

NTBR 2022/44

## Bestuursrechtelijk toezicht op corporate sustainability due diligence

M.W. Scheltema, datum 09-11-2022

Datum	09-11-2022
Auteur	M.W. Scheltema <sup>[1]</sup>
JCDI	JCDI:ADS676930:1
Vakgebied(en)	Civiel recht algemeen (V)

In Europa, maar ook in Nederland, staat wetgeving op stapel die zogenaamde 'corporate sustainability due diligence' verplicht gaat stellen. In deze bijdrage wordt betoogd dat de vormgeving van het publieke toezicht daarbij essentieel is voor de effectiviteit van dit type wetgeving. De wijze waarop dit zou kunnen worden vormgegeven wordt vervolgens besproken. In dat verband komt ook de verhouding tussen publiek toezicht en privaatrechtelijke aansprakelijkheid aan de orde.

### 1. Inleiding

Het zal wellicht niet voor iedere lezer ogenblikkelijk duidelijk zijn wat met het in de titel van deze bijdrage genoemde op internationale *soft law* raamwerken gebaseerde begrip corporate sustainability due diligence wordt bedoeld. Daarom zal ik, voordat ik toekom aan het eigenlijke onderwerp van deze bijdrage, eerst de herkomst en inhoud hiervan kort toelichten.

De basis voor deze vorm van due diligence valt te vinden in de in 2011 door de mensenrechtenraad van de VN unaniem geadopteerde United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs).<sup>[2]</sup> Dit internationale raamwerk kent drie pijlers. De eerste pijler is de verantwoordelijkheid van staten om mensenrechten te beschermen. Die verplichting is uiteraard ook al in andere verdragen, zoals het EVRM en het IVBPR, opgenomen. De tweede pijler is de verwachting dat bedrijven mensenrechten respecteren in hun bedrijfsvoering. Het begrip bedrijfsvoering wordt in dit verband veel ruimer gedefinieerd dan de bedrijfsvoering binnen het bedrijf. Naast die eigen bedrijfsvoering gaat het (juist) ook om wat in de waardeketens van een bedrijf, zoals in toeleveringsketens, gebeurt. De derde pijler ziet op de verplichting van overheden en bedrijven om herstel te bieden voor mensenrechtenaantastingen<sup>[3]</sup> die zich hebben voorgedaan. Herstel moet in dat verband overigens ruimer worden gezien dan alleen schadevergoeding, het kan ook gaan om garanties om herhaling te voorkomen of bijvoorbeeld informatieverstrekking over wat is gebeurd. Voor bedrijven geldt die verplichting tot het bieden van herstel overigens alleen voor de mensenrechtenaantastingen die zij hebben veroorzaakt of waaraan zij hebben bijgedragen.<sup>[4]</sup> Het is dus belangrijk om zich te realiseren dat het hier niet gaat om de in overnametransacties gebruikelijke due diligence die ziet op de risico's die de acquisitie voor het overnemende bedrijf heeft. Het gaat bij mensenrechten due diligence om het voorkomen, beheersen en managen van mensenrechtenrisico's die de operaties van een bedrijf (in de hiervoor bedoelde ruime zin) veroorzaken voor anderen.

Om mensenrechten risico's op een goede manier te managen, rust de tweede pijler van de UNGPs in belangrijke mate op het concept van mensenrechten due diligence. Sinds 2011 is dit concept ook overgenomen in de OECD Guidelines for Multinational Enterprises (OESO-Richtlijnen).<sup>[5]</sup> Deze richtlijnen hebben overigens een breder bereik en omvatten, anders dan bij de UNGPs het geval is, bijvoorbeeld ook het

milieu, ook wanneer de aantasting daarvan niet mensenrechtelijk relevant is. Ik spreek hierna, in lijn met de komende Europese wetgeving, dan ook van corporate sustainability due diligence, die niet alleen mensenrechten omvat, maar bijvoorbeeld ook het milieu en klimaat. Deze vorm van due diligence is helder weergegeven in het in de bijdrage van Enneking opgenomen schema.

Na deze korte uiteenzetting over corporate sustainability due diligence, ga ik in op het eigenlijke onderwerp van deze bijdrage, te weten bestuursrechtelijk toezicht op corporate sustainability due diligence. Hoewel de UNGPs en OESO-Richtlijnen als zodanig niet bindend zijn voor bedrijven, wordt er (in ieder geval) in Europa steeds meer wetgeving geïmplementeerd of voorgesteld die corporate sustainability due diligence in meer of mindere mate verplicht stelt.<sup>[6]</sup> Ik duid dergelijke wetgeving verder in deze bijdrage aan als corporate sustainability due diligence wetgeving. De bijdrage van Enneking in dit themanummer gaat daar uitgebreider op in.

Ik ga in deze bijdrage in op het (publiekrechtelijke) toezicht op die wettelijke verplichtingen en in het bijzonder op bestuursrechtelijk toezicht.<sup>[7]</sup> Ik verken in deze bijdrage aan de hand van de bepalingen in het voorstel voor de Corporate Sustainability Due Diligence Directive<sup>[8]</sup> (hierna: het Richtlijnvoorstel) hoe dat zou kunnen worden vormgegeven en welke uitdagingen in dat verband spelen.

Hoewel het voor de hand lijkt te liggen dat de naleving van die wettelijke verplichtingen mede door middel van publiek toezicht wordt geborgd, is dat geen gegeven. Zo bestaat in Frankrijk (nog) geen publiekrechtelijk toezicht op de naleving van de wet die corporate sustainability due diligence verplicht stelt. Naleving moet daar enkel door middel van civiele aansprakelijkheid worden geborgd (privaat toezicht). Het Europese voorstel (en naar verwachting ook de aangekondigde Nederlandse wet) voorzien wel in bestuursrechtelijk toezicht. Hierna worden ter informatie en voor beter begrip van de lezer eerst de specifieke (bestuursrechtelijke) toezichtbepalingen in het Richtlijnvoorstel besproken.

## **2. De vormgeving van publiekrechtelijk toezicht op corporate sustainability due diligence**

Het is gelet op het voorgaande nuttig om kort in te gaan op de wijze waarop bestuursrechtelijk toezicht in het Richtlijnvoorstel van de Europese Commissie en naar verwachting in het Nederlandse (consultatie)voorstel zal worden geregeld. Het voorgestelde Richtlijnvoorstel stelt vooral randvoorwaarden voor dit toezicht en laat de invulling ervan over (aan toezichthouders in) de lidstaten. Wel wordt een coördinerende Europese toezichthouder voorgesteld.

In het Richtlijnvoorstel is het toezicht geregeld in de artikelen 17-21. Artikel 17 lid 1 bevat de gebruikelijke bepaling dat de lidstaten een publiekrechtelijke toezichthouder moeten aanwijzen en bepaalt ook welke toezichthouder bevoegd is. Deze toezichthouder moet onafhankelijk zijn en geen markt- of tegenstrijdige belangen hebben met de onder toezicht staande bedrijven of in andere sectoren.<sup>[9]</sup> Artikel 17 lid 6 en 7 bepalen verder dat de toezichthouder(s) aan de Europese Commissie moet(en) worden doorgegeven en dat de Europese Commissie een lijst publiceert van die toezichthouders.

Artikel 18 gaat over de bevoegdheden van de toezichthouders. Artikel 18 lid 1 bepaalt in dat verband dat toezichthouders adequate bevoegdheden, waaronder het verzoeken om informatie en het uitvoeren van onderzoeken, alsmede voldoende (financiële) middelen moeten hebben om het toezicht te kunnen uitoefenen. Artikel 18 lid 2 verduidelijkt dat een toezichthouder niet alleen uit eigen beweging onderzoek kan doen, maar ook naar aanleiding van gesubstantieerde bedenkingen als bedoeld in artikel 19, voor zover er daarin voldoende aanknopingspunten zijn gelegen om onderzoek te doen. Toezichthouders die in andere lidstaten onderzoek willen doen, moeten volgens dit lid om assistentie verzoeken van de toezichthouder in die lidstaat op de voet van artikel 21 lid 2. Lid 5 bepaalt vervolgens welke mogelijkheden een toezichthouder in ieder geval moet hebben om overtredingen te kunnen adresseren. Dat zijn (i) een bevel tot het staken van de overtreding, (ii) een bevel om de overtreding in de toekomst te voorkomen, (iii) het gelasten van herstel voor zover dat proportioneel is ten opzichte van de inbreuk en nodig is om de overtreding te beëindigen, (iv) het opleggen van geldelijke sancties en (v) het opleggen van voorlopige maatregelen om ernstige en onomkeerbare schade te voorkomen.

Een belangrijk aspect van het toezicht is ook dat klachten over mensenrechtentaantastingen (als gevolg van ontoereikende corporate sustainability due diligence of het onvoldoende bieden van herstel voor aantastingen) of over ontoereikende corporate sustainability due diligence als zodanig bij de toezichthouder moeten kunnen worden ingediend. Artikel 19 lid 1 bepaalt dan ook dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die een redelijk vermoeden heeft dat een onderneming een overtreding begaat, een bedenking bij de toezichthouder kan indienen.

Artikel 20 geeft aan welke sancties de toezichthouders moeten kunnen opleggen. De sancties moeten proportioneel, effectief en afschrikwekkend zijn. Lid 2 laat echter wel toe dat bij het bepalen van de sanctie rekening wordt gehouden met (i) de wijze waarop de onderneming heeft geprobeerd de door de toezichthouder geëiste maatregelen te implementeren, (ii) gerichte ondersteuning heeft geboden aan de (kleinere) leverancier (waar de aantasting heeft plaatsgevonden) om dergelijke aantastingen te voorkomen of te mitigeren, (iii) investeringen heeft gedaan in contractuele garanties, auditing en het monitoren van naleving door leveranciers dan wel (iv) met andere entiteiten heeft samengewerkt om die aantastingen te adresseren. Leden 3 en 4 bepalen verder nog dat geldelijke sancties dienen te worden bepaald op basis van omzet en dat lidstaten erop moeten toezien dat aan bedrijven opgelegde sancties worden gepubliceerd.

Artikel 21 regelt de oprichting van een Europees netwerk van toezichthouders. Dit netwerk moet volgens lid 1 de samenwerking tussen nationale toezichthouders bevorderen en ook de coördinatie en afstemming van regulatoire praktijken, alsmede van de onderzoeks- en sanctioneringspraktijk en van de toepassing van de toezichtsbevoegdheden.

