

A&O Shearman Amsterdam reactie op consultatievoorstel Wet internationaal verantwoord ondernemen

1. Algemeen

A&O Shearman heeft met belangstelling kennisgenomen van het ontwerp-wetsvoorstel internationaal verantwoord ondernemen (**Wivo-voorstel**) ter implementatie van de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (**CSDDD**)¹ en de ontwerp-memorie van toelichting bij het Wivo-voorstel (de **Toelichting**). Wij spreken graag onze waardering uit voor het voortvarend ter hand nemen van de implementatie door middel van het Wivo-voorstel en de uitgebreide Toelichting. Wij maken graag van de gelegenheid gebruik om te reageren op het Wivo-voorstel en de Toelichting.

We begrijpen dat het uitgangspunt bij de Wet internationaal verantwoord ondernemen (**Wivo**) een 'zuivere en lastenluwe' implementatie is. De wetgever is daar in het algemeen goed in geslaagd. In het licht van deze wijze van implementatie, zal er beperkte ruimte zijn tot aanpassing van het Wivo-voorstel. Wel menen wij dat er opnieuw gelegenheid zou moeten worden geboden om te reageren op het Wivo-voorstel als dit aangepast zou moeten worden naar aanleiding van het Omnibus Simplification Package dat door de Europese Commissie is aangekondigd.²

In het licht van de 'zuivere en lastenluwe' implementatie hebben wij een beperkt aantal opmerkingen. Het gaat daarbij met name om onderwerpen waar de voorgestelde wettekst en/of de Toelichting toch enigszins lijkt af te wijken van de CSDDD, dan wel zou kunnen worden verduidelijkt in de Nederlandse context en werkingssfeer. Onze opmerkingen strekken ertoe op die specifieke onderdelen de Toelichting aan te passen. Voor sommige onderdelen van de CSDDD zal de Europese Commissie op grond van art. 19 lid 1 CSDDD nog richtsnoeren opstellen, bijvoorbeeld op het gebied van *best practices* voor prioritering van negatieve gevolgen en de wijze waarop belanghebbenden kunnen worden geïdentificeerd en kunnen worden betrokken. Daaruit moet echter niet worden geconcludeerd dat nadere verduidelijking door de Nederlandse wetgever kan uitblijven. Deze richtsnoeren hoeven immers ingevolge art. 19 lid 3 CSDDD pas uiterlijk in 2027 te worden vastgesteld door de Europese Commissie, terwijl ondernemingen zich al eerder moeten voorbereiden op de verplichtingen uit de Wivo. Wij menen overigens wel dat het belang van harmonisatie op Europees niveau bij dergelijke verduidelijking ook voorop zou moeten staan.

2. Betrokkenen in de activiteitenketen

Ondernemingen moeten passende maatregelen nemen om doeltreffend samen te werken met 'betrokkenen' in de activiteitenketen om aan de voorschriften voor gepaste zorgvuldigheid te voldoen, zoals vastgelegd in artikel 13 CSDDD en par. 2.1.2 Wivo-voorstel. In lid 3 van art. 13 CSDDD en par. 2.1.2 wordt verder uitgelegd dat dit betekent dat betrokkenen moeten worden geraadpleegd in verschillende fasen van de passende zorgvuldigheids-procedure. Dit is onder andere het geval bij het verzamelen van informatie over potentiële en feitelijke nadelige gevolgen, bij het ontwikkelen van een (versterkt) preventief of (versterkt) corrigerend actieplan, bij het vaststellen van passende maatregelen voor het herstel van negatieve effecten en bij de ontwikkeling van kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren voor de periodieke evaluatie van de activiteiten en de gepaste zorgvuldigheids-maatregelen.

De CSDDD en het Wivo-voorstel gaan ervan uit dat de gepaste zorgvuldigheid een aanpak vergt die wordt afgestemd op de sector, de onderneming en de relevante omstandigheden. Daarbij gaat het, zo begrijpen wij dit, dus om maatwerk per onderneming en dat zal ook het geval zijn bij het bepalen wie de relevante betrokkenen zijn

¹ Richtlijn (EU) 2024/1760 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2024 inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937 (PbEU L 2024/1760).

