

REDACTIONEEL

Hoe een IPR-regel passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid tot openbaar belang kan verheffen

De wettelijke aansprakelijkheidsbepaling onder het EU-voorstel voor een Corporate Sustainability Due Diligence-richtlijn kwalificeert als een voorrangregel

L.F.A. Welling-Steffens

Deze uitgave van O&F staat in het teken van duurzaamheid. Het redactioneel kan dan natuurlijk niet achterblijven. Zoals al vele malen is gememoreerd, ook in de artikelen van deze editie, staat de transitie naar een duurzamere samenleving hoog op de agenda van de EU. In navolging van het Verdrag van Parijs¹ heeft de Commissie van de EU in, onder andere, de European Green Deal² opgenomen dat de economieën in Europa zich moeten omvormen naar klimaatneutrale, grondstoffenefficiënte, circulaire en concurrerende economieën. Er wordt daarbij niet alleen ingezet op het klimaat en het milieu, maar ook op sociale duurzaamheid, het respecteren van mensenrechten en aansprakelijkheid en governance binnen bedrijven. Om de Europese doelstellingen te bereiken is er reeds een aantal richtlijnen en verordeningen in werking getreden, zoals de Taxonomieverordening,³ de Sustainable Finance Disclosure Regulation⁴ en de Non-Financial Reporting Directive,⁵ en zal het voorstel voor de Corporate Sustainability Reporting Directive⁶ binnenkort in werking treden. Zeer recentelijk, op 23 februari 2022, heeft de Europese Commissie een voorstel gepubliceerd voor een richtlijn over *corporate sustainability due dili-*

1 Zie UNFCCC, The Paris Agreement (laatstelijk geraadpleegd op 22 april 2022).

2 Europese Commissie, COM(2019)640 final van 11 december 2019, beschikbaar via: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2019:640:FIN> (laatstelijk geraadpleegd op 22 april 2022).

3 Verordening (EU) 2020/852 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2020 betreffende de totstandbrenging van een kader ter bevordering van duurzame beleggingen en tot wijziging van Verordening (EU) 2019/2088.

4 Regulation (EU) 2019/2088 of the European Parliament and of the Council of November 27, 2019 on sustainability-related disclosures in the financial services sector (as amended and supplemented by the Taxonomy Regulation ((EU) 2020/852, June 18, 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment).

5 Non-Financial Reporting Directive (Directive 2014/95/EU, October 22, 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups).

6 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting (COM/2021/189 final).

gence, of in het Nederlands: ‘passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid’.⁷

Deze richtlijn over corporate sustainability due diligence (hierna: Richtlijn) heeft tot doel om bepaalde ondernemingen verplichtingen op te leggen die moeten bijdragen of leiden tot een passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid. De opgelegde verplichtingen dienen ervoor om de negatieve gevolgen van ondernemingsactiviteiten op het milieu, maar ook op het gebied van mensenrechten vast te stellen en waar nodig te voorkomen, beperken of beëindigen, en aan te geven hoe deze ondernemingen die effecten gaan aanpakken.⁸ Deze verplichtingen zien niet alleen op de onderneming zelf, maar tevens op haar dochterondernemingen en de ondernemingen in haar *value chain*.⁹ Zo staat in overweging (3) van de considerans bij de Richtlijn dat die ook zal ‘bijdragen aan de Europese pijler van sociale rechten, waarin de rechten die eerlijke arbeidsomstandigheden waarborgen worden bevorderd’. Daarnaast bepaalt die overweging dat de Richtlijn deel uitmaakt van ‘de beleidsmaatregelen en strategieën van de Unie met betrekking tot de bevordering van fatsoenlijk werk wereldwijd, ook in mondiale waardeketens’. In overweging (4) staat dan vervolgens dat in alle sectoren van de economie het gedrag van ondernemingen van doorslaggevend belang is voor het succes van het realiseren van de door de EU gestelde duurzaamheidsdoelstellingen. Dit komt omdat, aldus nog steeds de Richtlijn zelf, ondernemingen in de EU, en dan met name grote ondernemingen, afhankelijk zijn van die mondiale value chains. Het zijn dan ook die ‘grote’ ondernemingen waarop deze Richtlijn van toepassing zal zijn.¹⁰