In verband met toezicht is ook van belang artikel 7 lid 2 onder e, dat in het kader van due diligence om mensenrechten of milieuaantastingen te voorkomen of te mitigeren wijst op de mogelijkheid van samenwerking tussen bedrijven. Het artikel bevat daarvoor wel de beperking dat die samenwerking in overeenstemming moet zijn met het mededingingsrecht. Daar zullen de daarvoor bevoegde toezichthouders dus ook op toe moeten zien.<sup>[10]</sup>

(De consultatieversie van) het Nederlandse wetsvoorstel voor corporate sustainability due diligence was ten tijde van het schrijven van deze bijdrage nog niet gepubliceerd. Over de wijze waarop publiekrechtelijk toezicht daarin is geregeld, kan daarom nog niet veel worden gezegd. Naar verwachting zal dat echter niet veel afwijken van hetgeen in het Richtlijnvoorstel is bepaald. Als de (nog niet ingevoerde) Wet zorgplicht kinderarbeid<sup>[11]</sup> tot voorbeeld wordt genomen, en in het bijzonder de artikelen 3, 7 en 8, lijkt dat inderdaad ook het geval.<sup>[12]</sup>

Hierna zal ik ingaan op de vraag in hoeverre deze regeling in het Richtlijnvoorstel toereikend is om bestuursrechtelijk toezicht op corporate sustainability due diligence adequaat vorm te geven. Voordat ik daaraan toekom, zal ik eerst nog ingaan op het hiervoor aangestipte punt dat het noodzakelijk is dat de Europese wettelijke verplichtingen door effectief bestuursrechtelijk toezicht worden geborgd omdat corporate sustainability due diligence wetgeving anders zou kunnen verzanden in hoge administratieve lasten voor bedrijven en toezichtkosten voor overheden, terwijl die niet leidt tot het (in grotere mate dan nu het geval is) voorkomen of mitigeren van mensenrechtentaantastingen door bedrijven.

### **3. Is bestuursrechtelijk toezicht belangrijk voor effectiviteit van de wetgeving?**

Bestuursrechtelijk toezicht wordt in het Richtlijnvoorstel enigszins als een (vanzelfsprekend) sluitstuk gepresenteerd. Er worden daarom ook maar weinig overwegingen aan gewijd.<sup>[13]</sup> Met name wordt de mantra herhaald dat het toezicht doeltreffend moet zijn en moet voorzien in afschrikwekkende, proportionele en effectieve sancties, waarbij wordt benadrukt dat toezichthouders moeten samenwerken en hun activiteiten moeten coördineren.<sup>[14]</sup> De toezichtbepalingen bevatten daarmee vooral meer procedurele handvatten en weinig specifieke regels of richting voor toezicht op corporate sustainability due diligence. Toch is de wijze waarop dit toezicht wordt vormgegeven mijns inziens essentieel voor de effectiviteit van de corporate sustainability due diligence wetgeving.

Het Richtlijnvoorstel wekt de indruk dat het publiekrechtelijke toezicht op corporate sustainability due diligence niet veel verschilt van dat op andere wettelijke verplichtingen. Ik waag dat echter te betwijfelen. In dat verband is relevant dat het voorstel ziet op alle (risico)sectoren en mensenrechten- en milieuaantastingen waar ook ter wereld, althans indien het gaat om aantastingen in waardeketens.<sup>[15]</sup> Daarnaast dient te worden bedacht dat het toezicht naast de corporate sustainability due diligence mede ziet op het milieu en het hebben van een klimaatplan (artikel 15). Het lijkt dus lastig om in verband met corporate sustainability due diligence en de andere verplichtingen uit het Richtlijnvoorstel hetzelfde toezicht uit te oefenen in alle sectoren en ten aanzien van alle landen en alle soorten mensenrechtenrisico's. Zo is denkbaar dat een Nederlandse financiële instelling een lening heeft verstrekt aan een bedrijf dat een stuwdam exploiteert in Panama. Er worden vervolgens met hulp van een Nederlandse non-gouvernementele organisatie of belangenorganisatie (hierna: ngo) bedenkingen bij de toezichthouder ingediend door de ngo zelf en als vertegenwoordiger van twee individuen over het verplaatsen van een lokale gemeenschap omdat die gevestigd was op een plek die onder water is komen te staan door het stuwmeer en voor een boer die door de verbreding van de rivier drie kilometer stroomopwaarts die rivier niet meer met zijn vee kan oversteken. Er wordt gesteld dat in deze gevallen sprake is van mensenrechtentaantastingen door de exploitant en dat die (mede) het gevolg zijn van het onvoldoende doen van corporate sustainability due diligence door de financiële instelling. Het is dan niet gemakkelijk dit te laten controleren door de toezichthouder.

Althans zou deze complexiteit ertoe kunnen leiden dat het toezicht oppervlakkig wordt en vooral een papieren werkelijkheid controleert. Zo zou de nadruk dan kunnen liggen op de vraag of een beleid is ontwikkeld, of blijkt dat dit wordt geïmplementeerd binnen de onderneming en in waardeketens en of daarover wordt gerapporteerd. Dat zijn immers makkelijker en eenduidig te controleren omstandigheden. Dat leidt er echter toe dat de kans dat de wetgeving tot veranderingen gaat leiden voor degenen die te maken hebben met mensenrechtentaantastingen (nog) kleiner wordt. Bovendien blijkt het beleid van bedrijven wel eens af te wijken van wat daadwerkelijk gebeurt of kan dit tegenstrijdig zijn met ander door de onderneming geformuleerd beleid. Een focus op de papieren werkelijkheid lijkt daarmee weinig effectief.

Het vorenstaande klemmt temeer omdat het voorkomen van een papieren werkelijkheid waarschijnlijk ook de reden is waarom de due diligence bepalingen in het Richtlijnvoorstel, de artikelen 4-11, als relatief open normen zijn geformuleerd. Ook die geven dus beperkt richting aan bedrijven over wat zij in een specifiek land, in een specifieke sector ten aanzien van een specifiek mensenrechtenrisico moeten doen. Bovendien kan dat verschillen gelet op de aard van de activiteiten, producten en diensten, het bedrijfsmodel en de positie in de waardeketen van een onderneming.<sup>[16]</sup> De wetgeving zelf zal dus waarschijnlijk niet tot hele grote veranderingen leiden, te minder nu uit een onderzoek dat in opdracht van de Europese Commissie is uitgevoerd blijkt dat van de grote ondernemingen, waarop dit voorstel ziet, ongeveer 43% al corporate sustainability due diligence uitvoeren<sup>[17]</sup> en waarschijnlijk dus van mening zullen zijn dat aan het Richtlijnvoorstel wordt voldaan, althans in ieder geval hun aanpak zonder verdere aanwijzingen of handhaving niet in belangrijke mate zullen aanpassen. Dat zou wellicht in verband met deze ondernemingen niet een groot probleem zijn als de kwaliteit van die due diligence goed zou zijn en daadwerkelijk zou leiden tot het voorkomen en/of mitigeren van mensenrechtentaantastingen. In de praktijk blijkt echter op de kwaliteit daarvan nog het nodige aan te merken.<sup>[18]</sup> Met name is het punt dat van de hiervoor genoemde zes stappen van de due diligence vooral het opstellen en implementeren van beleid, het inventariseren van risico's en het rapporteren daarover vaak wel zijn genomen, maar dat de andere stappen, het daadwerkelijk voorkomen en mitigeren van aantastingen, het bijhouden van de effectiviteit van maatregelen en het bieden van herstel voor aantastingen die door een bedrijf zijn veroorzaakt of waaraan is bijgedragen, veelal minder goed worden uitgevoerd.

Gelet op deze grote uitdagingen en het waarschijnlijk niet al te riant budget dat en de capaciteit die de toezichthouder zal hebben, kan wetgeving en toezicht daarop dan al snel leiden tot een controle of bedrijven toereikend beleid en implementatieprocedures daarvoor, risico-inventarisaties en contractuele voorzieningen hebben geïmplementeerd om mensenrechten- of milieuaantastingen te voorkomen en te adresseren en daarover rapporteren. Het is echter niet waarschijnlijk dat een dergelijke inrichting van het toezicht leidt tot het daadwerkelijk voorkomen van mensenrechten- en milieuaantastingen, het daadwerkelijk bieden van herstel wanneer dergelijke aantastingen hebben plaatsgevonden en tot kwalitatief betere due diligence, bijvoorbeeld al omdat de stappen drie (daadwerkelijk voorkomen of mitigeren), vier (bijhouden van effectiviteit) en zes (bieden

van herstel) als die maatregelen zijn geïmplementeerd nog niet hoeven te zijn gezet.<sup>[19]</sup> Zoals gezegd, heeft een aanzienlijk aantal grote ondernemingen immers al corporate sustainability due diligence geïmplementeerd die toereikend beleid en implementatieprocedures daarvoor, risico-inventarisaties en contractuele voorzieningen hebben geïmplementeerd om mensenrechten- of milieuaantastingen te voorkomen en te adresseren en daarover rapporteren omvat, maar dat leidt nog onvoldoende tot het daadwerkelijk adresseren van mensenrechtanaantastingen en het bieden van herstel daarvoor, te minder omdat nu vooral wordt gekeken naar de *activiteiten* van ondernemingen om mensenrechtanaantastingen in waardeketens te adresseren en niet zozeer naar de *resultaten* van die activiteiten.<sup>[20]</sup>

Het inrichten van het toezicht volgens het klassieke model, is dus waarschijnlijk maar beperkt effectief. Wetgeving en toezicht daarop zouden dan kunnen verzanden in het creëren van (hoge) administratieve lasten voor bedrijven en kosten van toezicht, zonder dat dit aantoonbaar bijdraagt aan het doel van deze wetgeving om negatieve effecten voor belanghebbenden te voorkomen. Hoe zou het dan wel moeten?

#### 4. Toezicht en best practices

De toezichthouder zou gelet op het vorenstaande dus niet alleen moeten letten op activiteiten die bedrijven ontplooiën om mensenrechtanaantastingen te voorkomen, maar juist ook op de resultaten van die activiteiten voor degenen die (mogelijk) worden geraakt door (toekomstige) mensenrechten- en milieuaantastingen (de belanghebbenden).<sup>[21]</sup> Bovendien moet het toezicht niet alleen gericht zijn op handhaving en sancties, maar kan het ook bestaan in het voorlichten en helpen van ondernemingen bij het implementeren van de juiste maatregelen en het stimuleren van die maatregelen.<sup>[22]</sup> Uiteraard moet dan wel een duidelijke (en strikte) scheiding worden aangebracht binnen de toezichthouder tussen de assisterende en sanctionerende afdelingen.<sup>[23]</sup>

In dit verband kan op best practices gebaseerd toezicht een belangrijke rol vervullen.<sup>[24]</sup> Uitgangspunt is daarin, kort gezegd, dat de toezichthouder voor een specifieke sector en land ten aanzien van specifieke mensenrechtanaantastingen beziet of bedrijven of bijvoorbeeld multi-stakeholder initiatieven (zoals de IMVO-convenanten)<sup>[25]</sup> daarvoor effectieve best practices hebben ontwikkeld. Uiteraard dient de toezichthouder te toetsen of dat het geval is en of die best practices niet bijvoorbeeld in strijd zijn met artikel 36 VWEU of de mededinging onaanvaardbaar verstoren. Wanneer sprake is van een effectieve en ook toelaatbare best practice, kunnen andere marktdeelnemers op basis van een *comply or explain* verantwoordelijkheid een bepaalde termijn worden gegund om die best practice te implementeren (bijvoorbeeld een jaar). Dat wil zeggen dat zij die best practice binnen die termijn implementeren of aan de toezichthouder uitleggen waarom zij dat gelet op hun bijzondere positie niet kunnen en wat zij dan wel kunnen doen. Als implementatie daarna niet naar tevredenheid van de toezichthouder plaatsvindt en niet aan de wettelijke normen wordt voldaan, kan na ommekomst van dit jaar tot handhaving worden overgegaan. Er zou door de ACM, als die toezichthouder wordt in Nederland, ook een toezegging van een bedrijf dat het bepaalde best practices implementeert verbindend kunnen verklaren als bedoeld in artikel 12h Instellingswet ACM, al dan niet naar aanleiding van een door de toezichthouder al gestart onderzoek. Het systeem van best practices voorkomt ook dat het beleid van een toezichthouder een bepaalde handelwijze voorschrijft en daarmee de markt als het ware 'fixeert' omdat bedrijven zich vervolgens aan die handelwijze committeren en geen incentive meer bestaat betere best practices te ontwikkelen. Bovendien zal de toezichthouder waarschijnlijk ook niet over voldoende capaciteit beschikken om voor alle sectoren, landen en soorten risico's beleid te ontwikkelen.

