuleerde beleidsregels’ en hebben ‘een eigen sturingsdrang’ (curs. HJdK). Wet- en regelgeving worden daarbij minder als ordeningsmechanisme begrepen waarvan burgers naar eigen inzicht en belang gebruikmaken, maar als sturingsinstrument waarnaar gehandeld moet worden’ (t.a.p. p. 35, curs. HJdK). Tegelijkertijd wordt het bestuurlijke rechtssysteem geconfronteerd met nieuwe rechtsfiguren die daarin nog niet hun plaats hebben gevonden, te weten: ‘beleid op maat’ (besluitvorming naar bevind van concrete omstandigheden), gebruik van open, beginselachtige normen om een veelvormige en veranderende werkelijkheid

5. Zie in algemene zin, E.R. Muller, F. de Vries & H. Winter (red.), *Toezicht. Beschouwingen over inspecties en autoriteiten*, Deventer: Wolters Kluwer 2023 en meer specifiek voor een nader overzicht van Autoriteiten en Inspecties het daarin opgenomen hoofdstuk van E.R. Muller, *Organisatie van toezicht: Institutioneel toezichtbestel in Nederland*, p. 153 e.v.

te ordenen, en gebruik van maatschappelijke en bestuurlijke akkoorden. ‘Deze figuren zijn een reactie op een werkelijkheid die zich nog maar moeilijk met algemene, centraal vastgestelde, eenduidige regels laat normeren. Maar zij roepen de vraag op hoe de rechtsbescherming adequaat kan worden verzekerd.’ Anders, zo voegt de Raad van State toe, zullen zij een nog weer meer en ‘gedetailleerder regelgeving genereren om burger en bestuur zekerheid te geven’ (t.a.p. p. 36). Dat zal echter, zo voeg ik toe, steeds minder ruimte laten voor, en steeds minder recht doen aan innovatieve beleidsvorming door ondernemingen en de beoordeling daarvan in het licht van alle omstandigheden van het geval. Tevens is voorspelbaar dat dit zal leiden tot een overdaad aan regels die enerzijds de administratieve lasten sterk zullen doen toenemen en, even voorspelbaar, anderzijds zal leiden tot veel regels die niet substantieel zullen bijdragen aan de beoogde doelen, maar eenmaal gesteld ook niet snel zullen worden aangepast.

Natuurlijk zagen de opmerkingen van de Raad van State niet op de CSDDD, maar dat neemt niet weg dat ze ook in verband daarmee toepasselijk zijn. En nu we toch de Raad van State aan het woord laten wijs ik ook nog maar op de verzuchting die is vervat in het recente jaarverslag van de Raad over 2022 (p. 27). Daar wordt de wetgever uitdrukkelijk opgeroepen om zich rekenschap te geven van de aloude, aan (voormalig langjarig premier) Drees sr. toegeschreven wijsheid ‘Niet alles kan en zeker niet alles tegelijk’. Dat brengt mee aldus de Raad van State dat de overheid keuzes moet maken en daarbij rekening moet houden ‘met wat uitvoerbaar is’. Diezelfde praktische wijsheid lijkt ook zeker niet misplaatst bij het beoordelen door toezichthouders van wat ondernemingen doen en kunnen doen bij de implementatie van de CSDDD.

5 Toezicht op duurzaamheidsnormen in CSDDD en nationale wetgeving door een nationale autoriteit

In het toezichtlandschap zal met het van kracht worden van een definitieve versie van de CSDDD, een nieuwe duurzaamheidsboom worden geplant. De CSDDD bepaalt daarbij niet slechts dat er een nationale toezichthouder moet zijn, maar regelt ook de taken en bevoegdheden van die toezichthouder nadrukkelijk. In het voorstel van de EU-Raad van ministers bevat pakweg 20% van de inhoudelijke bepalingen in de CSDDD (art. 17-21) regels over toezicht en toezichthouders. Daarop concentreert zich hierna deze bijdrage en de hierna opgenomen preadviezen.