² Verklaring van Boedapest over de nieuwe deal voor het Europees concurrentie-vermogen, 8 november 2024 en [Tentative agenda for forthcoming Commission meeting SEC\(2024\)2508](#).

die de onderneming zou moeten raadplegen in een bepaalde fase. In zoverre zien wij een parallel met de Nederlandse Corporate Governance Code waarin, in het kader van de stakeholderdialoog, wordt opgemerkt dat het aan het bestuur van de vennootschap is om van geval tot geval te bepalen wie de relevante stakeholders zijn.³ Wij geven graag in overweging om net als in de Nederlandse Corporate Governance Code (toelichting bij 1.1.5 Dialoog met stakeholders) in de Toelichting te verduidelijken dat niet iedere betrokkene in elke fase als even relevant kan worden aangemerkt en dat het aan de onderneming is om van geval tot geval te bepalen wie de relevante betrokkenen zijn die dienen te worden geraadpleegd volgens de eisen van de Wivo en met name par. 2.1.2. Dit om ook te verduidelijken dat niet beoogd wordt een (doorlopend) recht op raadpleging voor alle betrokkenen in het leven te roepen.

In de Toelichting wordt opgemerkt dat aan de term 'belanghebbende', die de CSDDD hanteert, in het Nederlandse bestuursrecht een vaste betekenis toekomt. Daarom wordt voorgesteld in plaats daarvan het begrip 'betrokkene' te hanteren in de Wivo. Wij merken op dat voor Nederlandse vennootschappen betrokkenen in de zin van de CSDDD/Wivo niet per definitie altijd ook zijn aan te merken als "alle bij de vennootschap betrokkenen" in vennootschapsrechtelijke zin, van wie bij het dienen van het vennootschapsbelang de belangen niet onevenredig of onnodig mogen worden geschaad.⁴ Het verdient aanbeveling bovenstaande te verduidelijken in de Toelichting bij het begrip betrokkene (p. 64) en/of in hoofdstuk 4 (Verhouding tot nationale wetgeving).

3. Beleid en overleg met werknemers en vertegenwoordigers

Artikel 2.2.1.1 lid 2 Wivo-voorstel bepaalt dat het beleid voor gepaste zorgvuldigheid wordt ontwikkeld 'in overleg met' de werknemers van de onderneming en hun vertegenwoordigers en dat dit overleg voorafgaat aan de vaststelling van het beleid. In de Toelichting (p. 102) staat dat onder vertegenwoordigers in dit verband moet worden verstaan de van de onderneming onafhankelijke vakbonden. In de Nederlandse context bevreemdt dit, omdat in dezelfde paragraaf wordt opgemerkt dat medewerkers vaak goed zicht hebben op de activiteiten die zij verrichten en mogelijk ook ideeën hebben over het voorkomen van nadelige gevolgen. Dit is typisch een overweging die duidt op betrokkenheid van de ondernemingsraad. De ondernemingsraad staat namelijk dicht bij de onderneming en haar activiteiten dan een vakbond. Daar komt bij dat in de Toelichting voorbeelden van onderwerpen, waarover in overleg met de werknemers en hun vertegenwoordigers moet worden gegaan, onder andere zijn: het personeels- of opleidingsbeleid en beheersystemen voor arbeidsomstandigheden. Dit zijn onderwerpen die vallen onder het instemmingsrecht van art. 27 WOR. Het treffen van belangrijke maatregelen op het gebied van milieu is advies-plichtig op grond van art. 25 WOR. Dit betekent dat er in Nederland al een wettelijke grondslag is voor het betrekken van de ondernemingsraad. Het verdient aanbeveling om de Toelichting op dit punt te verduidelijken.

Ook de systematiek van de CSDDD duidt erop dat het eerder de bedoeling is dat hier een rol voor de ondernemingsraad is beoogd en niet, of in ieder geval niet uitsluitend, voor de vakbond. Uit overweging (65) van de CSDDD blijkt uitdrukkelijk dat ook de ondernemingsraad wordt begrepen onder vertegenwoordigers. Er wordt benadrukt dat de raadpleging van werknemers en hun vertegenwoordigers moet worden uitgevoerd overeenkomstig de desbetreffende Europese regelgeving, waarbij expliciet wordt verwezen naar de kaderrichtlijn medezeggenschap Richtlijn 2002/12/EG en, indien van toepassing, nationaal recht en collectieve overeenkomsten.