Overigens is ook denkbaar dat een best practice verder gaat dan de wettelijke norm. In dat geval kan de toezichthouder geen sancties opleggen, maar kan implementatie nog steeds in (toezichts)gesprekken met het bedrijf worden aangemoedigd en kan het bedrijf waar nodig ook met de implementatie worden geholpen. Het kenmerk van deze best practices is ook dat die dynamisch zijn en dus na verloop van tijd veranderen, ook in verband met daarvoor relevante (internationale) omstandigheden, waardoor een continue verbetering/aanpassing kan worden bereikt. Een best practice dient ook enige voet aan de grond te hebben gekregen in een markt om te voorkomen dat een eenmalige pilot direct als best practice wordt aangemerkt. Dit heeft het voordeel dat bedrijven het Richtlijnvoorstel en de implementatiewetgeving mogelijk beter vinden

passen in hun bedrijfsvoering en in ieder geval niet kunnen volhouden dat de wetgeving of toezichthouder eisen stellen die praktisch niet geïmplementeerd kunnen worden. De best practice laat nu juist zien dat dit wel het geval is.

Het best practice systeem 'beloont' ook bedrijven of multi-stakeholder initiatieven die dergelijke best practices hebben ontwikkeld en geeft meer (rechts)zekerheid over wat van een bedrijf in een bepaalde situatie kan worden verwacht.<sup>[26]</sup> Het ontmoedigt bovendien een 'race to the bottom' als bedrijven in plaats van te streven naar een verbetering van hun practices gaan bezien hoe zij zo dicht mogelijk bij het wettelijke minimum kunnen blijven teneinde compliance kosten zo laag mogelijk te houden.<sup>[27]</sup> Het toezicht kan dan voor bedrijven die de best practices hebben geïmplementeerd minder streng of minder frequent zijn voor zover het de naleving van de wettelijke normen betreft.<sup>[28]</sup> Gaat het om bovenwettelijke best practices, dan zou bijvoorbeeld naast gesprekken en ondersteuning met benchmarks kunnen worden gewerkt om implementatie te bevorderen.<sup>[29]</sup> Ook zouden andere overheden kunnen worden aangemoedigd om in aanbestedingen en subsidievoorwaarden implementatie van die best practices als een beoordelingscriterium of voorwaarde op te nemen. Daarvoor is dan wel vereist dat de toezichthouder die best practices openbaar kan maken of een wettelijke bevoegdheid wordt vastgelegd om die met andere overheden uit te wisselen.

## 5. Uitdagingen van het geschetste systeem op basis van best practices

Het hiervoor geschetste systeem kent voor de toezichthouder een aantal uitdagingen. Het eerste is dat deze vorm van toezicht arbeidsintensiever is en meer specifieke kennis vereist dan wanneer op een meer klassieke manier wordt gehandhaafd.<sup>[30]</sup> De toezichthouder zal immers moeten vaststellen of een bedrijf of multi-stakeholder initiatief aannemelijk kan maken dat best practices inderdaad effectief zijn en hoe ervoor kan worden gezorgd dat die toets ook op een voldoende vergelijkbare en eenduidige manier wordt uitgevoerd. De toezichthouder zou daarvoor richtsnoeren kunnen ontwikkelen. Daarbij is van belang dat de toezichthouder die beoordeling niet alleen in overleg met onder toezicht gestelde bedrijven uitvoert, maar ook belanghebbenden (los van degenen die betrokken zijn bij klachten tegen individuele bedrijven) consulteert over de (te verwachten) resultaten daarvan.<sup>[31]</sup> Het voorstel van de Europese Commissie bevat echter geen aanwijzing in die richting, hetgeen mijns inziens een gemiste kans is. In ieder geval doen toezichthouders er goed aan dergelijke consultaties met (vertegenwoordigers van) belanghebbenden te organiseren. Specifiek ten aanzien van door multi-stakeholder initiatieven ontwikkelde best practices is ook denkbaar dat in de implementatiewetgeving een bepaling wordt opgenomen waarin de minister de bevoegdheid krijgt om een dergelijke door een initiatief ontwikkelde best practice goed te keuren (of het initiatief als zodanig en daarmee ook de daarin ontwikkelde best practices),<sup>[32]</sup> hetgeen dan betekent dat dit niet meer door de toezichthouder hoeft te gebeuren. Wel zal het ondersteunen van bedrijven in de implementatie van best practices en het bijhouden van benchmarks door de toezichthouder arbeidsintensief zijn.

Bovendien zal het ontwikkelen van best practices afhangen van de marktomstandigheden.<sup>[33]</sup> Zo maakt het mogelijk verschil of afnemers, zoals consumenten, belang hechten aan de ontwikkeling en implementatie van dergelijke best practices. In markten waar een dergelijke druk ontbreekt, zullen mogelijk minder prikkels bestaan om dergelijke best practices te ontwikkelen. Voor zover de toezichthouder ook op dergelijke markten wil handhaven, zou zij multi-stakeholder initiatieven of brancheverenigingen kunnen aanmoedigen best practices op te stellen of overheden kunnen aanmoedigen in aanbestedingen of subsidies eisen te stellen die de ontwikkeling ervan stimuleren.

Een verder bezwaar zou kunnen zijn dat handhaving van best practices lastig is omdat de bestuursrechter zou kunnen menen dat deze onvoldoende precies zijn en daarom voor een onder toezicht gestelde onderneming onvoldoende duidelijk is wat precies wordt verwacht. Het gevolg zou dan zijn dat geen sancties kunnen worden opgelegd (of door de bestuursrechter zouden worden vernietigd). Dat zou de neiging kunnen oproepen om slechts te sanctioneren als makkelijk controleerbare aspecten niet zijn geïmplementeerd (zoals het ontwikkelen van een beleid ten aanzien van corporate sustainability due diligence, het doen van een risico-inventarisatie, het opnemen van contractuele bepalingen en het rapporteren over risico's). Toch heeft het toezicht door de AFM op het terrein van het 'know your customer' vereiste in de Wft, waarbij deels ook best  
[34]

practices worden gebruikt in het kader van het toezicht, laten zien dat dit niet zonder meer het geval is. Zo kan een bedrijf dat geheel geen kenbare inspanningen pleegt om een best practice te implementeren of dit evident zo gebrekkig doet dat dit voorzienbaar niet tot enige verbetering gaat leiden (er wordt bijvoorbeeld in contracten geen bepaling met leveranciers opgenomen om die best practice te implementeren) wel degelijk worden gesanctioneerd. Bovendien is dergelijk toezicht aan de hand van best practices ook nodig omdat de minder makkelijk te implementeren stappen van de corporate sustainability due diligence, met name het daadwerkelijk voorkomen en mitigeren van aantastingen (stap 3), het bijhouden van de effectiviteit (stap 4) en het bieden van herstel wanneer een aantasting is veroorzaakt of daaraan is bijgedragen (stap 6) op andere wijze lastig(er) zijn te controleren.

In dit verband is ook relevant of er voor het toezicht op corporate sustainability due diligence één toezichthouder zou moeten komen of meerdere (bestaande) voor verschillende sectoren. Het voordeel van het laatste is dat de verschillende toezichthouders dan beter kunnen zijn ingevoerd in (best practices in) een sector. Omdat het om een wat andere vorm van toezicht gaat en consistente toepassing ervan noodzakelijk is, terwijl ook geleerd kan worden van best practices in andere sectoren, zou één specifieke toezichthouder mijns inziens echter effectiever zijn. Veel van de belangrijke onderwerpen in het kader van corporate sustainability due diligence, zoals de vraag wanneer een onderneming bijdraagt aan een mensenrechtentaantasting, wanneer functionele klachtenmechanismen in het leven zijn geroepen of welke informatie met belanghebbenden moet worden gedeeld, zullen immers overkoepelend zijn en het ligt daarom vanuit een oogpunt van consistentie voor de hand één toezichthouder aan te wijzen, zodat de kans groter is dat de beantwoording van deze overkoepelende vragen op een eenduidige wijze gebeurt. Als dat niet mogelijk is, lijkt het in ieder geval aangewezen, zoals artikel 17 lid 4 Richtlijnvoorstel ook bepaalt, op nationaal niveau samen te werken en regelmatig overleg te hebben om deze vragen te bespreken en te komen tot een eenduidige toepassing.<sup>[35]</sup>

Duidelijk is dat gelet op het arbeidsintensieve karakter van deze vorm van toezicht een toereikend budget beschikbaar moet zijn voor de toezichthouder. Dat is, zeker in deze tijden, een uitdaging. Er zal daarom mogelijk een neiging ontstaan om het toezicht meer beperkt in te vullen. Zoals ik hiervoor aangaf, is dan echter zeker niet uitgesloten dat het toezicht weinig effectief is en slechts leidt tot lastenverzwaring voor het bedrijfsleven en toezichtkosten voor de overheid, terwijl geen noemenswaardige verbetering optreedt voor de belanghebbenden voor wie de wetgeving in het leven is geroepen.

Hierna komt een aantal meer specifieke onderwerpen aan de orde die relevant zijn in verband met bestuursrechtelijk toezicht op de corporate sustainability due diligence verplichting in de volgorde waarin die onderwerpen in de artikelen van het Richtlijnvoorstel zijn opgenomen.

