

EUR Research Information Portal

De juridisering van mensenrechten due diligence

Published in:

Duurzaam ondernemen en Sustainable transport

Publication status and date:

Published: 05/10/2021

Document License/Available under:

Article 25fa Dutch Copyright Act

Citation for the published version (APA):

Scheltema, MW. (2021). De juridisering van mensenrechten due diligence. In Duurzaam ondernemen en Sustainable transport: Preadviezen Koninklijke Vereeniging 'Handelsrecht' 2021 Uitgeverij Paris. <https://www-uitgeverijparis-nl/nl/product/425/Duurzaam-ondernemen-en-Sustainable-transport#beschrijving>

[Link to publication on the EUR Research Information Portal](#)

Terms and Conditions of Use

Except as permitted by the applicable copyright law, you may not reproduce or make this material available to any third party without the prior written permission from the copyright holder(s). Copyright law allows the following uses of this material without prior permission:

- you may download, save and print a copy of this material for your personal use only;
- you may share the EUR portal link to this material.

In case the material is published with an open access license (e.g. a Creative Commons (CC) license), other uses may be allowed. Please check the terms and conditions of the specific license.

Take-down policy

If you believe that this material infringes your copyright and/or any other intellectual property rights, you may request its removal by contacting us at the following email address: openaccess.library@eur.nl. Please provide us with all the relevant information, including the reasons why you believe any of your rights have been infringed. In case of a legitimate complaint, we will make the material inaccessible and/or remove it from the website.

De juridisering van mensenrechten due diligence

M.W. Scheltema *

1 Inleiding

1.1 Algemeen

In dit preadvies staat de juridisering van mensenrechten *due diligence* centraal. Hoewel dit niet als een juridische verplichting is ontworpen, begint dit wel steeds meer een juridische verplichting te worden.

Het is daarom goed stil te staan bij de vraag wat mensenrechten due diligence inhoudt. Daarna ga ik in op de juridisering van dit begrip door het opnemen van mensenrechten due diligence verplichtingen in wetgeving, door middel van sectorconvenanten en door de invulling van open normen met een dergelijke verplichting in de rechtspraak.

Vervolgens zal ik de inhoud van mensenrechten due diligence uitwerken in waardeketens waarin een onderneming zaken en/of grondstoffen niet zelf produceert maar inkoopt bij leveranciers. Ook ga ik in op mensenrechten due diligence in verband met het klimaat, zoals de rechtbank Den Haag die recent heeft vastgesteld, en in verband met *digital technologies*.

Ik sluit af met een korte observatie over de rol van de bedrijfsjurist in dit kader.

1.2 Het begrip mensenrechten due diligence¹

Het begrip due diligence wordt meestal in verband gebracht met het uitvoeren van onderzoek naar de (juridische) risico's die voor een onderneming verbonden zijn aan bepaalde activiteiten, bijvoorbeeld in het kader van een overname, fusie of bij het doen van investeringen.² Mensenrechten due diligence (hierna ook kortweg aangeduid met MRDD) heeft echter een ander karakter omdat dit juist is gericht op risico's die ondernemingsactiviteiten voor derden veroorzaken en doorlopend

* Martijn Scheltema is partner bij Pels Rijcken, hoogleraar aan de Erasmus Universiteit en voorzitter van de geschillencommissies van de IMVO-kleding en natuursteenconvenanten.

1. Deze paragraaf is ontleend aan M.W. Scheltema, 'OESO due diligence en klimaat: een goede en praktisch hanteerbare combinatie?', in: Ch.W. Backes e.a. (red.), *2030: Het juridische instrumentarium voor mitigatie van klimaatverandering, energietransitie en adaptatie in Nederland* (VMR 2020-1), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 97-114, onder 2.

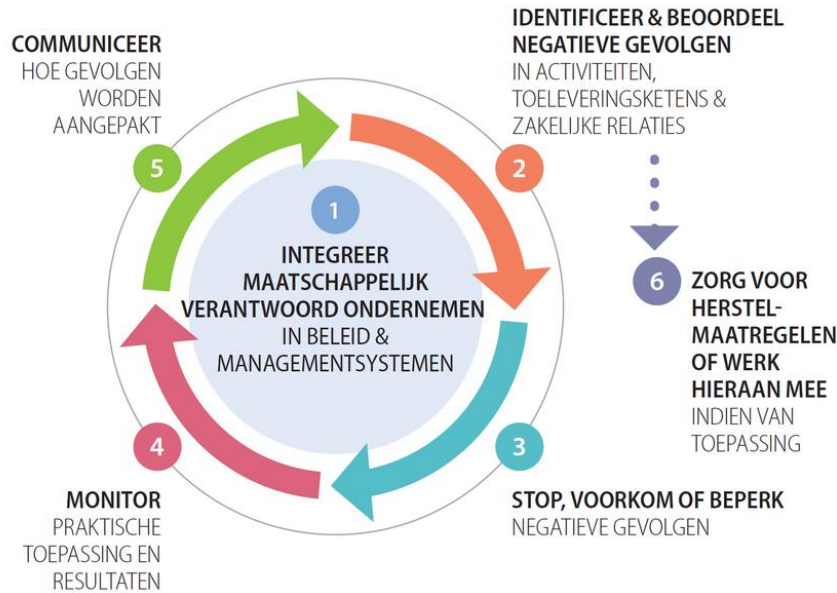
2. Zie daarover uitgebreider T.E. Lambooy, *Corporate Social Responsibility. Legal and semi-legal frameworks supporting CSR. Developments 2000-2010 and case studies* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 282-283, 287-290; J. Bonnitcha & R. McCorquodale, 'The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights', *EJIL* 2017, afl. 3, p. 901-902; L.S. Spedding, *Due Diligence Handbook. Corporate Governance, Risk Management and Business Planning*, Amsterdam/Boston/Londen: CIMA 2009, p. 3-4.

moet worden uitgevoerd.³ OESO due diligence is gebaseerd op de richtlijnen van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO). De OESO-Richtlijnen, die inmiddels zijn onderschreven door 48 landen (waaronder bijna alle EU-lidstaten), zijn voor het eerst in 1976 gepubliceerd. In 2011 zijn deze richtlijnen herzien, mede om deze in overeenstemming te brengen met het Verenigde Naties (VN)-raamwerk 'Protect, Respect, Remedy' en de bijbehorende United Nations Guiding Principles on Business Human Rights (UNGPs).⁴ De OESO-Richtlijnen bevatten richtsnoeren op het gebied van diverse onderwerpen op het terrein van verantwoord ondernemen. Naast algemene beginselen bevatten deze richtsnoeren aanbevelingen voor specifieke onderwerpen op het terrein van verantwoord ondernemen. Deze richtsnoeren zijn verder uitgewerkt in zogenoemde *guidance*-documenten, die zowel voor specifieke terreinen (zoals *conflict minerals*) als ook in het algemeen voor due diligence zijn opgesteld.⁵

De OESO-Richtlijnen geven aan dat multinationale ondernemingen een doorlopend due diligence proces moeten implementeren, dat zes stappen bevat en er schematisch als volgt uitziet:⁶

3. O. Martin-Ortega, 'Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last?', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2014, afl. 1, p. 50; C.C. van Dam, 'Corporate governance en respect voor mensenrechten', in: M. Lückerath-Rovers e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2018-2019*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 106; K. Buhmann, 'Public Regulators and CSR: The "Social Licence to Operate" in Recent United Nations Instruments on Business and Human rights and the Juridification of CSR', *Journal of Business Ethics* 2016, afl. 4, p. 708; C. Shavin, 'Unlocking the Potential of the New OECD Due Diligence Guidance on Responsible Business Conduct', *Business and Human Rights Journal* 2019, afl. 1, p. 145.
4. OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Parijs: OECD Publishing 2011, p. 3-4. Zie ook P. Simons, 'The governance gap: multistakeholder and intergovernmental initiatives', in: P. Simons & A. Macklin, *The Governance Gap. Extractive industries, human rights, and the home state advantage*, Abingdon/New York: Routledge 2014, p. 102-103. Zie voor de UNGPs zelf ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.
5. Zie voor de algemene guidance OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, Parijs: OECD Publishing 2018, te raadplegen via oecd.org/investment/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm (OECD 2018a) en voor de specifieke terreinen: OECD, *OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains*, Parijs: OECD Publishing 2016; OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, Parijs: OECD Publishing 2016; OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector*, Parijs: OECD Publishing 2018 (OECD 2018b); OECD, *OESO Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting: Key considerations for banks implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Parijs: OECD Publishing 2019. Zie voor meer sector-specifieke guidances mneguidelines.oecd.org.
6. OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 21.

HET DUE DILIGENCE-PROCES & ONDERSTEUNENDE MAATREGELEN



Allereerst moeten bedrijven dus een beleid opstellen om dit due diligence-proces vorm te geven. Een effectief beleid is volgens de OESO voor het publiek kenbaar, goedgekeurd op het hoogste niveau van de onderneming, ontwikkeld met gebruikmaking van de kennis van relevante interne en/of externe expertise en onder consultatie van relevante externe belanghebbenden.⁷ Dit beleid moet vervolgens ook op operationeel niveau worden geïmplementeerd.⁸

Vervolgens moeten bedrijven onderzoek doen naar de (potentiële) risico's op het terrein van verantwoord ondernemen die verbonden zijn aan hun activiteiten, waaronder toeleveringsketens en zakenrelaties (hierna kort aangeduid als 'waardeketens').⁹ In dat verband moeten onder meer de toeleveringsketens in kaart worden gebracht en kan informatie worden verzameld over significante risico's in de sector ten aanzien van producten en daarvoor gebruikte grondstoffen, in bepaalde landen of regio's of die volgen uit het beleid van een onderneming bijvoorbeeld ten aanzien van de inkoop.¹⁰ Wanneer de relevante risico's in kaart zijn gebracht, kan een prioritering plaatsvinden al naar de gelang de significantie van de risico's.¹¹ De aard van de ondernemingsactiviteiten kan daarvoor relevant zijn: zo brengen de ontwikkeling van een olieveld of een haven andere risico's mee dan de inkoop van kleding.¹²

7. OECD 2019, p. 32-33.

8. OECD 2019, p. 32-33.

9. OECD 2018a, p. 25, 62.

10. OECD 2018a, p. 25, 63.

11. De OESO heeft daarvoor op verschillende deelgebieden handreikingen ontwikkeld. Zie OECD 2018a, p. 21.

12. OECD 2018a, Q24, p. 66.

Daarna kunnen concrete risico's of daadwerkelijke ongunstige maatschappelijke effecten worden geïdentificeerd en beoordeeld.¹³ Hoe ver dit onderzoek moet gaan, hangt af van de omstandigheden en de soort/grootte van de onderneming.¹⁴ Vervolgens moet een onderneming beoordelen op welke wijze zij bij de geïdentificeerde (potentiële) negatieve effecten is betrokken. Onderzocht moet worden of zij de veroorzaker is, dan wel een bijdrage heeft geleverd, levert of 'direct verbonden' is met die effecten. Een onderneming heeft de ongunstige effecten veroorzaakt, wanneer haar eigen activiteiten voldoende zijn om de ongunstige effecten in het leven te roepen. Een onderneming heeft bijgedragen aan de ongunstige effecten, wanneer de combinatie van haar activiteiten met de activiteiten van een ander de ongunstige effecten in het leven hebben geroepen. Zo kan een onderneming ervoor hebben gezorgd of er nog steeds voor zorgen dat ongunstige effecten met een andere entiteit zijn of worden veroorzaakt of kan een onderneming de ongunstige effecten, die zijn of worden veroorzaakt door een ander, hebben gefaciliteerd of verergerd of nog steeds faciliteren of verergeren.¹⁵ Een onderneming is 'direct verbonden' wanneer de ongunstige maatschappelijke effecten zijn veroorzaakt door een ander en de onderneming via haar diensten, producten, activiteiten of zakenrelaties in verband kan worden gebracht met de veroorzaker. Een onderneming dient vervolgens gepaste maatregelen te nemen om de negatieve effecten te adresseren, waarbij de mate van betrokkenheid bij die negatieve effecten (veroorzaker, bijgedragen aan of direct verboden) bepalend is.¹⁶

De derde stap van OESO due diligence ziet op maatregelen die ongunstige effecten kunnen voorkomen, beëindigen of verzachten. Uiteraard staat het voorkomen van negatieve effecten voorop. Pas als ongunstige effecten niet voorkomen kunnen worden, dient de betrokken onderneming maatregelen te nemen die de negatieve effecten verzachten.¹⁷ Gedacht kan worden aan het geven van trainingen en technische investeringen die risico's op ongunstige effecten verminderen.¹⁸ Overigens zal een onderneming het negatieve effect niet altijd zelf veroorzaken of daaraan bijdragen. De onderneming kan dan de invloed die zij heeft gebruiken om de zakenrelatie ertoe te bewegen de activiteit te stoppen of aan te passen ter vermindering van daadwerkelijke ongunstige effecten en ter voorkoming en vermindering van toekomstige negatieve effecten. Daarbij kunnen ook overheidsinstanties in het land van de zetel van de onderneming worden betrokken.¹⁹ De invloed die een multinationale onderneming heeft op een zakenrelatie kan te beperkt zijn om een gedragsverandering bij die zakenrelatie teweeg te brengen. Dan moet de invloed op deze zakenrelatie waar mogelijk worden vergroot. In de OESO Due Diligence Guidance wordt in dat verband gewezen op initiatieven waarbij meerdere bedrijven

13. OECD 2018a, p. 26-27.

14. OECD 2011, p. 20; zie ook OECD 2018a, p. 31, 61; Simons & Macklin 2014, p. 297.

15. In de OECD Due Diligence Guidance wordt wel geëist dat de bijdrage 'substantieel' is, hetgeen betekent dat niet iedere geringe betrokkenheid van de onderneming gelijk staat aan een 'bijdrage' zoals hier bedoeld.

16. OECD 2018a, Q29, p. 70-72.

17. OECD 2018a, p. 16, 74.

18. OECD 2018a, p. 75.

19. OECD 2018a, Q36, p. 78; OECD, *OECD Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting: Key considerations for banks implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Parijs: OECD Publishing 2019, p. 49.

in de sector betrokken zijn.²⁰ Dergelijke initiatieven kunnen door de samenwerking tussen belanghebbenden vaak meer voor elkaar krijgen dan individuele bedrijven, bijvoorbeeld door het ontwikkelen van gezamenlijke *best practices*, en kunnen bijvoorbeeld ook monitoring door derden verplicht stellen. Te denken valt aan initiatieven (met certificering) zoals Fair Wear, UTZ/Rainforest en FairTrade. Hierna wordt specifiek nog ingegaan op (certificerings)initiatieven in verband met klimaat. Een onderneming dient ook de effectiviteit van genomen maatregelen periodiek te evalueren en de implementatie van due diligenceprocessen te beoordelen. Deze evaluatie of beoordeling moet plaatsvinden op basis van passende kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren.²¹

De vijfde stap betreft communicatie en rapportage over het beleid op het terrein van verantwoord ondernemen. Het naar buiten toe communiceren over het gevoerde due diligencebeleid moet op zo toegankelijk mogelijke wijze gebeuren voor alle doelgroepen van de onderneming.²²

Ten slotte dient een onderneming die een negatief effect veroorzaakt of daaraan bijdraagt een geschikte vorm van herstel te bieden. Welke vorm van herstel geschikt is, hangt af van de aard en de reikwijdte van het ongunstige effect. In de term 'herstel' wordt in de OESO-Richtlijnen begrepen het bieden van of deelnemen aan legitieme processen voor herstel en maatregelen die, als uitkomst van de processen, de betreffende toestand herstellen.²³ Het bieden van herstel maakt overigens als zodanig geen deel uit van OESO due diligence. Het komt immers pas aan de orde wanneer een onderneming tot de conclusie is gekomen dat ze een ongunstig effect heeft veroorzaakt of daaraan heeft bijgedragen.²⁴ Via een klachtenmechanisme (op operationeel niveau) kunnen echter ook nieuwe potentiële en daadwerkelijk ongunstige effecten ter kennis van de onderneming worden gebracht. Een klachtenmechanisme (op operationeel niveau) kan dus nieuwe informatie in het due diligenceproces van de onderneming opleveren, naast de functie als procedure die de onderneming en haar *stakeholders* kunnen gebruiken in verband met het bieden van herstel.²⁵

-
20. OECD 2018a, Q 37, p. 72, 75 en 79. Zie ook H. Hofmann, C. Schleper & C. Blome, 'Conflict Minerals and Supply Chain Due Diligence: An Exploratory Study of Multi-tier Supply Chains', *Journal of Business Ethics* 2018, afl. 1, p. 127.
 21. OECD 2018a, p. 82 en 83. Zie ook OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, Parijs: OECD Publishing 2016, p. 18-19 en 46.
 22. OECD 2018a, p. 85-87; OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 17-20.
 23. OECD 2018a, p. 35, 88 en 89; zie ook OECD, *Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting: Key considerations for banks implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Parijs: OECD Publishing 2019, p. 59; OECD 2011, par. 46, p. 34; OECD, 2018b, p. 99-100.
 24. OECD 2018a, Q46, p. 88.
 25. OECD 2018a, Q46, p. 88.