Verder wordt, naast de hier besproken bepaling over het beleidsplan ook op andere plekken expliciet verwezen naar werknemers en hun vertegenwoordigers. Daar wordt telkenmale de vakbond apart benoemd. Wij wijzen op de definitie van betrokkene in bijlage 1.A van het Wivo-voorstel en art. 3 lid 1 onder n CSDDD waarin werknemers, vakbonden en werknemersvertegenwoordigers worden benoemd. Hetzelfde geldt voor de klachtenprocedure (art. 2.2.5.1. lid 2 onder b Wivo-voorstel en art. 14 lid 2 CSDDD). In het hier besproken art. 2.2.1.1 Wivo-voorstel en art. 7 lid 2 CSDDD wordt de vakbond juist niet expliciet genoemd. Het valt, mede gelet hierop, niet in te zien waarom de betrokkenheid bij het beleidsplan, waarbij verwezen wordt naar de werknemers van de eigen onderneming, primair bij de vakbonden zou moeten liggen en niet bij de ondernemingsraad.

³ Zie de toelichting bij Bp. 1.1.5 Corporate Governance Code.

⁴ Vgl. HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290 (Cancun), r.o. 4.2.2; HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (ABN AMRO), r.o. 4.5; HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 (ASMI), r.o. 4.4.1.

4. Prioritering en risico-gebaseerde gepaste zorgvuldigheid

Art. 9 CSDDD en art. 2.2.2.2 Wivo-voorstel vereisen prioritering op basis van de ernst en de waarschijnlijkheid van negatieve effecten. De CSDDD en het Wivo-voorstel gaan bewust uit van een op risico gebaseerde benadering, waarbinnen ondernemingen zich zouden moeten concentreren op het eerst aanpakken van potentiële en daadwerkelijke negatieve gevolgen waar deze het ernstigst en/of het meest waarschijnlijk zijn. Vanwege de vele open normen van de CSDDD en de onmiddellijke dreiging van zeer aanzienlijke boetes en mogelijke civiele aansprakelijkheid, is niet ondenkbaar dat bedrijven - in weerwil van de op risico gebaseerde benadering – ertoe neigen hun beschikbare middelen inzetten om te proberen alle (potentiële) negatieve gevolgen (enigszins) te dekken, in plaats van zich te concentreren op de meest ernstige en/of waarschijnlijke negatieve gevolgen. Dit bijvoorbeeld om te voorkomen dat, ondanks een zorgvuldige prioritering, door gewijzigde maatschappelijke inzichten of gewijzigde omstandigheden, opeens een andere prioritering nodig zou blijken en hen hiervan een verwijt zou worden gemaakt.

Alhoewel bedoelde boetes en civiele aansprakelijkheid worden geregeld in de CSDDD, is de uitvoering van de handhaving een aangelegenheid voor de lidstaten. Omwille van een effectieve op risico gebaseerde benadering – en meer algemeen: gelet op de tijd die ondernemingen nodig zullen hebben om ervaring op te doen met de uitvoering van de verplichtingen onder CSDDD/Wivo – zou het onzes inziens voor de hand liggen wanneer in de Toelichting wordt verduidelijkt dat bij de inzet van handhavingsinstrumenten, acht wordt geslagen op de risico benadering die de CSDDD voorstaat.

5. Klimaattransitieplan

De Engelse tekst van de CSDDD bepaalt in art. 22 dat ondernemingen die onder de toepassing van de CSDDD vallen *“should adopt and put into effect a transition plan for climate change mitigation, which aims to ensure through best efforts, that the business model and strategy of the company are compatible with the transition to a sustainable economy and with the limiting of global warming to 1,5 oC in line with the Paris Agreement and the objective of achieving climate neutrality as established in Regulation (EU) 2021/1119, including its intermediate and 2050 climate neutrality targets, and where relevant, the exposure of the company to coal-, oil- and gas-related activities.”* (onderstreping toegevoegd) De bewoordingen in overweging (73), art. 1 en art. 22 CSDDD zijn op dit punt precies hetzelfde.

