

Opties voor afdwingbare IMVO-instrumenten

Een onderzoek naar de mogelijke juridische vormgeving en handhaving
van afdwingbare IMVO-instrumenten

Prof. mr. C.C. van Dam en prof. mr. M.W. Scheltema
(Erasmus Platform for Sustainable Business and Human Rights)
m.m.v. C.P. Ferdinandus en S.M. Oomes (Erasmus School of Law)



Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken,
Directie Internationale Marktordening en Handelspolitiek

Inhoudsoverzicht

Inhoudsopgave	2
0. Executive summary	6
1. Inleiding	11
2. Wat houdt due diligence in?	15
3. Afdwingbare IMVO-instrumenten: algemene keuzes	30
4. Wetgevingsopties en verwachte effecten op due diligence cycle	42
5. Afdwingbaar maken due diligence cycle: vier opties	76
6. Dynamisch toezicht	108
Bijlage 1: Overzicht bestaande regelgeving	120
Bijlage 2: Verslag stakeholderconsultatie d.d. 18 februari 2020	140
Bijlage 3: Literatuurlijst	143

Inhoudsopgave

0. EXECUTIVE SUMMARY

1. INLEIDING

1.1 Overzicht

1.2 Methodologie

1.2.1 Vaststelling onderzoeksvragen

1.2.2 Uitvoering onderzoek

1.2.3 Plan van behandeling

2. WAT HOUDT DUE DILIGENCE IN?

2.1 Due diligence in het bedrijfsleven

2.2 Mensenrechten en IMVO due diligence

2.3 UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGP's)

2.4 OESO-richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen

2.5 IMVO due diligence cycle

2.5.1 Stap 1: Integreer maatschappelijk verantwoord ondernemen in beleid en management-systemen

2.5.2 Stap 2: Identificatie en beoordeling van daadwerkelijke en potentiële ongunstige gevolgen

2.5.3 Stap 3: Beëindigen, voorkomen en beperken van ongunstige gevolgen

2.5.4 Stap 4: Monitoren van de effectiviteit van maatregelen en de implementatie van het IMVO-beleid

2.5.5 Stap 5: Communicatie en rapportage over het IMVO-beleid en aanpak van negatieve gevolgen

2.5.6 Stap 6: Het bieden van herstelmaatregelen

2.6 Conclusie

3. AFDWINGBARE IMVO-INSTRUMENTEN: ALGEMENE KEUZES

3.1 Inleiding

3.2 Privaatrechtelijke, bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving

3.2.1 Privaatrechtelijke handhaving

3.2.2 Bestuursrechtelijke handhaving

3.2.3 *Strafrechtelijke handhaving*

3.3 Sectorgewijze en thematische regulering versus algemene regulering

3.3.1 *Regulering per sector (kleding, banken) of thema (kinderarbeid, moderne slavernij)*

3.3.2 *Algemene regulering*

3.4 Toepassing alleen op grotere ondernemingen of op alle ondernemingen?

3.5 Toepassing op Nederlandse ondernemingen of op ondernemingen op Nederlandse markt?

3.5.1 *Toepassing alleen op in Nederland gevestigde ondernemingen*

3.5.2 *Toepassing op alle ondernemingen die op Nederlandse markt producten of diensten aanbieden*

4. WETGEVINGSOPTIES EN VERWACHTE EFFECTEN OP DUE DILIGENCE CYCLE

4.1 Inleiding

4.2 Beschrijving van de opties

4.2.1 *Verslaglegging*

4.2.2 *Waarschuwingsplicht/informatie op producten of bij de levering van diensten*

4.2.3 *Due diligence verplichting*

4.2.4 *(Verplichte) certificering*

4.2.5 *Aansprakelijkheid voor schendingen milieu en/of mensenrechten in Nederland of daarbuiten*

4.2.6 *Verplichting voor overheden om verantwoord aan te besteden*

4.2.7 *Corporate governance-vereisten*

4.2.8 *Voorschrijven gebruik bepaalde technologieën*

4.2.9 *Instellen toezichthouder voor OESO due diligence*

4.2.10 *Verbod op import van goederen zonder OESO due diligence*

4.2.11 *Belastingmaatregelen*

4.2.12 *Ombudsman*

4.2.13 *Algemeen verbindend verklaren IMVO-convenanten*

4.2.14 *Uitbreiden regeling misleidende handelspraktijken naar OESO due diligence*

4.2.15 *Uitbreiding wet duurzaamheidsinitiatieven*

4.2.16 *Goedkeuring van (productie)faciliteiten*

4.2.17 *Aanpassingen in het procesrecht en/of internationaal privaatrecht*

4.2.18 *Invoering regelgeving voor oneerlijke handelspraktijken tussen bedrijven*

4.2.19 *Samenvattende tabel*

4.3 Verkenning impact wetgevingsopties op OESO due diligence cycle

4.4 Conclusie

5. AFDWINGBAAR MAKEN DUE DILIGENCE CYCLE: VIER OPTIES

5.1 Inleiding

5.1.1 *Modaliteiten voor het wettelijk regelen van de due diligence cycle*

5.1.2 *Opzet van dit hoofdstuk: vier reguleringsvarianten*

5.1.3 *Variant A1 als parallel met de Franse due diligence wet*

5.1.4 *Terminologie*

5.2 Een beperkte of een ruime reguleringsvariant?

5.2.1 *Beperkte reguleringsvariant (Variant A)*

5.2.2 *Ruime reguleringsvariant (Variant B)*

Artikel 1 (Stap 1: Integreer due diligence in beleid en managementsystemen)

Artikel 2 (Stap 2: Identificeer en beoordeel negatieve gevolgen)

Artikel 3 (Stap 3: Stop, voorkom en beperk negatieve gevolgen)

Artikel 4 (Stap 4: Monitor de praktische toepassing en resultaten van de due diligence)

Artikel 5 (Stap 5: Communiceer hoe negatieve gevolgen worden aangepakt)

Artikel 6 (Stap 6: Zorg voor herstelmaatregelen of werk hieraan mee)

5.3 Privaatrechtelijke en/of bestuursrechtelijke handhaving?

5.3.1 *Inleiding*

5.3.2 *Uitsluitend privaatrechtelijke handhaving: algemeen*

5.3.3 *Uitsluitend privaatrechtelijke handhaving: effecten in Variant A en Variant B*

5.3.4 *Bestuursrechtelijke handhaving: algemeen*

5.3.5 *Bestuursrechtelijke handhaving: effecten in Variant A en Variant B*

5.4 Wat is de optimale variant voor materiële gedragsverandering van ondernemingen?

5.4.1 *Inleiding: de verwachting van de Nederlandse overheid*

5.4.2 *Variant A1: beperkte regulering met alleen privaatrechtelijke handhaving*

5.4.3 *Variant A2: beperkte regulering met privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving*

5.4.4 *Variant B1: ruime regulering met alleen privaatrechtelijke handhaving*

5.4.5 *Variant B2: ruime regulering met privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving*

5.5 Materiële gedragsverandering bij de afzonderlijke stappen in de due diligence

5.5.1 *Materiële gedragsverandering bij stap 1 (Integreer due diligence in beleid en managementsystemen)*

5.5.2 *Materiële gedragsverandering bij stappen 2-4 (Identificeer en beoordeel negatieve gevolgen; stop, voorkom en beperk negatieve gevolgen; monitor de praktische toepassing en resultaten van de due diligence)*

5.5.3 *Materiële gedragsverandering bij stap 5 (Communiceer hoe negatieve gevolgen worden aangepakt)*

5.5.4 *Materiële gedragsverandering bij stap 6 (Zorg voor herstelmaatregelen of werk hieraan mee)*

5.6 In hoeverre kan rechtszekerheid voor ondernemingen worden geborgd?

5.6.1 *Variant A1: beperkte regulering met alleen privaatrechtelijke handhaving*

5.6.2 *Variant A2: beperkte regulering met privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving*

5.6.3 *Variant B1: ruime regulering met alleen privaatrechtelijke handhaving*

5.6.4 *Variant B2: ruime regulering met privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving*

5.7 Andere afwegingsfactoren

5.7.1 *Uitvoerbaarheid van de regeling*

5.7.2 *Invloed op de regeldruk*

5.7.3 *Vestigingsklimaat en internationale concurrentiepositie*

5.7.4 *Wat zijn mogelijke neven- en onvoorziene of onbedoelde effecten?*

5.8 Conclusie

6. DYNAMISCH TOEZICHT

6.1 Inleiding

6.2 Bijzondere kenmerken van het handhaven van due diligence regelgeving

6.3 Bijzondere kenmerken van dynamisch toezicht

6.4 Instrumenten

6.4.1 *Benchmarking*

6.4.2 *Ontwikkelen handhaafbare minimumnormen*

6.4.3 *Ontwikkelen best practices*

6.4.4 *Uitrollen best practices in labelling en aanbesteding*

6.5 Conclusie

Bijlage 1

Overzicht bestaande regelgeving

Bijlage 2

Verslag stakeholderconsultatie d.d. 18 februari 2020

Bijlage 3

Literatuurlijst

EXECUTIVE SUMMARY

Wat houdt due diligence in? (Hoofdstuk 2)

Due diligence wordt in het bedrijfsleven verstaan als een onderzoeksproces dat door een onderneming kan worden toegepast om mogelijke bedrijfsrisico's te analyseren bij het doen van activiteiten als investeringen, fusies en overnames. In de context van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen gaat due diligence om het in kaart brengen en beoordelen van risico's die bedrijfsactiviteiten met zich mee kunnen brengen voor de maatschappij en de omgeving waarin de onderneming opereert.

Met de komst van het VN 'Protect, Respect and Remedy'-raamwerk en de bijbehorende UN Guiding Principles is due diligence, waarbij de negatieve maatschappelijke impact centraal staat in plaats van het eigen bedrijfsrisico, geïntroduceerd op het gebied van mensenrechten. In de herziene OESO-richtlijnen van 2011 is het concept van mensenrechten due diligence overgenomen van de UN Guiding Principles. Daarnaast is toepassing van mensenrechten due diligence door de OESO-richtlijnen uitgebreid naar andere IMVO-thema's.

Due diligence volgens de OESO-richtlijnen wordt aanbevolen in de vorm van een doorlopend onderzoeksproces waarin verschillende stappen kunnen worden onderscheiden. Een internationaal opererende onderneming dient een IMVO-beleid op te stellen en te integreren in al haar beleids- en managementsystemen. Op basis van het IMVO-beleid kan doorlopend due diligence-onderzoek worden uitgevoerd, dat in de eerste plaats bestaat uit het identificeren en het analyseren van risico's omtrent IMVO-thema's. Na identificatie en analyse van de risico's en bepaling van de mate van betrokkenheid daarbij, kan de onderneming gepaste maatregelen nemen ter voorkoming of beperking van verwerkelijking van de risico's. Voor verbetering van het due diligence-proces en de te nemen maatregelen zal de onderneming de effectiviteit van het due diligencebeleid moeten monitoren en daarnaast de voortgang communiceren met haar stakeholders. Wanneer de onderneming negatieve gevolgen heeft veroorzaakt of daaraan heeft bijgedragen, dient zij te voorzien in passend herstel. Dit kan bereikt worden via legitieme processen, waaronder juridische processen of niet-juridische klachtenmechanismen.

Keuzes tussen vormen van handhaving (Hoofdstuk 3)

Ten aanzien van de vraag hoe een wettelijke regeling het beste kan worden gehandhaafd, geldt dat de meeste voordelen kunnen worden bereikt met een vorm van bestuursrechtelijke handhaving door middel van één toezichthouder. Anders dan privaatrechtelijke handhaving vindt bestuursrechtelijke handhaving structureel en systematisch plaats, wat tot meer en snellere duidelijkheid over de normstelling zal leiden en daarmee bijdraagt aan de rechtszekerheid. Open normen kunnen op deze manier sneller worden gespecificeerd dan bij privaatrechtelijke handhaving.

Bestuursrechtelijke handhaving kan betrekking hebben op een breed spectrum aan IMVO-maatregelen waarmee zoveel mogelijk activiteiten en ondernemingen en daarmee zoveel mogelijk risico's kunnen worden gereguleerd. Bovendien kan een bestuursrechtelijke toezichthouder monitoren en controleren of de van een bedrijf geëiste aanpassingen/verbeteringen daadwerkelijk worden geïmplementeerd. Daarmee kan hij sturen op een continu proces van verbetering.

Een beperking bij bestuursrechtelijke handhaving is dat zij geen remedie biedt voor slachtoffers van mensenrechtenschendingen. In het algemeen dient toezicht er namelijk niet toe om in individuele gevallen ondernemingen te verplichten slachtoffers te compenseren. Dit betekent dat er een belangrijke rol blijft weggelegd voor privaatrechtelijke handhaving, waarin ondernemingen op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de schadelijke gevolgen van mensenrechtenschendingen.

Strafrechtelijke handhaving kan, naast privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving, een belangrijke rol spelen voor ernstige misdragingen door ondernemingen. Dit kan zowel op grond van het commune strafrecht (bepalingen inzake anti-corruptie, bodemverontreiniging en witwassen) als bij herhaaldelijk niet voldoen aan bestuursrechtelijke verplichtingen door dit tot een economisch delict te maken (par. 3.2).

Een wettelijke regeling per sector of thema of een algemene wettelijke regeling? (Hoofdstuk 3)

Een algemene wettelijke regeling heeft in beginsel meer voordelen dan een wettelijke regeling per sector (kleding, banken) of per thema (kinderarbeid, moderne slavernij). Een algemene wettelijke regeling kan de OESO-richtlijnen breder volgen en geeft een signaal af dat alle sectoren en thema's ertoe doen. Een sectorgewijze aanpak miskent dat veel problemen niet tot een sector of thema zijn beperkt en ook veelal niet geïsoleerd kunnen worden aangepakt. Bovendien kunnen zich hierbij afgrenzingsproblemen voordoen en kunnen ondernemingen te maken krijgen met verschillende regels, toezichthouders en hogere implementatiekosten (par. 3.3).

Een wettelijke regeling alleen voor grotere ondernemingen of voor alle ondernemingen (Hoofdstuk 3)

Bij de vraag of een wettelijke regeling alleen op grotere ondernemingen van toepassing moet zijn, of op alle ondernemingen, geldt dat een beperking tot grotere ondernemingen aansluit bij de thans geldende regeling van de rapportageplicht van ondernemingen. Een dergelijke beperking zou echter betekenen dat een belangrijk deel van relevante ondernemingen niet onder de wettelijke regeling valt, omdat ook kleinere ondernemingen betrokken kunnen zijn bij mensenrechtenschendingen. Als wordt gekozen voor het toepassen van de wettelijke regeling op alle ondernemingen, zal voor kleinere ondernemingen moeten worden bezien hoe de omvang van hun verplichtingen in lijn kan worden gebracht met hun plaats in de keten en hun invloed daarop (par. 3.4)

Een wettelijke regeling alleen voor Nederlandse ondernemingen of voor alle ondernemingen op de Nederlandse markt? (Hoofdstuk 3)

Ten slotte is het de vraag of een wettelijke regeling alleen van toepassing moet zijn op Nederlandse ondernemingen of op ondernemingen op de Nederlandse markt. Dit laatste leidt tot een beter level playing field, in het bijzonder in sectoren met een hoog marktaandeel van buitenlandse ondernemingen. Bij een dergelijk markt-breed toepassingsgebied is het echter de vraag of en zo ja, in hoeverre, dit verenigbaar is met WTO-regelgeving, in het bijzonder of dit leidt tot *non-tariff trade barriers*. Deze vraag is niet in dit onderzoek betrokken en zal daarom alsnog moeten worden onderzocht als de optie van een markt-breed toepassingsgebied wordt overwogen (par. 3.5).

Andere wetgevingsopties en de effecten op de due diligence cycle (Hoofdstuk 4)

In dit hoofdstuk zijn 18 wetgevingsopties in kaart gebracht en is geanalyseerd in hoeverre die passen in of aansluiten bij het bestaande regelgevingskader op nationaal, EU en internationaal niveau, alsmede of die (potentieel) kunnen bijdragen aan de implementatie van OESO due diligence door bedrijven nu het Ministerie van BuZa dit van bedrijven verwacht. De bevindingen van die analyse zijn samengevat in een tabel. Daaruit blijkt dat de verplichtstelling van OESO due diligence en verplichte aanbesteding zowel in lijn zijn met het bestaande (internationale) regelgevingskader alsook (potentieel) impact hebben op het implementeren van OESO due diligence. Iets minder maar toch redelijke impact op de implementatie van OESO due diligence hebben de opties informatie op producten, corporate governance en uitbreiding oneerlijke handelspraktijken bedrijven, die ook in overeenstemming lijken te zijn met het (internationale) regelgevingskader. Een duidelijke (potentiële) impact op de implementatie van OESO due diligence hebben ook verplichtstelling van technologieën en importverboden, maar deze lijken zich minder goed te verdragen met het internationale regelgevingskader.

De vraag of een wetgevingsoptie de implementatie van OESO due diligence bevordert of kan bevorderen, is in het voorgaande alleen in heel algemene zin beantwoord. Om daarover meer gedetailleerde uitspraken te kunnen doen, achtten wij het nuttig meer specifiek naar de verschillende 6 stappen van de OESO due diligence cycle te kijken. Daarom is onderzocht in hoeverre de 18 opties invloed hebben op de specifieke stappen van de OESO due diligence cycle, nu de veronderstelling is dat dit per stap kan verschillen. Omdat dit verband tussen wetgevingsopties en de verschillende stappen van OESO due diligence voor zover ons bekend nog niet eerder is onderzocht, had dit onderzoek een exploratief karakter. Deze eerste verkenning is opgenomen in een tabel waarin de verschillende wetgevingsopties en hun (vermoedelijke) impact op de due diligence cycle in kaart zijn gebracht. Hieruit volgt dat de verplichtstelling van OESO due diligence de meeste impact lijkt te hebben op alle stappen, zij het dat ook daarvoor geldt dat dit voor stap 6 (bijdragen aan herstel indien een schending van de OESO-richtlijnen door een bedrijf is veroorzaakt of daaraan is bijgedragen) twijfelachtig is. Naar wij hierna in hoofdstuk 5 en 6 uitwerken, zal die impact overigens ook in belangrijke mate afhangen van de wijze van formuleren van die verplichting en de wijze waarop daarop (publiekrechtelijk) toezicht wordt gehouden.

Verder lijken ook de opties informatie op producten, voorschrijven nieuwe technologieën en tot op zekere hoogte (afhankelijk van de inrichting van het toezicht op naleving) verplichte aanbesteding en het instellen van een toezichthouder op naleving van OESO due diligence impact op veel stappen van de OESO due diligence cycle te kunnen hebben. Naar hiervoor al aan de orde kwam, lijkt de optie van het voorschrijven van nieuwe technologieën zich echter minder goed te verdragen met het internationale regelgevingskader. Verder is uit deze analyse gebleken dat niet alle wetgevingsopties waarvan bij de algemene analyse (zonder te kijken naar de specifieke stappen van de OESO due diligence cycle) impact op de implementatie van OESO due diligence naar voren kwam, dat bij nadere analyse aan de hand van de verschillende stappen ook waarmaken. Dat laat zien dat deze nadere analyse aan de hand van de stappen van de OESO due diligence cycle bij het afwegen van wetgevingsopties nuttig en noodzakelijk is.

Afdwingbaar maken due diligence cycle: vier opties (Hoofdstuk 5)

Uit de in par. 5.3 en 5.4 gemaakte analyse volgt dat de kans op materiële gedragsverandering van ondernemingen het grootst is bij Variant B2 (ruime wettelijke regeling met privaatrechtelijke en

bestuursrechtelijke handhaving). De kleinste kans op materiële gedragsverandering bestaat bij Variant A1 (beperkte wettelijke regeling en uitsluitend privaatrechtelijke handhaving). Variant A2 eindigt in dit opzicht op nummer twee en Variant B1 op nummer drie.

Meer in het algemeen kan worden geconstateerd dat een wettelijke regeling die niet volstaat met enkele algemene abstracte normen, maar meer specifieke normen bevat, een grotere kans heeft om materiële gedragsverandering bij ondernemingen tot stand te brengen. Voorts is een vorm van bestuursrechtelijke handhaving een belangrijke voorwaarde voor het creëren van materiële gedragsverandering bij ondernemingen. Bij dit laatste is in het bijzonder van belang dat de toezichthouder gebruik maakt van vormen van dynamisch toezicht (zie Hoofdstuk 6).

Ten aanzien van de verschillende stappen in de due diligence cycle blijkt voorts (par. 5.5) dat materiële gedragsverandering het meest valt te verwachten bij het reguleren van de stappen 2-4 en 6. Het handhaven van juist deze stappen (indien gereguleerd) is echter naar verwachting sub-optimaal bij het toepassen van klassieke *command and control* of *rule compliance* methoden. Daarom is het in dit verband van groot belang om vormen van dynamisch toezicht te ontwikkelen. Zie hierover Hoofdstuk 6.

De analyse in par. 5.6 met betrekking tot de rechtszekerheid bevestigt het hiervoor geschetste beeld. Ook hier kan met Variant B2 een beter resultaat worden verwacht dan met de andere varianten. De minste rechtszekerheid biedt vermoedelijk Variant A1, terwijl ook hier Variant A2 op nummer twee eindigt en Variant B1 op nummer drie.

Ten aanzien van de uitvoerbaarheid (par. 5.7.1) scoren de Varianten met bestuursrechtelijke handhaving (A2 en B2) beter dan de Varianten die uitsluitend privaatrechtelijk worden gehandhaafd (A1 en B1).

Alleen bij regeldruk (par. 5.7.2) scoort Variant A1 (beknpte regeling en alleen privaatrechtelijke handhaving) op zichzelf beschouwd het beste. Het lijkt echter weinig zinvol om regeldruk geïsoleerd te bezien zonder het doel van de wettelijke regeling in ogenschouw te nemen. Een regeling met een lage regeldruk die niet aan haar doel beantwoordt, is een kostenpost zonder opbrengst. Wel zal bij de regeldruk moeten worden bezien of proportioneel ten opzichte van het te bereiken doel. Dit geldt in het bijzonder voor de vraag of een wettelijke regeling voor alle ondernemingen moet gelden of alleen voor grotere ondernemingen (par. 3.4).

Ten aanzien van het vestigingsklimaat zijn als gevolg van het afdwingbaar maken van IMVO-maatregelen geen bijzonderheden te verwachten. Het is onwaarschijnlijk dat ondernemingen als gevolg hiervan zullen besluiten uit Nederland te vertrekken, dan wel zich hier niet te zullen vestigen (par. 5.7.3).

Voor wat betreft de internationale concurrentiepositie van Nederlandse ondernemingen op de Europese markt (par. 5.7.3) kan sprake zijn van een onderscheid in reguleringslast indien IMVO-maatregelen in Nederland afdwingbaar worden gemaakt. Hierbij geldt dat nationale regulering in Europa verschilt en op zichzelf niet tot problemen behoeft te leiden. Afhankelijk van hoe de desbetreffende wetgeving wordt ingericht, kan het werkelijke verschil in reguleringslast bovendien worden beperkt.

Hier komt bij dat de Nederlandse overheid al geruime tijd van Nederlandse ondernemingen verwacht dat zij werken volgens de OESO-richtlijnen. Tot nu toe is niet gebleken dat bij ondernemingen die deze verwachting vervullen, sprake is van een competitief nadeel. Zo dit al het geval zou zijn, staan hier voordelen tegenover die de nadelen kunnen compenseren. Hierbij valt te denken aan een beter risicomanagement, een sterkere markt- en kredietpositie en een grotere bijdrage aan waardecreatie.

Dynamisch toezicht (Hoofdstuk 6)

Hiervoor is uiteengezet dat een belangrijk doel van toezicht op naleving van OESO due diligence zou moeten zijn te bevorderen dat de naleving van daarop ziende wettelijke regels enerzijds zoveel mogelijk tot wenselijke gevolgen leidt (materiële gedragsverandering ondernemingen) en anderzijds zo min mogelijk tot onwenselijke gevolgen (onnodig hoge administratieve lasten, ticking-box-exercises, minimale compliance en ontmoediging van positieve (multi-stakeholder) initiatieven. Verder leent toezicht op de naleving van due diligence verplichtingen zich minder goed voor een klassieke *command and control* of *rule compliance* benadering vanwege de bijzondere kenmerken van de terreinen waar de due diligence op ziet. Het is van essentieel belang dat het toezicht er niet op is gericht om te zien of bedrijven fouten maken (road to the bottom) maar dat het bedrijven juist stimuleert steeds beter te presteren (road to the top) en aldus zoveel mogelijk positieve gedragsverandering wordt gecreëerd. Dit geldt overigens in het bijzonder voor zover in wetgeving inspanningsverplichtingen (gebaseerd op een open norm) zijn opgenomen in verband met OESO due diligence. Naar in hoofdstuk 6 aan de orde kwam, zijn met betrekking tot bepaalde aspecten van OESO due diligence resultaatsverplichtingen denkbaar. Daarbij zou ook meer klassiek publiek toezicht kunnen passen. Het gaat dus om een combinatie van beide vormen van toezicht.

Het ligt het meest voor de hand voor dit toezicht op naleving van OESO due diligence één toezichthouder in het leven te roepen (of een samenwerkingsverband van toezichthouders dat intensief samenwerkt en ook een bij wet geregelde mogelijkheid heeft om informatie uit te wisselen). Uiteraard moet er ook een toereikend budget voor het toezicht beschikbaar zijn. Hierbij past een relatief nieuwe vorm van toezicht het best, die overigens op andere toezichtsterreinen deels al wordt gehanteerd: dynamisch toezicht.

Dynamisch toezicht is mede gebaseerd op in de markt bestaande en enigszins uitgekristalliseerde best practices. Het is dynamisch omdat deze best practices niet statisch zijn maar in de loop van de tijd veranderen. Dat lijkt ook het gewenste proces van continue verbetering te stimuleren. In het kader van dynamisch toezicht kunnen verschillende instrumenten worden ingezet. Te denken valt aan benchmarking op het ontwikkelen en implementeren van best practices, het ontwikkelen van best practices in samenwerking met de markt en andere belanghebbenden, het daarop baseren van minimumnormen en het gebruik maken van de benchmarks in aanbestedingen, subsidies en door middel van labelling op consumentenmarkten.

1. INLEIDING

1.2 Overzicht

In dit rapport brengen wij verslag uit over ons onderzoek naar de opties voor afdwingbare IMVO-instrumenten. Dit onderzoek is uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken.

In dit onderzoek komen de volgende hoofdvragen aan de orde:

1. Welke afdwingbare IMVO-instrumenten zijn denkbaar (bijvoorbeeld transparantie, gepaste zorgvuldigheid, zorgplicht, doorbraak van aansprakelijkheid)?
2. Hoe kunnen deze IMVO-instrumenten juridisch vormgegeven worden (bijvoorbeeld contractuele verankering of wettelijke oplegging)?
3. Welke handhavingsopties zijn er voor de diverse instrumenten (bijvoorbeeld arbitrage, rechterlijke tussenkomst, overheidsingrijpen)?

Hiernaast brengt het onderzoek waar mogelijk een aantal kenmerken en/of te verwachten gevolgen van de verschillende instrumenten, juridische vormgeving en handhavingsopties in kaart. Hierbij komen in elk geval onderstaande vragen aan bod.

1. In hoeverre worden ondernemingen in de genoemde IMVO-instrumenten gedwongen invulling te geven aan alle zes stappen van gepaste zorgvuldigheid van de OESO-richtlijnen en indien niet aan alle zes, aan welke stappen wel?
2. Welke inspannings- en resultaatverplichtingen brengen de IMVO-instrumenten mee voor (kleine/grote) ondernemingen en overheid?
3. Op welke wijze zijn de IMVO-instrumenten wel/niet handhaafbaar en zo ja, wat is de beste manier om te handhaven (bijv. welke toezichthouder en/of bevoegdheden)?
4. Op welke wijze zijn de IMVO-instrumenten wel/niet uitvoerbaar?
5. In hoeverre kan de rechtszekerheid voor ondernemingen geborgd worden binnen de IMVO-instrumenten?
6. In welke mate wordt verwacht dat de IMVO-instrumenten bijdragen aan gedragsverandering of dat ondernemingen zich vooral zullen richten op compliance/tick the box?
7. Wat is de verwachte regeldruk van de genoemde IMVO-instrumenten, daaronder begrepen administratieve lasten?
8. Wat zijn de verwachte consequenties van deze IMVO-instrumenten voor het vestigingsklimaat van ondernemingen?
9. Wat zijn de verwachte consequenties van deze IMVO-instrumenten voor de nationale en internationale concurrentiepositie?
10. Wat zijn de mogelijke neven- en onvoorziene of onbedoelde effecten van de genoemde IMVO-instrumenten?

Instrumenten die niet zijn gericht op de implementatie van de OESO-richtlijnen door bedrijven, vallen buiten de reikwijdte van het onderzoek. Deze richtlijnen zien niet alleen op mensenrechten maar ook op maatschappelijk verantwoord ondernemen in ruimere zin: het gaat ook om werkgelegenheid en arbeidsverhoudingen, milieu, omkoping en corruptie, informatieverstrekking en consumentenbelangen.

In dit verband rijst de vraag in hoeverre (de gehoudenheid om) maatregelen (te nemen door bedrijven) om klimaatverandering tegen te gaan ook onder deze richtlijnen vallen. Uit een recente *initial en final statements* van de Nederlandse NCP in de *specific instance* die tegen ING was aangespannen, volgt dat het klimaat onder de OESO-richtlijnen valt.¹ Ook in de literatuur vallen daarvoor aanknopingspunten te vinden.² De vraag rijst dan ook of de in de OESO-richtlijnen opgenomen due diligence cycle op het terrein van het klimaat een rol kan spelen.³ Eenzelfde vraag kan worden gesteld voor Artificial Intelligence. Voor zover derhalve maatregelen op dit terrein vallen onder de in de richtlijnen voorgeschreven due diligence worden deze meegenomen in het onderzoek. Het onderzoek gaat echter niet over wettelijke maatregelen die daar specifiek op zijn gericht, bijvoorbeeld op het terrein van klimaat. De wetgevingsinitiatieven en mogelijke opties daarvoor die in verband met het klimaatakkoord worden voorgesteld vallen er daarom buiten.

1.2 Methodologie

1.2.1 Vaststelling onderzoeksvragen

Het onderzoek betreft een drietal hoofdvragen, alsmede een (niet limitatief) aantal deelvragen. Het onderzoek richt zich op de vraag welke opties (of combinatie van opties) in wetgeving tot de mogelijkheden behoren en wat de voor- en nadelen hiervan zijn. Het gaat hierbij zowel om verslagleggings- en due diligence georiënteerde wetgeving als aansprakelijkheids- en doorbraak van aansprakelijkheidswetgeving.

In het bijzonder zal worden gezien of en hoe de zes stappen van de OESO-richtlijnen in wetgeving zouden kunnen worden verankerd. Ook wordt gezien of voor kaderwetgeving of meer specifieke wetgeving (of een combinatie van beide) zou kunnen worden gekozen. Daarbij wordt meegenomen hoe het toezicht op naleving zou moeten worden vormgegeven. Ook wordt onderzocht of omzetcriteria dan wel invoer van producten of het verlenen van diensten in Nederland een aangrijpingspunt voor wetgeving zou kunnen zijn. Ten slotte wordt gezien of wetgeving (bijvoorbeeld verdergaande transparantie) kan bijdragen aan handhaving door anderen dan de overheid, met inachtneming van (processuele) belemmeringen die daarvoor bestaan.

Uitgangspunt bij dit alles is, dat de UNGP's een 'smart mix' van instrumenten aanbevelen: nationaal en internationaal, verplicht en vrijwillig.⁴ Onder meer tijdens de bijeenkomst georganiseerd

¹ Zie <https://www.oecdguidelines.nl/documents/publication/2019/04/19/ncp-final-statement-4-ngos-vs-ing>.

² Zie bijvoorbeeld H. Mulder & M. Scheltema, 'Synthesis and further perspectives', in: H. Mulder & M. Scheltema (red.), *OECD-Guidelines for Multinational Enterprises, A Glass Half Full*, Parijs: OECD 2018, p. 15, te raadplegen via <https://www.oecd.org/investment/mne/OECD-Guidelines-for-MNEs-A-Glass-Half-Full.pdf>.

³ Bijvoorbeeld K. Arts en M.W. Scheltema, 'Territorialiteit te boven – Klimaatverandering en mensenrechten', in: *De grenzen voorbij. De actualiteit van territorialiteit en jurisdictie. Preadviezen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 96 e.v.

⁴ UNHRC, 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, 2011, UN Doc A/HRC/17/31, commentary, p. 8.

door de Europese Commissie op 2 december 2019 over mogelijke Europese (due diligence) wetgeving benadrukte John Ruggie in zijn presentatie het belang van deze smart mix.⁵ Gelet op de beschikbare tijd en wens van de opdrachtgever, beperkt het onderzoek zich tot wetgevende maatregelen. Het onderzoek zal de mogelijke opties en kaart brengen, maar zal niet zelf een voorkeursoptie aangeven.

1.2.2 Uitvoering onderzoek

Het onderzoek bestaat primair uit literatuuronderzoek naar de mogelijke instrumenten, de vormgeving daarvan en de daarbij behorende handhavingsopties. Dit onderzoek betreft uiteraard niet alleen de situatie in Nederland, maar ook die in andere landen waar inmiddels verschillende vormen van wetgeving zijn geïntroduceerd (zie Bijlage 1).

Bij dit onderzoek is het PwC-rapport betrokken, waarin onder meer verschillende dwingende maatregelen in kaart zijn gebracht die in het buitenland worden ingezet. Dit geldt ook voor het onderzoek in opdracht van de Europese Commissie naar due diligence verplichtingen in de verschillende EU-lidstaten.⁶ Ten slotte zijn bij dit onderzoek de uitkomsten van de bijeenkomst die door SHIFT en de Europese Commissie op 2 december wordt georganiseerd over reguleringsopties betrokken.

De literatuurstudie is uitgemond in een tussenrapportage met de eerste bevindingen. Deze bevindingen zijn vervolgens besproken met de opdrachtgever. Vervolgens zijn naar aanleiding van dit gesprek enige aanpassingen verwerkt.

Op 18 februari 2020 heeft een stakeholder meeting plaatsgevonden met vertegenwoordigers uit het bedrijfsleven (zowel bedrijven met large footprint projecten als bedrijven met keten issues), financiële instellingen, advocatuur, NGOs en de SER. In totaal waren er 50 deelnemers.⁷

⁵ Zie <https://www.shiftproject.org/news/conference-fi2019eu/>. Zie verder bijvoorbeeld ‘Transnationale private normen in het bestuursrecht’, in: J.H. Gerards, M.W. Scheltema & A.R. Neerhof, *Hybride bestuursrecht* (VAR-reeks 156), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 99-101 (met voorbeelden); <https://www.business-humanrights.org/en/shift-outlines-elements-of-a-smart-mix-of-measures-on-business-human-rights>; L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, (onderzoek voor de Europese Commissie) 2020 (DG Just), p. 115-120, te raadplegen via <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>. Zie ook de Agenda for Action Business & Human Rights, 2019, gepubliceerd door Finland waarin ook een mix van maatregelen wordt genoemd. Deze is te raadplegen via <https://eu2019.fi/documents/11707387/0/Agenda+for+action+final+02122019.pdf/bb6d6705-04c1-2897-98d9-a58be9a1d6fa/Agenda+for+action+final+02122019.pdf>.

⁶ L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain* (onderzoek voor de Europese Commissie), DG Just 2020, te raadplegen via <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>; *Government policy to stimulate international responsible business conduct* (Change in Context, 2018) en *Government policy to stimulate international responsible business conduct* (PwC, 2019),

⁷ Zie Bijlage 2 voor een verslag van de stakeholder consultatie.

In deze stakeholder meeting stond een zevental wetgevingsopties centraal. Het ging in deze stakeholder meeting niet om de vraag of voor deze opties politiek of maatschappelijk draagvlak bestaat maar of de opties juridisch uitvoerbaar zijn. De stakeholder meeting maakte het mogelijk om deze vraag niet alleen vanuit verschillende invalshoeken (bedrijven, NGOs en toezichthouders) te bespreken maar ook vanuit verschillende sectoren. Voorts werd voor zover mogelijk nagegaan wat het effect is van de verschillende wetgevingsopties: leveren zij voor bedrijven een stimulans op om (nog) beter te presteren of leiden zij tot ticking-box-exercises?

Aan de stakeholder meeting namen niet alleen juristen deel (die in veel bedrijven eerder zijdelings met deze problematiek te maken hebben) maar juist ook personen werkzaam op sustainability afdelingen en NGOs, die kennis hebben van de praktijk en hoe de verschillende wetgevingsopties zich daartoe verhouden.

De feedback van de stakeholders heeft het mogelijk gemaakt een realistisch beeld te krijgen van de voorgestelde opties en de voor- en nadelen daarvan met het oog op hun juridische uitvoerbaarheid. De inzichten van de stakeholder meeting zijn verwerkt in hoofdstuk 4.

Naast de stakeholder meeting vonden op 18 en 19 februari drie informele expertsessies plaats: één met deskundigen uit het bedrijfsleven, één met deskundigen van NGOs en de SER en één met vertegenwoordigers van toezichthouders. Bij deze expertsessies stonden de ideeën omtrent dynamisch toezicht centraal. De inzichten van deze expertsessies zijn verwerkt in Hoofdstuk 6.

1.2.3 Plan van behandeling

In Hoofdstuk 2 zetten wij uiteen wat OESO due diligence betekent en uit welke zes stappen zij bestaat.

In Hoofdstuk 3 bespreken wij de voor- en nadelen van een aantal generieke wetgevingsopties: welke vormen van toezicht (privaat-, bestuurs- of strafrechtelijk), brede wetgeving of alleen wetgeving voor bepaalde sectoren of thema's, wetgeving alleen voor grotere ondernemingen of voor alle ondernemingen en wetgeving alleen voor in Nederland gevestigde bedrijven of voor alle bedrijven die zaken doen op de Nederlandse markt).

Hoofdstuk 4 behandelt 18 wetgevingsopties.

In Hoofdstuk 5 gaat het om de voor- en nadelen van het afdwingbaar maken van de zes stappen van de OESO due diligence cycle, mede in combinatie met hetzij louter privaatrechtelijke handhaving, hetzij een combinatie van privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving.

Hoofdstuk 6 gaat in detail in op de vraag hoe het toezicht op afdwingbare IMVO-maatregelen het beste kan plaatsvinden en beschrijft hoe een vorm van dynamisch toezicht er uit zou kunnen zien.

2. WAT HOUDT DUE DILIGENCE IN?

2.1 Due diligence in het bedrijfsleven

Het begrip due diligence wordt in de commerciële praktijk doorgaans geassocieerd met het uitvoeren van een onderzoek naar de bedrijfsrisico's die mogelijk zijn verbonden aan bepaalde activiteiten van een onderneming. Een due diligenceonderzoek kan nodig zijn bij diverse commerciële transacties, waaronder overnames, fusies en investeringen. Zo heeft een potentiële koper van een onderneming bijvoorbeeld informatie nodig over de ontplooide bedrijfsactiviteiten en de boekhouding van die onderneming. Op basis van de informatie onderzoekt de koper wat de risico's van de potentiële aanschaf zijn en bepaalt hij vervolgens of hij al dan niet in verdere onderhandelingen treedt.⁸

De redenen die een onderneming kan hebben voor een due diligenceonderzoek kunnen nogal variëren, maar in grote lijnen gaat het om het vermijden van bedrijfsrisico's, aansprakelijkheid en bovendien om het verkrijgen van een beter begrip van de processen binnen een onderneming die object is van een potentiële transactie en andere processen die te maken hebben met mogelijke bedrijfsrisico's die een onderneming kunnen treffen.⁹

2.2 Mensenrechten en IMVO due diligence

Due diligence voor bedrijven heeft in de context van mensenrechten een andere betekenis gekregen. Waar 'traditionele' due diligence een risicoanalyse ten behoeve van de eigen bedrijfsactiviteiten omvat, betreft 'mensenrechten due diligence' een risicoanalyse ten behoeve van derden die mogelijk, direct of indirect, op ongunstige wijze in hun mensenrechten worden geraakt door de uitgevoerde bedrijfsactiviteiten.¹⁰ Mensenrechten due diligence ziet dus op de maatregelen die een multinationale onderneming moet nemen om de negatieve effecten van haar activiteiten op mensenrechten van derden in kaart te brengen, te voorkomen en, indien nodig, aan te pakken.¹¹ Ook kenmerkend is het permanente karakter dat aan het proces is verbonden, terwijl dit bij traditionele due diligence niet altijd noodzakelijk is.¹² Ondernemingen die voldoende due diligence op het gebied van mensenrechten willen realiseren, dienen dus niet eenmalig, maar doorlopend

⁸ T.E. Lambooy, *Corporate Social Responsibility. Legal and semi-legal frameworks supporting CSR. Developments 2000-2010 and case studies* (diss. Leiden Universiteit Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 282-283, 287-288.

⁹ 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; zie ook Lambooy 2010, p. 289-290; L.S. Spedding, *Due Diligence Handbook. Corporate Governance, Risk Management and Business Planning*, Amsterdam; Boston; London: CIMA 2009, p. 3-4.

¹⁰ 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; zie ook C. van Dam, 'Corporate governance en respect voor mensenrechten', in: M. Lückerath-Rovers e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2018-2019*, Deventer: Kluwer 2018, p. 106.

¹¹ UNHRC, 'Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie', 2008, UN Doc A/HRC/8/5, par. 56, p. 17.

¹² Van Dam 2018, p. 106; anders: L.S. Spedding 2009, p.4.

due diligenceonderzoek uit te voeren.¹³ Dit concept van due diligence, waarbij onderzoek naar risico's voor de maatschappelijke context centraal staat en niet de eigen bedrijfsrisico's, is vervolgens uitgebreid naar andere IMVO-thema's, waardoor de focus van dit due diligence-concept niet alleen op mensenrechten ligt.¹⁴

2.3 UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs)

Mensenrechten due diligence is wereldwijd op de kaart gezet met de komst van de UN Guiding Principles on Business and Human Rights. De Guiding Principles zijn niet-bindende aanbevelingen voor staten en bedrijven, bedoeld om mensenrechtenschendingen door multinationale ondernemingen aan het licht te brengen, te voorkomen en aan te pakken. De UNGP's zijn in 2011 door de VN Speciale Vertegenwoordiger van de Secretaris-Generaal op het gebied van mensenrechten en multinationals (SRSG), John Ruggie, gepubliceerd als een set van concrete beginselen die zijn voortgekomen uit het beleidsraamwerk 'Protect, Respect and Remedy' uit 2008. 'Protect, Respect and Remedy' kan worden gezien als een poging om de bestaande, gefragmenteerde concepten en werkwijzen, omtrent internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen, te vatten in één gezaghebbend raamwerk.¹⁵ Dit raamwerk rust op drie essentiële pijlers binnen de context van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen.¹⁶ De eerste pijler wijst op de plicht van staten om ervoor te zorgen dat ondernemingen de mensenrechten van derden niet schenden ten gevolge van bedrijfsactiviteiten. Pijler twee beschrijft de verantwoordelijkheid van ondernemingen om mensenrechten van derden te respecteren. De derde pijler benadrukt het belang van toegang tot herstel- en/of verhaalsmogelijkheden voor individuen die door bedrijfsactiviteiten negatief zijn geraakt in hun mensenrechten.¹⁷

De UNGP's zijn, met andere woorden, bedoeld om het raamwerk van 'Protect, Respect and Remedy' implementeerbaar te maken voor staten en bedrijven. Ze geven weer hoe aan elk van de drie pijlers van het raamwerk invulling zou kunnen worden gegeven, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen 'grondbeginselen' en 'operationele beginselen'. Zo beschrijft het document in een 'grondbeginsel' van de eerste pijler dat op staten de plicht rust bescherming te bieden tegen mensenrechtenschendingen door derden, waaronder bedrijven.¹⁸ Om deze beschermplicht te vervullen doet het document onder meer de aanbeveling aan staten om regels uit te vaardigen die van ondernemingen respect voor mensenrechten vereisen. Daarnaast zouden staten bijvoorbeeld ook

¹³ UNHRC, 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, 2011, UN Doc A/HRC/17/31, principle 18 commentary, p. 17; zie ook Van Dam 2018, p. 106.

¹⁴ 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; zie ook 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.

¹⁵ UNHRC 2011, p. 3.

¹⁶ UNHRC 2011, p. 4.

¹⁷ UNHRC 2008, p. 6-9; zie ook L. Enneking e.a., *Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 70.

¹⁸ UNHRC 2011, principle 1, p. 6.

ondernemingen moeten begeleiden om een mensenrechtvriendelijke bedrijfsvoering te bevorderen.¹⁹ Ondernemingen dienen, volgens de tweede pijler, zelf inbreuken op mensenrechten te vermijden en eventuele betrokkenheid bij ongunstige effecten op mensenrechten aan te pakken. Als een onderneming niet aan dergelijke effecten heeft bijgedragen maar deze wel ‘direct verbonden’ kunnen worden aan haar activiteiten, producten of diensten door het gedrag van een zakenrelatie, dient zij eveneens maatregelen te nemen ter voorkoming of verzachting van de ongunstige effecten.²⁰ Om deze verantwoordelijkheid succesvol te kunnen dragen, zouden ondernemingen er goed aan doen om zich expliciet te committeren aan een passend intern mensenrechtenbeleid.²¹ Om mensenrechtenschendingen te voorkomen, te herkennen, te beperken en de aanpak ervan te verantwoorden, zullen ondernemingen bovendien een effectief due diligenceproces in hun bedrijfsvoering moeten realiseren.²² Indien een onderneming zelf mensenrechten heeft geschonden, of heeft bijgedragen aan mensenrechtenschendingen, schrijven de UNGP’s voor dat de onderneming moet voorzien in, of meewerken aan actieve en effectieve herstelmechanismen.²³ Een onderneming behoort aldus adequaat te reageren op klachten van stakeholders en bovendien actief te helpen bij het zo vroeg mogelijk ontdekken en behandelen van klachten over mensenrechtenschendingen.²⁴ Volgens de derde pijler van de UNGP’s rust op staten de plicht om gepaste maatregelen te nemen die ervoor zorgen dat stakeholders, die door bedrijfsactiviteiten negatief zijn getroffen in hun mensenrechten, toegang hebben tot effectief herstel. Hiermee wordt voornamelijk bedoeld het waarborgen en faciliteren van de toegang tot juridische en niet-juridische publieke en niet-publieke klachtenmechanismen.²⁵ Ook bedrijven dragen volgens de derde pijler verantwoordelijkheid voor de toegankelijkheid tot effectief herstel. Herstelmechanismen op operationeel niveau dienen toegankelijk te zijn voor individuen en de betrokken gemeenschap, zodat op een snelle en laagdrempelige manier herstel kan worden bereikt.²⁶

De UNGP’s zijn unaniem gesteund door de Human Rights Council (UNHRC) en tevens breed geaccepteerd door staten en bedrijven. Mede hierdoor vormen de UNGP’s, hoewel uitdrukkelijk niet-bindend, een gezaghebbend raamwerk op het gebied van ondernemen en mensenrechten.²⁷ Het gezag van de UNGP’s blijkt tevens uit het feit dat ze een inspiratiebron waren voor de hierna te bespreken, in 2011 herziene OESO-richtlijnen.²⁸

¹⁹ UNHRC 2011, principle 3, p. 8.

²⁰ UNHRC 2011, principle 11-14, p. 13-14.

²¹ UNHRC 2011, principle 16, p. 15-16.

²² UNHRC 2011, principles 17-21, p. 16-20.

²³ UNHRC 2011, principle 22, p. 20-21.

²⁴ OHCHR, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An interpretive guide*, New York – Genève: United Nations 2012, p. 65.

²⁵ UNHRC 2011, principles 25- 28, p. 21-25.

²⁶ UNHRC 2011, principle 29, p. 25; zie ook UNHRC 2008, par. 84, p. 22.

²⁷ J.G. Ruggie & J. F. Sherman, ‘The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale’, *EJIL* 2017, afl. 3, p. 921; zie ook S. Bijlmakers, *Corporate Social Responsibility, Human Rights, and the Law*, Abingdon, Oxon – New York: Routledge 2019, p. 51.

²⁸ OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Parijs: OECD Publishing 2011, p. 3-4.

2.4 OESO-richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen

Evenals de UNGP's zijn de OESO-richtlijnen niet-bindende aanbevelingen gericht aan multinationale ondernemingen, betreffende beginselen en standaarden voor internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen. De OESO-richtlijnen, inmiddels onderschreven door 48 landen, zijn voor het eerst in 1976 gepubliceerd door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO). In 2011 zijn de OESO-richtlijnen herzien, mede om deze in overeenstemming te brengen met het VN 'Protect, Respect, Remedy' raamwerk en de bijbehorende UNGP's.²⁹

Net als de UNGP's, roepen de OESO-richtlijnen geen bindende regels voor multinationale ondernemingen in het leven. De regeringen van de staten die de richtlijnen onderschrijven, binden zich op hun beurt wel aan de plicht om de OESO-richtlijnen in praktijk te brengen en de toepassing ervan te bevorderen. Meer in het bijzonder wordt hier mede bedoeld op de plicht van onderschrijvende staten om Nationale Contactpunten (NCP's) in te stellen die in beginsel alle kwesties omtrent de richtlijnen in behandeling nemen.³⁰

De OESO-richtlijnen voorzien in aanbevelingen op het gebied van diverse IMVO-onderwerpen. Zo worden in het document algemene beginselen voor bedrijfsbeleid uiteengezet, naast hoofdstukken over de afzonderlijke IMVO-onderwerpen. Op het terrein van due diligence zijn de OESO-richtlijnen bij de herziening in 2011 afgestemd met de UNGP's en het VN Protect, Respect and Remedy raamwerk. De OESO-richtlijnen beperken zich echter niet alleen tot mensenrechten due diligence. Het doorlopend uitvoeren van due diligenceonderzoek wordt ook aanbevolen ten aanzien van andere IMVO-onderwerpen die door de richtlijnen worden bestreken. Hieronder vallen: informatieverstrekking, werkgelegenheid en arbeidsverhoudingen, corruptiebestrijding, milieu en mededinging. De stappen van het mensenrechten due diligenceproces, zoals beschreven in de 'corporate responsibility to respect'-pijler van de UNGP's, zijn overgenomen door de OESO-richtlijnen en aldus voor bredere toepassing, via algemene beginselen voor bedrijfsbeleid, op voornoemde IMVO-thema's verklaard.³¹

Ter interpretatie van het IMVO due diligenceproces dat door de richtlijnen wordt aanbevolen, heeft de OESO een gedetailleerde due diligence guidance uitgebracht.³² Daarnaast heeft de OESO meerdere due diligence guidances uitgebracht die zijn toegespitst op specifieke sectoren, waaronder die van landbouw, kleding, mineraalwinning en banken.³³

²⁹ OECD 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, Oxon – New York: Routledge 2014, p. 102-103.

³⁰ OECD 2011, p. 13.

³¹ J.G. Ruggie & T. Nelson, 'Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges OECD 2011', *Brown Journal of World Affairs* 2015, afl. 1, p. 105-106; zie ook OECD 2011, p. 20.

³² OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, Parijs: OECD Publishing 2018.

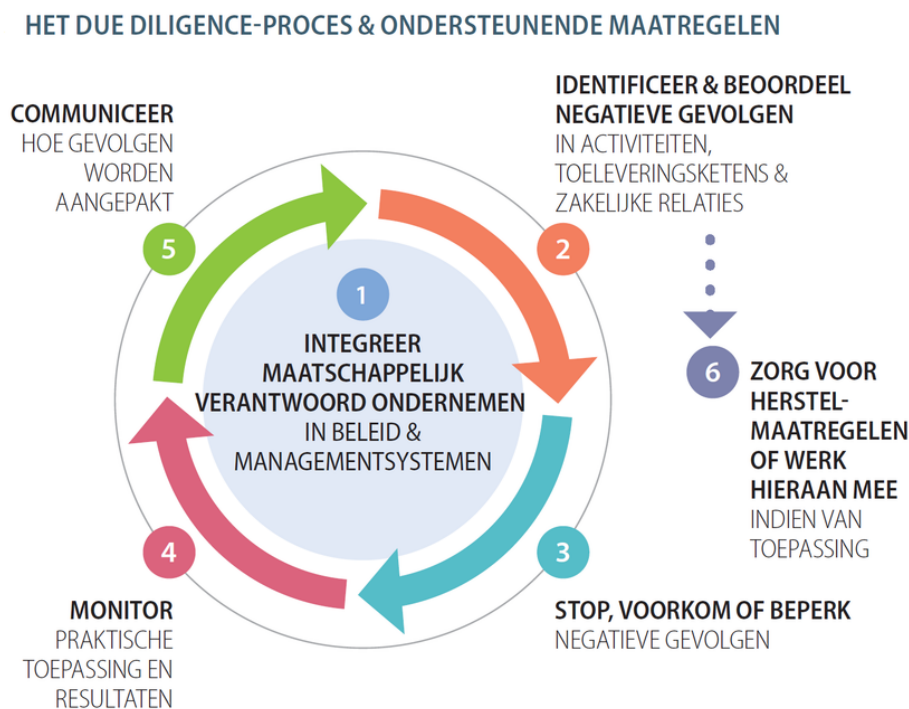
³³ OECD, *OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains*, Parijs: OECD Publishing 2016; OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, Parijs: OECD Publishing 2016; OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector*, Parijs: OECD Publishing 2018; OECD, *OECD Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting: Key considerations*

De OESO-richtlijnen zijn tot nu toe de enige internationale voorschriften op het gebied van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen waarvan onderschrijvende regeringen zijn overeengekomen deze te steunen en te promoten.³⁴

2.5 IMVO (OESO) due diligence cycle

Volgens de UNGP's en de OESO-richtlijnen zouden multinationale ondernemingen een doorlopend due diligenceproces moeten implementeren in hun bedrijfsvoering om gehoor te geven aan hun verantwoordelijkheid om mensenrechten en de andere IMVO-thema's te respecteren. Multinationale ondernemingen hebben mogelijk reeds due diligencemechanismen ontwikkeld om bedrijfsrisico's in kaart te brengen. Deze bestaande instrumenten voor traditionele due diligence kunnen ook worden aangewend om mensenrechten/IMVO due diligence uit te voeren.³⁵ De UNGP's en de OESO-richtlijnen informeren bijkomend op globale wijze hoe IMVO (OESO) due diligence in een reeks van stappen kan worden voltrokken. Het is de bedoeling dat de stappen worden herhaald, zodat het due diligenceproces doorlopend en voortschrijdend is.

*Figuur van de OESO due diligence cycle:*³⁶



for banks implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Parijs: OECD Publishing 2019; zie voor meer sectorspecifieke guidances mneguidelines.oecd.org

³⁴ OECD 2011, p. 3; zie ook L. Heckendorn Urscheler & J. Fournier, *Regulating Human Rights Due Diligence for Corporations: A Comparative View*, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, Geneve – Zurich: Schulthess Editions Romandes 2017, p. 20.

³⁵ UNHRC 2011, principle 17 commentary, p. 16; zie ook OECD 2011, II par. 10, IV commentary par. 45, p. 20, 34; Bijlmakers 2019, p. 103.

³⁶ OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 21.

2.5.1 *Stap 1: integreer maatschappelijk verantwoord ondernemen in beleid & management-systemen*

De integratie van IMVO-due diligenceprocessen in de gehele organisatie van een multinationale onderneming kan waarschijnlijk niet aanvangen en worden volgehouden zonder plan. De onderneming zal zich in de eerste plaats moeten committeren aan een eigen IMVO-beleid dat als basis dient voor doorlopende due diligenceprocessen. Een effectief beleid kan volgens de OESO-richtlijnen worden bereikt door ten minste aan bepaalde voorwaarden te voldoen.

- Het beleid zou door de onderneming voor het publiek, waaronder ook personeel, zakenpartners en andere partijen die direct zijn verbonden aan de activiteiten van de onderneming, kenbaar en beschikbaar moeten worden gemaakt.
- In verband met de hiervoor genoemde kenbaarheid, maakt de onderneming via het beleidsstatement haar verwachtingen van het personeel, zakenpartners en andere relevante partijen duidelijk. Met een duidelijk statement dat voor stakeholders toegankelijk is, kan de onderneming voorkomen dat zij onder omstandigheden te gemakkelijk zal afwijken van haar IMVO-beleid.³⁷
- Het beleid moet worden goedgekeurd op het hoogste niveau van de onderneming. De managementtop heeft mede als taak om te controleren of beleidsregels op de juiste manier worden geïmplementeerd en nageleefd.³⁸
- Het beleid is ontwikkeld met de input van relevante interne en/of externe expertise.
- Beleidsregels op operationeel niveau weerspiegelen het overkoepelende IMVO-beleid en brengen dit tevens in de praktijk.