Vooreerst noteer ik dat de structuur van het toezicht in de CSDDD is dat het toezicht zal worden uitgevoerd door nationale, door de EU-lidstaten afzonderlijk aan te wijzen toezichthouder(s). Er is vooralsnog niet een overkoepelende EU-toezichthouder voorzien (zoals bijvoorbeeld wel in het banken- en effectenrechtelijk toezicht). Wel worden de nationale toezichthouders geacht samen te werken in een ‘Europees netwerk van toezichthoudende autoriteiten’ (art. 21 CSDDD) dat echter geen verordenende bevoegdheid heeft. De nationale autoriteit kan een nieuw op te richten toezichthouder zijn of een bestaande autoriteit. Eventueel kan een EU-lidstaat ook meer dan één autoriteit met bevoegdheid bekleden. In Nederland lijkt vooralsnog de ACM de hoogste ogen te gooien om de CSDDD-toezichthouder te worden. Een aanwijzing daarvoor kan zijn dat in het Nederlandse initiatiefwets-

voorstel VDIO (*Kamerstukken II* 35761, waarover reeds par. 3 hiervoor) wordt uitgegaan van de ACM als beoogd toezichthouder. Zeker is dit echter nog niet. Zo lijkt ook de AFM een rol voor zichzelf te zien met name waar het beursgenoteerde ondernemingen betreft.⁶

Wat betreft de ACM kan worden geconstateerd dat deze autoriteit zich eerder al beleidsmatig op het pad van duurzaamheid heeft begeven. Niet alleen identificeerde de ACM in 2020/2021 de ‘energietransitie’ als een belangrijk maatschappelijk thema voor haar werkzaamheid, maar ook heeft zij een poging gedaan om het bedrijfsleven richting te geven daar waar gezamenlijke duurzaamheidsinitiatieven van ondernemingen mogelijk de mededinging zouden kunnen beperken. Ik vermeld in dit verband de ACM (concept) Leidraad duurzaamheidsafspraken (op basis van art. 6 lid 3 MW) waarin wordt gesteld (op p. 7): ‘Het handhavingsbeleid van de ACM in relatie tot duurzaamheidsafspraken is gericht op het vinden van oplossingen die het mogelijk maken om de duurzaamheidsvoordelen van initiatieven te kunnen realiseren en niet op handhaving door middel van boetes’. Hiermee wil de ACM de mogelijkheden verruimen voor samenwerking tussen concurrerende bedrijven op het gebied van duurzaamheid met name in het bereiken van klimaatdoelen, zoals vermindering van CO₂-uitstoot. Zie ook de Evaluatie van de ACM door adviesbureau Andersson Effers Felix (2020) waarin tevens aan de orde komt dat aldus de ACM wel wordt geconfronteerd met ‘weging van publieke (duurzaamheids-)belangen’ en ‘complexe dilemma’s’ en dat zulks mede vragen en kritiek oproepen.⁷

Overigens zou reeds op basis van het voorgaande een interessant accentverschil in de toezichtstijlen van respectievelijk ACM en AFM kunnen worden geconstateerd. Zo gaf de AFM in het eerder vermelde interview met het FD aan dat zij ‘wil kunnen straffen’ en overigens ‘hoopt ook *meer instrumenten* te krijgen om de juiste naleving [van duurzaamheidsnormen; HJdK] te kunnen *afdwingen*’ (curs. toegevoegd). Daarbij wordt wel aangetekend ‘Straffen is geen doel op zich voor ons’. ‘Goed toezicht begint bij het activeren van de betrokken marktpartijen om zelf aan de regels te gaan voldoen.’ Maar daar past wel bij, zo benadrukt de AFM, ‘dat achterblijvers gestraft kunnen worden, dat verwachten goedwillende partijen die er wel veel werk van maken ook van ons’.

De benadering van de ACM, althans volgens haar eigen website onder het kopje ‘Onze toezichtsstijl’, lijkt de accenten anders te leggen. Daar staat: ‘We willen niet alleen overtredingen bestraffen, maar ook de onderliggende oorzaken aanpakken en herhaling voorkomen. Daarvoor kunnen wij uit een breed scala aan instrumenten kiezen: van boete tot voorlichtingscampagne. (...) Een structurele oplossing voor markt- en consumentenproblemen, daar gaat het ons om.’ Wel voegt de ACM toe dat weliswaar boetes ‘een belangrijk middel’ zijn om overtreders te bestraffen, maar dat dit moet worden gezien naast instrumenten als last onder dwangsom, bindende aanwijzing, waarschuwing, voorlichting en toezegging door ondernemin-

6. Althans het FD van 30 maart 2023: fd.nl/financiele-markten/1471924/afm-maant-bedrijven-over-duurzame-verslaggeving-en-wil-kunnen-straffen.