In de Nederlandse tekst van de CSDDD bepaalt overweging (73) *“... moeten ondernemingen een transitieplan voor beperking van de klimaatverandering vaststellen en uitvoeren dat er naar beste vermogen voor moet zorgen dat het bedrijfsmodel en de strategie van de onderneming verenigbaar zijn met de overgang naar een duurzame economie ...”* (onderstreping toegevoegd). Art. 1 lid 1 sub c CSDDD bepaalt dat in de richtlijn voorschriften worden vastgesteld over de verplichting voor ondernemingen een klimaattransitieplan *“op te stellen en naar beste vermogen uit te voeren”* (onderstreping toegevoegd). Tenslotte bepaalt art. 22 CSDDD in het Nederlands dat een ondernemingen een transitieplan moeten *“opstellen en uitvoeren dat ervoor moet zorgen dat de onderneming haar uiterste best doet ...”* (onderstreping toegevoegd). De verplichtingen met betrekking tot het opstellen en uitvoeren van het klimaattransitieplan worden dus in de Nederlandse tekst drie keer op verschillende wijze beschreven.

In hoofdstuk 3 Wivo-voorstel worden het opstellen en uitvoeren van het klimaattransitieplan uit elkaar getrokken. Het opstellen van het plan wordt beschreven in art. 3.1: *“Een onderneming stelt een klimaattransitieplan vast waarin is opgenomen hoe de onderneming ervoor zorgt dat zij haar bedrijfsmodel en haar bedrijfsstrategie in overeenstemming brengt met”* [de daarin genoemde algemene doelen] (onderstreping toegevoegd). In art. 3.3 Wivo-voorstel staat: *“Een onderneming voert het klimaattransitieplan naar beste vermogen uit.”* Daarmee is in het Wivo-voorstel weer voor een andere formulering gekozen dan de (uitonderhandelde) Engelse tekst en de Nederlandse tekst van art. 22 CSDDD.

Onduidelijkheid inspanningsplicht (art. 3.1 en 3.3 Wivo-voorstel)

Onduidelijk is waarom er steeds verschillende beschrijvingen worden gebruikt met betrekking tot de verplichting om een klimaattransitieplan op te stellen en uit te voeren en of hiermee steeds hetzelfde wordt bedoeld. Dit terwijl duidelijk wordt gemaakt dat het om een inspanningsverplichting gaat, zowel in de CSDDD als in het Wivo-voorstel.

In overweging (73) CSDDD staat: *“Dergelijke vereisten moeten worden opgevat als een inspanningsverplichting en niet als een resultaatsverplichting. Aangezien het om een inspanningsverplichting gaat, moet terdege rekening worden gehouden met de vooruitgang die ondernemingen boeken en met de complexiteit en de veranderende aard van de klimaattransitie. Hoewel ondernemingen ernaar moeten streven de in hun plannen opgenomen broeikasgasemissiereductie-doelstellingen te halen, kunnen specifieke omstandigheden ertoe leiden dat het niet langer redelijk is te verwachten dat ondernemingen deze doelstellingen kunnen halen”*.

Het valt op dat deze overweging niet wordt herhaald in de Toelichting. Omdat dit de enige relevante toelichting op deze inspanningsverplichting in de CSDDD is, verdient het aanbeveling bovenstaande passage voor de duidelijkheid in ieder geval in de Toelichting te herhalen. Verder is het de vraag of de verschillen in de Nederlandse formuleringen, ook ten opzichte van de Engelse tekst, louter semantisch van aard zijn of dat er ook implicaties aan vast zitten. De begrippen 'naar beste vermogen' of 'haar uiterste best doen' hebben bovendien geen specifieke juridische kwalificatie of betekenis naar Nederlands recht. De minimale uitleg in de Toelichting (p. 153/154) lijkt te zijn gebaseerd op principes uit het Angelsaksische recht, waarin een juridisch onderscheid wordt gemaakt tussen 'best efforts' en 'reasonable efforts' verplichtingen. Dit is te meer relevant omdat in de Engelse tekst van de CSDDD (in overweging (73), art. 1 lid 1 sub c en art. 22) gesproken wordt over 'best efforts'.