## 6. Het indienen van bedenkingen

De toezichthouder moet op grond van artikel 19 van het Richtlijnvoorstel een mogelijkheid bieden voor (vertegenwoordigers van) degenen (natuurlijke en rechtspersonen) die een redelijk vermoeden hebben van een overtreding om gesubstantieerde bedenkingen in te dienen. Hoewel de tekst van dit artikel lijkt te veronderstellen dat de bedenkingen betrekking hebben op overtreding van de wettelijke verplichting als zodanig (dus het niet goed doen van corporate sustainability due diligence), zal dat naar mijn verwachting in de praktijk vaak anders gaan. Waarschijnlijker is dat bedenkingen betrekking zullen hebben op mensenrechtentaantastingen die samenhangen met de bedrijfsvoering van een onderneming (in de hiervoor bedoelde ruime zin), bijvoorbeeld in een toeleveringsketen, en dat betoogd wordt dat die het gevolg zijn van het onvoldoende doen van corporate sustainability due diligence. Veelal zullen dergelijke klagers immers geen of weinig inzicht hebben in de wijze waarop of de mate waarin een onderneming in dat specifieke geval corporate sustainability due diligence heeft uitgevoerd. Het zal dan aan de toezichthouder zijn om daar meer zicht op te krijgen als de bedenking/klacht voldoende gesubstantieerd is en tot onderzoek wordt overgegaan. Het is mijns inziens overigens, zeker in het begin, niet verstandig dergelijke klachten te snel wegens onvoldoende substantiëring buiten behandeling te laten. Denkbaar is dat voldoende is dat een duidelijk vermoeden bestaat dat de onder toezicht staande onderneming bij de productielocatie afneemt waar de

aantasting zich heeft voorgedaan. Een dergelijk onderzoek zal onder meer moeten zien op de vraag of sprake is van 'bijdragen aan' die aantasting door de onderneming.

Gelet op het extraterritoriale effect van de voorgestelde richtlijn, bestaat wellicht de vrees dat het gaat om een groot aantal (potentiële) klagers. Toch lijkt de praktijk juist op het tegendeel te wijzen. Het is voor de belanghebbenden van wie de rechten zijn aangetast vaak lastig om een toezichthouder in een ver land te benaderen, als zij al op de hoogte zijn van die mogelijkheid, en al helemaal zonder hulp van (internationale) vakbonden en ngo's. Zo heeft het (bindende) klachtenmechanisme van het IMVO-kledingconvenant, dat ongeveer 5 jaar heeft gefunctioneerd<sup>[36]</sup> maar weinig zaken behandeld.<sup>[37]</sup> Het is daarom de overweging waard om te verkennen hoe in dit verband gebruik zou kunnen worden gemaakt van op lokaal niveau in de landen waar de problemen spelen opgezette mechanismen, waaruit dergelijke informatie (in geaggregeerde vorm) zou kunnen worden ontleend. Zo is denkbaar dat in de kledingsector bijvoorbeeld van het Bangladesh Accord<sup>[38]</sup> of van FairWear<sup>[39]</sup> (geaggregeerde) informatie wordt verkregen over klachten die zijn ingediend voor zover dat rechtens, bijvoorbeeld gelet op de bescherming van privacy, ook geoorloofd is.<sup>[40]</sup> Daarnaast zou ook gekeken kunnen worden naar zogenaamde *final statements* van het Nederlandse Nationale OESO Contactpunt (NCP)<sup>[41]</sup> waarin het NCP heeft aangegeven of een bedrijf zich in een bepaald geval aan de OESO-Richtlijnen heeft gehouden. Indien is geconcludeerd dat dit niet het geval is, kan dat een indicatie zijn van een mensenrechtenaantasting. Ten slotte zou er ook op kunnen worden toegezien dat bedrijven contractueel met hun leveranciers vastleggen dat zij regelmatig geaggregeerde informatie over in klachtenmechanismen van die leveranciers ingediende klachten, bijvoorbeeld het aantal en de aard van de klachten, alsmede wat de leverancier met die klachten heeft gedaan, van die leverancier ontvangen. De toezichthouder zou die informatie dan kunnen opvragen. In dat verband is overigens wel van belang dat deze informatie alleen aanleiding kan zijn voor het doen van onderzoek door de toezichthouder. Daaruit zal, mede gelet op de bescherming van de onder toezicht gestelde onderneming, niet zonder meer een overtreding van de wettelijke voorschriften kunnen worden afgeleid.

Daarnaast dient de toezichthouder ervoor te zorgen dat geen vergelding plaatsvindt tegen degenen die bedenkingen hebben ingediend (of hun vertegenwoordigers) en de mogelijkheid om gesubstantieerde bedenkingen in te dienen ook zodanig is vormgegeven dat op voorhand duidelijk is welke maatregelen zijn getroffen om dat tegen te gaan. In dat verband valt te denken aan het mogelijk maken van (deels) anonieme klachten.<sup>[42]</sup> In meer algemene zin kan de toezichthouder voor het inrichten van deze procedure inspiratie ontleenen aan UN Guiding Principle 31 waarin, op de procedure bij de toezichthouder overigens niet direct van toepassing zijnde, effectiviteitscriteria staan die ook voor de procedure bij de toezichthouder nuttig kunnen zijn om naar te kijken.

Nadat een klacht is ingediend, moet de toezichthouder daarop op grond van artikel 19 leden 3-5 van het Richtlijnvoorstel een gemotiveerde beslissing nemen, waarvan zo nodig beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld. Interessant is in dit verband onder welke omstandigheden een toezichthouder volgens de rechter tot handhaving moet overgaan.<sup>[43]</sup> Zo kan de vraag rijzen of de in Nederland (in het milieu- en omgevingsrecht) geldende beginselplicht tot handhaving ook zal gelden voor corporate sustainability due diligence.<sup>[44]</sup> Het gaat het bestek van deze bijdrage echter te buiten om daar nu verder op in te gaan.

In verband hiermee is nog relevant dat in artikel 3 lid 2 van de Wet zorgplicht kinderarbeid is bepaald dat een natuurlijke of rechtspersoon die in zijn belangen is geraakt een bedenking kan indienen. In het Richtlijnvoorstel lijkt dit vereiste van het in het belang te zijn geraakt niet te worden gesteld. Niet onwaarschijnlijk is echter, gelet op de Wet zorgplicht kinderarbeid, dat dit vereiste in de Nederlandse implementatiewetgeving wel gaat worden gesteld. Als dat gebeurt, is het echter niet steeds makkelijk te beoordelen of degene die bedenkingen indient ook belanghebbende is. Dit begrip zal in de jurisprudentie nog verder moeten uitkristalliseren om goed te kunnen bepalen wanneer een klager als belanghebbende kan worden aangemerkt. Zo is denkbaar dat in het hiervoor al besproken voorbeeld van een Nederlandse financiële instelling die een lening heeft verstrekt aan een bedrijf dat een stuwdam exploiteert in Panama, de vraag rijst of de ngo en/of de individuen die bedenkingen hebben ingediend als belanghebbende kunnen worden aangemerkt.<sup>[45]</sup> Dat ligt voor de ngo als vertegenwoordiger van het lid van de lokale gemeenschap en in iets mindere mate voor de ngo zelf (als die dergelijke belangen behartigt) voor de hand, maar is minder duidelijk voor de boer stroomopwaarts. Niet onwaarschijnlijk is dat analoge toepassing van door de bestuursrechter al ontwikkelde noties in verband met het belanghebbendebegrip en milieukwesties hierbij een nuttige rol zouden kunnen vervullen.<sup>[46]</sup> Meer



principeel rijst echter de vraag of het niet beter zou zijn de lijn van het Richtlijnvoorstel te volgen en het belanghebbende vereiste niet te stellen, nu, gelet op het vorenstaande, de vraag is of het loslaten daarvan gaat leiden tot grote aantallen klachten en het wel stellen van dit vereiste tot de nodige complicaties leidt.

## 7. Controle op de naleving

Er zal, al dan niet als gevolg van een klacht, moeten worden gecontroleerd of de ondernemingen op wie toezicht wordt gehouden zich inderdaad aan de regels (best practices) houden. Zeker waar meer sturing noodzakelijk wordt geacht op resultaten voor degenen die met mensenrechtentaantastingen worden geconfronteerd, is dat niet steeds eenvoudig. Het vereist ook specifieke expertise op het terrein van mensenrechten en milieu bij de toezichthouder. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel dat een dwangsom wordt opgelegd om een herstelmechanisme op te zetten in Vietnam bij een leverancier. Als de toezichthouder vervolgens meent dat de last is overtreden omdat geen of een ontoereikend mechanisme is opgezet, dienen de feiten waarop de verbeurte van een dwangsom is gebaseerd in een invorderingsbeschikking te worden weergegeven en daaraan moet een deugdelijke en controleerbare vaststelling van relevante feiten en omstandigheden ten grondslag liggen.<sup>[47]</sup> Dit brengt volgens de Afdeling in beginsel met zich dat de waarneming van feiten en omstandigheden die leiden tot verbeurte van een dwangsom dient te worden gedaan door een ter zake deskundige medewerker van het bevoegd gezag en dat de bevindingen op schrift worden gesteld. Het geschrift dient in beginsel ten minste te bevatten de plaats, het tijdstip en de datum van de waarneming, een inzichtelijke beschrijving van de gehanteerde werkwijze en een inzichtelijke beschrijving van hetgeen is waargenomen. Dit geschrift dient voorts in beginsel te zijn voorzien van een ondertekening door de opsteller en een dagtekening.<sup>[48]</sup> Dat zal echter in Vietnam niet heel gemakkelijk zijn. De ILT onderzoekt in het kader van het toezicht op de Conflictmineralenverordening of ngo's een rol kunnen spelen bij het monitoren van mensenrechtentaantastingen verder in de keten.<sup>[49]</sup>

Gelukkig hoeft volgens de Afdeling niet steeds volledig te zijn voldaan aan bovenvermelde vereisten. Ook op basis van ander bewijsmateriaal, zoals foto's, kan onder omstandigheden een deugdelijke en controleerbare vaststelling van de relevante feiten en omstandigheden plaatsvinden.<sup>[50]</sup> Ook hoeven de waarnemingen niet steeds van een medewerker van het bevoegd gezag afkomstig te zijn; onder omstandigheden kunnen ook waarnemingen van voldoende onafhankelijke en betrouwbare derden worden gebruikt.<sup>[51]</sup> Wel moeten de bevindingen dan deugdelijk zijn vastgelegd, in beginsel in een schriftelijke rapportage, maar onder omstandigheden kunnen ook foto's of ander bewijsmateriaal volstaan. In een schriftelijk rapport moet in beginsel een inzichtelijke beschrijving staan van de bevindingen en moet deze voorzien zijn van een dagtekening en ondertekening door de opsteller, maar indien dat ontbreekt, volstaat dat vaststaat dat de opsteller de feiten heeft vastgesteld en duidelijk is wanneer dat was.<sup>[52]</sup> Overigens worden de hiervoor bedoelde eisen aan de feitenvaststelling niet gesteld indien de overtreder heeft erkend dat de last is overtreden.<sup>[53]</sup>

