

**Reactie De Brauw Blackstone Westbroek N.V. op het
conceptwetsvoorstel houdende regels voor de implementatie van
de richtlijn inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven
op het gebied van duurzaamheid (wet internationaal verantwoord
ondernemen) van 18 november 2024**

29 december 2024

1 INLEIDING

1.1 Consultatiereactie

Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid te reageren op het conceptwetsvoorstel houdende regels voor de implementatie van de richtlijn inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid (wet internationaal verantwoord ondernemen – "**WIVO**") ter implementatie van de CSDDD¹ (de "**Richtlijn**") en de concept memorie van toelichting daarbij (de "**MvT**").

Wij bespreken in deze reactie achtereenvolgens de prioritering en beleidsvrijheid (onderdeel); overige opmerkingen die wij hebben bij hoofdstuk 1 en 2 van de WIVO (onderdeel); het klimaattransitieplan (onderdeel); en enkele opmerkingen over handhaving (onderdeel). Wij maken daaraan voorafgaand twee inleidende opmerkingen.

1.2 Verhouding tot nationaal recht

Bij het schrijven van deze reactie beschouwen wij de keuze voor een "*zuivere en lastenluwe*" implementatie zoals die uit de MvT blijkt als een gegeven.²

Wij zien brede steun voor deze keuze, welke steun doorgaans wordt beargumenteerd door te wijzen op het belang van het behouden of creëren van een "*gelijk speelveld*".³ Waar het de Richtlijn in isolatie beschouwd betreft, kunnen wij deze redenering volgen. Wij menen tegelijkertijd dat ondernemingen gebaat zijn bij meer duidelijkheid en rechtszekerheid over de lijnen van het speelveld waarbinnen Nederlandse ondernemingen moeten opereren waar het de bescherming van het milieu, het tegengaan van klimaatverandering en het respecteren van mensenrechten betreft.

Paragraaf 4 van hoofdstuk 2 van de MvT bespreekt hoe de WIVO zich verhoudt tot bestaande nationale wetgeving en jurisprudentie. In paragraaf 4.3 wordt specifiek ingegaan op de zorgplicht van ondernemingen zoals die uit de daar genoemde jurisprudentie zou volgen. Wij begrijpen dat de MvT niet de plek is voor een uitgebreide analyse van deze jurisprudentie, en laten de in de MvT opgenomen samenvatting van deze jurisprudentie daarom hier onbesproken.⁴ Wel staan wij kort stil bij de volgende paragraaf.

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 MvT, p. 16, in lijn met kabinetsbeleid, het hoofdlijnenakkoord en het regeerprogramma.

³ Zie ook MvT, p. 3.

⁴ Dezelfde benaderingen hebben wij gekozen ten aanzien van de in de MvT opgenomen 'praktijkvoorbeelden' die zijn ontleend aan de jurisprudentie en eindverklaringen van het NCP. De vaak

"De in deze jurisprudentie aangenomen zorgplicht geldt in beginsel voor alle ondernemingen. De wettelijke verplichtingen voor de toepassing van gepaste zorgvuldigheid uit dit wetsvoorstel gelden weliswaar alleen voor ondernemingen die onder het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel vallen, maar zorgen daarbij wel voor verdere duidelijkheid voor ondernemingen (en betrokkenen) over wat de verantwoordelijkheden van ondernemingen zijn."⁵

Op deze plek in de MvT wordt verwezen naar rechtspraak die ten eerste zeer casuïstisch van aard is en waarin ten tweede in een individueel geval wordt bevestigd dat Europese regelingen, waaronder de Richtlijn, de zorgplichten van de betreffende onderneming niet uitputtend regelen.

De hiervoor geciteerde paragraaf uit de MvT spreekt evenwel van een 'verduidelijking' van bestaande zorgplichten. Indien wordt beoogd met de implementatie van de Richtlijn de omvang van bestaande zorgplichten onder Nederlands recht te verduidelijken, concretiseren, of anderszins regelen, zou het wenselijk zijn te verduidelijken welke elementen van welke verplichten⁶ dit betreft.

Aandachtspunt hierbij is dat de WIVO, net als het bestaande wettelijk kader, ook veel open normen bevat. De wetgever zal slechts in zeer beperkte mate invulling geven aan de open normen in de WIVO.⁷ Deze zullen immers Richtlijnconform moeten worden uitgelegd. In de MvT zou wel meer aandacht besteed kunnen worden aan hoe de WIVO zich verhoudt tot open normen in het Nederlandse recht zonder Europese grondslag, en op welke onderwerpen de WIVO de op ondernemingen rustende verplichtingen wel uitputtend beoogt te regelen, bijvoorbeeld daar waar het niet de gepaste zorgvuldigheid betreft.