In het kort stelt de Richtlijn regels vast over (1) verplichtingen voor ondernemingen die niet alleen zien op hun eigen activiteiten, maar ook op de activiteiten van hun dochterondernemingen en de ondernemingen in hun value chain, met betrekking tot feitelijke en potentiële nadelige effecten op de mensenrechten en het mili-

- 7 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937, Brussel 23 februari 2022, COM(2022)71 final 2022/0051 (COD), te raadplegen op [*resource.html.europa.eu](https://resource.html.europa.eu) (laatstelijk geraadpleegd op 22 april 2022).
- 8 Zie overwegingen (5) en (14) van de Richtlijn en zie voor een uitgebreide bespreking van dit voorstel in deze aflevering Van Oostrum en verder o.a. M. de Koning & R.M. Sinke, ESG-compliance in een toeleveringsketen; een juridische verkenning, Bb 2022/22 en H. Koster, Voorstel voor een Richtlijn Corporate Sustainability Due Diligence, Bb 2022/23.
- 9 Wat precies wordt bedoeld met die *value chain* of waardeketen wordt gedefinieerd in art. 3(g) Richtlijn.
- 10 Art. 2 Richtlijn bepaalt dat de Richtlijn van toepassing is op (1) ondernemingen opgericht naar het recht van een EU-lidstaat met gemiddeld meer dan 500 werknemers en een wereldwijde netto-omzet van meer dan € 150 miljoen in het laatste boekjaar waarvoor een jaarrekening is opgesteld, en (2) indien de drempelwaarden onder (1) niet worden bereikt, op ondernemingen met gemiddeld meer dan 250 werknemers en een wereldwijde netto-omzet van € 40 miljoen, waarvan ten minste 50% is behaald in zogenaamde *high impact*-sectoren zoals textiel, landbouw en fossiele brandstof. Daarnaast is de Richtlijn van toepassing op ondernemingen die zijn opgericht volgens het recht van een niet-lidstaat indien door die onderneming een netto-omzet van meer dan € 150 miljoen in de EU werd behaald of tussen de € 40 miljoen en €150 miljoen netto-omzet in een van de opgesomde high impact-sectoren in de EU.

Hoe IPR-regel passende zorgvuldigheid in bedrijfsleven op gebied van duurzaamheid tot openbaar belang kan verheffen

eu, en (2) aansprakelijkheid voor schendingen van die verplichtingen.¹¹ Het is ten aanzien van die laatste regels dat in de Richtlijn ook een regel van internationaal privaatrecht te vinden is en wel in art. 22 lid 5. Die regel van internationaal privaatrecht slaat terug op de eerste vier leden van art. 22 Richtlijn. Art. 22 bepaalt de wettelijke aansprakelijkheid van ondernemingen voor schade veroorzaakt door het feit dat de betreffende onderneming de verplichtingen uit art. 7 (preventie van potentiële negatieve effecten) of art. 8 (beëindiging van feitelijke negatieve effecten) Richtlijn niet is nagekomen en als gevolg van die nalatigheid zich een negatief effect heeft voorgedaan dat geïdentificeerd, voorkomen, beperkt of beëindigd had moeten worden, of waarvan de omvang tot een minimum beperkt had moeten worden door de verplichtingen na te komen uit genoemde artikelen. De lidstaten moeten er zorg voor dragen dat ondernemingen aansprakelijk worden gehouden voor de schade die wordt veroorzaakt door genoemde nalatigheid.

Een vordering tot schadevergoeding die uit voornoemde nalatigheid voortvloeit, zal over het algemeen kwalificeren als een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad, waarvan het toepasselijke recht wordt bepaald door de regels van de Rome II-Verordening.¹² Aangezien de Rome II-Verordening een universeel formeel toepassingsgebied heeft, kan het zijn dat het door toepassing van die regels gevonden toepasselijke recht op die vordering tot schadevergoeding het recht is van een niet-EU-lidstaat. Dat zou betekenen dat de in art. 22 Richtlijn vastgelegde wettelijke aansprakelijkheid niet van toepassing is, aangezien de regels zoals opgenomen in de Richtlijn, en in het bijzonder de regels met betrekking tot de wettelijke aansprakelijkheid van art. 22, uiteraard niet zullen worden geïmplementeerd in die niet-EU-lidstaat. De Europese Commissie heeft willen voorkomen dat de onderneming zich in een dergelijk geval op het recht van een niet-EU-lidstaat kan beroepen en daarmee alsnog onder die wettelijke aansprakelijkheid uitkomt.¹³ Daartoe is de regel in lid 5 van art. 22 in de Richtlijn opgenomen.