2 Schets Nederlandse situatie

2.1 Wetgeving

In het voorgaande onderdeel van dit preadvies is al uitvoerig ingegaan op de ontwikkelingen op het gebied van (Europese) wetgeving op dit terrein. Ik ga nog enigszins beknopt in op de onderdelen van die wetgeving die voor mijn betoog relevant zijn.

De enige in Nederland op dit moment op het terrein van MRDD van kracht zijnde wetgeving (die geen betrekking heeft op rapportage over dit onderwerp alleen) is de al genoemde Europese verordening op het terrein van ‘conflictmineralen’.²⁶ Deze verordening is van kracht per 1 januari 2021 en bevat, kort gezegd, op grond van de artikelen 2 onder c, 3 lid 1, 4 en 5 een OESO due diligenceverplichting²⁷ die zich ook uitstrekt tot handelsketens. Deze verplichting geldt blijkens artikel 1 lid 1 en 3 voor degenen die tin, tantaal en wolfram, de ertsen die deze metalen bevatten, of goud in de Europese Unie invoeren boven de in bijlage 1 genoemde drempel. De kern vormen de artikelen 4 onder d en 5 lid 1 onder a en b, 3 en 4 van de Conflictmineralenverordening, waarin wordt geëist dat een beleid wordt ontwikkeld en risico’s worden geïnventariseerd om mensenrechtenrisico’s te voorkomen en te mitigeren, in overeenstemming met Annex II van de OESO Due Diligence Guidance.²⁸ Ook moeten bepalingen worden opgenomen om omkoping, witwassen en belastingontwijking te voorkomen. Verder bepaalt artikel 4 onder e Conflictmineralenverordening dat een klachtenmechanisme moet worden ingericht, al dan niet in samenwerking met andere organisaties, of moet worden aangesloten bij een extern mechanisme, zoals een ombudsman. Niet geheel duidelijk is echter of dit op het niveau van de eigen onderneming moet worden geregeld of juist ook in de handelsketens en dus dichterbij de daadwerkelijke mensenrechtenimpact. Artikel 5 lid 2 Conflictmineralenverordening lijkt echter te veronderstellen dat dit (ook) op het lokale niveau van de schending moet zijn. Ook worden in artikel 4 onder f en g eisen gesteld aan een systeem dat de mineralen door de ketens volgt. Ten slotte bestaat op grond van artikel 7 lid 4 een publieke rapportageverplichting.

MRDD ligt ook besloten in artikel 5 van de Wet zorgplicht kinderarbeid (Wzk), die in beginsel in 2022 van kracht zal worden.²⁹ Daarnaast is in een Nederlands initiatiefvoorstel van de Tweede Kamer in artikel 2.3 MRDD voorgeschreven.³⁰ Het Nederlandse initiatiefvoorstel heeft veel elementen van de Wzk, maar geldt niet alleen voor kinderarbeid maar voor alle mensenrechten en het milieu.

26. 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) (hierna: Conflictmineralenverordening). Deze verordening is gebaseerd op de *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, oecd.org/corporate/mne/GuidanceEdition2.pdf.

27. Zie art. 2 onder o Conflictmineralenverordening en met name de *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas* met in begrip van annexen en supplementen.

28. Te raadplegen via oecd.org/dafinv/mne/OECD-Due-Diligence-Guidance-Minerals-Edition3.pdf, p. 20.

29. *Sib.* 2019, 401.

30. Zie voor het initiatiefvoorstel van de Tweede Kamer: *Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 1-2*.

Ook is MRDD voorgeschreven in artikel 4 van het voorstel voor een richtlijn van het Europese parlement dat is opgenomen in een annex bij een resolutie van het Europese Parlement.³¹ Deze resolutie bevat onder 1 alle stappen van MRDD (in de resolutie aangeduid als gepaste zorgvuldigheid) en onder 16 (en in de considerans bij het voorstel onder 34) wordt benadrukt dat dit een dynamisch proces is en geen eenmalige actie, waarbij ook geen lijstjes moeten worden afgevinkt maar risico's en effecten daadwerkelijk moeten worden beoordeeld. Verder wordt in de resolutie onder 20 benadrukt dat MRDD in samenwerking met handelspartners daadwerkelijk veranderingen teweeg moet brengen, waarin overigens ook de overheid een rol heeft in het kader van subsidies en exportgerichte hervormingen in partnerlanden. Ook wordt onder 24 (en onder 29 van de considerans bij het voorstel) aangegeven dat bedrijven inzicht moeten geven in hun handelsketens en in dat verband wordt ook gewezen op digitale oplossingen (zoals *blockchain*) om bureaucratische lasten tot een minimum te beperken, waarbij onder 25 (en in de considerans bij het voorstel onder 29) ook de Europese Commissie wordt opgeroepen om instrumenten te evalueren en ondernemingen daarbij te helpen. Ook wordt onder 25 (en de considerans bij het voorstel onder 42, 47 en 48) gewezen op het nut van klachtenmechanismen op het niveau van de onderneming of van samenwerkingsverbanden, mits die voldoen aan UNGP 31, beschermen tegen vergelding, aansluiten op gerechtelijke mechanismen en geen drempels opwerpen om een klacht in te dienen bij de bevoegde autoriteiten. Verder moeten bij de ontwikkeling ervan ook belanghebbenden worden betrokken.

De considerans bij het voorstel onder 20 en 44 maakt ook duidelijk dat MRDD betrekking heeft op de gehele waardeketen. Verder is volgens de considerans onder 32 van belang dat evenredige en passende inspanningen moeten worden gedaan om de zakelijke relaties in de waardeketen vast te stellen. Verder maakt de considerans onder 34 duidelijk dat bij een eventuele prioritering rekening moet worden gehouden met de aard en context (inclusief de geografische context) van de ondernemingsactiviteiten en de ernst en waarschijnlijkheid van het negatieve effect. Certificering kan daarbij een aanvulling vormen op de activiteiten van een onderneming, maar vormt geen vrijwaring voor het uitvoeren van MRDD. Hoe ernstiger en waarschijnlijker de effecten zijn, des te regelmatigiger moet de nalevingscontrole worden uitgevoerd, aldus de considerans onder 36.

De considerans onder 38, 39, 41 en 42 benadrukt ook dat alle belanghebbenden op een zinvolle wijze moeten worden geraadpleegd, waarbij specifiek ook wordt gewezen op vakbonden en, met inachtneming van de internationale mensenrechtennormen voor inheemse volkeren, inclusief voorafgaande en geïnformeerde instemming en het recht op zelfbeschikking. Daarbij geldt ook dat leveranciers en onderaannemers volgens de considerans onder 44 ook moeten worden geïdentificeerd voor zover dat mogelijk is en dat die informatie toegankelijk moet worden gemaakt voor het publiek, maar die verplichting wel evenredig moet zijn aan de middelen en capaciteiten van een onderneming. Ook moeten volgens de considerans onder 46 vrijwillige samenwerkingsacties van ondernemingen op sectoraal of sectoroverstijgend niveau worden aangemoedigd, maar kunnen die de verantwoordelijkheid van individuele ondernemingen niet teniet doen. Daarnaast wordt de

31. Resolutie 2020/2129(INL), te raadplegen via [europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.html](https://eur-parl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.html).

commissie in de considerans onder 59 aangemoedigd om (al dan niet sectorspecifieke) richtsnoeren op te stellen die vooral kleine en middelgrote ondernemingen helpen om MRDD uit te voeren.

In artikel 1 lid 2 van het daadwerkelijke voorstel voor de richtlijn (een annex bij de resolutie) worden alle stappen van MRDD omschreven en uiteengezet dat de verplichtingen in de richtlijn op al die stappen zien. In artikel 2 wordt het toepassingsgebied echter beperkt tot grote ondernemingen, kleine en middelgrote beursgenoteerde ondernemingen en kleine en middelgrote ondernemingen met een hoog risico op mensenrechtenschendingen (die overigens nog niet zijn gedefinieerd). De regels gelden overigens ook voor ondernemingen die niet in de EU gevestigd zijn maar er wel actief zijn. Blijkens artikel 3 lid 2-5 heeft MRDD betrekking op de hele waardeketen. In artikel 4 wordt aangegeven wat MRDD inhoudt. In dat verband moeten bedrijven op grond van artikel 4 lid 8 garanderen dat ook zakelijke relaties (in de gehele waardeketen) een beleid ontwikkelen en uitvoeren dat in overeenstemming is met hun beleid, bijvoorbeeld door middel van contractuele clausules, gedragscodes of gecertificeerde onafhankelijke audits. Wel moeten zij er op grond van dit lid voor zorgen dat hun inkoopbeleid geen potentiële of daadwerkelijke negatieve effecten op de mensenrechten heeft. Verder moeten lidstaten er volgens artikel 5 lid 1 voor zorgen dat ondernemingen bij het vaststellen en uitvoeren van MRDD te goeder trouw en op doeltreffende, zinvolle en geïnformeerde wijze overleggen met relevante belanghebbenden, waaronder werknemersvertegenwoordigers en vakbonden en waarbij zij voorrang kunnen geven aan de meest getroffen belanghebbenden, waarbij er volgens artikel 5 lid 3 wel op moet worden gelet dat betrokken belanghebbenden niet in gevaar worden gebracht door dit overleg. Op grond van artikel 6 geldt ook een publicatieplicht van de MRDD-strategie. Verder moet de strategie op grond van artikel 8 jaarlijks worden herzien in overleg met belanghebbenden, net zoals bij het ontwikkelen van de strategie (geregeld in art. 4) overleg met belanghebbenden moet worden gevoerd.

In artikel 9 is de verplichting tot het inrichten van een klachtenmechanisme opgenomen, dat volgens lid 1 zowel individueel of in samenwerking met andere ondernemingen of organisaties kan worden opgezet, maar waaraan ook kan worden voldaan door deel te nemen aan door belanghebbenden opgezette mechanismen of door zich aan te sluiten bij een algemene kaderovereenkomst die voorziet in dergelijke mechanismen. Op grond van artikel 9 lid 2 moeten de mechanismen voldoen aan UNGP 31. Bedrijven moeten er op grond van lid 3 ook voor zorgen dat een belanghebbende na het indienen van een klacht een tijdige en doeltreffende reactie ontvangt. Krachtens artikel 9 lid 4 moeten bedrijven ook verslag uitbrengen over redelijke bezorgdheid³² die via de klachtenmechanismen is geuit op een zodanige wijze dat dit de klagers niet in gevaar brengt. Verder moet blijkens de leden 5 en 6 in de strategie ook rekening worden gehouden met de klachten en uitkomsten van klachtenmechanismen en bij het ontwikkelen van die mechanismen moet ook rekening worden gehouden met het standpunt van belanghebbenden. Volgens artikel 9 lid 7 en artikel 10 lid 5 mogen deze mechanismen de toegang tot gerechtelijke mechanismen niet verhinderen of uitsluiten dan wel het doorlopen ervan als voorwaarde stellen aan toegang tot die mechanismen. Interessant is wel dat de

32. Er wordt in de annex niet uiteengezet wat daarmee wordt bedoeld, maar het lijkt te gaan om gefundeerde klachten die relevant zijn op het terrein van MRDD.

rechter de uitkomsten van die mechanismen volgens de richtlijn in overweging moet nemen, maar dat die voor hem niet bindend zijn. Op grond van artikel 10 zal een onderneming indien zij een negatief effect heeft veroorzaakt of daaraan heeft bijgedragen moeten zorgen voor herstel en naar beste vermogen meewerken aan het herstelproces. Bij de vaststelling van die maatregelen kunnen blijkens lid 2 ook de uitkomsten van klachtenmechanismen worden gebruikt.

Verder is in artikel 14 bepaald dat de commissie niet-bindende richtsnoeren kan opstellen hoe ondernemingen het beste kunnen voldoen aan de richtlijn. Deze bieden blijkens dit artikel vooral praktische sturing voor het in acht nemen van evenredigheid en het stellen van prioriteiten afhankelijk van de omvang van de onderneming en houden rekening met de algemeen erkende instrumenten op dit terrein zoals de UNGPs en de OESO-Richtlijnen. Ook dient de commissie volgens lid 4 landeninformatiebladen op te stellen. Ten slotte bepaalt artikel 15 dat ook specifieke richtsnoeren moeten worden opgesteld voor hoogrisico- of beursgenoteerde kleine en middelgrote ondernemingen en daarvoor via Unieprogramma's ook financiële ondersteuning kan worden geboden.

Deze resolutie van het Europees Parlement bevat veel nuttige aanknopingspunten voor wat MRDD inhoudt, maar ik acht het niet waarschijnlijk dat de uiteindelijke Europese richtlijn zo ver zal gaan. Het eerste commissievoorstel voor de richtlijn heeft ook vertraging opgelopen onder meer omdat er discussie is ontstaan over de vraag of de richtlijn ook *governance*-bepalingen zou moeten bevatten of alleen zou moeten gaan over MRDD.

De United Nations Working Group on Business Human Rights (UNWG), die waakt over de implementatie van de UNGPs, heeft in haar Stock Taking report naar aanleiding van het tienjarig bestaan van de UNGPs opgemerkt dat het belangrijk is dat indien voor wetgeving wordt gekozen dit een verdere en gebalanceerde uitwerking en verduidelijking van (de aard van) wettelijke verplichtingen en aansprakelijkheid noodzakelijk maakt.³³ Onduidelijkheden in het kader van de interpretatie van wetgeving moeten volgens de working group worden voorkomen teneinde ongewenste uitkomsten en 'check box' MRDD of loze beloften voor effectieve remedies te pareren, waarbij specifiek ook moet worden gelet op kwetsbare groepen.³⁴

Daarnaast is het volgens de UNWG belangrijk dat betrouwbare en effectieve handhavings- en sanctiemodellen worden ingevoerd om ervoor te zorgen dat de verplichtingen serieus worden genomen, waarbij gedegen kennis van de UNGPs, en in het bijzonder wat die in de praktijk meebrengen, onontbeerlijk is.³⁵

In een eerder deel van de preadviezen is al de nodige buitenlandse wetgeving op het terrein van MRDD besproken. Ik ga hier nog kort in op de vormgeving en effectiviteit van MRDD-wetgeving, waarvan ik het als een gegeven beschouw dat die er op korte termijn gaat komen. In ander verband zijn Cees van Dam en ik daar al

33. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 10, te raadplegen via ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNGPs10/Stocktaking-reader-friendly.pdf.

34. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 10.

35. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 10.

uitvoeriger op ingegaan.³⁶ Een belangrijk probleem van MRDD-wetgeving is dat de soorten problemen die zich voordoen en wat van een onderneming kan worden verwacht, afhankelijk is van de aard, omvang en onomkeerbaarheid van de betreffende mensenrechtenschending en dit bovendien kan verschillen per land en per sector. Zo maakt het verschil of het gaat om problemen bij een leverancier in een handelsketen voor de productie van kleding in Azië of bij de bouw en exploitatie van een stuwdam in Latijns-Amerika. Ook is de MRDD van een aantal jaar geleden niet meer de *best practice* van nu. De rechtspraak tot nu toe op dit terrein, waar ik hierna nog kort op zal ingaan, geeft op dit punt tot op heden ook weinig richting. Daarmee bestaat het risico, naar ook al uit de hiervoor besproken observaties van de UNWG blijkt, dat als in (Europese of Nederlandse) wetgeving wordt volstaan met een algemene verplichting tot het uitvoeren van MRDD, dit kan leiden tot onduidelijkheden in de interpretatie ervan voor een specifiek geval en vooral ook tot *check box*-naleving in plaats van daadwerkelijke verbeteringen voor degenen die de mensenrechtenschending ondervinden van de activiteiten van ondernemingen. In dat geval komt van een *level playing field* voor ondernemingen op dit terrein, dat vaak als een voordeel van dergelijke wetgeving wordt genoemd, weinig terecht en leidt dergelijke wetgeving vooral tot administratieve lasten voor ondernemingen, zonder dat er daadwerkelijke verbetering optreedt op het terrein van de mensenrechten.

Het is daarom belangrijk dat niet wordt volstaan met het invoeren van een algemene wettelijke verplichting tot het uitvoeren van MRDD. Omdat het ondoenlijk lijkt om in (lagere) regelgeving voor alle situaties waarin in een bepaald land in een specifieke sector een bepaalde mensenrechtenschending plaatsvindt, aan te geven wat een onderneming in het kader van MRDD moet doen, nog daargelaten of dat dan praktisch uitvoerbaar is, lijkt dat niet de goede weg. Het zal er dus vooral om gaan om naast de invoering van een algemenere MRDD-verplichting (die overigens wel moet zien op alle zes stappen van MRDD) publiekrechtelijk toezicht op de naleving ervan in te voeren dat ook leidt tot een materiële gedragsverandering bij bedrijven (waar nog onvoldoende MRDD wordt uitgevoerd) en tot verbetering van de mensenrechtensituatie van degenen die de negatieve effecten ondervinden van activiteiten van ondernemingen. In het eerder genoemde onderzoek is al uitvoerig uiteengezet hoe dergelijk toezicht eruit zou kunnen zien.³⁷ Kern van dit toezicht is dat dit wordt gebaseerd op door de toezichthouder geïdentificeerde *best practices* die zijn ontwikkeld door ondernemingen of (*multi-stakeholder*) initiatieven zoals de Nederlandse sectorconvenanten. De ontwikkeling daarvan geschiedt bij voorkeur en zo veel mogelijk ook in overleg met relevante belanghebbenden. Deze *best practices* doen recht aan de verschillende aard, omvang en onomkeerbaarheid van de mensenrechtenschendingen in de verschillende sectoren en landen en zijn bovendien praktisch uitvoerbaar omdat (in ieder geval sommige) ondernemingen deze al hanteren. Het toezicht is dan bovendien dynamisch omdat de *best practices* in de loop van de tijd veranderen. Daarnaast kan ook bijzondere aandacht worden besteed aan de impact op in een specifieke situatie kwetsbare groep (het zal van de omstandigheden afhangen wie dat zijn en om welke reden). Het zou wel een

36. C.C. van Dam & M.W. Scheltema, *Opties voor afdwingbare IMVO-instrumenten* (onderzoek in opdracht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken), te raadplegen via tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2020Z06176&did=2020D12968.

37. C.C. van Dam & M.W. Scheltema, *Opties voor afdwingbare IMVO-instrumenten*, p. 110 e.v.

zogenoemd *comply or explain*-model moeten zijn, waarbij ondernemingen ofwel een voor hen relevante *best practice* implementeren ofwel aan de toezichthouder uitlegen waarom zij dat (bijvoorbeeld vanwege de grootte van de onderneming) niet kunnen en wat zij dan wel doen om MRDD zo goed mogelijk uit te voeren. Verder ligt het voor de hand dat ondernemingen deze *best practices* het eerst implementeren in hun kernactiviteiten die het grootste risico op mensenrechtenschending teweegbrengen. Het is verder belangrijk dat er voldoende kennis, capaciteit en budget voor de toezichthouder beschikbaar is om een dergelijke vorm van toezicht uit te kunnen voeren en er bovendien, als het gaat om Europese wetgeving, ook coördinatie en uitwisseling van kennis en ervaringen op Europees niveau plaatsvindt of er, wellicht nog beter, één Europese toezichthouder komt.³⁸ Het is in het kader van de rechtszekerheid overigens belangrijk dat ondernemingen na het identificeren van een *best practice* door de toezichthouder nog enige tijd krijgen om die ook daadwerkelijk te implementeren, alvorens de toezichthouder tot het nemen van maatregelen kan overgaan wegens het niet implementeren van een bepaalde *best practice*. Naast de rol van de *best practices* in het toezicht, verwacht ik dat er in de nabije toekomst ook gegevens beschikbaar zullen komen over de negatieve gevolgen die ondernemingsactiviteiten hebben op de mensenrechtensituatie en de mate waarin de door de onderneming uitgevoerde MRDD daarin verandering brengt aan de hand van ervaringen van relevante belanghebbenden, waar nu nog vooral gekeken wordt (veelal aan de hand van (lange) vragenlijsten) naar de activiteiten van ondernemingen op het terrein van MRDD en de implementatie ervan.³⁹ Ik verwacht dat toezichthouders ook van dat soort informatie over negatieve gevolgen aan de hand van ervaringen van relevante belanghebbenden gebruik zullen gaan maken. Of het daarnaast nog nuttig is om een aparte aansprakelijkheidsbepaling in wetgeving op te nemen, zoals de UNWG lijkt te suggereren, waag ik voor de Nederlandse situatie te betwijfelen. Als er een MRDD-verplichting is ingevoerd, zal het niet uitvoeren van toereikende MRDD een schending van een wettelijke plicht als bedoeld in artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW) opleveren. In lijn met de uitspraak van de Haagse rechtbank in de hierna nog te bespreken Shell-klimaatzaak, is niet onaanneemelijk dat een rechter zal aannemen dat het gaat om het uitvoeren van MRDD door de gehele onderneming en als de moeder in Nederland is gevestigd, de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft en ook naar Nederlands recht kan beoordelen of toereikende MRDD is uitgevoerd. Als degenen die negatieve gevolgen ondervinden van de activiteiten van deze onderneming door het niet uitvoeren van MRDD schade hebben geleden (al zal het niet makkelijk zijn om causaal verband aan te tonen),⁴⁰ is niet ondenkbaar dat aansprakelijkheid wordt aangenomen. Een aparte aansprakelijkheidsbepaling voor het niet uitvoeren van MRDD heeft mijns

38. Zie daarover bijvoorbeeld R. McCorquodale & M.W. Scheltema, *Core Elements of an EU Regulation on Mandatory Human Rights and Environmental Due Diligence*, p. 25, te raadplegen via https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/Contribution_McCorquodale_and_Scheltema_mandatory_due_diligence_082020.pdf.

39. Zie bijvoorbeeld United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 18. Bedrijven als Sustainalytics en bijvoorbeeld de Corporate Human Rights Benchmark verschaffen de laatstgenoemde soort informatie over onderzochte ondernemingen.

40. Denkbaar zou overigens wel zijn dat wetgeving een omkering van de bewijslast op dit punt zou inhouden, maar een dergelijke omkering is voor zover mij bekend nog niet in van kracht zijnde wetgeving geïmplementeerd.

inziens dan ook een beperkte meerwaarde naast artikel 6:162 BW. Dat is mogelijk anders waar het gaat om aansprakelijkheid voor een mensenrechtenschending als zodanig die is veroorzaakt door de activiteiten van een onderneming, dus zonder dat het gaat om de vraag of toereikende MRDD is uitgevoerd. Gelet op de te voorzien IPR-problemen bij een dergelijke bepaling, nu veelal buitenlands recht van toepassing zal zijn (de meeste van dergelijke schendingen vinden buiten Nederland en buiten de EU plaats), zal een Nederlandse bepaling weinig invloed hebben.⁴¹ Overigens kan niet worden verwacht dat wetgeving (en toezicht daarop) het probleem van mensenrechtenimpact van ondernemingsactiviteiten geheel zal oplossen. Daarvoor is meer nodig: een doordachte mix van verplichtende en andersoortige instrumenten.⁴² In het kader van de andersoortige instrumenten kan onder meer worden gedacht aan de IMVO-sectorconvenanten (internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen), waarop ik hierna inga.

2.2 Sectorconvenanten

In Nederland zijn de UNGPs en OESO-Richtlijnen in eerste instantie niet via regelgeving, maar via vrijwillige sectorconvenanten geïmplementeerd. Deze convenanten zijn *multi-stakeholder* overeenkomsten, die overigens niet steeds als juridisch bindend zijn aangemerkt, tussen bedrijven, banken of financiële instellingen dan wel vertegenwoordigende organisaties van deze entiteiten, non-gouvernementele organisaties (ngo's) en de overheid. Het doel van deze convenanten is de implementatie van de OESO-Richtlijnen.⁴³ In 2013 heeft de Minister van Buitenlandse Zaken na extern onderzoek dertien risicosectoren geïdentificeerd waarin de convenanten zouden moeten worden gesloten.⁴⁴ Destijds, en overigens ook in het regeerakkoord van het vorige kabinet, is aangekondigd dat wetgeving zou worden geïmplementeerd als deze convenanten niet in alle risicosectoren zouden zijn gesloten voor 2017 en/of onvoldoende effectief zouden blijken.⁴⁵ Inmiddels is overigens in het in het najaar van 2020 gepubliceerde beleid van het Ministerie van Buitenlandse Zaken het uitgangspunt opgenomen dat wetgeving onderdeel wordt van het beleidsinstrumentarium en dus niet meer alleen wordt gebouwd op de IMVO-convenanten en

41. C.C. van Dam & M.W. Scheltema, *Opties voor afdwingbare IMVO-instrumenten*, p. 51-54. Dat zou mogelijk kunnen worden gepareerd door de bepaling van openbare orde te achten en de Nederlandse rechter te verplichten die toe te passen ook waar in beginsel buitenlands recht van toepassing is. Dan rijzen echter afgrenzingsproblemen in hoeverre de Nederlandse bepaling inbreuk maakt op het verder toepasselijke buitenlandse recht, waar bijvoorbeeld op het terrein van de bescherming van mensenrechten of ten aanzien van de vraag welke instrumenten een moederonderneming ten opzichte van haar dochters ten dienste staan, andere regels kunnen gelden. Een dergelijke bepaling lijkt mij dan ook lastig uitvoerbaar, internationaal omstreden en die is bovendien, voor zover mij bekend, ook nog niet in enige van kracht zijnde wetgeving geïmplementeerd.

42. Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Van voorlichten tot verplichten. Een nieuwe impuls voor internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemerschap*, p. 18, bijlage bij de Kamerbrief van 16 oktober 2020, *Kamerstukken II 2020/21*, 26485, nr. 337.

43. IOB Evaluation, *Mind the governance gap, map the chain, Evaluation of the Dutch government's policy on international responsible business conduct (2012-2018)*, p. 21, beschikbaar via iob-evaluatie.nl/publicaties/evaluaties/2019/09/01/433-%E2%80%93-iob-%E2%80%93-evaluation-of-the-dutch-governments-policy-on-international-responsible-business-conduct-2012-2018-%E2%80%93-mind-the-governance-gap-map-the-chain.

44. *Kamerstukken II 2013/14*, 26485, nr. 187, p. 1-2.

45. Zie de brief van de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking aan de Tweede Kamer van 3 april 2020, *Kamerstukken II 2019/20*, 26485, nr. 326.

andere niet-dwingende maatregelen.⁴⁶ De gedachte achter het nieuwe beleid is dat er een doordachte mix moet komen van vrijwillige en verplichtende maatregelen.⁴⁷ Er zijn in totaal elf convenanten gesloten en over één wordt op dit moment onderhandeld.⁴⁸ Over de effectiviteit van deze convenanten is al het nodige gezegd⁴⁹ en gelet op de hier ter beschikking staande ruimte ga ik daar beperkt op in. Wel lijken de sectorconvenanten in het kader van het ontwikkelen van *best practices* en als onderdeel van de doordachte mix van beleidsinstrumenten nog een (belangrijke) rol te kunnen blijven spelen, ook als wetgeving wordt ingevoerd. Zo bevat artikel 11 van het voorstel van het Europees Parlement voor een richtlijn op het terrein van MRDD de mogelijkheid voor lidstaten om sectorale of sectoroverstijgende actieplannen aan te moedigen, waaraan ook relevante belanghebbenden, zoals vakbonden moeten kunnen deelnemen (lid 2). Wel moet volgens lid 4 ook rekening worden gehouden met het standpunt van belanghebbenden (die geen deelnemer zijn aan het *multi-stakeholder* initiatief). Volgens lid 3 kunnen dergelijke initiatieven ook een klachtenmechanisme inrichten dat in overeenstemming moet zijn met artikel 9 van de richtlijn. Ook artikel 5 lid 3 Wzk bevat de mogelijkheid voor de Minister van Buitenlandse zaken om bepaalde *multi-stakeholder* initiatieven goed te keuren als die in overeenstemming zijn met de OESO-Richtlijnen.⁵⁰ Het gevolg daarvan is dat een onderneming die daaraan deelneemt geacht wordt toereikend onderzoek in de ketens te hebben gedaan.

Meer in algemene zin kunnen dergelijke initiatieven dus bijdragen aan de naleving van wetgeving en zelfs, als daarvoor in de wet een voorziening is opgenomen, een wettelijk vermoeden opleveren dat MRDD wordt uitgevoerd. Ook in het kader van publiek toezicht zouden dergelijke initiatieven een rol kunnen spelen, bijvoorbeeld omdat een toezichthouder daarin ontwikkelde *best practices* als een goede standaard aanmerkt voor MRDD in een bepaald land en/of bepaalde sector. Zij kan dan, wanneer het initiatief ook overigens in overeenstemming is met de OESO-Richtlijnen, bij bedrijven die daaraan meedoen, aannemen dat zij voldoen aan de wettelijke normen. Dat opent mogelijkheden om de schaarse toezichtcapaciteit elders in te zetten waar naleving een (groter) probleem is.

2.3 Rechtspraak

In Nederland is ook al de nodige rechtspraak gewezen op het terrein van mensenrechten en bedrijfsleven. Het bekendst zijn wellicht de procedures die tegen Shell en de Nigeriaanse (dochter)onderneming, waarin zij een belang heeft, worden gevoerd in verband met milieuverontreiniging en daarmee samenhangende mensen-

46. Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Van voorlichten tot verplichten. Een nieuwe impuls voor internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemerschap*, p. 25.

47. Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Van voorlichten tot verplichten. Een nieuwe impuls voor internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemerschap*, p. 18.

48. De meeste convenanten zijn te vinden op imvoconvenanten.nl/nl en zie daarnaast nog voor eiwitten en duurzaam bosbeheer https://mvonederland.nl/sites/default/files/media/IMVO%20Convenant%20Plantaardige%20Eiwitten_0.pdf en https://bewustmethout.nl/wp-content/uploads/2018/05/Origineel_Ondertekend_Convenant-Bevorderen-Duurzaam-Bosbeheer.pdf.

49. Zie bijvoorbeeld met verdere verwijzingen M.W. Scheltema, 'The Dutch International Responsible Business Conduct Agreements: Effective Initiatives?', *Erasmus Law Review* 2019, nr. 4, p. 6-19.