Bij gebreke van een erkenning draagt de toezichthouder de bewijslast ten aanzien van de feiten en omstandigheden waarop het invorderingsbesluit berust en draagt hij dus ook het risico voor het niet komen vast te staan van de feiten.<sup>[54]</sup> Het zal dus bij het controleren van de naleving van de implementatiewetgeving van het Richtlijnvoorstel niet gemakkelijk zijn aan die eisen te voldoen, als de overtreder de overtreding niet heeft erkend, en niet overal onafhankelijke waarnemers zijn aangesteld. Denkbaar is overigens wel dat die, bijvoorbeeld via ambassades, worden gevonden voor specifieke risico's en landen waaraan de toezichthouder op een bepaald moment prioriteit geeft. Daarnaast wordt in sommige gevallen tussen bijvoorbeeld een ngo en een bedrijf afgesproken dat een onafhankelijke derde een onderzoek doet naar en een rapport opmaakt van de situatie ter plaatse. Een dergelijk rapport zou in het licht van de vorenstaande eisen ook toereikend kunnen zijn. Ten slotte zou de toezichthouder in specifieke gevallen ook zelf, al dan niet via ambassades, onderzoek kunnen laten doen door onafhankelijke derden. Daarbij moet overigens bedacht worden dat het sturen van een westerse waarnemer die in een kort tijdsbestek moet vaststellen hoe de situatie is, met name ten aanzien van mensenrechtentaantastingen, maar ook voor het milieu, vaak niet goed werkt. In dergelijke complexe situaties moet veelal eerst het vertrouwen van lokale gemeenschappen en/of werknemers worden gewonnen,

duidelijkheid worden gegeven over wat er met de door hen verstrekte inlichtingen gebeurt en waarvoor die worden gebruikt, via welk proces die wordt vergaard, en moet worden vastgesteld wie getroffen worden door de aantastingen, voordat daarover betrouwbare informatie kan worden verkregen. Daarvoor is veelal ook een (lokale) facilitator nodig die ook op een cultureel verantwoorde manier lokale (inheemse) gemeenschappen benadert. Dat is een tijdrovend proces. Punt is bovendien dat de perspectieven van de geraadpleegde belanghebbenden ook niet eenduidig hoeven te zijn. Zo kan de één het werkgelegenheidsaspect van de activiteiten van een bedrijf benadrukken, terwijl de ander de nadelige invloed op mensenrechten bepalend acht. Denkbaar is verder dat in het klachtenmechanisme wel (sommige) arbeidsgerelateerde problemen kunnen worden behandeld, maar geen (andere) mensenrechtentaantastingen. De twee belanghebbenden zullen dan mogelijk anders aankijken tegen het functioneren ervan.

Een belangrijk punt in dat verband is ook dat erop wordt toegezien en ook strikte maatregelen worden geïmplementeerd om vergelding tegen degenen die informatie verschaffen, hetzij door het bedrijf in kwestie (of de leverancier), hetzij door bijvoorbeeld de (lokale) overheid, te voorkomen.<sup>[55]</sup> Een andere mogelijkheid waar de toezichthouder aan zou kunnen denken is om gegevens op te vragen bij het onder toezicht staande bedrijf over het functioneren van het klachtenmechanisme bij de leverancier, indien dit bedrijf daarover beschikt. Zo kan worden geïnformeerd hoeveel klachten daarin zijn geuit, waar die over gingen, wat daarmee is gebeurd en hoe oplossingen zijn geïmplementeerd. Daaruit kan ook relevante informatie worden afgeleid over de wijze waarop een bedrijf aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Dat geldt zelfs nog in ruimere zin: ook voor andere soorten aantastingen kan het nuttig zijn dergelijke gegevens op te vragen, omdat die vaak ook inzicht kunnen geven in andersoortige aantastingen. Een andere optie is dat bij grotere (infrastructurele) projecten vaak impact assessments worden gemaakt, niet alleen voor het milieu, maar ook voor mensenrechten. De toezichthouder zou ook dergelijke informatie kunnen opvragen. Verder is denkbaar dat financiers rapporten hebben (laten) opmaken van de situatie en met het bedrijf hebben besproken. Ook die zouden kunnen worden opgevraagd en ook die zouden kunnen voldoen aan de door de Afdeling gestelde eisen.

Voor zover het gaat om toezicht in waardeketens moet wel worden bedacht dat voor de resultaten voor de belanghebbenden veelal de situatie op het niveau van een leverancier relevant is. De enkele omstandigheid dat bij deze leverancier (aantoonbaar) misstanden bestaan, is echter nog niet voldoende om aan te tonen dat een onder toezicht staand (Nederlands) bedrijf de regelgeving overtreedt. Daarvoor moet ook vaststaan dat het onvoldoende implementeren van due diligence die misstanden heeft veroorzaakt of daaraan heeft bijgedragen.<sup>[56]</sup> Dat zou in de gegeven casus het geval kunnen zijn als in de overeenkomst met leveranciers geen verplichting wordt opgenomen om een dergelijk klachtenmechanisme op te zetten en adequaat in te richten en het bedrijf daar ook overigens niet op heeft toegezien.

Uiteindelijk zou het voor de effectiviteit van het toezicht echter het beste zijn als wereldwijd door een onafhankelijke partij gegevens worden verzameld over resultaten die activiteiten van ondernemingen hebben voor belanghebbenden. De toezichthouder zou die ook kunnen gebruiken in het kader van het toezicht. Voorshands zijn dergelijke gegevens echter met name op het terrein van het milieu en het klimaat voorhanden en nog niet ten aanzien van mensenrechtentaantastingen.<sup>[57]</sup>

## 8. Sancties

In het kader van sancties bepaalt artikel 20 lid 1 van het Richtlijnvoorstel dat die proportioneel, effectief en afschrikkend moeten zijn. Volgens lid 2 kan bij het opleggen van sancties wel worden gelet op (i) de wijze waarop de onderneming heeft geprobeerd de door de toezichthouder geëiste maatregelen te implementeren, (ii) gerichte ondersteuning heeft geboden aan de (kleinere) leverancier (waar de aantasting heeft plaatsgevonden) om dergelijke aantastingen te voorkomen of te mitigeren, (iii) investeringen heeft gedaan in contractuele garanties, auditing en het monitoren van naleving door leveranciers dan wel (iv) met andere entiteiten heeft samengewerkt om die aantastingen te adresseren. Met name ten aanzien van het gezichtspunt onder (iii) moet worden bedacht dat de huidige contractuele strategieën, ondanks de omstandigheid dat daarin veelal ook wordt geëist dat mensenrechten en milieunormen worden nageleefd, met name de mensenrechtensituatie bij leveranciers vaak nauwelijks verbeteren of soms zelfs verergeren.<sup>[58]</sup> Het gaat er

dus niet alleen om dat er bepalingen over dit onderwerp in contracten zijn opgenomen, maar ook hoe dat is gebeurd. Daarnaast zullen de gezichtspunten (ii) en (iv) nog verder moeten worden uitgewerkt. Het enkele feit dat gerichte ondersteuning is geboden en is samengewerkt met anderen zegt immers niet zonder meer iets over de intensiteit en effectiviteit daarvan. Het is aannemelijk dat te dien aanzien nadere eisen moeten worden gesteld.

Artikel 20 leden 3 en 4 van het Richtlijnvoorstel bepalen dat geldelijke sancties dienen te worden bepaald op basis van omzet en dat lidstaten erop moeten toezien dat aan bedrijven opgelegde sancties worden gepubliceerd. De nadruk lijkt daarmee te liggen op geldelijke sancties, zoals boetes en dwangsommen. Toch is een breder palet aan interventiemogelijkheden nodig, waaronder de mogelijkheid om bindende aanwijzingen te geven (vergelijkbaar met bestuursdwang).<sup>[59]</sup> Hiervoor heb ik al uiteengezet dat bij een op best practices gebaseerd toezicht ook het publiceren van benchmarks een nuttige toevoeging zou kunnen zijn, naast zogenaamde normoverdragende gesprekken met onder toezicht gestelde bedrijven. Verder valt te denken aan uitsluiting van bijvoorbeeld subsidies, aanbestedingen of handelsmissies, met name indien een sanctie is opgelegd. In dat geval zal de overtreding ook aan andere overheden bekend kunnen zijn omdat sancties volgens artikel 20 lid 4 Richtlijnvoorstel moeten worden gepubliceerd. Meer in het algemeen kan publicatie van een sanctie mogelijk effectiever zijn dan de geldelijke sanctie zelf, zeker in consumentenmarkten waar de vraag daardoor kan worden beïnvloed. Zo zou de publicatie van een sanctie omdat onvoldoende maatregelen zijn genomen om kinderarbeid tegen te gaan kunnen leiden tot minder vraag naar producten van het gesanctioneerde bedrijf. Dat kan gaan om (veel) hogere bedragen dan de geldelijke sanctie zelf.

Verder is van belang dat de sanctionering door de verschillende toezichthouders in de lidstaten wordt afgestemd. Het is in verband met de geloofwaardigheid van het toezicht en het bewaken van een level playing field nuttig wanneer vergelijkbare overtredingen op een vergelijkbare manier worden gesanctioneerd. Ook daarin zou de Europese overkoepelende organisatie een belangrijke rol kunnen spelen. Die zou meer richting kunnen geven bij de keuze van wat voor soort sancties bij wat voor soort overtredingen worden toegepast.

Eén punt lijkt ten slotte uit het oog te zijn verloren. De sancties kunnen ook bedrijven van buiten de Europese Unie treffen die hier niet gevestigd zijn. Zo is denkbaar dat een Chinees bedrijf in Nederland kleding levert in de productieketen waarvan dwangarbeid heeft plaatsgevonden en dit bedrijf niet (voldoende) corporate sustainability due diligence heeft uitgeoefend. Er kan dan een boete of dwangsom worden opgelegd (ervan uitgaande dat de overtreding toereikend kan worden onderbouwd), maar het daadwerkelijk incasseren daarvan is lastig zonder dat zich in Nederland vermogensbestanddelen van dit bedrijf bevinden.<sup>[60]</sup> Mogelijk zou een andere sanctie effectiever zijn, te weten het beslag leggen op de kleding zelf.<sup>[61]</sup> Bij dwangarbeid is dat in de Verenigde Staten mogelijk op grond van artikel 307 van de U.S. Tariff Act (19 U.S.C. §1307) wanneer goederen ten aanzien waarvan een verdenking bestaat van dwangarbeid in de VS worden ingevoerd.<sup>[62]</sup> Het lijkt dus nuttig de sanctiemogelijkheden bij voorkeur op Europees niveau uit te breiden met ook een dergelijke mogelijkheid.<sup>[63]</sup> Daarbij kan er ook aan worden gedacht om die mogelijkheid ruimer te implementeren dan alleen ten aanzien van dwangarbeid.