Wanneer een multinationale onderneming zich, kenbaar naar buiten toe, heeft gecommitteerd aan een passend IMVO-beleid dat vervolgens succesvol is geïmplementeerd in alle onderdelen van de organisatie, is er een basis gelegd die het uitvoeren van doorlopende due diligence (stappen 2 t/m 5) mogelijk maakt.³⁹

Een voorbeeld van een beleidscommitment dat integratie van het IMVO-beleid in de gehele organisatie benadrukt, is de ‘Code of business principles and code policies’ van Unilever. Deze multinationale onderneming verwacht, onder de term ‘living the code’, van haar werknemers dat zij het MVO-beleid begrijpen en nakomen en schendingen van de beleidsregels rapporteren.⁴⁰ Op het gebied van mensenrechten heeft de multinationale onderneming Nestlé met het Danish Institute for Human Rights een due diligence-programma ontwikkeld dat is gebaseerd op acht pijlers, waaronder het integreren van mensenrechten due diligence in nieuw en bestaand bedrijfsbeleid en het trainen van werknemers op kennis van mensenrechten.⁴¹

³⁷ OHCHR, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An interpretive guide*, New York – Genève: United Nations 2012, p. 27.

³⁸ 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. 32-33.

³⁹ Zie bovenstaande figuur stappen 2 t/m 5.

⁴⁰ Unilever, *Code of business principles and code policies*, Unilever plc 2017, versie November 2019, p. 8.

⁴¹ Danish Institute for Human Rights & Nestlé, *Talking the Human Rights Walk: Nestlé’s Experience Assessing Human Rights Impacts in its Business Activities*, 2013, p. 11.

2.5.2 OESO due diligence cycle stap 2: Identificatie en beoordeling van daadwerkelijke en potentiële ongunstige gevolgen

a. In kaart brengen van risicogebieden

Van een multinationale onderneming wordt verwacht dat zij onderzoek doet naar de (potentiële) IMVO-risico's die verbonden zijn aan haar activiteiten, toeleveringsketens en zakenrelaties.⁴² Om een overzicht te krijgen van daadwerkelijke en potentiële ongunstige effecten, is een breder onderzoek naar de sectorale, geografische en politieke context van die activiteiten nodig. Een multinationale onderneming kan bijvoorbeeld de structuur van haar toeleveringsketens in kaart brengen en informatie verzamelen over significante risico's die geassocieerd worden met de sector, de producten, de geografische context en haar eigen gedrag.⁴³ Wanneer de onderneming de voor haar relevante significante risico's in kaart heeft gebracht, moet prioriteit worden gegeven aan de belangrijkste risico's in het geval dat ze een veelheid aan geïdentificeerde risico's niet tegelijkertijd kan aanpakken. Volgens de OESO due diligence handreiking zal eerder prioriteit verleend moeten worden aan activiteiten die in gebieden met een verhoogd risico op ongunstige effecten plaatsvinden, zoals conflictgebieden, gebieden met kwetsbare groepen en individuen of gebieden waar veel corruptie plaatsvindt. Ook de aard van de betreffende bedrijfsactiviteiten moet worden meegewogen. Wanneer deze bijvoorbeeld inhouden dat veel met gevaarlijke stoffen en machines wordt gewerkt, zullen deze eerder geprioriteerd moeten worden voor diepere analyse. Bovendien zal eerder prioriteit moeten worden verleend aan bedrijfsactiviteiten die in eerdere analyses in verband zijn gebracht met negatieve maatschappelijke impacts.⁴⁴

De UNGP's bieden aanknopingspunten voor de prioritering van ongunstige maatschappelijke effecten. De ernstigste risico's moeten eerst worden aangepakt. De ernst wordt bepaald op grond van de reikwijdte, de schaal en het (on)herstelbare karakter van het ongunstige effect, in verhouding tot de andere geïdentificeerde ongunstige effecten. Wanneer het om een potentieel ongunstig effect gaat, moet tevens de waarschijnlijkheid dat het risico zich zal realiseren, worden meegenomen in de prioritering.⁴⁵

Een voorbeeld is de prioritering van mensenrechtenrisico's door multinationale ondernemingen als Nestlé en H&M Group, welke volgens hen, in hun context het meest dringend moeten worden aangepakt vanwege de significante, potentiële negatieve gevolgen die zich met betrekking tot deze risico's kunnen verwezenlijken.⁴⁶ De multinationale onderneming Marks & Spencer laat in haar mensenrechtenrapportage ook per productsoort zien welke mensenrechtenkwesaties in welk land worden geprioriteerd.⁴⁷

⁴² OECD 2018, p. 25, 62; zie ook UNHRC 2011, principle 18 commentary, p. 17.

⁴³ OECD 2018, p. 25, 63.

⁴⁴ OECD 2018, Q24, p. 66.

⁴⁵ OHCHR, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An interpretive guide*, New York – Genève: United Nations 2012, p. 82-84.

⁴⁶ 'Our salient human rights issues', *Nestlé*, www.Nestle.com; zie ook 'Update on salient issues 2017', *H&M*, sustainability.hm.com.

⁴⁷ Marks & Spencer, *Human Rights Report 2017*, Marks & Spencer 2017, p. 7-8.

b. Verder onderzoek naar risicogebieden met prioriteit

Een multinationale onderneming die, naar aanleiding van een bredere verkenning, de risicogebieden heeft geïnventariseerd, kan de analyse daarvan verder uitdiepen om concrete risico's op of daadwerkelijke ongunstige maatschappelijke effecten te identificeren en te beoordelen.⁴⁸ De wijze en grondigheid van onderzoek naar concrete daadwerkelijke of potentiële ongunstige maatschappelijke effecten, hangt af van de omstandigheden en de kenmerken van de onderneming.⁴⁹ De analyse kan bijvoorbeeld inhouden dat risicoprofielen worden bestudeerd van contractanten en andere schakels die verderop in de productie- of toeleveringsketen opereren. Zakenrelaties kunnen worden beoordeeld op hun eigen due diligence-inspanningen. Stakeholders, waaronder de relevante werknemers, kunnen worden geconsulteerd. Consultatie van onafhankelijke expertise behoort eveneens tot de mogelijkheden. Ook moet speciaal aandacht worden besteed aan de kwetsbaardere groepen en individuen, die mogelijk een verhoogd risico lopen op marginalisatie van hun belangen.⁵⁰

c. Beoordeel op welke wijze de onderneming is betrokken bij deze risico's

Om de juiste maatregelen te nemen tegen de onderzochte daadwerkelijke en potentiële ongunstige effecten, zal een multinationale onderneming eerst moeten bepalen op welke wijze zij daarbij is betrokken. Onderzocht moet worden of ze de veroorzaker is, dan wel een bijdrage heeft geleverd of 'direct verbonden' is aan de maatschappelijke ongunstige effecten.

- De onderneming heeft de ongunstige effecten veroorzaakt, wanneer haar eigen activiteiten reeds van voldoende gewicht zijn om de negatieve gevolgen in het leven te roepen.
- De onderneming heeft bijgedragen aan de negatieve gevolgen, wanneer de combinatie van haar activiteiten met de activiteiten van een ander de negatieve gevolgen in het leven hebben geroepen. Zij kan ervoor hebben gezorgd dat ze negatieve gevolgen samen met een andere entiteit heeft veroorzaakt of dat ze de negatieve gevolgen, die zijn veroorzaakt door een ander, heeft gefaciliteerd of verergerd. In de OESO due diligence handreiking wordt wel benadrukt dat de bijdrage 'substantieel' moet zijn, wat betekent dat niet iedere geringe betrokkenheid van de onderneming gelijkstaat aan een 'bijdrage' zoals hier wordt bedoeld.
- De onderneming is 'direct verbonden' wanneer negatieve 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.

De onderneming dient gepaste maatregelen te nemen, waarbij de keuze afhankelijk is van de wijze van betrokkenheid bij de negatieve impact die zij wenst aan te pakken.⁵¹

⁴⁸ OECD 2018, p. 26-27.

⁴⁹ OECD 2011, p. 20; zie ook OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 31, 61; Ruggie 2012, Q28, p. 32-33; P. Simons & A. Macklin 2014, p. 297.

⁵⁰ OECD 2018, p. 51; zie ook OHCHR 2012, p. 17.

⁵¹ OECD 2018, Q29, p. 70-72.

2.5.3 OESO due diligence cycle stap 3: Beëindigen, voorkomen en beperken van ongunstige gevolgen

Nadat de multinationale onderneming de verdiepende analyse van risicogebieden heeft volbracht en toe is gekomen aan het treffen van maatregelen tegen concrete, geprioriteerde negatieve effecten, kunnen er verschillende (combinaties van) opties mogelijk zijn. In de derde stap van de OECD due diligence cyclus wordt onderscheid gemaakt tussen maatregelen die ongunstige gevolgen kunnen voorkomen, beëindigen of verzachten.

- Negatieve effecten voorkomen: Kenmerkend aan IMVO due diligenceprocessen is dat ze in de eerste plaats bedoeld zijn als mechanismen die multinationale ondernemingen kunnen aanwenden om negatieve impacts op mens, milieu en maatschappij te vermijden bij de uitoefening van hun bedrijfsactiviteiten. Pas als ongunstige effecten niet voorkomen kunnen worden, dient de betrokken multinationale onderneming verzachtende maatregelen te nemen.⁵² Bij voorkomende maatregelen kan gedacht worden aan de inbedding van beleidsprotocollen, het geven van trainingen en technische investeringen die risico's op ongunstige effecten verminderen.⁵³
- Activiteiten beëindigen: Wanneer de multinationale onderneming constateert dat zij bepaalde (risico's op verwezenlijking van) negatieve gevolgen niet heeft kunnen voorkomen, dan is het staken van de veroorzakende of bijdragende activiteiten een eerste stap ter bestrijding daarvan.⁵⁴
- Negatieve effecten beperken: Wanneer de multinationale onderneming is betrokken bij activiteiten die een negatief effect kunnen hebben op ten minste één van de IMVO-thema's, dient zij maatregelen genomen te hebben om potentiële ongunstige gevolgen van die activiteiten te verminderen. De situatie kan zich echter voordoen dat niet de onderneming zelf, maar een zakenrelatie het negatieve effect veroorzaakt. De onderneming kan dan de invloed die zij heeft, gebruiken om de zakenrelatie ertoe te bewegen om de activiteit te stoppen of aan te passen, ter vermindering van daadwerkelijke negatieve effecten en ter voorkoming en vermindering van toekomstige negatieve effecten. De onderneming kan bijvoorbeeld contractueel IMVO-afspraken maken, of proberen om op constructieve wijze de dialoog over het betreffende IMVO-beleid met de zakenrelatie aan te gaan. Bovendien kan bij een dergelijk IMVO-probleem contact worden gezocht met overheidsinstanties.⁵⁵

Een voorbeeld van MVO-eisen die een multinationale onderneming aan zakenrelaties kan stellen met wie een contractuele relatie wordt aangegaan, zijn contractuele IMVO-voorwaarden voor toeleveranciers. Zo stelt IKEA minimeisen aan het gedrag van toeleveranciers. In haar 'code of conduct' worden MVO-voorwaarden uiteengezet waar de toeleveranciers zich aan dienen te

⁵² OECD 2018, p. 16, 74.

⁵³ OECD 2018, p. 75.

⁵⁴ OECD 2018, p. 75.

⁵⁵ OECD 2018, 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.

houden. De voorwaarden hebben onder meer betrekking op onderwerpen als preventie van milieuvuiling, ernstige veiligheidsrisico's voor werknemers en dwangarbeid.⁵⁶ De multinationale onderneming Marks & Spencer gebruikt 'Global Sourcing Principles' die door toeleveranciers moeten worden ondertekend. Van toeleveranciers wordt onder meer verwacht dat ze feedback- en klachtenmechanismen voor hun medewerkers faciliteren, dat ze voorzien in gezonde en veilige werkomstandigheden en dat ze due diligenceprocessen op hun eigen toeleveringsketens toepassen. Daarnaast maakt M&S duidelijk dat toeleveranciers begeleid zullen worden voor de ontwikkeling van hun IMVO-standaarden en klachtenmechanismen. Ook moeten toeleveranciers instemmen met regelmatige inspecties bij productieterreinen. Wanneer toeleveranciers blijvend niet willen voldoen aan de Global Sourcing Principles, zal M&S uiteindelijk de handelsrelatie verbreken.⁵⁷

De invloed die een multinationale onderneming heeft op een zakenrelatie kan mogelijk te beperkt zijn om gedragsverandering teweeg te brengen. De onderneming zal dan manieren moeten vinden om de invloed op haar zakenrelatie te vergroten. In de OESO due diligence handreiking wordt in dit verband benadrukt dat initiatieven tussen meerdere bedrijven in de sector en/of de omgeving kunnen leiden tot hogere onderlinge verwachtingen op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen. Bovendien kan de gezamenlijke invloed van meerdere ondernemingen zorgen voor verbetering van het MVO-beleid van de entiteit die de negatieve effecten heeft veroorzaakt.⁵⁸

Ondernemingen die actief zijn in de toeleveringsketens van mineraalwinning in (potentiële) conflictgebieden, worden door de sectorspecifieke OESO due diligence handreiking aanbevolen om, met betrekking tot verschillende soorten risico's, gepaste mitigerende maatregelen te nemen. Zo worden ondernemingen die bepaalde mineralen afnemen, afkomstig uit gebieden waar lokale mijnwerkers op kleine schaal werken, aangemoedigd om deze kwetsbare groep te beschermen tegen uitbuitingspraktijken van andere bovenstroomse entiteiten in de toeleveringsketen. Dit kan bijvoorbeeld door overheidsinstanties van het gastland te steunen in maatregelen voor formalisatie en professionalisering van de lokale sector.⁵⁹

Investeringsbanken worden, bijvoorbeeld bij het verstrekken van zakelijke leningen, aangemoedigd om hun IMVO-beleid en hun verwachtingen van cliënten daaromtrent, in contracten en andere geschreven documenten op te nemen. Doordat met het IMVO-beleid van de bank akkoord wordt gegaan bij sluiting van het contract, krijgt een bank meer invloed om IMVO-problemen, die zich kunnen voordoen na contractsluiting, met cliënten aan te pakken.⁶⁰

⁵⁶ IKEA, *IWAY Standard: Minimum Requirements for Environment and Social & Working Conditions when Purchasing Products, Materials and Services*, editie 5.2, IKEA IWAY Council 2016.

⁵⁷ Marks & Spencer, *Global Sourcing Principles*, Marks & Spencer 2018.

⁵⁸ OECD 2018, Q 37, p. 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; OHCHR 2012, p. 18.

⁵⁹ OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, Parijs: OECD Publishing 2016, p. 27.

⁶⁰ OECD 2019, *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. 47-49.

Voor de landbouwsector worden, in de sectorspecifieke OESO-handreiking, mitigerende maatregelen aanbevolen op het gebied van een aantal IMVO-onderwerpen. Met betrekking tot arbeid wordt de bescherming van werknemers, het faciliteren van redelijke werkomstandigheden en het faciliteren van voldoende training en opleiding benadrukt. In verband met gevaarlijke activiteiten in de landbouwsector wordt aandacht geschonken aan mitigerende maatregelen ter bevordering van gezondheid en veiligheid. Hier wordt onder meer aanbevolen: het vermijden en minimaliseren van blootstelling aan gevaarlijke materialen en stoffen, het vermijden en minimaliseren van het risico dat de omgeving wordt blootgesteld aan bepaalde ziektes die uit landbouwactiviteiten kunnen ontstaan en het nakomen van de wereldwijde voedselveiligheidsstandaarden.⁶¹

De wijze van betrokkenheid van de onderneming bij negatieve gevolgen is bepalend voor de aard van de te nemen maatregelen. Wanneer de onderneming een negatief effect heeft veroorzaakt, of daaraan heeft bijgedragen, dan is het staken of aanpassen van de eigen activiteit een maatregel die de onderneming waarschijnlijk tot haar beschikking zal hebben. Als de onderneming heeft bijgedragen aan het negatieve effect, of haar activiteiten, producten of diensten zijn verbonden aan schadelijke activiteiten van een zakenrelatie, zal het staken van haar eigen activiteit waarschijnlijk minder effect hebben op de bestrijding van negatieve effecten die door een andere onderneming zijn veroorzaakt. In dat geval zal de onderneming haar invloed moeten uitoefenen – en desnoods vergroten – om de ander te stimuleren de daadwerkelijke negatieve gevolgen te verminderen en potentiële (toekomstige) negatieve gevolgen te voorkomen.⁶²

2.5.4 OESO due diligence-cycle stap 4: Monitoren van de effectiviteit van maatregelen en de implementatie van het IMVO-beleid

Naast identificatie van consequenties en risico's voor MVO-thema's, leent het herhalende karakter van het due diligenceproces zich tevens voor periodieke beoordeling van de effectiviteit van genomen maatregelen tegen negatieve effecten en beoordeling van implementatie van due diligenceprocessen. Voorop moet worden gesteld dat de wijze van beoordeling grotendeels afhankelijk is van de kenmerken van de onderneming en haar activiteiten. Beoordeling zou in ieder geval moeten gebeuren op basis van passende kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren. Welke indicatoren concreet moeten worden bijgehouden, is eveneens afhankelijk van de activiteiten en de context van de onderneming.⁶³

De OESO due diligence handreiking voor zakenbanken doet de aanbeveling om ook de preventie- en mitigatie-inspanningen van geprioriteerde cliënten bij te houden met het monitoren van indicatoren, zoals het percentage van overeengekomen due diligence-maatregelen die zijn geïmplementeerd door de cliënt, het percentage van klachten waarop de cliënt actie heeft ondernomen en de veranderingen van de negatieve effecten waar cliënten bij zijn betrokken. Daarnaast kan de bank de resultaten van haar eigen maatregelen tegen negatieve effecten beoordelen aan de hand van indicatoren die daar relevant voor zijn, waaronder het aantal cliënten dat wordt geassocieerd

⁶¹ OECD, *OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains*, Parijs: OECD Publishing 2016, p. 55-59.

⁶² OECD 2018, p. 72; UNHRC 2011, p. 19.

⁶³ OECD 2018, p. 82; zie ook OHCHR 2012, p. 19.

met daadwerkelijke of potentiële negatieve effecten en het aantal voorkomings- en mitigatie-inspanningen van de bank met een succesvol resultaat.⁶⁴

De OESO due diligence handreiking voor ondernemingen die actief zijn in de toeleveringsketens waarin mineralen uit (potentiële) conflictgebieden worden gewonnen, doet de aanbeveling om ook onafhankelijke controle op hun due diligence-inspanningen door een derde partij te laten uitvoeren.⁶⁵ Daarnaast worden in deze handreiking ook specifieke aanbevelingen gedaan voor enerzijds ondernemingen die dicht bij de bron ('bovenstrooms') van de toeleveringsketen actief zijn en anderzijds ondernemingen die aan het einde ('benedenstrooms') van toeleveringsketens in tin, tantaal, wolfram en goud opereren. Bovenstroomse ondernemingen, zoals mijnbouwers en lokale handelaren, worden bijvoorbeeld specifiek aanbevolen om de resultaten van risicobeperking en -voorkoming te monitoren waarbij ook lokale autoriteiten, NGO's en belanghebbenden moeten worden geconsulteerd.⁶⁶

Voor een volledig beeld en de interpretatie van de bijgehouden indicatoren en daarmee de effectiviteit van genomen IMVO-maatregelen tegen negatieve effecten, moet tevens interne en externe feedback in acht worden genomen. De onderneming kan bijvoorbeeld ter plaatse interne feedback vragen van werknemers of hun vertegenwoordigers over de voortgang met betrekking tot de te onderzoeken IMVO-thema's, zoals arbeidsomstandigheden, mensenrechten of milieu.⁶⁷ Externe feedback kan afkomstig zijn van stakeholders buiten de onderneming, zoals de plaatselijke gemeenschap, autoriteiten en zakenrelaties in de betreffende toeleveringsketen. Klachtenmechanismen op operationeel niveau kunnen als belangrijke bron van interne en externe feedback fungeren.⁶⁸

2.5.5 OESO due diligence cycle stap 5: Communicatie en rapportage over het IMVO-beleid en aanpak van negatieve gevolgen

De laatste stap in de due diligence cycle is het communiceren en rapporteren over de voortgang van het IMVO-beleid. De multinationale onderneming demonstreert hiermee aan stakeholders hoe zij in de praktijk met de identificatie en aanpak van IMVO-vraagstukken omgaat.⁶⁹

Het naar buiten toe communiceren over het gevoerde due diligencebeleid hoort op zodanige wijze plaats te vinden dat de informatie zo toegankelijk mogelijk is voor de doelgroepen van de onderneming.⁷⁰ Daaronder valt ook doorlopende communicatie met stakeholders die mogelijk worden

⁶⁴ 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. 54-55.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ OECD 2016, p. 46.

⁶⁷ OECD 2018, p. 82-83.

⁶⁸ OHCHR 2012, p. 55.

⁶⁹ OECD 2018, p. 85-86; zie ook OHCHR 2011, p. 20.

⁷⁰ OECD 2018, p. 85.

geraakt door de activiteiten van de multinationale onderneming.⁷¹ Aan de andere kant zal rekening moeten worden gehouden met gevoelige en vertrouwelijke informatie. Wettelijke voorschriften of bepaalde voorwaarden van overeenkomsten met andere partijen zouden in de weg kunnen staan aan het extern communiceren van bepaalde due diligence-informatie. Niettemin zal het communiceren van die informatie dringend kunnen zijn vanwege concreet gevaar voor de mensenrechten van bepaalde stakeholders. De onderneming zou de informatie op effectieve wijze moeten rapporteren, terwijl zoveel mogelijk rekening wordt gehouden met vertrouwelijke onderdelen. De onderneming zou bijvoorbeeld in een rechtvaardiging voor non-publicatie van bepaalde informatie kunnen voorzien. Ook kan gedacht worden aan het anonimiseren van bronnen, zakenrelaties en het aanbrengen van beperkingen in de toegang tot gevoelige informatie.⁷²

2.5.6 OESO due diligence cycle stap 6: het bieden van herstelmaatregelen

Ook al voert een multinationale onderneming uitgebreide en verfijnde IMVO-due diligence uit, het veroorzaken van of bijdragen aan negatieve gevolgen voor IMVO-thema's kan niet altijd worden voorkomen. Bij het veroorzaken van of een bijdrage aan daadwerkelijke negatieve effecten (niet bij directe verbondenheid) is de multinationale onderneming verantwoordelijk voor het bieden van een geschikte vorm van herstel. Welke vorm van herstel geschikt is, zal afhankelijk zijn van de aard en de reikwijdte van het negatieve effect. Met 'herstel' wordt in de OESO-richtlijnen en de OESO due diligence handreiking bedoeld: het bieden van of deelnemen aan legitieme processen voor herstel, maar ook de inhoudelijke maatregelen die, als uitkomst van de processen, de betreffende toestand herstellen.⁷³

Legitieme processen voor herstel kunnen van de overheid uitgaan. De onderneming zal, met het oog op herstel en gerechtigheid, bijvoorbeeld moeten meewerken aan een straf- of civielrechtelijke procedure bij een judiciële instantie. Deelname aan een procedure bij een niet-juridisch klachtenmechanisme dat wel van overheidswege wordt gefaciliteerd, kan ook een passende oplossing vormen. Zo kunnen IMVO-klachten of -geschillen over de naleving van de OESO-richtlijnen worden aangebracht bij het NCP van een onderschrijvende staat.⁷⁴

Een legitieme niet-juridische procedure die niet door de staat wordt beheerd, betreft het gebruik van een klachtenmechanisme op operationeel niveau dat wordt beheerd door de onderneming. Dit mechanisme dient direct toegankelijk te zijn voor stakeholders die negatieve effecten ondervinden van bedrijfsactiviteiten. Een klacht zou via het klachtenmechanisme snel ter kennis van de onderneming moeten kunnen worden gebracht en aan analyse worden onderworpen. Indien blijkt dat er daadwerkelijk sprake is van een negatief effect, kan een uitkomst overeengekomen worden die

⁷¹ OECD 2018, p. 86; zie ook OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 17-20.

⁷² OECD 2018, p. 87.

⁷³ OECD 2018, p. 88; 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; OHCHR 2012, p. 64-65.

⁷⁴ OECD 2018, p. 35, 89.

de oude toestand zoveel mogelijk herstelt.⁷⁵ Een klachtenmechanisme dat deel uit maakt van een multi-stakeholder initiatief kan ook voor passend herstel zorgen.⁷⁶

Een voorbeeld van een klachtenmechanisme op operationeel niveau is het ‘Third Party Complaint Process’ van de Adidas Group. Dit klachtenmechanisme behandelt klachten van medewerkers en derden over vermeende inbreuken op de ‘Adidas Group Workplace Standards’ en vermeende schendingen van internationale mensenrechtennormen door bijvoorbeeld toeleveranciers, medewerkers of andere entiteiten verbonden aan de Adidas Group. Onderdeel van het mechanisme zijn de ‘worker hotlines’. Dit zijn telefoonnummers die fabrieksmedewerkers kunnen gebruiken om (anoniem) zorgen en misstanden over arbeidsomstandigheden te rapporteren via tekstberichten die door de ‘Social & Environmental Affairs’-afdeling, of een onafhankelijke derde partij, worden ontvangen.⁷⁷

Een voorbeeld van een klachtenmechanisme via een multi-stakeholder initiatief, is het ‘Child Labor Monitoring & Remediation System’ van het International Cocoa Initiative (ICI). Contactpersonen van het initiatief kunnen bij cacao productie op lokaal niveau concrete problemen signaleren die betrekking hebben op kinderarbeid. Vervolgens worden specifieke gevallen gerapporteerd bij het ICI, dat een plan voor herstel maakt. De herstelmaatregelen worden daarna uitgevoerd ten behoeve van de betrokken kinderen en/of hun ouders en de effectiviteit van de maatregelen wordt vervolgens gemonitord.⁷⁸

Volgens de OESO-richtlijnen is een klachtenmechanisme legitiem wanneer het voldoet aan de volgende kerncriteria: toegankelijkheid, voorspelbaarheid, billijkheid, compatibiliteit met de OESO-richtlijnen, transparantie, oplossingsgerichtheid en gebaseerd op dialoog.⁷⁹

Als een onderneming erkent dat zij een negatief gevolg heeft veroorzaakt, of daaraan heeft bijgedragen, dan kan zij in een passende herstelmaatregel voorzien. De onderneming en de getroffen stakeholders komen overeen in welke vorm het herstel plaatsvindt. De onderneming zou bijvoorbeeld de geraakte stakeholders financieel of op andere wijze kunnen compenseren. Schadelijke activiteiten kunnen gestaakt worden en soms volstaat reeds het aanbieden van verontschuldiging.⁸⁰

Het bieden van herstel maakt, strikt genomen, geen deel uit van de due diligence cycle. Herstel komt eerst aan de orde wanneer een onderneming, juist naar aanleiding van identificatie en analyse bij de uitvoering van doorlopend due diligenceonderzoek, tot de conclusie is gekomen dat ze

⁷⁵ OHCHR 2012, p. 68-69; zie ook OECD 2011, par. 46, p. 34; OECD 2018, p. 89; UNHRC 2011, principle 31, p. 26.

⁷⁶ OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 99-100.

⁷⁷ Adidas Group, ‘Third Party Complaint Process for Breaches to adidas Group Workplace Standards or Violations of International Human Rights Norms’, *Adidas Group* 2014; zie ook Adidas Group, *Adidas Sustainability Progress Report*, Herzogenaurach: Adidas Group 2016, p. 41.

⁷⁸ International Cocoa Initiative, ‘Supply Chain: Child Labor Monitoring & Remediation System’, *co-cointiative.org*.

⁷⁹ OECD 2011, par. 46, p.34; zie ook UNHRC 2011, p. 26-27; OHCHR 2012, p. 73-75.

⁸⁰ OHCHR 2012, p. 64; zie ook UNHRC 2011, p. 22.

een negatief gevolg heeft veroorzaakt, of daaraan heeft bijgedragen (geen herstelplicht in het geval van directe verbondenheid).⁸¹ Via een klachtenmechanisme op operationeel niveau worden echter ook nieuwe potentiële en daadwerkelijke negatieve effecten ter kennis van de onderneming gebracht. Deze kunnen vervolgens onderworpen worden aan verdere identificatie en analyse in het due diligenceproces. Aldus brengt een klachtenmechanisme op operationeel niveau nieuwe informatie in het due diligenceproces van de onderneming, maar fungeert het ook als een procedure die door de onderneming en haar stakeholders kan worden aangewend om herstel te bereiken.⁸²

2.6 Conclusie

Due diligence wordt in het bedrijfsleven verstaan als een onderzoeksproces dat door een onderneming kan worden toegepast om mogelijke bedrijfsrisico's te analyseren bij het doen van activiteiten als investeringen, fusies en overnames. In de context van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen gaat due diligence om het in kaart brengen en beoordelen van risico's die bedrijfsactiviteiten met zich mee kunnen brengen voor de maatschappij en de omgeving waarin de onderneming opereert.

Met de komst van het VN 'Protect, Respect and Remedy'-raamwerk en de bijbehorende UN Guiding Principles is due diligence, waarbij de negatieve maatschappelijke impact centraal staat in plaats van het eigen bedrijfsrisico, geïntroduceerd op het gebied van mensenrechten. In de herziene OESO-richtlijnen van 2011 is het concept van mensenrechten due diligence overgenomen van de UN Guiding Principles. Daarnaast is toepassing van mensenrechten due diligence door de OESO-richtlijnen uitgebreid naar andere IMVO-thema's.

Due diligence volgens de OESO-richtlijnen wordt aanbevolen in de vorm van een doorlopend onderzoeksproces waarin verschillende stappen kunnen worden onderscheiden. Een internationaal opererende onderneming dient een IMVO-beleid op te stellen en te integreren in al haar beleids- en managementsystemen. Op basis van het IMVO-beleid kan doorlopend due diligence-onderzoek worden uitgevoerd, dat in de eerste plaats bestaat uit het identificeren en het analyseren van risico's omtrent IMVO-thema's. Na identificatie en analyse van de risico's en bepaling van de mate van betrokkenheid daarbij, kan de onderneming gepaste maatregelen nemen ter voorkoming of beperking van verwerking van de risico's. Voor verbetering van het due diligenceproces en de te nemen maatregelen zal de onderneming de effectiviteit van het due diligencebeleid moeten monitoren en daarnaast de voortgang communiceren met haar stakeholders. Wanneer de onderneming negatieve gevolgen heeft veroorzaakt of daaraan heeft bijgedragen, dient zij te voorzien in passend herstel. Dit kan bereikt worden via legitieme processen, waaronder juridische processen of niet-juridische klachtenmechanismen.

⁸¹ OECD 2018, Q46, p. 88.

⁸² UNHRC 2011, p. 25; zie ook OECD 2018, Q46, p. 88.

3. AFDWINGBARE IMVO-INSTRUMENTEN: ALGEMENE KEUZES

3.1 Inleiding

Bij het invoeren van verplichte IMVO-maatregelen staat de wetgever voor een groot aantal keuzes. In dit hoofdstuk komen voor- en nadelen van een aantal van deze keuzes aan de orde.

In par. 3.2 gaat het om de keuze op welke wijze de IMVO-maatregelen worden gehandhaafd: via het strafrecht, het bestuursrecht, het privaatrecht of een combinatie van deze. Op deze analyse zal in de hoofdstukken 4-6 worden voortgebouwd.

Par. 3.3 behandelt vraag of de IMVO-maatregelen van toepassing moeten zijn op alle ondernemingen, dan wel alleen op ondernemingen in bepaalde sectoren (kleding, banken) of van bepaalde thema's (zoals kinderarbeid en moderne slavernij)? Deze paragraaf brengt de voor- en nadelen van deze opties in kaart.

In par. 3.4 staat de vraag centraal of de IMVO-maatregelen van toepassing moeten zijn op alle ondernemingen of alleen ondernemingen met een bepaalde minimum omvang. Deze paragraaf brengt de voor- en nadelen van deze opties in kaart.

En ten slotte gaat het in par. 3.5 het om de vraag of de IMVO-maatregelen alleen betrekking moeten hebben op in Nederland gevestigde ondernemingen of op alle ondernemingen die op de Nederlandse markt actief zijn. Deze paragraaf brengt de voor- en nadelen van deze opties in kaart.

3.2 Privaatrechtelijke, bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving

In beginsel bestaan voor handhaving van wettelijke IMVO-maatregelen drie opties: privaatrechtelijk, bestuursrechtelijk en strafrechtelijk. In de praktijk zal sprake zijn van een combinatie van handhavingsinstrumenten die naast elkaar kunnen worden ingezet. Wel zal in de meeste gevallen een van de instrumenten dominant zijn en de andere instrumenten ondersteunend.

3.2.1 Privaatrechtelijke handhaving

Inleiding

De optie van privaatrechtelijke handhaving is automatisch gegeven bij de invoering van een wettelijke regeling. Zij hoeft dus niet expliciet te worden geregeld. Indien een onderneming zich niet aan een afdwingbare IMVO-maatregel houdt, kunnen individuen en belangenorganisaties aan de rechter schadevergoeding vragen, dan wel een bevel of verbod. De basis hiervoor is de in het Burgerlijk Wetboek geregelde onrechtmatige daad (art. 6:162 e.v.).

Een vordering tot schadevergoeding is denkbaar als een of meer individuen schade hebben geleden als gevolg van het schenden van een afdwingbare IMVO-maatregel, bijvoorbeeld het niet effectief opsporen of niet adequaat voorkomen van negatieve gevolgen voor rechthebbenden. Als

de schending van de IMVO-maatregel de oorzaak was van de schade van het individu (causaal verband), moet de onderneming deze schade vergoeden.

Naast of in plaats van schadevergoeding kan een benadeelde of een belangenorganisatie aan de rechter ook een bevel of verbod vragen als een onderneming onrechtmatig handelt of dreigt te handelen. Indien bijvoorbeeld een onderneming niet voldoet aan een verplichting om een due diligence plan op te stellen en zij voldoet niet aan deze verplichting, kan de rechter haar bevelen aan de wettelijke verplichting te voldoen door een due diligence plan op te stellen, al dan niet onder verbeurte van een dwangsom.

Privaatrechtelijke handhaving en het verkrijgen van schadevergoeding kan niet alleen via de overheidsrechter maar ook door middel van private geschilbeslechting (zoals *non-judicial* mechanismen (NCPs of (lokale) *dialogue based* mechanismen) en arbitrage of andersoortige bindende mechanismen zoals in het IMVO Textiel-convenant).

Voorwaarden voor effectieve privaatrechtelijke handhaving

Procederen door individuen en belangenorganisaties kost geld en zij zullen daarom slechts sporadisch en incidenteel van deze mogelijkheid gebruikmaken. Om privaatrechtelijke handhaving te stimuleren zal financiële ondersteuning door de overheid nodig zijn van benadeelde stakeholders en rechthebbenden, al dan niet samen met belangenorganisaties. Ook kunnen andersoortige aanpassingen in het (proces)recht worden overwogen, bijvoorbeeld het toestaan van *no cure no pay* vertegenwoordiging van slachtoffers, met name indien sprake is van bindende geschilbeslechting.

Voordelen van privaatrechtelijke handhaving

Naast het bevel of verbod is het belangrijkste doel van privaatrechtelijke handhaving het verkrijgen van een remedie (schadevergoeding) voor de benadeelde stakeholders en rechthebbenden. Anders dan bij de herstelsanctie in het bestuursrecht, staan hier niet de onderneming en de toezichthouder tegenover elkaar maar de onderneming en de benadeelden. Benadeelden kunnen van deze weg ook gebruikmaken als de toezichthouder zich de zaak niet aantrekt of niet overgaat tot het opleggen van een herstelsanctie. Bovendien gaat het bij privaatrechtelijke handhaving om volledige schadevergoeding voor de benadeelde, terwijl dat bij een bestuursrechtelijke herstelsanctie (in beginsel een herstel in de vorige of althans de rechtmatige toestand) niet het geval is.

Anders dan geschilbeslechting door de overheidsregel kan private geschillenbeslechting (zie hierboven) flexibeler zijn en meer toegespitst op lokale problemen/cultuur. Dit is het geval, omdat een private geschillenbeslechting ook kan plaatsvinden waar de nadelige gevolgen zich hebben afgespeeld. Bovendien is private geschillenbeslechting minder formeel en kan zij beter op maat worden gesneden naar de context van het geschil.

Ook kan privaatrechtelijke handhaving buiten Nederland effectiever zijn. Zo hebben verschillende certificeringsinitiatieven merkrechten die volgens de (licentie)voorwaarden alleen mogen worden gebruikt als aan de certificeringsvoorwaarden wordt voldaan. Dergelijke merkrechten kunnen internationaal (door middel van het Trips- en andere verdragen) worden gehandhaafd. In de praktijk wordt deze vorm van handhaving, mede door de daaraan verbonden kosten, echter maar beperkt gebruikt.

Nadelen van privaatrechtelijke handhaving

Gezien de hieraan verbonden kosten vindt privaatrechtelijke handhaving sporadisch en incidenteel plaats. Omdat het initiatief voor privaatrechtelijke handhaving bij individuen en belangenorganisaties ligt, is er geen sprake van structurele en/of planmatige handhaving. Bovendien kan het geruime tijd duren voordat duidelijk is wat precies van ondernemingen wordt verwacht, omdat de civiele rechter doorgaans alleen antwoord zal geven op vragen over wat rechtens geldt in specifieke situaties en geen algemene richtlijnen geeft. Voor veel vormen van private geschilbeslechting geldt bovendien dat zij vertrouwelijk zijn en daarom niet of zeer weinig aan de rechtsontwikkeling bijdragen.

Belangenorganisaties zullen zich in beginsel richten op zaken die maatschappelijk in de belangstelling staan. Dit betekent dat ondernemingen die verder weg van de media opereren niet snel het onderwerp van privaatrechtelijke handhaving zullen worden, terwijl dat vanuit een oogpunt van handhaving wel wenselijk zou kunnen zijn.

Privaatrechtelijke procedures kunnen lang tot zeer lang duren en zijn kostbaar. Vier tot zes jaar is geen uitzondering. Dergelijke procedures hebben een duidelijke impact op de reputatie van ondernemingen, ook als vordering(en) uiteindelijk worden afgewezen.

Ten slotte lijkt de gedrag beïnvloedende werking voor ondernemingen beperkt. In de praktijk is ten tijde van een procedure bij een onderneming sprake van een versterkte defensieve houding waarin de focus ligt op allerhande juridische verweren in plaats van een aanleiding om het probleem in samenwerking met stakeholders op te lossen of processen voor de toekomst te verbeteren.

3.2.2 Bestuursrechtelijke handhaving

Inleiding

Bestuursrechtelijke handhaving vindt plaats door een al dan niet zelfstandig bestuursorgaan, hier veelal toezichthouder genoemd. Deze toezichthouder is belast met het toezicht op de naleving van een wettelijke regeling (hier: afdwingbare IMVO-maatregelen). Voor de handhaving van deze naleving kan een toezichthouder in beginsel beschikken over een aantal sancties als ondernemingen zich niet aan hun wettelijke verplichtingen houden, in het bijzonder de last onder dwangsom, de bestuursdwang en de bestuurlijke boete.

Bij last onder dwangsom en bestuursdwang gaat het om herstelsancties. Deze strekken ertoe tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of het beperken van de gevolgen van een overtreding. Bij de bestuurlijke boete gaat het om een bestraffende sanctie die punitief van aard is.

Voorwaarden voor effectieve bestuursrechtelijke handhaving

De wettelijke regeling dient voldoende specifiek en concreet te zijn om te kunnen worden gehandhaafd door middel van lasten onder dwangsom, bestuursdwang en bestuurlijke boetes. Voor

zover sprake is van open normen, dienen zij door de toezichthouder kunnen worden vertaald in voldoende specifieke en concrete verplichtingen.

Het verdient aanbeveling om specifieke regels te combineren met open normen: op specifieke regels kan eenvoudiger worden gehandhaafd. De toezichthouder kan de invulling van open normen ook op andere wijzen bevorderen, bijvoorbeeld door middel van interne ranking/benchmarking door de toezichthouder, nudging, *best practices* en (het organiseren of aandringen op (interne)) trainingen. Zie hierover uitvoeriger Hoofdstuk 6 inzake dynamisch toezicht.

Voor de effectiviteit van de bestuursrechtelijke handhaving is voorts van belang dat de toezichthouder over een effectief sanctie-instrumentarium beschikt. Daarbij kan in eerste instantie aansluiting worden gezocht bij het boetestelsel dat gekozen is in artikel 7 van de Wet zorgplicht kinderarbeid. Dat biedt de mogelijkheid om een boete op te leggen tot ten hoogste het bedrag van de geldboete van de zesde categorie van artikel 23 lid 4 van het Wetboek van Strafrecht (thans €870.000).

Ten slotte dient de toezichthouder goed geoutilleerd te zijn en over voldoende financiële middelen en inhoudelijke expertise te beschikken. Ter bevordering daarvan is één toezichthouder op het gebied van OESO- due diligence wellicht beter dan het onderbrengen van dit toezicht (afhankelijk van de sector of het thema) bij verschillende toezichthouders voor wie dit een klein onderdeel zal zijn van hun takenpakket.

Voordelen van bestuursrechtelijke handhaving

Bestuursrechtelijke handhaving is een flexibelere en snellere manier om specifieke normen te handhaven en open normen in te vullen en te concretiseren dan privaatrechtelijke handhaving. Een toezichthouder kan door het formuleren van beleid ook flexibel omgaan met specifieke risico's, sectoren of thema's en ook op andere wijzen ondernemingen stimuleren om (effectieve) maatregelen te nemen, zelfs als die niet zonder meer wettelijk verplicht zijn. Daarop wordt in het Hoofdstuk 6 over dynamisch toezicht verder ingegaan.

Een bestuursrechtelijke toezichthouder kan in het beleid ook eisen stellen aan wijze waarop ondernemingen rapporteren over aanpak en vorderingen. Dit vergroot de vergelijkbaarheid van rapportages en prestaties.

Bestuursrechtelijke handhaving kan betrekking hebben op een breed spectrum aan IMVO-maatregelen waarmee zoveel mogelijk activiteiten en ondernemingen en daarmee zoveel mogelijk risico's kunnen worden gereguleerd.

Een bestuursrechtelijke toezichthouder kan, door te monitoren, controleren of van een bedrijf geëiste aanpassingen/verbeteringen daadwerkelijk worden geïmplementeerd en sturen op een continu proces van verbetering.

Derde-belanghebbenden kunnen in een bestuursrechtelijke procedure (waarin procesvertegenwoordiging niet verplicht is) om handhaving vragen. Afhankelijk van de vraag of ook op dit terrein een 'beginselplicht tot handhaving' zal worden aangenomen zal dat meer of minder effectief

zijn. De rechter beslist uiteindelijk of handhaving had kunnen en moeten plaatsvinden, hetgeen ook van belang is voor de concrete invulling van de (open) normen.⁸³

Nadelen van bestuursrechtelijke handhaving

Bestuursrechtelijke handhaving biedt geen remedie voor slachtoffers van mensenrechtenschendingen, tenzij ook de zesde stap in de due diligence cycle wordt gecodificeerd (zie par. 5.5.4). Maar ook als dit zou gebeuren, lijkt bestuursrechtelijke handhaving lastig, tenzij dit gebeurt in het kader van het toezicht op het implementeren van *best practices* op dit terrein. In het algemeen dient toezicht er namelijk niet toe om in individuele gevallen ondernemingen te verplichten slachtoffers te compenseren. Alleen in meer structurele gevallen waarin dat systematisch wordt geweigerd, lijkt een toezichthouder te kunnen ingrijpen.⁸⁴

De kosten van het toezicht worden (mogelijk) (deels) afgewenteld op onder toezicht gestelden,

Handhaven buiten Nederland is lastig. Bovendien is de herkomst van producten/halffabricaten/grondstoffen niet altijd eenvoudig vast te stellen.⁸⁵ Dit bemoeilijkt de vaststelling of een bedrijf is gelieerd aan mensenrechtenschendingen die in een bepaald gebied zijn geconstateerd (bijvoorbeeld door derde partijen zoals NGO's). In een aantal gevallen vindt toezicht ook in combinatie met private toezichthouders (certificering/audits) plaats. Combinatie van dergelijk toezicht (bijvoorbeeld het uitwisselen van informatie en de reactie op geconstateerde overtredingen) is lastig en vereist, indien al mogelijk, in een aantal gevallen een wettelijke grondslag (bijvoorbeeld voor informatie-uitwisseling). Verder is het voor de publieke toezichthouder niet gemakkelijk de effectiviteit van private handhaving door middel van certificering/audits vast te stellen.

Omdat handhavingsbesluiten die door de bestuursrechter worden vernietigd (c.q. door de toezichthouder op rechtmatigheidsgronden worden ingetrokken) onrechtmatig zijn en nopen tot het vergoeden van schade van degene tot wie dit besluit is gericht, kan dit terughoudendheid van de toezichthouder in de hand werken om (snel) meer controversiële gevallen aan te pakken. Juist die meer controversiële gevallen zijn echter relevant voor de verdere invulling van de (open) normen (door de rechter). Het kan daarom langer duren voordat duidelijkheid bestaat over de inhoud van de verplichtingen van ondernemingen, hetgeen ook impact heeft op de rechtszekerheid.

3.2.3 Strafrechtelijke handhaving

Bij strafrechtelijke handhaving kan het gaan om handhaving door middel van bestaande strafrechtelijke bepalingen, dan wel om handhaving door middel van specifiek voor deze regeling in te voeren strafrechtelijke bepalingen.

⁸³ Zie voor een voorbeeld voor de due diligence in de Europese houtverordening (Verordening EU 995/2010) ABRvS 20 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1615; Rb Noord-Nederland 24 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:4474.

⁸⁴ Zie ABRvS 3 oktober 2018, AB 2018/440 m.nt. Kortmann.

⁸⁵ Mogelijk kunnen nieuwe IT-oplossingen daarin verbetering brengen.

Bestaande algemene strafrechtelijke normen

Het strafrecht biedt verschillende mogelijkheden om de naleving van IMVO-normen te bevorderen.⁸⁶ Hierbij valt allereerst te denken aan commune strafbepalingen inzake anti-corruptie, bodemverontreiniging en witwassen.

Voorts kent het materieel strafrecht een variëteit aan bijzondere strafbepalingen die gedragingen omvatten die kunnen worden aangemerkt als schendingen van IMVO-normen. Hierbij valt onder meer te denken aan sectorale wetgeving, zoals artikel 10.2 Wet milieubeheer, dat, via artikel 1a Wet op de economische delicten, het zich wederrechtelijk ontdoen van afvalstoffen strafbaar stelt.

Dit betekent dat bescherming van IMVO-normen via het strafrecht mogelijk is. Het strafrecht kan hierbij ook toepassing vinden op een Nederlandse moedermaatschappij van een concern, als zij leiding heeft gegeven aan het begaan van strafbare feiten.

Ten slotte zijn er strafbepalingen waarbij de Nederlandse rechter extraterritoriale rechtsmacht heeft, zoals de internationale misdrijven van de Wet Internationale Misdrijven, die daardoor ook betrokkenheid bij buitenlandse schendingen van IMVO-normen binnen de werkingssfeer van de Nederlandse strafwet kan brengen. Het gaat hierbij specifiek om genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, oorlogsmisdrijven, foltering en gedwongen verdwijning van personen.⁸⁷

Verdere strafrechtelijke opties

In een wettelijke regeling kan gekozen worden voor een (aanvullende) strafrechtelijke bepaling. Dit kan bijvoorbeeld door de herhaaldelijke niet-nakoming van bestuursrechtelijke verplichtingen tot economisch delict maken. Dit is bijvoorbeeld gebeurd in de Wet zorgplicht kinderarbeid.

Voorwaarden

Voor het strafrechtelijk handhaven van schendingen van IMVO-normen is essentieel dat hiervoor binnen het Openbaar Ministerie niet alleen voldoende budget en capaciteit beschikbaar is, maar ook dat voldoende prioriteit wordt gegeven aan de vervolging van dergelijke delicten.

Voordelen

Het voordeel van strafrechtelijke handhaving is dat hiervan het krachtigste signaal uitgaat dat ernstige mensenrechtenschendingen niet worden getolereerd.

Bij economische delicten is het voordeel dat zij een effectief sanctiemiddel zijn voor onwillige ondernemingen en/of hun leidinggevenden.

Internationale strafrechtelijke samenwerking en handhaving is beter is geïnstitutionaliseerd, bijvoorbeeld in de vorm van rechtshulpverzoeken. Zij kan daarom effectiever zijn dan bestuursrechtelijke handhaving waarin Nederlandse toezichthouders internationaal minder slagkracht hebben.

⁸⁶ Zie in detail L. Enneking e.a., *Zorgplichten van Nederlandse Ondernemingen inzake Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen. Een rechtsvergelijkend en empirisch onderzoek naar de stand van het Nederlandse recht in het licht van de UN Guiding Principles* (rapport in opdracht van het WODC), Utrecht: UCall/Universiteit Utrecht 2015, p.130-200.

⁸⁷ Deze Wet Internationale Misdrijven implementeert de strafbepalingen van het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof in het Nederlandse recht.

Nadelen

Strafrechtelijke handhaving is geschikt voor hetzij (zeer) ernstige gevallen van mensenrechtenschendingen, hetzij voor herhaaldelijke maar minder ernstige gevallen van mensenrechtenschendingen.

In beginsel biedt strafrechtelijke handhaving geen remedie in de vorm van schadevergoeding voor benadeelden van mensenrechtenschendingen. Wel kan een slachtoffer zich als benadeelde partij in het strafproces voegen maar de aansprakelijkheid en schadevergoeding worden daarbij vastgesteld op basis van de algemene regels van de onrechtmatige daad. Wel kan een strafrechtelijke veroordeling bijdragen aan andere vormen van genoegdoening.

Internationale samenwerking in strafzaken is lastig in landen waarin rechtsstatelijke beginselen minder goed zijn verankerd, de regering (in bepaalde gebieden) geen effectieve controle heeft of zelf betrokken is bij mensenrechtenschendingen door ondernemingen, dan wel die mensenrechtenschendingen niet wil aanpakken, bijvoorbeeld vanwege corruptie of omdat het om staatsbedrijven gaat.

(Streng) strafrechtelijke sancties kunnen leiden tot defensief gedrag dat niet is gericht op het oplossen van de mensenrechtenschending (in samenwerking met stakeholders) maar enkel op interne (legal) compliance en verweer tegen de aanklacht.

3.3 *Sectorgewijze en thematische regulering versus algemene regulering*

In deze paragraaf gaat het om vraag of de IMVO-maatregelen van toepassing moeten zijn op alle ondernemingen, dan wel alleen op ondernemingen in bepaalde sectoren (kleding, banken) of van bepaalde thema's (zoals kinderarbeid en moderne slavernij)?

Deze paragraaf brengt de algemene voor- en nadelen van deze opties in kaart. Hierbij blijven, ten behoeve van het overzicht, andere aspecten (zoals de wijze van handhaving) buiten beschouwing. Zij zijn in beginsel relevant voor alle opties van afdwingbare wetgeving die in Hoofdstuk 4 en 6 worden uitgewerkt.

3.3.1 *Regulering per sector (kleding, banken) of thema (kinderarbeid, moderne slavernij)*

Voordelen

Een voordeel van wetgeving per sector of per thema is dat zij meer mogelijkheden geeft voor specifieke regels die toegespitst zijn op de kenmerken of omstandigheden van de sector of het thema. Ook zijn de effecten van regulering wellicht iets beter in te schatten. Bij algemene wetgeving die alle ondernemingssectoren omvat, is dit veelal lastiger.

Omdat bij sectorgewijze of thematische wetgeving de regels specifiekere kunnen zijn, is effectieve handhaving wellicht iets beter mogelijk, al blijft inhoudelijke regulering ook sectoraal en thematisch lastig.

Daar staat tegenover dat het lastiger zal zijn om voldoende expertise op te bouwen als handhaving bij verschillende toezichthouders wordt ondergebracht.

Nadelen

Regulering per thema betreft slechts een deel van de problemen die door de OESO-richtlijnen worden bestreken (bij een sectorale aanpak worden de OESO-richtlijnen wel breder gevolgd maar niet industrie-breed gereguleerd).

Regulering per sector of per thema kan suggereren dat andere sectoren of thema's minder belangrijk zijn. Bijvoorbeeld het wel reguleren van de kledingsector maar niet die van de olie- en gaswinning. Of bijvoorbeeld het afzonderlijk reguleren van kinderarbeid terwijl in de praktijk kinderarbeid niet valt op te lossen zonder ook een veel bredere benadering te kiezen die bijvoorbeeld ook inzet op leefbaar loon voor de ouders.

Een regulering per thema of per sector kan direct of op termijn de vraag doen rijzen waarom niet ook andere sectoren of thema's worden gereguleerd. Dit kan vervolgens weer vragen oproepen naar consistentie van regelgeving en leiden tot meervoudige implementatiekosten voor ondernemingen.

Afgrenzingsvragen kunnen problematisch zijn voor ondernemingen voor wie meerdere sectoren of thema's relevant zijn en kunnen ook het publieke toezicht bemoeilijken, omdat bevoegdheidsvragen kunnen rijzen ten aanzien van de bevoegde toezichthouders. Voorts bestaat het risico op incoherente beoordelingen door toezichthouders die ook uiteenlopende eisen zouden kunnen gaan stellen.

3.3.2 *Algemene regulering*

De voor- en nadelen van het algemeen reguleren van afdwingbare IMVO-verplichtingen vormen vanzelfsprekend voor een belangrijk deel het spiegelbeeld van de voor- en nadelen van een sectorgewijze of een thematische benadering.

Voordelen

Een algemene regeling kan het gehele terrein reguleren dat door de OESO due diligence wordt bestreken. Het geeft ook een krachtig signaal af dat alle sectoren belangrijk zijn.

Voor wat betreft het toezicht geldt dat een publieke toezichthouder expertise uit verschillende sectoren/thema's kan bundelen. Bovendien bestaat niet het risico dat voor ondernemingen afgrenzingsvragen ontstaan als zij in meerdere sectoren of thema's actief zijn. Een algemene vorm van regulering draagt daarom wellicht het meeste bij aan een gelijk speelveld tussen ondernemingen.

Nadelen

Een nadeel van het algemeen reguleren van afdwingbare IMVO-maatregelen kan zijn dat het wellicht iets minder goed mogelijk is om de regels voldoende specifiek te formuleren. In de

praktijk zal dit nadeel echter niet groot zijn in vergelijking met thematische of sectorgewijze regulering, omdat ook daar de variaties in feitelijke omstandigheden groot kunnen zijn en normen ook daar veelal open en algemeen dienen te worden geformuleerd.

Dit (lichte) nadeel zou ook kunnen doorwerken in de handhaving die dan (iets) minder kan worden gefaciliteerd door middel van specifieke normen. Dit kan ook meebrengen dat de effecten van de regulering wellicht iets minder goed zijn in te schatten.

Voor de in Hoofdstuk 4 besproken wetgevingsopties en voor het verplicht stellen van de zes stappen in de OESO due diligence cycle (Hoofdstuk 5) maakt het in beginsel geen verschil of gekozen wordt voor een algemene, dan wel een sectorgewijze of een thematische vorm van regulering.

3.4 Toepassing alleen op grotere ondernemingen of op alle ondernemingen?

Bij het wettelijk afdwingbaar maken van IMVO-maatregelen staat de wetgever voor de keuze om een regeling van toepassing te verklaren op alle ondernemingen of alleen op ondernemingen met een bepaalde minimumomvang. In het onderstaande worden de voor- en nadelen getoetst van een regeling die alleen van toepassing is op grote(re) ondernemingen. De voor- en nadelen van een regeling die op alle ondernemingen van toepassing is, is hiervan het spiegelbeeld.

Voordelen

Een wettelijke regeling van afdwingbare IMVO-maatregelen die alleen van toepassing is op grotere ondernemingen sluit aan bij de reeds bestaande regelgeving. Zij sluit in het bijzonder aan bij de implementatie van de EU-richtlijn inzake niet-financiële verslaglegging⁸⁸ in art. 2:391 e.v. BW. Deze bepaling verplicht grotere ondernemingen om niet-financiële informatie in het bestuursverslag op te nemen. Art. 2:396 lid 1 BW bepaalt dat deze verplichting niet geldt voor rechtspersonen die voldoen aan twee van de drie volgende vereisten: een balanstotaal van minder dan €6 miljoen, een jaaromzet van minder van €12 miljoen, of minder dan 50 werknemers.

Een wettelijke regeling die beperkt is tot grotere ondernemingen, is van toepassing op normadressaten tot ondernemingen die de financiële middelen hebben om due diligence verplichtingen na te komen.