Daarbij kan ook aandacht worden besteed aan de vraag in hoeverre ondernemingen, en hun besturen, (beleids)vrijheid genieten bij de invulling van de verplichtingen van de onderneming, het prioriteren van de door die diverse open normen beschermde belangen en, in het verlengde daarvan, het maken van de daarbij behorende strategische keuzes. Wij zullen dit in onderdeel 2 verder toelichten.

complexe casuïstiek die in deze voorbeelden speelde, leent zich in onze ogen niet altijd als sprekend voorbeeld van een in de MvT aangehaald principe. Pagina 61 van de MvT nuanceert al enigszins de relevantie van deze voorbeelden. Wij geven in overweging sterker tot uitdrukking te brengen dat deze voorbeelden slechts ter illustratie zijn opgenomen en dat niet is beoogd de volledige context van die voorbeelden te incorporeren in de MvT. De voorbeelden lijken daarbij ook niet altijd passen. Zo wordt in het kader van de bespreking van herstel van feitelijke nadelige gevolgen (artikel 2.2.4.4 WIVO), een uitspraak aangehaald inzake G-Star (voetnoot 153 MvT). G-Star werd echter gehouden tot vergoeding van de schade van haar contractuele wederpartij Vert, en niet tot enige compensatie van de werknemers van Vert op basis van een zorgvuldigheidsnorm.

⁵ MvT, p. 33.

⁶ Wij denken hierbij bijvoorbeeld ook aan de zorgplichten die voortvloeien uit de Omgevingswet (afdeling 1.3) en de Wet Dieren (artikel 1.4).

⁷ De MvT duidt het invullen van open normen op Europees niveau daarnaast als strijdig met het beginsel van "zuivere implementatie".

1.3 "Wie hetzelfde anders zegt, zegt iets anders"

Wij waarderen de inspanning diverse bepalingen uit de Richtlijn verder uit te werken en op punten af te wijken van de formuleringen van de Richtlijn met als doel een goede werking van de Richtlijn te verzekeren.⁸ Echter, bij het lezen van de WIVO en de MvT drong herhaaldelijk Paul Scholten's wijsheid zich aan ons op dat wie hetzelfde anders zegt, iets anders zegt.⁹

In deze reactie noemen wij een aantal voorbeelden. Wij hebben daarbij niet naar volledigheid gestreefd en doen daarom tevens de algemene suggestie grote terughoudendheid te betrachten bij het herformuleren en verder uitwerken van de Richtlijn. Indien op punten bewust wordt afgeweken van het uitgangspunt van zuivere en lastenluwe implementatie – waaraan legitieme beleidsmatige afwegingen ten grondslag kunnen liggen – zou het de voorkeur hebben dat die keuze wordt benoemd en toegelicht.

2 PRIORITERING EN BELEIDSVRIJHEID

Prioritering vormt één van de kernprincipes van de Richtlijn en de WIVO. Het betreft dan het prioriteren van (het aanpakken van) "nadelige gevolgen" zoals dat begrip is gedefinieerd in de WIVO. De Richtlijn en de WIVO geven daarbij enkele handvatten.¹⁰

Ondernemingen zullen echter ook moeten prioriteren tussen het aanpakken van "nadelige gevolgen" in de zin van de WIVO, het nastreven van andere doelstellingen en het respecteren van andere rechten en belangen. Wij illustreren dit aan de hand van drie voorbeelden.

- *Gepaste zorgvuldigheid* (artikel 2.1.1 WIVO) versus *Bestrijding van Klimaatverandering* (artikel 3.1 WIVO)

Klimaatverandering kwalificeert niet als een "nadelig gevolg" in de zin van de WIVO. Het is niet uit te sluiten dat het bestrijden van klimaatverandering conform artikel 3.1 WIVO, tegelijkertijd "nadelige gevolgen" met zich kan brengen. Ook kan *vice versa* het betrachten van gepaste zorgvuldigheid in lijn met hoofdstuk 2 WIVO en het tegengaan van "nadelige gevolgen" in de zin van de WIVO, een beperkend effect hebben op de inspanningen en mogelijkheden die ondernemingen tot hun beschikking hebben bij het bestrijden van klimaatverandering. Daarnaast kan het bestrijden van klimaatverandering conform artikel 3.1

⁸ MvT, p. 16.

⁹ Paul Scholten in zijn rede uitgesproken ter gelegenheid van het neerleggen van zijn hoogleraarschap aan de Universiteit van Amsterdam op 25 oktober 1945.

¹⁰ Artikel 2.2.2.2 lid 2 WIVO.

WIVO de capaciteit van de onderneming om "nadelige gevolgen" overeenkomstig hoofdstuk 2 van de WIVO aan te pakken, beperken.