## 9. Het belang van afstemming

De omstandigheid dat veelal sprake is van grensoverschrijdende problemen, brengt mee dat de vrijheid die nu nog aan de lidstaten wordt gelaten in de inrichting van het toezicht, kan gaan leiden tot een versnippering van het toezicht en tot een zeer verschillende aanpak door de toezichthouders.<sup>[64]</sup> Dat kan ook de legitimiteit van het toezicht ondermijnen. Zo kan een in heel Europa actieve onderneming wellicht nog begrijpen dat een toezichthouder in Nederland iets anders omgaat met stikstofdepositie rondom een natuurgebied dan een toezichthouder in bijvoorbeeld Frankrijk, maar het zal voor die onderneming lastig te verteren zijn dat tegen een mensenrechtanaantasting in dezelfde fabriek in bijvoorbeeld Zuidoost-Azië door de Nederlandse toezichthouder heel anders wordt opgetreden dan door bijvoorbeeld de Italiaanse toezichthouder ten aanzien van een concurrent die dezelfde zaken inkoopt bij die fabriek. Uniform toezicht is ook nodig om een gelijk speelveld en uniforme implementatie te waarborgen.<sup>[65]</sup> In dat verband is fnuikend dat ondernemingen van buiten de EU die in meerdere lidstaten een vestiging hebben op grond van artikel 17 lid 3 een gemotiveerd

verzoek kunnen doen om een andere toezichthouder aan te wijzen dan die van de lidstaat waarin zij de meeste omzet genereren, terwijl binnen de EU gevestigde ondernemingen dat niet kunnen. Bovendien is coördinatie nodig om te bepalen welke toezichthouder gaat optreden tegen ondernemingen die in meerdere lidstaten actief zijn om te voorkomen dat alle toezichthouders dezelfde onderneming controleren.

Een goede Europese coördinatie van het toezicht is daarom van groot belang. De huidige bepalingen in de richtlijn lijken in dat verband te vrijblijvend. De Europese Commissie zou daarom zo gedetailleerd als mogelijk moeten aangeven hoe toezicht moet plaatsvinden en de Europese toezichtentiteit zou de uniforme uitvoering ervan moeten bewaken door kaders te stellen en kennisuitwisseling te stimuleren.<sup>[66]</sup> Daarbij zou de mogelijkheid van het geven van aanwijzingen door de Europese entiteit kunnen worden overwogen. Die mogelijkheid is nu echter nog niet in het voorstel van de richtlijn opgenomen. De meerwaarde van het aanwijzen van nationale toezichthouders is dan vooral gelegen in de omstandigheid dat zij beter zicht hebben op de specifieke context waarin bedrijven in hun land opereren.<sup>[67]</sup>

Punt is wel dat dergelijke coördinatie en wederzijdse ondersteuning door de Europese toezichthouders, afhankelijk van de mate waarin die toezichthouders actief zijn, ook toezichtcapaciteit van toezichthouders in andere EU-lidstaten kan opslurpen, terwijl die bijstand blijkens de richtlijn in beginsel zonder kosten in rekening te brengen moet worden gegeven. Bij de bepaling van de budgetten en de capaciteit moet daarmee terdege rekening worden gehouden. Vanwege de veelal grensoverschrijdende problematiek zal dergelijke samenwerking immers vaak nodig zijn.

## 10. Verhouding met civiele aansprakelijkheid

In het voorgaande is met name ingegaan op de bestuursrechtelijke aspecten van toezicht. De vraag rijst hoe dat toezicht zich verhoudt met civiele aansprakelijkheid. Het Richtlijnvoorstel maakt duidelijk dat die moeten worden onderscheiden.

In het Richtlijnvoorstel is in artikel 22 een aparte bepaling over aansprakelijkheid opgenomen, die inhoudt dat een bedrijf dat de in artikel 7 en 8 genoemde due diligence maatregelen niet of onvoldoende heeft genomen, kort gezegd, aansprakelijk is als daardoor een mensenrechtentaantasting is veroorzaakt die tot schade heeft geleid, ook als dat is gebeurd verder in de waardeketen, bijvoorbeeld bij een leverancier. Wel bepaalt artikel 22 lid 2 dat bij de vraag of een bedrijf hiervoor aansprakelijk is en in welke mate, relevant is of de door de toezichthouder noodzakelijk geachte maatregel is geïmplementeerd. In zoverre bestaat er een zeker verband met het toezicht.

Verder bepaalt artikel 18 lid 4 dat een onderneming, indien een overtreding wordt geconstateerd, van de toezichthouder een redelijke termijn krijgt om die te adresseren, voor zover dat nog mogelijk is. Dat neemt echter niet weg dat dan al wel civiele aansprakelijkheid kan ontstaan.

De vraag is overigens of het hebben nageleefd van de aanwijzingen van de toezichthouder in Nederland relevant zal zijn, als de wetgever in de implementatiewetgeving geen specifieke aansprakelijkheidsbepaling opneemt vanuit de gedachte dat dit al in artikel 6:162 BW is geregeld omdat schending van een wettelijke plicht in beginsel onrechtmatig is. Bij een op artikel 6:162 BW gebaseerde aansprakelijkheid lijkt immers niet zonder meer relevant of aanwijzingen van een toezichthouder zijn opgevolgd. Voor de aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW als zodanig lijkt dat in ieder geval niet relevant. Voor de omvang van de schadevergoeding mogelijk wel, maar dat zal vooral aan de orde zijn als de voorgeschreven maatregelen kunnen worden gezien als schadebeperkend. Gelet op de formulering van artikel 22 lid 2 ('remedial action') is dat zeker niet ondenkbaar en in zoverre bestaat er dan ook geen groot verschil tussen artikel 22 van het Richtlijnvoorstel en de op artikel 6:162 BW gebaseerde omvang van de aansprakelijkheid.

Verder bepaalt artikel 22 lid 5 dat de aansprakelijkheid van artikel 22 moet worden gezien als van openbare orde en de daarin vastgelegde aansprakelijkheidsregeling dus ook moet worden toegepast als de zaak op basis van het op grond van het commune IPR naar het recht van een ander land zou moeten worden beoordeeld. De aansprakelijkheid van artikel 22 heeft in zoverre dus een extraterritoriaal effect dat het toezicht

niet heeft. De toezichthouder heeft immers buiten Nederland geen toezichtsbevoegdheden.

Wel rijst de vraag of alle obstakels die overigens nog kunnen rijzen in een aansprakelijkheidsprocedure tegen een bedrijf, zoals de kosten van een procedure, de stelplicht (en bewijslast) en de beperkte toegang tot bij het bedrijf aanwezige informatie, het voeren van een dergelijke procedure voor (een vertegenwoordiger van) slachtoffers aantrekkelijk maken. Het voordeel van het indienen van een bedenking bij een toezichthouder is dat deze bedenking alleen gesubstantieerd hoeft te worden, maar de lat daarvoor veel lager ligt. Er dient slechts aannemelijk gemaakt te worden dat een bedrijf mogelijk niet in overeenstemming met de in de in het Richtlijnvoorstel vastgelegde verplichtingen heeft gehandeld. Als dat aannemelijk is gemaakt, moet de toezichthouder in beginsel onderzoek doen, waarbij de toezichthouder op basis van zijn in de artikelen 5:16-5:20 Awb vastgelegde toezichtmogelijkheden ook gemakkelijker toegang heeft tot bij het bedrijf aanwezige informatie. Bovendien kan dan niet alleen over de schending van de in de artikelen 7 en 8 van het Richtlijnvoorstel vastgelegde verplichtingen worden geklaagd, maar ook over het niet naleven van andere verplichtingen, zoals het niet hebben geïmplementeerd van een klachtenmechanisme als bedoeld in artikel 9 lid 1. Daarnaast is voor het indienen van een bedenking, en ook in een eventuele procedure bij de bestuursrechter, geen verplichte procesvertegenwoordiging noodzakelijk. Het enige punt kan wel zijn dat de toezichthouder op grond van zijn beleid geen prioriteit legt bij de bewuste overtreding en dat onderzoek daarom niet doet. Uiteraard kan een dergelijke weigering dan door de bestuursrechter worden getoetst, maar als die in stand blijft, rest niets anders dan een civiele aansprakelijkheidsprocedure.

Daarnaast is denkbaar dat als de toezichthouder wel onderzoek heeft gedaan en wegens overtreding van de in het Richtlijnvoorstel vastgelegde verplichtingen een sanctie heeft opgelegd, in aansluiting daarop een civiele aansprakelijkheidsprocedure wordt gevoerd. Net als nu in zogenaamde kartel follow on zaken gebeurt, zou de vaststelling van de toezichthouder dan als bewijs in de civiele procedure kunnen worden gebruikt van een schending van de in de richtlijn vastgelegde verplichtingen.

## 11. Conclusie

Hiervoor is uiteengezet dat internationale soft lawraamwerken inmiddels in (voorgestelde Europese) wetgeving worden geïmplementeerd. Zoals het er nu uitziet, wordt in dergelijke wetgeving veelal (mede) voorzien in bestuursrechtelijk toezicht. Die vorm van toezicht op corporate sustainability due diligence is in deze bijdrage verkend.

Ik heb uiteengezet welke toezichtbepalingen worden voorgesteld in het Richtlijnvoorstel en bezien of dergelijk toezicht effectief zal zijn. Gelet op de specifieke aard van de (open) normen waarop wordt toegezien, lijkt de wijze waarop het toezicht wordt ingericht van essentieel belang voor de effectiviteit van die wettelijke regelingen. Dat komt doordat de nadruk bij het toezien op corporate sustainability due diligence vooral bij mensenrechtenaantastingen ligt op wat bedrijven doen om die te voorkomen of te mitigeren, maar niet zozeer op de vraag of dat ook resultaat heeft voor belanghebbenden. Als dus op de klassieke manier wordt gehandhaafd, en vooral naar gemakkelijker te controleren activiteiten van ondernemingen in de zojuist bedoelde zin wordt gekeken zoals het hebben van een beleid en het implementeren daarvan in de onderneming en in contracten in ketens, bestaat een aanzienlijk risico dat de wetgeving gaat leiden tot compliance kosten voor bedrijven en toezichtkosten voor de overheid, terwijl zij niet of in zeer beperkte mate leidt tot een verbetering van de situatie van belanghebbenden voor wie de wetgeving met name in het leven is geroepen.