Nadelen

Beperking van het toepassingsgebied van een wettelijke regeling tot grotere ondernemingen sluit een aanzienlijk deel van de ondernemingen die betrokken kunnen zijn bij mensenrechtenschendingen uit. Kleinere ondernemingen kunnen immers door middel van een internationale keten meer of minder direct betrokken zijn negatieve impacts.

De kosten van een algemene wettelijke regeling voor kleinere bedrijven kunnen relatief hoog zijn. Dit zou (deels) kunnen worden opgelost door hun verplichtingen in omvang te beperken, zoals ook in de UNGP's en de OESO-richtlijnen wordt aangegeven. Dit betekent in het bijzonder dat

⁸⁸ Richtlijn 2013/34/EU.

voor kleinere ondernemingen moet worden gezien hoe de omvang van hun verplichtingen in lijn kan worden gebracht met hun plaats in de keten en hun invloed daarop.

Een dergelijke nuancering kan steeds worden overwogen bij de in Hoofdstuk 4 besproken wetgevingsopties en bij het verplicht stellen van de zes stappen in de OESO due diligence cycle (Hoofdstuk 5).

Met betrekking tot Stap 5 van de OESO due diligence cycle (Rapporteren over due diligence) geldt nog het volgende. Nederland kent reeds een rapportageplicht voor grotere ondernemingen op grond van de Europese Richtlijn Niet-Financiële verslaglegging. De op grond hiervan te verstrekken informatie ziet onder meer op onderwerpen die in verband met OESO due diligence van belang zijn (zoals mensenrechten en milieu) maar omvat niet verslaglegging over de OESO due diligence als zodanig. Dit betekent dat art. 2:391 BW en het daarop gebaseerde besluit nog geen rapportageverplichting bevatten ten aanzien van OESO due diligence.⁸⁹ Indien een additionele rapportageverplichting ook voor OESO due diligence zou worden ingevoerd, dient deze in overeenstemming te zijn met de Europese richtlijn en het daarop gebaseerde art. 2:391 BW. Zie over de nadelen van een rapportageverplichting en meer in het algemeen van transparantieverplichtingen, alsmede een mogelijke uitbreiding van deze verplichting tot kleinere bedrijven, par. 4.2.1.

3.5 Toepassing op Nederlandse ondernemingen of op ondernemingen op Nederlandse markt?

3.5.1 Toepassing alleen op in Nederland gevestigde ondernemingen

Voordelen

Een wettelijke regeling die alleen van toepassing is op in Nederland⁹⁰ gevestigde ondernemingen, sluit aan bij de benadering in de Franse wetgeving en in de voorbereiding van regelgeving in Zwitserland en de Europese Unie.⁹¹

Nadelen

Een wettelijke benadering die alleen van toepassing is op in Nederland gevestigde ondernemingen leidt niet tot een gelijk speelveld. Dit geldt des te sterker naarmate het marktaandeel van niet in Nederland gevestigde bedrijven in bepaalde sectoren groter is.

Dit probleem is groter bij algemene regulering dan bij een sectorgewijze of thematische regulering. De nadelen zouden kunnen worden beperkt met wetgeving die alleen van toepassing is in sectoren met een laag marktaandeel van buitenlandse ondernemingen. Bij een dergelijke keuze gelden echter weer de nadelen die hierboven ten aanzien van een sectorale benadering werden genoemd (par. 3.3.1).

⁸⁹ Hetzelfde geldt voor de verplichting in de Corporate Governance Code om in het bestuursverslag een toelichting te geven op lange termijn waardecreatie; ook deze verplichting ziet niet op de verslaglegging inzake due diligence als zodanig (zie hierover par. 4.2.1).

⁹⁰ Nederland staat hier voor het in Europa gelegen land van het Koninkrijk Nederland.

⁹¹ Zie bijlage 1.

3.5.2 Toepassing op alle ondernemingen die op Nederlandse markt producten of diensten aanbieden

Voordelen

Het voordeel van een wettelijke regeling die van toepassing is op alle ondernemingen die op de Nederlandse markt producten of diensten aanbieden (markt-breed toepassingsgebied) leidt in grotere mate tot een gelijk speelveld. Dit zal des te sterker gelden in sectoren met een hoog marktaandeel van buitenlandse ondernemingen.

Nadelen

Bij een markt-breed toepassingsgebied van een wettelijke regeling, is het de vraag of en zo ja, in hoeverre, dit verenigbaar is met WTO-regelgeving, in het bijzonder of dit leidt tot *non-tariff trade barriers*. Deze vraag is niet in dit onderzoek betrokken en zal daarom alsnog moeten worden onderzocht als de optie van een markt-breed toepassingsgebied wordt overwogen.

In hoofdstuk 4 zal voor de wetgevingsopties worden aangegeven of er een spanningsveld met WTO-regelgeving aanwezig is.

Voor de zes stappen in de due diligence cycle (Hoofdstuk 5) maakt het geen verschil of gekozen wordt voor een regeling die alleen van toepassing is op bedrijven die in Nederland zijn gevestigd of op bedrijven die op de Nederlandse markt zaken of diensten aanbieden. Wel is denkbaar dat indien de wetgeving ook buitenlandse bedrijven bereikt, er een grotere prikkel in een markt kan ontstaan om bijvoorbeeld in contracten of in multi-stakeholder samenwerking *best practices* te ontwikkelen om aan de wettelijke norm te voldoen. In die gevallen zal dan eerder sprake kunnen zijn van materiële gedragsverandering bij ondernemingen in één of meerdere van de stappen van de due diligence cycle.

3.6 Conclusie

Ten aanzien van de vraag hoe een wettelijke regeling het beste kan worden gehandhaafd, geldt dat de meeste voordelen kunnen worden bereikt met een vorm van bestuursrechtelijke handhaving door middel van één toezichthouder. Anders dan privaatrechtelijke handhaving vindt bestuursrechtelijke handhaving structureel en systematisch plaats, wat tot meer en snellere duidelijkheid over de normstelling zal leiden en daarmee bijdraagt aan de rechtszekerheid. Open normen kunnen op deze manier sneller worden gespecificeerd dan bij privaatrechtelijke handhaving.

Bestuursrechtelijke handhaving kan betrekking hebben op een breed spectrum aan IMVO-maatregelen waarmee zoveel mogelijk activiteiten en ondernemingen en daarmee zoveel mogelijk risico's kunnen worden gereguleerd. Bovendien kan een bestuursrechtelijke toezichthouder, door te monitoren, controleren of van een bedrijf geëiste aanpassingen/verbeteringen daadwerkelijk worden geïmplementeerd en sturen op een continu proces van verbetering.

Een beperking bij bestuursrechtelijke handhaving is dat zij geen remedie biedt voor slachtoffers van mensenrechtenschendingen. In het algemeen dient toezicht er namelijk niet toe om in individuele gevallen ondernemingen te verplichten slachtoffers te compenseren. Dit betekent dat er een

belangrijke rol blijft weggelegd voor privaatrechtelijke handhaving, waarin ondernemingen op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de schadelijke gevolgen van mensenrechtenschendingen.

Strafrechtelijke handhaving kan, naast privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving, een belangrijke rol spelen voor ernstige misdragingen door ondernemingen. Dit kan zowel op grond van het commune strafrecht (bepalingen inzake anti-corruptie, bodemverontreiniging en witwassen) als bij het herhaaldelijk niet voldoen aan bestuursrechtelijke verplichtingen, door dit tot een economisch delict te maken (par. 3.2).

Een algemene wettelijke regeling heeft in beginsel meer voordelen dan een wettelijke regeling per sector (kleding, banken) of per thema (kinderarbeid, moderne slavernij). Een algemene wettelijke regeling kan de OESO-richtlijnen breder volgen en geeft een signaal af dat alle sectoren en thema's ertoe doen. Een sectorgewijze aanpak miskent dat veel problemen niet tot een sector of thema zijn beperkt en ook veelal niet geïsoleerd kunnen worden aangepakt. Bovendien kunnen zich hierbij afgrenzingsproblemen voordoen en kunnen ondernemingen met verschillende regels, toezichthouders en hogere implementatiekosten te maken krijgen (par. 3.3).

Bij de vraag of een wettelijke regeling alleen op grotere ondernemingen van toepassing moet zijn, of op alle ondernemingen geldt, dat een beperking tot grotere ondernemingen aansluit bij de thans geldende regeling van de rapportageplicht van ondernemingen. Een dergelijke beperking zou echter betekenen dat een belangrijk deel van relevante ondernemingen niet onder de wettelijke regeling vallen, omdat ook kleinere ondernemingen betrokken kunnen zijn bij mensenrechtenschendingen. Als wordt gekozen voor het toepassen van de wettelijke regeling op alle ondernemingen, zal voor kleinere ondernemingen moeten worden bezien hoe de omvang van hun verplichtingen in lijn kan worden gebracht met hun plaats in de keten en hun invloed daarop (par. 3.4)

Ten slotte is het de vraag of een wettelijke regeling alleen van toepassing moet zijn op Nederlandse ondernemingen of op ondernemingen op de Nederlandse markt. Dit laatste leidt tot een beter level playing field, in het bijzonder in sectoren met een hoog marktaandeel van buitenlandse ondernemingen. Bij een dergelijk markt-breed toepassingsgebied is het echter de vraag of en zo ja, in hoeverre, dit verenigbaar is met WTO-regelgeving, in het bijzonder of dit leidt tot *non-tariff trade barriers*. Deze vraag is niet in dit onderzoek betrokken en zal daarom alsnog moeten worden onderzocht als de optie van een markt-breed toepassingsgebied wordt overwogen (par. 3.5).

4. WETGEVINGSOPTIES EN VERWACHTE EFFECTEN OP DUE DILIGENCE CYCLE

4.1 Inleiding

Tot nu toe is er, voor zover ons bekend, nog maar in beperkte mate gekeken naar de impact van wetgeving op het gebied van de OESO-richtlijnen.⁹² Er is, voor zover ons bekend, tot op heden bovendien geen koppeling gemaakt met de specifieke elementen van de OESO due diligence cycle. Hierna hebben wij een eerste verkenning opgenomen waarin de verschillende wetgevingsopties en hun (vermoedelijke) impact op de due diligence cycle in kaart zijn gebracht. Wij beginnen met de beschrijving van de wetgevingsopties en de vraag in hoeverre die passen in of aansluiten bij het bestaande regelgevingskader op nationaal, EU en internationaal niveau. Aan het eind van deze beschouwing vatten wij onze bevindingen dienaangaande samen in een tabel. Die analyse is voor het Nederlandse recht nog niet gemaakt.

Dit hoofdstuk bevat verder een tabel over verschillende opties en hun impact (voor- en nadelen) met betrekking tot de elementen van de OESO due diligence cycle. Deze systematische analyse van wetgevingsopties en hun impact op de due diligence cycle is, voor zover ons bekend, nog niet eerder uitgevoerd. Deze heeft daarmee een exploratief karakter en is gebaseerd op onze ervaring en inzichten en de hiervoor beschreven voor- en nadelen van buitenlandse initiatieven. In deze tabel ontbreekt overigens nog (grotendeels) een antwoord op de vraag voor wie een en ander precies moet gelden en hoe hierop toezicht moet worden gehouden. Die vragen zullen in de hoofdstukken 5 en 6 aan de orde komen. Verder wordt in dit hoofdstuk, met name bij de beschrijving van de opties, ook gerefereerd aan in het buitenland en de EU al ingevoerde of voorgestelde wetgeving. Een kort overzicht daarvan hebben wij opgenomen in een bijlage bij dit rapport.⁹³

4.2 Beschrijving van de opties

4.2.1 Verslaglegging

Verslaglegging met betrekking tot due diligence is de eerste vorm van wetgeving die in verschillende landen en in de Europese Unie (voor grotere ondernemingen) is ingevoerd. Zo kennen Denemarken (op het terrein van maatschappelijk verantwoord ondernemen), het Verenigd Koninkrijk (Modern Slavery), Zweden (overheidsondernemingen), de Verenigde Staten (op het terrein van Conflict Minerals (op federaal niveau), Modern Slavery, Forced Labour en Human Trafficking (in Californië)), Australië (Modern Slavery), Hong Kong (Modern Slavery) en de Europese

⁹² Zie voor een recent voorbeeld van een analyse van de mogelijke economische, sociale, mensenrechten en milieu impact van dergelijke wetgeving L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, onderzoek voor de Europese Commissie, DG Just 2020, p. 290 e.v., te raadplegen via <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>.

⁹³ Zie voor een uitvoeriger beschrijving van veel van deze wetgeving en wetgeving in andere landen L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, DG Just 2020, p. 192-198 en L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain* (onderzoek voor de Europese Commissie), DG Just 2020, Part III, Country Reports, te raadplegen via <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0268dfcf-4c85-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>.

Unie (niet-financiële informatie, die ook ziet op informatie over maatschappelijk verantwoord ondernemen) een dergelijke rapportageverplichting. In de meeste landen geldt deze verplichting echter alleen voor grotere (bijvoorbeeld beursgenoteerde) ondernemingen.

In Nederland is de Europese Richtlijn Niet-Financiële verslaglegging⁹⁴ ingevoerd in art. 2:391 lid 1 BW door middel van de verplichting (voor grote ondernemingen)⁹⁵ om niet-financiële informatie in het bestuursverslag op te nemen.⁹⁶ In dit verband is in art. 2:391 lid 5 BW de mogelijkheid gecreëerd om bij AMvB regels te stellen voor niet-financiële verslaglegging.⁹⁷ Dat is voor de in de Richtlijn bedoelde niet-financiële informatie gebeurd in het Besluit Bekendmaking niet-financiële informatie.⁹⁸ Art. 3 van dit besluit bepaalt welke informatie moet worden verstrekt. Die informatie ziet ook op onderwerpen die in verband met OESO due diligence van belang zijn (zoals mensenrechten en milieu) maar omvat niet verslaglegging over de OESO due diligence als zodanig.⁹⁹ In zoverre bevatten art. 2:391 BW en het daarop gebaseerde besluit dus nog geen rapportageverplichting ten aanzien van OESO due diligence. Voorts is in dit verband de Corporate Governance Code 2016 van belang die in art. 1.1.4 omschrijft dat het bestuur in het bestuursverslag een toelichting geeft op lange termijn waardecreatie en op de strategie ter realisatie daarvan, waarbij zowel van de korte als lange termijn-ontwikkelingen verslag wordt gedaan.¹⁰⁰ Nu de lange termijn waardecreatie ook de (in aanmerking komende) belangen van stakeholders (ook buiten de onderneming) omvat, bepaalt de Corporate Governance Code hier dus eveneens dat over de in de OESO-richtlijnen opgenomen onderwerpen moet worden gerapporteerd, zij het eveneens niet over het doen van OESO due diligence als zodanig.¹⁰¹

In Nederland is deze optie derhalve in zoverre voor grotere ondernemingen geïmplementeerd.¹⁰² Deze verplichting zou kunnen worden uitgebreid naar kleinere ondernemingen of zelfs alle ondernemingen die in Nederland goederen of diensten aanbieden. Uitbreiding naar kleinere ondernemingen¹⁰³ past echter niet goed in het Nederlandse systeem omdat art. 2:396 lid 1 juncto lid 7 BW die ondernemingen nu juist vrijstelt van het opmaken van een bestuursverslag als bedoeld in art. 2:391 BW. Het ligt daarmee minder voor de hand dergelijke kleine ondernemingen wel te laten rapporteren (door middel van een bestuursverslag) over OESO due diligence. Ook transparantie in de waardeketens of belangen in andere (dochter)ondernemingen of joint-ventures is in

⁹⁴ Richtlijn 2013/34/EU.

⁹⁵ Ondernemingen met dan wel meer dan 500 werknemers, een belans totaal van meer dan Euro 20 mln of een omzet van meer dan Euro 40 mln.

⁹⁶ Zie bijvoorbeeld E.D.G. Kiersch, commentaar op art. 2:391 BW, aant 1, in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

⁹⁷ Bijvoorbeeld Kiersch, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 2:391 BW, aant. 6.

⁹⁸ Besluit van 14 maart 2017, Stb. 2017, 100.

⁹⁹ Vergelijk ook Kiersch, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 2:391 BW, aant. 6.

¹⁰⁰ Te raadplegen via <https://www.mccg.nl/download/?id=3364>.

¹⁰¹ Zie voor (de wenselijkheid van) een regeling op Europees niveau L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain* (onderzoek voor de Europese Commissie), DG Just 2020, p. 245-249.

¹⁰² Nederland gaat in dit verband overigens iets verder dan de Europese richtlijn omdat de ondernemingen die een bestuursverslag moeten opstellen (inclusief niet-financiële informatie) minder groot hoeven te zijn dan in de Europese richtlijn is bepaald. Art. 2:396 lid 1 BW bepaalt vanaf welke omvang het opstellen van een bestuursverslag noodzakelijk is.

¹⁰³ Art. 2:396 lid 1 BW bepaalt dat dit geldt voor ondernemingen die voldoen aan 2 van de 3 volgende vereisten: balans totaal van minder dan Euro 6 mln., jaaromzet van minder van Euro 12 mln. of minder dan 50 werknemers.

dit verband denkbaar.¹⁰⁴ Deze laatste informatieverplichtingen kunnen echter op mededingingsrechtelijke bezwaren stuiten en zijn daarom minder gemakkelijk te implementeren.

Een nadeel van verslaglegging is dat rapporteren over geconstateerde schendingen en de maatregelen die te dien aanzien zijn genomen, aanleiding kunnen zijn voor aansprakelijkstelling. Bedrijven kunnen daarmee, door te rapporteren, het voeren van procedures tegen hen aanwakken.¹⁰⁵ In met name de VS is in dat verband in de rechtspraak aanvaard dat bedrijven niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor het niet verschaffen van voldoende informatie over hun producten in verband met het onderwerp van de wettelijke informatieverplichting als zij aan de wettelijke transparantieverplichting voldoen, het zogenaamde ‘safe harbour’ principe.¹⁰⁶ Een dergelijke ‘safe harbour’ kent art. 2:391 BW of het daarop gebaseerde besluit niet, al is niet uitgesloten dat rechters de verplichting om informatie openbaar te maken in hun beoordeling in het kader van handhaving of bij een vordering uit onrechtmatige daad wel meewegen.¹⁰⁷ Het lijkt in ieder geval verstandig de voor bedrijven geldende informatieverplichtingen op elkaar af te stemmen. Indien er dus een additionele rapportageverplichting voor OESO due diligence zou worden ingevoerd, moet deze in overeenstemming zijn met de Europese richtlijn en het daarop gebaseerde art. 2:391 BW en is het verstandig ook expliciet in (de toelichting op) de nieuwe wettelijke regeling aan te geven dat sprake is van een verdergaande verplichting.

Het opleggen van een dergelijke verplichting aan buitenlandse partijen die in Nederland producten of diensten leveren, maar niet in Nederland zijn gevestigd, ligt eveneens minder voor de hand. De hiervoor bedoelde rapportageverplichtingen knopen immers aan bij in Nederland gevestigde ondernemingen en ook in de buitenlandse wetten, alsook in de EU Richtlijn, is dat het geval. Dat sluit aan bij het uitgangspunt dat de rapportageverplichtingen van in het buitenland gevestigde ondernemingen in het land van vestiging zijn geregeld. Mogelijk zou ook strijd met die buitenlandse verplichtingen kunnen ontstaan als voor buitenlandse bedrijven ook in Nederland een rapportageverplichting zou gelden.

Deze optie lijkt verder geen specifieke problemen in WTO verband op te roepen.¹⁰⁸ Omdat geen specifieke eisen worden gesteld aan het uitvoeren van OESO due diligence sluit optie minder goed aan bij het uitgangspunt dat bedrijven OESO due diligence moeten uitvoeren.

¹⁰⁴ Zie daarover bijvoorbeeld L. Smit e.a., (onderzoek voor de Europese Commissie), DG Just 2020, p. 72-74.

¹⁰⁵ Zie bijvoorbeeld L. Esveld, ‘De keerzijde van IMVO-transparantieverplichtingen’, in: L.F.H. Enneking, M.W. Scheltema & I. Tillema (red.), *People, Planet, Privaatrecht*, Den Haag: Boom 2018, p. 186, 198-199.

¹⁰⁶ Zie bijvoorbeeld Esveld (2018), p. 206-209.

¹⁰⁷ Concrete voorbeelden daarvan hebben zich bij ons weten in Nederland overigens nog niet voorgedaan.

¹⁰⁸ Wij stippen het WTO-kader in dit hoofdstuk gelet op de beperkte tijd die voor dit onderzoek beschikbaar is slechts aan. Daarnaast zou uitvoeriger onderzoek moeten worden gedaan om een meer gedetailleerd beeld te krijgen.

4.2.2 *Waarschuwingsplicht/informatie op producten of bij de levering van diensten*

Een optie zou kunnen zijn om bedrijven te verplichten op hun producten een waarschuwing (bijvoorbeeld ‘dit product is niet gecontroleerd op mogelijke mensenrechtenschendingen/klimaatimpact in de productieketen’/ ‘dit product is mogelijk geproduceerd met mensenrechtenschendingen/kinderarbeid en niet gecontroleerd op klimaatimpact’ of bijvoorbeeld een benchmark voor bedrijven in verband met de door hen uitgevoerde OESO due diligence.¹⁰⁹ Ook is denkbaar dat bedrijven andersoortige informatie moeten verstrekken, bijvoorbeeld door aan te geven welk verschil er zit tussen de door de afnemer betaalde prijs en de werkelijke prijs als alle externe kosten in aanmerking zouden worden genomen (‘true price’) of aan welk certificeringsinitiatief (‘ecolabels’ zoals UTZ/Rainforest, Fair Trade, Fair Wear) zij deelnemen of dat niet wordt deelgenomen aan een certificeringsinitiatief.

Op zichzelf zijn waarschuwingen en mededelingen omtrent een product of dienst die aan consumenten¹¹⁰ worden geleverd of verricht in de Europese Unie niet ongebruikelijk. Zo zijn in de op het Europese recht gebaseerde art. 6:193b lid 3 onder a juncto 6:193c e.v. BW-bepalingen opgenomen omtrent misleidende handelspraktijken. In dat verband is in art. 6:193c lid 2c onder b BW bijvoorbeeld al opgenomen dat als misleidend wordt beschouwd dat een bedrijf aangeeft gebonden te zijn aan een bepaald label/certificeringsinitiatief maar dat niet naleeft.¹¹¹ Verder bepaalt art. 6:193d lid 2 BW dat als oneerlijke praktijk ook wordt beschouwd het weglaten van essentiële informatie die een consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit te nemen over de transactie.¹¹² Bovendien wordt op grond van art. 6:193g onder a, b en d BW steeds als misleidend beschouwd het aangeven deel te nemen aan een gedragscode (zoals een ‘ecolabel’) terwijl dat in werkelijkheid niet het geval is, het gebruiken van een label terwijl daarvoor geen toestemming is verkregen, of het suggereren dat aan de eisen van een dergelijk label is voldaan terwijl dat niet het geval is.¹¹³

In het verlengde van deze regelgeving zouden in producten of diensten die zijn gericht op consumenten aan OESO due diligence gerelateerde waarschuwingen of informatieverplichtingen kunnen worden opgenomen, ter voorkoming van een onjuiste indruk van consumenten over de wijze waarop een product of dienst wordt geproduceerd of geleverd. Thans is dit nog vooral een negatieve verplichting in de zin dat het melden dat aan een initiatief wordt deelgenomen, terwijl dat niet het geval is of een bedrijf zich niet aan de standaarden houdt, een oneerlijke handelspraktijk oplevert.

¹⁰⁹ Daarop komen wij in hoofdstuk 6 terug.

¹¹⁰ De regeling geldt niet voor handel tussen bedrijven. Zie bijvoorbeeld C.J.J.C. Van Nispen, commentaar op art. 6:193c BW, aant. 9, in: C.J.J.M. Stolker e.a. (red.), *Groene Serie Onrechtmatige Daad*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

¹¹¹ Zie ook Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:193c BW, aant. 10. Wel wordt nog de vraag opgeworpen of het alleen om code kan gaan die (mede) verplichtingen jegens consumenten inhouden of ook andere gedragscodes/labels. De laatste interpretatie lijkt te prevaleren. Zie Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:193c BW, aant. 10.

¹¹² Deze bepaling lijkt overigens vooral te zien op gevallen waardoor een consument door het weglaten van dergelijke informatie wordt benadeeld (meestal in economische zin). Zie Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:193d BW, aant. 2 en 3.

¹¹³ Voor zover sprake is van een merkrecht op het ‘ecolabel’ zal ook de eigenaar van het label uit hoofde van het merkrecht kunnen optreden tegen dit gebruik. Zie Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:193d, aant. 4.

Wel verdient in dit verband nog opmerking dat de (Europese)¹¹⁴ achtergrond van de regeling omtrent oneerlijke handelspraktijken vooral het voorkomen van economisch nadeel voor consumenten is.¹¹⁵ De teksten van art. 6:193b en d BW bevatten die beperking niet en spreken van een beperking om een geïnformeerd besluit te nemen over de aankoop (die meebrengt dat het product of dienst anders niet gekocht of geaccepteerd zou zijn).¹¹⁶ Naarmate duurzaamheid voor consumenten steeds belangrijker wordt in het kader van hun aankoopbeslissingen, valt er in het licht van de tekst van de art. 6:193b en d BW derhalve het nodige voor te zeggen om, nu dat thans nog niet het geval is, ook oneerlijke handelspraktijken die zien op duurzaamheid/mensenrechten onder de regeling te brengen. Daarbij zou een verdergaande wettelijke informatieplicht dus kunnen aansluiten. Dat neemt niet weg dat de Nederlandse maatregel zou kunnen worden gezien als een verstoring van de interne markt (nu die verder gaat dan de richtlijn toestaat) en daarmee aan de toets van art. 36 VWEU moet voldoen. Niet ondenkbaar is dat het belang van bescherming van mensenrechten en het milieu aan die toets kan voldoen, nu dit ook binnen de EU zelf als een belangrijk onderwerp wordt gezien.

Daarbij moet overigens wel worden bedacht dat informatie over de ‘true price’ van een product of dienst vanuit praktische overwegingen op dit moment nog niet heel gemakkelijk valt te implementeren. De modellen die achter de berekening van de ‘true price’ liggen, zijn (met name op het terrein van de mensenrechten) nog in ontwikkeling en bieden nog onvoldoende in brede zin geaccepteerde zekerheid en wetenschappelijke onderbouwing om al wetgeving die consumenten informeert over het verschil tussen de prijs van het door hen gekochte product en de prijs inclusief de externe kosten op te kunnen baseren.¹¹⁷

Voor handel tussen bedrijven sluit een dergelijke regeling minder goed aan bij de bestaande wetgeving omdat die enkel is gericht op consumenten. Voor bedrijven is de regeling in die zin ook minder gemakkelijk te implementeren nu op het voor de OESO due diligence relevante terrein veel handel met bedrijven buiten Nederland plaatsvindt die in beginsel niet aan een Nederlandse informatieplicht zijn gebonden, tenzij die zou gelden voor alle bedrijven die producten of diensten leveren aan de Nederlandse markt. Dat kan echter, naar hierna bij de wetgevingsoptie importverboden wordt uitgewerkt, op WTO gerelateerde bezwaren stuiten. Ook dan zullen daar echter veelal de eerdere schakels in waardeketens uitvallen omdat die niet op de Nederlandse markt leveren. De vraag is dan ook of een dergelijke verplichting veel effect zal hebben in de verhoudingen tussen bedrijven onderling. Bovendien lijken bedrijven in hun commerciële verhoudingen, anders dan voor consumenten geldt, ook in staat te zijn dergelijke informatie (voor zover zij die

¹¹⁴ Richtlijn 2005/29/EG (met name artikel 6 van die richtlijn). Zie ook Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:193c BW, aant. 1.

¹¹⁵ Art. 5 van de Richtlijn spreekt dan ook van het verstoren van het wezenlijk verstoren van economisch gedrag van consumenten. Zie Kamerstukken I 2007/08, 30 928, C, toelichting op art. 6:193b BW.

¹¹⁶ Kamerstukken I 2007/08, 30 928, C, toelichting op art. 6:193b BW.

¹¹⁷ In het najaar heeft True Price een consultatie gehouden over haar vision paper. Zie <https://true-price.org/a-roadmap-for-true-pricing/>. Wel zijn voor sommige producten, zoals koffie, chocola en katoen al wel indicaties beschikbaar om dit prijsverschil inzichtelijk te maken. Zie <https://trueprice.org/consumer/>.

wensen en deze beschikbaar is) ook zonder wetgeving voldoende te kunnen verkrijgen bijvoorbeeld door een contactuele verplichting daartoe op te nemen.¹¹⁸ Een dergelijke informatieplicht lijkt dan ook met name ten aanzien van consumenten aan te sluiten bij huidige wetgeving.

Deze optie lijkt iets minder goed in het WTO-kader te passen, zeker als de labels voor alle op de Nederlandse (consumenten)markten verhandelde goederen gelden. Niet ondenkbaar is dat dergelijke labelling als een handelsbelemmering wordt gezien omdat buitenlandse bedrijven daar minder goed aan kunnen voldoen.¹¹⁹ Omdat geen specifieke eisen worden gesteld aan het uitvoeren van OESO due diligence, sluit deze optie minder goed aan bij het uitgangspunt dat bedrijven OESO due diligence moeten uitvoeren. Omdat de labelling wel ziet op het al dan niet uitvoeren van OESO due diligence, lijkt er een zekere stimulans van uit te gaan om OESO due diligence uit te voeren.

4.2.3 *Due diligence verplichting*

Overwogen kan ook worden om (onderdelen van) OESO due diligence rechtstreeks wettelijk verplicht te stellen. In de hiervoor besproken Franse wet is dat gebeurd en in het Zwitserse voorstel en (uitgelekt) Duits ontwerp wordt dat eveneens voorzien. Ten aanzien van kinderarbeid bevat het (nog niet ingevoerde) art. 5 lid 1 Wet zorgplicht kinderarbeid¹²⁰ ook een dergelijke verplichting, die blijkens lid 3 bij AMvB kan worden uitgewerkt.¹²¹

Verder is van belang dat art. 5 lid 4 van de Wet zorgplicht kinderarbeid bepaalt dat de Minister een in een multi-stakeholder initiatief ontwikkeld gezamenlijk plan van aanpak om kinderarbeid te adresseren kan goedkeuren. Daarbij zou gedacht kunnen worden aan in IMVO-convenanten in de kledingsector ontwikkelde plannen en waarin OESO due diligence uitgangspunt is. Goedkeuring brengt mee dat de deelnemers aan het initiatief geacht worden voldoende zorg te hebben betracht. Het uitbreiden van deze wet tot een verplichting om in brede zin due diligence uit te oefenen sluit daarmee aan bij het Nederlandse wettelijke stelsel. Wel gaat OESO due diligence verder omdat de Wet zorgplicht kinderarbeid kort gezegd alleen het in kaart brengen van risico's en het, indien die worden aangetroffen, opstellen van een plan van aanpak vereist.

Overigens kan men zich afvragen of de 'kinderarbeid due diligence' niet al noopt tot een bredere aanpak omdat kinderarbeid geen geïsoleerd probleem is, maar in bredere context (uitbuiting van

¹¹⁸ Zie daarover bijvoorbeeld 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.F.H. Enneking e.a. (red.), *Accountability, International business operations, and the law*, Londen: Routledge 2020, p. 268.

¹¹⁹ Overigens is niet ondenkbaar dat daarvoor (bijvoorbeeld in het kader van art. XX GATT) een rechtvaardiging kan worden gevonden. Binnen de voor dit onderzoek beschikbare tijd is het echter niet mogelijk daar nog uitgebreider op in te gaan.

¹²⁰ Wet van 24 oktober 2019, Stb. 2019, 401. Zie daarover bijvoorbeeld L. Smit e.a., onderzoek voor de Europese Commissie, DG Just 2020, p. 173 e.v.

¹²¹ Veelal wordt aangenomen dat een wettelijke verplichting tot het uitvoeren van OESO due diligence veronderstelt dat in zoverre een zorgplicht bestaat die meebrengt dat degenen die het slachtoffer worden van het niet adequaat uitvoeren van due diligence de daer daarvoor aansprakelijk kunnen houden. Dit veronderstelt tevens dat OESO due diligence verder gaat dan enkele 'ticking the box' praktijken. Zie daarover bijvoorbeeld L. Smit e.a., onderzoek voor de Europese Commissie, DG Just 2020, p. 260-266.

werknemers, mensenhandel, ontbreken living wage en dergelijke) moet worden bezien. Het zinvol adresseren van kinderarbeid vergt daarmee waarschijnlijk een veel bredere OESO due diligence. Dat onderstreept eens te meer dat een bredere due diligence verplichting (zoals ook in de Franse wet is opgenomen en ook in het Zwitserse initiatief en Duitse ontwerp is voorzien) kan aansluiten bij het bestaande Nederlandse wettelijke stelsel.¹²² In feite zou het dan gaan om een verbreding of veralgemenisering van de Wet zorgplicht kinderarbeid. Of dat ook werkelijk het geval is, hangt er overigens wel van af hoe specifiek OESO due diligence in de wet wordt voorgeschreven. In de Wet zorgplicht kinderarbeid is die nog vrij algemeen omschreven (met een mogelijkheid van invulling in een AMvB). Denkbaar zou zijn die verplichting meer specifiek te formuleren. Daarop gaan wij hierna in hoofdstuk 5 in.

Verder is van belang te expliciteren hoe ver de due diligence verplichting reikt in de waardeketens. In de Franse wet is bijvoorbeeld bepaald dat deze geldt voor ‘bestendige commerciële relaties’, in verband waarmee door sommigen wordt betoogd dat de due diligence verplichting zich alleen tot de eerste schakel in de waardeketens uitstrekt (dus tot leveranciers waarmee een contractuele relatie bestaat). De OESO due diligence gaat echter verder en betreft de hele waardeketen. Dat wordt bijvoorbeeld ook in de hiervoor besproken conflictmineralen verordening van de EU tot uitgangspunt genomen voor zover het de keten tot de importeur in Europa betreft. Deze due diligence omvat dus nog niet de hele waardeketen. Een OESO due diligence verplichting die zich uitstrekt tot de hele waardeketen, past daarom nog niet geheel binnen deze Europese benadering.¹²³

Bij deze wettelijke verankering van OESO due diligence zou nog denkbaar zijn om (bijvoorbeeld door middel van een AMvB of ministerieel besluit) de due diligence afhankelijk te maken van een benchmark van landen of risico(sectoren), waarbij, naarmate een land of risico(sector) hoger op de benchmark staat, een kleinere (qua landen) of juist grotere (risico(sector)) inspanning zou vereisen terzake van de OESO due diligence.¹²⁴ Uiteraard kan de positie van landen op de benchmark veranderen. Dit betekent dat de OESO due diligence op het moment dat bedrijven die uitvoeren in overeenstemming moet zijn met de actuele positie van een land op de benchmark. Een dergelijke aanpak ligt in de OESO due diligence besloten omdat die risico georiënteerd is, maar is niet als zodanig toegepast in de tot nu toe ingevoerde of voorgestelde wettelijke regelingen. Wel bestaat in het kader van de EU-conflictmineralenverordening een handleiding voor gebieden met een hoog risico en vereist deze verordening daar ook verhoogde due diligence. Dit is daarmee tot op zekere hoogte vergelijkbaar met de zojuist genoemde benchmark. Het benchmarken van andere landen is echter in internationale diplomatieke context wellicht lastig. Dat neemt niet weg dat denkbaar is te differentiëren naar risico(sector).

¹²² Daarbij wordt hier in het midden gelaten in hoeverre in Nederland een resultaats- (met name gericht op het proces van due diligence) of inspanningsverplichting (gericht op het daadwerkelijk mitigeren van risico's als beschreven in de OESO-richtlijnen) of een combinatie van beide mogelijk zijn. Daarop wordt in hoofdstuk 6 ingegaan. De buitenlandse wettelijke regelingen verschillen op dit punt.

¹²³ Zie voor de vraag of ook op Europees niveau een algemene due diligence verplichting wenselijk is L. Smit e.a., onderzoek voor de Europese Commissie, DG Just 2020, p. 250-259.

¹²⁴ Vergelijk ook L. Smit e.a., onderzoek voor de Europese Commissie, DG Just 2020, p. 281, waarin wordt voorgesteld een kaartensysteem te hanteren dat meebrengt dat de dialoog wordt aangegaan met landen die een gele kaart hebben ontvangen en goederen uit landen met een rode kaart worden getroffen door een importverbod.

In verband met een due diligence verplichting kan ook worden overwogen om het uitvoeren van adequate due diligence als verweer tegen aansprakelijkheid voor schendingen in verband met de in de OESO-richtlijnen genoemde onderwerpen te erkennen. Wanneer adequate due diligence is uitgevoerd, zou dan geen aansprakelijkheid voor desalniettemin opgetreden schendingen van bijvoorbeeld mensenrechten of milieu (in het buitenland) meer kunnen worden aangenomen. In de UK bestaat een dergelijk verweer in verband met aansprakelijkheid voor corruptie en is voorgesteld dat ook voor OESO due diligence in te voeren.¹²⁵

Ten aanzien van het WTO-kader worden hier geen specifieke problemen voorzien, tenzij de wettelijke verplichting zou gelden voor alle bedrijven die goederen op de Nederlandse markt verhandelen of in Nederland invoeren. Dan zou een dergelijke verplichting, indien buitenlandse bedrijven daar minder gemakkelijk aan kunnen voldoen, kunnen worden gezien als een handelsbelemmering.¹²⁶

In hoofdstuk 5 wordt nader ingegaan op de vraag hoe dergelijke due diligence wetgeving er uit zou kunnen zien.

4.2.4 (Verplichte) certificering

Het is denkbaar in een wettelijke regeling op te nemen dat bedrijven aan een wettelijke zorgplicht (in verband met OESO due diligence) kunnen voldoen (of daaraan geacht worden te voldoen) door implementatie van een (door de minister goedgekeurd) certificeringsinitiatief, zoals Fairtrade, UTZ/Rainforest Alliance of FSC, op een of meerdere gebieden van de OESO-richtlijnen. Als een dergelijke optie tot uitgangspunt wordt genomen, gaat het in feite om een uitwerking van een due diligence verplichting, behoudens de verplichting om te rapporteren en om bij te dragen aan herstel, en geldt het hiervoor onder 4.2.3 betoogde in zoverre mutatis mutandis, zij het dat het rapporteren en het bijdragen aan herstel in dat geval niet zijn meegenomen nu de certificering daar niet op ziet. Een punt van aandacht kan zijn dat de standaarden die worden gecertificeerd niet (kosteloos) voor iedereen verkrijgbaar zijn, terwijl bij wettelijke regels uitgangspunt zijn dat die openbaar toegankelijk zijn. Bij een dergelijke vorm van certificering als mogelijkheid om te voldoen aan een wettelijke norm zou de vraag kunnen rijzen of de te certificeren standaarden niet ook openbaar zou moeten zijn. Het niet-openbaar zijn is niet zonder meer ontoelaatbaar,¹²⁷ maar inmiddels is wel het uitgangspunt dat in wetgeving alleen wordt verwezen naar standaarden die ook publiekelijk toegankelijk zijn. Bij veel certificeringsinitiatieven op het terrein van de OESO-richtlijnen speelt dit probleem overigens in beperkte mate omdat die publiekelijk (via internet)

¹²⁵ I. Pietropaoli e.a., *A UK Failure to Prevent Mechanism for Corporate Human Rights Harms*, BIICL 2017, p. 48 e.v. en in het bijzonder p. 51, te raadplegen via https://www.biicl.org/documents/84_failure_to_prevent_final_10_feb.pdf. Zie ook L. Smit e.a., DG Just 2020, p. 110-112, waarin door respondenten van een EU-survey wordt opgemerkt dat dit er niet toe mag leiden dat een 'tick the box' volstaat om aan aansprakelijkheid te ontkomen. Zie L. Smit e.a., DG Just 2020, p. 111.

¹²⁶ Overigens is niet ondenkbaar dat daarvoor (bijvoorbeeld in het kader van art. XX GATT) een rechtvaardiging kan worden gevonden. Binnen de voor dit onderzoek beschikbare tijd is het echter niet mogelijk daar nog uitgebreider op in te gaan.

¹²⁷ HR 22 juni 2012, AB 2012, 212 m.nt. Van Ommeren (Knooble).

toegankelijk zijn.¹²⁸ Verder zal bij de vraag of aan wetgeving kan worden voldaan door middel van certificering de effectiviteit van dergelijke initiatieven om daadwerkelijk materiële gedragsverandering te bewerkstelligen relevant zijn. Het ligt immers niet voor de hand om aan te nemen dat aan OESO due diligence wordt voldaan als wordt deelgenomen aan niet effectieve initiatieven. Er bestaat nog geen algemeen geaccepteerde methode om dergelijke effectiviteit vast te stellen. Daarmee bestaat het risico dat te snel of juist in te weinig gevallen wordt aangenomen dat OESO due diligence wordt uitgevoerd en kan discussie ontstaan waarom een initiatief wel toereikend wordt geacht en andere niet, terwijl gelet op het ontbreken van een algemeen geaccepteerde methodologie mogelijk niet voldoende kan worden geobjectiveerd waarom het ene initiatief wel voldoet en het andere niet. In de Europese richtlijn omtrent (verplichtstelling van het gebruik van duurzame) biobrandstoffen,¹²⁹ waarin dergelijke certificering om vast te stellen of aan de duurzaamheidscriteria werd voldaan in art. 18 lid 3 is toegelaten, is dat punt opgelost door in art. 17 een aantal minimumcriteria op te nemen waaraan een bedrijf moet voldoen. Bij de vraag of een certificeringsinitiatief, dat wordt gebruikt om aan te tonen dat aan de eisen wordt voldaan, kan worden goedgekeurd beoordeelt de Commissie of aan die minimumvereisten wordt voldaan.¹³⁰ Omdat in dat verband door bedrijven deels gebruik werd gemaakt van initiatieven die niet alleen op biobrandstoffen zagen, werd door de initiatieven niet steeds aan alle eisen voldaan. De Commissie heeft in dat verband overigens toegestaan dat het voldoen van een deel van de eisen werd aangetoond door een certificeringsinitiatief zoals FSC of RSPO te implementeren en voor de overige eisen additionele audits uit te voeren.¹³¹

Wel roept dergelijke wettelijk gebruik van certificering het risico in het leven dat het aantal (goedkopere) certificeringsinitiatieven dat minder hoge eisen stelt, door dichter bij de minimumnorm te gaan zitten, toeneemt.¹³² Dat kan afdoen aan de effectiviteit van en de deelname aan effectievere (maar ook duurdere) duurzaamheidscertificering. Naarmate minder deelnemers per initiatief bestaan, kan dat ook de kosten van deelname verhogen en leiden tot meer competitie tussen initiatieven dat de betrouwbaarheid ervan kan verminderen.¹³³ Verder heeft dergelijke certificering, met name als het door de wettelijke regeling een de facto vereiste wordt voor markttoegang, vooral voor kleinere ondernemingen die de kosten van certificering minder goed kunnen spreiden invloed op de eerlijke mededinging.¹³⁴ Ook kunnen deze (westerse) marktdeelnemers bevoornden die dergelijke standaarden al hebben geïmplementeerd ten opzichte van partijen die andere productiemethoden gebruiken die minder goed binnen de certificeringssystemen passen.¹³⁵ Ook dat is een punt om in dit verband in de gaten te houden. Een verder probleem is ook de samen-

¹²⁸ Dat geldt overigens niet voor ISO-standaarden (zoals de ISO 26000 standaard die overigens niet certificeerbaar is) en milieustandaarden.

¹²⁹ Richtlijn 2009/28/EG.

¹³⁰ Zie ook J. Lin, 'Governing Biofuels: A Principal-Agent Analysis of the European Union Certification Regime and the Clean Development Mechanism', *Journal of Environmental Law* 2012, afl. 1, onder 3.1 en 3.2.2.

¹³¹ Lin, *Journal of Environmental Law* 2012, afl. 1, onder 3.2.2.

¹³² Zie in verband met duurzaam hout bijvoorbeeld M.W. Scheltema, 'The need for an integrated comparison of the effectiveness of international sustainable forestry, coffee and cocoa initiatives', *Recht der Werkelijkheid* 2014, afl. 3, p. 143.

¹³³ M.W. Scheltema, 'Assessing effectiveness of international private regulation in the CSR arena', *Richmond Journal of Global Law & Business* 2014, afl. 2, p. 299, 324 (Scheltema 2014 I).

¹³⁴ Scheltema 2014 I, p. 347.

¹³⁵ Scheltema 2014 I, p. 347.

werking tussen publieke toezichhouders en private certificeerders. Zo zou een private certificeerder na het constateren van het niet voldoen aan de standaard bijvoorbeeld een half jaar willen gunnen om weer te voldoen, terwijl de publieke toezichhouder mogelijk sneller zou willen ingrijpen. Ook informatie-uitwisseling tussen de private toezichhouder en de publieke toezichhouder omtrent door de private toezichhouder geconstateerde overtredingen is niet steeds zonder meer mogelijk. Dergelijke vormen van het gebruik van certificering passen derhalve in de bestaande wettelijke systemen, zij het met de hiervoor genoemde caveats.

Een verdere stap zou kunnen zijn om certificering wettelijk verplicht te stellen. Nog daargelaten dat daarvoor dezelfde caveats gelden als voor de hiervoor beschreven oplossing, kan dat ook mededingingsrechtelijke problemen veroorzaken. Vanwege de aan certificering verbonden kosten zijn grotere ondernemingen in het algemeen beter in staat om zich die kosten te permitteren dan kleinere. Markttoegang voor kleinere ondernemingen wordt door certificering derhalve aanzienlijk meer bemoeilijkt dan voor grotere. Verder leidt dit ertoe dat de wetgever in feite private normen omzet in wetgeving, terwijl de normen als zodanig niet aan de Staten-Generaal zijn voorgelegd en soms, in strijd met het publiciteitsvereiste bij wetgeving, ook niet openbaar zijn (dat wil zeggen dat zij alleen tegen een vergoeding kunnen worden verkregen). Dat lijkt in strijd met de beginselen van de parlementaire (democratische) rechtsstaat en past ook vanuit dat perspectief minder goed in het huidige stelsel.¹³⁶ Bovendien zal indien de certificering leidt tot een mededingsbeperking het wettelijk verplicht stellen daarvan er niet toe kunnen leiden dat de mededingsbeperking is geoorloofd. Integendeel, dit leidt ertoe dat de overheid ook zelf in strijd handelt met het mededingingsrecht.¹³⁷ Daarin lijkt noodzakelijk dat de (gedelegeerde) wetgever een eigenstandige afweging maakt of het in het algemeen belang is om regels te stellen en die regels ook zelf ontwikkelt.¹³⁸

Of (verplichte) certificering bijdraagt aan de implementatie van OESO due diligence hangt uiteraard in belangrijke mate samen met de vraag of de gebruikte standaarden (onderdelen van) dergelijke due diligence voorschrijven. Als dat het geval is, kan certificering ertoe leiden dat de gecertificeerde bedrijven dergelijke due diligence uitvoeren. Certificering leidt overigens soms meer tot ‘ticking the box’ dan daadwerkelijke implementatie.¹³⁹ Verplichte certificering heeft in het verleden in verband met duurzaam hout aanleiding gegeven tot discussies in het kader van de WTO. Dit lijkt daarom minder goed te passen in het WTO-kader.

4.2.5 Aansprakelijkheid voor schendingen milieu en/of mensenrechten in Nederland of daarbuiten

Het is denkbaar om in de Nederlandse wetgeving een aansprakelijkheidsbepaling op te nemen voor ondernemingen voor aantasting van het milieu of mensenrechtenschendingen in Nederland

¹³⁶ Vergelijk Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 23; nr. 4, p. 5-8.

¹³⁷ Zie in algemene zin voor algemeenverbindendverklaring van private regels Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 8-9.

¹³⁸ Bijvoorbeeld Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 7, 9-10, 14-15, 18; nr. 4, p. 7-8.

¹³⁹ Zie bijvoorbeeld Scheltema 2014 I, p. 324-325.

en daarbuiten, mede voor door dochterondernemingen begane schendingen.¹⁴⁰ Denkbaar is om daarnaast een aansprakelijkheid voor bestuurders in te voeren. In Nederland geldt echter in het algemeen een zwaardere drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid dan voor de aansprakelijkheid van de onderneming zelf, omdat sprake moet zijn van een ‘ernstig verwijt’ aan de bestuurder.¹⁴¹ Het loslaten van die eis zou minder goed passen in het Nederlandse stelsel. Wel is denkbaar om die aansprakelijkheid te laten zien op ernstig verwijtbaar handelen van bestuurders in verband met mensenrechten- of milieuschendingen door de onderneming. Daarnaast is uiteraard denkbaar dat bestuurders strafrechtelijk of bestuursrechtelijk kunnen worden aangesproken bijvoorbeeld wegens feitelijk leidinggeven aan een schending van de OESO Richtlijnen.

Een op aansprakelijkheid ziende bepaling sluit in zoverre aan bij het Nederlandse recht dat dit al een algemene aansprakelijkheidsbepaling kent (artikel 6:162 BW), die een algemene open norm bevat. Met name de maatschappelijke zorgvuldigheid zoals opgenomen in dit artikel zou ook kunnen zien op zorgvuldigheid ten aanzien van mensenrechten en het milieu. Een specifieke norm zou daarmee deels een herhaling vormen van de al bestaande norm. Alleen ten aanzien van schendingen die in het buitenland optreden zou dat wellicht (deels) anders kunnen zijn. Daarvoor bestaat overigens thans al strafrechtelijke aansprakelijkheid van directeuren voor zeer ernstige vormen van mensenrechtenschendingen door ondernemingen en bovendien kunnen ondernemingen strafrechtelijk aansprakelijk zijn als zij profiteren van moderne slavernij, ook als dit in andere landen plaatsvindt.¹⁴² In Engelse (civiele) rechtspraak is bovendien in het kader van de vraag naar de bevoegdheid van de rechter, waarvoor van belang is of een ‘real triable issue’ bestaat, al aangenomen dat aansprakelijkheid voor het handelen of nalaten van buitenlandse dochterondernemingen denkbaar is indien een wereldwijde code of conduct is opgesteld en ook wordt afgedwongen en de dochter in strijd handelt met die code.¹⁴³

Een specifieke privaatrechtelijke aansprakelijkheidsnorm voor schendingen van de OESO-richtlijnen in het buitenland (mede als die worden begaan door dochterondernemingen) lijkt echter minder goed te passen in het Nederlandse (en internationale) systeem. Uitgangspunt ten aanzien van in het buitenland toepasselijke recht op dergelijke aantastingen en schendingen is dat het recht van toepassing is van het land waar de schade zich heeft voorgedaan ongeacht waar de schadeveroorzakende gebeurtenis is opgetreden en ongeacht waar indirecte gevolgen zich voordoen.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Het is de vraag of het risico op aansprakelijkheid gaat leiden tot gedragsverandering bij bedrijven. Uit een EU-survey bleek dat de vijf belangrijkste redenen voor bedrijven om due diligence te doen niet zijn gelegen in aansprakelijkheid (reputatie staat bovenaan). Daarentegen wordt dit wel als prikkel gezien door vertegenwoordigers van de industrie en NGOs. Zie L. Smit e.a., DG Just 2020, p. 89.

¹⁴¹ Zie bijvoorbeeld recentelijk HR 17 januari 2020, NJ 2020/51.

¹⁴² Zie voor aansprakelijkheid van directeuren bijvoorbeeld M. Cupido, M.J. Hornman & W. Huisman, ‘Holding businessmen criminally liable for international crimes; lessons from the Netherlands on how to address remote involvement’, in: L.F.H. Enneking e.a. (red.), *Accountability, International business operations, and the law*, Londen: Routledge 2020, p. 170 e.v. en in het bijzonder p. 178-183; zie verder voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van bedrijven voor moderne slavernij A-J Schaap, ‘Legally binding duties for corporations under domestic criminal law not to commit modern slavery’, in: L.F.H. Enneking e.a. (red.), *Accountability, International business operations, and the law*, Londen: Routledge 2020, p. 192 e.v.

¹⁴³ *Lungowe & Others v Vedanta Resources Plc & Konkola Copper Mines* [2019] UKSC 20. Zie verder over dergelijke claims L. Smit e.a., DG Just 2020, p. 175-177.

¹⁴⁴ Artikel 4 lid 1 Rome II verordening. Zie ook Enneking e.a. 2016, p. 151; L. Smit e.a., onderzoek voor de Europese Commissie, DG Just 2020, p. 278-279. Dat neemt niet weg dat sommigen mogelijkheden zien voor toepassing van het recht van het land van de zetel van de onderneming gebaseerd op de openbare orde

Dat zal in dergelijke gevallen dus niet het Nederlandse recht zijn en de specifieke aansprakelijkheidsbepaling zou daarmee veelal ook niet van toepassing zijn. Nu zou dat kunnen worden opgelost door tevens in internationaal privaatrechtelijke regelgeving op te nemen dat voor dergelijke schendingen Nederlands recht van toepassing is, maar dat verhoudt zich niet met Europese internationaal privaatrechtelijke regels (de art. 4 en 7 Rome-II verordening)¹⁴⁵ op dit terrein en lijkt ook internationaal lastig vanwege het extraterritoriale effect.¹⁴⁶ Een dergelijke regeling brengt immers met zich mee dat ten aanzien van dergelijke aantastingen Nederlands recht van toepassing zou zijn en niet het recht van het land waar de aantasting zich heeft voorgedaan. Dat zou voor Nederlandse bedrijven tevens meebrengen dat zij zich zowel aan de Nederlandse als in het betreffende land geldende (mogelijk tegenstrijdige) mensenrechten en milieunormen zouden moeten houden. Dat lijkt ook vanuit praktisch oogpunt lastig. Dat neemt niet weg dat in het Zwitserse voorstel wel een dergelijke regel is opgenomen die bepaalt dat Zwitsers recht van toepassing is als het internationale privaatrecht tot toepassing van het lokale recht van het gastland zou leiden.¹⁴⁷ Voorts rijst de vraag wanneer sprake is van een dochteronderneming (er moet tenminste een 50% aandelenbelang bestaan; dat is vaak niet het geval omdat joint-ventures met lokale ondernemingen worden gesloten) of is invloed op het bestuur toereikend (en zo ja, hoeveel) en zou de neiging kunnen zijn om activiteiten uit te besteden om aansprakelijkheid te ontlopen.¹⁴⁸ Bovendien hebben vele ondernemingen (lange) waardeketens waarin eveneens milieu- en mensenrechten aantastingen plaatsvinden, die niet door het Zwitserse voorstel worden bestreken. De aansprakelijkheid zou daarmee met name komen te rusten op (grote) ondernemingen met projecten (al dan niet van dochterondernemingen) met een grote voetafdruk in het buitenland. Deze problemen kunnen overigens deels worden ondervangen door de aansprakelijkheid te laten zien op het niet hebben van een proces dan wel het niet uitvoeren van OESO due diligence. Die optie biedt echter veelal geen soelaas voor degenen die nadeel ondervinden van mensenrechten- of milieuschendingen door dochterondernemingen of leveranciers van ondernemingen, omdat het verband tussen het niet uitvoeren van de OESO due diligence en hun nadeel veelal niet goed valt aan te

exceptie. Zie A. Marx, C. Bright & J. Wouters, *Access to Legal Remedies for Victims of Corporate Human Rights Abuses in Third Countries*, European Parliament 2019, p. 113, te raadplegen via [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/603475/EXPO_STU\(2019\)603475_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/603475/EXPO_STU(2019)603475_EN.pdf). Vgl. L. Smit e.a., onderzoek voor de Europese Commissie, DG Just 2020, p. 279-280.

¹⁴⁵ Verordening EG 864/2007. Art. 4 bepaalt dat in beginsel het recht van de plaats waar de schade is ontstaan van toepassing is en art. 7 bepaalt specifiek voor milieuschade dat de eiser kan kiezen tussen de plaats waar de schade is ontstaan of de plaats waar de gebeurtenis plaatsvond die de schade heeft veroorzaakt (bij grensoverschrijdende milieuschade). Zie daarover ook L. Smit e.a., DG Just 2020, p. 278.

¹⁴⁶ Dit wordt overigens door sommigen op Europees niveau voorgesteld. Zie Marx, Bright en Wouters 2019, p. 114; vgl. L. Smit e.a., DG Just 2020, p. 280. Daarmee is voorts niet gezegd dat wetgeving met extraterritoriaal effect zonder meer ongeoorloofd is. Zie voor een aantal voorbeelden van wetgeving van de EU met een directe of indirecte extraterritoriale werking bijvoorbeeld *The Circle, Towards a legal framework for a living wage*, Newcastle Upon Tyne: The Circle 2019, p. 38-71, te raadplegen via https://thecircle.ngo/wp-content/uploads/2015/11/Fashion-Focus-Towards-a-Legal-Framework-for-a-Living-Wage_Small.pdf. Kenmerk van deze regels is echter dat het dan wel gaat om vereisten aan goederen die in de EU worden geïmporteerd of om (management) handelen en/of procedures van ondernemingen dat mede in de EU plaatsvindt of die ook in de EU van toepassing zijn.