- *Gepaste zorgvuldigheid* (artikel 2.1.1 WIVO) versus *de OESO-richtlijnen*

Ook de OESO-richtlijnen laten prioritering toe. In vergelijking met de OESO-richtlijnen kent de WIVO een beperktere waardeketen en een beperktere definitie van "nadelig gevolg". Het is dus mogelijk dat het meest urgente "nadelige gevolg" binnen het toepassingsbereik van de OESO-richtlijnen in het geheel niet als "nadelig gevolg" in de zin van de WIVO kwalificeert. Ook het omgekeerde is mogelijk; het meest urgente "nadelige gevolg" binnen de beperktere reikwijdte van de WIVO staat mogelijk niet in verhouding tot de "nadelige gevolgen" in de zin van de OESO-richtlijnen waar de onderneming bij betrokken is.

De MvT vermeldt in dit verband dat het "*ondernemingen natuurlijk vrij [staat] om gepaste zorgvuldigheid wel toe te passen op de gehele waardeketen*".¹¹ Dit zou gelezen kunnen worden als dat het ondernemingen ook vrij staat geen "gepaste zorgvuldigheid" te betrachten binnen dat deel van de waardeketen dat buiten het toepassingsbereik van de WIVO valt. Hetzelfde geldt voor de overweging verderop in de MvT, dat "*afhankelijk van de omstandigheden en hun ambities*", ondernemingen "[kunnen] overwegen schending van nog meer mensenrechten te voorkomen" dan genoemd in de bijlage bij de WIVO.¹² ¹³ Ten aanzien van het VN-Verdrag tegen corruptie vermeldt de MvT, dat het "*wel goed*" zou zijn als ondernemingen hier vrijwillig rekening mee houden.¹⁴ Betekent "*wel goed*", hier iets anders dan "*gepast*" als geciteerd in de eerste zin van deze alinea, en heeft "*gepaste zorgvuldigheid*" daar een andere betekenis dan wanneer de WIVO over "gepaste zorgvuldigheid" spreekt?

- *Gepaste zorgvuldigheid* (artikel 2.1.1. WIVO) versus "*het bestendig succes van de onderneming*"

Het bestuur van een Nederlandse vennootschap dient zich in de regel te richten naar het "bestendig succes" van de door die vennootschap gedreven onderneming. De Corporate Governance Code spreekt in dit verband van "*duurzame lange termijn waardecreatie van de*

¹¹ MvT, p. 10.

¹² MvT, p. 87.

¹³ De MvT gaat niet in op welke andere mensenrechten dit zou kunnen betreffen. Mede gelet op overweging 32 van de Richtlijn waarin is bepaald dat de Richtlijn tot doel heeft de mensenrechten "volledig te bestrijken", zou de MvT bij voorkeur verduidelijken welke mensenrechtenschendingen al dan niet geprioriteerd of juist gelaten mogen worden afhankelijk van het ambitieniveau van de onderneming. We sluiten overigens ook niet uit dat het citaat beoogt overweging 33 van de Richtlijn over te nemen. Daar wordt echter gesproken van "*aanvullende normen*" en niet van "*nog meer mensenrechten*".

¹⁴ MvT, p. 88.

vennootschap en de met haar verbonden onderneming", welk concept wordt geduid als het vinden van een balans tussen de sociale, ecologische en economische aspecten van ondernemen.¹⁵

Het streven naar bestendig succes c.q. duurzame lange termijn waardecreatie kan in de weg staan aan het op korte termijn aanpakken van alle "negatieve effecten" in de zin van de WIVO. Wij illustreren dit aan de hand van overweging 44 van de Richtlijn. Deze overweging stelt weliswaar dat de potentiële aansprakelijkheid niet een relevante factor mag zijn bij het prioriteren van "negatieve effecten", maar dit kan niet betekenen dat de onderneming niet, vanuit het streven naar het bestendig succes van de onderneming, het risico op aansprakelijkheidstelling mag beperken voordat diverse andere negatieve effecten in de zin van de WIVO zijn aangepakt. Sterker nog, daar kan het bestuur toe gehouden zijn, waar het niet prioriteren van deze aansprakelijkheidsrisico's het bestendig succes van de onderneming kan schaden.

Deze voorbeelden laten zien dat nakoming van de WIVO in zichzelf, maar zeker ook in combinatie met andere verplichtingen en (stakeholder-)belangen die de onderneming mag en moet dienen, afwegingen vergt van beleidsmatige en strategische aard. De MvT zou kunnen bijdragen aan de rechtszekerheid door toe te lichten dat ondernemingen (en hun besturen) niet slechts moeten prioriteren binnen het toepassingsbereik van de WIVO overeenkomstig artikel 2.2.2.2, maar dat noodzakelijkerwijs ook sprake zal zijn van prioritering tussen de WIVO, het nastreven van andere legitieme doelstellingen en het voldoen aan andere (wettelijke) verplichtingen. Zowel ten aanzien van de prioritering tussen de WIVO en deze andere doelstellingen en verplichten, als ten aanzien van de prioritering binnen de WIVO dient ondernemingen en besturen beleidsvrijheid toe te komen. Het ligt daarbij in de geest van de WIVO en het concept "gepaste zorgvuldigheid" besloten dat ondernemingen minder beleidsvrijheid hebben de prioriteit buiten de WIVO te leggen, naarmate de ernst van het "negatieve gevolg" (relatief) groter is.