In de Nederlandse versie van de Richtlijn is de IPR-regel die in het vijfde lid van art. 22 is opgenomen wat cryptisch. Daarin wordt het volgende bepaald: 'De lidstaten zorgen ervoor dat de aansprakelijkheid zoals bedoeld in de bepalingen van nationaal recht ter omzetting van dit artikel, prevaleert in gevallen waarin het recht dat van toepassing is op vorderingen in die zin niet het recht van een lidstaat is.' De Engelse versie van de Richtlijn is duidelijker en bepaalt: 'Member States shall ensure that the liability provided for in provisions of national law transposing this Article is of overriding mandatory application in cases where the law applicable to claims to that effect is not the law of a Member State.' Met andere woorden, indien de vordering tot schadevergoeding voor schade die voortvloeit uit handelingen van een onderneming die een negatief effect hebben op de mensenrechten of op het milieu, en dat negatieve effect had voorkomen of beperkt kunnen worden indien de

11 Art. 1 lid 1 Richtlijn.

12 Verordening (EG) 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen.

13 Zie de toelichting van de Commissie in par. 5 (Overige elementen) onder het kopje 'Artikelsgewijze toelichting' bij het voorstel voor de Richtlijn onder art. 22 op p. 30.

onderneming zich had gehouden aan de verplichtingen uit de Richtlijn, wordt beheerst door het recht van een niet-EU-lidstaat, waardoor de onderneming onder de wettelijke aansprakelijkheid uit zou kunnen komen, dan geldt dat art. 22 Richtlijn, zoals geïmplementeerd in de nationale wetgeving van de lidstaten, dient te kwalificeren als een zogenaamde voorrangregel die in voorkomend geval toepassing claimt. Door de wettelijke aansprakelijkheidsregel van art. 22 Richtlijn te kwalificeren als een voorrangregel kan deze toepassing claimen, ongeacht het op de vordering toepasselijke recht, zodat de onderneming alsnog aansprakelijk kan worden gehouden.

Wat precies voorrangregels, ook wel bepalingen van bijzonder dwingend recht of in het Engels *overriding mandatory provisions*, zijn, wordt onder andere in art. 9 Rome I-Verordening¹⁴ gedefinieerd. Dit zijn bepalingen waaraan een staat 'zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moeten worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt'. Een voorrangregel die toepassing claimt in een bepaald geval kan door de rechter worden toegepast, ongeacht het op de vordering toepasselijke recht. Dat laatste volgt, voor vorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad, uit art. 16 (Bepalingen van bijzonder dwingend recht) Rome II-Verordening. Daarin is bepaald dat 'de toepassing van de rechtsregels van het land van de rechter die, ongeacht het recht dat op de niet-contractuele verbintenis van toepassing is, ter zake een dwingend karakter hebben' onverlet worden gelaten door de bepalingen van de Rome II-Verordening. Daarbij sluit de Engelse tekst van art. 16 (Overriding mandatory provisions) van de Rome II-Verordening goed aan op de Engelse tekst van art. 22 lid 5 Richtlijn. De Engelse versie van art. 16 Rome II-Verordening luidt: 'Nothing in this Regulation shall restrict the application of the provisions of the law of the forum in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the non-contractual obligation.' Is een onderneming onderworpen aan de Richtlijn en verzaakt zij haar verplichtingen daaronder, dan geldt, ongeacht het toepasselijke recht op de vordering tot schadevergoeding, dat zij te allen tijde wettelijk aansprakelijk kan worden gehouden in overeenstemming met de bepalingen van de Richtlijn.

Duurzaamheid en het streven naar duurzaamheid zijn, zou ik menen, uiteraard van groot openbaar belang. Met art. 22 lid 5 Richtlijn heeft de Europese Commissie het belang dat zij hecht aan de verplichtingen die door deze Richtlijn worden opgelegd aan ondernemingen extra onderstreept en daarmee in feite de route naar duurzaamheid die de Richtlijn nastreeft, geduid als een zaak van groot openbaar, publiek, belang voor de politieke, sociale en economische organisatie van de EU. Dat alles met een korte bepaling van internationaal privaatrecht.

14 Verordening (EG) 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.