¹⁴⁷ Zie bijvoorbeeld L. Smit e.a., DG Just 2020, p. 280; D. Gaukrodger, *Business Responsibilities and Investment Treaties, Consultation Paper*, OECD Secretariat 15 januari 2020, p. 48, te raadplegen via <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Consultation-Paper-on-business-responsibilities-and-investment-treaties.pdf>.

¹⁴⁸ Interessant is overigens dat dit onderscheid voor de beantwoording van de vraag wie als investeerder in het kader van investeringsverdragen kan worden aangemerkt niet wordt gemaakt. Zie bijvoorbeeld Gaukrodger 2020, p. 63-67.

tonen. Het is immers vaak lastig te bewijzen dat dit nadeel met adequate OESO due diligence niet zou zijn ontstaan.

Met name bij mensenrechtenschendingen kan het overigens in het algemeen lastig zijn om de veroorzaking daarvan door een Nederlandse onderneming of een dochter daarvan aan te tonen. In dat verband is van belang onderscheid te maken tussen het vorderen van een bevel of verbod om een bepaalde handeling te verrichten en van schadevergoeding. Inmiddels worden op het terrein van milieu en mensenrechten steeds meer op onrechtmatige daad gebaseerde vorderingen ingesteld die alleen een bevel/verbod trachten te bewerkstelligen en geen schadevergoeding.¹⁴⁹ Het voordeel is dat door de eisers in de procedure in die gevallen geen (causaal) verband hoeft te worden aangetoond tussen de normschending en de schade en dergelijke procedures daarmee wellicht minder kostbaar zijn dan wanneer schadevergoeding wordt gevorderd. Zo is denkbaar dat in een procedure alleen een bevel tot het uitvoeren van adequate OESO due diligence wordt gevorderd, zonder dat aanspraak wordt gemaakt op schadevergoeding. Dat beperkt het debat omdat geen causaal verband tussen het niet uitvoeren van OESO due diligence en een specifieke schending (bijvoorbeeld het schenden van mensenrechten in een bepaalde fabriek) hoeft te worden aangetoond en ook de schade niet hoeft te worden onderbouwd.¹⁵⁰ Een probleem kan overigens wel zijn welke belangen door (een wettelijke regeling tot) het uitvoeren van OESO due diligence worden beschermd. Dat is relevant in verband met art. 6:163 BW (het relativiteitsvereiste). Waarschijnlijk is voor NGO's die niet specifiek optreden voor benadeelden, maar een dergelijk verbod of bevel vanuit een algemeen belang-perspectief vorderen, wel aan dit vereiste voldaan. Lastiger wordt dit al indien de consumentenbond, in het kader van behartiging van de belangen van consumenten, die naleving van de wettelijke regeling vordert en nog sterker geldt dat voor concurrenten die stellen in hun concurrentiepositie te zijn aangetast, nu zij wel deugdelijke OESO due diligence uitvoeren.

Meer in algemene zin leidt (verdergaande) aansprakelijkheid van bedrijven echter veelal wel tot defensief gedrag, dat openheid over mogelijke problemen en het in samenwerking met andere stakeholders ontwikkelen van best practices en het implementeren OESO due diligence niet bevordert.

Vanuit het WTO-kader lijken hier weinig specifieke problemen te rijzen.

4.2.6 Verplichting voor overheden om verantwoord aan te besteden

Het is denkbaar voor (Nederlandse) overheden een wettelijke verplichting op te nemen om in het kader van aanbestedingen eisen te stellen op het gebied van duurzaamheid, milieu en mensenrechten. Een dergelijke eis past goed in het huidige beleid van de Rijksoverheid om dergelijke eisen te stellen in aanbestedingen en ook bij de eisen die op dit terrein door lagere overheden

¹⁴⁹ Zie bijvoorbeeld HR 20 december 2019, AB 2020, 24 m.nt. Backes en Van der Veen (Urgenda).

¹⁵⁰ Dat neemt overigens niet weg dat de onder 4.2.17 gesignaleerde belemmeringen ook dan nog kunnen bestaan.

worden gesteld.¹⁵¹ Een wettelijke regeling zou mogelijk de, met name op het terrein van mensenrechten, uiteenlopende aanpak van verschillende overheden ten dele kunnen uniformeren.

Ook in Europees verband wordt in verband met aanbesteding steeds meer aandacht besteed aan duurzaamheid dus deze optie sluit ook daarbij aan. Of het ook leidt tot implementatie van OESO due diligence is lastiger. Tot nu toe worden in aanbestedingen, met name op het terrein van mensenrechten en klimaat, nog in beperkte mate verifieerbare eisen gesteld, die kunnen leiden tot uitsluiting of punten opleveren in het kader van gunningscriteria. Bovendien is nog weinig duidelijkheid over de vraag hoe die eisen zodanig kunnen worden geformuleerd dat de naleving ook kan worden gecontroleerd en ook daadwerkelijk wordt gecontroleerd. De impact van verplichte criteria in aanbestedingen op het terrein van OESO due diligence lijkt daarmee vooralsnog beperkt. Dat neemt niet weg dat hierin wel een groot potentieel ligt indien de eisen op het terrein van OESO due diligence tot uitsluiting kunnen leiden in aanbestedingen en zodanig worden geformuleerd dat deze kunnen worden gecontroleerd en de naleving ervan ook wordt gecontroleerd. In het WTO-kader voorzien wij geen specifieke problemen.

4.2.7 Corporate governance-vereisten

Het is denkbaar ten aanzien van OESO due diligence wettelijke normen vast te leggen omtrent de wijze waarop in de corporate governance met deze onderwerpen moet worden omgegaan. Dergelijke eisen sluiten aan bij al bestaande wetgeving. Al geruime tijd wordt in de Corporate Governance Code (de eerste versie dateert van 2008, die huidige van 2016) aandacht besteed aan mensenrechten en OESO due diligence in bredere zin. Deze code is in die zin al verankerd in bestaande wetgeving dat in de op art. 2:391 lid 5 BW gebaseerde AMvB¹⁵² is verwezen naar deze Corporate Governance Code als de lijn die moet worden gevolgd in de verslaglegging in het bestuursverslag.¹⁵³ Denkbaar zou echter zijn dergelijke verplichtingen breder te verankeren door bijvoorbeeld te eisen dat de Raad van Bestuur bepaalde beslissingen neemt of verklaringen ondertekent, zoals voor het verslag op grond van de UK Modern Slavery Act is gebeurd. Ook is denkbaar dat wordt geëist dat binnen een onderneming procedures bestaan die ervoor zorgen dat bij (het ontwikkelen van beleid voor) OESO due diligence de relevante geledingen binnen een bedrijf betrokken zijn (te denken valt naast de afdeling sustainability bijvoorbeeld aan de juridische afdeling).

In Europees verband lijken dergelijke eisen niet op problemen te stuiten, maar is deze optie niet al daadwerkelijk geïmplementeerd of voorgesteld. Omdat de huidige Nederlandse Corporate Governance Code slechts heel algemene eisen stelt op het terrein van OESO due diligence, lijkt deze slechts in beperkte mate bij te dragen aan implementatie van OESO due diligence. In WTO-kader lijken hier weinig specifieke problemen te rijzen.

¹⁵¹ Zie voor gehanteerde criteria op dit terrein bijvoorbeeld de PIANOO-website, te raadplegen via <https://www.pianoo.nl/nl/themas/maatschappelijk-verantwoord-inkopen-mvi-duurzaam-inkopen/product-groepen>.

¹⁵² AMvB van 29 augustus 2017, Stb. 2017, 747.

¹⁵³ Bijvoorbeeld met verdere verwijzingen Dam van, C., 'Corporate governance en respect voor mensenrechten', in: M. Lückerath-Rovers e.a. (red.), Jaarboek Corporate Governance 2018-2019, Deventer: Kluwer 2018, par. 8.2, p. 99-100.

4.2.8 Voorschrijven gebruik bepaalde technologieën

Een probleem ten aanzien van OESO due diligence is dat met name waardeketens vaak weinig transparant zijn. Het is voor ondernemingen daarom niet gemakkelijk grip te krijgen en OESO due diligence uit te voeren in die waardeketens, met name omdat kwalitatief goede en betrouwbare informatie over hetgeen daarin plaatsvindt, niet eenvoudig valt te verkrijgen. Nieuwe technologieën, zoals blockchain en artificial intelligence of een combinatie daarvan,¹⁵⁴ kunnen bijdragen aan meer transparantie op dit terrein.¹⁵⁵ Deels wordt dergelijke informatie nu al gegenereerd via certificering en (third-party) audits, maar die geven meer een momentopname, terwijl de genoemde technologieën continue monitoring mogelijk maken en deels ook fraudebestendiger kunnen zijn. Het wettelijk voorschrijven van het gebruik van deze technologieën stuit echter op vergelijkbare bezwaren als wettelijk verplicht certificering, met name vanwege het beperken van de markttoegang voor bedrijven die, bijvoorbeeld vanwege hun omvang, minder goed toegang hebben tot dergelijke technologieën en omdat de wetgever met het probleem wordt geconfronteerd dat moet worden bezien welke technologieën voldoen, waarbij het voorschrijven van bepaalde technologieën marktverstoring kan werken en daarom slechts in technische zin kan worden beschreven wat voldoet. Dergelijke technische kennis is echter bij de wetgever niet aanwezig en kan ook aan snelle verandering onderhevig zijn. De technische eisen in de wetgeving kunnen daarmee ook snel verouderd zijn.

In Europees verband wordt wel gesproken over een belangrijke rol voor nieuwe technologieën in het kader van duurzaamheid (bijvoorbeeld in de Green Deal van de Europese Commissie), maar verplichtstelling daarvan lijkt niet aan de orde. Ook het WTO kader kan zich daar, op vergelijkbare wijze als voor certificering geldt, tegen verzetten. Voor zover dergelijke technologieën bedrijven helpen om OESO due diligence uit te voeren, kan het bijdragen aan implementatie van OESO due diligence.

4.2.9 Instellen toezichthouder voor OESO due diligence

Het is denkbaar bij wet een publieke toezichthouder op te richten die toezicht houdt op naleving van de OESO due diligence door bedrijven. Zonder dat het uitvoeren van de OESO due diligence zelf wettelijk verplicht wordt gesteld, zal een dergelijke toezichthouder echter geen sancties kunnen opleggen aan bedrijven die geen of niet adequate OESO due diligence uitvoeren. Wel kan een dergelijke toezichthouder richtlijnen opstellen wat als verantwoorde en adequate OESO due diligence wordt gezien en daarover met bedrijven in gesprek gaan. Die richtlijnen zouden door overheden ook kunnen worden gebruikt en aanbestedingen, als vereiste voor toegang tot handelsmissies en bijvoorbeeld in het kader van exportkrediet of subsidies. Daarmee zouden deze richtlijnen toch een zekere bindende werking krijgen. Daarnaast zou deze toezichthouder bedrijven

¹⁵⁴ Zie bijvoorbeeld <https://twitter.com/RspSrcngLedger>.

¹⁵⁵ Zie voor een verdere uitwerking van het nut (en de beperkingen) van de blockchain technologie op het terrein van OESO due diligence OECD, *Is there a role for blockchain in responsible supply chains?*, Parijs: OECD 2019, te raadplegen via <http://mneguidelines.oecd.org/Is-there-a-role-for-blockchain-in-responsible-supply-chains.pdf>.

(voor zover in de wet toegestaan) ook in een publieke benchmark kunnen ranken. Ook daarvan kan een stimulerend effect uitgaan.

In zekere zin past een dergelijke toezichthouder ook al in het Nederlandse regulatoire landschap omdat de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen de lidstaten, waaronder Nederland, verplichten om een nationaal contactpunt (NCP) in te stellen dat onder meer tot taak heeft de OESO-richtlijnen te promoten en naleving ervan (in algemene zin) te stimuleren naast het behandelen van specific instances. De Nederlandse NCP heeft echter (nog) geen algemene richtlijnen of best practices omtrent implementatie van de OESO-richtlijnen ontwikkeld en kan dat ook niet doen omdat toezicht houden niet tot haar mandaat behoort.

In Europees verband lijkt een dergelijk toezicht niet op problemen te stuiten nu bijvoorbeeld in het kader van de conflict minerals verordening al een nationale toezichthouder moet worden ingesteld die due diligence op dat terrein moet controleren. Dat er op dit terrein een Europese toezichthouder moet worden ingesteld, is echter nog niet voorgesteld. Duidelijk is dat een dergelijke toezichthouder impact kan hebben op het implementeren van OESO due diligence. Omdat dit echter geen wettelijke verplichting is en de toezichthouder niet naleving daarvan maar in beperkte mate kan sanctioneren, is de vraag of dit effectief zal zijn. Dat zal met name ook afhangen van de wijze waarop het toezicht is geregeld. In het WTO-kader lijken hier geen bijzondere problemen te rijzen.

4.2.10 Verbod op import van goederen zonder OESO due diligence

Er zou in Nederland een verbod kunnen worden ingevoerd om goederen te importeren of diensten aan te bieden zonder dat (adequate) OESO due diligence is uitgevoerd. Dergelijke systemen zijn niet onbekend en worden bijvoorbeeld in de VS en in de EU ten aanzien van legaal gekapt hout (en vanaf 1 januari 2021 ook voor conflict minerals) gebruikt.¹⁵⁶ In de EU geldt een enigszins vergelijkbaar systeem voor illegale visserij (dat dus geen betrekking heeft op OESO due diligence) waarbij niet zozeer goederen als wel landen worden getroffen die zich niet aan de regels ter voorkoming van illegale, niet-geregistreerde en niet-gereguleerde visserij houden. Na het geven van een gele kaart wordt de dialoog aangegaan met die landen en na een rode kaart is import van vis uit die landen in de EU verboden.¹⁵⁷

De hout en conflict minerals-regelgevingskaders zien overigens niet op alle aspecten van de OESO due diligence maar op de legale herkomst van hout (Houtverordening) en op het voorkomen van kinderarbeid en gedwongen arbeid (regelgeving in de VS). De verordening met betrekking tot conflictmineralen ziet wel op alle aspecten van OESO due diligence in verband met mensenrechtenschendingen bij de winning van specifieke mineralen in aangewezen conflictgebieden.

¹⁵⁶ Ten aanzien van hout is dat EU Verordening 995/2010 en ten aanzien van conflictmineralen Verordening EU 2017/821. Deze laatste verordening is gebaseerd op de OESO due diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas, <https://www.oecd.org/corporate/mne/GuidanceEdition2.pdf>. Zie over de Houtverordening bijvoorbeeld T. Bartley, 'Transnational governance and the re-centered state: Sustainability or legality?', *Regulation & Governance* 2014, afl. 1, p. 95 e.v.

¹⁵⁷ Zie daarover L. Smit e.a., DG Just 2020, p. 281.

Een zekere parallel valt ook nog te vinden in de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken tussen commerciële partijen in handelsketens in de agri-sector, die bijvoorbeeld late betalingen, het weigeren van het op schrift stellen van overeenkomsten en ontijdige annuleringen in en buiten Europa verbiedt.¹⁵⁸ Dergelijke praktijken kunnen mede leiden tot milieu en mensenrechtenaantastingen, waaronder uitbuiting van werknemers. In beginsel past een dergelijk verbod tot het invoeren van goederen (en het verrichten van diensten) ten aanzien waarvan geen OESO due diligence is uitgevoerd in bestaande regelgeving, zij het dat het extraterritoriale effect, met name in WTO verband niet onomstreden is. Daarmee is overigens niet gezegd dat wetgeving met extraterritoriaal effect zonder meer ongeoorloofd is.¹⁵⁹ Kenmerk van bestaande regels met extraterritoriaal effect is echter dat het dan wel gaat om vereisten aan goederen die in de EU worden geïmporteerd, of om (management) handelen en/of procedures van ondernemingen dat mede in de EU plaatsvindt of die ook in de EU van toepassing zijn. Voor de verordening op het terrein van conflictmineralen geldt dat echter in mindere mate, nu die vooral ziet op hetgeen buiten de EU gebeurt. Los van de bezwaren in het kader van de WTO (hetgeen zou kunnen leiden tot klachten en tegenmaatregelen) is een nadeel van dergelijke regelgeving in Nederland dat die ook geldt voor import uit andere EU-lidstaten die de tussenstaatse handel verstoort en in beginsel strijdig is met het vrije verkeer van goederen en diensten. Daarvoor zal dus een rechtvaardiging als bedoeld in artikel 36 VWEU moeten worden gevonden in dwingende redenen van algemeen belang. Het is de vraag of die voor Nederland kan worden gevonden in problemen die zich vooral buiten de EU voordoen. Het ligt daarmee meer voor de hand dat dergelijke regelgeving op EU-niveau zou worden ingevoerd.

Een dergelijk verbod lijkt te kunnen bijdragen aan de implementatie van OESO due diligence, zeker als op de naleving van het verbod effectief toezicht kan worden gehouden.

4.2.11 Belastingmaatregelen

Het uitvoeren van OESO due diligence zou kunnen worden gestimuleerd door bedrijven, die dergelijke due diligence uitvoeren, belastingvoordelen te geven. Zo zou, in de sfeer van BTW op producten of diensten waarvoor OESO due diligence is uitgevoerd, een korting kunnen worden toegepast, hetgeen deze producten (die wellicht anders iets duurder zouden zijn) goedkoper maakt. Ook zouden bedrijven, die OESO due diligence op het ondernemingsniveau en in hun waardeketens hebben geïmplementeerd, belastingvoordelen, bijvoorbeeld op de vennootschapsbelasting, kunnen ontvangen. De vraag is overigens hoezeer dat laatste een stimulans zal zijn voor grote multinationals als die in Nederland weinig vennootschapsbelasting betalen. De eerste variant zal uiteraard ook voor hen een prikkel opleveren. Op zichzelf passen belastingmaatregelen voor het stimuleren van duurzaam gedrag in het Nederlandse stelsel. Zo zijn dergelijke maatregelen bijvoorbeeld voor elektrische voertuigen toegepast. Deze optie brengt wel mee dat de overheid (collectiviteit) de kosten van OESO due diligence van bedrijven (voor een deel) overneemt. Probleem van deze oplossing is wel dat de Belastingdienst moet controleren of (ook in het buitenland) toereikende OESO due diligence is uitgevoerd. Het is de vraag of zij over voldoende

¹⁵⁸ Richtlijn 2019/633.

¹⁵⁹ Zie voor een aantal voorbeelden van wetgeving van de EU met een directe of indirecte extraterritoriale werking bijvoorbeeld The Circle 2019, p. 38-71, te raadplegen via https://thecircle.ngo/wp-content/uploads/2015/11/Fashion-Focus-Towards-a-Legal-Framework-for-a-Living-Wage_Small.pdf.

capaciteit, kennis en budget beschikt om dat daadwerkelijk te kunnen doen. Deze optie lijkt daarmee, vooral als er onvoldoende capaciteit en kennis bestaat om naleving te controleren, enigszins fraudegevoelig. Daarmee rijst de vraag of deze veel zal bijdragen aan implementatie van OESO due diligence.

Nu Nederland in beginsel nog zelf zijn belastingmaatregelen kan vaststellen, lijkt het Europese (noch het WTO-kader) zich daartegen te verzetten. In Europees verband lijkt echter op het terrein van OESO due diligence niet direct aan belastingmaatregelen te worden gedacht.

4.2.12 Ombudsman

Er zou een wettelijke regeling kunnen worden ingevoerd die een ombudsman instelt voor (klachten over) OESO due diligence en die mogelijkheden krijgt om (via de rechter) bescheiden op te vragen bij bedrijven over het uitvoeren van OESO due diligence, die bedrijven ook verplicht zijn om te verstrekken. Mogelijk zouden aan het gegrond bevinden van klachten door de ombudsman ook consequenties kunnen worden verbonden in bijvoorbeeld aanbestedingen, handelsmissies, exportkrediet of subsidies. Canada heeft een dergelijk systeem deels ingevoerd. Het zou voor een deel passen in het Nederlandse systeem waar de NCP in feite al een deel van deze functie op zich neemt in het kader van specific instances. De Nederlandse centrale en lagere overheden zouden aan de uitkomsten van dergelijke specific instances, net als Canada doet, ook consequenties kunnen verbinden in de hiervoor bedoelde zin. De Nederlandse NCP heeft echter niet de mogelijkheid om (via de rechter) informatie op te vragen bij bedrijven omtrent het uitvoeren van OESO due diligence die bedrijven ook verplicht zijn om te verstrekken. Dat past wellicht ook minder goed in een model waarin de NCP mede bemiddeld om partijen tot een vergelijk te brengen.

Een verplichting voor bedrijven om informatie te verstrekken aan een toezichthouder past op zichzelf in het Nederlandse wettelijke stelsel. Zo bevat artikel 5:17 Awb een dergelijke algemene bevoegdheid voor bij wet aangewezen toezichthouders. Zij kunnen die bevoegdheid in beginsel uitoefenen zonder rechterlijke tussenkomst, al is toetsing achteraf door de rechter mogelijk, op grond van onrechtmatig handelen door de toezichthouder (bij de burgerlijke rechter) of in het kader van de naar aanleiding van de verkregen informatie opgelegde sanctie (bij de bestuursrechter). De functie van toezichthouder is echter een enigszins andere, nu een toezichthouder ook uit eigen beweging toezicht houdt en daarvoor (juist niet) afhankelijk is van klachten. Daarom lijkt het combineren van dergelijke toezichtsbevoegdheden met de ombudsmanfunctie niet zonder meer voor de hand te liggen. Dat neemt niet weg dat voor de Nationale Ombudsman, die klachten behandelt tegen de Rijksoverheid, voor het verstrekken van informatie een regeling is getroffen in artikel 9:31 lid 3 en 4 Awb, dat er op neerkomt dat op schriftelijk verzoek informatie aan degene die de klacht heeft ingediend moet worden verstrekt door de Rijksoverheid (voor zover die op deze persoon betrekking heeft), tenzij er een gerechtvaardigd belang bij bestaat dat die niet wordt verstrekt, of alleen aan de ombudsman. Het zou denkbaar zijn daarbij aan te sluiten, waarbij overigens wellicht meer gevallen zullen optreden dat de klager geen informatie te zien krijgt (maar alleen de ombudsman), omdat sprake is van bedrijfsvertrouwelijke informatie. Bovendien is niet vanzelfsprekend dat de wijze waarop een ombudsman toezicht houdt op de (Rijks)overheid ook zonder meer geldt voor bedrijven, hoewel de OESO due diligence uiteraard wel raakvlakken heeft

met het algemeen belang van een schoon milieu en het voorkomen van mensenrechtenschendingen.

Hoewel het Europese recht een dergelijke ombudsman voor OESO due diligence niet kent, lijkt het zich daar niet tegen te verzetten. Dat geldt ook voor het WTO-kader. Of een dergelijke ombudsman bijdraagt aan implementatie van OESO due diligence hangt, naar uit het vorenstaande blijkt, in belangrijke mate af van de soort bevoegdheden die de ombudsman krijgt en de consequenties die de overheid verbindt aan de uitkomsten van onderzoeken van de ombudsman.

4.2.13 Algemeen verbindend verklaren IMVO-convenanten

Een optie zou kunnen zijn om de thans geldende IMVO-convenanten (voor zover die voldoende representatief zijn in de zin van deelnemers uit de sector) algemeen verbindend te verklaren. Dat heeft in zoverre een parallel in de Nederlandse wetgeving dat dit op grond van artikel 2 Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (WAVV) met voldoende representatieve cao (voor een beperkte tijd) kan gebeuren. Wel hebben op grond van artikel 4 lid 1 WAVV slechts bepaalde partijen (werkgevers of vakbonden die partij zijn bij de CAO) de mogelijkheid om daarom te verzoeken. Deze regeling ziet echter op heel specifieke materie die niet zonder meer valt te transplanteren naar OESO due diligence. Wel bevat, in verband met afvalstoffen, art. 15.36 Wet milieubeheer de mogelijkheid om een overeenkomst omtrent een afvalbeheerbijdrage algemeen verbindend verklaren voor degenen die een product, stof of mengsel in Nederland invoert of op de markt brengt. Een dergelijk verzoek kan op grond van artikel 15.37 Wet milieubeheer alleen worden gedaan als degenen of de vertegenwoordigende organisaties van degenen een belangrijke meerderheid vormen van degenen die het product, de stof of het mengsel in Nederland op de markt brengen of invoeren. Een vergelijkbare regeling als in de Wet milieubeheer is denkbaar voor IMVO-convenanten in bepaalde sectoren, waarbij dan derhalve de beperking geldt dat een belangrijk deel van deze betreffende sector moet zijn aangesloten bij het convenant. Wel dient daarbij te worden bedacht dat artikel 15.36 Wet milieubeheer alleen ziet op een afvalstoffenbijdrage en daarmee op een relatief eenvoudig te reguleren en controleren onderwerp. OESO due diligence is naar zijn aard aanzienlijk complexer en lastiger te controleren. Bovendien bestaan op het terrein van de Wet milieubeheer al publieke toezichthouders voor de controle op de naleving. Het alleen algemeen verbindend verklaren van IMVO-convenanten, in ieder geval indien publiekrechtelijke controle ontbreekt, lijkt dan ook niet zonder meer te passen in het huidige stelsel.

De IMVO-convenanten zijn een model dat naast Nederland alleen in Duitsland wordt gehanteerd. Het sluit daarmee minder goed aan bij de Europese benadering. Dat geldt daarom in nog sterkere mate voor het algemeen verbindend verklaren daarvan. Ook het WTO-kader kan zich daartegen verzetten omdat het voor buitenlandse partijen lastiger lijkt om aan dergelijke convenanten deel te nemen. Dat zou derhalve een handelsbelemmering kunnen opleveren. Het algemeen verbindend verklaren zal bijdragen aan implementatie van OESO due diligence door de hele markt, voor zover OESO due diligence onderdeel uitmaakt van de in het convenant gemaakte afspraken. Wel bestaat het risico dat heel proactieve partijen worden belemmerd, in hun streven tot nog betere due diligence praktijken te komen, door meer reactieve partijen die alleen aan het convenant deelnemen omdat dit wettelijk verplicht is gesteld.

4.2.14 *Uitbreiden regeling misleidende handelspraktijken naar OESO due diligence*

Het is denkbaar om de regeling over misleidende handelspraktijken uit te breiden naar OESO due diligence. Dat kan op twee manieren. Allereerst kan de verplichting worden opgelegd om informatie aan consumenten te verschaffen over het uitvoeren van OESO due diligence en het niet geven daarvan (onder omstandigheden) als een misleidende handelspraktijk kan worden aange-merkt. Die optie is hiervoor onder 4.2.2 besproken.

Daarnaast is denkbaar om het verkopen van goederen of het leveren van diensten aan consumenten zonder het uitvoeren van OESO due diligence als zodanig als een misleidende handelspraktijk aan te merken. Dit sluit, afhankelijk van de soort gebreken in de OESO due diligence aan bij bestaande wetgeving. Zo is in art. 6:193c lid 2c onder b BW opgenomen dat als misleidend wordt beschouwd dat een bedrijf aangeeft gebonden te zijn aan een bepaald label/certificeringsinitiatief, maar dat niet naleeft.¹⁶⁰ Bovendien wordt op grond van art. 6:193g onder a, b en d BW steeds als misleidend beschouwd het aangeven deel te nemen aan een gedragscode (zoals een 'ecolabel') terwijl dat in werkelijkheid niet het geval is, het gebruiken van een label terwijl daarvoor geen toestemming is verkregen of het suggereren dat aan de eisen van een dergelijk label is voldaan terwijl dat niet het geval is.¹⁶¹ Het niet uitvoeren van OESO due diligence als zodanig gaat echter nog aanzienlijk verder, waarbij naleving ook minder gemakkelijk valt te controleren dan bijvoorbeeld van de vraag of een bedrijf is aangesloten bij een bepaald label. Ook is de vraag of de ACM, die in dit verband vooral op consumentenbelangen let, de kennis, capaciteit en het budget heeft om ook de naleving van een dergelijke verplichting te controleren. Een nadeel van deze optie, boven het wettelijk vastleggen van de verplichting om OESO due diligence uit te voeren, is bovendien dat deze alleen geldt voor bedrijven die aan consumenten leveren en daarmee een groot deel van de markt/sectoren niet bereikt.

Bovendien verdient in dit verband opmerking, naar hiervoor onder 4.2.2 ook is uiteengezet, dat de (Europese)¹⁶² achtergrond van de regeling omtrent oneerlijke handelspraktijken vooral het voorkomen van economisch nadeel voor consumenten is.¹⁶³ De teksten van art. 6:193b en d BW bevatten die beperking niet en spreken van een beperking om een geïnformeerd besluit te nemen over de aankoop (die meebrengt dat het product of dienst anders niet gekocht of geaccepteerd zou zijn).¹⁶⁴ Naarmate duurzaamheid voor consumenten steeds belangrijker wordt in het kader van hun aankoopbeslissingen, valt er in het licht van de teksten van de artikelen 6:193b en d BW

¹⁶⁰ Zie ook Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 193c, aant. 10. Wel wordt nog de vraag opgeworpen of het alleen om code kan gaan die (mede) verplichtingen jegens consumenten inhouden of ook andere gedragscodes/labels. De laatste interpretatie lijkt te prevaleren. Zie Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 193c, aant. 10.

¹⁶¹ Voor zover sprake is van een merkrecht op het 'ecolabel' zal ook de eigenaar van het label uit hoofde van het merkrecht kunnen optreden tegen dit gebruik. Zie Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 193d, aant. 4.

¹⁶² Richtlijn 2005/29/EG (met name artikel 6 van die richtlijn). Zie ook Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 193c, aant. 1.

¹⁶³ Art. 5 van de Richtlijn spreekt dan ook van het verstoren van het wezenlijk verstoren van economisch gedrag van consumenten. Zie Kamerstukken I 2007/08, 30 928, C, toelichting op art. 193b.

¹⁶⁴ Kamerstukken I 2007/08, 30 928, C, toelichting op art. 193b.

derhalve het nodige voor te zeggen ook oneerlijke handelspraktijken die zien op duurzaamheid/mensenrechten onder de regeling te brengen. Daarbij zou de hiervoor bedoelde regeling kunnen aansluiten.

In WTO verband lijken hier geen problemen te rijzen, tenzij het voor buitenlandse bedrijven lastiger zou zijn om aan de regelgeving te voldoen. Op zichzelf kan deze optie leiden tot implementatie van OESO due diligence, maar bereikt deze, naar hiervoor al werd aangegeven, slechts een deel van de markt/sectoren.

4.2.15 Uitbreiding Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven

Op grond van artikel 2 van het voorstel voor de Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven kunnen bij AMvB regels worden gesteld naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek in het belang van duurzame ontwikkeling, waarmee blijkens artikel 2 lid 2 wordt bedoeld op de vermindering van uitstoot van broeikasgassen, duurzame energieproductie of energiebesparing en dierenwelzijn.¹⁶⁵ Deze terreinen kunnen blijkens artikel 2 lid 3 bij AMvB worden uitgebreid tot andere terreinen. Een verzoek moet op grond van artikel 3 voldoende draagvlak kunnen aantonen en moet onder meer de gevolgen van het stellen van regels voor de duurzame ontwikkeling, de markteffecten en andere gevolgen van de te stellen regels omvatten, alsook de wijze waarop de marktpartijen beogen bij te dragen aan het toezicht op de naleving. Blijkens artikel 4 lid 1 betreft de minister bij de beoordeling van het verzoek de mate van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, het bestaan van minder ingrijpende alternatieven waarmee een gelijkwaardige duurzame ontwikkeling wordt gerealiseerd en de verhouding van de gevolgen van de te stellen regels tot de te realiseren duurzame ontwikkeling. De regels mogen op grond van artikel 4 lid 2 ook niet in strijd komen met verdragen of andere besluiten van volkenrechtelijke organisaties en/of met hogere regelingen. Blijkens artikel 8 is ook een vrijstelling mogelijk op de regels als een actor kan aantonen dat hij aantoonbaar een minstens even duurzame ontwikkeling realiseert. Bovendien gelden de regels op grond van artikel 10 lid 1 voor vijf jaar en vervallen dan van rechtswege, tenzij de verlengingsoptie van vijf jaar van artikel 10 lid 2 wordt gekozen.

Indien deze wet is ingevoerd, zou bij AMvB derhalve ook kunnen worden bepaald dat deze voor de andere onderwerpen van OESO due diligence van toepassing is. Uiteraard is een belangrijk verschil met een wettelijke regeling die OESO due diligence verplicht stelt, dat de markt of een sector, althans een voldoende representatief deel daarvan, zelf een verzoek moet doen tot het stellen van regels (en daarbij op grond van artikel 3 ook voor een gedegen onderbouwing moet zorgen). Bovendien moet de markt ook zelf bijdragen aan toezicht en handhaving en ligt het instellen van een publieke toezichthouder minde voor de hand. Deze optie is met name interessant als aan de markt of bepaalde sectoren wordt overgelaten of het stellen van regels noodzakelijk is en de handhaving ook bij de markt of bepaalde sectoren wordt neergelegd. Dat kan er wel toe leiden dat als er in de markt of sector onvoldoende steun is voor een dergelijk initiatief geen regelgeving van de grond komt.

¹⁶⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 2.

Deze optie past in die zin in het Europese recht dat deze een oplossing tracht te bieden voor de problemen die ontstaan met het (Europese) mededingingsrecht bij het implementeren van duurzaamheidsinitiatieven door de markt. In Europa zelf wordt deze oplossing niet voorgesteld. De WTO zou zich hiertegen kunnen verzetten omdat het voor buitenlandse bedrijven lastiger kan zijn om zich bij dergelijke initiatieven aan te sluiten. Voor zover deze initiatieven OESO due diligence voorschrijven, dragen zij bij aan implementatie daarvan. Het hangt echter wel af van de vraag hoe het toezicht daarop is geregeld (alleen privaat of ook publiek) of en in welke mate dat in de praktijk zal gebeuren.

4.2.16 Goedkeuring van (productie)faciliteiten

Een optie kan ook zijn dat een wettelijke regeling bepaalt dat bedrijven (Nederlandse of zelfs bedrijven die op de Nederlandse markt producten of diensten leveren) alleen goederen mogen leveren die op bepaalde door de Nederlandse overheid goedgekeurde (productie)faciliteiten zijn geproduceerd. Een dergelijke regeling biedt uiteraard alleen soelaas als redelijkerwijs kan worden geëist dat alle marktdeelnemers bij dergelijke productiefaciliteiten inkopen. Dat is zeker niet in alle sectoren/ten aanzien van alle producten het geval. Een voorbeeld dat hieraan raakt is de EU Verordening op het recyclen van schepen onder EU-vlag.¹⁶⁶ Deze verordening eist dat schepen onder EU-vlag alleen mogen worden gesloopt op door de EU goedgekeurde (op een EU lijst staande) scheepswerven. De verordening valt overigens relatief gemakkelijk te omzeilen door schepen onder een andere vlag te laten varen. Dat lijkt echter bij productielocaties minder gemakkelijk, nu, als die liggen in een bepaald land of gebied waarvoor goedkeuring nodig is, dat niet steeds makkelijk kan worden veranderd, zoals bij grondstoffen het geval is. Wel is uiteraard denkbaar, zoals ook een risico is bij conflict minerals, dat fraude plaatsvindt met de herkomst van goederen of grondstoffen. De Europese Commissie betreft bij die goedkeuring in het kader van recyclen van schepen in beginsel alleen milieustandaarden, maar dat zou kunnen worden uitgebreid naar andere onderwerpen van de OESO due diligence (zo zijn arbeidsomstandigheden op sommige slooplocaties ook slecht).¹⁶⁷ Denkbaar zou dergelijke wetgeving zijn ten aanzien van bepaalde grondstoffen die in grote mijnen worden gewonnen. Dergelijke regelgeving zou dan in aanvulling op de conflictmineralenverordening kunnen worden gebruikt voor in Nederland gevestigde bedrijven die dergelijke grondstoffen importeren en/of gebruiken. Uiteraard brengt deze optie voor de Nederlandse overheid aanzienlijke uitvoeringskosten mee omdat de productielocaties moeten worden bezocht en gemonitord. De kosten van OESO due diligence worden dan voor een (belangrijk) deel door de overheid gedragen.

¹⁶⁶ Verordening (EU) 1257/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 20 november 2013 inzake scheepsrecycling, en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1013/2006 en van Richtlijn 2009/16/EG (*PbEU* 2013, L 330/1).

¹⁶⁷ Een aantal banken heeft overigens wel standaarden opgesteld voor scheepsfinanciering waarin sloop op verantwoord handelende werven wordt gestimuleerd en waarin ook het mensenrechtenaspect is meegenomen. Zie de Responsible Ship Recycling Standards, p. 4, te raadplegen via <https://www.nordea.com/Images/33-248171/Nordea%20RSRS.pdf>.

Het Nederlandse recht kent nog geen regelgeving die de hiervoor beschreven goedkeuring implementeert en in zoverre sluit dit systeem minder goed aan bij het Nederlandse recht. Het kan bijdragen aan implementatie van OESO due diligence, met name bij de (goedgekeurde) productiefaciliteit zelf. Dat geldt echter in mindere mate voor andere actoren in de keten.

4.2.17 Aanpassingen in het procesrecht en/of internationaal privaatrecht

Naast of in combinatie met de hiervoor genoemde opties, zou ook kunnen worden gedacht aan opties om private actoren handvatten te bieden die procedures op het terrein van de OESO due diligence vergemakkelijken. Dat kan door middel van aanpassingen op het terrein van het burgerlijk procesrecht.¹⁶⁸ Te denken valt aan het aan rechtsbijstandsverleners toestaan om, bij een gunstige uitspraak, aanspraak te maken op een percentage van de verkregen schadevergoeding terwijl de rechtszoekenden bij een negatieve uitspraak niet hoeven te betalen ('contingency fees'), omkering van de bewijslast in verband met het uitvoeren van adequate due diligence, en specifieke bepalingen over bescherming van getuigen, verdeling van kosten en toegang tot informatie.¹⁶⁹ Het is echter de vraag of dergelijke aanpassingen tot meer procesbereidheid leiden, mede omdat het voor rechtszoekenden in andere landen lastig kan zijn om de weg naar de Nederlandse rechter te vinden.¹⁷⁰ Bovendien past het procederen op basis van een deel van de verkregen schadevergoeding minder goed in het Nederlandse systeem, waar dit vooralsnog alleen bij wijze van proef is toegestaan bij letselschade. Ook op het gebied van het internationale privaatrecht kunnen voor eisers in dergelijke zaken de nodige problemen rijzen in verband met de bevoegdheid van de Nederlandse rechter en het toepasselijke recht.¹⁷¹ Ten aanzien van de bevoegdheid geldt bovendien dat Nederlandse rechter in zaken betreffende de OESO-richtlijnen, met name de zaken omtrent milieuvervuiling in Nigeria, al bevoegdheid heeft aangenomen en aanpassing in zoverre niet nodig is.¹⁷² Naar hiervoor onder 4.2.5 is besproken, zijn dergelijke aanpassingen ten aanzien van het toepasselijke recht minder gemakkelijk te realiseren. Het gaat bovendien om aanpassingen die vooral in verband met de hiervoor onder 4.2.5 besproken aansprakelijkheids optie relevant zijn.

Deze optie lijkt minder goed in het Europese recht te passen dat, naar in het kader van de aansprakelijkheids optie is besproken, uitgaat van andere regels met name ten aanzien van het toepasselijke recht. Het WTO-kader lijkt hier geen bijzondere problemen op te werpen. Naar hiervoor in hoofdstuk 3 is uiteengezet, zullen dergelijke aanpassingen waarschijnlijk slechts procedures

¹⁶⁸ Zie voor de procedurele problemen waarmee klagers kunnen worden geconfronteerd bijvoorbeeld Enneking e.a., 2016, p. 196 e.v.

¹⁶⁹ Zie over de laatste drie mogelijkheden in verband met arbitrages over mensenrechten ook The Hague Rules, artikelen 32, 33 en 53, te raadplegen via https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf.

¹⁷⁰ In de VK waar dergelijke contingency fees wel zijn toegestaan, weten advocatenkantoren echter een aantal rechtszoekenden op het terrein van mensenrechten en milieuschendingen te vinden.

¹⁷¹ Zie hiervoor paragraaf 4.2.5 en voorts bijvoorbeeld L. Smit e.a., DG Just 2020, p. 278-280; Marx, Bright en Wouters 2019; Enneking 2016, p. 141 e.v.

¹⁷² Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587. De Hoge Raad heeft zich hier echter nog niet over uitgesproken. Overigens is dat niet uniek voor deze zaak. De Nederlandse rechter neemt op grond van art. 8 Verordening Brussel I-bis of art. 7 Rv vaker bevoegdheid aan voor buitenlandse (dochter)ondernemingen wanneer er een voldoende band bestaat tussen de vordering tegen de Nederlandse en buitenlandse gedaagde. Zie bijvoorbeeld HR 29 maart 2019, NJ 2019/259 m.nt. Strikwerda; Hof Amsterdam 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2951.

tegen bedrijven kunnen bevorderen en daarmee implementatie van OESO due diligence in incidentele gevallen. Een meer algemene bijdrage aan implementatie van OESO due diligence lijkt deze optie dus niet te bieden.

Aanpassingen van het burgerlijk procesrecht en het internationale privaatrecht ter bevordering van OESO due diligence behoeven verder onderzoek dat echter buiten de scope van dit onderzoek valt, mede omdat het geen (nieuwe) wetgevingsopties betreffen, maar deels aanpassing van bestaande regelingen en ook veranderingen die in de rechtspraak vormgegeven kunnen worden.

4.2.18 Invoering regelgeving voor oneerlijke handelspraktijken tussen bedrijven

Een deel van de mensenrechten/arbeidsomstandigheden/milieu impact van bedrijven kan veroorzaakt worden door contractuele vereisten die met leveranciers worden overeengekomen, zoals mogelijkheden voor late betaling, het op korte termijn kunnen wijzigen van aantallen en specificaties, kortingen op goederen en beëindiging van alle opdrachten als in een opdracht tekort wordt geschoten. Het is denkbaar dergelijke praktijken te reguleren.¹⁷³ Het gaat dan met name ook om handelspraktijken buiten Nederland en daarom zouden deze regels moeten gelden voor alle Nederlandse bedrijven, ook wanneer zij contracten sluiten met buitenlandse ondernemingen. Dergelijke regelgeving past binnen het Nederlandse (Europese) kader, nu deze benadering is gekozen in Richtlijn EU 2019/633 over oneerlijke handelspraktijken tussen bedrijven in handelsketens in de agrarische sector. Deze richtlijn geldt zowel voor contracten tussen ondernemingen in de EU als tussen een onderneming in de EU enerzijds en een onderneming buiten de EU anderzijds. Art. 3 van deze richtlijn beschrijft een aantal handelspraktijken die als oneerlijk worden aangemerkt, waaronder late betaling. De richtlijn voorziet verder in een publieke toezichthouder. Nu deze richtlijn ook in Nederlandse regelgeving moet worden omgezet, is denkbaar om in de Nederlandse regelgeving een aantal additionele praktijken op te nemen die bijdragen aan mensenrechten/arbeidsomstandigheden/milieu impact van bedrijven en waarvan hiervoor voorbeelden zijn genoemd. De richtlijn gaat niet uit van volledige harmonisatie en laat dat derhalve toe, voor zover de additionele bepalingen in overeenstemming zijn met het Europese recht. Ook is denkbaar dat meer gestuurd wordt op gedeelde verantwoordelijkheden tussen kopers en leveranciers op het gebied van mensenrechten, arbeidsomstandigheden en milieu en een gezamenlijke verplichting wordt geïmplementeerd om bij te dragen aan remedy, voor zover de koper daaraan (mede door de handelspraktijken) heeft bijgedragen. Dat laatste is niet in de hiervoor genoemde richtlijn opgenomen en past derhalve niet zonder meer in het in de richtlijn gekozen systeem. Het lijkt ook ingewikkelder om, los van contractuele clausules, wettelijk vast te leggen hoe aan een dergelijke gedeelde verantwoordelijkheid vorm moet worden gegeven. Wel zou een toezichthouder dat uiteraard in het kader van het toezicht met de onder toezicht gestelden kunnen bespreken.

Deze richtlijn zal moeten worden geïmplementeerd in het Nederlandse recht (en in de andere EU-lidstaten) en in zoverre sluit deze optie daar ook bij aan. De WTO lijkt ten aanzien van deze optie niet voor specifieke problemen te zorgen. De implementatie van OESO due diligence wordt hier in beperkte mate mee bevorderd nu het enkel gaat om contractuele bepalingen en OESO due

¹⁷³ Zie over de huidige contractuele systemen rondom OESO due diligence en mogelijkheden voor verbetering bijvoorbeeld Scheltema 2020, p. 259-278.

diligence niet alleen door middel van contracten vorm wordt gegeven maar een veel breder scala van activiteiten omvat (al wordt thans vaak niet onderkend dat goede contractuele mechanismen kunnen bijdragen aan goede OESO due diligence en, wellicht nog belangrijker, slechte contractuele mechanismen daar ernstig afbreuk aan kunnen doen).

4.2.19 Samenvattende tabel

Hierna volgt een tabel waarin het vorenstaande in grote lijnen is samengevat. In de tabel wordt aangegeven of de optie (i) aansluit bij het Nederlandse en (ii) EU recht, of (iii) mogelijk problemen met de WTO zouden kunnen rijzen door een dergelijke optie te implementeren, (iv) in hoeverre de optie aansluit bij het uitgangspunt dat bedrijven OESO due diligence moeten uitvoeren en ten slotte of (v) de optie ook in het buitenland is voorgesteld of wordt toegepast.¹⁷⁴ De mate waarin een optie in overeenstemming is met of aansluit bij een van de onder (i)-(v) genoemde onderwerpen wordt aangegeven met -- (slecht/niet) – (matig/bepikt) +/- (redelijk/in een aantal gevallen) of + (goed/algemeen toegepast).

Optie	NL recht	EU recht	WTO	OESO DD	Buitenland
Verslaglegging	+	+	+	-	+
Informatie producten	+	+/-	+/-	+/-	--
DD verplichting	+	+	+/-	+	+
Verplichte certificering	-	+/-	-	+/-	--
Aansprakelijkheid	--	--	+/-	-	-
Aanbesteding	+	+	+	+	-
Corporate governance	+	+/-	+	+/-	+
Voorschrijven technologie	-	-	-	+	--
Toezichthouder OECD DD	+	+/-	+	+/-	--
Verbod import	+/-	+/-	--	+	+
Belastingmaatregelen	+	+/-	+	+/-	-
Ombudsman	+/-	+/-	+	+/-	+
Algemeen verbindend verklaren IMVO-convenanten	+/-	--	-	+/-	--
Uitbreiden misleidende handelspraktijken	+	+/-	+/-	+/-	--
Uitbreiding wet duurzaamheidsinitiatieven	+/-	+/-	+/-	+/-	--
Goedkeuring productiefaciliteiten	+/-	+	-	+/-	--

¹⁷⁴ Dat laatste voor zover het gaat om de in de bijlage bij dit rapport geïdentificeerde wetgevingsopties die in het buitenland worden gebruikt of voorgesteld. Als er in de bijlage geen gebruik van een specifieke optie valt aan te treffen wordt in de onderstaande tabel aangegeven dat die optie in het buitenland niet wordt gebruikt.

Aanpassing procesrecht	+/-	-	+/-	-	--
Oneerlijke handelspraktijken bedrijven	+	+	+	+/-	+

4.3 Verkenning impact wetgevingsopties op OESO due diligence cycle

Naar hiervoor al is uiteengezet, bevat de hiernavolgende tabel een verkenning van de impact van de hiervoor besproken opties op de verschillende (6) elementen van de due diligence cycle. Overigens hangt de vraag wat kwalificeert als impact op de due diligence cycle af van de doelstelling van wetgeving. Indien het doel van wetgeving is dat ieder bedrijf beleid heeft ontwikkeld voor het uitvoeren van OESO due diligence en dit plan implementeert, zal impact vooral samenhangen met de vraag of dergelijk beleid daadwerkelijk is ontwikkeld en geïmplementeerd. Zelfs als dit is gebeurd, wil dat echter nog niet zonder meer zeggen dat er ook daadwerkelijk een gedragsverandering binnen een onderneming plaatsvindt (het risico bestaat op ticking-the-box-exercises) en daarmee ook op de grond in de gebieden waar dit relevant is veranderingen optreden. Het onderstaande schema gaat ervan uit dat het doel van wetgeving mede is een dergelijke gedragsverandering voor zover mogelijk te stimuleren.

Wetgevings-opties	Inbedden in beleid en managementsystemen.	Identificeer en beoordeel negatieve impact.	Beëindig, voorkom of beperk negatieve impact.	Volg implementatie en resultaten.	Communiceren/rapporteren.	Voorzien in of meewerken aan herstel.
1. Rapportage over RBC (voor grote bedrijven).	Impact als het rapport betrekking heeft op het bestaan van beleid en de inhoud ervan, waarbij externe druk kan worden uitgeoefend als het beleid onvoldoende is en het bedrijf bekend is bij een groter publiek.	Beperkt , alleen als de rapportage individuele RBC-problemen bevat die externe druk kunnen veroorzaken, de beoordeling onvoldoende was en het bedrijf bekend is bij een groter publiek.	Beperkt , alleen als de rapportage individuele RBC-problemen bevat die externe druk kunnen veroorzaken, de beoordeling onvoldoende was en het bedrijf bekend is bij een groter publiek.	Beperkt , alleen als de rapportage individuele RBC-problemen bevat die externe druk kunnen veroorzaken, de beoordeling onvoldoende was en afhankelijk van de publieke interactie van het bedrijf.	Impact Voordeel: derden kunnen de voortgang volgen. Nadelen: Kosten voor (kleinere) bedrijven, geen (verplicht) uniform rapportagekader en dus moeilijk te vergelijken, impact op mensenrechten moeilijk meetbaar, grotendeels alleen informatie over bedrijf en niet over klanten of supply chain partners (kan vertrouwelijk zijn).	Beperkt , alleen als de rapportage individuele RBC-problemen bevat die externe druk kunnen veroorzaken, de beoordeling onvoldoende was en het bedrijf bekend is bij een groter publiek.

<p>2. Informatie over producten voor consumenten.</p>	<p>Impact als bedrijf producten verkoopt op consumentenmarkten en bekend is bij een groter publiek, omdat er een stimulans bestaat het beleid te verbeteren als consumenten geneigd zijn meer verantwoorde producten te kopen en het label de prestaties van de producent weerspiegelt.</p>	<p>Impact als bedrijf producten verkoopt op consumentenmarkten en bekend is bij een groter publiek, omdat er een stimulans bestaat het beleid te verbeteren als consumenten geneigd zijn meer verantwoorde producten te kopen en het label de prestaties van de producent weerspiegelt.</p>	<p>Impact als bedrijf producten verkoopt op consumentenmarkten en bekend is bij een groter publiek, omdat er een stimulans bestaat het beleid te verbeteren als consumenten geneigd zijn meer verantwoorde producten te kopen en het label de prestaties van de producent weerspiegelt.</p>	<p>Impact als bedrijf producten verkoopt op consumentenmarkten en bekend is bij een groter publiek, omdat er een stimulans bestaat het beleid te verbeteren als consumenten geneigd zijn meer verantwoorde producten te kopen en het label de prestaties van de producent weerspiegelt.</p>	<p>Impact Voordelen: derden kunnen producten van beter presterende bedrijven kopen als bedrijven producten op consumentenmarkten verkopen en bekend zijn bij een groter publiek. Nadelen: Kosten voor (kleinere) bedrijven om problemen aan te pakken, mensenrechten impact moeilijk te meten, in grote lijnen alleen informatie over bedrijf en niet over klanten of supply chain partners (kan vertrouwelijk zijn).</p>	<p>Geen impact.</p>
<p>3. Verplichte due diligence.</p>	<p>Impact is afhankelijk van het type toezicht Voordeel: in tegenstelling tot rapportageverplichtingen vereist deze aanpak daadwerkelijke implementatie Nadeel: duur, vooral voor kleinere bedrijven, praktische belemmeringen, afstemming op overheidsbeleid, wetgeving en handhaving in landen waar bedrijven vandaan komen of waar ze actief zijn (benchmark van</p>	<p>Impact als externe toezichthouder in staat en bereid is om te monitoren, uitdagender buiten Nederland. Voordeel: in tegenstelling tot rapportageverplichtingen vereist deze aanpak daadwerkelijke implementatie Nadeel: duur, vooral voor kleinere bedrijven, praktische belemmeringen, afstemming op overheidsbeleid, wetgeving en handhaving in landen waar bedrijven vandaan komen of waar ze actief zijn (benchmark van</p>	<p>Impact is afhankelijk van het type toezicht Voordeel: in tegenstelling tot rapportageverplichtingen vereist deze aanpak daadwerkelijke implementatie Nadeel: duur, vooral voor kleinere bedrijven, praktische belemmeringen, afstemming op overheidsbeleid, wetgeving en handhaving in landen waar bedrijven vandaan komen of waar ze actief zijn (benchmark van landen en afhankelijk van positie verbeterende due diligence?) en kan bedrijven verdrijven uit</p>	<p>Impact is afhankelijk van het type toezicht Voordeel: in tegenstelling tot rapportageverplichtingen vereist deze aanpak daadwerkelijke implementatie Nadeel: duur, vooral voor kleinere bedrijven, praktische belemmeringen, afstemming op overheidsbeleid, wetgeving en handhaving in landen waar bedrijven vandaan komen of waar ze actief zijn (benchmark van landen en afhankelijk van positie verbeterende due diligence?) en kan bedrijven verdrijven uit</p>	<p>Zie <i>Rapportage over RBC</i>.</p>	<p>Beperkt, externe toezichthouder moet in staat en bereid zijn om toezicht te houden en het is lastig om regels voor een adequate remedie op te stellen.</p>

	landen en afhankelijk van positie verbeterende due diligence?) en kan bedrijven verdrijven uit meer risicovolle landen/gebieden.	kelijk van positie verbeterende due diligence?).	meer risicovolle landen/gebieden.	meer risicovolle landen/gebieden.		
4. Verplichte certificering indien beschikbaar.	Impact Voordeel: certificering controleert niet alleen de prestaties, maar kan ook helpen bij het implementeren van best practices. Nadeel: niet beschikbaar in alle sectoren of voor alle leveranciers, kostbaar, risico van 'race to the bottom' als eisen worden opgeheven door certificatie-instellingen om klanten aan te trekken, certificaat geeft mogelijk niet de werkelijke prestaties weer.	Impact Voordeel: certificering controleert niet alleen de prestaties, maar kan ook helpen bij het implementeren van best practices. Nadeel: niet beschikbaar in alle sectoren of voor alle leveranciers, kostbaar, risico van 'race to the bottom' als eisen worden opgeheven door certificatie-instellingen om klanten aan te trekken, certificaat geeft mogelijk niet de werkelijke prestaties weer.	Impact Voordeel: certificering controleert niet alleen de prestaties, maar kan ook helpen bij het implementeren van best practices. Nadeel: niet beschikbaar in alle sectoren of voor alle leveranciers, kostbaar, risico van 'race to the bottom' als eisen worden opgeheven door certificatie-instellingen om klanten aan te trekken, certificaat geeft mogelijk niet de werkelijke prestaties weer.	Impact Voordeel: certificering controleert niet alleen de prestaties, maar kan ook helpen bij het implementeren van best practices. Nadeel: niet beschikbaar in alle sectoren of voor alle leveranciers, kostbaar, risico van 'race to the bottom' als eisen worden opgeheven door certificatie-instellingen om klanten aan te trekken, certificaat geeft mogelijk niet de werkelijke prestaties weer.	Beperkt , aangezien certificaat openbaar is, maar geen uitkomsten van evaluatie door certificerende instantie. De normen die gecertificeerd zijn, kunnen echter openbaar zijn.	Geen impact , aangezien certificering in het algemeen niet beoordeelt of remedie wordt geboden.
5. Aansprakelijkheid voor dochterondernemingen en voor het veroorzaken of bijdragen aan mensenrechten/schendingen/milieu-schade buiten Nederland (zorgplicht).	Beperkt , indirect als aansprakelijkheid een stimulans zou zijn om te handelen (wat wordt betwist en o.a. afhankelijk is van het aantal gehonoreerde claims). Nadeel: kan extraterritoriale problemen veroorzaken.	Beperkt , indirect als aansprakelijkheid een stimulans zou zijn om te handelen (wat wordt betwist en o.a. afhankelijk is van het aantal gehonoreerde claims). Nadeel: kan extraterritoriale problemen veroorzaken.	Beperkt , indirect als aansprakelijkheid een stimulans zou zijn om te handelen (wat wordt betwist en o.a. afhankelijk is van het aantal gehonoreerde claims). Nadeel: kan extraterritoriale problemen veroorzaken en bedrijven verdrijven uit meer risicovolle landen/gebieden.	Beperkt , indirect als aansprakelijkheid een stimulans zou zijn om te handelen (wat wordt betwist en o.a. afhankelijk is van het aantal gehonoreerde claims). Nadeel: kan extraterritoriale problemen veroorzaken en bedrijven verdrijven uit meer risicovolle landen/gebieden.	Ongevenste impact , omdat communiceren kan leiden tot aansprakelijkheid.	Impact als het nationale rechtstelsysteem voldoende toegang biedt tot rechtsmiddelen voor houders van rechten, b.v. omkering van de bewijslast, class actions en 'no cure no pay'-regelingen (vaak uitdagend in de praktijk en lokale oplossingen scoren beter indien beschikbaar). Nadeel: kan extraterritoriale problemen veroorzaken.
6.						