De MvT zou kunnen expliciteren dat rechterlijke toetsing op dit vlak de keuzes van de onderneming *ex tunc* zal moeten toetsen, dat ondernemingen beleidsvrijheid toekomt zoals hiervoor besproken, en dat de rechterlijke toetsing niet enkel het gedrag en de keuzes van de onderneming zal moeten toetsen binnen de WIVO, maar dat die toetsing dient plaats te vinden met inachtneming van het gehele krachtenveld waarin de onderneming opereert. Dat bepaalt

¹⁵ Principe 1.1 van de Corporate Governance Code.

immers wat van tijd tot tijd "gepast zorgvuldig" (in de zin van de WIVO) is.¹⁶ Daarbij moet ook voorkomen worden dat de keuzes van ondernemingen worden beoordeeld met *hindsight bias* en *outcome bias*.

3 OVERIGE KANTTEKENINGEN BIJ HOOFDSTUK 1 EN 2 WIVO

3.1 Het begrip 'Activiteitenketen'

Artikel 1.1.1 WIVO, onder verwijzing naar de bijlage, definieert het begrip 'activiteitenketen' welk begrip dezelfde betekenis beoogt te hebben als dat begrip in de Richtlijn heeft.¹⁷

De activiteitenketen omvat downstream en upstream activiteiten van de zakenpartners van een onderneming die verband houden met de productie van goederen of het verlenen van diensten door die onderneming, waaronder het ontwerp van grondstoffen, producten of onderdelen van producten en de ontwikkeling van het product of de dienst.

In de MvT wordt een voorbeeld gegeven:

"Verder valt onder het upstream gedeelte van de activiteitenketen de ontwikkeling en productie van producten (of onderdelen) en diensten van de onderneming, evenals het ontwerp van deze producten en diensten. Voor het ontwerp betekent dit bijvoorbeeld dat ondernemingen bij het ontwerp rekening moeten houden met mogelijke nadelige gevolgen die het product of de dienst na de verkoop ervan kunnen hebben. Ter illustratie dient het voorbeeld van een distributeur van beveiligingsapparatuur die onder het toepassingsbereik van deze wet valt en bij het ontwerp van dat product rekening moet houden met mogelijke nadelige gevolgen die het product na verkoop kan hebben, zoals de situatie waarvoor de afnemer dat product zal inzetten en of die inzet niet zal leiden tot nadelige gevolgen voor de mensenrechten."¹⁸

Wij menen dat dit voorbeeld het begrip activiteitenketen onjuist interpreteert:

- (i) het gemaakte onderscheid tussen het downstream gedeelte en het upstream gedeelte van de activiteitenketen is onjuist aangezien bij de ontwikkeling en productie van producten juist gekeken moet worden naar

¹⁶ Het kan tegelijkertijd zo zijn dat een gerechtvaardigde prioritering aan de kant van de onderneming binnen de WIVO, samen kan gaan met een handelen dat onrechtmatig is jegens een niet-geprioriteerde belanghebbende op basis van een grondslag buiten de WIVO. Het komt ons dan overigens voor dat de rechterlijke toetsing van het handelen waarop de vermeende aansprakelijkheid wegens het schenden van een zorgplicht buiten de WIVO is gebaseerd, wederom het gehele krachtenveld waarbinnen de onderneming en haar bestuur opereren, in overweging zal moeten nemen, mede met het oog op artikel 1 lid 2 van de Richtlijn.

¹⁷ MvT, p. 62, toelichting bij artikel 1.1.1 WIVO: "*Dit artikel strekt tot implementatie van artikel 3 van de richtlijn (...)*".

¹⁸ MvT, p. 63.

nadelige gevolgen die deze producten upstream kunnen veroorzaken, en niet downstream bij gebruik van producten, en

- (ii) het downstream gedeelte is beperkt tot "*activiteiten van de zakenpartners van een onderneming die verband houden met de distributie, het vervoer en de opslag van een product van die onderneming, als de zakenpartners deze activiteiten voor of namens de onderneming uitvoeren.*"¹⁹ Dit betekent dat nadelige gevolgen die zich voordoen na verkoop van het product of dienst, of met gebruikmaking van het product of de dienst, zich buiten de activiteitenketen bevinden.

Wij denken dat de rechtszekerheid erbij gebaat is als in de MvT een van de volgende twee richtingen wordt gekozen: (a) ofwel de MvT bevat geen voorbeelden van wat te gelden heeft als upstream en downstream activiteit en verwijst enkel naar de Richtlijn (en eventueel naar de nog uit te vaardigen richtsnoeren op grond van artikel 19 van de Richtlijn), of (b) de MvT bevat een (groter) aantal (ver)duidelijke(nde), juiste en meer richtinggevende voorbeelden van wat te gelden heeft als de upstream en downstream delen van de activiteitenketen, en voorbeelden van welke activiteiten buiten deze activiteitenketen vallen.