50. In dat verband is overigens de vraag of alle sectorconvenanten in overeenstemming zijn met de OESO-Richtlijnen. Dat geldt met name indien deze niet bindend zijn en geen monitoring van ondernemingen plaatsvindt en daarin ook geen geschilbeslechtingsmechanisme is opgezet.

rechtenproblemen in Nigeria. Dat geldt mogelijk ook voor de procedure over de beweerdelijke rol van Shell in de terechtstelling van een aantal tegenstanders, waaronder Kiobel, door het dictatoriale bewind in Nigeria in 1995.⁵¹ Beide zaken hebben ook tot procedures geleid in andere landen, waaronder het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten.⁵²

In Nederland is aansprakelijkheid in de laatste zaak door de rechtbank grotendeels afgewezen, zij het dat de eisers nog bewijs mogen leveren voor hun stelling dat getuigen zijn omgekocht in het proces dat aan de terechtstelling voorafging en op dat punt dus nog moet worden beslist.⁵³ In de eerste zaak is in eerste aanleg aansprakelijkheid van de Nigeriaanse onderneming waarin Shell een belang heeft aangenomen voor één specifiek geval van olieverontreiniging en zijn de vorderingen voor het overige (ook alle vorderingen tegen moederonderneming Shell) afgewezen. In hoger beroep is aansprakelijkheid van de dochteronderneming en van Shell zelf op een specifiek punt aangenomen, namelijk ten aanzien van het aanleggen van een waarschuwingssysteem voor lekkages in oliepijpleidingen.⁵⁴ De Nigeriaanse dochteronderneming is daarvoor ook aansprakelijk gehouden evenals voor de schade die door een lekkage uit een pijpleiding is ontstaan in Oruma.

De zaken zijn overigens beslist naar Nigeriaans recht en het directe belang voor het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is dan ook iets kleiner. In beide zaken heeft de Nederlandse rechter wel rechtsmacht aangenomen op de voet van artikel 7 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) op de grond dat de moederonderneming in Nederland is gevestigd en sprake is van samenhangende zaken waarvoor het doelmatig is die gezamenlijk te behandelen.⁵⁵

Daarnaast heeft ook de recente uitspraak in de zaak van milieudefensie tegen Shell de nodige aandacht gekregen.⁵⁶ De rechtbank heeft daarin aangenomen dat ook voor Shell, ter invulling van de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW, mensenrechtennormen van belang zijn, en in het bijzonder de artikelen 2 en 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) (en art. 6 en 17 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR)). Hoewel de rechtbank uitdrukkelijk heeft overwogen

51. Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850, Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854 en Hof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (*Milieuverontreiniging*); Rb. Den Haag 1 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4233 (*Kiobel*). Zie over de milieuverontreinigingszaken bijvoorbeeld ook A.J.P. Schild, 'Aansprakelijkheid van multinationals', *WPNR* 2013/6997.
52. UK Court of Appeal (Civil Division) 14 februari 2018 [2018] EWCA Civ 191 (*Milieuverontreiniging Nigeria*), te raadplegen via business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Shell%20Approved%20Judgment.pdf; US Supreme Court 17 april 2013, 569 U.S. 108 (2013) (*Kiobel v. Royal Dutch Shell Petroleum*), te raadplegen via <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/108/>. Zie over de zaak in het VK en andere relevante zaken in het VK ook H.-J. de Kluiver, *Kroniek van het Ondernemingsrecht*, Op weg naar post-covid, duurzaam, ondernemingsrecht. Over grote thema's van deze tijd: *climate change*, mensenrechten, *governance* en de maatschappelijke onderneming, *NJB* 2021/16, p. 1252.
53. Rb. Den Haag 1 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4233.
54. Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132 en Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:133. Zie ook de noot van S.M. Bartman & C. de Groot, *AA* 2021, p. 384. Zie verder over deze zaak bijvoorbeeld H.-J. de Kluiver, *NJB* 2021, p. 1251 en 1252.
55. Zie over de IPR-aspecten ook bijvoorbeeld L.F.M. Enneking & M.W. Scheltema, 'The Netherlands', in: C. Kessedjian e.a. (red.), *Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility*, Springer: Cham 2020, p. 546-551; L.F.M. Enneking e.a., *Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake Internationaal verantwoord ondernemen*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 141-161.
56. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

dat Milieudefensie c.s. tegenover Shell geen direct beroep toekomt op de in deze verdragen neergelegde rechten, heeft de rechtbank beslist dat vanwege het fundamentele belang van mensenrechten en de daarin belichaamde waarden voor de samenleving als geheel, de in het EVRM en IVBPR neergelegde mensenrechten wel een rol kunnen spelen in de verhouding Milieudefensie c.s. ten opzichte van Shell. De rechtbank heeft deze mensenrechten daarom betrokken bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.⁵⁷ Hoewel deze zaak was gericht tegen de moederonderneming (Royal Dutch Shell (RDS)), heeft de rechtbank in meer algemene zin overwogen dat het een verantwoordelijkheid is van ‘alle bedrijven’ mensenrechten te respecteren.⁵⁸ Dat geldt dus niet enkel voor de moederverenootschap, maar ook voor dochterondernemingen.

Deze beslissing van de rechtbank staat ook niet op zichzelf: diverse ontwikkelingen wijzen al geruime tijd in deze richting. In dat verband zijn onder meer van belang de Principles on Climate Obligations of Enterprises,⁵⁹ maar ook diverse publicaties,⁶⁰ en daarnaast de UNGPs, UN Global Compact (UNGC)⁶¹-principles en de OESO-Richtlijnen. De rechtbank heeft deze UNGPs en OESO-richtlijnen gebruikt ter invulling van hetgeen van bedrijven kan worden verwacht op het gebied van mensenrechten. Deze raamwerken kunnen worden gezien als internationale consensus wat van bedrijven kan worden verwacht op het terrein van mensenrechten en kunnen daarmee, gelet op de *Urgenda*-uitspraak van de Hoge Raad,⁶² mensenrechtennormen invullen. Verder dient een onderneming mensenrechten ook te respecteren als een overheid die niet of onvoldoende beschermt.⁶³

Ook heeft de rechtbank vastgesteld dat er een ‘breed gedragen consensus’ is dat de opwarming van de aarde moet worden beperkt tot 1.5 °C en dat derhalve gekozen moet worden voor een reductiepad waarbij de CO₂-uitstoot in 2030 met netto 45% moet worden teruggebracht ten opzichte van 2010. De rechtbank erkent dat hier geen sprake is van een juridisch bindende norm, maar geeft aan deze consensus te betrekken bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Dit leidt dit ertoe dat Shell een reductiebevel krijgt opgelegd van 45% netto in 2030 ten opzichte van 2019.

Ook in een derde zaak (een collectieve actie) over schade door olieverontreiniging in Ivoorkust heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht aangenomen ten opzichte van Trafigura (Beheer) en werd in het kader van de beoordeling van de ontvankeelijkheid van deze collectieve actie ook voldoende geborgd geacht dat een mogelijke schadevergoeding ook daadwerkelijk bij de slachtoffers terecht zal komen.⁶⁴

57. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.9.

58. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.16.

59. *Principles on Climate Obligations of Enterprises* (2020), Principles 2.2.1 (a), 9.1 en p. 11 (onder 16), 64, 72 e.v., 95 e.v., 189 en 190, te raadplegen via <https://climateprinciplesforenterprises.files.wordpress.com/2021/01/epwebpdf2.pdf> en over de eerste editie daarvan J. Spier, ‘De “Principles on Climate Obligations of Enterprises”’: een zoektocht naar concrete verplichtingen van bedrijven en beleggers’, *M en R* 2018/20.

60. Zie bijvoorbeeld C. van Dam, *Enhancing Human Rights Protection: A Company Lawyer’s Business* (oratie Rotterdam 2015); E. Groulx-Diggs, M.C. Regan & B. Parance, ‘Business and Human Rights as a Galaxy of Norms’, *Georgetown Journal of International Law* 2019, nr. 2, p. 309 en i.h.b. p. 324-332.

61. Zie unglobalcompact.org/.

62. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. Spier.

63. Zie ook Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.15.

64. Rb. Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2476; Hof Amsterdam 14 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1157 en Hof Amsterdam 28 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1250.

Het lijkt er dus op dat Nederlandse rechters niet veel moeite hebben met het aanvaarden van rechtsmacht indien de moederonderneming in Nederland is gevestigd en de mensenrechtenproblemen vooral samenhangen met handelen of nalaten van een in een ander land gevestigde (dochter)onderneming of indien het gaat om milieueffecten die zich over de hele wereld voordoen. De risico's op aansprakelijkheid zijn daarom toegenomen. Punt blijft wel dat uit rechtspraak nog weinig richting geeft ten aanzien van de vraag wat naar Nederlands recht van een onderneming in een specifieke situatie waarin zich een mensenrechtenkwesie voordoet op het terrein van MRDD kan worden verwacht, al heeft het Hof Den Haag in de Shell-zaak over de milieuverontreiniging in Nigeria wel naar Nigeriaans recht aangenomen dat RDS een systeem had moeten installeren om olie lekkages te detecteren. De klimaatzaak waarin Shell is betrokken geeft daarvoor bijvoorbeeld weinig richting.

3 De inhoud van de verplichting due diligence te ondernemen in waardeketens

3.1 Algemeen

In de UNGPs en OESO-Richtlijnen wordt tot uitgangspunt genomen dat mensenrechten due diligence (MRDD) in de gehele waardeketen dient te worden uitgevoerd en zich dus niet beperkt tot risico's die worden veroorzaakt door de activiteiten van een onderneming zelf. Het kan ook gaan om risico's op mensenrechtenschendingen waaraan een onderneming bijdraagt of wanneer die direct zijn verbonden met de ondernemingsactiviteiten van deze onderneming. MRDD dient zich dus uit te strekken tot bijvoorbeeld leveranciers in handelsketens, ook verder dan degenen met wie een overeenkomst bestaat, en tot afnemers.⁶⁵

Ook in bestaande wetgeving, zoals de aangenomen maar nog niet ingevoerde Wet zorgplicht kinderarbeid en de Conflictmineralenverordening,⁶⁶ en in voorgestelde wetgeving, zoals het initiatiefvoorstel op dit terrein van een aantal Kamerleden en het initiatiefvoorstel van het Europese parlement, is dat verankerd. Daarnaast heeft de rechtbank in de hiervoor besproken recente uitspraak in de klimaatzaak van Milieudefensie tegen Shell mede op grond van de UNGPs en de OESO-Richtlijnen, die via de (*common ground*) benadering die ook in de *Urgenda*-uitspraak⁶⁷ is gevolgd in verband met) artikel 2 en 8 EVRM de op grond van artikel 6:162 BW geldende zorgvuldigheidsnorm invullen, aangenomen dat Shell in de gehele waardeketen verplicht is om maatregelen te nemen om (potentiële) mensenrechtenschendingen te voorkomen.⁶⁸

65. UNGP 17.

66. Verordening (EU) 2017/821. Deze verordening is gebaseerd op de *OESO Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, oecd.org/corporate/mnel/GuidanceEdition2.pdf.

67. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. Spier.

68. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.12 e.v.

Van een aantal buitenlandse wetten op dit terrein zoals de Franse *Loi de Vigilance*⁶⁹ en het recent aangenomen Duitse *Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz*,⁷⁰ is echter onduidelijk of die verplichtingen scheppen voorbij de actoren in de keten met wie een contractuele relatie bestaat (Frankrijk), dan wel is duidelijk dat die in beginsel niet verder gaan (Duitsland). De Franse wet strekt zich uit tot degenen in de keten met wie een gevestigde commerciële relatie bestaat.⁷¹ Dit wordt wel zo uitgelegd dat dit alleen geldt voor die leveranciers met wie een contractuele relatie bestaat,⁷² maar dat is nog niet bevestigd in de rechtspraak. De Duitse wet expliciteert in artikel 3 lid 6 onder 4 dat de verplichtingen beperkt zijn tot degenen met wie een contractuele relatie bestaat, zij het dat op grond van artikel 3 lid 6 onder 9 het beleid wel moet worden aangepast als ‘substantiële kennis’ bestaat van schendingen verder in de keten.

Verder ziet MRDD zoals dat in de UNGPs en OESO-Richtlijnen is vastgelegd op alle mensenrechten en ook op het milieu, inclusief de belangrijkste ILO-conventies, bijvoorbeeld op het terrein van kinder- en gedwongen arbeid.⁷³ MRDD als in deze raamwerken is vastgelegd, is daarmee ook breed qua soorten mensenrechten waarop deze ziet.

Ervan uitgaande dat of op grond van bestaande of komende wetgeving of op grond van de jurisprudentie, zoals de hiervoor besproken Shell-klimaatzaak, de UNGPs dan wel OESO-Richtlijnen bindend zijn of gaan worden en meebrengen dat MRDD in de gehele keten moet worden uitgevoerd, rijst de vraag wat dit dan precies voor verplichtingen voor ondernemingen meebrengt. MRDD zoals dat is neergelegd in de UNGPs en de OESO-Richtlijnen is immers een algemeen begrip dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval nog verder kan en moet worden ingevuld. Overigens zijn de UNGPs niet als juridische norm voor bedrijven ontworpen. Zij geven aan hoe bedrijven op een goede wijze hun respect voor mensenrechten tot uitdrukking kunnen brengen in hun bedrijfsvoering en hebben dus ook een ‘managerial’ karakter. Zo is het concept van het uitoefenen van invloed (‘leverage’) in de waardeketens niet zonder meer als juridische norm bedoeld. Dat neemt uiteraard niet weg dat sinds de vaststelling van de UNGPs in 2011 het nodige is veranderd en deze steeds meer ook een juridisch karakter krijgen door implementatie van MRDD in wetgeving en adoptie ervan in de rechtspraak. Ook zijn sommige IMVO-sectorconvenanten,⁷⁴ zoals het kleding- en natuursteenconvenant, juridisch bindend en zijn de daarin vastgelegde OESO-Richtlijnen dus ook voor de aangesloten bedrijven uit dien hoofde verplicht gesteld.

69. 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 legifrance.gouv.fr/jorffid/JORFTEXT000034290626/.

70. Te raadplegen via <https://dserver.bundestag.de/btd/19/286/1928649.pdf>.

71. Art. 225-102-4-I lid 3. Dit kunnen mogelijk ook nog leveranciers zijn van dochterondernemingen of verbonden entiteiten die de facto worden gecontroleerd.

72. Vgl. S. Brabant, C. Michon & E. Savourey, ‘The vigilance plan – Cornerstone of the Law on the Corporate Duty of Vigilance’, *Revue Internationale de la Compliance et de l'éthique des affaires* – Supplément à la semaine juridique entreprise et affaires No. 50 du Jeudi 14 Décembre 2017, te raadplegen via media.business-humanrights.org/media/documents/ba571b7294311e42b3605af7cc4eeaaad149c33b2.pdf, p. 2-4.

73. Zie UNGP 12.

74. Te raadplegen via [imvoconvenanten.nl/nl](https://www.imvoconvenanten.nl/nl).

3.2 Wat gebeurt er nu al?

Voordat ik MRDD verder uitwerk, is interessant om te bezien hoeveel bedrijven feitelijk al MRDD uitvoeren, op welke terreinen en of zij dit doen in hun (hele) waardeketen. Uit een in opdracht van de Europese Commissie uitgevoerd onderzoek blijkt dat van de Europese ondernemingen ongeveer 37% MRDD op alle terreinen (inclusief milieu) uitvoert en daarvan 16% in de gehele waardeketen.⁷⁵ Nog eens ongeveer 34% doet dit voor specifieke onderwerpen, zoals arbeidsveiligheid of landrechten.⁷⁶ Ongeveer 7% doet dit alleen voor klimaat en nog eens ongeveer 7% doet dit helemaal niet.⁷⁷ De percentages ondernemingen die MRDD uitvoeren, zijn overigens iets hoger bij ondernemingen met meer dan duizend werknemers.⁷⁸ De meeste ondernemingen beperken MRDD tot de directe leveranciers (52%), 16% betreft daarin de hele toeleveringsketen en nog eens 16% de gehele waardeketen, 7% betreft die ketens in het geheel niet in de MRDD.⁷⁹

De meest ondernomen MRDD-activiteiten waren volgens geraadpleegde ondernemingen trainingen op het gebied van mensenrechten en milieu (69% van de ondernemingen), contractuele afspraken en gedragscodes (69%), audits (67%), interne of externe onderzoeken (46%), inschakelen van mensenrechten- of milieu-experts (41%), het inhuren van additioneel personeel (36%) en het werken met lokale partners (36%).⁸⁰ Het in kaart brengen van de productielocaties kan volgens de geraadpleegde ondernemingen ook bijdragen aan MRDD.⁸¹

Over de kwaliteit van de uitgevoerde MRDD valt overigens nog het nodige te zeggen. De analyse uit 2019 van de Corporate Human Rights Benchmark liet zien dat slecht werd gescoord op MRDD: gemiddeld 3,2 van de in deze *benchmark* maximaal haalbare 15 punten en 49% van de ondernemingen scoorde zelfs geen enkele punt.⁸²

De hiervoor genoemde door bedrijven genomen soorten maatregelen laten zien dat deze meer feitelijk van aard kunnen zijn, zoals het geven van trainingen, het inhuren van experts of personeel of het samenwerken met lokale organisaties. Daarnaast zijn er maatregelen met een meer juridisch karakter, zoals het opnemen van MRDD-maatregelen in contracten en het doen van audits. Het ligt voor de hand dat de juridisch getinte maatregelen eerder een rol zullen spelen bij de invulling van MRDD als juridische norm, maar het is zeker niet uitgesloten dat dit ook geldt voor sommige meer feitelijk getinte maatregelen.