<p>Verplichting voor overheidsinstanties om verantwoord te kopen.</p>	<p>Impact als de markt verkoopt of diensten levert aan de overheid Voordeel: de overheid stimuleert dergelijk beleid en best practices en kan controleren of bedrijven hieraan voldoen Nadeel: niet alle markten zijn afhankelijk van overheidscontracten.</p>	<p>Beperkt, omdat het moeilijk is voor overheden om te beoordelen wat bedrijven in de praktijk doen. Afhankelijk van het type toezicht op de prestaties van bedrijven kunnen deze beoordelingen echter worden vergemakkelijkt.</p>	<p>Beperkt, omdat het moeilijk is voor overheden om te beoordelen wat bedrijven in de praktijk doen. Afhankelijk van het type toezicht op de prestaties van bedrijven kunnen deze beoordelingen echter worden vergemakkelijkt.</p>	<p>Beperkt, omdat het moeilijk is voor overheden om te beoordelen wat bedrijven in de praktijk doen. Afhankelijk van het type toezicht op de prestaties van bedrijven kunnen deze beoordelingen echter worden vergemakkelijkt.</p>	<p>Impact indien onderdeel van inkoopvereisten Voordeel: derden kunnen de voortgang volgen. Nadelen: Kosten voor (kleinere) bedrijven, geen (verplicht) uniform rapportagekader en dus moeilijk te vergelijken, impact van mensenrechten moeilijk meetbaar, grotendeels alleen informatie over bedrijf en niet over klanten of supply chain partners (kan vertrouwelijk zijn).</p>	<p>Geen impact, tenzij onderdeel van inkoopvereisten, maar moeilijk voor overheden om te beoordelen wat bedrijven in de praktijk doen.</p>
<p>7. Verplichtingen met betrekking tot corporate governance (bv. bestuurslid met RBC-opdracht, corporate governance code die deze kwesties aanpakt).</p>	<p>Impact indien implementatie van RBC-bestuursmodellen zijn vereist Nadeel: indirect omdat het zich richt op de interne bedrijfsvoering in plaats van risico's voor externe partijen.</p>	<p>Beperkt, omdat veranderingen in governance de bedrijfspraktijk niet direct veranderen.</p>	<p>Beperkt, omdat veranderingen in governance de bedrijfspraktijk niet direct veranderen.</p>	<p>Beperkt, omdat veranderingen in governance de bedrijfspraktijk niet direct veranderen.</p>	<p>Impact indien onderdeel van governance-eisen Voordeel: derden kunnen de voortgang volgen. Nadelen: Kosten voor (kleinere) bedrijven, geen (verplicht) uniform rapportagekader en dus moeilijk te vergelijken, impact op mensenrechten moeilijk meetbaar, grotendeels informatie over het bedrijf en niet over klanten of supply</p>	<p>Geen impact, tenzij governance code vereisten op dit gebied zou bevatten (wat tot nu toe ongebruikelijk is).</p>

					chain partners (kan vertrouwelijk zijn).	
<p>8.</p> <p>Gebruik van (nieuwe) technologieën voorschrijven (bv. blockchains, kunstmatige intelligentie).</p>	<p>Geen impact.</p>	<p>Impact als deze nadelige effecten uit technologie kunnen worden afgeleid Voordeel: kan de kosten van beoordelingen verlagen Nadeel: gebruik van nieuwe technologieën niet goed ontwikkeld/ permanente marktpraktijk, werkt alleen als bedrijven zich bezighouden met uniforme systemen (anders geen gegevensinteroperabiliteit en dus geen verbeterde transparantie).</p>	<p>Impact als deze nadelige effecten uit technologie kunnen worden afgeleid Voordeel: kan de kosten van beoordelingen verlagen Nadeel: gebruik van nieuwe technologieën niet goed ontwikkeld/ permanente marktpraktijk, werkt alleen als bedrijven zich bezighouden met uniforme systemen (anders geen gegevensinteroperabiliteit en dus geen verbeterde transparantie).</p>	<p>Impact als deze nadelige effecten uit technologie kunnen worden afgeleid Voordeel: kan de kosten van beoordelingen verlagen Nadeel: gebruik van nieuwe technologieën niet goed ontwikkeld/ permanente marktpraktijk, werkt alleen als bedrijven zich bezighouden met uniforme systemen (anders geen gegevensinteroperabiliteit en dus geen verbeterde transparantie).</p>	<p>Impact als gegevens die door nieuwe technologieën worden verstrekt, openbaar zijn.</p>	<p>Impact als technologieën worden gebruikt om de toegang tot oplossingen te verbeteren (bijvoorbeeld mechanismen die gebruik maken van mobiele telefoons).</p>
<p>9.</p> <p>Stel alleen publiek toezicht in op de naleving van de OESO-richtlijnen (bv. met benchmark).</p>	<p>Impact als bedrijven verplicht zijn informatie te verstrekken en samen te werken, vooral als het bedrijf bekend is bij een groter publiek met een publieke toezichthouder. Voordeel: nog steeds vrijwillig voor bedrijven om te voldoen aan de OESO-richtlijnen, geen problemen in verband met het omzetten van een niet-juridisch kader in hard law, op dialoog gebaseerde oplossingen kunnen intrinsieke motivatie bij bedrijven stimuleren. Nadeel: nog steeds vrijwillig, minder macht van de publieke toezichthouder en geen harde sancties bij niet-naleving.</p>	<p>Impact als bedrijven verplicht zijn informatie te verstrekken en samen te werken, vooral als het bedrijf bekend is bij een groter publiek met een publieke toezichthouder. Voordeel: nog steeds vrijwillig voor bedrijven om te voldoen aan de OESO-richtlijnen, geen problemen in verband met het omzetten van een niet-juridisch kader in hard law, op dialoog gebaseerde oplossingen kunnen intrinsieke motivatie bij bedrijven stimuleren. Nadeel: nog steeds vrijwillig, minder macht van de publieke toezichthouder en geen harde sancties bij niet-naleving.</p>	<p>Impact als bedrijven verplicht zijn informatie te verstrekken en samen te werken, vooral als het bedrijf bekend is bij een groter publiek met een publieke toezichthouder. Voordeel: nog steeds vrijwillig voor bedrijven om te voldoen aan de OESO-richtlijnen, geen problemen in verband met het omzetten van een niet-juridisch kader in hard law, op dialoog gebaseerde oplossingen kunnen intrinsieke motivatie bij bedrijven stimuleren. Nadeel: nog steeds vrijwillig, minder macht van de publieke toezichthouder en geen harde sancties bij niet-naleving.</p>	<p>Impact als de openbare toezichthouder bevoegd is om resultaten te publiceren (bv. benchmark).</p>	<p>Impact als bedrijven verplicht zijn informatie te verstrekken en samen te werken, vooral als het bedrijf bekend is bij een groter publiek met een publieke toezichthouder. Voordeel: nog steeds vrijwillig voor bedrijven om te voldoen aan de OESO-richtlijnen, geen problemen in verband met het omzetten van een niet-juridisch kader in hard law, op dialoog gebaseerde oplossingen kunnen intrinsieke motivatie bij bedrijven stimuleren. Nadeel: nog steeds vrijwillig, minder macht van de publieke toezichthouder en geen harde sancties bij niet-naleving.</p>	

	macht van de publieke toezichhouder en geen harde sancties bij niet-naleving, omdat dergelijke sancties verplichte wettelijke normen vereisen.					
10. Verbod op invoer van geproduceerde goederen of geleverde diensten op een manier die in strijd is met de OESO-richtlijnen.	Impact als het beleid adequaat wordt geacht en naleving van richtlijnen kan aantonen Voordeel: directe toepassing van OESO-richtlijnen (en ondersteunende begeleiding) waarmee wordt voldaan aan gezaghebbende wereldwijde norm. Nadeel: kosten voor bedrijven, kan resulteren in 'ticking the box'.	Impact als het beleid adequaat wordt geacht en naleving van richtlijnen kan aantonen. Voordeel: directe toepassing van OESO-richtlijnen (en ondersteunende begeleiding) waarmee wordt voldaan aan gezaghebbende wereldwijde norm Nadeel: kosten voor bedrijven, kan resulteren in 'ticking the box', moeilijk te beoordelen door de publieke toezichhouder.	Beperkte impact , omdat moeilijk is te beoordelen of dit is bereikt (bv. vanwege vertrouwelijkheidskwesties).	Geen impact (niet vereist).	Geen impact (niet vereist).	Beperkte impact , omdat moeilijk is te beoordelen of dit is bereikt (bijvoorbeeld vanwege vertrouwelijkheidskwesties).
11. Belastingvrijstellingen (bijvoorbeeld belastingverminderingen voor de uitvoering van due diligence of rapportage).	Impact indien belastingautoriteiten toezicht houden.	Beperkt , omdat het moeilijk is objectieve criteria te ontwikkelen waarmee kan worden beoordeeld of het nodig is een belastingvermindering te ontvangen.	Beperkt , omdat het moeilijk is objectieve criteria te ontwikkelen waarmee kan worden beoordeeld of het nodig is een belastingvermindering te ontvangen.	Beperkt , omdat het moeilijk is objectieve criteria te ontwikkelen waarmee kan worden beoordeeld of het nodig is een belastingvermindering te ontvangen.	Impact indien vereist en belastingautoriteiten toezicht houden.	Geen impact , omdat het onrealistisch is om te veronderstellen dat de belastingdienst dit onderdeel van de eis maakt en het beoordeelt.
12. Ombudsmanfunctie met wetgevende ondersteuning (om juridische bevelen te verkrijgen om documenten te produceren) en gevolgen voor subsidies,	Beperkt , omdat de ombudsman zich waarschijnlijk zal concentreren op incidenten en niet op algemeen beleid, maar analyses kunnen een indirect effect hebben op beleid.	Beperkt , omdat de ombudsman zich waarschijnlijk zal concentreren op incidenten en niet op de verplichting om (algemene) risicobeoordelingen uit te voeren, maar analyses kunnen een indirect effect hebben.	Impact als rechthebbenden (ondersteund door NGO's) toegang hebben tot de ombudsman en de relevante documenten kan verkrijgen.	Beperkt , omdat de ombudsman dit mogelijk niet als een onderdeel van zijn beoordeling beschouwt, maar als het effect heeft, mag hiervan worden uitgegaan.	Beperkt , omdat de ombudsman zich vermoedelijk zal concentreren op incidenten en niet op rapportage, bovendien zouden de beoordelingen van ombudsman	Impact als rechthebbenden (ondersteund door NGO's) toegang hebben tot de ombudsman en de relevante documenten kan verkrijgen.

handelsmissies of openbare aanbestedingen.					vertrouwelijk kunnen blijven.	
13. Maak sectorale IRBC-overeenkomsten bindend voor de hele sector.	Impact indien toezicht wordt gehouden (hoewel vooral voor bedrijven die niet vrijwillig de IRBC-overeenkomst naleven, zou dit de prestaties van vrijwillige deelnemers kunnen vertragen en een effectieve samenwerking tussen deelnemers kunnen belemmeren) en uiteraard niet in sectoren zonder een IRBC-overeenkomst; heeft geen invloed op buitenlandse entiteiten en actoren in sectoren zonder overeenkomst.	Negatieve impact, omdat betrokkenheid van onvrijwillige deelnemers een effectieve samenwerking tussen vrijwillige deelnemers kan belemmeren.	Negatieve impact, omdat betrokkenheid van onvrijwillige deelnemers een effectieve samenwerking tussen vrijwillige deelnemers kan belemmeren.	Impact indien onder toezicht (hoewel vooral voor bedrijven die niet vrijwillig de IRBC-overeenkomst naleven, zou dit de prestaties van vrijwillige deelnemers kunnen vertragen) en uiteraard niet in sectoren zonder een IRBC-overeenkomst; heeft geen invloed op buitenlandse entiteiten.	Impact indien verplicht in sectorale overeenkomsten en uiteraard niet in sectoren zonder een IRBC-overeenkomst; heeft geen invloed op buitenlandse entiteiten.	Beperkt, indien aanwezig, als het geen onderdeel is van de meerderheid van overeenkomsten en zelfs als dat zo is, moeilijk te beoordelen (bv. vanwege vertrouwelijkheidsvereisten) en uiteraard niet in sectoren zonder een IRBC-overeenkomst; heeft geen invloed op buitenlandse entiteiten.
14. Verbreiding van de wetgeving inzake misleidende reclame met specifieke mensenrechtenkwesies of specifieke informatie over producten in dit verband.	Impact vooral als informatie over het beleid is vereist op het product en het product wordt verkocht op de consumentenmarkt.	Impact als in verband met beleid als dit beoordelingen zijn vereist en deze niet worden uitgevoerd.	Geen impact.	Geen impact.	Geen impact.	Geen impact.
15. Verbreed het wetgevingsvoorstel over duurzaamheidsinitiatieven tot mensenrechtenkwesies (die voorzien	Impact is afhankelijk van het type geïmplementeerde regels (dus een van de bovenstaande opties) maar zal zorgen voor een snel-	Impact is afhankelijk van het type geïmplementeerde regels (dus een van de bovenstaande opties) maar zal zorgen voor snellere imple-	Impact is afhankelijk van het type geïmplementeerde regels (dus een van de bovenstaande opties) maar zal zorgen voor snellere imple-	Impact is afhankelijk van het type geïmplementeerde regels (dus een van de bovenstaande opties) maar zal zorgen voor snellere imple-	Impact is afhankelijk van het type geïmplementeerde regels (dus een van de bovenstaande opties) maar zal zorgen	Impact is afhankelijk van het type geïmplementeerde regels (dus een van de bovenstaande opties) maar zal zorgen voor snellere implementatie van regels en

in overheidsregulering en lijken op particuliere regels, maar de overheid verantwoordelijk maakt voor ontwikkeling, implementatie en handhaving).	lere implementatie van regels en overheidstoezicht. Risico op te veel van deze regels.	mentatie van regels en overheidstoezicht.	mentatie van regels en overheidstoezicht.	mentatie van regels en overheidstoezicht.	voor een snellere implementatie van regels en overheidstoezicht. Risico op te veel van deze regels.	overheidstoezicht.
16. Eisen/goedkeuringsfaciliteiten die bedrijven moeten gebruiken voor activiteiten.	Impact als beleid het gebruik van faciliteiten omvat.	Geen impact , omdat dit afhankelijk is van de goedkeuring van de overheid.	Geen impact , omdat dit afhankelijk is van de goedkeuring van de overheid.	Geen impact , omdat dit afhankelijk is van de goedkeuring van de overheid.	Impact als het bedrijf moet rapporteren over de gebruikte faciliteiten.	Geen impact , omdat dit afhankelijk is van de goedkeuring van de overheid.
17. Aanpassingen in procedureel en internationaal privaatrecht (bv. omkering van de bewijslast, jurisdictie van nationale rechtbanken of toepasselijk recht).	Indirecte impact als er meer rechtszaken worden gevoerd en de uitkomst succesvoller is.	Indirecte impact als er meer rechtszaken worden gevoerd en de uitkomst succesvoller is.	Indirecte impact als er meer rechtszaken worden gevoerd en de uitkomst succesvoller is.	Geen impact.	Geen impact.	Impact als er meer rechtszaken worden gevoerd en de uitkomst succesvoller is.
18. Wetgeving over oneerlijke handelspraktijken in zakelijke relaties (toeleveringsketens).	Geen impact , omdat wetgeving dit niet vereist.	Geen impact , omdat wetgeving dit niet vereist.	Indirecte impact als ongunstige (contractuele) handelspraktijken bijdragen aan overtredingen.	Indirecte impact als meer gedeelde verantwoordelijkheid, gegeneerd door wetgeving, ertoe leidt dat actoren de resultaten van pogingen om de impact te verminderen beter bijhouden.	Geen impact , omdat wetgeving dit niet vereist.	Indirecte impact als wetgeving op dit gebied leidt tot gedeelde verantwoordelijkheid.

4.4 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn 18 wetgevingsopties in kaart gebracht en is geanalyseerd in hoeverre die passen in of aansluiten bij het bestaande regelgevingskader op nationaal, EU en internationaal niveau, alsmede of die (potentieel) kunnen bijdragen aan de implementatie van OESO due diligence door bedrijven, nu het Ministerie van BuZa dit van bedrijven verwacht. De bevindingen van die analyse zijn samengevat in een tabel. Daaruit blijkt dat de verplichtstelling van OESO

due diligence en verplichte aanbesteding zowel in lijn zijn met het bestaande (internationale) regelgevingskader als ook (potentieel) impact hebben op het implementeren van OESO due diligence. Iets minder maar toch redelijke impact op de implementatie van OESO due diligence hebben de opties informatie op producten, corporate governance en uitbreiding oneerlijke handelspraktijken bedrijven, die ook in overeenstemming lijken te zijn met het (internationale) regelgevingskader. Een duidelijke (potentiële) impact op de implementatie van OESO due diligence hebben ook verplichtstelling van technologieën en importverboden, maar deze lijken zich minder goed te verdragen met het internationale regelgevingskader.

De vraag of een wetgevingsoptie de implementatie van OESO due diligence bevordert of kan bevorderen, is in het voorgaande alleen in heel algemene zin beantwoord. Om daarover meer gedetailleerde uitspraken te kunnen doen, achtten wij het nuttig meer specifiek naar de verschillende 6 stappen van de OESO due diligence cycle te kijken. Daarom is onderzocht in hoeverre de 18 opties invloed hebben op de specifieke stappen van de OESO due diligence cycle, nu de veronderstelling is dat dit per stap kan verschillen. Omdat dit verband tussen wetgevingsopties en de verschillende stappen van OESO due diligence, voor zover ons bekend, nog niet eerder is onderzocht, had dit onderzoek een exploratief karakter. Deze eerste verkenning is opgenomen in een tabel waarin de verschillende wetgevingsopties en hun (vermoedelijke) impact op de due diligence cycle in kaart zijn gebracht. Hieruit volgt dat de verplichtstelling van OESO due diligence de meeste impact lijkt te hebben op alle stappen, zij het dat ook daarvoor geldt dat dit voor stap 6 (bijdragen aan herstel indien een schending van de OESO-richtlijnen door een bedrijf is veroorzaakt of daaraan is bijgedragen) twijfelachtig is.¹⁷⁵ Naar wij hierna in hoofdstuk 5 en 6 uitwerken, zal die impact overigens ook in belangrijke mate afhangen van de wijze van formuleren van die verplichting en de wijze waarop daarop (publiekrechtelijk) toezicht wordt gehouden. Verder lijken ook de opties informatie op producten, voorschrijven nieuwe technologieën en tot op zekere hoogte (afhankelijk van de inrichting van het toezicht op naleving) verplichte aanbesteding en het instellen van een toezichthouder op naleving van OESO due diligence impact op veel stappen van de OESO due diligence cycle te kunnen hebben. Naar hiervoor al aan de orde kwam, lijkt de optie van het voorschrijven van nieuwe technologieën zich echter minder goed te verdragen met het internationale regelgevingskader. Verder is uit deze analyse gebleken dat niet alle wetgevingsopties, waarvan bij de algemene analyse (zonder te kijken naar de specifieke stappen van de OESO due diligence cycle) impact op de implementatie van OESO due diligence naar voren kwam, dat bij nadere analyse aan de hand van de verschillende stappen ook waarmaken. Dat laat zien dat deze nadere analyse, aan de hand van de stappen van de OESO due diligence cycle, bij het afwegen van wetgevingsopties nuttig en noodzakelijk is.

¹⁷⁵ Dat blijkt ook uit een EU-survey waaruit blijkt dat een grote meerderheid van de respondenten impact op het terrein van OESO due diligence verwacht van deze optie. Zie L. Smit e.a., DG Just 2020, p. 105. Een voordeel dat verder wordt genoemd is dat wetgeving er toe leidt dat meer geledingen in een onderneming (waaronder het bestuur) betrokken worden. Zie L. Smit e.a., DG Just 2020, p. 107 en 108.

5. AFDWINGBAAR MAKEN DUE DILIGENCE CYCLE: VIER OPTIES

5.1 Inleiding

5.1.1 Modaliteiten voor het wettelijk regelen van de due diligence cycle

Een due diligence verplichting is de optie die het meest direct aansluit bij het wettelijk verankeren van OESO due diligence. In dit hoofdstuk zal deze optie, mede in het licht van de door de opdrachtgever gestelde vragen, nader worden uitgewerkt. Binnen de voor het onderzoek beschikbare tijd was het niet mogelijk dit ook voor alle in hoofdstuk 4 vermelde opties op dezelfde wijze te doen. Hiervoor is nader onderzoek noodzakelijk.¹⁷⁶

In de OESO-Handreiking worden voor de due diligence cycle zes stappen onderscheiden:¹⁷⁷

1. Integreer de OESO-richtlijnen in beleid en managementsystemen
2. Identificeer en beoordeel negatieve impacts van ondernemingsactiviteiten en zakenpartners
3. Stop, voorkom en beperk negatieve gevolgen
4. Monitor de praktische toepassing en resultaten
5. Communiceer hoe negatieve gevolgen worden aangepakt
6. Zorg voor herstelmaatregelen of werk hieraan mee

Deze stappen zijn in hoofdstuk 2 nader besproken en toegelicht.

Een wettelijke due diligence verplichting voor ondernemingen geldt thans in Frankrijk en wordt overwogen in Zwitserland en Duitsland (par. 4.2.3). Ook de Nederlandse Wet zorgplicht kinderarbeid bevat een dergelijke verplichting.¹⁷⁸ Deze bestaande en voorgenomen regelingen illustreren dat bij een wettelijke due diligence verplichting voor verschillende modaliteiten kan worden gekozen.

In de eerste plaats kan worden gekozen tussen enerzijds een sectorale of thematische regeling en anderzijds een algemene regeling. De Wet zorgplicht kinderarbeid kent een due diligence verplichting die alleen ziet op risico's met betrekking tot kinderarbeid.¹⁷⁹ Daarentegen gaan de Franse wet, het Zwitserse initiatief en het Duitse ontwerp uit van een algemene due diligence verplichting. Zie par. 3.3 over de voor- en nadelen van deze twee benaderingen.

Ten tweede kan worden gekozen tot hoe diep in de waardeketen de due diligence verplichting reikt. In de Franse wet geldt deze verplichting voor 'bestendige commerciële relaties', wat wellicht betekent dat de due diligence verplichting zich alleen tot de eerste schakel in de waardeketen

¹⁷⁶ Dat ligt met name voor de hand indien het voornemen bestaat om een van die andere opties te implementeren.

¹⁷⁷ Ministerie van Buitenlandse Zaken, *OESO due diligence handreiking voor maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Nederlandse editie), 2019. Tenzij anders vermeld, zal deze handreiking hieronder als basis worden gebruikt voor de analyse.

¹⁷⁸ Zie Bijlage 1 voor een overzicht van bestaande wettelijke regelingen.

¹⁷⁹ Wel kan hierbij worden opgemerkt, dat 'kinderarbeid due diligence' in beginsel noopt tot een bredere aanpak, omdat kinderarbeid geen geïsoleerd probleem is maar doorgaans in verband staat met uitbuiting van werknemers, mensenhandel, ontbreken leefbaar loon en dergelijke.

uitstrekt (leveranciers waarmee een contractuele relatie bestaat). In de EU Verordening inzake conflictmineralen geldt de due diligence voor zover het de keten tot de importeur in Europa betreft. De Wet zorgplicht kinderarbeid kent in dit opzicht geen beperkingen. Ook de OESO due diligence betreft de hele waardeketen. Zie par. 4.2.3 over het beperken van een wettelijke due diligence regeling tot bepaalde schakels in de keten.

In de derde plaats kan worden gekozen voor het verplicht stellen van alle zes stappen van de due diligence cycle of slechts een deel ervan. In de Wet zorgplicht kinderarbeid is de due diligence verplichting beperkt tot, kort gezegd, het in kaart brengen van risico's en het opstellen van een plan van aanpak (in beginsel stap 1 en 2 van de due diligence cycle). Hieronder zal voor de zes stappen worden aangegeven hoe een regeling er uit zou kunnen zien en wat de verwachte consequenties hiervan zijn. Welke van de zes stappen uiteindelijk in een wettelijke regeling worden opgenomen, hangt nauw samen met de andere hier uiteengezette keuzes die worden gemaakt.

Ten vierde kan worden gekozen voor een due diligence regeling die alle OESO-terreinen bestrijkt (werknemers, mensenrechten, het milieu, omkoping, consumenten en goed ondernemingsbestuur) of slechts één dan wel een aantal van deze terreinen.

In de vijfde plaats kan worden gekozen voor een nadere beperking. Zo is de Franse wet beperkt tot ernstige schendingen van de mensenrechten en fundamentele vrijheden, ernstig lichamelijk letsel, milieuschade of gezondheidsrisico's. De OESO due diligence cycle maakt een dergelijke beperking niet en strekt zich uit tot alle negatieve gevolgen, ernstige en minder ernstige.

Deze vijf keuzes staan naast de andere in hoofdstuk 3 besproken keuzes ten aanzien van de wijze van handhaving (deze komt in dit en het volgende hoofdstuk uitgebreid aan de orde), de keuze tussen toepasselijkheid van een wettelijke regeling op alle ondernemingen of alleen grote(re) ondernemingen (par. 3.4) en de keuze tussen toepasselijkheid op alle in Nederland gevestigde ondernemingen of op alle ondernemingen die actief zijn op de Nederlandse markt (par. 3.5).

5.1.2 Opzet van dit hoofdstuk: vier reguleringsvarianten

Het wettelijk afdwingbaar maken van de zes stappen van de OESO due diligence cycle kan op uiteenlopende wijzen plaatsvinden. In dit hoofdstuk zullen vier varianten worden gepresenteerd en geanalyseerd. In de eerste plaats een enge variant (Variant A) en een ruime variant (Variant B). In de enge variant regelt de wet alleen de hoofdverplichtingen, in de ruime variant regelt de wet de verplichtingen op een meer gedetailleerde manier (hetzij in de wet zelf, hetzij in materiële wetgeving).

Voor iedere variant wordt vervolgens allereerst nagegaan wat de gevolgen zijn als de wettelijke regeling uitsluitend privaatrechtelijk wordt gehandhaafd en vervolgens wat de gevolgen zijn als de wettelijke regeling zowel privaatrechtelijke als bestuursrechtelijk wordt gehandhaafd. Op deze wijze ontstaan vier basisvarianten waarvan de voor- en nadelen schematisch in kaart kunnen worden gebracht.

- A1: beknopte regelgeving met alleen privaatrechtelijke handhaving
- A2: beknopte regelgeving met zowel privaatrechtelijke als bestuursrechtelijke handhaving
- B1: meer gedetailleerde regelgeving met alleen privaatrechtelijke handhaving
- B2: meer gedetailleerde regelgeving met zowel privaatrechtelijke als bestuursrechtelijke handhaving

Tussen deze varianten zijn uiteraard weer allerlei tussenvarianten denkbaar. Beoogd is om met een bespreking van vier mogelijkheden de discussie te vereenvoudigen en daarmee de te maken beleidsafwegingen en politieke beslissingen beter te faciliteren.

In par. 5.2 volgt een uiteenzetting van de keuze tussen een beperkte en een ruime (meer gedetailleerde) reguleringsvariant. Hierbij wordt voor de ruime reguleringsvariant, uitsluitend ter illustratie en gedachtebepaling, ook een overzicht gegeven van wat in een dergelijke variant kan worden opgenomen: (a) bepalingen die in een wet in formele zin zouden kunnen worden opgenomen, (b) minimumvereisten die in een uitvoeringsregeling zouden kunnen worden opgenomen en (c) richtlijnen die kunnen dienen ter invulling van open normen (inspanningsverplichtingen), al dan niet als basis voor het door de toezichthouder te ontwikkelen beleid en de op basis daarvan te ontwikkelen beleidsregels.

In par. 5.3 worden de verschillende effecten uiteengezet van enerzijds uitsluitend privaatrechtelijke handhaving en anderzijds een combinatie van privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving.

Vervolgens worden in par. 5.4 de resultaten van par. 5.2 en par. 5.3 gecombineerd teneinde vast te stellen welke regulerings- en handavingsvariant het meest geschikt is om tot materiële gedragsverandering van ondernemingen te leiden. In par. 5.5 wordt deze afweging nader beschouwd met betrekking tot elk van de zes stappen van de due diligence cycle.

In par. 5.6 en 5.7 wordt een aantal additionele afwegingsfactoren in ogenschouw genomen. Het gaat dan om de rechtszekerheid (par. 5.6), de uitvoerbaarheid van de regeling, de invloed op de regeldruk, het vestigingsklimaat, de internationale concurrentiepositie en de mogelijke neveneffecten van het afdwingbaar maken van de stappen van de due diligence cycle (par. 5.7).

Par. 5.8 brengt de lijnen van dit hoofdstuk samen in een conclusie.

5.1.3 Variant A1 als parallel met de Franse due diligence wet

Variant A1 (beknopte regelgeving met alleen privaatrechtelijke handhaving, uitgewerkt in par. 5.2) komt in grote lijnen overeen met de Franse wet inzake de waakzaamheidsverplichting.¹⁸⁰ In deze wet is gekozen voor een regeling op hoofdlijnen. Deze regeling wordt bovendien alleen privaatrechtelijk en niet ook bestuursrechtelijk gehandhaafd.

¹⁸⁰ LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Zie hierover onder meer S. Cossart, J. Chaplier & T. Beau de Lomenie, 'The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All', *Business and Human Rights Journal* 2017, afl. 2, p. 317-323.

De relevante bepaling van deze regeling luidt als volgt:

Het waakzaamheidsplan wordt opgesteld in samenwerking met de betrokken stakeholders van de onderneming en, in voorkomend geval, binnen multi-stakeholder initiatieven. Het omvat de volgende maatregelen:

1. Een overzicht van de identificatie, de analyse en rangschikking van de relevante risico's.
2. Procedures om, in overeenstemming met de in kaart gebrachte risico's, regelmatig de situatie te evalueren bij dochterondernemingen, opdrachtnemers of leveranciers waarmee het bedrijf een gevestigde commerciële relatie onderhoudt.
3. Passende maatregelen om risico's te beperken of ernstige schendingen te voorkomen.
4. Een waarschuwingsmechanisme dat gegevens verzamelt van bestaande of feitelijke risico's, ontwikkeld in samenwerking met de vakbondsvertegenwoordigers van de betrokken onderneming.
5. Een monitoringsmechanisme om de genomen maatregelen op te volgen en de efficiëntie ervan te beoordelen.

5.1.4 Terminologie

In dit hoofdstuk worden diverse begrippen gebruikt die hier kort zullen worden beschreven.

Voorlopers, meelopers en achterblijvers

In de analyse van de mogelijke gevolgen van het verplicht stellen van due diligence, wordt gerefereerd aan voorlopers, meelopers en achterblijvers.

Voorlopers zijn ondernemingen die reeds een actief beleidsplan hebben dat in de praktijk ook wordt toegepast en voortdurend getoetst en ontwikkeld. Voor deze ondernemingen is het verplicht stellen van due diligence overbodig, omdat zij zich al (ruimschoots) aan de eisen houden. Voor deze ondernemingen is van belang dat zij geen hinder ondervinden van extra (formele) wettelijke vereisten, dan wel van het toetsen hiervan.

Meelopers zijn ondernemingen die reageren op prikkels van buitenaf, zoals van investeerders, klanten en overheid om hun beleid en praktijk aan te passen. Enkele meelopende ondernemingen zullen een due diligence beleid hebben ontwikkeld (in antwoord op de verwachting van de Nederlandse overheid), maar voor de meeste meelopende bedrijven zal dat niet het geval zijn. Zij zijn wel geneigd externe prikkels (zoals wetgeving) te volgen, maar doorgaans niet meer doen dan daarvoor noodzakelijk is.

Ten slotte zijn er achterblijvende ondernemingen, die geen due diligence beleid hebben en geneigd zijn wetgeving op een zo zuinig mogelijke manier na te volgen. Deze ondernemingen zijn eerder geneigd regels slechts op te volgen als sprake is van strenge handhaving en een hoge pakkans. Voor deze ondernemingen bestaan doorgaans ook minder andere prikkels (investeerders,

klanten, reputatie) voor het hebben van een due diligence beleid en dat ook daadwerkelijk uit te voeren.

De voorlopende ondernemingen vormen kwantitatief een betrekkelijk kleine minderheid, al behoren hiertoe wel een aantal grote Nederlandse ondernemingen, alsmede een belangrijk aantal start-ups.

De grote meerderheid van de Nederlandse ondernemingen kan vermoedelijk als ‘meelopend’ worden gekwalificeerd, terwijl de achterblijvers een niet te verwaarlozen minderheid vormen.

Deze indeling is gebaseerd op onderscheidingen die in de managementliteratuur worden gemaakt.¹⁸¹ Zij dient vooral ter illustratie van de mogelijke gevolgen van wetgeving op dit terrein.

Due diligence

In dit hoofdstuk wordt aangesloten bij de internationaal gangbare terminologie ‘due diligence’, zoals die ook wordt gebruikt in de OESO-Handreiking. Vanzelfsprekend kan in een wettelijke regeling in plaats hiervan ook een andere term worden gebruikt.

Beleid

Met deze term wordt het beleid aangeduid met betrekking tot de beginselen en normen van verantwoord ondernemerschap op het gebied van mensenrechten, werkgelegenheid en arbeidsverhoudingen, milieu, omkoping en corruptie, informatieverstrekking en consumentenbelangen, zoals uiteengezet in de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen.

Negatieve gevolgen

In dit hoofdstuk wordt aangegeven dat de due diligence cycle betrekking heeft op het opsporen en aanpakken van (risico’s op) negatieve gevolgen (ook: negatieve impact). De term ‘negatieve gevolgen’ sluit aan bij de OESO-Handreiking (p. 17), waarin wordt aangegeven dat negatieve gevolgen verband houden met mensenrechten, werkgelegenheid en arbeidsverhoudingen, milieu, omkoping en corruptie, informatieverstrekking en consumentenbelangen.

Het doel van due diligence is niet het opsporen van risico’s op negatieve gevolgen voor de onderneming, maar het opsporen van risico’s op negatieve gevolgen voor rechthebbenden en andere stakeholders, zoals werknemers en lokale gemeenschappen (Handreiking, p. 5).

Inspanningsverplichtingen en resultaatsverplichtingen

De regels die in dit hoofdstuk worden besproken, zijn deels resultaatsverplichtingen en deels inspanningsverplichtingen. De formele verplichtingen zijn vooral resultaatverplichtingen (het hebben van een beleidsdocument, een due diligence plan, een rapportageplicht, het bieden van een remedie).

¹⁸¹ In het bijzonder die tussen inactieve ondernemingen (achterblijvers), reactieve ondernemingen (meelopers) en actieve en proactieve ondernemingen (voorlopers). Zie Tulder, R. van et al, *Managing the transition to a sustainable enterprise* (Rotterdam: The Partnerships Resource Centre (PrC), 2013) en Dam, van C. (2015) *Enhancing human rights protection, a company lawyer’s business*, inaugural lecture 18 September 2015 (Rotterdam: RSM, 2017).

Veel andere verplichtingen hebben een inspanningskarakter (is het due diligence plan adequaat en effectief, gebeurt het opsporen van risico's op nadelige gevolgen op een adequate manier, enz.). Zij nopen niet tot het bereiken van een bepaald resultaat maar tot het verrichten van een inspanning (namelijk een adequate mate van zorg). Hoeveel inspanning vereist is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Hierbij geldt in het algemeen dat hoe groter het risico op negatieve gevolgen is, des te meer zorg de onderneming moet betrachten.

Voor inspanningsverplichtingen geldt in het algemeen dat een onderneming zich meer moet inspannen naarmate het risico groter is. De onderneming wordt dus niet beoordeeld op het behaalde resultaat maar op de te betrachten zorg. De inhoud van deze inspanningsverplichtingen is vaak problematisch, omdat onvoldoende is uitgekristalliseerd wat deze inhoud moet zijn: zij is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals de omvang van het risico op nadelige gevolgen, de aard van de nadelige gevolgen, de mate van betrokkenheid van de onderneming, de aard en omvang van de onderneming, de plaats waar de risico's zich voordoen, enz. Het specificeren van deze inspanningsverplichtingen, in het bijzonder het ontwikkelen van minimumvereisten, kan hetzij geschieden door de civiele rechter in het kader van de privaatrechtelijke handhaving, hetzij door de toezichthouder op basis van te ontwikkelen beleid en op basis van dynamisch toezicht (Hoofdstuk 6).

Formele en materiële gedragsverandering

Het doel van het afdwingbaar maken van due diligence is dat dit leidt tot gedragsverandering bij de onderneming. Meer in het bijzonder is het doel dat dit niet alleen leidt tot formele gedragsverandering maar vooral ook tot materiële gedragsverandering. Als een onderneming aan een formeel vereiste heeft voldaan (zij heeft bijvoorbeeld een beleidsdocument, inclusief een due diligence plan), betekent dit nog niet dat ook sprake is van materiële gedragsverandering. Dit betekent bijvoorbeeld dat de onderneming niet alleen een due diligence plan moet hebben (formele gedragsverandering) maar ook dat zij dit plan adequaat, daadwerkelijk en effectief uitvoert (materiële gedragsverandering).

Het uitgangspunt bij de in dit hoofdstuk uit te voeren analyse is dat een wettelijke regeling in staat moet zijn om materiële gedragsverandering bij ondernemingen te bewerkstelligen.

Hierbij verdient het volgende nog opmerking. Het veranderen van het formele gedrag van de onderneming kan het gevolg zijn van een ticking-box-exercise die geen materiële gedragsverandering van de onderneming tot gevolg. Het is niettemin zeer wel denkbaar dat ondernemingen naar aanleiding van deze verplichte formele stappen ervoor kiezen ook materiële stappen te zetten om het due diligence proces van de onderneming in de praktijk adequaat en effectief te laten functioneren. Dit is dan het gevolg van de combinatie van een wettelijke verplichting en de eigen beslissing van de onderneming om meer te doen dan wat formeel van haar wordt verlangd. Dit effect is met name te verwachten bij meelopende ondernemingen. Hoe groot dit effect in de praktijk zal zijn, valt buiten het kader van dit onderzoek.

5.2 Een beperkte of een ruime reguleringsvariant?

5.2.1 *Beperkte reguleringsvariant (Variant A)*

Variant A representeert een enge vorm van regelgeving, waarin de verplichtingen van ondernemingen alleen op hoofdlijnen in de wet worden opgenomen en niet nader wordt gedetailleerd, noch in formele, noch in materiële wetgeving. Bij deze variant worden in zes bepalingen de zes stappen van de due diligence cycle gecodificeerd.

Artikel 1

De onderneming heeft een beleidsdocument, waarin wordt aangegeven hoe het beleid¹⁸² in de organisatie van de onderneming wordt ingebed. Het beleidsdocument bevat tevens het due diligence plan van de onderneming.

Artikel 2

De onderneming identificeert, beoordeelt en prioriteert de potentiële en daadwerkelijke risico's op negatieve gevolgen in haar activiteiten en in die van haar zakenpartners.

Artikel 3

De onderneming heeft een plan om potentiële en daadwerkelijke negatieve gevolgen van haar activiteiten te beëindigen, te voorkomen en te beperken.

Artikel 4

De onderneming heeft een plan om de toepassing en effectiviteit van haar due diligence maatregelen te monitoren.

Artikel 5

De onderneming rapporteert extern over haar due diligence beleid en over de bevindingen en uitkomsten van de door haar genomen due diligence maatregelen.

Artikel 6

Indien de onderneming daadwerkelijke negatieve gevolgen heeft veroorzaakt of eraan heeft bijgedragen, moet zij adequate mogelijkheden voor herstel bieden of aan herstel meewerken.

Hieronder volgt een beknopte analyse van de mogelijke effecten van een dergelijke regeling aan de hand van de in par. genoemde aspecten.

5.2.2 *Ruime reguleringsvariant (Variant B)*

Variant B representeert een ruime vorm van regelgeving, waarin de verplichtingen van ondernemingen niet alleen op hoofdlijnen maar ook meer gedetailleerd zijn opgenomen in formele en materiële wetgeving en beleidsrichtlijnen.

¹⁸² Zie par. 5.1.4.

Ook bij deze variant worden in zes bepalingen de zes stappen van de due diligence cycle gecodificeerd. Iedere stap bestaat uit drie delen:¹⁸³

- (a) Wettelijke verplichtingen: algemene verplichtingen die in beginsel in een wet in formele zin kunnen worden opgenomen.
- (b) Uitvoeringsregels: specificering van de wettelijke verplichtingen in lagere regelgeving.
- (c) Beleidsregels: deze kunnen voortvloeien uit het door de toezichthouder te ontwikkelen beleid.¹⁸⁴

Dit overzicht is niet bedoeld als een blauwdruk voor een wettelijke regeling maar dient uitsluitend om aan te geven welke elementen onderdeel kunnen zijn van een ruime regeling (Variant B), in tegenstelling tot een enge regeling (Variant A) en hoe zij in termen van regelgeving zouden kunnen worden onderscheiden.

Wellicht ten overvloede wordt opgemerkt dat niet alle details van een ruime regeling (Variant B) noodzakelijkerwijs behoeven te worden opgenomen. Het is zeer wel mogelijk dat wordt gekozen voor een middenweg tussen de (enge) Variant A (6.2) en de hier besproken (ruime) Variant B.

Artikel 1 (Stap 1: Integreer due diligence in beleid en managementsystemen)

a. Wettelijke verplichtingen

1. *De onderneming publiceert een beleidsdocument waarin zij zich bindt aan de principes en normen van de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen.*
2. *Dit beleidsdocument omvat het door het bestuur goedgekeurde due diligence plan van de onderneming. Dit plan heeft betrekking op de activiteiten van de onderneming en die van haar zakelijke relaties.*
3. *Het bestuur van de onderneming draagt er zorg voor dat het in het beleidsdocument geformuleerde beleid is geïntegreerd in de managementsystemen en deel uitmaakt van de reguliere bedrijfsprocessen.*

b. Uitvoeringsregels

- De onderneming publiceert de hierboven vermelde informatie op toegankelijke wijze op de website van de onderneming, alsmede op de relevante lokale websites en op de bedrijfslocaties van de onderneming, zowel in het Engels als in de lokale ta(a)l(en).
- De onderneming actualiseert het beleid ieder jaar/iedere twee jaar naar aanleiding van veranderingen en ontwikkelingen in de risico's van de activiteiten, toeleveringsketen en zakelijke relaties.¹⁸⁵

¹⁸³ De inhoud van deze bepalingen, minimumvereisten en richtlijnen zijn gebaseerd op de OESO-richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen en de OESO-Handreiking. Zie Hoofdstuk 2 over de zes stappen van de OESO due diligence cycle.

¹⁸⁴ Bij deze beleidsregels zal het veelal gaan om inhoud te geven aan inspanningsverplichtingen of zorgplichten, waarbij inhoud en resultaat per geval en per onderneming kunnen verschillen. Klassieke handhaving is hier vaak minder goed mogelijk en dynamisch toezicht kan effectiever zijn: zie hierover meer uitgebreid hoofdstuk 6.

¹⁸⁵ Denkbaar is deze termijn afhankelijk te maken van de omvang van de onderneming en de aard van de bij de ondernemingsactiviteiten betrokken risico's.

- De onderneming heeft een effectieve klachtenprocedure voor werknemers met klachten over relevante OESO-thema's.¹⁸⁶
- De onderneming heeft een proces om te reageren op niet naleving van het beleid en om waar nodig herstelmaatregelen treffen.¹⁸⁷
- De onderneming neemt in overeenkomsten met leveranciers en overige zakelijke relaties voorwaarden en verwachtingen op.
- De onderneming communiceert het beleid intern aan de relevante medewerkers.
- De onderneming communiceert de relevante delen van het beleid extern aan relevante zakenpartners door middel van voorlichtingen en trainingen die zo nodig periodiek worden herhaald.

c. Beleidsregels

- Verschaf voldoende middelen en training aan leveranciers en overige zakelijke relaties, zodat ze het desbetreffende beleid en due diligence begrijpen en toepassen.
- Inventariseer de belangrijkste risico's op negatieve impact en ontwikkel hiervoor specifiek beleid.
- Wijs toezicht en verantwoordelijkheid voor het due diligence plan toe aan het relevante senior management en spreid de verantwoordelijkheid hiervoor op directieniveau.
- Zorg voor effectieve communicatie tussen uitvoerende afdelingen en het senior management voor het delen en vastleggen van informatie over risico's en besluitvorming.
- Ontwikkel of pas bestaande informatiesystemen aan om informatie te verzamelen over due diligence processen en de daarmee samenhangende besluitvorming en maatregelen.
- Ontwikkel stimulansen voor werknemers en bedrijfsonderdelen die voldoen aan het beleid van de onderneming.
- Maak middelen vrij die passen bij de vastgestelde noodzakelijke omvang van het due diligence-proces.
- Bevorder afstemming tussen teams en bedrijfsonderdelen over relevante aspecten van het beleid van de onderneming, bijvoorbeeld door multidisciplinaire groepen en door bedrijfsonderdelen die invloed kunnen uitoefenen op de naleving van het MVO-beleid bij de besluitvorming te betrekken.
- Inventariseer en adresseer de wijze waarop de onderneming zakendoet, indien leveranciers en andere zakelijke relaties hierdoor gehinderd worden bij het implementeren van MVO-beleid.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Hierbij kan ook gebruik worden gemaakt van al dan niet aangepaste bestaande procedures.

¹⁸⁷ Hier valt te denken aan het verzamelen van aanvullend feitenmateriaal, capaciteitsopbouw of disciplinaire maatregelen/sancties.

¹⁸⁸ Dit geldt in het bijzonder voor de inkooppraktijk en voor commerciële stimulansen door de onderneming, zoals voor korte leveringstijden.

Artikel 2 (Stap 2: Identificeer en beoordeel negatieve gevolgen)

a. Wettelijke verplichtingen

1. De onderneming identificeert en analyseert de potentiële en daadwerkelijke risico's op negatieve gevolgen in haar activiteiten en die van haar zakenpartners.
2. De onderneming stelt haar mate van betrokkenheid vast bij de potentiële en daadwerkelijke negatieve gevolgen.¹⁸⁹
3. De onderneming voorziet in een adequate aanpak van de gevonden potentiële en daadwerkelijke negatieve gevolgen.
4. Is het voor een onderneming niet mogelijk om alle potentiële en daadwerkelijke negatieve gevolgen direct aan te pakken, dan prioriteert zij deze op basis van de ernst en mate van waarschijnlijkheid. Zodra de ernstigste gevolgen zijn geïdentificeerd en aangepakt, adresseert de onderneming de minder ernstige negatieve gevolgen.

b. Uitvoeringsregels

- De onderneming legt specifieke normen en kwesties vast die relevant zijn voor de te onderzoeken risico's.¹⁹⁰
- De onderneming inventariseert haar activiteiten en zakelijke relaties om te bepalen welke informatie relevant is.
- De onderneming verzamelt informatie om inzicht te krijgen in de grootste risico's op negatieve gevolgen.¹⁹¹ Deze kunnen verband houden met de sector,¹⁹² de geografie¹⁹³ of bedrijfs-specifieke risicofactoren.¹⁹⁴
- Indien van toepassing verzamelt de onderneming relevante informatie over andere zakelijke relaties dan contractuele relaties (bijv. indirecte toeleveranciers).¹⁹⁵

c. Beleidsregels

(i) *Verzamel voldoende en adequate informatie over risico's op negatieve gevolgen*

- Bronnen voor deze informatie kunnen zijn:
 - Rapporten van overheden, internationale organisaties, maatschappelijke organisaties, vakbonden, mensenrechteninstellingen, media en andere deskundigen;

¹⁸⁹ De onderneming kan het negatieve gevolg hebben veroorzaakt (of zou het kunnen veroorzaken), heeft eraan bijgedragen (of zou eraan kunnen bijdragen), of het negatieve gevolg is direct verbonden (of zou verbonden kunnen zijn) met de activiteiten, producten of diensten van een zakelijke relatie.

¹⁹⁰ Hierbij dient de onderneming gebruik te maken van de relevante bepalingen van de OESO-richtlijnen voor MNO's, de toepasselijke nationale wetgeving en relevante internationale en branche-specifieke kaders.

¹⁹¹ Naast informatie van de onderneming zelf, kan gebruik worden gemaakt van informatie van derden, zoals milieueffectrapportages (MER), beoordeling van sociale en milieugevolgen (ESIA), beoordeling van gevolgen voor de mensenrechten (HRIA), juridische toetsingen, systemen voor compliance management op het gebied van corruptie, financiële audits (voor publicatie), inspecties van arbeidsomstandigheden, gezondheid en veiligheid. Ook kan een onderneming gebruik maken van audits op milieu-, sociaal en arbeidsgebied, corruptie en KYC-processen.

¹⁹² Bijvoorbeeld producten en hun toeleveringsketens, diensten en andere activiteiten.

¹⁹³ Bijvoorbeeld bestuur en rechtsstaat, conflicten, mensenrechtensituatie of negatieve milieugevolgen.

¹⁹⁴ Bijvoorbeeld bekende gevallen van corruptie en wangedrag.

¹⁹⁵ Bestaat een onderneming uit verschillende onderdelen, ondersteun dan lokale entiteiten bij het uitvoeren van hun eigen beoordelingen.

- De getroffen rechthebbenden en andere relevante stakeholders, inclusief werknemers en vakbonden.¹⁹⁶
- Informatie uit vroegtijdige waarschuwingssystemen (zoals meldpunten) en geschillenbeslechtingssystemen.

(ii) Prioritering

- Identificeer de belangrijkste risicogebieden (op basis van de mate van betrokkenheid van de onderneming).
- Prioriteer de risicogebieden op basis van de ernst en mate van waarschijnlijkheid van de potentiële en daadwerkelijke negatieve gevolgen.¹⁹⁷
- Identificeer welke potentiële of daadwerkelijke gevolgen direct kunnen worden aangepakt of beperkt.¹⁹⁸
- Overleg over prioriteringsbeslissingen met zakelijke relaties, andere relevante ondernemingen, (mogelijk) betrokken stakeholders en rechthebbenden.
- Roep interne of externe expertise in waar nodig.

(iii) Toetsing en actualisering

- Toets de bevindingen uit de inventarisatie regelmatig.
- Actualiseer de risico-inventarisatie wanneer de onderneming ingrijpende wijzigingen ondergaat.¹⁹⁹

(iv) Geschillen

- Indien stakeholders of rechthebbenden het niet eens zijn met de beoordeling van de onderneming van haar betrokkenheid bij een negatief gevolg, dient de onderneming welwillend mee te werken aan officiële geschillen- en herstelmechanismen.

¹⁹⁶ Hierbij moet rekening worden gehouden met mogelijke belemmeringen voor effectieve betrokkenheid van stakeholders. Zo nodig moeten alternatieven worden gezocht, zoals betrouwbare onafhankelijke deskundigen, zoals verdedigers van de mensenrechten, vakbonden en groeperingen uit het maatschappelijk middenveld.

¹⁹⁷ Bij het vaststellen van de gevolgen voor mensenrechten moet speciale aandacht worden besteed aan potentiële negatieve gevolgen voor individuen uit groepen of bevolkingsgroepen die kwetsbaar zijn of een hoge kans op marginalisering hebben. Ook moet rekening worden gehouden met de mogelijk verschillende gevolgen voor mannen en vrouwen.

¹⁹⁸ Bijvoorbeeld: actualiseer contractvoorwaarden met leveranciers, pas auditprotocollen aan door te focussen op risico's die tijdens eerdere audits mogelijk over het hoofd zijn gezien.

¹⁹⁹ Bijvoorbeeld bij activiteiten of inkoop vanuit een nieuw land; ontwikkeling van een nieuwe producten- of dienstlijnen; reorganisaties, fusies, overnames, nieuwe klanten en markten, dan wel toenemende maatschappelijke spanningen in een relevant gebied.

Artikel 3 (Stap 3: Stop, voorkom en beperk negatieve gevolgen)

a. Wettelijke verplichtingen

1. *De onderneming heeft een plan om potentiële en daadwerkelijke negatieve gevolgen van de eigen activiteiten te voorkomen en te beperken.*
2. *De onderneming staakt de eigen activiteiten als deze negatieve gevolgen veroorzaken of hieraan bijdragen.*
3. *De onderneming heeft een plan om daadwerkelijke en potentiële negatieve gevolgen via zakelijke relaties te voorkomen of te beperken.*
4. *In geval van een daadwerkelijke negatieve impact bij een zakelijke relatie, beëindigt de onderneming deze relatie pas als voldoende inspanningen zijn verricht om de risico's te beperken.*

b. Uitvoeringsregels

- De onderneming wijst iemand op senior managementniveau aan, die verantwoordelijk is voor het staken van activiteiten die negatieve gevolgen veroorzaken of eraan bijdragen en die verantwoordelijk is om te voorkomen dat activiteiten in de toekomst negatieve gevolgen kunnen veroorzaken of eraan bijdragen.
- De onderneming wijst iemand op senior managementniveau aan, die verantwoordelijk is voor het uitwerken, implementeren en monitoren van de plannen tot het stoppen, voorkomen of beperken van negatieve gevolgen.
- De onderneming neemt in het beleid richtlijnen op voor de manier waarop de negatieve gevolgen in de toekomst vermeden en aangepakt kunnen worden en de praktische toepassing ervan wordt gewaarborgd.
- De onderneming actualiseert en versterkt haar risico-managementsystemen op basis van de bevindingen, zodat risico's gesignaleerd worden voordat de negatieve gevolgen zich voordoen.
- De onderneming heeft een plan voor het staken van activiteiten die negatieve gevolgen veroorzaken of eraan bijdragen. Zij heeft tevens een plan om stakeholders, rechthebbenden en hun vertegenwoordigers te betrekken bij het uitwerken van passende maatregelen.

c. Beleidsregels

- Heeft de onderneming bijgedragen aan de negatieve gevolgen, dan treft zij maatregelen om haar bijdrage te staken of te voorkomen.
- De onderneming probeert samen te werken met de andere betrokken entiteiten om de negatieve gevolgen te stoppen, te beperken of te voorkomen, bijvoorbeeld via initiatieven vanuit de branche en in samenwerking met de overheid.
- Ondersteun of werk samen met zakelijke relaties bij het uitwerken van effectieve plannen om de geïdentificeerde negatieve gevolgen te voorkomen of te beperken. Maak daarbij gebruik van kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren voor het definiëren en meten van verbeteringen.
- Invloed aanwenden om zakelijke relatie(s) ertoe te bewegen de negatieve gevolgen of risico's te voorkomen of te beperken.
- Indien de onderneming niet over voldoende invloed beschikt, zoek naar mogelijkheden om deze uit te breiden (via senior management, commerciële prikkels, samenwerking op brancheniveau of overheden, beleid of gedragscodes, contracten, of marktmacht).

- Moedig ondernemingen die negatieve gevolgen veroorzaken of eraan bijdragen om te overleggen met de (potentieel) getroffen rechthebbenden of hun vertegenwoordigers en hen te betrekken bij het ontwikkelen en implementeren van correctieve actieplannen.
- Ondersteun zakelijke relaties bij het voorkomen of beperken van negatieve gevolgen of risico's, bijv. door training, upgraden van voorzieningen, versterking van hun managementsystemen. Streef daarbij voortdurend naar verbetering.
- Beëindigen zakelijke relatie als uiterste redmiddel en pas na vergeefse pogingen om ernstige gevolgen te voorkomen of te beperken; indien de negatieve gevolgen niet hersteld kunnen worden; wanneer er redelijkerwijs geen zicht is op verandering; of wanneer er zeer ernstige negatieve gevolgen of risico's zijn geïdentificeerd en de entiteit die ze veroorzaakt niet onmiddellijk maatregelen treft om ze te voorkomen of te beperken.
- Bij plannen om de betrekkingen te beëindigen moet ook gelet worden op: hoe cruciaal de leverancier of zakelijke relatie is voor de onderneming, de juridische gevolgen van voortzetten of beëindigen van de betrekkingen, in hoeverre beëindiging invloed zou hebben op de gevolgen, alsmede betrouwbare informatie over de potentiële negatieve sociale en economische gevolgen van het besluit tot beëindiging van de betrekkingen.
- Zet de onderneming de zakelijke relatie toch voort, dan moet zij verantwoording afleggen over wat zij heeft gedaan om de risico's te beperken en zich bewust zijn van de gevaren voor haar reputatie en de financiële of juridische risico's.
- Moedig de relevante autoriteiten in het land waar de gevolgen plaatsvinden aan om op te treden, via bijv. inspecties, handhaving en toepassing van de bestaande wet- en regelgeving.