7. Zie voor een verwijzing naar het rapport en een reactie daarop van de ACM acm.nl/sites/default/files/documents/reactie-acm-op-evaluatie-aef.pdf en voor het standpunt van de regering *Kamerstukken II* 2020/21, 25268, nr. 195.

gen. In dit verband teken ik nog aan dat de ACM – mede in consultatie met de markt – regelmatig een aantal aandachtspunten bepaalt die haar toezicht sturen en daarmee ook haar toezichtsprioriteit bepaalt.

Wat hiervan ook zij, in ieder geval is duidelijk dat de CSDDD de nodige nieuwe vragen zal gaan opwerpen waar het de aard, methode en stijl van toezicht betreft. Om die vragen nader te kunnen bezien en mogelijk te beantwoorden belicht ik nu eerst de in de CSDDD opgenomen ‘open normen’.

6 Kern van de CSDDD: brede zorgplichten voor ondernemingen

In de kern formuleert de CSDDD zorgplichten (‘due diligence’-verplichtingen) in de waardeketen (met name de ‘supply chain’) voor grote en middelgrote ondernemingen met een omzet van minimaal € 150 miljoen en meer dan 500 werknemers. Zoals gezegd zijn er volgens CBS-cijfers in Nederland zo’n 1400 ondernemingen met meer dan 500 werknemers die in beginsel kwalificeren.

De door deze ondernemingen in acht te nemen CSDDD-(zorg)plichten kunnen in drie categorieën worden verdeeld:

- i. voorkomen van ‘feitelijke en potentiële **negatieve effecten op de mensenrechten**’; het gaat hier in beginsel om grondrechten zoals vermeld in Annex I, Deel I (zie art. 3 sub c CSDDD);
- ii. beperken/voorkomen van ‘negatieve milieueffecten’ (kort gezegd ‘**klassieke milieuschade**’) zoals bedoeld in Annex I, Deel II (zie art. 3 sub b CSDDD);
- iii. opstellen van een plan ‘teneinde het bedrijfsmodel en de strategie van de onderneming verenigbaar te maken met de **overgang naar een duurzame economie** en met het beperken van (...) de **opwarming van de aarde tot 1,5 °C**’ (zie art. 15 CSDDD).

Met name de onder (i) en (ii) aangeduide onderwerpen, het respecteren van mensenrechten en het milieu en de verplichting om negatieve gevolgen daarvoor te voorkomen, wordt in de CSDDD in een aanzienlijk aantal bepalingen uitgewerkt. Hoewel de onder (iii) vermelde klimaatverandering en opwarming van de aarde wellicht het meest prangende onderwerp is (in de zin dat bij voortgaande opwarming de aspecten (i) en (ii) ook zeker in het gedrang komen) gaat de CSDDD in de huidige versie nog niet uit van een verdergaande rol van toezichthouders dan de controle dat daadwerkelijk door ondernemingen in een (klimaat)plan wordt voorzien. De voorstellen van het Europees Parlement gaan hier overigens beduidend verder en vragen wel om ook een inhoudelijke toetsing van dat plan door toezichthouders. Ik teken nog wel aan dat met betrekking tot de uitstoot van broeikasgassen reeds de uitgebreide regeling van het EU Emissions Trading System bestaat die specifiek voorziet in uitstootbeperkingen voor ondernemingen en een eigen toezichthouder kent (de Nederlandse Emissieautoriteit). In dit verband laat ik dat echter hier rusten.⁸

8. Zie nader H.J. de Kluiver, ‘Onderneming en duurzaamheid. Over ondernemen, mensenrechten, milieu en klimaat mede in Europees perspectief’, *WPNR* 2023, afl. 7407, p. 299 e.v., m.n. p. 306 e.v.