3.2 Monitoring

De Richtlijn schrijft voor dat ondernemingen hun eigen activiteiten en maatregelen, die van hun dochterondernemingen en, indien deze verband houden met de activiteitenketen van de onderneming, die van hun zakenpartners, periodiek evalueren teneinde de uitvoering te beoordelen en erop toe te zien dat negatieve effecten op passende en doeltreffende wijze worden vastgesteld, voorkomen, verlicht, beëindigd en in omvang tot een minimum worden beperkt.

Deze beoordelingen moeten volgens de Richtlijn, in voorkomend geval, gebaseerd zijn op kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren. Artikel 2.2.6.1 lid 2 WIVO bepaalt echter dat de beoordeling "*zoveel mogelijk*" plaats dient te vinden op basis van kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren, in plaats van "*in voorkomend geval*". Wij menen dat hier aangesloten moet worden bij de tekst van de Richtlijn.

3.3 Toepassingsbereik

Artikelen 1.1.2 en 1.1.3 WIVO bepalen dat de WIVO niet langer van toepassing is op een onderneming als zij "*in een van de laatste twee boekjaren niet langer*

¹⁹ Artikel 1.1.1 WIVO onder verwijzing naar de bijlage bij de WIVO.

voldoet aan de vereisten".²⁰ In boek 2 BW is de gebruikelijke formulering dat de onderneming aan de vereisten moet voldoen "*op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata*". In de MvT wordt uitgelegd dat in de WIVO niet bij de formulering uit boek 2 BW wordt aangesloten, omdat dit de aanhef van de artikelen langer zou maken, terwijl het niet de verwachting is dat de ondernemingen die onder het toepassingsbereik van de WIVO vallen het ene boekjaar wel, en het andere boekjaar niet aan de drempelwaarden voldoen.²¹

Wij zouden het belang van artikelen met een korte aanhef ondergeschikt achten aan een consistent toetsingskader voor toepasselijkheid van de WIVO, in plaats van enerzijds de systematiek van boek 2 BW te hanteren voor het van toepassing worden van de WIVO, maar vervolgens een andere systematiek te hanteren voor het niet langer van toepassing zijn van de WIVO welke systematiek ook niet in lijn lijkt met de Richtlijn. Wij verwijzen naar artikel 2 lid 5 van de Richtlijn en menen dat daarbij moet worden aangesloten.

3.4 (Beperkte) rol betrokkenen bij prioriteren en bij het actualiseren van het zorgvuldigheidsbeleid

Op grond van artikel 2.2.2.2 lid 4 WIVO zouden betrokkenen moeten worden geraadpleegd "*bij het prioriteren van nadelige gevolgen*". De Richtlijn schrijft dit echter niet voor. Op grond van de Richtlijn hoeven belanghebbenden in deze context enkel te worden geraadpleegd bij "*het verzamelen van de nodige informatie over feitelijke of potentiële negatieve effecten, teneinde negatieve effecten (...) vast te stellen, te beoordelen en te prioriteren*". Onder de Richtlijn hebben de betrokkenen dus geen rol in de daadwerkelijke prioritering; enkel in het daaraan voorafgaande proces van informatieverzameling.

Iets vergelijkbaars speelt bij art. 2.2.6.1 lid 5 WIVO. Daarin is bepaald dat betrokkenen worden geraadpleegd bij het actualiseren van het gepaste zorgvuldigheidsbeleid en de te nemen passende maatregelen. Dit zou moeten gebeuren wanneer monitoring uitwijst dat de passendheid en doeltreffendheid van de uitvoering van activiteiten en maatregelen voor gepaste zorgvuldigheid aanpassing vereisen. Artikel 13 van de Richtlijn schrijft dit niet voor.

Op beide punten verdient het aanbeveling om bij de Richtlijn aan te sluiten.

3.5 Introductie van een wettelijke opzeggingsgrond

Overweging 57 van de Richtlijn stelt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat er in de onder hun wetgeving vallende overeenkomsten een optie bestaat om onder

²⁰ Artikel 1.1.2 lid 3 WIVO en MvT, p. 75.

²¹ MvT, p. 75.

omstandigheden de zakelijke relatie te beëindigen. De WIVO voorziet hier niet in. Dit lijkt in lijn met de waarde die de WIVO en de MvT kennelijk aan de overwegingen bij de Richtlijn lijken te geven, namelijk dat daar geen rechtskracht vanuit gaat. Op dit punt zou echter een duidelijker positie van de wetgever over de (on)mogelijkheid van beëindiging van contractuele relaties op de in overweging 57 bij de Richtlijn genoemde grond onder het huidige recht nuttig zijn.

4 HET KLIMAATTRANSITIEPLAN

4.1 Algemene overweging over verplichting tot opstellen klimaatplan

Wij raden aan om, zowel in de WIVO zelf als in de MvT, ten aanzien van artikel 22 van de Richtlijn, zo dicht mogelijk bij de tekst van de Richtlijn te blijven.