Artikel 4 (Stap 4: Monitor de praktische toepassing en resultaten van de due diligence)

a. Wettelijke verplichtingen

1. *De onderneming monitort de toepassing en effectiviteit van haar due diligence maatregelen.*
2. *De onderneming integreert de conclusies van deze monitoring in haar bedrijfsprocessen.*

b. Uitvoeringsregels

- De onderneming monitort de bereikte resultaten door middel van periodieke eigen of externe reviews of audits.
- De onderneming communiceert de resultaten naar de relevante niveaus binnen de onderneming.
- De onderneming beoordeelt zakelijke relaties periodiek om na te gaan dat de maatregelen ter beperking van risico's worden uitgevoerd of dat de negatieve gevolgen voorkomen of beperkt zijn.

c. Beleidsregels

- Als sprake is van negatieve gevolgen voor mensenrechten, probeert de onderneming contact te leggen met de rechthebbenden die (mogelijk) gevolgen ondervinden en overlegt met hen en hun vertegenwoordigers.
- De onderneming stimuleert periodieke toetsingen door relevante en onafhankelijke multi-stakeholder initiatieven en sectorinitiatieven met het oog op het identificeren, voorkomen of beperken van negatieve gevolgen die verband houden met haar activiteiten.

- De onderneming identificeert negatieve gevolgen of risico's die bij eerdere due diligence-processen wellicht over het hoofd zijn gezien en neem deze in de toekomst mee.
- De onderneming integreert de feedback en de geleerde lessen in de due diligence-processen van de onderneming om het proces en de resultaten in de toekomst te verbeteren.

Artikel 5 (Stap 5: Communiceer hoe negatieve gevolgen worden aangepakt)

a. Wettelijke verplichtingen

1. *De onderneming rapporteert jaarlijks over haar due diligence beleid en haar due diligence proces.*
2. *De onderneming verstrekt hiertoe gegevens over de genomen maatregelen om negatieve gevolgen te identificeren en te redresseren.*
3. *De onderneming rapporteert voorts over de bevindingen en uitkomsten van deze maatregelen.*

b. Uitvoeringsregel

- De onderneming publiceert de hierboven vermelde informatie op de website van de onderneming (met een link vanaf de homepage), op de relevante lokale websites en op de bedrijfslocaties van de onderneming, zowel in het Engels als in de lokale ta(a)l(en).

c. Beleidsregels

- Informatie kan ook worden gepubliceerd in het jaarverslag of in het duurzaamheidsrapport van de onderneming.
- De informatie dient te omvatten: het beleid van de onderneming, maatregelen om het beleid te integreren in de managementsystemen, de geïdentificeerde gebieden met de grootste risico's voor de onderneming, de geïdentificeerde, geprioriteerde en beoordeelde negatieve gevolgen of risico's, de criteria voor prioritering, en de getroffen maatregelen om deze risico's te voorkomen of te beperken.
- De informatie dient tevens termijnen en benchmarks te bevatten voor verbetering en de uitkomsten ervan, maatregelen om de praktische toepassing en resultaten te monitoren en toelichting op de manier waarop de onderneming herstel biedt of eraan meewerkt.
- Bij negatieve gevolgen voor mensenrechten die door de onderneming zijn veroorzaakt of waaraan ze bijdraagt, dient de onderneming, rekening houdend met culturele gevoeligheden, op toegankelijke wijze te communiceren met de rechthebbenden die gevolgen ondervinden of mogelijk ondervinden.

Artikel 6 (Stap 6: Zorg voor herstelmaatregelen of werk hieraan mee)

a. Wettelijke verplichtingen

1. *Indien de onderneming negatieve gevolgen heeft veroorzaakt of hieraan heeft bijgedragen, biedt zij herstel aan of draagt hieraan bij.*
2. *De onderneming zorgt voor legitieme herstelmechanismen of werkt hieraan mee indien van toepassing.*
3. *Getroffen stakeholders en rechthebbenden kunnen door middel van een legitiem herstelmechanisme klachten indienen en voorleggen aan de onderneming.*
4. *Verschillen partijen van mening over de vraag of de onderneming de negatieve gevolgen heeft veroorzaakt of eraan heeft bijgedragen, dan wel over de aard en reikwijdte van de remedie, dan leggen zij dit voor aan een buitengerechtelijke of gerechtelijke geschillenbeslechting.*

b. Uitvoeringsregels

- De onderneming dient de getroffen persoon of personen (weer) in de situatie te brengen waarin deze zou of zouden hebben verkeerd indien de negatieve gevolgen zich niet zouden hebben voorgedaan.
- De onderneming heeft voor medewerkers en voor derden een geschillenbeslechtsmechanismen op operationeel niveau (GON). De vorm en inhoud van de GON wordt vastgesteld in overleg met de relevante stakeholders. Voor interne klachtenprocedures zijn dat in het bijzonder de werknemers en/of hun vertegenwoordigers.
- Bij schending van mensenrechten dient de GON in het bijzonder te voldoen aan de kerncriteria legitimiteit, toegankelijkheid, voorspelbaarheid, eerlijkheid, compatibiliteit met de OESO-richtlijnen, transparantie en betrokkenheid op basis van dialoog.
- De onderneming dient mee te werken aan herstelmaatregelen die evenredig zijn aan de ernst en omvang van de negatieve gevolgen.
- In geval van negatieve gevolgen voor mensenrechten, overleg dan met de getroffen rechthebbenden en hun vertegenwoordigers over te treffen herstelmaatregelen.

c. Beleidsregels

- Maak gebruik van internationale normen of richtlijnen voor herstel. Zijn deze niet voorhanden, zoek dan een remedie die vergelijkbaar is met hetgeen in vergelijkbare situaties is toegepast.
- Probeer vast te stellen of degenen die klachten hebben ingediend tevreden zijn over het proces en de uitkomsten ervan.
- De aard van de remedie hangt af van de aard en reikwijdte van de negatieve gevolgen.
- Een remedie kan bestaan uit:
 - Excuses.
 - Restitutie of rehabilitatie (bijv. weer in dienst nemen van ontslagen werknemers, erkenning van de vakbond voor collectieve onderhandelingen).
 - Financiële of niet-financiële compensatie (bijv. compensatiefondsen voor slachtoffers of toekomstige voorlichtings- en onderwijsprogramma's).
 - Sancties (bijv. ontslag bij wijze van straf voor de verantwoordelijke werknemers).
 - Maatregelen om de negatieve gevolgen in de toekomst te voorkomen.

- Een klachtenprocedure kan o.a. bestaan uit:
 - Een stappenplan voor herstel en het oplossen van klachten.
 - Termijnen voor het oplossen van geschillen.
 - Procedures om te reageren op klachten indien er geen overeenstemming kan worden bereikt of wanneer de gevolgen zeer ernstig zijn.
 - Een beschrijving van de reikwijdte van het GON-mandaat.
 - De mogelijkheden om klachten te verhelpen op toegankelijke en cultuur-sensitieve wijze.
 - De personele invulling en de voor het GON beschikbare middelen.
 - Een monitoringsmechanisme voor het functioneren van het GON.
- Een onderneming werkt welwillend mee aan gerechtelijke en buitengerechtelijke procedures. Dit geldt ook voor NCP-procedures en voor initiatieven die andere vormen van geschillenbeslechting bieden voor de gedragingen van de onderneming.

5.3 Privaatrechtelijke en/of bestuursrechtelijke handhaving

5.3.1 Inleiding

Een goede beoordeling van de afdwingbare wettelijke maatregelen is niet mogelijk zonder de handhavingsopties hierbij te betrekken. De hiervoor uiteengezette wettelijke due diligence regels kunnen in principe op drie manieren worden gehandhaafd: privaatrechtelijk, bestuursrechtelijk en strafrechtelijk (zie Hoofdstuk 3 voor een overzicht). Ter bevordering van de overzichtelijkheid van de vergelijking zal deze beperkt worden tot privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving. De mogelijkheid of het mogelijk maken van strafrechtelijke handhaving kan op specifieke gronden steeds additioneel worden overwogen. Zie hierover par. 3.2.3.

5.3.2 Uitsluitend privaatrechtelijke handhaving: algemeen

Een wettelijke bepaling kan in beginsel steeds privaatrechtelijk worden gehandhaafd. Dit zal veelal gebeuren door hetzij individuen, hetzij belangenorganisaties, hetzij een combinatie van beide.²⁰⁰ Indien een onderneming een bepaling in de due diligence regel niet nakomt, kunnen individuen of belangenorganisaties in rechte een vordering instellen. Zij kunnen bijvoorbeeld van de civiele rechter een bevel of verbod jegens een onderneming vorderen (bijvoorbeeld dat zij een beleidsdocument moet opstellen), een verklaring voor recht vragen (bijvoorbeeld een verklaring dat de gedaagde onderneming geen due diligence plan heeft), of een vordering tot schadevergoeding instellen (bijvoorbeeld dat het gebrek aan due diligence door de onderneming tot schade voor individuen heeft geleid).

Worden bovenstaande regels (Variant A en Variant B) alleen privaatrechtelijk gehandhaafd (dit is bijvoorbeeld het geval in Frankrijk), dan ontstaat het volgende beeld. Enerzijds is de drempel voor privaatrechtelijke acties relatief gering: het individu en de belangenorganisatie moeten een

²⁰⁰ Dit is alleen anders als de wettelijke regel niet strekt tot bescherming van privaatrechtelijke belangen, maar dit komt slechts zelden voor.

voldoende belang bij de vordering hebben en de belangenvereniging moet dit belang ingevolge haar statuten behartigen (art. 3:305a lid 2 BW). Ondanks deze betrekkelijk lage drempel zullen individuen en belangenorganisaties in de praktijk slechts sporadisch gebruikmaken van een gang naar de civiele rechter. De reden hiervoor is dat de kosten van procederen en van rechtsbijstand voor individuen en voor belangenorganisaties een belemmering is om deze stap meer dan incidenteel te zetten.

Dit betekent dat privaatrechtelijke handhaving niet structureel en systematisch plaatsvindt, maar incidenteel en sporadisch. Wordt de wettelijke regeling uitsluitend privaatrechtelijk gehandhaafd, dan zal het verwachte handhavingsniveau laag zijn.²⁰¹

Dit heeft in elk geval twee nadelen. Het eerste nadeel is dat de invulling van de wettelijke regeling, een toetsing van de toepassing ervan en de daarmee samenhangende rechtsontwikkeling alleen kan geschieden door de civiele rechter. Door het te verwachten geringe aantal zaken zal de civiele rechter zich echter onvoldoende van deze taak kunnen kwijten. Dit betekent bijvoorbeeld dat onduidelijkheid zal blijven bestaan hoe ver de materiële verplichtingen van ondernemingen (veelal inspanningsverplichtingen) zullen gaan. Dit zal bijdragen aan rechtsonzekerheid voor ondernemingen, stakeholders en rechthebbenden.

In de tweede plaats zullen er als gevolg van deze onduidelijkheid weinig prikkels voor ondernemingen zijn om zich aan de wettelijke regels te committeren. Het risico is daarmee reëel dat de wettelijke regeling voor een belangrijk deel een dode letter zal worden.

De nadelen zijn te ondervangen door het stimuleren van een groot aantal privaatrechtelijke acties over een reeks van jaren, zodat de rechtspraak duidelijkheid kan geven over de invulling van de geldende normen. De vraag is echter of dit haalbaar is en zo ja, of dit ook wenselijk is.

5.3.3 Uitsluitend privaatrechtelijke handhaving: effecten in Variant A en Variant B

Hoewel deze problemen zich zowel in Variant A (eng) als in Variant B (ruim) zullen voordoen, zijn zij bij Variant A groter, omdat de normen die de wet hierin geeft, zeer beperkt zijn. In die variant bestaat minimale duidelijkheid over de formele vereisten en onduidelijkheid over de materiële vereisten die voor ondernemingen gelden. Variant A met uitsluitend privaatrechtelijke handhaving vermindert de prikkels voor ondernemingen om zich aan de regels te committeren vermoedelijk dus nog verder.

In Variant B bestaat meer duidelijkheid over de formele vereisten, omdat deze in meer detail in de wet (of daarop gebaseerde regelingen) zijn neergelegd. Ook kunnen uitvoeringsregelingen meer indicaties geven over de invulling van de materiële verplichtingen van ondernemingen (veelal inspanningsverplichtingen) maar de mogelijkheden daartoe zijn wetstechnisch beperkt, gezien de veelheid aan situaties die zich hierbij kunnen voordoen en de veelheid aan factoren die

²⁰¹ Denkbaar is wel dat de overheid ter versterking van privaatrechtelijke handhaving no cure no pay voor belangenorganisaties toestaat of hen anderszins financieel en/of procedureel tegemoetkomt, zoals door middel van een rechtsbijstandsfonds.

hierbij van belang zijn. Ook in Variant B met uitsluitend privaatrechtelijke handhaving blijft er dus een grootte mate van rechtsonzekerheid bestaan, in het bijzonder op het gebied van de rechtszekerheid en bereidheid van en de noodzaak voor ondernemingen om zich aan de regels te committeren.

5.3.4 Bestuursrechtelijke handhaving: algemeen

Bestuursrechtelijke handhaving geschiedt door een publiekrechtelijke toezichthouder. Als ondernemingen zich niet aan de wettelijke bepalingen houden, kan de toezichthouder (uiteindelijk) ingrijpen door middel van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete.

Bestuursrechtelijke handhaving kan zich allereerst richten op de formele vereisten. Deze formele vereisten zijn voor een belangrijk deel tevens resultaatverplichtingen en kunnen dus betrekkelijk eenvoudig worden gehandhaafd (zoals het hebben van een beleidsdocument en het hebben van een due diligence plan). Hiervan is op voorhand duidelijk wat ondernemingen verwacht worden te doen.

Toezicht op en handhaving van het formele gedrag van ondernemingen is echter niet het doel van het afdwingbaar maken van due diligence. Bij de formele vereisten gaat het immers om vereisten die eenvoudig door lege *ticking-box-exercises* kunnen nageleefd. De formele vereisten zijn een middel. Het doel van een wettelijke regeling is het bewerkstelligen van een materiële gedragsverandering bij ondernemingen.

Om dit doel te bereiken, zijn de materiële vereisten van belang, zoals de kwaliteit van het due diligence plan, de wijze waarop negatieve impact wordt opgespoord en de wijze waarop de onderneming hierop reageert. Bij deze materiële vereisten gaat het veelal om betrekkelijk open normen die met name inspanningsverplichtingen bevatten. Dit betekent dat de toezichthouder beleid moeten ontwikkelen en aan de hand daarvan concrete handhaafbare normen moet vaststellen. Dit dient zorgvuldig te gebeuren, vaak door middel van consultatie van stakeholders. Hierbij is ook van belang dat de toezichthouder op een dynamische manier normen ontwikkelt en handhaaft (zie hierover Hoofdstuk 6). Het is onvermijdelijk dat dit proces enige tijd in beslag neemt. Het zal echter aanzienlijk kortere tijd in beslag nemen dan als uitsluitend privaatrechtelijk wordt gehandhaafd.

5.3.5 Bestuursrechtelijke handhaving: effecten in Variant A en Variant B

Hoewel de bovenvermelde knelpunten bij bestuursrechtelijke handhaving zich zowel in Variant A (eng) als in Variant B (ruim) zullen voordoen, zijn zij bij Variant A groter, omdat de normen die de wet hierin geeft, zeer beperkt zijn. In die variant bestaat minimale duidelijkheid over de formele vereisten en onduidelijkheid over de materiële vereisten die voor ondernemingen gelden. Dit betekent dat de toezichthouder in veel grotere mate specifieke normen zal moeten ontwikkelen dan in Variant B het geval is. Weliswaar zullen ondernemingen met de aanwezigheid van een toezichthouder zich eerder aan de regels committeren, maar daar staat tegenover dat Variant A

(eng) zal leiden tot een langere periode van onzekerheid voor ondernemingen, stakeholders en rechthebbenden.

In Variant B bestaat meer duidelijkheid over de formele verplichtingen, omdat deze in meer detail in de wet (of daarop gebaseerde regelingen) zijn neergelegd. Ook kunnen uitvoeringsregelingen meer indicaties geven over de invulling van de materiële verplichtingen van ondernemingen (veelal inspanningsverplichtingen) maar de mogelijkheden daartoe zijn wetstechnisch beperkt, gezien de veelheid aan situaties die zich hierbij kunnen voordoen en de veelheid aan factoren die hierbij van belang zijn. Hiernaast kan de toezichthouder uiteraard specifieke regels ontwikkelen, in het bijzonder in combinatie met dynamisch toezicht (Hoofdstuk 6). In Variant B zal dus van meet af aan meer duidelijkheid bestaan voor ondernemingen, stakeholders en rechthebbenden.

In beide varianten zal het verschaffen van duidelijkheid over de inhoud van inspanningsverplichtingen meer tijd kosten, maar dat is op dit gebied (gezien de variaties aan mogelijkheden) in zekere zin onvermijdelijk. Verwacht mag worden dat de ontwikkeling wel aanzienlijk sneller zal gaan dan als uitsluitend privaatrechtelijk wordt gehandhaafd.

Deze volgtijdelijkheid (eerst formele regels, veelal resultaatverplichtingen handhaven en daarna deze materieel invullen) is overigens niet onlogisch, omdat ondernemingen die nog geen due diligence verrichten, zich eerst met plannen en procedures zullen bezighouden en daarna met de concrete invulling en operationalisering ervan. De formele verplichtingen gaan dus aan de materiële (inhoudelijke) verplichtingen vooraf.

5.4 Wat is de optimale variant voor materiële gedragsverandering van ondernemingen?

5.4.1 Inleiding: de verwachting van de Nederlandse overheid

De overheid verwacht van alle Nederlandse ondernemingen die internationaal zakendoen,²⁰² dat zij werken volgens de OESO-richtlijnen.²⁰³ Voor zover ondernemingen aan deze verwachtingen voldoen, zal het afdwingbaar maken van deze stap niet tot noemenswaardige gedragsverandering leiden, omdat zij deze stappen al geacht worden te hebben gezet. Dit zal in het bijzonder gelden voor de voorlopende ondernemingen en mogelijk ook voor enkele meelopende ondernemingen.

Het is dus vooral de vraag in hoeverre verplichte due diligence zal leiden tot materiële gedragsverandering bij ondernemingen die nog niet voldoen aan de verwachtingen van de Nederlandse overheid. Dit zal de achterblijvende ondernemingen betreffen, alsmede het grootste deel van de meelopende ondernemingen.

Aan de respondenten van het onderzoek zijn verschillende vragen gesteld over de effecten en effectiviteit van een regelgevingsoptie van verplichte due diligence en de verschillende subopties (uiteengezet in de sectie Probleemanalyse en Regelgeving).

²⁰² Dit is een breed begrip en omvat in beginsel ook kleinere ondernemingen met bijvoorbeeld buitenlandse toeleveranciers.

²⁰³ <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/internationaal-maatschappelijk-verantwoord-ondernemen-imvo/bevorderen-internationaal-maatschappelijk-verantwoord-ondernemen>.

Uit recent onderzoek van de Europese Commissie bleek dat een grote meerderheid (65,5%) van de respondenten uit de bedrijfsenquête aangaf dat nieuwe verplichte due diligence-regelgeving waarschijnlijk maatschappelijke gevolgen zal hebben. Slechts 11,76% was het daar niet mee eens. 52,9% van de bedrijfsrespondenten geloofde dat verplichte due diligence impact zou hebben op het milieu en meer dan tweederde (67,6%) op mensenrechten. Slechts 9,8% van de zakelijke respondenten geloofde dat verplichte due diligence geen gevolgen zou hebben voor de mensenrechten.²⁰⁴

Algemene respondenten waren zelfs nog meer overtuigd van de waarschijnlijke gevolgen van verplichte zorgvuldigheidseisen. De overgrote meerderheid (86,39%) gaf aan dat het sociale gevolgen zou hebben, in tegenstelling tot slechts 4,08% die het daar niet mee eens was. Nogmaals, 81,63% gaf aan dat dit gevolgen zou hebben voor het milieu, en slechts 4,76% gaf aan dat dit onwaarschijnlijk is. Evenzo geloofde 86,39% van de algemene respondenten dat verplichte zorgvuldigheidseisen gevolgen zouden hebben voor de mensenrechten, en slechts 3,4% geloofde dat dit onwaarschijnlijk is.

Of verplichte due diligence zal leiden tot materiële gedragsverandering zal worden nagegaan voor de vier hierna genoemde modificaties.

5.4.2 Variant A1: beperkte regulering met alleen privaatrechtelijke handhaving

In Variant A1 (een wettelijke regeling op hoofdlijnen met alleen privaatrechtelijke handhaving) is de verwachting dat dit voor ondernemingen slechts zal leiden tot een beperkt commitment om zich aan de wettelijke regels te committeren. Om te beginnen is het aantal regels beperkt en zijn deze zeer algemeen geformuleerd. Bovendien is de handhaving zeer beperkt, omdat deze moet geschieden door individuen en belangenorganisaties die slechts sporadisch en incidenteel zaken voor de civiele rechter zullen brengen. Bij deze Variant kan het bovendien zeer lang duren voordat zich voldoende jurisprudentie heeft gevormd met betrekking tot de reikwijdte van de formele verplichtingen en de inhoud van de materiële verplichtingen²⁰⁵ van ondernemingen. Bij deze Variant bestaan daarom de laagste verwachtingen met betrekking tot een materiële gedragsverandering bij ondernemingen.

5.4.3 Variant A2: beperkte regulering met privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving

In Variant A2 (een wettelijke regeling op hoofdlijnen met een combinatie van privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving) is de verwachting dat ondernemingen meer commitment aan de dag zullen leggen om zich aan de wettelijke regels te committeren. Om te beginnen zal de

²⁰⁴ Smit, L., e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, DG Just 2020, p. 105. Bij alle stakeholders (inclusief NGO's) lagen de percentages positieve verwachtingen nog hoger.

²⁰⁵ Ook als de wettelijke regeling zich tot formele vereisten beperkt, is zeer wel denkbaar dat de civiele rechter zich tevens zal uitlaten over materiële vereisten, zoals over inhoud en reikwijdte van het beleidsplan en over de wijze waarop negatieve gevolgen worden opgespoord.

loutere aanwezigheid van een bestuursrechtelijke toezichthouder hieraan bijdragen. Deze zal er toe leiden dat formele vereisten sneller en op grotere schaal zullen worden gehandhaafd. Voor wat betreft de materiële vereisten geldt dat het enige tijd zal duren voordat deze door de toezichthouder zijn vormgegeven in specifiekere normen en aldus kunnen worden gehandhaafd. Gezien het beperkte wettelijke kader kan dit extra tijd in beslag nemen. Deze Variant A2 leidt daarom tot hogere verwachtingen met betrekking tot een materiële gedragsverandering bij ondernemingen dan Variant A1.

5.4.4 Variant B1: ruime regulering met alleen privaatrechtelijke handhaving

In Variant B1 (een meer gedetailleerde wettelijke regeling met alleen privaatrechtelijke handhaving) is de verwachting dat ondernemingen meer commitment aan de dag zullen leggen als gevolg van een duidelijker regelgevingskader. Het is echter de vraag of dit effect (deels) zal worden geneutraliseerd doordat de handhaving zeer beperkt zal zijn, omdat deze moet geschieden door individuen en belangenorganisaties die slechts sporadisch en incidenteel zaken voor de civiele rechter zullen brengen. Ook bij deze variant kan het zeer lang duren voordat zich voldoende jurisprudentie heeft gevormd met betrekking tot de inhoud van de materiële verplichtingen van ondernemingen. Deze Variant B1 leidt daarom vermoedelijk eerder tot materiële gedragsverandering bij bedrijven dan Variant A1 maar minder snel dan Variant A2.

5.4.5 Variant B2: ruime regulering met privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving

In Variant B2 (een meer gedetailleerde wettelijke regeling met een combinatie van privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving) is de verwachting dat ondernemingen het meeste commitment aan de dag zullen leggen (a) als gevolg van een duidelijker regelgevingskader en (b) als gevolg van de aanwezigheid van een bestuursrechtelijke toezichthouder. De implementatie en handhaving van formele vereisten zal in deze Variant naar verwachting het snelste plaatsvinden. De invulling van materiële vereisten (veelal inspanningsverplichtingen) zal in deze variant langer duren, net als in Variant A2, maar naar verwachting aanzienlijk minder lang dan in de Varianten A1 en B1. Deze Variant B2 leidt daarom van de hier besproken mogelijkheden vermoedelijk tot de snelste materiële gedragsverandering bij ondernemingen.

5.5 Materiële gedragsverandering bij de afzonderlijke stappen in de due diligence cycle

5.5.1 Materiële gedragsverandering bij stap 1 (Integreer due diligence in beleid en managementsystemen)

Het opstellen van een beleidsdocument en een due diligence plan leidt op zichzelf niet tot materiële gedragsverandering bij een onderneming, omdat deze verplichting een formeel karakter heeft. Dat neemt niet weg dat deze eerste stap wel indirect kan leiden tot materiële gedragsverandering.

dering. Dit kan bijvoorbeeld het gevolg zijn van het feit dat de onderneming zich door deze formele verplichting meer bewust wordt van materiële risico's in haar eigen activiteiten en die van haar zakenpartners en daar vervolgens maatregelen tegen neemt.

5.5.2 Materiële gedragsverandering bij stappen 2-4 (Identificeer en beoordeel negatieve gevolgen; stop, voorkom en beperk negatieve gevolgen; monitor de praktische toepassing en resultaten van de due diligence)

De stappen 2-4 vormen het hart van het due diligence proces. Zij hebben betrekking op het daadwerkelijk functioneren van de bedrijfsprocessen om negatieve gevolgen te identificeren, aan te pakken en ervan te leren. Indien op de juiste wijze geïmplementeerd en uitgevoerd, zal deze verplichting het meeste bijdragen aan een materiële gedragsverandering van de onderneming. Hierbij moet overigens worden bedacht dat deze stappen op veel verschillende manieren in de praktijk kunnen worden gebracht. De focus behoeft daarom niet per definitie altijd op de formele stappen te liggen maar kan zich ook richten op de effectiviteit van het proces dat de onderneming hanteert. Een onderneming die niet alle stappen volgt maar wel kan aantonen dat haar proces effectief is, voldoet aan de strekking van de in de stappen 2-4 gestelde eisen.

Of dit ook daadwerkelijk gebeurt, hangt in de eerste plaats af van de due diligence capaciteiten (in termen van kennis, management en middelen) waarover de onderneming beschikt. Of deze capaciteit wordt ingezet en voldoende benut, hangt in de eerste plaats af van beslissingen die de onderneming hieromtrent neemt. Onvoldoende kennis, incapabel management en onvoldoende middelen zullen leiden tot een suboptimale materiële gedragsverandering.

Indien deze stappen afdwingbaar worden gemaakt, hangt de daadwerkelijke materiële gedragsverandering mede af van de effectiviteit van de handhaving. Deze effectiviteit wordt mede beïnvloed door het feit dat het doorgaans lastig is om concreet aan te geven wat van een onderneming kan worden verwacht. Dit heeft te maken met de grote variëteit aan feiten die zich hierbij kunnen voordoen: de plaats van de activiteiten, de aard van de activiteiten (de sector), de aard van de negatieve impact (van kinderarbeid tot milieuverontreiniging), de vraag wanneer sprake is van een negatieve impact, de vraag wanneer de onderneming hierbij voldoende nauw betrokken is en hoe lang een onderneming moet proberen negatieve impact bij een zakenpartner te beëindigen voordat de relatie kan worden verbroken.

Voorts moet worden bedacht dat waardeketens onvoldoende transparant kunnen zijn en dat het daarmee lastig(er) is om vast te stellen wat zakenpartners (verderop) in die keten doen.²⁰⁶ Er kunnen bovendien juridische belemmeringen bestaan voor transparantie, bijvoorbeeld vanwege geheimhoudingsbepalingen in overeenkomsten, het mededingingsrecht²⁰⁷ of andere regelgeving.

²⁰⁶ Dat neemt overigens niet weg dat in het kader van de due diligence in het kader van de Europese houtverordening (Verordening EU 995/2010) door de toezichthouder kon worden geëist dat verifieerbare informatie over de (legale) herkomst van hout beschikbaar is voor de gehele keten. Zie Rb Den Haag 9 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:473.

²⁰⁷ In dat verband kunnen problemen rijzen bij volledige transparantie over de productielocaties en prijzen.

De vraag kan daarmee rijzen of er niet wettelijke verplichtingen zouden moeten komen om (een zekere mate van) transparantie in waardeketens te garanderen, of dat hiervoor andersoortige (bijvoorbeeld technologische) oplossingen zouden moeten worden gevonden. Wettelijke verplichtingen lijken echter niet gemakkelijk te implementeren omdat die mede voor verhoudingen tussen niet-Nederlandse partijen buiten Nederland zouden moeten gelden en de Nederlandse overheid die niet kan reguleren. Andersoortige (bijvoorbeeld technologische) voorzieningen lijken daarmee kansrijker. Te denken valt aan blockchains, die door sommige ondernemingen ook al in hun toeleveringsketens worden gebruikt.²⁰⁸

Dit alles betekent dat handhaven op het louter nemen van een aantal stappen (identificeer, beoordeel, stop, voorkom en beperk) in deze gevallen niet voldoende is om materiële gedragsverandering van de onderneming te bevorderen.²⁰⁹ Van belang is dat ook inhoudelijk en kwalitatief toezicht plaatsvindt en dat de toezichthouder het lerend vermogen van ondernemingen bevordert door middel van voorlichting en richtlijnen. In dit kader kan worden gedacht aan een vorm van dynamisch toezicht.

5.5.3 Materiële gedragsverandering bij stap 5 (Communiceer hoe negatieve gevolgen worden aangepakt)

Bij deze stap gaat het om de verplichting van de onderneming om te rapporteren over de praktijk van haar due diligence proces en over de wijze waarop zij negatieve gevolgen heeft aangepakt. Het afdwingbaar maken van deze verplichting lijkt op zichzelf, net als bij stap 1, niet tot een materiële gedragsverandering van de onderneming te leiden, omdat deze verplichting een formeel karakter heeft.

Dit neemt niet weg dat deze stap wel indirect kan leiden tot materiële gedragsverandering. Dit kan bijvoorbeeld het gevolg zijn van het feit dat de onderneming, omdat zij over het due diligence proces moet rapporteren, dit proces beter en effectiever inkleedt en daarmee negatieve gevolgen eerder voorkomt en, als zij zich voordoen, deze betere aanpakt.

Uit recent onderzoek van de Europese Commissie gaf een meerderheid (50,4%) van de respondenten uit de bedrijfsenquête aan dat nieuwe rapportagevereisten maatschappelijke impact zouden hebben, en 40,9% dat dit gevolgen zou hebben voor het milieu. Een iets grotere meerderheid (55,2%) van deze respondenten gaf aan dat wettelijk verplichte due diligence-rapportage gevolgen zou hebben voor de mensenrechten en slechts 18,1% aangaf dat dit niet het geval zou zijn.²¹⁰

Een belangrijk element van het toezicht zal zijn het ontwikkelen van richtlijnen inzake inhoud en wijze van rapporteren, waardoor de informatie tussen ondernemingen beter vergelijkbaar wordt. Dit kan indirect leiden tot een kwalitatief beter due diligence proces en daarmee ook tot materiële gedragsverandering van ondernemingen, terwijl voorkomen wordt dat een rapportageverplichting

²⁰⁸ Dat vergroot overigens de transparantie slechts in beperkte mate omdat de informatie alleen toegankelijk is voor de onderneming zelf. Meer publieke blockchains zouden hiervoor nog effectiever kunnen zijn.

²⁰⁹ Smit, L., e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, DG Just 2020, p. 107 e.v. Bij alle stakeholders (inclusief NGO's) lagen de percentages positieve verwachtingen nog hoger.

²¹⁰ Smit, L., e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, DG Just 2020, p. 100.

leidt tot een communicatie-exercitie waarin relevante informatie onvoldoende voor het voetlicht wordt gebracht. Ook hier is een vorm van dynamisch toezicht van belang (zie Hoofdstuk 6).

5.5.4 Materiële gedragsverandering bij stap 6 (Zorg voor herstelmaatregelen of werk hieraan mee)

Stap 6 vormt het sluitstuk van het due diligence proces. Zij dient ertoe ervoor te zorgen dat negatieve gevolgen adequaat worden geredresseerd, hetzij door de onderneming zelf, hetzij in samenwerking met betrokken zakenpartners. Indien daadwerkelijk en op de juiste wijze geïmplementeerd en uitgevoerd, zal deze verplichting een belangrijke bijdrage leveren aan een materiële gedragsverandering van de onderneming.

Het is niet duidelijk in hoeverre ook ondernemingen die werken volgens de OESO-richtlijnen deze zesde stap optimaal hebben geïmplementeerd in hun bedrijfsvoering. Het is eerder waarschijnlijk dat deze stap bij de meeste bedrijven nog in de kinderschoenen staat. In zoverre hebben dwingende maatregelen het potentieel om materiële gedragsverandering bij ondernemingen tot stand te brengen.

Ook is denkbaar dat ondernemingen als gevolg van een wettelijke verplichting om te zorgen voor herstelmaatregelen hun gedrag aanpassen en zich in een vroeger stadium gaan richten op het opsporen en aanpakken van negatieve gevolgen die zij hebben veroorzaakt of aan hebben bijgedragen, zodat deze problemen niet uitgroeien tot geschillen (stappen 2-4). Het beoordelen van de kwaliteit van het aanpakken van geschillen over een negatieve impact en het aanbieden van herstel kan niet los worden gezien van dit voortraject.

Dit betekent dat handhaving via de gebruikelijke weg van *command and control* of *rule compliance* hier niet eenvoudig is, mede gezien de gevarieerde en complexe situaties die hier aan de orde kunnen zijn. Om daadwerkelijk aan materiële gedragsverandering bij te dragen zal de toezichthouder over voldoende informatie dienen te beschikken. Omdat deze kwesties veelal in het buitenland spelen, zal hij enerzijds afhankelijk zijn van wat ondernemingen hierover zelf rapporteren (dit hangt ook samen met stap 5), en anderzijds van wat individuen of NGO's melden. Bij dit laatste zal doorgaans van incidentele en niet van structurele informatie sprake zijn.

Handhaven op basis van het louter nemen van een aantal stappen door de onderneming (zorg voor herstelmaatregelen of werk hieraan mee) is in deze gevallen dus niet voldoende om materiële gedragsverandering van de onderneming te bevorderen. Van belang is dat ook inhoudelijk en kwalitatief toezicht plaatsvindt en dat de toezichthouder het lerend vermogen van ondernemingen bevordert door middel van voorlichting en richtlijnen. Dit betekent bijvoorbeeld ook dat wordt voorkomen dat een onderneming, die bij een negatief gevolg is betrokken, in een litigation-modus vervalt maar welwillend meewerkt aan vormen van buitengerechtelijke en gerechtelijke geschillenbeslechting. Ook om deze reden is ook hier een vorm van dynamisch toezicht aangewezen (Hoofdstuk 6).

5.6 In hoeverre kan de rechtszekerheid voor ondernemingen worden geborgd?

Bij rechtszekerheid om de (redelijke mate van) zekerheid die ondernemingen hebben omtrent wat van hen verlangd wordt om te voldoen aan de vereisten van de wettelijke regeling. Overigens hebben niet alleen ondernemingen maar ook stakeholders en rechthebbenden belang bij voldoende rechtszekerheid. Ook zij zullen proefondervindelijk moeten uitvinden (door middel van privaatrechtelijke handhaving, al dan niet in combinatie met bestuursrechtelijke handhaving) hoe de normen rechtens moeten worden ingevuld en daarmee wat zij rechtens van ondernemingen mogen verwachten.

5.6.1 Variant A1: beperkte regulering met alleen privaatrechtelijke handhaving

In Variant A1 (een wettelijke regeling op hoofdlijnen met alleen privaatrechtelijke handhaving) is de rechtszekerheid zeer beperkt. Om te beginnen is het aantal regels beperkt en zijn deze zeer algemeen geformuleerd. Het is dan voor een onderneming doorgaans moeilijk in te schatten wanneer precies aan wettelijk vereisten is voldaan of juist nog niet. Duidelijkheid hierover kan slechts worden verkregen door de sporadische en incidentele zaken die individuen en belangenorganisaties die voor de civiele rechter zullen brengen.²¹¹ Het kan daarom zeer lang duren voordat zich voldoende jurisprudentie heeft gevormd met betrekking tot de reikwijdte van de formele verplichtingen en de inhoud van de materiële verplichtingen van ondernemingen.²¹² Dit is te meer relevant nu privaatrechtelijke normen op grond van het ongeschreven recht ook voor het verleden worden vastgesteld en niet slechts voor de toekomst. Variant A1 biedt daarom de laagste mate van rechtszekerheid voor ondernemingen.

5.6.2 Variant A2: beperkte regulering met privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving

In Variant A2 (een wettelijke regeling op hoofdlijnen met een combinatie van privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving) is de rechtszekerheid in die zin groter, dat de toezichthouder in de eerste plaats kan bijdragen aan het ontwikkelen van concrete normen die duidelijk maken wat van ondernemingen wordt verwacht bij het voldoen aan wettelijke normen. Wel kan dit bij een beperkt wettelijk kader langer duren dan bij een meer gedetailleerd wettelijk kader (zoals in Variant B2); in zoverre zal rechtsonzekerheid bij deze variant langer kunnen duren. Ten tweede leidt bestuursrechtelijke handhaving, die in beginsel systematisch en structureel plaatsvindt, tot meer rechtszekerheid voor ondernemingen dan privaatrechtelijke handhaving die incidenteel en sporadisch plaatsvindt.

5.6.3 Variant B1: ruime regulering met alleen privaatrechtelijke handhaving

²¹¹ Weliswaar zal de rechter zich hierbij waarschijnlijk laten leiden door de handreiking van de OESO, maar dit zal in concrete gevallen niet steeds tot een voorspelbare uitkomst leiden.

²¹² Ook als de wettelijke regeling zich tot formele vereisten beperkt, is zeer wel denkbaar dat de civiele rechter zich tevens zal uitlaten over materiële vereisten, zoals over inhoud en reikwijdte van het beleidsplan en over de wijze waarop negatieve gevolgen worden opgespoord.

In Variant B1 (een meer gedetailleerde wettelijke regeling met alleen privaatrechtelijke handhaving) wordt de rechtszekerheid bevorderd door een meer gedetailleerd regelgevingskader waardoor ondernemingen beter kunnen inschatten wat van hen wordt verwacht. Hier staat echter tegenover dat dit regelgevingskader uitsluitend privaatrechtelijk wordt gehandhaafd door individuen en belangenorganisaties die slechts sporadisch en incidenteel zaken voor de civiele rechter zullen brengen. Daarom kan het zeer lang duren voordat zich voldoende jurisprudentie heeft gevormd met betrekking tot de reikwijdte van de formele verplichtingen en de inhoud van de materiële verplichtingen van ondernemingen.²¹³ Dit is te meer relevant nu privaatrechtelijke normen op grond van het ongeschreven recht ook voor het verleden worden vastgesteld en niet slechts voor de toekomst. Variant B1 biedt daarom meer rechtszekerheid dan Variant A1 maar minder rechtszekerheid dan Variant A2.

5.6.4 Variant B2: ruime regulering met privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving

Variant B2 (een meer gedetailleerde wettelijke regeling met een combinatie van privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving) leidt waarschijnlijk tot de hoogste mate van rechtszekerheid, (a) als gevolg van een duidelijker regelgevingskader en (b) als gevolg van de aanwezigheid van een bestuursrechtelijke toezichthouder. De implementatie en handhaving van formele vereisten zal in deze Variant naar verwachting het snelste plaatsvinden en in zoverre de rechtszekerheid beperken. De invulling van materiële vereisten (veelal inspanningsverplichtingen) zal in deze variant langer duren, net als in Variant A2, maar naar verwachting aanzienlijk minder lang dan in de Varianten A1 en B1. Deze Variant B2 leidt daarom van de hier besproken mogelijkheden vermoedelijk tot de hoogste mate van rechtszekerheid.

5.7 Andere afwegingsfactoren

5.7.1 Uitvoerbaarheid van de regeling

Bij de uitvoerbaarheid van de wettelijke regeling gaat het om de vraag of ondernemingen de wettelijke regeling op een praktische wijze kunnen implementeren. Dit hangt in beginsel onder meer af van vorm en inhoud van de wettelijke regeling. De uitvoerbaarheid kan worden bevorderd door bij de vormgeving van de regels rekening te houden met de opvattingen en ervaringen van alle relevante stakeholders. Daarbij wordt (uiteeraard) uitgegaan van een toezichthouder met kennis van het veld als het gaat om het uitvoeren van due diligence.

Deze toetssteen zou betekenen dat een bestuursrechtelijke vorm van handhaving de voorkeur verdient boven uitsluitend privaatrechtelijke handhaving, omdat bij dit laatste per definitie niet alle

²¹³ Weliswaar zal de rechter zich hierbij waarschijnlijk laten leiden door de handreiking van de OESO, maar dit zal in concrete gevallen niet steeds tot een voorspelbare uitkomst leiden.

stakeholders gehoord kunnen worden. Bij een privaatrechtelijke beslissing speelt de uitvoerbaarheid van de regeling in beginsel geen rol. Dit zou betekenen dat Varianten A2 en B2 de voorkeur verdienen boven de Varianten A1 en B1.

Maakt het voor de uitvoerbaarheid uit of de wettelijke regeling een beperkte omvang heeft of een uitgebreide? Op zichzelf zegt dit over de uitvoerbaarheid van de regels weinig, omdat in beide gevallen de regels in meerdere of mindere mate uitvoerbaar kunnen zijn.

5.7.2 *Invloed op de regeldruk*

De overheid verwacht van alle grote Nederlandse ondernemingen dat zij werken volgens de OESO-richtlijnen.²¹⁴ Voor zover ondernemingen aan deze verwachtingen voldoen (de voorlopers en een klein deel van de meelopers), zal het wettelijk verplicht stellen van due diligence weinig toevoegen aan wat deze ondernemingen thans al doen. Dit betekent dat verplichte due diligence niet tot een hogere regeldruk zal leiden. Bij deze veronderstelling wordt er dan wel vanuit gegaan dat de wettelijke regels zodanig worden geformuleerd dat zij aansluiten bij de adequate praktijken van deze ondernemingen.

Een hogere regeldruk als gevolg van het afdwingbaar maken van due diligence zal dus vooral aan de orde zijn bij ondernemingen die (nog) niet aan de verwachtingen van de overheid voldoen. Dit zijn met name de achterblijvers en een groot deel van de meelopers. Deze hogere regeldruk is op zichzelf gerechtvaardigd gezien het doel van de wettelijke regeling: het bewerkstelligen van materiële gedragsverandering bij ondernemingen. Daartoe dient het middel (de regelgeving) wel proportioneel te zijn aan dit doel.

Indien dit aspect geïsoleerd wordt gezien, kan worden geredeneerd dat hoe beknopter de wettelijke regeling is, des te lager de regeldruk zal zijn. In dat opzicht verdienen de varianten A1 en A2 de voorkeur. In deze varianten is het aantal regels beknopt en door de open normen is er ruimte voor interpretatie. Bestuursrechtelijk toezicht draagt, door de ontwikkeling van specifieke normen meer bij aan de regeldruk dan privaatrechtelijke handhaving. Dat betekent dat A1 de laagste regeldruk geeft (beknopte regeling met alleen privaatrechtelijke handhaving) en B2 de hoogste regeldruk (uitgebreide regeling met bestuursrechtelijke handhaving).

Deze redenering gaat echter mank, omdat een lage regeldruk het doel van de wettelijke regeling (materiële gedragsverandering van ondernemingen) vermoedelijk niet dichterbij brengt (6.4.2) en dus in feite niet functioneel is.

Regeldruk dient te worden gezien in samenhang met het beoogde doel van een wettelijke regeling. Een gepaste mate van detail in de regelgeving draagt immers bij aan de rechtszekerheid en kan ook bijdragen aan de uitvoerbaarheid ervan. Bij die gepaste mate van detail zal het vooral moeten gaan om een proportionaliteitstoets: is de regeldruk proportioneel ten opzichte van het te bereiken doel?

²¹⁴ <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/internationaal-maatschappelijk-verantwoord-ondernemen-imvo/bevorderen-internationaal-maatschappelijk-verantwoord-ondernemen>.

Een algemeen punt van overweging hierbij is het onderscheid tussen grotere en kleinere ondernemingen (dit geldt voor iedere stap in de due diligence cycle). Grotere ondernemingen kunnen in beginsel meer regeldruk aan dan kleinere ondernemingen. Dit betekent dat allereerst moet worden beslist of afdwingbare IMVO-maatregelen ook voor kleinere ondernemingen moeten gelden. Zo ja, dan zal moeten worden bezien in welke sectoren dat in het bijzonder gewenst is en hoe de regelgeving voor deze categorie ondernemingen kan worden aangepast en hanteerbaar gemaakt. Zie over deze afweging par. 3.4.

Invloed op de regeldruk bij het afdwingbaar maken van Stap 5 (rapporteren over due diligence)
In Nederland is de Europese Richtlijn Niet-Financiële verslaglegging²¹⁵ geïmplementeerd in art. 2:391 lid 1 BW. Op grond hiervan moeten grote ondernemingen²¹⁶ niet-financiële informatie in het bestuursverslag opnemen. Die informatie ziet ook op onderwerpen die in verband met OESO due diligence van belang zijn (zoals mensenrechten en milieu) maar omvat niet verslaglegging over de OESO due diligence als zodanig. Art. 2:391 BW en het daarop gebaseerde besluit bevat ten dus nog geen rapportageverplichting ten aanzien van OESO due diligence.²¹⁷

Zie over de nadelen van een rapportageverplichting en meer in het algemeen van transparantieverplichtingen, alsmede een mogelijke uitbreiding van deze verplichting tot kleinere bedrijven, par. 4.2.1. Het is in elk geval van belang om er voor te zorgen dat, als een additionele rapportageverplichting voor OESO due diligence zou worden ingevoerd, deze in overeenstemming is met de Europese richtlijn en het daarop gebaseerde art. 2:391 BW. Het is daarnaast verstandig expliciet in de toelichting op de nieuwe wettelijke regeling aan te geven dat sprake is van een verdergaande verplichting.

5.7.3 Vestigingsklimaat en internationale concurrentiepositie

Voor wat betreft het vestigingsklimaat is het zeer onwaarschijnlijk dat het invoeren van een regeling die due diligence afdwingbaar maakt, op zichzelf een reden is voor een onderneming om uit Nederland te vertrekken, dan wel zich niet in Nederland te vestigen. Indien ondernemingen een dergelijke beslissing al overwegen, zullen zij hierbij veelal het gehele stelsel van wet- en regelgeving, inclusief de belastingdruk, in ogenschouw nemen. Het verplicht stellen van due diligence zal voor de voorlopers onder de bedrijven bovendien geen materieel verschil maken voor hun operaties. Uit de stakeholderconsultatie²¹⁸ en ook uit eerder onderzoek²¹⁹ blijkt evenmin dat invoering van regelgeving op dit terrein aanleiding zal zijn voor ondernemingen om uit Nederland

²¹⁵ Richtlijn 2013/34/EU.

²¹⁶ Ondernemingen met dan wel meer dan 500 werknemers, een balans totaal van meer dan Euro 20 mln of een omzet van meer dan Euro 40 mln.

²¹⁷ Hetzelfde geldt voor de verplichting in de Corporate Governance Code om in het bestuursverslag een toelichting te geven op lange termijn waardecreatie; ook deze verplichting ziet niet op de verslaglegging inzake due diligence als zodanig (zie hierover par. 4.2.1).

²¹⁸ Zie bijlage 2

²¹⁹ L. Enneking e.a., *Zorgplichten van Nederlandse Ondernemingen inzake Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen. Een rechtsvergelijkend en empirisch onderzoek naar de stand van het Nederlandse recht in het licht van de UN Guiding Principles* (rapport in opdracht van het WODC op verzoek van

te vertrekken om zich elders te vestigen. Dit nog daargelaten het feit dat meerdere landen in de Europese Unie en de Europese Unie zelf soortgelijke wetgeving hebben ingevoerd of de intentie hebben om deze in te voeren.²²⁰

Voor wat betreft de internationale concurrentiepositie valt niet uit te sluiten dat deze kan worden beïnvloed door de invoering van regelgeving in Nederland. Dit kan het geval zijn als Nederlandse ondernemingen op dezelfde markt opereren als buitenlandse ondernemingen voor wie deze regels niet gelden. In hoeverre dit een competitief nadeel is, hangt af van de manier waarop de Nederlandse regels zullen worden vormgegeven en wat de daarbij betrokken uitvoeringskosten zijn.

Hierbij kan overigens worden opgemerkt, dat de overheid van Nederlandse ondernemingen reeds verwacht dat zij volgens de OESO-richtlijnen handelen. Bij deze verwachting is de overheid er kennelijk, en niet onbegrijpelijk, vanuit gegaan dat het naleven van de OESO-richtlijnen niet tot competitief nadeel zal leiden en als dat al zo is, dit nadeel wordt gecompenseerd door de voordelen die naleving van de Richtlijnen naar verwachting meebrengen, zoals een beter risicomangement, een sterkere markt- en kredietpositie en een grotere bijdrage aan waardecreatie.

5.7.4 Wat zijn mogelijke neven- en onvoorziene of onbedoelde effecten?

In de stakeholderconsultatie werden diverse mogelijke neven-, onvoorziene of onbedoelde effecten van regelgeving genoemd.

Een eerste categorie had betrekking op het gebrek aan materiele gedragsverandering. Een regeling zou kunnen leiden tot window dressing, een defensieve houding, greenwashing en een focus op proces in plaats van inhoud. Dit is inderdaad een serieus risico van het invoeren van dergelijke wetgeving als zij slechts bestaat uit Variant A en alleen privaatrechtelijk wordt gehandhaafd. Als zij ook bestuursrechtelijk wordt gehandhaafd is dit risico wat minder groot. Variant B zal dit risico het meest beperken.

Voorts werd opgemerkt dat er een risico bestaat dat de rechtsontwikkeling wordt afgeremd. Hoewel dit lastig is in te schatten, zal dit vooral afhangen van de wijze waarop de regeling wordt vormgegeven. In Variant A wordt door de open normen en hun met name formele karakter de rechtsontwikkeling in beginsel opengelaten. Afhankelijk van de wijze van handhaving ligt de sleutel voor de rechtsontwikkeling bij de civiele rechter (privaatrechtelijke handhaving) dan wel bij de toezichthouder en de bestuursrechter (dan wel beide). Wel bestaat bij Variant A het risico dat er in het geheel geen rechtsontwikkeling plaatsvindt, omdat de regeling slechts leidt tot ticking-box-exercises. Als dat voldoende wordt geacht, zou de wettelijke regeling inderdaad een rem op de rechtsontwikkeling kunnen betekenen.

de Directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Veiligheid & Justitie en de Directie Juridische Zaken van het Ministerie van Buitenlandse Zaken), Utrecht: UCall/Universiteit Utrecht 2015.

²²⁰ Zie uitgebreider Smit, L., e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, DG Just 2020, p. 142 e.v. over de visie van stakeholders op het reguleren van due diligence op EU-niveau ten aanzien van harmonisatie, rechtszekerheid en gelijk speelveld.

Zou verplichte due diligence kunnen leiden tot verstoring van de interne markt? Als zodanig valt dit niet uit te sluiten maar ook dit hangt af van de vorm en inhoud van de regelgeving. Het is evident dat verplichte due diligence voor ondernemingen kosten meebrengt die bedrijven in andere lidstaten niet hoeven te maken. Dat is op zichzelf echter niet ongebruikelijk. Ook in de huidige interne markt is sprake van regels die per lidstaat kunnen verschillen. Dit betekent op zichzelf nog niet dat sprake is van verstoring van de interne markt.²²¹

Overigens is het ongelijke speelveld in Europa al enigszins ingeperkt door specifieke wetgeving in Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk en naar verwachting binnen afzienbare tijd ook in andere landen (zie Bijlage 1). Gezien het feit dat veel Europese bedrijven bekend zijn met het doen van due diligence lijkt het onderscheid tussen gereguleerde due diligence in Nederland en niet-gereguleerde due diligence in het buitenland relatief en zeker niet zwart-wit te zijn.

5.8 Conclusie

De mate waarin een variant leidt tot een gunstig of een minder gunstig effect, is in onderstaande kolom aangegeven voor een aantal toets elementen. De mate waarin een variant een gunstig effect heeft, wordt aangegeven met -- (ongunstig), - (gematigd ongunstig) +/- (gematigd gunstig) en + (gunstig).

	Materiële gedragsverandering	Rechtszekerheid	Uitvoerbaarheid	Regeldruk
Variant A1 (beperkt) met alleen privaatrechtelijke handhaving	--	--	-	+
Variant A2 (beperkt) met bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving	+/-	+/-	+/-	+/-
Variant B1 (ruim) met alleen privaatrechtelijke handhaving	-	-	-	-
Variant B2 (ruim) met bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving	+	+	+/-	--

²²¹ Vgl. HvJ EG 5 oktober 2000, Zaak C-376/98, Jur. 2000, I-8419 (*Duitsland/Europees Parlement en Europese Raad*).

Uit de in par. 5.3 en 5.4 gemaakte analyse volgt dat de kans op materiële gedragsverandering van ondernemingen het grootst is bij Variant B2 (ruime wettelijke regeling met privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving). De kleinste kans op materiële gedragsverandering bestaat bij Variant A1 (beperkte wettelijke regeling en uitsluitend privaatrechtelijke handhaving). Variant A2 eindigt in dit opzicht op nummer twee en Variant B1 op nummer drie.

Meer in het algemeen kan worden geconstateerd dat een wettelijke regeling die niet volstaat met enkele algemene abstracte normen, maar meer specifieke normen bevat, een grotere kans heeft om materiële gedragsverandering bij ondernemingen tot stand te brengen. Voorts is een vorm van bestuursrechtelijke handhaving een belangrijke voorwaarde voor het creëren van materiële gedragsverandering bij ondernemingen. Bij dit laatste is in het bijzonder van belang dat de toezichthouder gebruik maakt van vormen van dynamisch toezicht (zie Hoofdstuk 6).

Ten aanzien van de verschillende stappen in de due diligence cycle blijkt voorts (par. 5.5) dat materiële gedragsverandering het meest valt te verwachten bij het reguleren van de stappen 2-4 en 6. Het handhaven van juist deze stappen (indien gereguleerd) is echter naar verwachting suboptimaal bij het toepassen van klassieke *command and control* of *rule compliance* methoden. Daarom is het in dit verband van groot belang om vormen van dynamisch toezicht te ontwikkelen. Zie hierover Hoofdstuk 6.

De analyse in par. 5.6 met betrekking tot de rechtszekerheid bevestigt het hiervoor geschetste beeld. Ook hier kan met Variant B2 een beter resultaat worden verwacht dan met de andere varianten. De minste rechtszekerheid biedt vermoedelijk Variant A1, terwijl ook hier Variant A2 op nummer twee eindigt en Variant B1 op nummer drie.

Ten aanzien van de uitvoerbaarheid (par. 5.7.1) scoren de Varianten met bestuursrechtelijke handhaving (A2 en B2) beter dan de Varianten die uitsluitend privaatrechtelijk worden gehandhaafd (A1 en B1).

Alleen bij regeldruk (par. 5.7.2) scoort Variant A1 (beknpte regeling en alleen privaatrechtelijke handhaving) op zichzelf beschouwd het beste. Het lijkt echter weinig zinvol om regeldruk geïsoleerd te bezien zonder het doel van de wettelijke regeling in ogenschouw te nemen. Een regeling met een lage regeldruk die niet aan haar doel beantwoordt, is een kostenpost zonder opbrengst. Wel zal bij de regeldruk moeten worden bezien of proportioneel ten opzichte van het te bereiken doel. Dit geldt in het bijzonder voor de vraag of een wettelijke regeling voor alle ondernemingen moet gelden of alleen voor grotere ondernemingen (par. 3.4).

Ten aanzien van het vestigingsklimaat zijn als gevolg van het afdwingbaar maken van IMVO-maatregelen geen bijzonderheden te verwachten. Het is onwaarschijnlijk dat ondernemingen als gevolg hiervan zullen besluiten uit Nederland te vertrekken, dan wel zich hier niet te zullen vestigen (par. 5.7.3).