Daarom is voorgesteld een vorm van toezicht te creëren die is gebaseerd op best practices, die na consultatie van bedrijven, ngo's en belanghebbenden door de toezichthouder kunnen worden gebruikt in het kader van het toezicht. Betoogd is dat het houden van toezicht op basis van dergelijke best practices leidt tot betere resultaten voor belanghebbenden. Uiteraard roept deze vorm van toezicht specifieke uitdagingen op, waarvan de bij de toezichthouder benodigde kennis en het benodigde budget er twee zijn, maar deze vorm van toezicht lijkt wel noodzakelijk om het doel van de regelgeving te realiseren. Deze sluit ook goed aan bij de gedachte dat de toezichthouder niet alleen moet sanctioneren, maar de onder toezicht staande bedrijven ook moet

assisteren bij de implementatie van de regelgeving. Verder is uiteengezet op welke wijze de toezichthouder mogelijke overtredingen zou moeten vaststellen en welke uitdagingen hij daar mogelijk ondervindt. Het lijkt echter mogelijk om ook overtredingen vast te stellen in landen buiten de EU. Ik heb een aanzet gegeven voor de beantwoording van de vraag hoe dat zou moeten gebeuren.

Verder is geconstateerd dat coördinatie van het toezicht op Europees niveau essentieel is, onder meer om een level playing field te handhaven. Het Richtlijnvoorstel bevat daar ook bepalingen over, maar die lijken enigszins vrijblijvend. Nog meer sturing en mogelijk ook aanwijzingsbevoegdheden van de Europese overkoepelende organisatie zouden welkom zijn. Daarnaast bevat het Richtlijnvoorstel ook bepalingen over wederzijdse assistentie door nationale toezichthouders. Gelet op het veelal grensoverschrijdende karakter van de aantastingen waar het Richtlijnvoorstel op ziet, zal die assistentie in veel gevallen nodig zijn. Omdat de toezichthouders daarvoor in beginsel geen kosten in rekening mogen brengen, kan dat een aanzienlijke aanslag vormen op hun budget (en uiteraard ook op hun capaciteit).

Ten slotte is een breed palet aan mogelijke sancties noodzakelijk, waarin nu grotendeels is voorzien. Wel zou het in beslag nemen van goederen nog kunnen worden toegevoegd.

Aan het eind is ingegaan op de verhouding met de civiele aansprakelijkheid, zoals die in artikel 22 van het Richtlijnvoorstel is vervat. De civiele aansprakelijkheid staat los van het toezicht, maar het opvolgen van door de toezichthouder opgelegde schadebeperkende maatregelen kan wel relevant zijn voor de omvang van de aansprakelijkheid. Het indienen van een bedenking bij de toezichthouder kan echter wel enige bezwaren ondervangen die kleven aan het voeren van een civiele aansprakelijkheidsprocedure. Die zouden overigens ook deels kunnen worden ondervangen door de civiele procedure pas te entameren als de toezichthouder een overtreding heeft geconstateerd.

Bestuursrechtelijk toezicht op corporate sustainability due diligence verplichtingen lijkt dus een nuttig en ook noodzakelijk instrument om (betere) resultaten voor belanghebbenden te creëren. Er moet echter verder worden nagedacht over de inrichting van dit toezicht. Deze bijdrage vormt daarvoor een eerste aanzet.

---

## Voetnoten

[1] Citeerwijze: M.W. Scheltema, 'Bestuursrechtelijk toezicht op corporate sustainability due diligence', *NTBR* 2022/44, afl. 10. Prof. mr. M.W. (Martijn) Scheltema is partner bij Pels Rijcken en hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. De auteur dankt Frank Peen (Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT)) en Winnie van Heesch en Gerbrich Kozijn (ACM) voor hun observaties bij een eerdere versie.

[2] Te raadplegen via [https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf).

[3] De lezer vraagt zich wellicht af waarom hier niet de term 'mensenrechtenschending' is gebruikt. De reden daarvoor is dat in het internationaal publiekrecht wel wordt aangenomen dat bij een mensenrechtenschending altijd een overheid betrokken moet zijn, terwijl het in dit verband ook kan gaan om een aantasting door een bedrijf alleen. Zie hierover bijvoorbeeld OHCHR, *Feedback on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence*, 23 mei 2022, p. 5, te raadplegen via <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-05/eu-csddd-feedback-ohchr.pdf>.

[4] De UNGPs kennen drie vormen van betrokkenheid bij een mensenrechtenaantasting: veroorzaking, bijdragen aan en direct verbonden met. In het eerste geval is een bedrijf zelf verantwoordelijk voor de aantasting (het discrimineert bijvoorbeeld in het aannamebeleid), in het tweede geval draagt het eraan bij (bijvoorbeeld door het stellen van contractuele eisen die leiden tot die aantasting bij een leverancier) en in het derde geval is er een direct verband tussen de operaties van het bedrijf en de aantasting (die bijvoorbeeld optreedt bij een leverancier die veel verder in een toeleveringsketen zit zonder dat het bedrijf daarbij een specifieke betrokkenheid heeft).

[5] Te raadplegen via <https://www.oecd.org/corporate/mne/48004323.pdf>. Deze zien overigens niet alleen op

mensenrechten maar op een breder spectrum van verantwoord ondernemen, zoals milieu, corruptie en belastingontwijking.

[6] Zie bijvoorbeeld art. 225-102-4-I lid 3 van de Franse LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, te raadplegen via <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/>, het Duitse Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz, te raadplegen via <https://dserver.bundestag.de/btd/19/286/1928649.pdf> en het voorstel van de Europese Commissie voor een Richtlijn over Corporate Sustainability Due Diligence and Directors' Duties, te raadplegen via [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1\\_1\\_183885\\_prop\\_dir\\_susta\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_183885_prop_dir_susta_en.pdf), hierna: het Richtlijnvoorstel. Ook Nederland heeft aangekondigd met regelgeving op dit terrein te komen. Zie het regeerakkoord van 15 december 2021, p. 39 te raadplegen via [https://www.parlement.com/id/vloreou0m8t6/regeerakkoord\\_2021](https://www.parlement.com/id/vloreou0m8t6/regeerakkoord_2021).

[7] Niet uitgesloten is overigens dat het toezicht wellicht ook deels strafrechtelijk wordt vormgegeven. Dat is bijvoorbeeld in art. 9 van de nog niet ingevoerde Wet zorgplicht kinderarbeid (*Stb.* 2019, 401) het geval.

[8] Zie noot 7.

[9] Zie overweging 53.

[10] De ACM is in dat verband ook een Leidraad Duurzaamheidsafspraken aan het ontwikkelen. Deze is thans in consultatie. Zie <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/concurrentie-en-afspraken-tussen-bedrijven/duurzaamheid-en-concurrentie/acm-beleid-en-duurzaamheid>.

[11] *Stb.* 2019, 401.

[12] Behoudens het hierna wellicht nog te bespreken punt van het belanghebbendebegrip.

[13] Alleen overwegingen 53-55 hebben daarop betrekking.

[14] Overwegingen 54 en 55.

[15] Vooral nog is dat beperkt tot een gevestigde handelsrelatie ('*established business relationship*') in die keten. Zie de artikelen 6-8 en overweging 20.

[16] Kamerbrief van 5 november 2021, [Kamerstukken II 2021/22, 26485, nr. 377](#), onder 3, p. 6.

[17] L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain 2020* (DG Just), p. 48, te raadplegen via <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>.

[18] Zie bijvoorbeeld met verdere verwijzingen Smit (2020), p. 50. Zie ook M.W. Scheltema, *De juridisering van mensenrechten due diligence*, Preadvies voor de Vereniging voor Handelsrecht 2021, Paris: Zutphen 2021, p. 122.

[19] Vergelijk Shift, 'Enforcement of mandatory due diligence: key design considerations for administrative supervision', p. 9 en 13-15, te raadplegen op [https://shiftproject.org/wp-content/uploads/2021/10/Enforcement-of-Mandatory-Due-Diligence\\_Shift\\_UN-Human-Rights\\_Policy-Paper-2.pdf](https://shiftproject.org/wp-content/uploads/2021/10/Enforcement-of-Mandatory-Due-Diligence_Shift_UN-Human-Rights_Policy-Paper-2.pdf), waarin wordt betoogd dat dit het doel zou moeten zijn van het toezicht. Vergelijk ook R. McCorquodale en M.W. Scheltema, 'Supervisory Mechanisms and Directors Duties: Innovations in the Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence', 2022, p. 1, te raadplegen via <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/supervisory-mechanisms-and-directors-duties-innovations-in-the-proposed-eu-directive-on-corporate-sustainability-due-diligence/>.

[20] Scheltema (2021), p. 130 en 131.

[21] Hierna spreek ik korthedshalve van mensenrechtentaantastingen. Overigens hangen die aantastingen ook regelmatig samen.

[22] Zie bijvoorbeeld de Kamerbrief van 5 november 2021, [Kamerstukken II 2021/22, 26485, nr. 377](#), onder 3, p. 6, waar in dit verband wordt gesproken van positief toezicht (p. 6) en wordt verwezen naar T. Barkhuysen e.a., *Bestuursrecht in het Awb tijdperk*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 203, dat dit definieert als een indeling van de toezichtsbevoegdheden aan de hand van de vraag of het toezicht het gewenste handelen stimuleert of afdwingt. Overigens wordt dit t.a.p. alleen genoemd in verband met het toezicht op het handelen van bestuursorganen dat in Nederland, voor zover dit is geregeld in de Awb, alleen negatief toezicht is en dus juist niet de aspecten van het positieve toezicht bevat.

[23] Shift, Enforcement of mandatory due diligence: key design considerations for administrative supervision, p. 11. Zie ook McCorquodale en Scheltema (2022), onder *best practices*.

[24] Dit is voorgesteld in C.C. van Dam en M.W. Scheltema, Opties voor afdwingbare IMVO instrumenten, Rapport voor het Ministerie van Buitenlandse Zaken 2020, p. 93-102, te raadplegen via [https://media.business-humanrights.org/media/documents/Options\\_for\\_enforceable\\_mechanisms.pdf](https://media.business-humanrights.org/media/documents/Options_for_enforceable_mechanisms.pdf), waarin dit ook wel is aangeduid als dynamisch toezicht. Zie verder McCorquodale en Scheltema (2022), onder *best practices*. Vergelijk ook OHCHR, Feedback on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence, 23 mei 2022, p. 10, te raadplegen via <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-05/eu-csddd-feedback-ohchr.pdf>.

[25] Zie daarvoor [www.imvoconvenanten.nl](http://www.imvoconvenanten.nl).

[26] Zie ook McCorquodale en Scheltema (2022), onder *best practices*. Het Richtlijnvoorstel staat samenwerking in multi-stakeholder initiatieven ook toe voor zover die de doelstellingen van de richtlijn voldoende ondersteunen. Zie het explanatory memorandum, p. 17 en 25, overweging 37 en art. 14 lid 4. In dat geval mogen daaraan deelnemende bedrijven hun due diligence daar ook op baseren.

[27] Zie ook McCorquodale en Scheltema (2022), t.a.p.

[28] Zie ook McCorquodale en Scheltema (2022), t.a.p.

[29] Van Dam en Scheltema (2020), p. 96-98.

[30] Ook dan moet overigens voldoende specifieke kennis bij de toezichthouder aanwezig zijn.

[31] Overigens zouden deze belanghebbenden ook in meer algemene zin over het toezichtsbeleid kunnen worden geconsulteerd.