Ik werk hierna MRDD verder uit, met name ten aanzien van hetgeen in waardeketens kan worden verwacht van ondernemingen.

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

76. L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 48.

77. L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 48.

78. Daarvan doet ongeveer 43% MRDD op alle terreinen en ongeveer 39% voor specifieke onderwerpen. Ongeveer 5% doet dit alleen voor klimaat en ongeveer 3% onderneemt helemaal geen MRDD. Zie L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 49.

79. L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 65.

80. L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 63.

81. Zie voor een voorbeeld L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 71-72. Zie ook de in het IMVO Kledingconvenant ontwikkelde tools, die kunnen worden geraadpleegd via imvoconvenanten.nl/en/garments-textile/tools/child-labour/3#tools.

82. Zie L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 50.

3.3 Aanwijzingen voor MRDD door middel van contracten

In het kader van MRDD in waardeketens spelen contracten met leveranciers en verder in de keten een belangrijke rol, nu daarin kan worden vastgelegd wat van leveranciers (maar overigens ook van de inkopende onderneming zelf) op dit terrein wordt verwacht.

Annex II Conflictmineralenverordening

Het voorgaande komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in artikel 4 onder d en artikel 5 lid 1 onder a en b, 3 en 4 van de Conflictmineralenverordening. Daarin wordt geëist dat een beleid wordt ontwikkeld en risico's worden geïnventariseerd om negatieve effecten op mensenrechten te voorkomen en te mitigeren, in overeenstemming met Annex II van de OESO Due Diligence Guidance.⁸³ In deze Annex zijn aanwijzingen opgenomen voor de inhoud van overeenkomsten. Deze annex bepaalt onder meer dat contracten moeten worden gesloten met leveranciers en verder in de keten die inhouden dat ernstige mensenrechtenschendingen (onmenselijke behandeling, gedwongen arbeid, ernstige vormen van kinderarbeid, seksueel geweld en oorlogsmisdrijven) niet worden getolereerd en dat het contract wordt beëindigd indien die worden ontdekt.

Verder dient volgens deze annex in contracten te worden bepaald dat directe of indirecte steun aan gewapende groepen niet wordt getolereerd, bijvoorbeeld indien deze groepen direct of indirect profiteren van mijnbouwactiviteiten (door machtsuitoefening over transport) of illegale heffingen afdwingen. Ook indien dat wordt geconstateerd moet de overeenkomst volgens de annex worden beëindigd. Daarnaast moet blijken de annex in contracten worden bepaald dat steun aan publieke of private bewakingsorganisaties die illegaal mijnen in hun macht hebben of illegale heffingen opleggen wordt geëlimineerd en er op dient te worden toegezien dat private bewakingsorganisaties de Voluntary Principles on Security and Human Rights⁸⁴ in acht nemen.

Ook moet volgens de Annex een *risk management plan* worden overeengekomen met leveranciers, waarvan de inhoud afhangt van de positie in de keten. Als risico's onvoldoende worden gemanaged en daarin niet binnen zes maanden verbetering is opgetreden moet het contract volgens de Annex worden beëindigd. In dat verband schrijft artikel 6 Conflictmineralenverordening ook voor dat audits door onafhankelijke derde partijen moeten worden overeengekomen. De uitkomsten van die audits moeten bovendien op grond van artikel 7 lid 1 Conflictmineralenverordening aan de bevoegde toezichthouder worden toegezonden. Voor zover door middel van de hiervoor bedoelde risico-inventarisatie negatieve gevolgen worden vastgesteld en de handel niet wordt beëindigd of enkel wordt geschorst, dient overleg plaats te vinden met de betrokken leverancier(s), degenen die die gevolgen ondervinden, lokale en centrale overheden en ngo's en moet overeenstemming met hen worden bereikt over een plan om deze gevolgen op een meetbare wijze te mitigeren.

83. Te raadplegen via oecd.org/daffinv/mne/OECD-Due-Diligence-Guidance-Minerals-Edition3.pdf, p. 20.

84. Te raadplegen via [voluntaryprinciples.org/](https://www.voluntaryprinciples.org/).

Een heel concrete invulling wat in specifieke situaties moet gebeuren, bevat de Conflictmineralenverordening echter nog niet, behoudens dat wel richtsnoeren worden geboden over wat in contracten in handelsketens moet worden opgenomen.

Modellen American Bar Association (ABA)

In het kader van verantwoorde inkoop en het in overeenstemming brengen van daarvoor gebruikte contractuele clausules met MRDD heeft een Working Group binnen de American Bar Association ook een model voor contractuele clausules in toeleveringsketens ontwikkeld die bij kunnen dragen aan dergelijke meer verantwoorde inkooppraktijken.⁸⁵ Zo bevat artikel 1.1 van dit model een verplichting voor koper en leverancier om MRDD te verrichten in verband waarmee ook subcontractanten de verplichting moet worden opgelegd om daarvoor relevante informatie tijdig en voldoende accuraat te verschaffen. Daarnaast wordt geëxpliciteerd dat MRDD een verplichting kan inhouden om een herstelplan op te stellen en te implementeren voor problemen die uit voortvloeien uit het sluiten van het contract uitgevoerde MRDD naar voren zijn gekomen.

Nieuw is vooral de in artikel 1.3 vastgelegde verplichting voor de koper om de leverancier te ondersteunen in het uitvoeren van MRDD door verantwoorde inkooppraktijken te implementeren en optioneel met inachtneming van 'Schedule Q' dat een uitwerking bevat van dergelijke verantwoorde inkooppraktijken.⁸⁶ Dit past ook goed bij de observatie van de UNWG dat bepaalde businessmodellen, zoals bij de zogenoemde *fast fashion* en op sociale media, bijdragen aan mensenrechtenimpact.⁸⁷ Bijvoorbeeld in het kader van verantwoorde inkoop wordt daar in bepaalde initiatieven inmiddels iets aan gedaan door een leefbaar loon in 2030 verplicht te maken voor alle leveranciers.⁸⁸ Deze wijze van uitoefenen van invloed vereist ook een wijziging van businessmodellen, nu die niet meer moeten streven naar de laagste prijs (voor arbeid) maar naar een prijs waarbinnen een leefbaar loon mogelijk is.⁸⁹ Wel blijft het volgens de UNWG belangrijk erop toe te zien dat maatregelen ook daadwerkelijk positieve effecten hebben voor belanghebbenden.⁹⁰

Als voorbeelden van betere inkooppraktijken worden in Schedule Q onder meer genoemd daadwerkelijke en redelijke onderhandelingen, realistische prijzen en productietijden die het inachtnemen van relevante mensenrechtenstandaarden mogelijk maken, normen voor het aanpassen van orders of de overeenkomst zelf, het vragen van feedback van de leverancier, het helpen en trainen van de leverancier, het belonen van goede prestaties, duidelijke afspraken over betalingsprocedures en het nakomen daarvan, het instellen van effectieve klachtenmechanismen, sa-

85. Te raadplegen via americanbar.org/content/dam/aba/administrative/human_rights/contractual-clauses-project/mccs-full-report.pdf. Ik was lid van die werkgroep.

86. Schedule Q kan worden geraadpleegd via americanbar.org/content/dam/aba/administrative/human_rights/contractual-clauses-project/scheduleq.pdf.

87. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 16. Zie ook L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 83.

88. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 16.

89. Vgl. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 16.

90. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 25.

menwerking met de leverancier indien mensenrechtenimpact heeft plaatsgevonden, in het bijzonder indien de koper daaraan heeft bijgedragen, en verantwoorde beëindiging van overeenkomsten.

Verder is in artikel 1.3 van de modelclausules bepaald dat voor zover commercieel mogelijk ondersteuning wordt geboden aan leveranciers bij het uitvoeren van MRDD en de overeengekomen prijzen dit ook mogelijk moeten maken. Ook is daarin bepaald dat bij eventuele wijzingen of aanpassingen de gevolgen daarvan voor de mensenrechten in ogenschouw moeten worden genomen en waar noodzakelijk worden ondervangen of voorkomen. Als aanpassingen leiden tot mensenrechtenschendingen, kan de leverancier er ook voor kiezen deze niet uit te voeren, hetgeen als partijen het niet eens worden over gewijzigde uitvoering dan kan leiden tot (gedeeltelijke) beëindiging van de overeenkomst. Ook is in artikel 1.3 de verplichting voor de koper opgenomen om bij eventuele beëindiging een verantwoorde afbouw van de overeenkomst te implementeren.

Daarnaast bevat artikel 1.4 voor de leverancier de verplichting om een effectief klachtenmechanisme in stand te houden dat voldoet aan UNGP 31 en is ontworpen in consultatie met belanghebbenden. De leverancier dient ervoor te zorgen dat geen vergelding plaatsvindt tegen degenen die klachten uiten. Verder moet een leverancier op regelmatige basis verslag uitbrengen van ten minste het aantal klachten dat is ingediend en behandeld, waaruit blijkt dat raadpleging van belanghebbenden heeft plaatsgevonden en waarin is aangegeven welke maatregelen zijn genomen om de klachten te adresseren.

Verder bevat artikel 2 een uitgebreide regeling voor het geval dat de leverancier weet of vermoedt dat een mensenrechtenimpact heeft plaatsgevonden. De leverancier kan het in dat verband ook aangeven als hij meent dat de koper hieraan heeft bijgedragen. Partijen dienen in dat geval ook samen te werken in een onderzoek naar de schending en over en weer een rapport daarvan aan elkaar ter hand te stellen. Wanneer de koper meent dat de schending niet voldoende is opgelost, kan, waar nodig en mogelijk ook in samenwerking met andere kopers, van die leverancier worden gevraagd een concreet en van een einddatum voorzien herstelplan op te stellen. In beginsel krijgt de leverancier een redelijke termijn voor implementatie van het herstelplan; dat wordt echter anders indien de koper blootstaat aan strafrechtelijke vervolging of indien sprake is van corruptie. Daarnaast is in artikel 2 ook een regeling opgenomen over de samenwerking van koper en leverancier indien de koper aan de schending heeft bijgedragen.

3.4 Verdere invulling

Algemeen

Uit het vorenstaande valt af te leiden dat MRDD in handels/waardeketens verschillende aspecten omvat. Naast (1) effectieve(re) contracten spelen een rol: (2) klachtenmechanismen, (3) training, (4) dialoog met ketenpartners, (5) het creëren van transparantie in ketens, (6) monitoring en handhaving en (7) het betrekken van belanghebbenden bij het opstellen van het beleid, het uitvoeren van risico-inventarisaties en het bieden van herstel. Het laatste geldt in het bijzonder ook voor kwetsbare en gemarginaliseerde groepen, waarbij ook discriminatie op basis van geslacht in het oog moet worden gehouden. Ik ga daar hierna op in.

In verband met het uitvoeren van (goede in overeenstemming met de OESO-Richtlijnen zijnde) MRDD kan onderscheid worden gemaakt tussen de actoren in de waardeketen waarmee een contractuele relatie bestaat (de zogenoemde *first tier*) en actoren die verder in de keten zitten en waarmee geen (directe) contractuele relatie bestaat. Dat onderscheid komt bijvoorbeeld terug in de Duitse wet waar de verplichtingen ten aanzien van de *first tier* en actoren verder in de keten verschillen.⁹¹ Ook de Franse wet legt in dit verband verplichtingen op aan de actoren in de keten ten opzichte van wie een ‘gevestigde commerciële relatie’ bestaat, hetgeen wel wordt geïnterpreteerd als een contractuele relatie.

First Tier

Bij de actoren waarmee een directe contractuele relatie bestaat, is de overeenkomst dus een belangrijk (sturings)instrument om MRDD uit te voeren. Mijns inziens werkt de wijze van contracteren zoals die op dit terrein nu veel wordt gebruikt, niet goed: hierbij wordt (bijvoorbeeld in een *supplier code of conduct*) geprobeerd de verantwoordelijkheid voor de risico’s die verband houden met mensenrechtenschendingen en arbeidsomstandigheden zo veel mogelijk bij de ketenpartners te leggen waar die problemen zich voordoen en zijn contracten gekoppeld aan inkooppraktijken die mensenrechtenschendingen kunnen verergeren (prijstdruk, mogelijkheid van laatste moment kosteloze wijzigingen van orders, kosteloze annulering zonder reden); deze praktijk is bovendien ook niet (steeds) in overeenstemming met de UNGPs.⁹² De door de ABA ontwikkelde modellen laten zien dat het ook anders kan. De traditionele wijze van contracteren is daarmee naar mijn mening in het kader van MRDD ontoereikend. Het is bijvoorbeeld niet genoeg, zoals nog veel gebeurt, om leveranciers een gedragscode te laten tekenen waarin is bepaald dat mensenrechtenschendingen en tekortschietende arbeidsomstandigheden niet worden geaccepteerd, dat dit door middel van audits wordt gecontroleerd, en dat de overeenkomst bij constatering daarvan kan worden beëindigd. Dit heeft mijns inziens onvoldoende effect in de zin dat de mensenrechtensituatie en arbeidsomstandigheden daardoor ook verbeteren.⁹³

Betere implementatie van OESO-Richtlijnen in contracten

Er dient dus voor te worden gezorgd dat ook in de contracten met leveranciers een betere implementatie van de OESO-Richtlijnen en UNGPs plaatsvindt. De hiervoor besproken modelcontracten van de ABA bieden daarvoor een goede basis.⁹⁴ Uitgangspunt daarvan is dat in dialoog, die begint voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst en daarna gedurende de looptijd van het contract plaatsvindt, met de leverancier wordt gezien hoe de situatie kan worden verbeterd, niet alleen bij de leverancier zelf maar ook bij subcontractanten en verder in de keten. In

91. Zie art. 3 lid 6 onder 4 (*first tier*) en art. 3 lid 9 (verder in de keten).

92. Zie daarover uitgebreider M.W. Scheltema, ‘The mismatch between human rights policies and contract law; improving contractual mechanisms to advance human rights compliance in supply chains’, in: L. Enneking e.a. (red.), *Accountability, International Business Operations and the Law*, Londen/New York: Routledge 2020, p. 259-278, onder 2 en 3, te raadplegen via ohchr.org/Documents/Issues/Business/WGSubmissions/2018/MartijnScheltema.pdf.

93. Zie bijvoorbeeld Scheltema 2020, , onder 2 en 3.

94. Zie daarvoor ook al Scheltema 2020, onder 4.

hoeverre de dialoog ten aanzien van de subcontractanten en partijen verder in de keten zinvol is, hangt uiteraard af van de mate van invloed en kennis die de leverancier verder in de keten heeft. Dat neemt niet weg dat indien onvoldoende invloed en/of kennis van de leverancier in de keten bestaat, samen met de leverancier bezien kan worden of en hoe die invloed en/of kennis kan worden vergroot. De inkopende onderneming moet ook de invloed van haar eigen inkooppraktijken onderkennen, alsmede haar eigen verantwoordelijkheid in het kader van herstel als schendingen hebben plaatsgevonden.⁹⁵

Verder zal de mate waarin die dialoog door de leverancier wordt geaccepteerd en in hoeverre deze daar op zinvolle wijze in wil participeren, afhangen van de omstandigheden, zoals de mate waarin de inkopende onderneming, mede gelet op de marktomstandigheden, invloed kan uitoefenen op deze leverancier. In die gevallen waarin een leverancier niet zinvol wil meewerken aan de dialoog is de vraag of een contract met deze leverancier moet worden aangegaan. Als dat toch noodzakelijk is voor de bedrijfsvoering (bijvoorbeeld omdat andere leveranciers daar ook niet toe bereid zijn en het gaat om een noodzakelijk product of grondstof), dan moet de inkopende onderneming, al dan niet in samenwerking met anderen, proberen om de invloed op die leverancier te vergroten zodat alsnog een dialoog kan worden begonnen.