Voor wat betreft de internationale concurrentiepositie van Nederlandse ondernemingen op de Europese markt (par. 5.7.3) kan sprake zijn van een onderscheid in reguleringslast indien IMVO-maatregelen in Nederland afdwingbaar worden gemaakt. Hierbij geldt dat nationale regulering in

Europa verschilt en op zichzelf niet tot problemen behoeft te leiden. Afhankelijk van hoe de desbetreffende wetgeving wordt ingericht, kan het werkelijke verschil in reguleringslast bovendien worden beperkt.

Hier komt bij dat de Nederlandse overheid al geruime tijd van Nederlandse ondernemingen verwacht dat zij werken volgens de OESO-richtlijnen. Tot nu toe is niet gebleken dat bij ondernemingen die deze verwachting vervullen sprake is van een competitief nadeel. Zo dit al het geval zou zijn, staan hier voordelen tegenover die de nadelen kunnen compenseren. Hierbij valt te denken aan een beter risicomanagement, een sterkere markt- en kredietpositie en een grotere bijdrage aan waardecreatie.

6. DYNAMISCH TOEZICHT

6.1 Inleiding

Bij het beoordelen van de voor- en nadelen van de in dit onderzoek gepresenteerde wetgevings-opties, is van groot belang dat de naleving van de wettelijke regels zo goed mogelijk kan worden geborgd. Het gaat er dan om te bevorderen dat de wettelijke regels enerzijds zoveel mogelijk tot wenselijke gevolgen leiden (materiële gedragsverandering ondernemingen) en anderzijds zo min mogelijk tot onwenselijke gevolgen (onnodig hoge administratieve lasten, ticking-box-exercises, minimale compliance en ontmoediging van positieve (multi-stakeholder) initiatieven).

Het gebrek aan effectiviteit van regelgeving en de ongewenste en onvoorziene bijeffecten is al langer en in bredere kring een onderwerp van discussie.²²² Om diverse redenen raakt deze discussie in het bijzonder potentiële IMVO-regelgeving, mede omdat het hier gaat om een zeer complexe en zeer gevarieerde omgeving,²²³ waarin bedrijven zelf, mede vanwege de economische en sociale realiteit in veel productielanden, niet alle gewenste verandering kunnen bewerkstelligen. Bovendien leidt de huidige regelgeving maar in beperkte mate tot een stimulans voor bedrijven of multi-stakeholder initiatieven om best practices (die leiden tot een materiële gedragsverandering) te ontwikkelen en te implementeren.

Het hierna uit te werken dynamisch toezicht is denkbaar bij verschillende van de in hoofdstuk 4 genoemde opties, behoudens voor zover het gaat om het creëren van aansprakelijkheid, het algemeen verbindend verklaren van de IMVO-convenanten, het uitbreiden van het toepassingsgebied van de Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven, het aanpassen van nationale procesrechtelijke regels en/of het IPR en het goedkeuren van productielocaties. Bij deze opties zal immers geen sprake zijn van (separaat) publiekrechtelijk toezicht (op actoren) in Nederland.

Voor de andere opties geldt dat dynamisch toezicht op het specifiek in die optie geadresseerde onderwerp en de in dat verband ontwikkelde of nog te ontwikkelen best practices denkbaar is. Om deze vorm van toezicht echter zo concreet mogelijk uit te werken, zodat een zo duidelijk mogelijk beeld bestaat van wat daaronder wordt verstaan, en gelet op de beschikbare tijd voor het onderzoek, hebben wij, in aansluiting op hoofdstuk 5, ervoor gekozen deze uit te werken voor de wettelijke verankering van de OESO due diligence.²²⁴

6.2 Bijzondere kenmerken van het handhaven van due diligence regelgeving

Ten eerste bestaat weliswaar brede consensus *dat* bedrijven due diligence moeten verrichten maar niet of in veel mindere mate wat deze due diligence precies dient in te houden. Ook internationaal

²²² M. de Bree & M. Dees, 'Complexiteit vraagt om een andere manier van regels maken', *TPC* 2019, afl. 6, p. 14-18, met verdere verwijzingen.

²²³ D.J. Snowden & M.E. Boone, 'A Leader's Framework for Decision Making', *Harvard Business Review* 2007, afl. 11, p. 69-76.

²²⁴ Indien ervoor zou worden gekozen om een van deze andere opties te implementeren, zou nader onderzoek kunnen worden gedaan naar de uitwerking van dynamisch toezicht ten aanzien van die optie.

bestaat hierover nog geen duidelijkheid.²²⁵ Dit geldt bijvoorbeeld voor de vraag wanneer sprake is van een negatieve impact en voor de vraag of een onderneming (voldoende) betrokken is bij een dergelijke negatieve impact.²²⁶ Open wettelijke normen hebben echter het nadeel dat die, zeker op een terrein als het onderhavige, in het algemeen breed zijn geformuleerd. Ondernemingen hebben daarom behoefte aan nadere duiding van hun verplichtingen.²²⁷

Ten tweede is sprake is van een veelheid aan mogelijke feitelijke omstandigheden waarin een negatieve impact kan plaatsvinden en deze kunnen variëren naar gelang de plaats van de negatieve impact, de sector waarin deze plaatsvindt en de omvang van de onderneming. Dit betekent dat het antwoord op de vraag wat in concrete gevallen het gewenste gedrag van een onderneming is niet steeds eenvoudig valt te geven.

Ten derde is het antwoord op de vraag wat het gewenste ondernemingsgedrag is in beweging en ontwikkeling. Wat vijf jaar geleden voldoende was, kan nu, bijvoorbeeld gezien de praktijk van vooroplopende bedrijven, als onvoldoende worden aangemerkt.

In de vierde plaats kan in veel gevallen een negatieve reactie van een onderneming (zich terugtrekken of onttrekken) contraproductief zijn voor een positief effect op de grond. Een onderneming die wordt geconfronteerd met kinderarbeid of slavenarbeid in de bevoorradingsketen doet er beter aan zich het probleem aan te trekken in plaats van zich ervan te distantiëren en het probleem zoveel mogelijk naar andere partijen in de keten door te schuiven. Een positieve oplossing kan worden bereikt door, in samenwerking met (lokale) overheden, Ngo's en andere stakeholders, naar een effectieve oplossing te streven, zoals het verhogen van de lonen en het faciliteren van schoolopleidingen voor de kinderen.

Met andere woorden: verschillende vormen van negatieve impacts vragen om verschillende aanpak. Soms moet een onderneming desinvesteren, veelal moet zij zich het probleem aantrekken, onder meer door voorwaarden te scheppen of met andere stakeholders negatieve impacts te beperken of te beëindigen.

Ten vijfde laat de markt een verdeeld beeld zien van vooroplopende, meelopende en achterblijvende ondernemingen. Vooral bij de eerste categorie (en incidenteel bij de tweede categorie) is sprake van actieve en proactieve initiatieven (veelal in multi-stakeholder verband) die voor bepaalde situaties als best practice kunnen worden aangemerkt. Regelgeving en toezicht dienen deze initiatieven niet te verstikken in regels en handhaving maar juist te ondersteunen en te stimuleren.

²²⁵ Vergelijk ook L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain* (onderzoek voor de Europese Commissie), DG Just 2020, p. 48-88.

²²⁶ Het begrip 'negatieve impact' ziet op nadelige effecten voor in de OESO-richtlijnen genoemde onderwerpen. Het hoeft dus niet noodzakelijkerwijs te gaan om een in wet- of regelgeving vastgelegde negatieve impacts.

²²⁷ Overigens wil dat niet zonder meer zeggen dat dergelijke open due diligence normen niet kunnen worden gehandhaafd wegens strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Zie voor de Europese houtverordening (Verordening EU 995/2010) bijvoorbeeld Rb Den Haag 9 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:473; Rb Noord-Nederland 24 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:4474. Zie voorts de Mededeling van de Commissie van 18 oktober 2018, 2018/C 376/01, waarin richtsnoeren zijn gegeven in geval onduidelijkheid bestaat over de rechtmatigheid van de houtkap.

Waar het om gaat is om positief in te spelen op ondernemingspraktijken die zich in de juiste richting ontwikkelen.

Ten zesde zal het in veel gevallen gaan om gedrag van ondernemingen (of hun zakenpartners) buiten Nederland en ook om effecten op de grond buiten Nederland. De mogelijkheden voor een Nederlandse toezichthouder zijn daarom beperkt als het gaat om de klassieke vormen van onderzoek en handhaving.

6.3 Bijzondere kenmerken van dynamisch toezicht

Om de hierboven genoemde redenen leent toezicht op de naleving van due diligence verplichtingen zich minder goed voor een klassieke *command and control* of *rule compliance* benadering. Het is van essentieel belang dat het toezicht er niet op is gericht om te zien of bedrijven fouten maken (road to the bottom) maar dat het bedrijven juist stimuleert steeds beter te presteren (road to the top) en aldus zoveel mogelijk positieve gedragsverandering wordt gecreëerd. Dit geldt overigens in het bijzonder voor zover in wetgeving inspanningsverplichtingen (gebaseerd op een open norm) zijn opgenomen in verband met OESO due diligence. Naar in hoofdstuk 5 aan de orde kwam, zijn met betrekking tot bepaalde aspecten van OESO due diligence resultaatsverplichtingen denkbaar. Daarbij zou ook meer klassiek publiek toezicht kunnen passen. Het gaat dus om een combinatie van beide vormen van toezicht.

Een dynamische toezichtbenadering vraagt bij voorkeur ook om één toezichthouder. Het voordeel hiervan is dat het toezicht eenduidig kan worden vormgegeven en de toezichtlasten voor bedrijven beperkt zijn. Bovendien heeft de toezichthouder dan kennis van verschillende sectoren en bedrijven en kan hetgeen aan kennis of best practices is opgedaan in een bepaalde sector of voor een bepaald type bedrijven ook worden gebruikt in andere sectoren of voor andere typen bedrijven, voor zover het daarvoor van belang is.

Overigens zou ook denkbaar zijn om een samenwerkingsverband van toezichthouders op dit terrein te creëren dat intensief samenwerkt op het terrein van OESO due diligence, in verband waarmee een wettelijke mogelijkheid zou moeten worden geschapen om (toezichts)informatie uit te wisselen binnen dit samenwerkingsverband. Uiteraard is van groot belang dat de toezichthouder ook over voldoende budget beschikt om deze taken te kunnen uitvoeren.²²⁸ Zo is het ontwikkelen van een hierna te bespreken benchmark vaak arbeidsintensief.²²⁹

Verder zal de toezichthouder kennis moeten opdoen, zeker waar mede gewerkt wordt met best practices uit de markt. Daarvoor zal enige tijd nodig zijn en daarvoor zal de toezichthouder ook

²²⁸ Sommige geïnterviewden in het EU-onderzoek achtten deze kosten mogelijk zelfs prohibitief. Zie Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain* (onderzoek voor de Europese Commissie), DG Just 2020, p. 139.

²²⁹ Dat is overigens niet steeds het geval en hangt onder meer af van de soort benchmark (algemeen of meer specifiek), de grootte van de markt, het type instellingen en al in de sector bestaande best practices en benchmarks.

over voldoende capaciteit moeten beschikken.²³⁰ Het lijkt bovendien verstandig met stakeholders in gesprek te gaan over de opzet van de toezichthouder. Verder is een goede coördinatie tussen toezichthouders van belang, mede gelet op de omstandigheid dat zoveel mogelijk moet worden voorkomen dat onder toezicht gestelden dezelfde informatie meerdere keren aan verschillende toezichthouders moeten verstrekken.

Voor wat betreft de onder toezicht staande ondernemingen zou kunnen worden aangesloten bij de keuze die is gemaakt bij het implementeren van de Richtlijn niet-financiële rapportage,²³¹ maar zou ook een groter aantal ondernemingen onder het toezicht kunnen vallen bijvoorbeeld in bepaalde sectoren. Voor zover de Richtlijn niet-financiële rapportage wordt gevolgd, gaat het niet alleen om grote ondernemingen maar om ondernemingen die voldoen aan de eisen van art. 2:396.²³² Overigens wordt door de AFM via de controle op de accountants al in zekere mate toezicht gehouden op de rapportageverplichting van art. 2:396 BW. Het gaat in dit verband om de vraag voor welke ondernemingen het dynamische toezicht in verband met (de andere stappen van) de OESO due diligence zou moeten gelden. Zo nodig kan, bijvoorbeeld door de mogelijkheid van uitbreiding bij AMvB mogelijk te maken, worden bepaald dat de regels ook gelden voor kleinere ondernemingen als zij actief zijn in bepaalde risicosectoren, zoals bijvoorbeeld kleding en textiel.

De manier waarop de toezichthouder vorm kan geven aan de hiervoor bedoelde dynamische vorm van toezicht, dient vanzelfsprekend onderdeel van nadere studie te zijn. Het gaat hier om een vorm van toezicht die kan worden vergeleken met wat bekend staat als 'experimentalist governance',²³³ waarbij zowel de toezichthouders als de ondernemingen waarop toezicht wordt gehouden en hun stakeholders worden betrokken bij het innoveren van regulering en toezicht. Voorbeelden in het kader van OESO due diligence bestaan (nog) niet. Wel gebeurt dit deels op andere terreinen. Dat wordt hierna verder uitgewerkt. Dynamisch toezicht kan ook bijdragen aan het verkleinen van het gat tussen de formele en werkelijke wereld in ondernemingen, waarin beleid wel formeel is geïntroduceerd maar feitelijk niet is geïmplementeerd en daardoor niet effectief is.²³⁴ De vraag of dynamisch toezicht effectief is, zal overigens mede afhangen van de markt. Denkbaar is dat factoren als concurrentie op innovatie, technologie of arbeid en de interesse van (durf)investeerders in die markt relevant kunnen zijn voor de effectiviteit van een dergelijk toezicht. Het lijkt voor de hand te liggen om, nu nog weinig ervaring met deze vorm van toezicht is

²³⁰ Denkbaar zou kunnen zijn om een overgangstermijn in te voeren voor het ontwikkelen van best practices/due diligence plannen en/of voor handhaving van de regelgeving. Zie daarover ook Smit e.a., DG Just 2020, p. 120 en 121.

²³¹ Richtlijn 2014/95/EU.

²³² Voldaan moet zijn aan ten minste twee van de volgende drie voorwaarden:

a. de waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt, op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs, niet meer dan €6.000.000;

b. de netto-omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan €12.000.000;

c. het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan 50.

²³³ Zie bijvoorbeeld C.F. Sabel, 'Beyond principal-agent governance: Experimentalist organisations, learning and accountability', in: E.R. Engelen en M. Sie Dhian Ho (red.) *De staat van de democratie. Democratie voorbij de staat*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2004, p. 173-193; E. Szyszczak, 'Experimental governance: The open method of coordination'. *European Law Journal* 2006, afl. 4, p. 486-502.

²³⁴ M. de Bree & A. Stopendaal, 'De- and Recoupling and Public Regulation', *Organization Studies* 2018, p. 1-22.

opgedaan, na bijvoorbeeld 5 jaar door middel van extern onderzoek te verifiëren of en in welke mate deze nieuwe vorm van toezicht effectief is geweest.

6.4 Instrumenten

Voor wat betreft de mogelijke instrumenten, kan in elk geval worden gedacht aan benchmarking (6.4.1), het ontwikkelen van handhaafbare minimumnormen (6.4.2), het ontwikkelen van best practices (6.4.3) en het uitrollen van best practices in bijvoorbeeld labelling en aanbesteding (6.4.4).

6.4.1 Benchmarking

Een eerste denkbaar instrument is het benchmarken van bedrijven met betrekking tot praktijken in bepaalde sectoren of met betrekking tot specifieke due diligence aspecten. De benchmark zou kunnen worden gebaseerd op best practices binnen een onderneming of, wellicht zelfs nog beter, binnen een multi-stakeholder initiatief (zoals de IMVO-convenanten) of in een bepaalde sector.²³⁵ Dat geldt met name als is gebleken (bedrijven of multi-stakeholder initiatieven moeten daarvoor de effectiviteit van hun initiatieven monitoren) dat deze best practices ook daadwerkelijk leiden tot materiële gedragsverandering, in zekere mate zijn uitgekristalliseerd in de markt en niet disproportioneel kostbaar zijn.²³⁶ Het ligt verder voor de hand dat de toezichthouder vooral de best practices in aanmerking neemt en stimuleert die zich richten op de grootste risico's op schendingen van de OESO-richtlijnen binnen een sector of soort bedrijf. In het kader van hanteerbaarheid van de best practices en het voorkomen van disproportionele kosten is verder verstandig deze (eerst) te betrekken op de kern van de activiteiten of producten van een onderneming omdat daar de verwachte impact het grootst is. Zo ligt het voor de hand deze bijvoorbeeld bij oliebedrijven vooral te richten op hun productieactiviteiten en (in eerste instantie) minder op hun handelsketens voor de aanschaf van bijvoorbeeld bureaubenodigdheden.

Een dergelijke aanpak lost ten dele ook het probleem op dat een Nederlandse toezichthouder in beginsel niet op de grond kan controleren in andere landen en het autonoom stellen van Nederlandse regels of verplichtingen kan botsen met regelgeving in de landen die het betreft. In het verleden is in dat verband voorgekomen dat de betreffende landen, in reactie op regelgeving uit de EU, met eigen regelgeving of (certificerings)initiatieven kwamen om hun eigen belangen, zoals zij die zagen, veilig te stellen.²³⁷ Een dergelijke competitie van regelgeving is, op zijn zachtst gezegd, niet behulpzaam. Het lijkt daarom relevant om samenwerking te zoeken met de landen

²³⁵ In paragraaf 6.4.3 wordt nader ingegaan op de vraag hoe die kunnen worden ontwikkeld.

²³⁶ Zie voor de vraag in hoeverre en op welke wijze thans in de EU OESO due diligence wordt uitgevoerd en voorbeelden van soorten benaderingen die een best practice zouden kunnen opleveren Smit e.a., DG Just 2020, p.48-88.

²³⁷ Zie bijvoorbeeld in verband met de Europese houtverordening (Verordening EU 995/2010 en Uitvoeringsverordening EU 607/2012) waar de samenwerking met een aantal landen (Ghana en Indonesië) inmiddels wel is verbeterd. Zie bijvoorbeeld C. Overdeest & J. Zeitlin, 'Experimentalism in transnational forest governance: Implementing European Union Forest Law Enforcement, Governance and Trade (FLEGT) Voluntary Partnership Agreements in Indonesia and Ghana', *Regulation & Governance* (12) 2018, afl. 1, p. 64-87, en in het bijzonder par. 4 en 5.

waar de problemen zich voordoen. Het is echter voor de wetgever in het kader van het vaststellen van wettelijke normen lastiger om dat goed vorm te geven (behoudens wellicht enig (informeel) overleg over de vraag wat voor soort wetgevingsoptie het meest in de rede ligt). Een toezichthouder kan echter in het kader van best practices beter bezien welke aanpak zich het beste verhoudt met regelgeving en initiatieven in de landen waar de problemen zich voordoen en via ambassades in dat kader ook contact onderhouden met de lokale regelgevers. Best practices kunnen bovendien ook inhouden dat lokale toezichthouders/regelgevers betrokken moeten zijn, bijvoorbeeld om te bezien waarom daar bestaande regelgeving niet wordt gehandhaafd, hetgeen een Nederlandse toezichthouder in het algemeen lastig zelfstandig kan bewerkstelligen.

Het is voorts denkbaar dat meerdere van dergelijke best practices bestaan en ook dat deze per sector, type bedrijf of grootte van een bedrijf verschillen. De gedachte is dat de bedrijven die (veel van) deze best practices hanteren en succesvol implementeren, hoog in de benchmark eindigen, bedrijven die bezig zijn met implementatie maar deze nog niet succesvol hebben geïmplementeerd of nog maar een beperkt aantal van die best practices hanteren in de middenmoot en de bedrijven die dat in het geheel niet doen in de onderste regionen. De benchmark hoeft in dat verband niet alleen te worden gerelateerd aan de (wettelijke en in het beleid van de toezichthouder vastgelegde) minimumnorm, maar kan ook worden gerelateerd aan dat minimum overstijgende best practices. De benchmark ziet dus niet op best practices als zodanig, maar op de vraag of en hoe vaak bedrijven die implementeren. Daarnaast zou een benchmark op verschillende actoren kunnen zien. Denkbaar is dat die ziet op bepaalde bedrijven, bepaalde sectoren of een bepaalde positie van actoren in de keten in meerdere sectoren (zoals handelaren of verwerkers van halffabrikaten).

Weliswaar zal de toezichthouder boven de wettelijke norm niet met (bestuursrechtelijke) sancties kunnen handhaven (de handhavingsbevoegdheid ziet immers op de wettelijke norm), maar dat neemt niet weg dat, in gesprekken met onder toezicht gestelden, bovenwettelijke best practices aan de orde kunnen komen en zij bevraagd kunnen worden waarom die niet worden gehanteerd. Bovendien kan van de benchmark als zodanig een positieve stimulans uitgaan omdat bedrijven die best practices hebben ontwikkeld (of door multi-stakeholder initiatieven ontwikkelde best practices hanteren) en geïmplementeerd, hoog op de benchmark eindigen en in die zin ook worden 'beloond'. Dat geldt niet alleen indien de benchmark publiek is, maar zelfs als alleen de onder toezicht gestelden (in een bepaalde sector of van een bepaald type bedrijven) inzicht hebben in die benchmark.

Een voorbeeld waarin dergelijke benchmarks worden gehanteerd in het kader van (informeel) toezicht (buiten het terrein van OESO due diligence) is het financiële toezicht. De AFM hanteert daarvoor (niet volledig publieke) benchmarks.²³⁸ Op een aantal terreinen heeft AFM in dat verband zogenaamde 'dashboards' ontwikkeld die aangeven hoe een financiële instelling op het terrein van die dashboard presteert.²³⁹ De dashboards, die soms algemener zijn en soms meer speci-

²³⁸ Zie bijvoorbeeld *AFM, Annual Report 2016, Intense supervision in a changed playing field*, AFM 2017, p. 25 en 65. Omdat die grotendeels zien op (gevoelige) bedrijfsinformatie, lijkt ook niet waarschijnlijk dat een WOB-verzoek om (verdere) openbaarmaking van de benchmark zal slagen.

²³⁹ Zie voor de verschillende dashboard modules <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/onderwerpen/kb-dashboard>.

fiek, geven aan het publiek aan hoe de sector gemiddeld presteert. Individuele financiële instellingen krijgen ook inzicht in hun score ten opzichte van het gemiddelde. Het gemiddelde wordt bepaald door een aantal indicatoren te identificeren en aan de hand daarvan vast te stellen hoe financiële instellingen presteren en vervolgens per instelling een totaalscore vast te stellen, waarmee voor de hele sector het gemiddelde wordt berekend. De indicatoren zijn gebaseerd op kennis van de AFM en informatie die zij van externe partijen krijgt. De AFM voert met de indicatoren ook steeds een pilot uit om te bezien of die in de praktijk functioneren. De score op de indicatoren wordt in een aantal gevallen door de toezichthouder zelf bepaald, maar kan ook zijn gebaseerd op *self-assessments* die overigens wel (steekproefsgewijs) worden gecontroleerd. Deze dashboards kunnen financiële instellingen prikkelen hoger op de benchmark te komen. De verwachting van de AFM, die zij ook uitspreekt in gesprekken met onder toezicht gestelden, is dat instellingen beter gaan presteren als zij onder het gemiddelde zitten, waarbij handhaving uitdagend kan zijn indien een instelling alleen aan het gemiddelde kan voldoen als zij meer doet dan op grond van de wettelijke minimumnorm verplicht is. In dergelijke gevallen blijkt in de praktijk ook invloed te kunnen uitgaan van (de dreiging met) het houden van extra gesprekken met de betreffende instelling indien niet wordt getracht te verbeteren.

Ook de NVWA gebruikt in het kader van het toezicht best practices uit de markt in de vorm van certificering. Indien een onder toezicht gestelde over een certificaat van een initiatief beschikt dat aan alle eisen van de NVWA voldoet, controleert de NVWA in mindere mate. De NVWA is daarover ook in gesprek met deze certificeringsinitiatieven. Als een certificeringsinitiatief goed scoort wordt minder toezicht gehouden op een onder toezicht gestelde die deelneemt in dit initiatief.²⁴⁰

De prikkel om hoger op een benchmark te komen kan worden versterkt door die openbaar te maken. Als tussenoplossing is ook denkbaar dat alleen de bedrijven in de onderste regionen van de benchmark door de toezichthouder worden gepubliceerd. Veelal wordt publicatie van het opleggen van een sanctie door een toezichthouder overigens gezien als ‘naming en shaming’ en daarmee als een additionele vorm van sanctionering. Dat lijkt voor publicatie van de benchmark tot op zekere hoogte ook het geval te kunnen zijn, al lijkt de impact daarvan kleiner dan van het opleggen van een sanctie. Dat neemt niet weg dat er in de wettelijke regeling voor toezicht duidelijk moet worden gemaakt dat de toezichthouder de bevoegdheid tot (gedeeltelijke) publicatie van de benchmark heeft en ook onder welke voorwaarden die kan worden uitgeoefend.²⁴¹ Een enigszins andere maar ook denkbare openbaarmaking is een aantekening in een register voor bestuurders die notoïr weigeren inspanningen te verrichten op het gebied van OESO due diligence, waardoor hun onderneming onder aan de benchmark blijft hangen. Een dergelijke aantekening kan bij financiële instellingen worden ingezet en is daar relevant omdat DNB de aanstelling van een bestuurder bij een financiële instelling moet goedkeuren en een dergelijke aantekening wordt meegenomen in die beoordeling. Daarnaast zou een dergelijke aantekening relevant kunnen zijn voor investeerders.

²⁴⁰ Bijvoorbeeld Scheltema 2016, p. 153 en 154.

²⁴¹ Zie bijvoorbeeld voor het publiceren van het opleggen van een boete in het kader van het financiële toezicht art. 1:97 Wft. Bij de in art. 1:97 Wft genoemde zware overtredingen is de toezichthouder zelfs verplicht om de boete te publiceren. Zie bijvoorbeeld Dieben, in: *GS Toezicht Financiële Markten*, art. 1:97 Wft, aant. 5.3.

6.4.2 *Ontwikkelen handhaafbare minimumnormen*

Een tweede instrument is het door de toezichthouder ontwikkelen van handhaafbare minimumnormen waaraan ondernemingen zich in elk geval moeten houden (met name door in regels (er moet dan wel een wettelijke bevoegdheid bestaan tot het stellen van die regels) of beleid²⁴² van de toezichthouder een bottom line neer te leggen), alsmede het geleidelijk en voortdurend verhogen van deze bottom line (door aanpassing van de zojuist bedoelde regels of beleid).

De bottom line zou aan de hand van een wettelijke relatief open norm (gerelateerd aan het doen van OESO due diligence) en daarop gebaseerd beleid van de toezichthouder kunnen worden bepaald. De toezichthouder kan zich in dat verband mede laten leiden door bestaande best practices en bepalen welke daarvan in ieder geval moeten worden gehanteerd en geïmplementeerd (in een bepaalde sector of voor een bepaald type bedrijf). Dat kan ook het draagvlak voor het toezicht in de markt vergroten.

Het voordeel van het hanteren van best practices is dat door de toezichthouder niet snel onredelijk hoge of niet-werkbare eisen worden gesteld. Er zijn immers bedrijven die een dergelijke best practice al hebben geïmplementeerd. Indien bedrijven dit minimum niet halen, riskeren zij handhaving, bijvoorbeeld door verscherpt toezicht, bestaande uit frequent bezoek van de toezichthouder die beziet en bespreekt of en hoe de relevante best practices worden geïmplementeerd. In het algemeen zal een bedrijf een termijn krijgen om dat te realiseren. Indien bedrijven medewerking weigeren of na ommekomst van de termijn voor realisatie nog niets of onvoldoende hebben gedaan, riskeren zij bestuurs- en mogelijk zelf strafrechtelijke sancties (bij herhaalde weigering en overtredingen). Het ligt in de rede dat dergelijke handhaving niet onmiddellijk kan plaatsvinden omdat de toezichthouder eerst voldoende kennis moet opbouwen omtrent best practices (met impact). Het ligt daarmee voor de hand dat het toezicht aanvangt met gesprekken met onder toezicht gestelden (die, als onvoldoende wordt gedaan, worden geïntensiveerd) en handhaving zich in eerste instantie richt op bedrijven die in het geheel niets doen.

Niet ondenkbaar is dat bij ondernemingen de behoefte zal ontstaan, met name bij grote(re) kapitaalintensieve projecten of (exportkrediet)subsidies, vooraf van de toezichthouder te horen of zij (in ieder geval) aan de minimumnorm voldoen. In feite verzoeken zij dan om een soort ‘vergunning’ op het gebied van overeenstemming met de OESO-richtlijn, zodat zij niet later met handhaving wegens schendingen kunnen worden geconfronteerd. Hoewel deze wens begrijpelijk is, lijkt het in de praktijk lastig voor de toezichthouder om een dergelijke ‘vergunning’ af te geven. De toezichthouder zal immers waarschijnlijk de capaciteit missen om de relevante informatie over alle grote projecten waarvoor een dergelijk onderzoek wordt gevraagd door te nemen om te kunnen beslissen over een dergelijke ‘vergunning’. Dat ligt wellicht anders bij (exportkrediet)subsidies.

Best practices zijn, zoals eerder aangegeven, dynamisch. Best practices van vandaag zijn over enige tijd niet altijd meer toereikend. Dit betekent dat ook de minimumnorm met het veranderen

²⁴² Strikt genomen is beleid van de toezichthouder niet bindend voor de onder toezicht gestelden. Dat neemt niet weg dat dit beleid bijvoorbeeld kan inhouden tegen welke praktijken een toezichthouder wel en niet optreedt. Het heeft daarmee in de praktijk wel betekenis in het kader van de vraag waaraan onder toezicht gestelden zich moeten houden.

van de best practices in de loop der tijd hoger komt te liggen. Het lijkt ook meer voor de hand te liggen hiervoor aan te sluiten bij best practices nu wet- en regelgeving snel verouderd kan raken en politieke processen ook niet zijn ingericht om hier snel en effectief op in te spelen. Nu de minimumnorm wordt gehandhaafd, is daarmee sprake van dynamisch toezicht. Overigens kunnen bij de handhaving van de minimumnorm wel klassieke handhavingsinstrumenten worden gebruikt.

6.4.3 *Ontwikkelen best practices*

Een derde instrument is het ontwikkelen van best practices in overleg met ondernemingen en stakeholders, daarbij zoveel mogelijk gebruik makend van bestaande initiatieven, inclusief de IMVO-convenanten.²⁴³ Art. 5 lid 4 van de Wet zorgplicht kinderarbeid gaat daar in zekere mate ook al vanuit nu dit bepaalt dat de Minister een in een multi-stakeholder initiatief ontwikkeld gezamenlijk plan van aanpak om kinderarbeid te adresseren kan goedkeuren. Goedkeuring brengt volgens dit artikel mee dat de deelnemers aan het initiatief geacht worden voldoende zorg te hebben betracht. Dat is in het licht van het gebruik van best practices echter niet zonder meer toereikend. Deelname aan een plan van aanpak van een initiatief (zoals het IMVO-kledingconvenant) betekent immers niet zonder meer dat een deelnemer ook alle daarin vastgelegde best practices implementeert (getuige de geschillen tussen het secretariaat en sommige deelnemers in het kledingconvenant).²⁴⁴ Bovendien hoeft een plan van aanpak ook niet zonder meer best practices te bevatten. Het gaat er daarmee om te bezien of een dergelijk initiatief best practices heeft ontwikkeld die in het kader van het toezicht gebruikt kunnen worden. Naast best practices die in multi-stakeholder initiatieven zijn ontwikkeld (waaronder het hanteren van bepaalde databanken (of andere IT-technologie zoals blockchains of artificial intelligence), certificering of samenwerking bij inkoop), valt te denken aan best practices die door (een samenwerkingsverband van) ondernemingen zijn ontwikkeld, best practices die kunnen worden afgeleid uit NCP beslissingen, best practices die uit (door de toezichthouder opgedragen) onderzoek volgen (zolang die in de bijvoorbeeld buitenlandse praktijk ook worden geïmplementeerd) en door andere toezichthouders of publieke instellingen ontwikkelde best practices (zoals die worden ontwikkeld in het kader van de EU Green Taxonomy). Ook is denkbaar dat best practices kunnen zien op verschillende onderdelen van de OESO due diligence cycle. Zo zou voor het rapporteren een bepaalde wijze van rapporteren die in de markt wordt gebruikt als best practice kunnen worden aangemerkt. In het kader van het opvolgen van maatregelen die een bedrijf neemt (de vierde stap in de cyclus), zou ook een best practice kunnen gelden voor de wijze waarop een bedrijf op meldingen reageert.

Een voordeel van deze vorm van toezicht kan ook zijn dat mede gebruik kan worden gemaakt van private handhavingsmechanismen. Daarnaast kan publiek toezicht behulpzaam zijn voor actoren verderop in de keten. Zo zal voor banken gelden dat zij in hun due diligence worden geholpen als

²⁴³ Het voordeel van het gebruiken daarvan in het kader van toezicht is dat uit een EU-survey blijkt dat de respondenten weinig heil zien in het enkel ontwikkelen van vrijwillige *guidance* op het terrein van OESO due diligence. Zie Smit e.a., DG Just 2020, p. 98. Bovendien wordt door de respondenten ook relevant geacht dat niet alleen wordt gekeken naar de vraag of stappen zijn ondernomen maar ook hoe effectief die stappen zijn. Zie Smit e.a., DG Just 2020, p. 103. Om vast te stellen of sprake is van een best practice is mede relevant of de genomen stappen effectief zijn.

²⁴⁴ Deze zijn te vinden op <https://www.imvoconvenanten.nl/en/garments-textile/agreement/complaints>.

de toezichthouder toezicht houdt op de due diligence van hun cliënten. Ook kan de vaststelling van een best practice bedrijven die zich daaraan houden enig comfort geven dat zij voldoen aan de eisen die OESO due diligence meebrengt.

De toezichthouder hoeft ten aanzien van de (ontwikkeling van) best practices niet passief te blijven, maar kan deze in overleg met het veld bespreken om te bezien waar nog meer best practices nodig zijn, hoe kan worden vastgesteld of best practices tot materiële gedragsverandering bij bedrijven leiden (waarbij ook andere stakeholders kunnen worden betrokken), hoe gebruikelijk deze zijn in de markt en of bestaande best practices verbetering behoeven.²⁴⁵ Nadat meer ervaring is opgedaan met dergelijke best practices zou de toezichthouder in zijn beleid kunnen vastleggen wanneer hij een bepaalde maatregel als best practice beschouwt. Het verkrijgen van meer kennis uit de markt kan ook bijdragen aan de mogelijkheden voor de toezichthouder om aan de hand van deze kennis specifieke risico's voor een soort bedrijven of sector te identificeren. Uiteraard valt het vastleggen van best practices of het identificeren van risico's door de toezichthouder als zodanig niet rechtstreeks als 'toezichthouden' in bestuursrechtelijke zin aan te merken, maar het is hiervoor wel van belang. Deze best practices of die risico's kunnen immers de basis vormen voor door de toezichthouder opgestelde benchmarks, regels of beleid (voor zover de toezichthouder die mag opstellen). Bij het vaststellen van best practices is, naast de vraag of deze een materiële gedragsverandering bewerkstelligen, uiteraard ook van belang of deze proportioneel zijn.

Wel is een aandachtspunt dat het in gesprek zijn met stakeholders (waaronder onder toezicht staande bedrijven) over best practices kan wringen met de handhavende taak als later aan dezelfde bedrijven sancties moeten worden opgelegd. Mogelijk kan hiervoor een oplossing worden gevonden door 'Chinese walls' te hanteren tussen de handhavingsafdeling en de onderdelen van de toezichthouder die in gesprek zijn met de markt.²⁴⁶ Naast de interne werkwijze binnen de toezichthouder is coördinatie met andere toezichthouders in verband met de best practices relevant. Zo zou met de ACM overleg moeten plaatsvinden of deze mededingingsrechtelijk toelaatbaar zijn. Verder moet de toezichthouder transparant zijn over de wijze waarop best practices worden vastgesteld, bijvoorbeeld door beleid te formuleren op dit terrein. Bij het vaststellen van best practices is voorts relevant dat deze Nederlandse bedrijven niet onredelijk moeten bevoordelen. Als het gaat om best practices waaraan op de Nederlandse markt actieve buitenlandse (en in het bijzonder Europese) bedrijven niet of alleen tegen disproportionele kosten kunnen voldoen, zullen die in het algemeen niet als best practice kunnen worden aangemerkt tenzij daarvoor een dringende rechtvaardiging van algemeen belang voor kan worden gevonden (mede gelet op art. 36 VWEU).

²⁴⁵ Deze benadering past ook in het in het bestuursrecht bestaande gedachte dat meer moet worden aangesloten bij het perspectief van de burger. Zie daarover bijvoorbeeld L.J.A. Damen, 'Op naar 2GST in het bestuursrecht', *NTB* 2020/2; M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24.

²⁴⁶ Het is overigens de vraag of dit nodig is. In verband met de door de AFM ontwikkelde dashboards bestaan geen 'Chinese walls' tussen degenen die in gesprek zijn met de markt en degenen die sancties opleggen.

Het voordeel van het gebruikmaken van best practices boven door de wetgever of toezichthouder ontwikkelde eisen waarvan bedrijven kunnen menen dat die lastig uitvoerbaar zijn,²⁴⁷ is bovendien dat er minder aanleiding bestaat voor bedrijven om zich terug te trekken uit risicovolle gebieden of sectoren omdat anders het risico bestaat op sancties van de toezichthouder. Naar hiervoor al aan de orde kwam, is het terugtrekken van bedrijven veelal een laatste redmiddel en verdient dit niet de voorkeur. Uitgangspunt is dat een bedrijf de situatie tracht te verbeteren, bijvoorbeeld door implementatie van best practices in plaats van zich terug te trekken.

Als een risico van deze benadering zou kunnen worden gezien dat er in de markt een stimulans zou kunnen ontstaan om de lat vooral niet te hoog te leggen in verband met best practices om aldus bezwarend en kostbaar ervaren toezicht te voorkomen. Daarnaast bestaat het risico dat ‘best practices’ worden ontwikkeld die voor de buitenwereld interessant lijken maar niet daadwerkelijk leiden tot materiële gedragsverandering. Het is echter de vraag of die negatieve stimuli ook daadwerkelijk zullen ontstaan. Aannemelijk is immers dat in ieder geval een aantal (koploper)bedrijven (en multi-stakeholder initiatieven) de reeds ingeslagen weg niet zal(zullen) verlaten en bovendien worden gestimuleerd door de ‘beloning’ in de vorm van erkenning van hun best practices door de toezichthouder, onder meer door de hoge plaats op de benchmark. Voor een aantal bedrijven (en multi-stakeholder initiatieven) zal bovendien gelden dat zij vanuit reputatieperspectief belang hebben bij het ontwikkelen en implementeren van voldoende effectieve best practices en investeerders daar steeds meer op sturen. De overheid kan dit ook stimuleren, bijvoorbeeld door haar rol in de IMVO-convenanten, door middel van (exportkrediet)subsidies en garanties, alsmede in aanbestedingen. Het vorenstaande neemt uiteraard niet weg dat er in de markt ook bedrijven zullen zijn die geen inspanning (willen) verrichten om dergelijke best practices te ontwikkelen of te implementeren. Voor dergelijke bedrijven zullen de meer klassieke compliance regels en handhaving noodzakelijk blijven.

6.4.4 *Uitrollen best practices in labelling en aanbesteding*

Indien meer duidelijkheid is ontwikkeld op het gebied van best practices (hetgeen de nodige tijd zal vergen), kan deze bijvoorbeeld worden uitgerold/geïmplementeerd in labelling en aanbesteding. Hier valt in het kader van de besproken wetgevingsopties te denken aan informatieplichten op producten voor consumenten en het verplicht eisen van de toepassing van (sommige) daarvan in aanbestedingen.

Beide zouden kunnen worden gerelateerd aan de hiervoor besproken benchmark (6.4.1). Zo zou op producten bijvoorbeeld kunnen worden aangegeven waar een bedrijf op de benchmark staat.

Ook in aanbestedingen zou kunnen worden geëist dat minimaal de in de middenmoot van de benchmark vereiste best practices worden toegepast en zouden in het kader van de gunningscriteria punten kunnen worden toegekend voor de voorloper bedrijven. Deze aanpak zorgt ervoor dat naast toezicht verdere externe prikkels voor bedrijven ontstaan om best practices te ontwikkelen en te implementeren. Deze aanpak leidt er bovendien toe dat ook consumenten beter (en

²⁴⁷ Dat geldt op het terrein van IMVO in sterkere mate omdat de problemen en benaderingen per land, sector of soort bedrijf verschillen en de problemen bovendien in het algemeen buiten Nederland optreden.

door een toezichthouder geverifieerd) inzicht krijgen in de wijze waarop bedrijven OESO due diligence uitvoeren en overheden in hun aanbestedingen (meer uniforme en objectief verifieerbare) eisen stellen op het terrein van OESO due diligence. In deze benadering worden daarmee zoveel mogelijk relevante actoren naast de bedrijven betrokken.

6.5 Conclusie

Hiervoor is uiteengezet dat een belangrijk doel van toezicht op naleving van OESO due diligence zou moeten zijn te bevorderen dat de naleving van daarop ziende wettelijke regels enerzijds zoveel mogelijk tot wenselijke gevolgen leidt (materiële gedragsverandering ondernemingen) en anderzijds zo min mogelijk tot onwenselijke gevolgen (onnodig hoge administratieve lasten, ticking-box-exercises, minimale compliance en ontmoediging van positieve (multi-stakeholder) initiatieven. Verder leent toezicht op de naleving van due diligence verplichtingen zich minder goed voor een klassieke *command and control* of *rule compliance* benadering vanwege de bijzondere kenmerken van de terreinen waar de due diligence op ziet. Het is van essentieel belang dat het toezicht er niet op is gericht om te zien of bedrijven fouten maken (road to the bottom) maar dat het bedrijven juist stimuleert steeds beter te presteren (road to the top) en aldus zoveel mogelijk positieve gedragsverandering wordt gecreëerd. Dit geldt overigens in het bijzonder voor zover in wetgeving inspanningsverplichtingen (gebaseerd op een open norm) zijn opgenomen in verband met OESO due diligence. Naar in hoofdstuk 6 aan de orde kwam, zijn met betrekking tot bepaalde aspecten van OESO due diligence resultaatsverplichtingen denkbaar. Daarbij zou ook meer klassiek publiek toezicht kunnen passen. Het gaat dus om een combinatie van beide vormen van toezicht.

Het ligt het meest voor de hand voor dit toezicht op naleving van OESO due diligence één toezichthouder in het leven te roepen (of een samenwerkingsverband van toezichthouders dat intensief samenwerkt en ook een bij wet geregelde mogelijkheid heeft om informatie uit te wisselen). Uiteraard moet er ook een toereikend budget voor het toezicht beschikbaar zijn. Hierbij past een relatief nieuwe vorm van toezicht het best, die overigens op andere toezichtsterreinen deels al wordt gehanteerd: dynamisch toezicht.

Dynamisch toezicht is mede gebaseerd op in de markt bestaande en enigszins uitgekristalliseerde best practices. Het is dynamisch omdat deze best practices niet statisch zijn maar in de loop van de tijd veranderen. Dat lijkt ook het gewenste proces van continue verbetering te stimuleren. In kader van dynamisch toezicht kunnen verschillende instrumenten worden ingezet. Te denken valt aan benchmarking op het ontwikkelen en implementeren van best practices, het ontwikkelen van best practices in samenwerking met de markt en andere belanghebbenden, het daarop baseren van minimumnormen en het gebruik maken van de benchmarks in aanbestedingen, subsidies en door middel van labelling op consumentenmarkten.

Bijlage 1

BESTAANDE IMVO-INSTRUMENTEN

Deze bijlage bevat een overzicht van bestaande (buitenlandse) afdwingbare IMVO-instrumenten, alsmede enkele initiatieven die in een officieel stadium van (parlementaire) behandeling zijn. Voor zover er over de voor- en nadelen, alsmede de effectiviteit, van deze instrumenten informatie was te vinden, is die in het schema samengevat. Daarbij is overigens een aandachtspunt dat voor de verschillende initiatieven niet steeds dezelfde voor- en nadelen konden worden geanalyseerd. Dit betekent dat geen sluitende analyse kon worden gemaakt van de voor- en nadelen voor (bestaande) wetgeving maar de door ons gevonden beschreven voor- en nadelen voor de betreffende wetgeving zijn opgenomen.

Land/instantie	Wet	Scope, focus en handhaving	Kenmerken	Voor- en nadelen	Due Diligence cycle
Australië	Commonwealth Modern Slavery Act (Federal)	- Hele economie - Single-issue	- Beoogt te zorgen dat Australische bedrijven met een jaarlijkse omzet van meer dan 100 miljoen AUD (en buitenlandse bedrijven die in Australië zijn gevestigd en dezelfde omzet draaien) op geen enkele manier bijdragen aan 'modern slavery'. ²⁴⁸ - Vereist van ongeveer 3000 ondernemingen jaarlijks een overzicht op te stellen over mogelijke 'modern slavery' risico's in hun activiteiten en 'supply chains'. ²⁴⁹ - Vervangt de strengere regionale NSW-wet (New South Wales) die een lagere drempel en financiële sancties (tot 1,1 miljoen AUD) had. ^{250 251}	+ Drie jaar na de inwerking-treding zal worden beoordeeld of de wet het beoogde resultaat heeft opgeleverd. Dit zal gelegenheid bieden voor wijzigingen indien noodzakelijk. ²⁵² + Beoogt bedrijven aan te sporen tot actie door marktdruk van investeerders, zakenpartners en consumenten. Het is ontworpen om een 'level playing field' te creëren en een 'race to the top' te bewerkstelligen in termen van respect voor mensenrechten. ²⁵³ + Betere vergelijkbaarheid dan de UK Modern Slavery Act. Verklaringen moeten de volgende gegevens bevatten: i.) de identiteit, structuur, activiteiten en 'supply chains' van de rapporterende entiteit, ii.) de geïdentificeerde 'modern slavery' risico's, iii.) genomen maatregelen om deze risico's te beoordelen en aan te pakken (inclu-	- <u>Stap 2</u> (Identificeer en beoordeel negatieve impact) - <u>Stap 4</u> (Volg implementatie en resultaten) - <u>Stap 5</u> (Communiceren/rapporteren)

²⁴⁸ J. Fellows, 'Australia's New 'Modern Slavery Act' – virtue signaling or a real attempt to stamp out Australia's involvement in 'modern slavery', *Res Judicata: contemporary issues in administrative and public law* 25 april 2019, p. 1, resjudicata.wordpress.com

²⁴⁹ A. Sinclair & J. Nolan, 'Developments in the field. Modern Slavery Laws in Australia: Steps in the Right Direction', *Business and Human Rights Journal* 2019, 0, p. 4.

²⁵⁰ N. Haysler, *A Modern Slavery Act in Australia*, Canberra: CAER 2018, p. 8.

²⁵¹ Sinclair & Nolan, *Business and Human Rights Journal* 2019, 0, p. 3.

²⁵² Fellows 2019, p. 2.

²⁵³ Sinclair & Nolan, *Business and Human Rights Journal* 2019, 0, p. 1.

				<p>sief 'due diligence' en herstel), iv.) hoe de entiteit de effectiviteit van dergelijke acties beoordeelt en v.) het proces van overleg met andere entiteiten die het bezit of waar het zeggenschap over heeft.²⁵⁴</p> <p>+ Verklaringen worden bewaard in een gratis, door de overheid beheerd, register dat online toegankelijk is.²⁵⁵</p> <p>+/- Geen expliciete eis dat bedrijven 'due diligence' uitvoeren, maar de rapportagecriteria vereisen dat bedrijven beschrijven hoe ze het risico van 'modern slavery' hebben aangepakt.²⁵⁶</p> <p>- Ontbreken van een centrale lijst met alle entiteiten die jaarlijks moeten rapporteren.²⁵⁷</p> <p>- De Commonwealth Act is voor bedrijven veel milder dan de NSW-wet en UK-wet. Sommigen beweren dat de wetgeving niet ver genoeg gaat en dat de omzetrempel van 100 miljoen AUD te hoog en willekeurig is.^{258 259}</p> <p>- Er zijn momenteel geen strafbepalingen voor niet-naleving in de Commonwealth Act opgenomen en er is geen onafhankelijke commissaris die toezicht houdt op de uitvoering en naleving van de wet (in tegenstelling tot de NSW).²⁶⁰</p> <p>- Onduidelijk wat er moet gebeuren wanneer een Australisch bedrijf 'modern slavery' in zijn 'supply chain' identificeert.²⁶¹</p>	
--	--	--	--	--	--

²⁵⁴ Sinclair & Nolan, *Business and Human Rights Journal* 2019, 0, p. 4.

²⁵⁵ Sinclair & Nolan, *Business and Human Rights Journal* 2019, 0, p. 4.

²⁵⁶ Sinclair & Nolan, *Business and Human Rights Journal* 2019, 0, p. 5.

²⁵⁷ Sinclair & Nolan, *Business and Human Rights Journal* 2019, 0, p. 5.

²⁵⁸ Fellows 2019, p. 2.

²⁵⁹ Sinclair & Nolan, *Business and Human Rights Journal* 2019, 0, p. 5.

²⁶⁰ Fellows 2019, p. 2.

²⁶¹ Fellows 2019, p. 2.

				- Nalevingskosten bedragen per bedrijf ongeveer 21.950 AUD per jaar. ²⁶²	
Canada	Canadian Ombudsman for Responsible Enterprises (CORE).	- Hele economie. - Multi-issue dekking.	- Beoogt slachtoffers en benadeelden rechtsmiddelen te bieden. ²⁶³ - Beoogt bij te dragen aan de vermindering van mensenrechten- en milieuschendingen. ²⁶⁴ - CORE kan sancties aanbevelen: inclusief intrekking van bepaalde overheidsdiensten. ²⁶⁵	+ Druk van stakeholders en potentiële reputatieschade zijn mechanismen die bedrijven kunnen stimuleren om verantwoord te ondernemen in het buitenland. ²⁶⁶ +/- Hoe wordt de toegang tot de CORE gewaarborgd voor de betrokken belanghebbenden/slachtoffers?	- <u>Stap 6</u> (Voorzien in of meewerken aan herstel)
Denemarken	Corporate Social Responsibility (CSR) Requirement in the Danish Financial Statements Act.	- Hele economie - Alle sectoren - Beursgenoteerde en staatsbedrijven	- 'Comply or explain': bedrijven moeten een duidelijke uitleg en/of verantwoording geven/afleggen indien zij afwijken van de rapportageverplichting. ²⁶⁷ - Het rapport bevat: i.) het beleid van het bedrijf op het gebied van sociale verantwoordelijkheid, inclusief alle normen, richtlijnen of principes die het bedrijf hierbij gebruikt, ii.) hoe het bedrijf zijn beleid op het gebied van maatschappelijke verantwoordelijkheid realiseert, inclusief alle systemen of procedures die zij daarvoor gebruikt, iii.) een beoordeling van de onderneming op resultaten die voortvloeien uit haar werkzaamheden op het gebied van maatschappelijke verantwoordelijkheid in het boekjaar en eventuele	+ Stimuleert Deense bedrijven om te werken aan duurzaamheid en MVO en creëert bewustzijn voor het belang van transparantie. ²⁷⁰ + Transparantie met betrekking tot MVO geeft kopers, consumenten, investeerders, werkgevers, de gemeenschap en de media de mogelijkheid te begrijpen hoe bedrijven en investeerders MVO toepassen. ²⁷¹ + Bedrijfsmanagers die niet voldoen aan de rapportageverplichting en accountants die niet voldoen aan controlevereisten kunnen worden onderworpen aan boetes. ²⁷² - De overheid hoopt dat MVO-rapportage zal leiden tot marktgerichte (economische) sancties. De kans is groot dat dit enkel bedrijven zal raken die zich richten op consumenten. - In plaats van daadwerkelijk te werken aan het oplossen van mensenrechten- en milieukwesties, ligt de nadruk	- <u>Stap 4</u> (Volg implementatie en resultaten) - <u>Stap 5</u> (Communiceren/rapporteren)

²⁶² Fellows 2019, p. 3.

²⁶³ PwC, *Strategies for Responsible Business Conduct: Draft Report*, 2018, p. 49.

²⁶⁴ PwC 2018, p. 49.

²⁶⁵ PwC 2018, p. 51.

²⁶⁶ PwC 2018, p. 51.

²⁶⁷ PwC 2018, p. 15.

²⁷⁰ K. Buhmann, 'The Danish CSR Reporting Requirement as Reflexive Law: Employing CSR as a Modality to Promote Public Policy Objectives through Law', *European Business Law Review* 2013, afl. 2, p. 214.

²⁷¹ K. Buhmann, 'The Danish CSR Reporting Requirement: Migration of CSR-Related International Norms into Companies' Self-regulation through Company Law?', *European Company Law* 2011, afl. 2/3, p. 66.

²⁷² Buhmann *European Business Law Review* 2013, afl. 2, p. 192.

			toekomstige verwachtingen van de werkzaamheden van de onderneming. ²⁶⁸ - Het doel is om het handelen van bedrijven te sturen op basis van verwachte positieve of negatieve reacties van hun omgeving, inclusief, maar niet beperkt tot, juridische instellingen. ²⁶⁹	nog steeds te veel op 'ticking the box'. ²⁷³	
Duitsland	Sustainable Value Chain Act (draft)	- Hele economie - Multi-issue	- Streeft naar de bescherming van internationaal erkende mensenrechten en het milieu in mondiale 'supply chains'. De wet dient zowel het algemeen belang als het individuele belang van mensen die werkzaam zijn in, of anderszins direct worden beïnvloed door de impact van, mondiale 'supply chains'. ²⁷⁴ - De wet zal van toepassing zijn op bedrijven met meer dan 250 werknemers en een jaaromzet van 40 miljoen euro. Specifieke risicovolle sectoren die worden genoemd, zijn: landbouw, energie, mijnbouw, textiel, leer en elektronica. ²⁷⁵	+ De wet vereist dat bedrijven een risicobeoordeling uitvoeren, een 'compliance officer' aanstellen om de naleving van de wettelijke vereisten te controleren en een effectief klachtenmechanisme instellen. ²⁷⁶ + Bedrijven moeten een intern klachtenmechanisme opzetten of deelnemen aan een niet-gouvernementeel klachtenmechanisme van een multi-stakeholderinitiatief. ²⁷⁷ + Bedrijven moeten een systeem opzetten ter bescherming van klokkenluiders. ²⁷⁸ + Voorgestelde sancties: boetes tot 5 miljoen EUR en/of gevangenisstraf. ²⁷⁹ + Bedrijven die een boete van ten minste 2500 EUR krijgen voor een inbreuk, worden voor een redelijke	- <u>Stap 2</u> (Identificeer en beoordeel negatieve impact) - <u>Stap 4</u> (Volg implementatie en resultaten) - <u>Stap 5</u> (Communiceren/rapporteren)

²⁶⁸ Buhmann, *European Company Law* 2011, afl. 2/3, p. 67.

²⁶⁹ Buhmann, *European Business Law Review* 2013, afl. 2, p. 215.

²⁷³ PwC 2018, p.19.

²⁷⁴ Design possibilities of a German "Mantelgesetz" on the sustainable design of global value chains and amendments of commercial law regulations (Sustainable Value Chain Act – NaWKG) including an Act on the Regulation of Human Rights and Environmental Due Diligence in Global Value Chains (Due Diligence Act – SorgfaltspflichtenG) (unauthorized translation), 2019, p. 4.

²⁷⁵ S. Wilks & J. Blankenbach, 'Will Germany become a leader in the drive for corporate due diligence on human rights?', *Business & Human Rights Resource Centre* 20 februari 2019, p. 2.

²⁷⁶ Wilks & Blankenbach, *Business and Human Rights Resource Centre* 2019, p. 2.

²⁷⁷ Design possibilities of a German "Mantelgesetz" on the sustainable design of global value chains and amendments of commercial law regulations (Sustainable Value Chain Act – NaWKG) including an Act on the Regulation of Human Rights and Environmental Due Diligence in Global Value Chains (Due Diligence Act – SorgfaltspflichtenG) (unauthorized translation), 2019, p. 8.

²⁷⁸ Design possibilities of a German "Mantelgesetz" on the sustainable design of global value chains and amendments of commercial law regulations (Sustainable Value Chain Act – NaWKG) including an Act on the Regulation of Human Rights and Environmental Due Diligence in Global Value Chains (Due Diligence Act – SorgfaltspflichtenG) (unauthorized translation), 2019, p. 8.

²⁷⁹ S. Wilks & J. Blankenbach, 'Will Germany become a leader in the drive for corporate due diligence on human rights?', *Business & Human Rights Resource Centre* 20 februari 2019, p. 2.