De Toelichting vermeldt verder uitsluitend (p. 154) *“dat de exacte invulling van de inspanningsverplichting afhankelijk is van de specifieke omstandigheden waarin de onderneming haar klimaattransitieplan uitvoert.”*

Het is belangrijk voor de ondernemingen die onder de reikwijdte van de Wivo vallen dat er meer duidelijkheid komt hoe ver de inspanningsverplichting bij 'best efforts'/'uiterste best'/'beste vermogen' in juridische zin precies strekt. Wellicht dat deze duidelijkheid (mede) door de Europese Commissie zal worden verstrekt in de praktische richtsnoeren bedoeld in art. 19 lid 2 onder b CSDDD. Het feit dat deze pas op 26 juli 2027 beschikbaar zullen worden gesteld, leidt er wel toe dat ondernemingen tot die tijd in juridische onzekerheid verkeren over wat er precies van hen verwacht wordt.

Klimaattransitieplan: 'als van toepassing' of 'where appropriate' (art. 3.1 Wivo-voorstel)

Art. 3.1 lid 2 sub a Wivo-voorstel bepaalt: *“Het klimaattransitieplan bevat: duidelijke doelstellingen waaraan een concreet tijdspad is verbonden op het gebied van klimaatverandering voor 2030 en daaropvolgende vijfjaarlijkse stappen tot en met 2050 op basis van overtuigend wetenschappelijk bewijs en, als van toepassing, absolute emissiereductiedoelstellingen voor broeikasgassen voor de scopes 1, 2 en 3 voor iedere significante categorie;”* (onderstreping toegevoegd).

Met de term 'als van toepassing' (zie ook p. 154 van de Toelichting) is kennelijk een vertaling beoogd van 'where appropriate' uit de Engelse tekst van art. 22 CSDDD. Dat lijkt niet een juiste vertaling. In de Nederlandse tekst van art. 22 CSDDD wordt dit vertaald met 'in voorkomend geval'. Het is in ieder geval niet duidelijk wat er met 'als van toepassing' wordt bedoeld, mede door het verschil in de Engelse en Nederlandse CSDDD tekst en de tekst van het Wivo-voorstel. Ook op dit punt kan de Toelichting en de tekst van art. 3.1 Wivo-voorstel worden verduidelijkt.

5. Overig commentaar

'Vrijstelling' (art. 3.1 lid 3 Wivo-voorstel)

Art. 22 lid 2 CSDDD bepaalt dat ondernemingen die een klimaattransitieplan rapporteren overeenkomstig artt. 19bis, 29bis of 40bis CSRD geacht worden te hebben voldaan aan de verplichting zo'n plan op te stellen. Hetzelfde geldt voor ondernemingen die zijn opgenomen in het klimaattransitieplan van hun moederonderneming, zoals gerapporteerd overeenkomstig artt. 29bis of 40bis CSRD.

In art. 3.1 lid 3 Wivo-voorstel lijkt die tweede categorie ten onrechte beperkt te worden tot ondernemingen wiens moederonderneming rapporteert in overeenstemming met Nederlands recht: *“zoals gerapporteerd in overeenstemming met de vereisten gesteld krachtens artikel 2:391a, tweede lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek”*. Bedoeld zal zijn dat het moet gaan om ondernemingen die zijn vrijgesteld van rapportage krachtens art. 2:391a lid 2 BW, vanwege rapportage van een klimaattransitieplan in de geconsolideerde CSRD-rapportage door hun moederonderneming. Conform art. 22 lid 2 CSDDD hoeft die moederonderneming haar rapportage niet

op te stellen op basis van Nederlands recht maar dat kan dus ook op basis van (de implementatie van art. 29bis of 40bis in) het recht van een andere EU-lidstaat zijn.

Toepassingsbereik Wivo-voorstel

Wij merken op dat voor de artikelen over het toepassingsbereik in het Wivo-voorstel is gekozen voor een tamelijk complexe route met een gelaagde opbouw van definities die onnodig lijkt. Helaas is de tekst van de CSDDD over het toepassingsbereik ook niet op alle punten even zorgvuldig. Toch zouden wij in overweging willen geven om dichter bij de tekst van de CSDDD te blijven en uitsluitend waar nodig voor de duidelijkheid af te wijken om zo ongewenste discrepanties tussen de Wivo en de CSDDD te vermijden.

Amsterdam, 23 december 2024

Contactpersonen:

Christiaan de Brauw: christiaan.debrauw@aoshearman.com

Jochem Spaans: jochem.spaans@aoshearman.com

Hanneke Bennaars: hanneke.bennaars@aosheaman.com

Caroline Obenhuijsen: caroline.obenhuijsen@aoshearman.com