De contractueel overeengekomen dialoog met de leverancier is uiteraard niet vrijblijvend: indien een leverancier daaraan na het sluiten van de overeenkomst niet wil meewerken of daarin niet zinvol participeert, dient een (verantwoorde)⁹⁶ beëindiging van de overeenkomst op tafel te liggen. Wel dient de koper ook zijn eigen rol tegen het licht te houden. Zo kan het bedingen van een heel lage prijs, de mogelijkheid om op het laatste moment nog wijzigingen in de specificaties of de te leveren hoeveelheden door te voeren of het zonder reden (deels) kunnen beëindigen van een order op ieder gewenst moment (wanneer de verkoop tegenvalt) resulteren in mensenrechtenschendingen,⁹⁷ bijvoorbeeld omdat de leverancier zich daardoor genoodzaakt ziet om excessief overwerk te eisen van werknemers (gedwongen arbeid) of hen zonder loon naar huis stuurt. Ook is het belangrijk de leverancier al voordat een overeenkomst wordt gesloten dan wel vernieuwd en wanneer daarover wordt onderhandeld, te trainen⁹⁸ en na het sluiten ervan te ondersteunen in het implementeren van maatregelen,⁹⁹ omdat de leverancier daar vaak zelf onvoldoende kennis/capaciteit voor heeft.

95. Zie met name ook Schedule Q van de hiervoor genoemde ABA-modelcontracten.

96. Zie ook art. 1.3 onder f en art. 6 Schedule Q van de ABA-modelcontracten. Zie ook Europese Commissie, *Guidance on Due Diligence for EU Businesses to Address the Risk of Forced Labour in their Operations and Supply Chains*, 12 juli 2021, p. 7-8, te raadplegen via https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/july/tradoc_159709.pdf.

97. Vgl. art. 3.3 en 3.4 Schedule Q van de ABA-modelcontracten.

98. Zie ook art. 2 en 3 Schedule Q van de ABA-modelcontracten.

99. Zie ook art. 4 Schedule Q van de ABA-modelcontracten. Zie ook Europese Commissie, *Guidance on Due Diligence for EU Businesses*, p. 6.

Contractuele bepalingen over klachtenmechanismen

Verder is relevant dat in contracten wordt geregeld dat de leverancier effectieve en in overeenstemming met UNGP 31 zijnde klachtenmechanismen heeft ingericht of daaraan deelneemt en de koper in algemene zin op de hoogte wordt gehouden van het aantal en de aard van de klachten, of ook inspraak heeft plaatsgevonden met belanghebbenden bij de opzet ervan en wat is gedaan om de klachten te adresseren.¹⁰⁰

Naar aanleiding van klachten kunnen leverancier en koper ook samenwerken door gezamenlijk onderzoek te doen en door een herstelplan op te stellen samen met de leverancier en in consultatie met de door de mensenrechtenimpact getroffen en/of hun vertegenwoordiger en/of vakbonden,¹⁰¹ alsmede de leverancier te ondersteunen bij de implementatie daarvan. Het is belangrijk daarin ook meetbare verbeteringen vast te leggen en te controleren of die inderdaad worden gerealiseerd. De UNWG wijst erop dat daarbij specifieke aandacht moet worden besteed aan degenen die opkomen voor mensenrechten en de invloed die acties van ondernemingen hebben in verband met aanvallen op of vergelding jegens hen.¹⁰²

Daar moet het ook niet bij worden gelaten. Er moet worden gezien wat voor mechanismen nodig zijn als een leverancier dan wel niets doet met geuite klachten of er discussie ontstaat of een gevonden oplossing op een juiste wijze wordt geïmplementeerd. In veel landen wordt de nationale rechter (voor bepaalde onderwerpen) niet vertrouwd. Zo zullen werknemers of (internationale) vakbond weinig vertrouwen hebben in de nationale rechter in Myanmar bij klachten over vrijheid van vakvereniging (omdat vakbonden zijn verboden). In dergelijke gevallen moet dus worden gezocht naar andere contractuele escalatiemechanismen als onderdeel van een effectieve mogelijkheid voor herstel. Die zouden bijvoorbeeld kunnen worden gevonden in arbitrage, die is aangepast voor mensenrechtengeschillen,¹⁰³ en die bijvoorbeeld in het Bangladesh Accord¹⁰⁴ wordt toegepast dan wel aan bindende mechanismen als in het Nederlandse Convenant duurzame kleding en textiel en het Natuursteenconvenant zijn opgenomen.¹⁰⁵ Dit neemt niet weg dat mensenrechtenschendingen, zoals gedwongen arbeid en mensenhandel, ook strafrechtelijke vergrijpen opleveren en in dergelijke gevallen ook met de strafrechtelijke autoriteiten (met name ook in het land waar die schendingen zich hebben voorgedaan) moet worden samengewerkt.¹⁰⁶

100. Art. 1.4, 2 en 5 Schedule Q van de ABA-modelcontracten en reeds Scheltema 2020, onder 4.5. Vgl. ook Europese Commissie, *Guidance on Due Diligence for EU Businesses*, p. 8.

101. Vgl. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 15-16.

102. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 15.

103. Zie bijvoorbeeld The Hague Rules on Business and Human Rights arbitration, te vinden op cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/.

104. Zie art. 3 Bangladesh accord on Fire and Building Safety, te vinden op <https://bangladesh.wpengine.com/wp-content/uploads/2020/11/2018-Accord.pdf>.

105. Zie daarvoor imvoconvenanten.nl/en/garments-textile/agreement/complaints, respectievelijk imvoconvenanten.nl/en/trustone/initiatief/complaints-and-disputes.

106. Zie bijvoorbeeld Europese Commissie, *Guidance on Due Diligence for EU Businesses*, p. 8. Uiteraard moet er op worden gelet dat die samenwerking niet leidt tot nieuwe mensenrechtenschendingen.

Samenwerking tussen kopers

Daarnaast is het soms voor individuele kopers lastig om wanneer zij bij een bepaalde producent slechts een beperkte hoeveelheid van de productie afnemen voldoende invloed te hebben om de hiervoor bedoelde contractuele afspraken te maken. Dan kan samenwerking met andere kopers een oplossing zijn, waarbij inkopende ondernemingen afspreken om bij een bepaalde leverancier dezelfde eisen te stellen op het gebied van mensenrechten en arbeidsomstandigheden. Een eerste vereiste is daarvoor dat zicht wordt verkregen op de leveranciers, zoals bijvoorbeeld is gebeurd in het Nederlandse Textielconvenant.¹⁰⁷ Vervolgens kan bij leveranciers waar meer ondernemingen inkopen, worden afgesproken dat dezelfde eisen worden gesteld op het terrein van mensenrechten en arbeidsomstandigheden. Als het marktaandeel van de inkopende ondernemingen dan aanzienlijk groter is dan dat van individuele ondernemingen, is een leverancier wellicht wel bereid om die eisen te accepteren. Daarnaast kan die samenwerking ook een middel zijn om de informele economie te adresseren (die met name in de vorm van het sluiten van contracten met onderaannemers of bij het inkopen van grondstoffen door leveranciers relevant is), hetgeen volgens de UN Working Group een urgente kwestie is die moet worden aangepakt omdat op dit moment zes van de tien werknemers en vier van de vijf ondernemingen in de wereld daartoe behoren.¹⁰⁸ Het model is dan vergelijkbaar als hiervoor. In samenwerking kan beter zicht worden verkregen op leveranciers en het functioneren van een bepaalde keten. Dat kan helpen om informeel subcontracteren en de daarmee samenhangende informele economie te adresseren. De oplossing is dan overigens niet dat subcontracteren zonder meer wordt verboden, maar veeleer dat zicht moet worden gehouden op wat verder in de keten gebeurt en ook daar moet worden geprobeerd uitwassen zo veel mogelijk tegen te gaan. Samenwerking kan ook daarvoor nuttig zijn. Uiteraard dienen daarbij de mededingingsregels in acht te worden genomen,¹⁰⁹ maar als niet ook afspraken worden gemaakt over de inkoopsprijs, hoeven die niet in de weg te staan aan een dergelijke gezamenlijke actie naar een leverancier toe. In het rapport van de UNWG wordt ook gewezen op initiatieven waarin door bedrijven wordt samenwerkt om de UNGPs (en MRDD) te implementeren en die ook veel leveranciers bereiken.¹¹⁰

Contracten van kleinere ondernemingen

De beschikbare capaciteit en beschikbare middelen om de hiervoor beschreven contractuele mechanismen, en meer in het algemeen MRDD, te ontwikkelen zijn bij kleinere ondernemingen volgens de UN Working Group beperkt en daarvoor dienen op hen toegespitste toepassingen te worden geïmplementeerd, die bijvoor-

107. Zie imvoconvenanten.nl/en/garments-textile/tools/child-labour/-/media/98FC65F79A944B6399459F9236F4E0B1.ashx.

108. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 15.

109. Zie daarover ook de *Leidraad Duurzaamheidsclaims* van de ACM, te vinden op acm.nl/sites/default/files/documents/leidraad-duurzaamheidsclaims.pdf.

110. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 14.

beeld werken met effectieve certificeringsinitiatieven.¹¹¹ De Nederlandse sectorconvenanten, bijvoorbeeld in de textiel en natuursteen, bieden voor kleinere ondernemingen ook een goede mogelijkheid om dergelijke samenwerking vorm te geven, al dan niet in samenwerking met grotere ondernemingen. In die convenanten zijn ook voor hen werkbare MRDD-modellen ontwikkeld.

De keten na de first tier

Ten aanzien van de actoren verder in de keten, heeft een koper veelal minder directe juridische invloed omdat een directe contractuele relatie ontbreekt. Dat neemt niet weg dat wel invloed kan worden uitgeoefend. Zo gaat artikel 3.2 van de ABA-modelcontracten uit van een conformiteitsvereiste dat ook ziet op de wijze waarop producten worden geproduceerd. Dat lijkt een oplossing die ook binnen het Nederlandse conformiteitsvereiste denkbaar is.¹¹² De gedachte daarachter is dat producten niet voldoen aan het conformiteitsvereiste indien ze zijn geproduceerd door middel van schending van mensenrechten. Daardoor kan een verdergaande invloed in de keten worden bereikt dan op de *first tier* alleen. Dit brengt mee dat de leverancier dan vergelijkbare bepalingen (als tussen de koper en de leverancier op het terrein van MRDD zijn opgenomen) in contracten met zijn leveranciers op moet nemen. Daarnaast kan het nog nuttig zijn informatieverplichtingen ten opzichte van de inkopende onderneming voor de leverancier op te nemen die zien op mogelijke mensenrechtenschendingen bij de leverancier en bij actoren verder in de keten, voor zover die redelijkerwijs bekend zijn bij die leverancier.¹¹³

Andere mogelijkheden voor invloed in de verdere keten naast contracten

Verder kunnen in de keten na de *first tier* ook de hiervoor genoemde elementen zoals (2) klachtenmechanismen, (3) training, (4) dialoog met ketenpartners, (5) het creëren van transparantie in ketens, (6) monitoring en handhaving en (7) het betrekken van degenen die de negatieve gevolgen ondervinden van de activiteiten van een onderneming bij het uitrollen van maatregelen een rol spelen. In dit verband is belangrijk dat, zoals hiervoor al is uiteengezet, informatie uit klachtenmechanismen in geaggregeerde vorm ook verder in de keten kan worden gedeeld.¹¹⁴ Daarnaast zouden bijvoorbeeld moderne technologie zoals *blockchains* een rol kunnen spelen bij het vergroten van transparantie in waardeketens. Ook het bekendmaken van leveranciers en productielocaties kan daaraan bijdragen.¹¹⁵ Probleem blijft echter wel dat tot nu toe vooral data worden gegenereerd (en gedeeld dan wel gepubliceerd) over *activiteiten* van ondernemingen om problemen aan te

111. United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 15.

112. Zie M.W. Scheltema, 'Koop van zaken uit verre landen: hoe om te gaan met contractuele ketens?', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Sluiterij, reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 315-326. Overigens laten de ABA-modelcontracten zien dat dit ook kan als Nederlands recht niet van toepassing is.

113. Vgl. ook art. 1.2 ABA-modelcontracten voor het opnemen van vergelijkbare verplichtingen in contracten met actoren verder in de keten.

114. Zie Scheltema 2020, onder 4.5.

115. Dat gebeurt bijvoorbeeld in het kader van het IMVO-kledingconvenant. Zie voor meer informatie daarover imvoconvenanten.nl/en/garments-textile/agreement/method/factories.

pakken en niet zozeer over de *resultaten* daarvan.¹¹⁶ Daarbij vindt ook in (zeer) beperkte mate consultatie van belanghebbenden plaats, zodat ook maar beperkt inzicht bestaat in hoe zij tegen die resultaten aankijken. Het is daarom belangrijk om in de toekomst data te verzamelen die ook inzicht daarin geven. Dit dient dan wel in een voor die belanghebbende vertrouwde en veilige omgeving plaats te vinden.¹¹⁷ Op het niveau van individuele productielocaties gebeurt dat deels al wel,¹¹⁸ maar dat zou dus breder en transparanter moeten gebeuren.

Ook certificeringsschema's kunnen bijdragen aan beter inzicht in hetgeen verder in de keten gebeurt. Zo geeft de considerans bij de Conflictmineralenverordening onder 14 aan dat certificering als bedoeld in artikel 2 onder m van de verordening op grond van artikel 8 kan worden erkend voor zover die in overeenstemming is met de OESO Due Diligence Guidance in deze sector. Artikel 5 lid 3 Wzk bevat een vergelijkbare bepaling. Het vorenstaande neemt niet weg dat er ook kritiek is op dergelijke certificering omdat veel mensenrechtenschendingen niet worden voorkomen of hersteld.¹¹⁹

Waar geen gebruik wordt gemaakt van certificering (of wanneer dit onvoldoende is), dienen andere maatregelen te worden genomen om dit inzicht te verkrijgen, waarbij bijvoorbeeld (gezamenlijk) onderzoek naar hetgeen is voorgevallen en mogelijkheden voor verbetering een mogelijkheid zijn. Ook de hiervoor al genoemde klachtenmechanismen kunnen daarvoor van belang zijn, met name als geaggregeerde informatie daaruit kan worden gedeeld in de keten.

Best practices

Een probleem is echter dat de mensenrechtenuitdagingen in waardeketens per land, sector en mensenrechtenrisico verschillen. Een standaardbenadering die in al die landen, sectoren en waardeketens werkt, bestaat dan ook niet. Het is daarom goed om te bezien of in een bepaalde sector, land en soort mensenrechtenschending *best practices* bestaan waarvan kan worden geleerd. Daarbij zal het voor vooral kleinere ondernemingen ook nuttig zijn om zich aan te sluiten bij *multi-stakeholder* initiatieven, zoals de IMVO-convenanten, waarin dergelijke *best practices* in samenwerking zijn en worden ontwikkeld.

Naar hiervoor is uiteengezet kunnen dergelijke initiatieven ook erkenning van de overheid krijgen en een vermoeden opleveren dat toereikende MRDD is uitgevoerd. Zo bevat artikel 5 lid 3 Wzk de mogelijkheid voor de Minister van Buitenlandse zaken om bepaalde *multi-stakeholder* initiatieven goed te keuren als die in overeenstemming zijn met de OESO-Richtlijnen.¹²⁰ Het gevolg daarvan is dat een onderneming die daaraan deelneemt geacht wordt toereikend onderzoek in de ketens te hebben gedaan. Daarvoor is dan noodzakelijk dat wordt voldaan aan de in het

116. Zie bijvoorbeeld United Nations Working Group on Business Human Rights, *Guiding Principles on Business And Human Rights At 10: Taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, p. 18.