Artikel 22 lid 1 van de Richtlijn schrijft voor dat ondernemingen een transitieplan opstellen en uitvoeren dat ervoor moet zorgen dat de onderneming haar uiterste best doet om haar bedrijfsmodel en de strategie in overeenstemming te brengen met de transitie naar een duurzame economie en met het beperken van enerzijds de opwarming van de aarde tot 1,5 °C in overeenstemming met de Overeenkomst van Parijs en de in Verordening (EU) 2021/1119 vastgelegde doelstelling inzake klimaatneutraliteit, met inbegrip van de tussentijdse en klimaatneutraliteitsdoelstellingen voor 2050, en anderzijds, in voorkomend geval, van de blootstelling van de onderneming aan steenkool-, olie- en gasgerelateerde activiteiten.

Artikel 22 lid 1 van de Richtlijn voegt daar onder sub a tot en met d nog enkele aspecten aan toe die een dergelijk transitieplan zou moeten bevatten. Zo dient een klimaattransitieplan tijdgebonden doelstellingen te bevatten op het gebied van klimaatverandering voor 2030 en daaropvolgende vijfjaarlijkse stappen tot en met 2050 op basis van overtuigend wetenschappelijk bewijs en, in voorkomend geval, absolute emissiereductiedoelstellingen voor broeikasgassen voor de toepassingsgebieden 1, 2 en 3 voor elke significante categorie. Daarnaast dient het transitieplan een beschrijving te bevatten van de vastgestelde decarbonisatiehefbomen en de geplande kernacties om de doelstellingen te halen, in voorkomend geval met inbegrip van wijzigingen in het producten- en dienstenpakket van de onderneming en de invoering van nieuwe technologieën.

Deze bepaling bevat veel termen en concepten die voor meerdere interpretatie en toepassing vatbaar zijn. Zo zijn er meerdere manieren en methoden waarmee een bedrijfsmodel of strategie "*in overeenstemming*" kan worden gebracht met de transitie naar een duurzame economie, is niet duidelijk wanneer een "*voorkomend geval*" zich voordoet waarin ofwel emissiereductiedoelstellingen moeten worden gesteld ofwel wijzigingen in het productenpakket van de

onderneming zou moeten plaatsvinden, wanneer sprake is van een "significant category" emissies en wat te gelden heeft als "overtuigend" en/of "wetenschappelijk" bewijs.

Daarnaast zijn veel aspecten die van belang zijn bij het opstellen van een klimaattransitieplan, nog volop in ontwikkeling. Zo zullen, blijkens artikel 19 van de Richtlijn uiterlijk 26 juli 2027, door de Europese Commissie nadere richtsnoeren worden uitgevaardigd en verwijst artikel 22 van de Richtlijn naar de Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD).²² Onze verwachting is bovendien dat de European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG)²³, nog verdere *guidance* zal uitvaardigen op bepaalde deelonderwerpen van de rapportagestandaard die onder andere ziet op klimaattransitieplannen, ESRS E1. Ook heeft de Europese Commissie een Omnibus *Simplification Package* aangekondigd.²⁴ Daarnaast, en meer in algemene zin, zijn de inzichten over en is de wetenschap van klimaattransitieplanning zowel op het gebied van zowel mitigatie als adaptatie, in ontwikkeling, en dient er nog een bestendige en, op punten uniforme, praktijk te worden ontwikkeld.

Tegen deze achtergrond lijkt het niet wenselijk om in de WIVO, in de tekst van de WIVO zelf of door middel van een in de MvT gegeven toelichting, beleidskeuzes te maken die afwijken van de Richtlijn en/of bepaalde mogelijkheden voor ondernemingen in het kader van hun transitieplanning bij voorbaat afsnijden.

4.2 Reductiedoelstellingen

Op een specifiek punt in de WIVO lijkt een significante afslag te worden genomen ten aanzien van artikel 22 van de Richtlijn, te weten op het gebied van emissiereductiedoelstellingen. Wij hebben gezien dat ook veel andere reacties op de internetconsultatie dit punt signaleren, en hebben geprobeerd doublure te vermijden. Wij gaan daarom in het bijzonder in op de koppeling die in de MvT met de CSRD wordt gelegd.

Artikel 22 lid 1 onder (a) van de Richtlijn schrijft voor dat het klimaattransitieplan onder andere moet bevatten:

"tijdgebonden doelstellingen op het gebied van klimaatverandering voor 2030 en daaropvolgende vijfjaarlijkse stappen tot en met 2050 op basis van overtuigend wetenschappelijk bewijs en, in voorkomend geval, absolute emissiereductiedoelstellingen voor broeikasgassen voor de

²² Richtlijn (EU) 2022/2464 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 537/2014, Richtlijn 2004/109/EG, Richtlijn 2006/43/EG en Richtlijn 2013/34/EU, met betrekking tot duurzaamheidsrapportering door ondernemingen.