[32] In art. 5 lid 3 Wet zorgplicht kinderarbeid, *Stb.* 2019/401 (die overigens nog steeds niet in werking is getreden en dat mogelijk ook niet meer zal gaan doen) is een dergelijke goedkeuringsbevoegdheid opgenomen. Ook art. 8 van de Conflictmineralenverordening (Verordening (EU) 2017/821) van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot vaststelling van verplichtingen inzake passende zorgvuldigheid in de toeleveringsketen voor Unie-importeurs van tin, tantaal en wolfram, de overeenkomstige ertsen, en goud uit conflict- en hoogrisicogebieden (*PbEU* 2021, L 130/1) bevat een erkenningsbevoegdheid voor de Europese Commissie. De praktijk in dat verband heeft echter geleerd dat dergelijke erkenning lang op zich kan laten wachten.

[33] Zie ook McCorquodale en Scheltema (2022), t.a.p.

[34] Zie daarover Van Dam en Scheltema (2020), p. 97 en 98. Ook de NVWA gebruikt dergelijke best practices overigens in het kader van haar toezicht. Zie Van Dam en Scheltema (2020), p. 98.

[35] Ook zou denkbaar zijn dat bijvoorbeeld België, Duitsland en Nederland één toezichthouder instellen of intensief samenwerken.



[36] Er wordt op dit moment onderhandeld over verlenging ervan.

[37] In vijf jaar 4 zaken, waarvan maar 2 van externe klagers. Zie voor deze uitspraken <https://www.ser.nl/nl/thema/imvo/klachten-geschillencommissie>. Het IMVO Natuursteenconvenant, dat over een vergelijkbaar mechanisme beschikt, heeft in het geheel nog geen klachten behandeld. De auteur is/was voorzitter van die beide mechanismen.

[38] Zie daarover <https://bangladeshaccord.org/>.

[39] Zie daarover <https://www.fairwear.org/>.

[40] Bijvoorbeeld ten aanzien van de locatie, aard en aantal klachten alsmede of onder toezicht gestelde bedrijven daar iets mee hebben gedaan.

[41] Meer informatie daarover kan worden gevonden op <https://www.oesorichtlijnen.nl/ncp>.

[42] Verschillende procedureregels voor het (bindend) beslechten van geschillen op dit terrein bevatten daarvoor regels. Die zouden door de toezichthouder kunnen worden gebruikt om een beleid daarvoor te ontwikkelen. Zie bijvoorbeeld de art. 10 lid 4, 23 lid 3, 24, 26 lid 3 en 36 (ook de toezichthouder moet overtredingen publiceren) van de geschillenregeling van het IMVO Natuursteenconvenant, te raadplegen via <https://www.imvoconvenanten.nl/-/media/imvo/files/natuursteen/klachten-en-geschillenregeling-trustone.pdf?la=nl&hash=2C484BA403322A50653EE5209AFC5EF5> en art. 18 lid 5, 33 lid 3 en 42 leden 2(a) en 5 van de Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, te raadplegen via <https://www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>. Daarnaast valt te denken aan de in klokkenluidersregelingen opgenomen bescherming.

[43] Zie daarover in verband met de Houtverordening, die ook een due diligence verplichting kent, de conclusie van A-G Wattel van 11 maart 2020, *JM* 2020/73 en ABRvS 28 oktober 2020, *JM* 2020/46 m.nt. Königel.

[44] Zie daarover in het kader van de Houtverordening de hiervoor aangehaalde conclusie van Wattel, onder 5.4 e.v.

[45] Daarbij is van belang dat ook buitenlandse burgers als belanghebbende kunnen gelden. Zie bijvoorbeeld A.Q.C. Tak, *Van rechtsbescherming naar machtsbescherming*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 789.

[46] Daarbij wordt dit begrip in het verband met het verdrag van Arrhus in het algemeen ruim ingevuld, zie bijvoorbeeld HvJEU 14 januari 2021, *JM* 2021/33 m.nt. Douma; ABRvS 15 april 2020, *JB* 2020/109 (belangengroepering); ABRvS 29 mei 2019, *AB* 2019/448 m.nt. De Jonge en Tolsma. Belangrijk is in dat verband ten aanzien van individuele klagers (niet belangenorganisaties) of gevolgen (van enige betekenis) worden ondervonden of waarschijnlijk worden ondervonden van een milieubesluit. Vertaald naar corporate sustainability due diligence zou het dus kunnen gaan om gevallen waarin (waarschijnlijk) gevolgen (van enige betekenis) worden ondervonden (van het niet goed uitvoeren) van corporate sustainability due diligence. Daarbij speelt dus ook een rol of (causaal) verband bestaat tussen het onvoldoende doen van due diligence en het nadeel/aantasting dat/die de klager ondervindt. Vergelijk HvJEU 9 maart 2010, *MenR* 2010/71, m.nt. Brans. Zie verder specifiek over het belanghebbendebegrip en corporate sustainability due diligence Klachten- en Geschillencommissie Duurzame Kleding en Textiel 17 mei 2021, *JAR* 2021/252 m.nt. Erkens.

[47] ABRvS 4 oktober 2017, *AB* 2018/4 m.nt. Van Mil; ABRvS 25 november 2015, *AB* 2016/14 m.nt. Sanders; ABRvS 13 november 2013, *AB* 2014/58 m.nt. Sanders, waarin werd geconstateerd dat de invorderingsbeschikking gebrekkig was, maar de rechtsgevolgen in stand werden gelaten; ABRvS 28 december 2016, *JB* 2017/28; ABRvS 27 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2177. Zie daarover ook T.N. Sanders, diss., p. 62-66.

[48] ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3471; ABRvS 25 november 2015, *AB* 2016/14 m.nt. Sanders; ABRvS 25 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX2610.

[49] Het gaat dan meer specifiek om de keten achter de zogenaamde smelters (op de whitelist van art. 9 van de verordening) die mineraalerts verwerken.

[50] ABRvS 9 september 2020, AB 2021/87 m.nt. Van Mil; ABRvS 27 augustus 2014, AB 2014/411 m.nt. Sanders; ABRvS 20 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4924. De vraag is echter of de Afdeling daarop is teruggekomen in ABRvS 25 november 2015, AB 2016/14 m.nt. Sanders.

[51] ABRvS 8 juni 2016, AB 2017/33 m.nt. Sanders, die in zijn noot betoogt dat gelet op de door de Afdeling aangenomen uitzondering op de hoofdregel vooral belangrijk is dat degene die om handhaving vraagt niet de bron van de waarnemingen is. De enkele waarneming van bijvoorbeeld een ngo die dit aan de orde stelt en klaagt bij de toezichthouder, zal dus in het algemeen niet genoeg zijn.

[52] ABRvS 3 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1179, AB 2017/299 m.nt. Sanders, JB 2017/120 m.nt. West. Zie ook ABRvS 17 januari 2018, AB 2018/163 m.nt. Sanders. Zie ook CBb 18 april 2018, JB 2018/129.

[53] ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2357.

[54] Zie in verband met de invordering van de kosten van bestuursdwang CBb 11 augustus 2020, AB 2020/368 m.nt. Koenraad en Hendriks.

[55] Verschillende procedureregels voor het (bindend) beslechten van geschillen op dit terrein bevatten daarvoor procedures. Die zouden door de toezichthouder kunnen worden gebruikt om een beleid daarvoor te ontwikkelen. Zie bijvoorbeeld de art. 10 lid 4, 23 lid 3, 24, 26 lid 3 en 36 (ook de toezichthouder moet overtredingen publiceren) van de geschillenregeling van het IMVO Natuursteenconvenant, te raadplegen via <https://www.imvoconvenanten.nl/-/media/imvo/files/natuursteen/klachten-en-geschillenregeling-trustone.pdf?la=nl&hash=2C484BA403322A50653EE5209AFC5EF5> en art. 18 lid 5, 33 lid 3 en 42 leden 2(a) en 5 van de Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, te raadplegen via <https://www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>.

[56] In dit verband onderscheiden de in de inleiding genoemde relevante internationale raamwerken drie categorieën. Dat is het geval waarin een bedrijf de aantasting zelf veroorzaakt, het geval waarin het daaraan bijdraagt en het geval waarin die direct is verbonden met de bedrijfsvoering (in ruime zin). In dat laatste geval hoeft geen herstel te worden geboden en is dan ook de vraag of het niet aandringen op een herstelmechanisme een overtreding van de regelgeving inhoudt. De beantwoording van die vraag gaat het bestek van deze bijdrage echter te buiten.

[57] De auteur is overigens bekend met nog niet publieke initiatieven, die nu worden gepiloted, om daarin te voorzien.

[58] Zie daarover Scheltema (2021), p. 126 en 127.

[59] Kamerbrief van 5 november 2021, [Kamerstukken II 2021/22, 26485, nr. 377](#), onder 3, p. 7.

[60] Het is overigens niet uitgesloten dat die er wel zijn. Zo zou dit bedrijf mogelijk vorderingen kunnen hebben op Nederlandse bedrijven of banken waarop beslag kan worden gelegd.

[61] De Europese Commissie stelt dat overigens ook voor ten aanzien van het op de markt brengen van producten die met dwangarbeid zijn vervaardigd in de art. 7 juncto 17, 19 en 20 van de ontwerp-verordening betreffende een verbod tot het op de markt brengen van producten die met dwangarbeid zijn vervaardigd in de Unie, Com(2022) 453 final, te raadplegen via <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0453&from=EN>. Zie ook het explanatory memorandum bij het Richtlijnvoorstel, p. 7.

[62] Zie daarover bijvoorbeeld The Human Trafficking Legal Center, Importing Freedom, te raadplegen op <https://htlegalcenter.org/wp-content/uploads/Importing-Freedom-Using-the-U.S.-Tariff-Act-to-Combat-Forced->

[Labor-in-Supply-Chains\\_FINAL.pdf](#). Zie ook McCorquodale en Scheltema (2022), onder sanctions.

[63] Dat vereist nog wel enige overdenking, bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag hoe lang na het op de markt brengen dat nog kan en of recidive daarbij een rol speelt. Zie daarover in verband met de Houtverordening de conclusie van A-G Wattel van 11 maart 2020, *JM* 2020/73, onder 0.9 en 0.10.

[64] Vergelijk OHCHR, *Feedback on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence*, p. 10.

[65] Kamerbrief van 5 november 2021, [Kamerstukken II 2021/22, 26485, nr. 377](#), onder 3, p. 7.

[66] Zie ook de Kamerbrief van 5 november 2021, [Kamerstukken II 2021/22, 26485, nr. 377](#), onder 3, p. 7. Eerdere ervaringen met bijvoorbeeld de EVOA laten zien dat dergelijke samenwerking niet vanzelf effectief is.

[67] Vergelijk de Kamerbrief van 5 november 2021, [Kamerstukken II 2021/22, 26485, nr. 377](#), onder 3, p. 7.