117. Zie ook Europese Commissie, *Guidance on Due Diligence for EU Businesses*, p. 6.

118. Zie bijvoorbeeld voor arbeidsomstandigheden <https://ulula.com/product/>. Punt is wel dat deze informatie niet openbaar is.

119. Zie bijvoorbeeld business-humanrights.org/en/latest-news/greenpeace-report-finds-certification-schemes-have-failed-to-stop-ecosystem-destruction-human-rights-abuses/.

120. In dat verband is overigens de vraag of alle sectorconvenanten in overeenstemming zijn met de OESO-Richtlijnen. Dat geldt met name indien deze niet bindend zijn en geen monitoring van ondernemingen plaatsvindt en daarin ook geen geschilbeslechtingsmechanisme is opgezet.

initiatief gestelde eisen, waaronder het implementeren van in dat initiatief ontwikkelde *best practices*. Daarnaast heb ik in het kader van de inrichting van toekomstige wetgeving uiteengezet hoe *best practices* ook een rol kunnen gaan spelen in het kader van publiek toezicht.

Verder in de keten geen ‘bijdragen aan’

Ten slotte wordt wel verondersteld dat verder in de waardeketens (dus buiten de *first tier*) geen sprake kan zijn van bijdragen aan een mensenrechtenschending in de zin van de OESO-Richtlijnen of de UNGPs, maar alleen van een direct verband en daarmee dus bijvoorbeeld geen directe verantwoordelijkheid bestaat voor herstel. Dat vertaalt zich onder meer in het feit dat ondernemingen het niet noodzakelijk achten om voor dergelijk herstel contractuele bepalingen op te nemen.

Nog daargelaten dat ook verder in de keten nog steeds herstel kan worden gefaciliteerd bijvoorbeeld door een leverancier te helpen bij het bieden van herstel, is ook onjuist dat een onderneming daarvoor in die gevallen niet verantwoordelijk kan zijn. Ook in dergelijke gevallen kan sprake zijn van bijdragen aan. Een onderneming ‘draagt bij’ aan een negatief gevolg wanneer haar activiteiten in combinatie met activiteiten van andere entiteiten het gevolg veroorzaken of wanneer de activiteiten van de onderneming een andere entiteit faciliteren, ertoe aanzetten of stimuleren een negatief gevolg te veroorzaken. Het moet wel gaan om een substantiële bijdrage.¹²¹

Om te kunnen beoordelen of er sprake is van een substantiële bijdrage en te begrijpen wanneer de activiteiten van een onderneming een andere entiteit faciliteren, ertoe aanzetten of stimuleren een negatief gevolg te veroorzaken, is van belang (1) de mate waarin de activiteit van de onderneming de kans op het ontstaan van het gevolg heeft verhoogd, (2) of de onderneming wist of had moeten weten van het negatieve gevolg of de kans daarop en (3) in hoeverre enige activiteit van de onderneming het negatieve gevolg daadwerkelijk heeft beperkt of de kans dat het zich zou voordoen heeft verminderd.¹²² Het feit dat er sprake is van een direct verband of activiteiten die de randvoorwaarden creëren waarin negatieve gevolgen kunnen ontstaan, is echter als zodanig onvoldoende om te worden aangemerkt als ‘bijdragen aan’. De desbetreffende activiteit moet de kans op het negatieve gevolg substantieel vergroten.¹²³ Wanneer dat precies het geval is, is echter niet veel verder uitgewerkt. Te denken valt aan situaties waarin een onderneming op de hoogte komt van negatieve gevolgen en geen enkele maatregel neemt om die te adresseren waar zij daarvoor wel mogelijkheden heeft (bijvoorbeeld in het kader van haar mensenrechtenbeleid of door invloed uit te oefenen verder in de keten).

De OESO-Richtlijnen veronderstellen bovendien dat ook in dergelijke gevallen een direct verband kan overgaan in bijdragen aan.¹²⁴ Het soort verband (direct verband of bijdragen aan) kan veranderen naarmate een situatie zich ontwikkelt en hangt af van de ernst, schaal en onomkeerbaarheid van de mensenrechtenimpact en van

121. Zie OESO Due Diligence Handreiking voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen, 2018, p. 74, te raadplegen via [oeso.nl/documenten/publicatie/2019/06/06/oeso-due-diligence-handreiking-voor-mvo-nls](https://www.oeso.nl/documenten/publicatie/2019/06/06/oeso-due-diligence-handreiking-voor-mvo-nls).

122. OESO Due Diligence Handreiking voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen, 2018, p. 75.

123. OESO Due Diligence Handreiking voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen, 2018, p. 75.

124. Vgl. OESO Due Diligence Handreiking voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen, 2018, p. 76.

de mate waarin en de effectiviteit waarmee geïdentificeerde risico's en negatieve gevolgen worden aangepakt via due diligence en andere maatregelen gericht op de beperking en verdere voorkoming van deze impact.¹²⁵ Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als een onderneming op de hoogte komt van (daadwerkelijke) mensenrechtenschendingen in de keten en vervolgens geen maatregelen neemt,¹²⁶ bijvoorbeeld in het kader van haar beleid, dan wel om haar invloed aan te wenden of te vergroten om dergelijke schendingen te adresseren. Hetzelfde geldt als mensenrechtenschendingen redelijkerwijs voorzienbaar zijn. In dergelijke gevallen zal dus een inspanningsverplichting bestaan om die hiervoor uiteengezette maatregelen te nemen. Daarbij zal wel uitgangspunt zijn dat het moet gaan om maatregelen die redelijkerwijs van een onderneming gevergd kunnen worden.¹²⁷

3.5 Twee specifieke vormen: klimaat en digital technologies

Voor twee specifieke onderwerpen waarvan wordt aangenomen dat de OESO-Richtlijnen en de UNGPs daarop ook van toepassing zijn, ligt MRDD mogelijk anders dan voor de 'klassieke' mensenrechtenproblemen in handelsketens het geval is. Deze onderwerpen zijn het klimaat en sociale media/kunstmatige intelligentie.

Klimaat

De recente Shell-uitspraak laat zien dat de UNGPs en OESO-Richtlijnen van toepassing zijn en dat MRDD ook in alle waardeketens moet worden uitgevoerd (dus inclusief de Scope 3-emissies van eindgebruikers).¹²⁸ De beslissing van de rechtbank dat de OESO-Richtlijnen van toepassing zijn, is niet geheel nieuw. Zo heeft bijvoorbeeld het Nederlandse Nationaal Contactpunt OESO-Richtlijnen (NCP) een klimaatgerelateerde klacht tegen ING behandeld, waarin het heeft aangenomen dat ING ook in het verband met het klimaat, een 'mensenrechten due diligence' in haar waardeketens dient uit te voeren.¹²⁹

Het voorgaande neemt echter niet weg dat nog niet gemakkelijk valt te bepalen wat MRDD precies inhoudt bij klimaat.¹³⁰ Zo is de vraag wat nog precies onder de waardeketens valt in verband met klimaat. De rechtbank geeft daarvoor in rechts-overweging 4.4.17 weliswaar een op de UNGPs gebaseerde definitie, maar die is

125. Zie de uitspraak van de Klachten- en Geschillencommissie van het Kledingconvenant van 17 mei 2021, onder 5.14, te raadplegen via ser.nl/-/media/ser/downloads/thema/imvo/uitspraak/ruling-somoca.pdf?la=en&hash=4D028B2549B53BB8D83882A78DE235049.

126. Vgl. art. 3 lid 6 onder 9 Duitse waardeketenwet.

127. Vgl. O. de Schutter, *Towards Mandatory Due Diligence in Global Supply Chains*, ITUC, p. 47-48, te raadplegen via ituc-csi.org/IMG/pdf/de_schutte_mandatory_due_diligence.pdf.

128. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337. Deze passage over de Shell-zaak is ontleend aan E.H.P. Brans & M.W. Scheltema, Aansprakelijkheid Shell voor klimaatverandering. Een 'carbon major' geconfronteerd met een reductiebevel, *TMR* 2021/80, p. 556.

129. Zie oecdguidelines.nl/documents/publication/2017/11/14/publication-dutch-ncp-initial-assessment-filed-by-4-ngos-vs-ing-bank, p. 4-5. Zie voor dit verband ook bijvoorbeeld C.J.M. Arts & M.W. Scheltema, *Territorialiteit te boven. Klimaatverandering en mensenrechten* (Preadvies NJV 2019), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 96-99; M.W. Scheltema, 'OESO due diligence en klimaat: een goede en praktisch hanteerbare combinatie?', in: *2030: Het juridische instrumentarium voor mitigatie van klimaatverandering, energietransitie en adaptatie in Nederland* (VMR 2020-1), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 106-110.

130. Vgl. L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, p. 53.

zeer algemeen en biedt maar beperkt houvast. Gaat het bijvoorbeeld ook om de uitstoot die samenhangt met de verwerking van in die waardeketens geproduceerd afval?¹³¹ De rechtbank overweegt dat het aan RDS is om vorm te geven aan de reductieverplichting, maar ten aanzien van de zakelijke relaties van de Shell-groep, met inbegrip van de eindgebruikers (Scope 3), is wel sprake van een *zwaarwegende inspanningsverplichting*, waarbij van RDS kan worden verwacht dat zij de nodige stappen neemt om de ernstige risico's als gevolg van de door deze zakelijke relaties gegenereerde CO₂-uitstoot op te heffen of te voorkomen en haar invloed aanwendt om eventueel voortdurende gevolgen zo veel mogelijk te beperken.¹³²

Het is de vraag wat de door de rechtbank aangenomen zwaarwegende inspanningsverplichting van RDS ten aanzien van de Scope 3-emissies¹³³ – 85% van het totaal aan emissies – precies inhoudt en of die voldoende tot uitdrukking komt in het dictum, hetgeen ook een punt is in het kader van de handhaafbaarheid ervan. De rechtbank maakt in rechtsoverweging 4.5.2 in ieder geval duidelijk dat het huidige beleid van RDS (en dus de huidige inspanning) onvoldoende concreet is, onvoldoende bindend en niet onvoorwaardelijk. Wanneer spant RDS zich dan wel genoeg in om eindgebruikers ertoe te bewegen hun emissies te reduceren? Is bijvoorbeeld het aan eindgebruikers aanbieden van een mogelijkheid hun uitstoot te compenseren voldoende of moeten zij daartoe worden verplicht door de prijs van brandstoffen te verhogen? Of kan/moet RDS die uitstoot desnoods zelf compenseren (zie ook r.o. 4.4.30)?

Daar komt bij dat de UNGPs ervan uitgaan dat ook wanneer een onderneming (alleen) direct is verbonden met een mensenrechtenimpact in zijn keten, maar die niet veroorzaakt en daaraan niet bijdraagt, maatregelen moeten worden genomen. Die bestaan er vooral uit dat de onderneming moet proberen haar invloed te vergroten op degenen die de mensenrechtenimpact veroorzaken (of daaraan bijdragen) om de mensenrechtenimpact te mitigeren. Wanneer dat echter niet lukt en ondanks pogingen om de invloed te vergroten het gedrag van de veroorzaker van de mensenrechtenimpact niet verandert, moet de (verantwoorde)¹³⁴ beëindiging van de betrokkenheid bij de keten waarin die impact plaatsvindt worden overwogen. Geldt dat ook in dit geval wanneer eindgebruikers hun uitstoot onvoldoende reduceren en mag dan aan bepaalde eindgebruikers geen brandstof meer worden geleverd of moet RDS die uitstoot dan op een andere manier compenseren (als en voor zover dat mogelijk is)?

In feite moet Shell veranderingen in markten bewerkstelligen om dit doel te bereiken. Dat zal zelfs voor een onderneming als Shell lastig zijn. Samenwerking met andere bedrijven en overheden (in effectieve initiatieven) lijkt daarvoor noodzakelijk.¹³⁵ De rechtbank lijkt de mogelijkheid en het belang van samenwerking in

131. Vgl. J. Spier, 'Private Law as a Crowbar for Coming to Grips with Climate Change?', in: *Climate Change: Options and Duties under International Law* (Mededelingen van de KNVIR nr. 145), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2018, p. 39.

132. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.1.4.

133. Scope 1-emissies zijn de emissies van RDS en de aan haar gelieerde ondernemingen, Scope 2 de emissies van door haar ingekochte energie en Scope 3 zijn de overige emissies die gerelateerd zijn aan haar bedrijfsvoering, bijvoorbeeld door de afnemers van haar producten.

134. Dat wil zeggen dat de beëindiging zelf niet ook tot een mensenrechtenschending moet leiden. Zie ook Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.21.

135. Zie Scheltema 2020, par. 7 en uitgebreider C.J.M. Arts & M.W. Scheltema, 'Territorialiteit te boven. Klimaatverandering en mensenrechten', in: *De grenzen voorbij. De actualiteit van territorialiteit en jurisdictie*, (Preadvies NJV 2019), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 59-134, op p. 107 e.v.

rechtsoverweging 4.4.21 te onderkennen, maar gaat daar verder niet op in.¹³⁶ Wat RDS kan bereiken ten opzichte van deze eindgebruikers, zal echter ook afhangen van de mogelijkheden van die (effectieve) samenwerking met andere bedrijven en overheden. Nu ook sommige andere ondernemingen in de olie- en gasector door hun aandeelhouders indringend zijn geweest op de noodzaak van een snellere reductie, bestaan hiervoor inmiddels wellicht mogelijkheden. Anders dan geldt voor de traditionelere mensenrechtenimpact (bijvoorbeeld in verband met arbeidsomstandigheden) zal een activiteit van een onderneming om de invloed op het klimaat te adresseren niet direct kunnen worden verbonden aan een resultaat. Anders dan voor arbeidsomstandigheden geldt, waar door een onderneming genomen maatregelen directe invloed kunnen hebben, ligt dat bij het klimaat anders. Zelfs als Shell erin slaagt om het aan haar opgedragen reductiepercentage te halen, dan leidt dat nog niet zonder meer tot een verbetering van het klimaat. Daar is meer voor nodig en wel in de vorm van veranderingen in markten. Dat kan voorts nog alleen door middel van de hiervoor bedoelde samenwerking worden bereikt. Enkel MRDD door individuele bedrijven zonder een dergelijke samenwerking is op dit terrein, anders dan voor de klassiekere mensenrechtenimpact geldt, dus mijns inziens weinig effectief totdat een belangrijk percentage van de ondernemingen wereldwijd dit gaan doen. Dat laatste lijkt voorlopig nog ver weg. Overigens geldt ook voor klassiekere mensenrechtenimpact dat, naar hiervoor is uiteengezet, samenwerking nuttig kan zijn voor het vergroten van invloed en dus voor de resultaten van de genomen maatregelen.

Door die mogelijkheden van samenwerking wordt hetgeen van RDS kan worden verwacht ten opzichte van eindgebruikers dus mede bepaald. Dat betekent overigens niet dat RDS (en overigens ook andere actoren) stil kunnen blijven zitten totdat effectieve samenwerkingsvormen door anderen (al dan niet overheden) tot stand zijn gebracht en/of door middel van regelgeving (de facto) verplicht zijn gesteld.¹³⁷ Zij kan dat ook zelf actief tot stand brengen en stimuleren voor zover dat niet (deels) al is gebeurd.

Digital technologies

Het uitvoeren van MRDD in het kader van sociale media en kunstmatige intelligentie kent haar eigen uitdagingen, mede omdat het type mensenrechtenschendingen anders kan zijn dan in de 'klassieke' gevallen. Mede gelet op de beschikbare ruimte is het lastig daar in dit preadvies heel diep op in te gaan, maar enkele gedachten daarover volgen hierna.