²³ Het EFRAG is onder andere belast met het opstellen van de European Sustainability Reporting Standards (de ESRS, c.q. Gedelegeerde verordening (EU) 2023/2772 bij de CSRD).

²⁴ Zie de speech van Commissiepresident Von der Leyen aan het Europees Parlement (te raadplegen via [link](#)).

toepassingsgebieden 1, 2 en 3 voor elke significante categorie" (onderstreping toegevoegd).

Artikel 3.1 lid 2 WIVO schrijft voor dat het klimaattransitieplan onder andere moet bevatten:

"duidelijke doelstellingen waaraan een concreet tijdpad 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).

Vervolgens legt de MvT deze verplichting als volgt uit:

"De absolute emissiereductiedoelstellingen voor broeikasgassen zien op scope 1-, 2- en 3-emissies. Een onderneming moet in het klimaattransitieplan voor scope 1 en 2 als er sprake is van emissies, en voor scope 3 afzonderlijk voor elke significante categorie waarvoor sprake is van emissies, tijdgebonden absolute emissiereductiedoelstellingen voor broeikasgassen opnemen" (onderstreping toegevoegd).

Oftewel, de WIVO lijkt er blijkens de MvT van uit te gaan dat, waar sprake is van emissies, de onderneming verplicht is om ten aanzien van die emissies absolute emissiereductiedoelstellingen op te nemen in haar klimaattransitieplan. Dit is echter ten eerste niet wat de Richtlijn voorschrijft, en past ten tweede niet *a priori* bij de aard van transitieplanning en *carbon accounting*. Wij lichten deze twee aspecten toe.

Ten eerste verplicht de Richtlijn niet per definitie tot absolute emissiereductiedoelstellingen. De MvT stelt hierover op p. 150-151 en in voetnoot 163 dat dit het geval is omdat de CSRD deze eis ook zou stellen. De MvT verwijst in voetnoot 163 naar rapportage-eis E1-4, punt 34, onder b, en TV 24 van de ESRS. Rapportage-eis E1-4, punt 34, onder a verlangt echter van ondernemingen dat doelen voor broeikasgasemissiereductie "*als absolute waarde* [worden] *gerapporteerd*". Dit betreft dus een wijze van rapportage over doelstellingen, en niet een vereiste voor die doelstellingen zelf.

TV 23 overweegt dat "*In gevallen waarin de onderneming alleen een [doel]*²⁵ *voor broeikasgasemissiereductie heeft vastgesteld, rapporteert zij niettemin de daarmee samenhangende absolute waarden voor het doeljaar en het (de) tussenliggende doeljaar (doeljaren).*" De CSRD staat dus toe dat de onderneming doelstellingen zet die zij passend acht – dat kunnen zowel intensiteitsdoelstellingen zijn, als absolute doelstellingen. Indien intensiteitsdoelstellingen worden gehanteerd, dan moeten deze vervolgens ook

²⁵ Hier zou in plaats van "doel", "*intensiteitsdoelstelling*" moeten staan, aangezien de Engelse versie van de ESRS onder AR-23 bepaalt "*In cases where the undertaking has only set a GHG intensity reduction target, it shall nevertheless disclose the associated absolute values for the target year and interim target year(s).*" (onderstreping toegevoegd).

naar absolute waarden worden vertaald en gerapporteerd (zie daarvoor weer E1-4, punt 34 onder a en TV 23). De overwegingen in de MvT, p. 150-151 dat de CSRD absolute emissiereductiedoelstellingen zou verlangen, is aldus niet juist.

Ten tweede zijn intensiteitsdoelstellingen niet *a priori* passend voor iedere groep (gerapporteerde) emissies. Om te beginnen kan het zetten van absolute reductiedoelstellingen de mogelijkheden van ondernemingen beperken om organisch marktaandeel te winnen, ook al verminderen de emissies in de sector. Ook in sectoren en van ondernemingen waarvan absolute groei nog nodig is ten bate van de markttransitie, is een absolute reductiedoelstelling, zeker op het niveau van een individuele onderneming, niet passend.²⁶ Het zou onwenselijk zijn als de WIVO, in afwijking van de klimaattransitieplanningsverplichting in andere lidstaten op grond van de Richtlijn, in afwijking van de CSRD, en in afwijking van bestaande marktinzichten, voor scope 1, 2 en 3 broeikasgasemissies het stellen van absolute reductiedoelstellingen verplicht stelt. Een dergelijke keuze zou bovendien gevolgen hebben voor de mate waarin ondernemingen die binnen het toepassingsbereik van de WIVO vallen, kunnen concurreren met ondernemingen die buiten het bereik van de WIVO vallen.

Wij menen daarom dat de Richtlijn op dit punt geïmplementeerd moet worden zonder nationale kop, om zo ruimte te houden voor het meebewegen met dergelijke voortschrijdende (markt)inzichten, en ook de MvT zodanig aan te passen dat deze ruimte wordt gelaten, en de CSRD en ESRS bovendien op juiste wijze worden uitgelegd met inachtneming van de vertalingsfout in de Nederlandse versie van de ESRS.

4.3 Publicatie en bijwerken klimaattransitieplan

Artikel 3.2 lid 1 WIVO schrijft voor dat ondernemingen hun klimaattransitieplan moeten publiceren op de website. Volgens de MvT vloeit dit voort uit artikel 16 van de Richtlijn dat bepaalt dat ondernemingen verslag moeten uitbrengen over de aangelegenheden die onder de Richtlijn vallen door een jaarlijkse verklaring te publiceren. Het klimaattransitieplan valt volgens de MvT onder die aangelegenheden.²⁷ Dit is echter niet wat de Richtlijn voorschrijft. De WIVO plaatst nu de publicatie van het integrale klimaattransitieplan voorop in artikel 3.2 lid 1. Artikel 16 noch artikel 22 van de Richtlijn schrijven voor dat het integrale klimaattransitieplan dient te worden gepubliceerd. In plaats daarvan dient verslag te worden uitgebracht over de aangelegenheden die onder de Richtlijn vallen. In dit geval bevat de WIVO dus verplichtingen die niet uit de Richtlijn voortvloeien.

²⁶ Zie bijvoorbeeld [Race to Zero Expert Peer Review Group, 'Interpretation Guide Race to Zero Expert Peer Review Group Version 2.0' \(June 2022\)](#), p. 8.

²⁷ MvT, p. 152.

Artikel 3.2 lid 2 WIVO stelt in het kader van het klimaattransitieplan vervolgens de verplichting om "*het beleid en de genomen maatregelen ter bestrijding van klimaatverandering*" te publiceren.²⁸ Ook hier gaat de WIVO verder dan de Richtlijn, aangezien de Richtlijn niet voorschrijft dat over het beleid en de genomen maatregelen afzonderlijk wordt gerapporteerd. Ook hier menen wij dat de WIVO bij de tekst van de Richtlijn moet blijven.

5 CIVIELE EN ADMINISTRatieve HANDHAVING

5.1 Toezicht

De Richtlijn bevat verschillende verplichtingen voor de handhavende autoriteit op het gebied van geheimhouding en transparantie voor hun werkzaamheden in algemene zin. Uit de WIVO en MvT blijkt dat de Autoriteit Consument en Markt (ACM) aangewezen zal worden als toezichthoudende autoriteit.²⁹ Werkzaamheden van de ACM, alsook van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank (DNB) in het kader van hun toezichtsfunctie, vallen doorgaans niet onder de Wet open overheid.³⁰

Wij gaan ervan uit, maar lezen dat niet expliciet in de WIVO of de MvT³¹, dat de in de aanhef van de bijlage bij de Wet open overheid genoemde artikelen ook niet van toepassing zijn op informatie waarover de ACM vanwege haar toezicht uit hoofde van de WIVO beschikt. Dit zou met een enkele zin bevestigd kunnen worden in de MvT.

5.2 Civielrechtelijke handhaving

Artikel 29 lid 1 van de Richtlijn bevat de volgende beperking: "*[e]en onderneming kan niet aansprakelijk worden gesteld indien de schade uitsluitend door haar zakenpartners in haar activiteitenketen is veroorzaakt*". Deze beperking van aansprakelijkheid lezen wij niet terug in de WIVO.

Wij lezen enkel in lid 2 sub a onder 3 van artikelen 2.2.3.1 en 2.2.4.1, en artikel 2.2.4.4 lid 4 dat beoogd is de omstandigheid dat een nadelig gevolg alleen door een zakenpartner van een onderneming is veroorzaakt, enige relevantie toe te kennen.

Echter, in het kader van een zuivere en lastenluwe implementatie, zou de tekst van de Richtlijn moeten worden overgenomen, aangezien de nu gehanteerde implementatietechniek niet uitgaat van een gehele uitsluiting van

²⁸ Zie ook MvT, p. 153.

²⁹ Artikel 4.1.1 WIVO en MvT, p. 156.

³⁰ Wet van 25 oktober 2021, houdende regels over de toegankelijkheid van informatie van publiek belang (Wet open overheid). Zie met name de bijlage daarbij.

³¹ In de MvT wordt op p. 175 wel verwezen naar een uitzondering van openbaarmaking van bepaalde gegevens in een door de ACM gegeven beschikking.

aansprakelijkheid in dergelijke gevallen, maar enkel van enige relevantie van die omstandigheid voor het bepalen of van aansprakelijkheid sprake is.

6 CONTACTGEGEVENS

Davine Roessingh

E: davine.roessing@debrauw.com

T: +31 6 5162 1874

Casper Nagtegaal

E: casper.nagtegaal@debrauw.com

T: +31 20 577 1075