Van belang is dat de Raad van Ministers van het EVRM een handreiking heeft ontwikkeld voor het bewaken van mensenrechten op dit terrein.¹³⁸ MRDD zou in dit verband zowel een technische kant moeten omvatten, bijvoorbeeld hoe deze IT-toepassingen zijn beveiligd tegen *hacken*, gebruik buiten de oorspronkelijke toepassing en dergelijke. Daarnaast zou dit ook betrekking moeten hebben op niet-

136. Wel komt dit indirect nog aan de orde in Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.51 en 4.4.52.

137. Zie ook Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.52.

138. CM/Rec(2020)1 van de Raad van Ministers voor de lidstaten over mensenrechtenimpact van algoritmische systemen, te raadplegen via https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016809e1154.

technische onderdelen zoals het identificeren van risico's van het gebruik van dergelijke technologie, zoals kunstmatige intelligentie (*artificial intelligence* (AI)), in waardeketens (bijvoorbeeld *data labelling* en verrijking van data, contentmoderatie en dergelijke) en gedurende de levenscycli van de toepassing.¹³⁹

Hiervoor is verder van belang een raamwerk dat is ontwikkeld door het Danish Institute for Human Rights.¹⁴⁰ Dit raamwerk zet uiteen hoe MRDD kan worden ingezet bij digitale technologie en benadrukt de noodzaak, die ook bij 'klassieke' MRDD geldt, om ervaringen van belanghebbenden mee te nemen in MRDD. Naarmate de effecten ernstiger zijn en een grotere schaal hebben of onomkeerbaarder zijn (wanneer bijvoorbeeld een zelfrijdende auto een ongeluk heeft veroorzaakt is de daaruit mogelijk voortvloeiende mensenrechtenschending lastig ongedaan te maken) dient de omvang van deze raadpleging van belanghebbenden groter te zijn.¹⁴¹ Het zal overigens niet steeds eenvoudig zijn die belanghebbenden te identificeren.¹⁴² Als een bepaalde toepassing wereldwijde consequenties heeft, zou het betrekken van belanghebbenden ook per land kunnen gebeuren.¹⁴³ Denkbaar is in dit verband om via internet surveys uit te voeren waar dit voldoende wijd verspreid is, waarbij ook voldoende oog moet bestaan voor kwetsbare en gemarginaliseerde groepen.

3.6 De rol van de bedrijfsjurist

Het voorgaande heeft tot op zekere hoogte een nog enigszins abstract karakter ten aanzien van de vraag wat een bedrijfsjurist op dit terrein concreet kan bijdragen en wat zijn of haar rol hierin is. Ik probeer daarvoor hierna enige handvatten te bieden.

Die rol kan gelegen zijn in het (iets) meer juridisch invullen van MRDD-vereisten. Zo is een belangrijk uitgangspunt van MRDD dat contact moet worden gelegd met relevante belanghebbenden (en in het bijzonder kwetsbare groepen), zowel in de vormgeving van het MRDD-beleid, maar ook bij het adresseren van mensenrechtenimpact en het opzetten van klachtenmechanismen. Wie echter als relevante belanghebbende heeft te gelden, wordt in de bestaande raamwerken niet verder verduidelijkt dan dat dit degenen zijn die effecten ervaren op hun mensenrechten die door een onderneming wordt veroorzaakt, waaraan deze onderneming bijdraagt of die direct zijn verbonden met de activiteiten van een onderneming. Of iemand een dergelijk effect ondervindt, is echter niet steeds gemakkelijk vast te stellen. Ook als een onderneming te goeder trouw tracht belanghebbenden te identificeren, bestaat de mogelijkheid dat een individu of organisatie toch meent dat hij of zij ten onrechte niet als zodanig is aangemerkt. Voor sommige ondernemingen is dit

139. Vgl. OHCHR B-Tech project, *Identifying and assessing human rights risks related to end-use*, te raadplegen via [ohchr.org/Documents/Issues/B-Tech/identifying-human-rights-risks.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/B-Tech/identifying-human-rights-risks.pdf).

140. Zie de *Guidance on Human Rights Impact Assessment of Digital Technologies*, te raadplegen via [humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/document/A%20HRIA%20of%20Digital%20Activities%20-%20Introduction_n.pdf](https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/document/A%20HRIA%20of%20Digital%20Activities%20-%20Introduction_n.pdf).

141. Zie *Guidance on Human Rights Impact Assessment of Digital Technologies*, p. 15.

142. Zie daarover bijvoorbeeld het *Guidance Document for Social Accountability 8000* (SA8000:2014), p. 124 te raadplegen via <https://sa-intl.org/wp-content/uploads/2020/02/SA8000-2014-Guidance-Document.pdf>.

143. Facebook heeft een dergelijke consultatie op landsniveau in Sri Lanka uitgevoerd. Zie *Guidance on Human Rights Impact Assessment of Digital Technologies*, p. 24.

aanleiding om dan maar (grotendeels) van consultatie van belanghebbenden af te zien, maar dat is niet in overeenstemming met het doen van toereikende MRDD, dat nu juist is gericht op het adresseren van mensenrechtenimpact bij dergelijke belanghebbenden en waarvoor hun ervaringen dus van belang zijn. Bij gebreke van duidelijkheid over wie nu precies als belanghebbende moet worden aangemerkt, lijkt het mij, voorshands bij gebreke van betere aanknopingspunten, niet onverstandig aansluiting te zoeken bij het bestuursrechtelijke (in beginsel feitelijk ingevulde) derdebelanghebbendebegrip en dan met name in het omgevingsrecht waar dit ziet op toegestane activiteiten van ondernemingen.¹⁴⁴ Daarin wordt gekeken wie effecten kan ondervinden van toegestane ondernemingsactiviteiten en dit in het bestuursrecht ook in de jurisprudentie uitgewerkte begrip zou enige richting kunnen geven over wie als belanghebbende kan worden aangemerkt. In het bestuursrecht speelt bijvoorbeeld een rol hoe ver iemand verwijderd is van een bepaalde activiteit en hoe aannemelijk het is dat hij of zij daarvan op een bepaald moment effecten ondervindt. Een dergelijke benadering is mijns inziens belangrijk om een rechter of toezichthouder uit te kunnen leggen dat op een consistente wijze wordt omgegaan met het identificeren van belanghebbenden en dit bijvoorbeeld niet afhankelijk is van een consultant of ngo die wordt ingeschakeld bij de consultatie van deze belanghebbenden. Uiteraard zullen er ook dan mogelijk individuen of organisaties betogen dat zij ten onrechte niet zijn geconsulteerd, maar dan kan in ieder geval aannemelijk worden gemaakt dat een consistente benadering is gevolgd voor de identificatie van belanghebbenden aan de hand waarvan op goede gronden inzichtelijk kan worden gemaakt waarom een persoon of organisatie niet als belanghebbende is aangemerkt.

Wel moet er rekening mee worden gehouden dat het identificeren en raadplegen van relevante belanghebbenden een tijdrovende en gecompliceerde aangelegenheid kan zijn, bijvoorbeeld omdat het vertrouwen moet worden gewonnen van deze belanghebbenden, bijvoorbeeld omdat deze (al dan niet op juiste gronden) vrezen voor nadelige consequenties (vergoeding) in het geval zij meedoen aan dergelijke consultaties.¹⁴⁵ Ook kunnen belanghebbenden soms over het hoofd worden gezien. Zo kan bij landrechten consultatie wenselijk zijn van nomaden die maar een beperkt deel van het jaar gebruikmaken van bepaalde gronden.¹⁴⁶ Het kan dus zijn dat wanneer een consultatie alleen op een specifiek moment plaatsvindt bij degenen die op dat moment de gronden gebruiken, dergelijke belangen over het hoofd worden gezien. Verder moet er ook voor worden gezorgd dat consultatie op een cultureel verantwoorde wijze gebeurt, hetgeen meebrengt dat veelal lokale tussenpersonen nodig zijn om dit voor elkaar te krijgen. In dat verband moet er specifiek op worden toegezien dat ook relevante kwetsbare groepen (bijvoorbeeld personen die geen formele (juridische) rechten op bepaald land hebben of geen (formele) arbeidsovereenkomst) in de consultatie worden meegenomen. Het identificeren van die groepen kan tijdrovend zijn omdat formele (openbare) registers (voor zover die al bestaan) daarover geen duidelijkheid geven. Ten slotte is het belangrijk het belanghebbendenbegrip met name feitelijk te benaderen (zoals ook in het bestuurs-

144. Zie daarover bijvoorbeeld R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 139 e.v.

145. Vgl. Europese Commissie, *Guidance on Due Diligence for EU Businesses*, p. 6.

146. Dat geldt met name als zij als inheemse volken moeten worden aangemerkt omdat dan geïnformeerde voorafgaande toestemming van die volken nodig is voor het gebruik van het land.

recht gebeurt) en niet vooral juridisch. Zo hebben diepgaande juridische discussies over de vraag of een bepaalde groep al dan niet als inheems volk moet worden aangemerkt (dit is relevant als een onderneming gebruik wil maken van land omdat dan hun geïnformeerde voorafgaande toestemming voor dit gebruik is vereist) vaak achteraf een contra-productief effect en kost het oplossen van de daardoor ontstane problemen vaak meer tijd dan het vooraf investeren in de consultatie van deze groepen.

Het vorenstaande neemt niet weg dat consultaties van belanghebbenden voor grotere ondernemingen met veel activiteiten wereldwijd en veel leveranciers op dit moment redelijkerwijs niet goed mogelijk zijn voor alle activiteiten en in alle handelsketens (ook na de *first tier*). Vooralsnog, totdat zoals hiervoor besproken werd op grotere schaal betrouwbare informatie beschikbaar komt over de ervaringen van belanghebbenden, ligt het daarom voor de hand te beginnen met die consultaties voor de hoofdactiviteiten van de onderneming en in de meest risicovolle handelsketens. In die ketens kan ook worden samengewerkt met (lokale) ngo's. Verder kan naast consultaties ook geaggregeerde informatie uit effectieve (lokale) klachtenmechanismen relevant zijn om een indruk te krijgen van ervaringen van belanghebbenden. Bedrijfsjuristen doen er dus goed aan, bijvoorbeeld in contracten, het opzetten van dergelijke effectieve klachtenmechanismen te stimuleren en het gebruik van geaggregeerde informatie daaruit te faciliteren.

Daarnaast komt de rol van contracten in beeld. Ik heb hiervoor al uiteengezet hoe een effectievere contractuele en meer met de UNGPs in lijn zijnde contractuele aanpak kan worden vormgegeven. Dat is uiteraard (ook) iets voor bedrijfsjuristen.

Verder is de ontwikkeling van *best practices* op het terrein van MRDD, bijvoorbeeld in samenwerking met anderen, van belang. Naar ik hiervoor uiteengezet heb, gaan die mogelijk een rol spelen in het kader van publiek toezicht, maar ook daarbuiten kunnen die van belang zijn. Zolang in wetgeving of rechtspraak nog geen duidelijke criteria zijn ontwikkeld wat MRDD inhoudt in een specifiek geval in een specifieke sector in een specifiek land, kunnen *best practices* bijdragen aan het creëren van meer houvast voor ondernemingen wat in bepaalde situaties kan worden gedaan en wat in de praktijk ook haalbaar is. Die *best practices* zouden op hun beurt weer kunnen bijdragen aan de invulling van open normen die in de wetgeving worden gehanteerd of die in concrete zaken een rol kunnen spelen bij de invulling van open normen als artikel 6:162 BW. Het verdient dus aanbeveling dat bedrijfsjuristen de ontwikkeling van dergelijke *best practices* faciliteren en stimuleren en ook stimuleren dat voor zover mogelijk publiekelijk aandacht wordt geschonken aan die *best practices*. Die zijn dan ook voor andere ondernemingen en derden kenbaar en kunnen op die manier een grotere rol spelen bij de invulling van open normen en bij de verwachtingen die toezichthouders en anderen van ondernemingen op het terrein van MRDD hebben.¹⁴⁷

147. *Best practices* zijn en worden overigens al wel ontwikkeld, bijvoorbeeld binnen de UN Global Compact, maar worden veelal niet of beperkt extern gecommuniceerd.

4 Conclusie en vooruitblik

In het voorgaande is duidelijk geworden dat MRDD niet alleen een onderwerp is voor duurzaamheidsafdelingen van bedrijven en accountants in het kader van de jaarlijkse duurzaamheidsrapportages, maar ook voor juristen. MRDD wordt niet alleen in (komende) wetgeving voorgeschreven, maar het niet uitvoeren ervan is inmiddels ook in de rechtspraak aanvaard als een grond voor aansprakelijkheid. Daarmee is dit onderwerp dus ook een noodzakelijk nalevingsonderwerp geworden op de agenda van de (bedrijfs)jurist.

Ondanks het belang van het onderwerp hebben de meeste juristen er echter nog weinig kennis van. Dit preadvies heeft willen bijdragen aan een beter begrip van MRDD, zowel qua betekenis ervan als ook ten aanzien van de wijze waarop dit inmiddels juridisch is ingebed. Ik ben wat uitgebreider ingegaan op MRDD in waardeketens omdat de UNGPs en OESO-Richtlijnen, en de wetgeving en rechtspraak die deze implementeren, ervan uitgaan dat dit niet alleen ten aanzien van dochterondernemingen en contractpartners wordt uitgevoerd, maar ook dieper in de waardeketens. De huidige aanpak, waarin veelal in contracten wordt verwezen naar een *supplier code of conduct* en soms, maar niet altijd, door middel van *audits* wordt gecontroleerd of die worden nageleefd, is niet toereikend, mede omdat die vaak zijn gebaseerd op inkooppraktijken die aan mensenrechtenschendingen kunnen bijdragen.

Ik heb daarom uiteengezet hoe die aanpak in contracten kan worden verbeterd. Zeker ten aanzien van leveranciers blijven die belangrijk als sturingsinstrument. Ik heb ook gezien hoe invloed verder in de keten kan worden uitgeoefend en heb in dat verband besproken dat klachtenmechanismen daarin een relevante rol kunnen spelen, naast consultatie van belanghebbenden en training. Tevens ben ik nog kort ingegaan op MRDD ten aanzien van twee specifieke onderwerpen: klimaatverandering en *digital technologies*. Deze onderwerpen laten zien dat de klassieke benadering ten aanzien van MRDD enige aanpassing behoeft. Dat geldt bij klimaat omdat de relatie tussen de maatregelen die een onderneming neemt en de effecten die dit heeft voor de door klimaatverandering veroorzaakte specifieke mensenrechtenimpact lastiger valt vast te stellen. Het gaat dan om effecten op macroniveau en dat betekent dat MRDD alleen werkt als dit ook voor de gehele bedrijfsvoering en op macroniveau gebeurt. Ook dan kan een onderneming vaak niet alleen de in markten noodzakelijke veranderingen bewerkstelligen en zal dus effectieve samenwerking met andere bedrijven, financiële instellingen en overheden noodzakelijk zijn. Dit betekent overigens niet dat bedrijven stil kunnen zitten tot die samenwerking vorm heeft gekregen; zij moeten daar zelf ook actief aan bijdragen. Voor *digital technologies* geldt dat MRDD hier anders kan zijn, omdat de invloed ervan zich anders kan manifesteren dan in de vorm van de traditionelere aan gedwongen arbeid, mensenhandel en landrechten in waardeketens gerelateerde problemen.

Gelet op de aangekondigde en al bestaande wetgeving, rechtspraak en andere initiatieven, zoals de IMVO-convenanten, is sprake van een zich snel ontwikkelend juridisch terrein, waar juristen zich niet meer kunnen permitteren om achter te blijven. Gelet op de bij veel juristen op dit terrein nog onvolledige kennis dient daarvoor nog wel een inhaalslag gemaakt te worden. Daarnaast is het belangrijk dat juristen zich ook de oorzaken van mensenrechtenproblemen en de wijze waarop die zich in de praktijk openbaren eigen maken. Als dat niet gebeurt, bestaat

het risico dat gekozen wordt voor een traditionelere juridische aanpak, bijvoorbeeld in contracten, waarvan ik hiervoor heb betoogd dat die onvoldoende effectief is.