				<p>periode uitgesloten van aannemingsprojecten.²⁸⁰</p> <p>+ Verschillende Duitse bedrijven steunen dergelijke wetgeving. Vanuit een zakelijk perspectief zou regulering rechtszekerheid bieden en het 'speelveld' nivelleren.²⁸¹</p> <p>+ Met het Duitse voorzitterschap van de Raad van de Europese Unie (EU) in 2020 kan het wetsontwerp de dynamiek rond een gemeenschappelijke aanpak (op EU-niveau) vergroten.²⁸²</p>	
EU	Conflict Minerals Regulation.	<ul style="list-style-type: none"> - Sectoraal. - Multi-issue dekking. - Bedrijven die importeren, ongeacht het vestigingsland. 	<ul style="list-style-type: none"> - Vereist dat EU-bedrijven alleen 3TG importeren uit verantwoorde en conflictvrije gebieden.²⁸³ - Beoogt een einde te maken aan uitbuiting en misbruik van lokale gemeenschappen.²⁸⁴ - Treedt op 1 januari 2021 in werking. Bedrijven hebben hierdoor voldoende tijd om due diligence uit te voeren.²⁸⁵ - Gericht op 3TG, omdat dit vaak verband houdt met mensenrechtenschendingen.²⁸⁶ 	<ul style="list-style-type: none"> + Overstijgt Dodd-Frank door elk hoog risicogebied te overwegen.²⁸⁷ - Verplicht alleen actoren uit de upstream van de 'supply chain' (winningslocaties, smelters en raffinaderijen) om verslag uit te brengen over hun 'due diligence'-inspanningen. Deze actoren bevinden zich meestal buiten de EU.²⁸⁸ - Zonder bindende handelswetgeving voor het downstream deel van de 'supply chain' worden bedrijven niet verantwoordelijk gehouden voor wat er gebeurt in het upstream-gedeelte van de 'supply chain'.²⁸⁹ 	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Stap 2</u> (Identificeer en beoordeel negatieve impact) - <u>Stap 3</u> (Beëindig, voorkom of beperk negatieve impact) - <u>Stap 4</u> (Volg implementatie en resultaten) - <u>Stap 5</u> (Communiceren/rapporteren)

²⁸⁰ Design possibilities of a German “Mantelgesetz” on the sustainable design of global value chains and amendments of commercial law regulations (Sustainable Value Chain Act – NaWKG) including an Act on the Regulation of Human Rights and Environmental Due Diligence in Global Value Chains (Due Diligence Act – SorgfaltspflichtenG) (unauthorized translation), 2019, p. 12.

²⁸¹ Wilks & Blankenbach, *Business and Human Rights Resource Centre* 2019, p. 3.

²⁸² Wilks & Blankenbach, *Business and Human Rights Resource Centre* 2019, p. 3.

²⁸³ E.Partiti & S. van der Velde, 'Curbing Supply-Chain Human Rights Violations Through Trade and Due Diligence. Possible WTO Concerns Raised by the EU Conflict Minerals Regulation', *Journal of World Trade* 2017, afl. 6, p. 1049.

²⁸⁴ European Commission, 'The regulation explained', ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/conflict-minerals-regulation/regulation-explained/.

²⁸⁵ L. Partzsch, 'The new EU Conflict Mineral Regulation: Normative Power in International Relations?', *Global Policy* 2018, afl. 4, p. 483.

²⁸⁶ Partiti & Van der Velde, *Journal of World Trade* 2017, afl. 6 p. 1047.

²⁸⁷ Partzsch, *Global Policy* 2018, afl. 4, p. 483.

²⁸⁸ Partzsch, *Global Policy* 2018, afl. 4, p. 483.

²⁸⁹ Partzsch, *Global Policy* 2018, afl. 4, p. 485.

				<ul style="list-style-type: none"> - Semi-verwerkte of afge- werkte producten vallen bui- ten de scope.²⁹⁰ - Is alleen van toepassing op importeurs van primaire mi- neralen boven bepaalde vo- lumedrempels.²⁹¹ - De lidstaten moeten con- troleren of EU-importeurs zich aan de verordening hou- den.²⁹² 	
EU	EU Timber Regula- tion. ²⁹³	<ul style="list-style-type: none"> - Sectoraal. - Single-is- sue dekking. 	<ul style="list-style-type: none"> - Het is verboden illegaal gekapt hout of producten gemaakt van illegaal ge- kapt hout op de EU- markt te brengen.²⁹⁴ - Artikel 6 specificeert welke elementen moeten worden opgenomen in een stelsel van zorgvul- digheidseisen.²⁹⁵ 	<ul style="list-style-type: none"> + Het voorkomt de economi- sche, ecologische en sociale gevolgen voor enkele van 's werelds meest waardevolle resterende bossen en de ge- meenschappen die erop ver- trouwen. + EU-exploitanten (die het hout voor het eerst op de markt brengen, geïmporteerd en geproduceerd binnen de EU) moeten 'due diligence' uitoefenen.²⁹⁶ + Handelaren moeten infor- matie over hun leveranciers en klanten bewaren om hout gemakkelijk traceerbaar te maken.²⁹⁷ + Twee soorten maatregelen in geval van niet-naleving: voorlopige maatregelen en algemene straffen.²⁹⁸ + De verordening is niet in strijd met de GATT.²⁹⁹ + De verordening (zijnde een publiekrechtelijke rege- ling) kan naast bestaande (particuliere) certificerings- regelingen bestaan.³⁰⁰ 	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Stap 2</u> (Identifi- ceer en be- oordeel ne- gatieve im- pact) - <u>Stap 3</u> (Beëindig, voorkom of beperk negatieve impact) - <u>Stap 4</u> (Volg im- plementa- tie en re- sultaten)

²⁹⁰ J. Cuvelier, 'Leaving the beaten track? The EU regulation on conflict minerals', *Africa Policy Briefs* 2017, afl. 20, p. 4.

²⁹¹ Partzsch, *Global Policy* 2018, afl. 4, p. 483.

²⁹² Cuvelier, *Africa Policy Briefs*, afl. 20, 2017, p. 6.

²⁹³ European Commission, 'Timber regulation', ec.europa.eu/environment/forests/timber_regulation.htm.

²⁹⁴ Y. Levashova, 'How effective is the New EU Timber Regulation in the Fight against Illegal Logging?', *RECIEL* 2011, afl. 3, p. 292.

²⁹⁵ Levashova, *RECIEL* 2011, afl. 3, p. 292.

²⁹⁶ J. Buckrell & A. Hoare, 'Controlling Illegal Logging: Implementation of the EU Timber Regulation', *Chatham House Briefing Paper* 2011, p. 5.

²⁹⁷ Levashova, *RECIEL* 2011, afl. 3, p. 292.

²⁹⁸ Levashova, *RECIEL* 2011, afl. 3, p. 292.

²⁹⁹ D. Geraets & B. Natens, 'The WTO Consistency of the European Union Timber Regulation', *Journal of World Trade* 2014, afl. 2, p. 449.

³⁰⁰ F.H. Kistenkas, 'Concurring Regulation in European Forest Law. Forest Certification and the New EU Timber Regulation', *GAIA* 2013, afl. 3, p. 166-168.

				<ul style="list-style-type: none"> - De lidstaten zijn verantwoordelijk voor het vaststellen van effectieve, evenredige en afschrikwekkende sancties en voor de handhaving van de verordening.³⁰¹ - Volgende exploitanten in de ‘supply chain’ zijn niet verplicht om zorgvuldigheidseisen na te leven. Zij kunnen illegaal gekapt hout op de markt aanbieden op een manier die geen schending van de verordening inhoudt.³⁰² - Drukwerk is vrijgesteld van het toepassingsgebied van de verordening (ten minste gedurende de eerste vijf jaar).³⁰³ - De verkoop van illegaal hout wordt volgens de verordening niet als een strafbaar feit beschouwd.³⁰⁴ 	
EU	Non-Financial Reporting Directive.	<ul style="list-style-type: none"> - Hele economie. - Multi-issues. 	<ul style="list-style-type: none"> - Streeft naar meer relevantie, consistentie en vergelijkbaarheid van de verstrekte informatie.³⁰⁵ - De verklaring moet in ieder geval informatie bevatten over milieuaangelegenheden, sociale en personele aangelegenheden, mensenrechten en de strijd tegen corruptie en omkoping.³⁰⁶ - De lidstaten moeten voorzien in adequate en effectieve middelen zodat bedrijven overeenkomstig deze richtlijn rapporteren.³⁰⁷ 	<ul style="list-style-type: none"> + Het gebrek aan harmonisatie leidde tot veel diversiteit en bemoeilijkte het vergelijken van niet-financiële informatie. De richtlijn introduceert een minimumnorm in de hele EU.³¹⁰ + De richtlijnen van de Europese Commissie hebben tot doel hoogwaardige, relevante, bruikbare, consistente en meer vergelijkbare niet-financiële informatie bekend te maken op een manier die duurzame groei en werkgelegenheid bevordert en transparantie voor belanghebbenden waarborgt.³¹¹ 	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Stap 4</u> (Volg implementatie en resultaten) - <u>Stap 5</u> (Communiceren/rapporteren)

³⁰¹ Buckrell & Hoare, *Chatham House Briefing Paper* 2011, p. 8.

³⁰² Levashova, *RECIEL* 2011, afl. 3, p. 295.

³⁰³ Levashova, *RECIEL* 2011, afl. 3, p. 295.

³⁰⁴ Levashova, *RECIEL* 2011, afl. 3, p. 297.

³⁰⁵ Richtlijn 2014/95/EU van het Europese Parlement en de Raad van 22 oktober 2014 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen (*PbEU* 2014, L330/1), par. 6.

³⁰⁶ Richtlijn 2014/95/EU (*PbEU* 2014, L330/1), par. 6.

³⁰⁷ Richtlijn 2014/95/EU (*PbEU* 2014, L330/1), par. 10

³¹⁰ W. De Catelle, ‘European Union Directive 2014/95 on Non-Financial Reporting: A Successful Experimentalist Governance Architecture’, *King’s Student Law Review* 2018, afl. 1, p. 54.

³¹¹ Mededeling van de Europese Commissie. Richtsnoeren inzake niet-financiële rapportage (methodologie voor het rapporteren van niet-financiële informatie) (*PbEU* 2017, C 215/01), p. 4.

			<p>- Concerns moeten geconsolideerde managementrapporten opstellen om de informatie te delen met leden van het concern en derden.³⁰⁸</p> <p>- Scope: grote bedrijven die van openbaar belang zijn en op hun balansdatum een gemiddeld personeelsbestand van 500 werknemers hebben in het boekjaar.³⁰⁹</p>	<p>+/- De scope is beperkt, maar introduceert een verplichte minimumnorm waar die voorheen, met name in Midden- en Oost-Europa, niet bestond.³¹²</p> <p>- De richtlijn geeft niet gedetailleerd genoeg aan welke concrete informatie over welke duurzaamheidsonderwerpen moet worden bekendgemaakt. Overheid en handhavingsinstanties kunnen de naleving van de rapportageverplichting niet adequaat controleren.³¹³</p> <p>- Zeer afhankelijk van de welwillendheid van bedrijven om uitgebreide duurzaamheidsinformatie te verstrekken.³¹⁴</p> <p>- Moedigt bedrijven aan om gebruik te maken van een breed scala aan vrijwillige meldingskaders.³¹⁵</p> <p>- Het bereik van de richtlijn is teruggebracht van (oorspronkelijk) 18.000 tot 6.000 bedrijven.³¹⁶</p> <p>- De operationele focus is beperkt tot formele rapportage, toegang tot rapporten en sancties voor niet-rapporteren.³¹⁷</p> <p>- De richtlijn gaat uit van handelen (met betrekking tot groepsbeleid) dat mogelijk niet volledig haalbaar is onder het recht dat van toepassing is op de dochterondernemingen. Als de moederonderneming niettemin con-</p>	
--	--	--	---	---	--

³⁰⁸ Richtlijn 2014/95/EU (*PbEU* 2014, L330/1), par. 15.

³⁰⁹ Richtlijn 2014/95/EU (*PbEU* 2014, L330/1), art. 19 lid 1 bis.

³¹² De Catelle, *King's Student Law Review* 2018, afl. 1, p. 61.

³¹³ Frank Bold, 'Companies Sustainability Disclosure. Why it is crucial to review the EU Non-Financial Reporting Directive', p. 1.

³¹⁴ Frank Bold, 'Companies Sustainability Disclosure. Why it is crucial to review the EU Non-Financial Reporting Directive', p. 2.

³¹⁵ Frank Bold, 'Companies Sustainability Disclosure. Why it is crucial to review the EU Non-Financial Reporting Directive', p. 2.

³¹⁶ D. Kinderman, 'The politics of Corporate Transparency and the struggles over the Non-Financial Reporting Directive 2014/95/EU', *The CLS Blue Sky Blog* 1 September 2015.

³¹⁷ K. Buhmann, 'Neglecting the proactive Aspect of Human Rights Due Diligence? A Critical Appraisal of the EU's Non-Financial Reporting Directive as a Pillar one Avenue for Promoting Pillar Two action', *Business and Human Rights Journal* 2018, afl 1, p. 29.

				trole uitoefent, stelt de moederonderneming zich open voor onaantrekkelijke gevolgen (aansprakelijkheid). ³¹⁸	
Frankrijk	Law on the duty of vigilance.	- Hele economie. - Multi-issue dekking.	- Het 'due diligence'-plan moet de risico's identificeren die door de activiteiten van het bedrijf worden veroorzaakt met het oog op mensenrechten en fundamentele vrijheden, de gezondheid en veiligheid van personen en het milieu. Het moet ook maatregelen bevatten om mogelijke risico's te verlagen en ernstige nadelige gevolgen te voorkomen. Met behulp van follow-up-procedures wordt de uitvoering en de efficiëntie van de maatregelen geëvalueerd. ³¹⁹ - Het plan omvat de activiteiten van het bedrijf, de dochterondernemingen die het 'controleert' en van de onderaannemers en leveranciers met wie het bedrijf 'gevestigde commerciële relaties' heeft. ³²⁰ - De wet is van toepassing op multinationale ondernemingen waarvan de maatschappelijke zetel in Frankrijk is gevestigd en die ten minste 5.000 werknemers op Frans grondgebied in dienst hebben. ³²¹ - Combineert 'soft- en hard-law' maatregelen:	+ Civiele aansprakelijkheid voor het nalaten van een bedrijf om waakzaam en zorgvuldig te handelen (zorgplicht). ³²³ + Extraterritoriaal bereik. Slachtoffers van de 'supply chain' kunnen actie ondernemen in Frankrijk. ³²⁴ + Het plan is ontworpen om te worden opgesteld in samenwerking met de stakeholders van het bedrijf, maakt monitoring door belanghebbenden mogelijk en moet een proces omvatten voor klokkenluiden en het verzamelen van rapporten met betrekking tot potentiële en werkelijke risico's. ³²⁵ + Het plan en het rapport over de effectieve implementatie ervan moeten openbaar worden gemaakt en worden opgenomen in het niet-financiële rapport van het bedrijf. ³²⁶ + Elke persoon of entiteit kan formeel eisen dat een onderneming haar 'due diligence' verplichtingen nakomt. Als na drie maanden de reactie van het bedrijf als onvoldoende wordt beschouwd, kan de persoon of entiteit, mits deze bevoegd is om een procedure in te stellen, een gerechtelijke procedure starten, eventueel onder dwangsom. ³²⁷	- Gericht op alle stappen van de 'due diligence-cycle'.

³¹⁸ D.G. Szabó & K.E. Sørensen, 'Non-financial reporting, CSR frameworks and groups of undertakings: application and consequences', *Journal of Corporate Law Studies* 2017, afl. 1, p. 164.

³¹⁹ D. Gaukrodger, 'Business Responsibilities and Investment Treaties', *Consultation paper by the OECD Secretariat* 15 January 2020, p. 46.

³²⁰ Gaukrodger 2020, p. 46.

³²¹ C. Vercher-Chaptal, 'Limitations and perspectives of responsible management of Global Value Chains: From codes of conduct to the French law on the duty of vigilance', *EURAM* 2018, p. 12.

³²³ S. Cossart, J. Chaplier & T. Beau de Lomenie, 'The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All', *Business and Human Rights Journal* 2017, afl. 2, p. 318.

³²⁴ Cossart, Chaplier & Beau de Lomenie, *Business and Human Rights Journal* 2017, afl. 2, p. 319.

³²⁵ Vercher-Chaptal, *EURAM* 2018, p. 15-16.

³²⁶ Vercher-Chaptal, *EURAM* 2018, p. 16.

³²⁷ Gaukrodger 2020, p. 46.

			de wet bepaalt de doelstellingen en laat het aan de bedrijven over om de middelen te ontwikkelen om deze doelstellingen te bereiken. ³²²	<ul style="list-style-type: none"> - Wat is een ‘reasonable vigilance measure’ en hoe beoordeelt men een risico dat in zo’n ‘vigilance plan’ moet worden opgenomen?³²⁸ - Het is niet duidelijk met welke mensenrechten een bedrijf rekening moet houden: Franse mensenrechten, Europese mensenrechten of zelfs lokale mensenrechten?³²⁹ - Vanwege het lange totstandkomingsproces met meerdere actoren is de wet aanzienlijk geslonken.³³⁰ - De bewijslast ligt bij de benadeelde. Hij/zij moet aantonen dat de niet-naleving heeft geleid tot de geleden schade (in tegenstelling tot het Zwitserse voorstel).³³¹ - Geen directe monitoring. Elke persoon met een voldoende belang kan van de bevoegde jurisdictie verlangen dat het bedrijf wordt veroordeeld, op straffe van een boete, om het ‘vigilance plan’ op te stellen, de publicatie ervan te verzekeren en verantwoording af te leggen over de effectieve implementatie.³³² - Groot verschil tussen ‘scope op papier’ en ‘scope in de praktijk’. Scope wordt in de praktijk te breed (kostbaar) geacht.³³³ 	
Hong Kong	Modern Slavery Bill (draft)	<ul style="list-style-type: none"> - Hele economie - Single-issue 	<ul style="list-style-type: none"> - ‘Modern Slavery Bill’ gemodelleerd naar de ‘Modern Slavery Act 2015’ van het VK.³³⁴ - Verbiedt slavernij en slavenhandel in elke 	<ul style="list-style-type: none"> + Vereist dat bedrijven jaarlijks een verklaring over slavernij en mensenhandel publiceren.³³⁷ + Zou nieuwe strafbare feiten in verband met slavernij 	- <u>Stap 4</u> (Volg implementatie en resultaten)

³²² Vercher-Chaptal, *EURAM* 2018, p. 13.

³²⁸ I. Barsan, ‘Corporate accountability: non-financial disclosure and liability – A French perspective’, *ECFR* 2017, afl. 3, p. 423.

³²⁹ Barsan, *ECFR* 2017, afl. 3, p. 426.

³³⁰ Vercher-Chaptal, *EURAM* 2018, p. 12.

³³¹ Cossart, Chaplier & Beau de Lomenie, *Business and Human Rights Journal* 2017, afl. 2, p. 319.

³³² Cossart, Chaplier & Beau de Lomenie, *Business and Human Rights Journal* 2017, afl. 2, p. 321.

³³³ PwC 2018, p. 51.

³³⁴ D. Kwok & K. Leung, ‘A brief overview of the Modern Slavery Bill 2017’, 2018, p. 1.

³³⁷ H. Edmonds-Camara, ‘Developments in Modern slavery regulation: U.K., Hong Kong and Australia’, *Global Policy Watch* 12 juli 2018, <https://www.globalpolicywatch.com/2018/07/developments-in-modern-slavery-regulation-u-k-hong-kong-and-australia/>.

			<p>vorm, d.w.z. mensenhandel, dwangarbeid, dienstbaarheid, sekstoerisme en gedwongen huwelijken.³³⁵</p> <p>- Stelt voor een onafhankelijke anti-slavernijcommissie op te richten om de bestrijding van slavernij en mensenhandel te verbeteren en slachtoffers ondersteuning en bijstand te bieden.³³⁶</p>	<p>introduceren en zou rechtbanken in staat stellen speciale preventieve maatregelen te bevelen.³³⁸</p> <p>+ Zou slachtoffers in staat stellen civiele vorderingen in te stellen tegen daders of anderen die financieel voordeel hebben behaald uit slavernij.³³⁹</p> <p>- De Hongkongse regering verzet zich hevig tegen het wetsvoorstel. De regering is van mening dat mensenhandel met bestaande wetgeving reeds voldoende wordt aangepakt.³⁴⁰</p>	<p>- <u>Stap 5</u> (Communiceren/rapporteren)</p>
Nederland	Child Labour Due Diligence. ³⁴¹ ³⁴²	<p>- Hele economie.</p> <p>- Single-issue dekking.</p> <p>- Verplicht.</p> <p>- In Nederland geregistreerde bedrijven.</p> <p>- Bedrijven die twee keer per jaar producten leveren aan Nederland.</p>	<p>- Verplichte 'due diligence' verklaring.</p> <p>- Voorkomen dat met kinderarbeid vervuilde goederen of diensten bij de Nederlandse consument terecht komt.³⁴³</p>	<p>+ Bedrijven die geen verklaring indienen, krijgen een boete (4100 EUR).³⁴⁴</p> <p>+ Als regelgevende instanties vaststellen dat het bedrijf geen 'due diligence' heeft uitgevoerd in overeenstemming met de wetgeving, geeft de handhavende instantie het bedrijf juridisch bindende instructies en een tijdschema voor uitvoering. Als een bedrijf binnen vijf jaar twee keer een boete krijgt, kan de volgende overtreding leiden tot gevangenisstraf van de verantwoordelijke directeur.³⁴⁵</p> <p>- Geen proactieve handhaving. Handhaving geschiedt aan de hand van klachten van derden.³⁴⁶</p>	<p>- <u>Stap 4</u> (Volg implementatie en resultaten)</p> <p>- <u>Stap 5</u> (Communiceren/rapporteren)</p>

³³⁵ Kwok & Leung 2018, p. 1.

³³⁶ Kwok & Leung 2018, p. 1.

³³⁸ Edmonds-Camara, *Global Policy Watch* 12 juli 2018.

³³⁹ Edmonds-Camara, *Global Policy Watch* 12 juli 2018.

³⁴⁰ Ling, B., 'How new rules aim to reduce slave labor in Asia', *Asian Global Online* 9 mei 2019, <https://www.asiaglobalonline.hku.hk/human-trafficking-in-asia/>.

³⁴¹ MVO Platform, 'Update: Frequently Asked Questions about the new Dutch Child Labour Due Diligence Law', 2019, www.mvoplatform.nl.

³⁴² H. Huyse & B. Verbrugge, *Belgium and the sustainable supply chain agenda: leader or laggard? Review of human right due diligence initiatives in the Netherlands, Germany, France and EU, and implications for policy work by Belgian civil society*, Leuven: KU Leuven HIVA onderzoeksinstituut voor arbeid en samenleving 2018, p. 1-61.

³⁴³ MVO Platform 2019.

³⁴⁴ MVO Platform 2019.

³⁴⁵ MVO Platform 2019.

³⁴⁶ MVO Platform 2019.

				<ul style="list-style-type: none"> - Bedrijven hoeven maar één keer een verklaring in te dienen.³⁴⁷ - Niet duidelijk hoe regelgevende instanties zullen beoordelen of de uitgevoerde 'due diligence' voldoende was.³⁴⁸ - Bedrijven zijn niet verplicht om een kinderarbeidsvrije 'supply chain' te garanderen.³⁴⁹ 	
Noorwegen	Transparency Act (draft)	<ul style="list-style-type: none"> - Hele economie - Multi-issue 	<ul style="list-style-type: none"> - Beoogt consumenten, vakbonden, maatschappelijke organisaties en anderen het recht te geven op informatie over ondernemingen die van invloed zijn op fundamentele mensenrechten en arbeidsomstandigheden. Het stelt consumenten in staat geïnformeerde keuzes te maken.³⁵⁰ - Bouwt voort op internationale consensus over MVO en de Noorse tradities van toegang tot informatie.³⁵¹ 	<ul style="list-style-type: none"> + Het Comité wil alle bedrijven verplichten te reageren op specifieke vragen om informatie. Bedrijven hebben de plicht kennis te nemen van mensenrechtenkwesies in het bedrijf en in de 'supply chain'. De omvang van de plicht zal afhankelijk zijn van de grootte en de activiteiten van het bedrijf.³⁵² + Grote ondernemingen dienen 'due diligence' te verrichten met betrekking tot mensenrechten en de belangrijkste bevindingen bekend te maken. Dit komt bovenop de plicht om te reageren op specifieke vragen.³⁵³ + De wet is zowel van toepassing op goederen als diensten. Bedrijven die goederen aan consumenten verkopen zijn verplicht de productielocaties van dergelijke goederen te publiceren.³⁵⁴ + Het recht op toegang tot informatie over mensenrechten en arbeidsomstandigheden biedt consumenten en maatschappelijke organisaties de mogelijkheid om marktdruk uit te oefenen. Kennis en openbaarmaking 	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Stap 2</u> (Identificeer en beoordeel negatieve impact) - <u>Stap 4</u> (Volg implementatie en resultaten) - <u>Stap 5</u> (Communiqueer/rapporteren)

³⁴⁷ MVO Platform 2019.

³⁴⁸ MVO Platform 2019.

³⁴⁹ MVO Platform 2019.

³⁵⁰ Norwegian Ethics Information Committee, *Draft translation from Norwegian of sections of Part I, 'Report from the Ethics Information Committee, appointed by the Norwegian government on June 1, 2018. Report delivered on November 28, 2019, 2019, p. 1.*

³⁵¹ Norwegian Ethics Information Committee 2019, p. 1.

³⁵² Norwegian Ethics Information Committee 2019, p. 1.

³⁵³ Norwegian Ethics Information Committee 2019, p. 1.

³⁵⁴ Norwegian Ethics Information Committee 2019, p. 1.

				<p>dient te leiden tot eerlijkere concurrentie.³⁵⁵</p> <p>+ Transparant zijn kan leiden tot concurrentievoordenen, zoals: verbeterde reputatie, gemotiveerde werknemers, grotere efficiëntie, naleving van wetgeving en verbeterde toegang tot kapitaal. Beleggers benadrukken in toenemende mate dat mensenrechten en duurzaamheidsprestaties van bedrijven dienen als een belangrijke maatstaf voor investeringsbeslissingen.³⁵⁶</p> <p>+/- De economische en administratieve lasten zullen afhankelijk zijn van de inspanningen die reeds in het bedrijf worden verricht, de grootte van het bedrijf, de structuur en andere factoren.³⁵⁷</p> <p>+/- De commissie heeft in het bijzonder aandacht besteed aan (administratieve) implicaties voor kleine bedrijven. De overheid dient middelen beschikbaar te stellen voor begeleiding en toezicht om naleving te garanderen. Uitgebreide begeleiding vermindert de kosten per bedrijf en zorgt voor een consistentere implementatie.³⁵⁸</p>	
Verenigd Koninkrijk	Modern Slavery Act, Section 54.	<ul style="list-style-type: none"> - Hele economie. - Single-issue dekking. 	<ul style="list-style-type: none"> - Bevat een reeks maatregelen voor het aanpakken van moderne slavernij en mensenhandel.³⁵⁹ - Beoogt moderne slavernij aan te pakken via 3P's: 'prevention, prosecution en protection'.³⁶⁰ - Beoogt ervoor te zorgen dat alle juridische en 	<ul style="list-style-type: none"> + Eerste in een reeks wetgevende maatregelen die de zorgvuldigheid van mensenrechten normaliseren en verwachten dat bedrijven 'supply chain'-beoordelingen uitvoeren.³⁶³ + Heeft bedrijven doen beseffen dat zij verantwoordelijk zijn voor hetgeen zich 	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Stap 4</u> (Volg implementatie en resultaten) - <u>Stap 5</u> (Communice-rapporteren)

³⁵⁵ Norwegian Ethics Information Committee 2019, p. 3.

³⁵⁶ Norwegian Ethics Information Committee 2019, p. 4.

³⁵⁷ Norwegian Ethics Information Committee 2019, p. 2.

³⁵⁸ Norwegian Ethics Information Committee 2019, p. 2.

³⁵⁹ PwC 2018, p. 35.

³⁶⁰ A. Weatherburn, 'Using an integrated human rights-based approach to address modern slavery: the UK experience', *European Human Rights Law Review* 2016, afl. 2, p. 184.

³⁶³ PwC 2018, p. 36.

			<p>beleidsreacties slachtoffergericht zijn.³⁶¹</p> <ul style="list-style-type: none"> - Bedrijven zijn wettelijk verplicht om: i.) een moderne slavernijverklaring te publiceren (ofwel dat ze stappen hebben gezet of dat ze geen stappen hebben gezet), ii.) deze zichtbaar te maken op hun website en iii.) de verklaring door een bestuurder te laten ondertekenen.³⁶² 	<p>afspeelt in hun 'supply-chain'.³⁶⁴</p> <ul style="list-style-type: none"> - Moderne slavernijverklaringen verschillen aanzienlijk in kwaliteit en diepgang door het gebrek aan afdwingbare richtlijnen en boetes.³⁶⁵ - Weinig tot geen kwaliteitscontrole op rapporten die van andere bedrijven worden overgenomen.³⁶⁶ - Vanwege het handhavingsgebrek is de kans groot dat enkel 'public facing companies' een verklaring zullen publiceren.³⁶⁷ - Risico dat grotere transparantie zal leiden tot 'naming and shaming', hetgeen niet in overeenstemming is met de 'knowing and showing' benadering van de UNGP's.³⁶⁸ 	
Verenigde Naties	UN Treaty on Business and Human Rights (draft).	<ul style="list-style-type: none"> - Hele economie. - Multi-issue dekking. 	- Zorgplicht: betreft de internationale verplichtingen van staten.	<ul style="list-style-type: none"> - De categorie bedrijven en mensenrechten leent zich niet voor één reeks gedetailleerde verdragsverplichtingen. Het omvat complexe clusters van verschillende instanties van nationaal en internationaal recht.³⁶⁹ - Lidstaten hebben al wettelijke verplichtingen, dus om waarde toe te voegen zou elke nieuwe verdragsbepaling extraterritoriale jurisdictie moeten hebben.³⁷⁰ - De uitoefening van extraterritoriale jurisdictie waarbij een staat buitenlandse bedrijven rechtstreeks wil reguleren blijft zeer controversieel. Het meest effectieve 	- N.v.t.

³⁶¹ Joint Select Committee, 'Rewrite Modern Slavery Bill offences to make new law work', *Parliament.uk* 8 April 2014.

³⁶² H. Voss e.a., 'International supply chains: compliance and engagement with the Modern Slavery Act', *Journal of the British Academy* (7) 2019, afl. 1, p. 65.

³⁶⁴ PwC 2018, p. 40.

³⁶⁵ Voss e.a., *Journal of the British Academy* (7) 2019, afl. 1, p. 65.

³⁶⁶ PwC 2018, p. 38.

³⁶⁷ PwC 2018, p. 40.

³⁶⁸ PwC 2018, p. 40.

³⁶⁹ J.G. Ruggie, 'A UN Business and Human Rights Treaty update', *Harvard Kennedy School of Government Issues Brief*, p. 1 (online publiek, 1 mei 2014).

³⁷⁰ Ruggie, *Harvard Kennedy School of Government Issues Brief*, p. 1 (online publiek, 1 mei 2014).

				<p>middel om hieraan te voldoen, is door de moederonderneming te verplichten haar dochterondernemingen te controleren.³⁷¹</p> <ul style="list-style-type: none"> - De Europese Unie en de Verenigde Staten hebben tegen de resolutie gestemd. Ze zullen niet deelnemen aan het onderhandelingsproces.³⁷² - Geen directe mensenrechtenverplichtingen en strafrechtelijke verantwoordelijkheid van bedrijven. <p>Kernpunten:³⁷³</p> <ul style="list-style-type: none"> - Welke bedrijven moeten worden gereguleerd; - Welke inhoudelijke normen dienen te gelden; - Extraterritoriale jurisdictie; - Wat is de reikwijdte van maatschappelijk verantwoord ondernemen; - Wie zijn de lastdragers; - Wat is de rol van advocaten en andere bedrijfsadviseurs? 	
Verenigde Staten	Dodd-Frank Act, Section 1502.	<ul style="list-style-type: none"> - Sectoraal. - Single-issue dekking. 	<ul style="list-style-type: none"> - Aanpakken van het aanhoudende gewapende conflict in de DRC en de aangrenzende regio.³⁷⁴ - Vermindering van het marktaandeel in de zwarte mineralenmarkt in de DRC en de aangrenzende landen.³⁷⁵ - Vereist personen om jaarlijks bekend te maken of er 'conflictmineralen' afkomstig zijn uit de DRC of een aangrenzend land die 'noodzakelijk 	<ul style="list-style-type: none"> + NGO's voeren meer druk uit op bedrijven.³⁷⁸ + Beoogt door middel van marktdruk van investeerders, zakenpartners en consumenten het gebruik en de negatieve effecten van de zwarte mineralenmarkt in Centraal-Afrika te verminderen.³⁷⁹ + Hogere prijzen voor mineralen lijken verband te houden met lagere geweldscijfers.³⁸⁰ +/- Het in standhouden van zwarte markten veroorzaakt conflicten, destabilisatie, 	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Stap 2</u> (Identificeer en beoordeel negatieve impact) - <u>Stap 4</u> (Volg implementatie en resultaten) - <u>Stap 5</u> (Communice-rapporten)

³⁷¹ O. de Schutter, 'Towards a New Treaty on Business and Human Rights', *Business and Human Rights Journal* (1) 2016, afl. 1, p. 66.

³⁷² J.G. Ruggie, 'The Past as Prologue? A Moment of Truth for UN Business and Human Rights Treaty', *IHRB*, p. 2 (Online, 8 juli 2014).

³⁷³ D. Cassell & A. Ramasastry, 'White Paper: Options for a Treaty on Business and Human Rights', *Notre Dame Journal of International Comparative Law* 2016, afl. 1, p. 39-50.

³⁷⁴ D.M. Lynn, 'The Dodd-Frank Act's Specialized Corporate Disclosure: Using the Securities Laws to Address Public Policy Issues', *Journal of Business & Technology Law*, 2011, afl. 2, p. 331.

³⁷⁵ T. Whitney, 'Conflict Minerals, Black Markets, and Transparency: The Legislative Background of Dodd-Frank Section 1502 and Its Historical Lessons', *Journal of Human Rights* 2015, afl. 2, p. 184.

³⁷⁸ PwC 2018, p. 47.

³⁷⁹ Whitney, *Journal of Human Rights* 2015, afl. 2, p. 183.

³⁸⁰ Whitney, *Journal of Human Rights* 2015, afl. 2, p. 192.

			<p>zijn voor de functionaliteit of productie' van een product. Indien dit het geval is dient een rapport te worden verstrekt waarin wordt beschreven welke maatregelen zijn genomen om de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen met betrekking tot de bron van die mineralen.³⁷⁶</p> <p>- Het conflictvrije mineralenbeleid zal de culturele en politieke motivaties voor oorlog in Centraal-Afrika op zichzelf niet ontrafelen of de misdaden van kolonialisme oplossen. Hoewel de Amerikaanse wetgeving deze problemen niet kan oplossen, kan het voorkomen dat multinationals deze problemen verergeren en het bereiken van vrede bemoeilijken.³⁷⁷</p>	<p>mensenrechtenschendingen en bedreigingen van de nationale veiligheid. Tegelijkertijd veroorzaakt het aanpakken van zwarte markten economische ontwrichting en verstoring onder de lokale bevolking.³⁸¹</p> <p>- De bewoording van artikel 1502 biedt de SEC weinig ruimte om werkbare uitvoeringsregels vast te stellen.³⁸²</p> <p>- De omvang van de 'due diligence' en de rapporteringsplicht zullen waarschijnlijk leiden tot aanzienlijke nalevingskosten voor emittenten.³⁸³</p> <p>- Veroorzaakt de facto een verbod op de import van mineralen uit de DRC.³⁸⁴</p> <p>- Vliegtuigen die naar afgelegen gebieden in Centraal-Afrika vliegen om erts uit de zwarte markt op te halen uit mijnkampen, brengen ook verkoopbare goederen mee, waaronder medicijnen. De aanvoer van verkoopbare goederen in afgelegen gebieden zal door artikel 1502 afnemen.³⁸⁵</p>	
Verenigde Staten	Trade Facilitation and Trade Enforcement Act.	<ul style="list-style-type: none"> - Hele economie. - Multi-issue dekking. 	<ul style="list-style-type: none"> - Ondersteund de douane bij het waarborgen van de economische veiligheid.³⁸⁶ - Beoogt processen te stroomlijnen en moderniseren om te voldoen aan de eisen en complexiteit van een snel evoluerende wereldwijde 'supply-chain'.³⁸⁷ 	<ul style="list-style-type: none"> + Verbeterde aanpak van risicovolle import.³⁸⁸ + Verbiedt producten gemaakt door dwangarbeid, inclusief kinderarbeid, te importeren in de VS.³⁸⁹ 	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Stap 2</u> (Identificeer en beoordeel negatieve impact) - <u>Stap 3</u> (Beëindig, voorkom of beperk

³⁷⁶ Lynn, *Journal of Business & Technology Law*, 2011, afl. 2, p. 328.

³⁷⁷ Whitney, *Journal of Human Rights* 2015, afl. 2, p. 194.

³⁸¹ Whitney, *Journal of Human Rights* 2015, afl. 2, p. 191.

³⁸² Lynn, *Journal of Business & Technology Law*, 2011, afl. 2, p. 335.

³⁸³ Lynn, *Journal of Business & Technology Law*, 2011, afl. 2, p. 335.

³⁸⁴ L.E. Seay, 'What's wrong with Dodd-Frank 1502? Conflict Minerals, Civilian Livelihoods, and the Unintended Consequences of Western Advocacy', *Centre for Global Development* 2012, p. 1.

³⁸⁵ Seay, *Centre for Global Development* 2012, p. 14.

³⁸⁶ U.S. Customs and Border Protection, 'Trade Facilitation and Trade Enforcement Act Accomplishments 2018', *cbp.gov* 2018, p. 1, (online, bijgewerkt 9 maart 2018).

³⁸⁷ U.S. Customs and Border Protection, 'Trade Facilitation and Trade Enforcement Act of 2015 – Overview', *cbp.gov* 2016, p. 1, (online, bijgewerkt 17 oktober 2016).

³⁸⁸ U.S. Customs and Border Protection, *cbp.gov* 2018, p. 1, (online, bijgewerkt 9 maart 2018).

³⁸⁹ U.S. Customs and Border Protection, *cbp.gov* 2018, p. 1, (online, bijgewerkt 9 maart 2018).

					negatieve impact)
Verenigde Staten	California Transparency in Supply Chains Act (CTSCA).	<ul style="list-style-type: none"> - Hele economie. - Single-issue dekking. 	<ul style="list-style-type: none"> - Beoogt het gebruik van slaven, dwangarbeid en mensenhandel tegen te gaan.³⁹⁰ - Geldt voor bedrijven die: i) zakendoen in Californië, ii) jaarlijks wereldwijd bruto-inkomsten hebben van meer dan 100 miljoen USD, iii) worden op hun belastingaangiften geïdentificeerd als fabrikanten of detailhandelaren in de staat Californië.³⁹¹ - Een bedrijf moet vijf onderwerpen behandelen: i) verificatie, ii) audits, iii) certificering, iv) interne verantwoordingsplicht, v) training. De wet vereist dat de informatie beschikbaar wordt gesteld via een opvallende link op de startpagina van het bedrijf. Dit is tevens van toepassing op bedrijven die geen actie ondernemen.³⁹² 	<ul style="list-style-type: none"> + Door de toegenomen administratieve lasten en de gestegen productiekosten was het voorstelbaar dat bedrijven zich zouden terugtrekken uit Californië. In plaats daarvan hebben bedrijven er veelal voor gekozen om conform de wet te handelen.³⁹³ + Vergroot de verantwoordingsplicht door middel van consumentenbewustzijn, acties van het maatschappelijk middenveld en koopkracht in de 'supply-chain'.³⁹⁴ +/- Relatief hoge naleving, maar deze lijkt meer symbolisch dan inhoudelijk van aard.³⁹⁵ - Gedrag van de consumenten is na de inwerkingtreding onveranderd.³⁹⁶ - Aanzienlijk negatieve marktreactie op de inwerkingtreding van de CTSCA. Vooral bedrijven met grotere 'supply chain'-risico's suggereren dat beleggers een negatieve waarde hechten aan het delen van mensenrechten gerelateerde informatie met het publieke domein.³⁹⁷ - Vereist van bedrijven dat zij inzicht verschaffen in de inspanningen die worden geleverd tegen het gebruik van dwangarbeid en mensenhandel in de 'supply chain'. Het verplicht bedrijven niet om actie te ondernemen tegen schendingen.³⁹⁸ 	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Stap 4</u> (Volg implementatie en resultaten) - <u>Stap 5</u> (Communice-rapporteren)

³⁹⁰ M. Koekkoek, A. Marx & J. Wouters, 'Monitoring Forced Labour and Slavery in Global Supply Chains: The Case of the California Act on Transparency in Supply Chains', *Global Policy* 2017, afl. 4, p. 523.

³⁹¹ K.D. Harris, *The California Transparency in Supply Chains Act, A Resource Guide*, California Department of Justice 2015, p. 3.

³⁹² Harris 2015, p. 4.

³⁹³ Koekkoek, Marx & Wouters, *Global Policy* 2017, afl. 4, p. 523.

³⁹⁴ Koekkoek, Marx & Wouters, *Global Policy* 2017, afl. 4, p. 523.

³⁹⁵ R.N. Birkey e.a., 'Mandated Social Disclosure: An Analysis of the Response to the California Transparency in Supply Chains Act of 2010', *Journal of Business Ethics* (152) 2018, afl. 3, p. 837.

³⁹⁶ Koekkoek, Marx & Wouters, *Global Policy* 2017, afl. 4, p. 525.

³⁹⁷ Birkey e.a., *Journal of Business Ethics* (152) 2018, afl. 3, p. 837.

³⁹⁸ Koekkoek, Marx & Wouters, *Global Policy* 2017, afl. 4, p. 524.

				<ul style="list-style-type: none"> - De wet is niet van toepassing op onderaannemers.³⁹⁹ - De wet mist cruciale elementen die noodzakelijk zijn voor een succesvol openbaarmakingsregime, waardoor het onwaarschijnlijk is dat deze zich in de besluitvormingsprocessen verankert.⁴⁰⁰ - Het is praktisch onmogelijk bedrijven aansprakelijk te stellen in geval van niet-naleving. Geen enkel objectief bureau is verantwoordelijk voor het verifiëren van de verstrekte informatie en het controleren van de juistheid van de verstrekte informatie.⁴⁰¹ - Vereist dat bedrijven informatie op een bepaald moment bekendmaken. Een jaarlijkse update is niet noodzakelijk.⁴⁰² 	
Zweden	Sustainability reporting for state-owned companies	<ul style="list-style-type: none"> - 55 bedrijven die geheel of gedeeltelijk eigendom zijn van de Zweedse overheid. 	<ul style="list-style-type: none"> - Richtlijnen. - Duurzaamheidsverslag in overeenstemming met GRI-richtlijnen, in samenhang met het jaarverslag.⁴⁰³ - 'Comply or explain': bedrijven moeten een duidelijke uitleg en/of verantwoording geven/afleggen indien zij afwijken van de richtlijnen.⁴⁰⁴ - De overheid beoordeelt de bedrijfsrapporten over de naleving van de richtlijnen en rapporteert dit in het 'jaarverslag over staatsbedrijven'.⁴⁰⁵ 	<ul style="list-style-type: none"> + De Zweedse staat is een belangrijke bedrijfseigenaar in Zweden. Deze bedrijven vertegenwoordigen substantiële waarden. Deze verantwoordelijkheid rust ook op particuliere bedrijven, maar de staatsbedrijven dienen het goede voorbeeld te geven.⁴⁰⁷ + De rapportage geeft een goede beschrijving van de bedrijfsactiviteiten van de staatsbedrijven en biedt een basis voor voortdurende observatie van de activiteiten van de onderneming en de gestelde doelstellingen.⁴⁰⁸ 	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Stap 4</u> (Volg implementatie en resultaten) - <u>Stap 5</u> (Communice-rapporteren)

³⁹⁹ K. Coon e.a., *Managing Corporate Supply Chains: Challenges and Successes in the Fight to Combat Forced Labour and Human Trafficking*, Baker & McKenzie LLP 2014, p. 6.

⁴⁰⁰ A. Prokopets, 'Trafficking in Information: Evaluating the Efficacy of the California Transparency in Supply Chains Act of 2010', *Hastings International and Comparative Law Review* 2014, afl. 2, p. 375.

⁴⁰¹ Koekkoek, Marx & Wouters, *Global Policy* 2017, afl. 4, p. 526.

⁴⁰² Know the Chain, 'Insights Brief: Five Years of the California Transparency in Supply Chains Act', *knowthechain.org* 2015, p. 9 (online, 30 September 2015).

⁴⁰³ Regeringskansliet, *Guidelines for external reporting by state-owned companies*, Stockholm: Ministry of Enterprise and Innovation 2007, p. 2.

⁴⁰⁴ Regeringskansliet 2007, p. 2.

⁴⁰⁵ Regeringskansliet 2007, p. 4.

⁴⁰⁷ Regeringskansliet 2007, p. 1.

⁴⁰⁸ Regeringskansliet 2007, p. 1.

			<ul style="list-style-type: none"> - De (gedeeltelijke) staatsbedrijven moeten jaarverslagen, halfjaarlijkse verslagen en kwartaalverslagen publiceren.⁴⁰⁶ 	<ul style="list-style-type: none"> - SOE's die volledig aan de staat toebehoren hebben mogelijk minder aansporing om informatie te controleren en openbaar te maken.⁴⁰⁹ - De kwaliteit en geloofwaardigheid van openbaarmaking kan worden beperkt door het ontbreken van sterke interne controlesystemen van SOE's.⁴¹⁰ 	
Zwitserland	Swiss Responsible Business Initiative (inclusief tegenvoorstel).	<ul style="list-style-type: none"> -Hele economie. -Multi-issue dekking. 	<ul style="list-style-type: none"> - Wetgeving voor invoering van verplichte zorgvuldigheidseisen en 'corporate liability'. - Met betrekking tot de reikwijdte beperkt het tegenvoorstel de 'due diligence'-verplichting tot grote bedrijven en kleinere bedrijven die actief zijn in risicovolle industrieën.⁴¹¹ - Het tegenvoorstel sluit expliciet de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders uit, waarnaar niet wordt verwezen in het RBI. Het tegenvoorstel verwijst naar schade aan het leven, persoonlijk letsel en materiële schade als basis voor aansprakelijkheid, terwijl het RBI niet specificeert welke gevallen kunnen leiden tot aansprakelijkheid.⁴¹² - De commissie heeft verklaard dat zij het initiatief zal intrekken als het oorspronkelijke tegenvoorstel of het tegenvoorstel zoals gewijzigd door het Ministerie van 	<ul style="list-style-type: none"> + Bedrijven in Zwitserland moeten passende 'due diligence' uitvoeren om de internationaal erkende mensenrechten en milieunormen te respecteren, ook bij hun activiteiten in het buitenland.⁴¹⁵ + Bedrijven zijn aansprakelijk voor de schade die is veroorzaakt door henzelf en door diegenen onder hun 'controle', tenzij ze kunnen aantonen dat ze alle zorg hebben betracht om de schade te voorkomen of dat de schade ook zou zijn ontstaan als alle zorgvuldigheid was betracht.⁴¹⁶ + Het RBI zou prevaleren boven de regels van het internationale privaatrecht.⁴¹⁷ + 'Corporate liability' stimuleert bedrijven een verantwoorde bedrijfsvoering te voeren. + Bedrijven moeten voldoen aan alle stappen van de 'due diligence-cycle'. + Omkering van de bewijslast van slachtoffers naar bedrijven.⁴¹⁸ +/- Voor wie zou het transnationale bedrijf aansprake- 	<ul style="list-style-type: none"> - Gericht op alle stappen van de 'due diligence-cycle'.

⁴⁰⁶ Regeringskansliet 2007, p. 4.

⁴⁰⁹ Baek & Park 2016, p. 19.

⁴¹⁰ Baek & Park 2016, p. 19.

⁴¹¹ Gaukrodger 2020, p. 49.

⁴¹² Gaukrodger 2020, p. 49.

⁴¹⁵ N. Bueno, 'The Swiss Responsible Business Initiative and its counter-proposal: Texts and current developments', *Business and Human Rights Blog*, 7 december 2018, p. 2.

⁴¹⁶ Bueno, *Business and Human Rights Blog*, 7 december 2018, p. 2.

⁴¹⁷ Bueno, *Business and Human Rights Blog*, 7 december 2018, p. 2.

⁴¹⁸ Cossart, Chaplier & Beau de Lomenie, *Business and Human Rights Journal* 2017, afl. 2, p. 319.

			<p>Juridische zaken definitief wordt goedgekeurd.⁴¹³</p> <p>- Als de twee kamers geen overeenstemming kunnen bereiken over een tegenvoorstel, wordt uiterlijk in 2021 een nationaal referendum gehouden over de invoering van het RBI in zijn oorspronkelijke vorm.⁴¹⁴</p>	<p>lijk zijn? Tegenvoorstel suggereert een kleinere reikwijdte (rechtszekerheid).⁴¹⁹</p> <p>+/- Onder welke voorwaarden en voor welke mensenrechten zou de transnationale onderneming aansprakelijk zijn?⁴²⁰</p> <p>- Het is niet helemaal duidelijk hoe een transnationaal bedrijf geacht wordt bewijs te leveren om vrijgesteld te zijn van aansprakelijkheid.⁴²¹</p> <p>- Kan nadelige gevolgen hebben voor het vestigingsklimaat.⁴²²</p> <p>- De zakelijke sector heeft haar bezorgdheid geuit over de rechtsonzekerheid en het verhoogde risico op gerechtelijke procedures in het geval schade wordt veroorzaakt door zakenpartners. Tevens benadrukken zij de nadelige gevolgen voor de concurrentiepositie bij gebrek aan een gecoördineerd internationaal regelgevingskader voor bindende 'due diligence'.⁴²³</p>	
--	--	--	--	---	--

⁴¹³ Gaukrodger 2020, p. 50.

⁴¹⁴ Gaukrodger 2020, p. 51.

⁴¹⁹ V. Jentsch, 'Corporate Social Responsibility and the Law: International Standards, Regulatory Theory and the Swiss Responsible Business Initiative', *MWP* 2018/05, p. 16.

⁴²⁰ Jentsch, *MWP* 2018/05, p. 17.

⁴²¹ Jentsch, *MWP* 2018/05, p. 17.

⁴²² Jentsch, *MWP* 2018/05, p. 10.

⁴²³ Gaukrodger 2020, p. 50.

Bijlage 2

VERSLAG STAKEHOLDERSCONSULTATIE, DINSDAG 18 FEBRUARI 2020

Ronde 1 – vraag 1

- a) *Een rapportageverplichting is beter uitvoerbaar dan een due diligence verplichting.*

Antwoord: mee eens (overwegend)

- b) *Een due diligence verplichting leidt eerder tot een level playing field dan een rapportageverplichting.*

Antwoord: mee eens (overwegend)

Stakeholders geven aan dat rapportage beter uitvoerbaar en duidelijker is, al rijst de vraag over wat effectiever is. Ook wordt opgemerkt dat rapporteren juist een onderdeel is van IMVO-due diligence. Het onderscheid tussen rapportage en een due diligenceverplichting is niet duidelijk.

Ronde 1 – vraag 2

- a) *Het gebruiken van een open norm leidt tot onvoldoende rechtszekerheid.*

Antwoord: mee eens (overwegend)

- b) *Het gebruiken van best practices in de markt voor het invullen van een (wettelijke) open norm leidt tot onvoldoende rechtszekerheid.*

Antwoord: mee oneens (overwegend)

Stakeholders geven aan dat een open norm rechtsonzekerheid kan opleveren. Ook wordt opgemerkt dat verschillende bedrijven waarschijnlijk in verschillende mate de rechtszekerheid van de norm zullen ervaren. Aan de andere kant wordt aangestipt dat het concept van due diligence, ofwel ‘gepaste’ zorgvuldigheid voor ieder bedrijf andere eisen kan meebrengen waardoor het een open karakter heeft.

Stakeholders vragen zich af welke best practices gehanteerd kunnen worden voor de invulling van eventuele open normen. Best practices verschillen voor ieder bedrijf. Daarnaast wordt opgemerkt dat de invulling van open normen afhangt van het doel dat de wetgever met eventuele IMVO-wetgeving voor ogen heeft.

Ronde 2

Vraag 1: *Wettelijke IMVO-maatregelen leiden tot meer onwenselijke administratieve lasten.*

Antwoord: mee oneens (overwegend)

Stakeholders geven aan dat deze vraag wederom om de uitvoerbaarheid gaat en niet om de effectiviteit van eventuele IMVO-maatregelen. De ‘onwenselijkheid’ van de administratieve lasten kan niet goed worden ingeschat als men niet weet welke wettelijke IMVO-maatregelen worden genomen.

Open vraag:

Hoe kunnen administratieve lasten van IMVO-maatregelen het beste worden beperkt?

In de antwoorden worden met name genoemd: Europese standaardisatie, multi-stakeholder IMVO-convenanten, aansluiting bij bestaande raamwerken en rapportageverplichtingen zoals de OESO en GRI, basering op internationale norm en internationale afstemming om overlap van regels te voorkomen.

Enkele stakeholders merken op dat bedrijven verbeterende maatregelen moeten nemen naar aanleiding van bijvoorbeeld hun due diligencerapportage. Anders wordt rapportage snel een ‘ticking-the-box-exercise’ en daarmee een nutteloze administratieve last.

Vraag: *Zou uw bedrijf uit Nederland weggaan als wettelijke IMVO-maatregelen worden ingevoerd of denkt u dat andere bedrijven dat zullen doen?*

Antwoord: nee, waarschijnlijk niet (overwegend)

Vraag: *Zijn wettelijke maatregelen nodig om het (Europese) level playing field te verbeteren/niet te verstoren?*

Antwoord: ja, absoluut (overwegend)

Stakeholders denken dat een regeling van het Europese level playing field voor meer uniformiteit van due diligenceverplichtingen tussen Europese landen kan zorgen. Aan de andere kant vragen ze zich af of dat genoeg is, gezien veel IMVO-problemen buiten Europa spelen. Een Europese regeling is belangrijk, maar zou er tegelijkertijd ook niet toe mogen leiden dat beter ingerichte nationale regels teniet kunnen worden gedaan. Een level playing field is op Europees niveau nodig, maar nationale regeling van het level playing field is eveneens gewenst om de 'bodem' nog meer omhoog te krijgen. Gekeken kan worden naar een wettelijke minimumnorm naast manieren om te belonen voor het meerdere dat bedrijven doen aan IMVO-inspanningen. Ook wordt benadrukt dat bestaande due diligence-initiatieven van bedrijven niet door wetgeving mogen worden afgeremd.

Ronde 3:

Vraag: *Een wettelijke verplichting leidt tot een verstoring van de markt voor kleinere bedrijven, ten opzichte van grotere bedrijven.*

Antwoord: mee oneens (overwegend)

Vraag: *Ik heb gemerkt dat Franse bedrijven vanwege de Franse due diligence wet (indien zij daaronder vallen) anders zijn gaan opereren.*

Antwoord: weet niet/geen mening (overwegend)

Eén van de stakeholders die ervaring met de Franse wet hebben, merkt op dat wel degelijk anders wordt geopereerd sinds de Franse due diligenceverplichting.

Vraag: *Welke nadelige neveneffecten verwacht u als gevolg van wettelijke maatregelen?*

Antwoord: een combinatie van 'ticking the box', juridisering van bestaande due diligence praktijken en verhoging van administratieve lasten (overwegend).

Vraag: *Welke andere nadelige neveneffecten voor bedrijven verwacht u als gevolg van wettelijke maatregelen?*

Antwoorden (meest genoemd): invloed op concurrentiepositie, greenwashing, rem op innovatie.

Vraag: *Welke van deze neveneffecten zou de wetgever in ieder geval moeten voorkomen?*

Antwoord: overwegend het ticking the box-effect. Daarnaast: een combinatie van het ticking the box-effect, afremming van bestaande due diligencepraktijken, verhoging van administratieve lasten en juridisering van bestaande due diligencepraktijken.

Overige discussiepunten:

Stakeholders bespreken de rol van de gemeenschap. In hoeverre kunnen lokale gemeenschappen en individuen betrokken worden bij IMVO-wetgeving?

Ook zal wellicht moeten worden samengewerkt met NGO's voor betere IMVO-due diligence door bedrijven, want niet alle bedrijven kunnen due diligenceverplichtingen geheel zelf uitvoeren. In aansluiting hierop wordt opgemerkt dat met name kleinere bedrijven hulp nodig hebben bij de uitvoering van due diligenceverplichtingen. Er zijn bedrijven die niets 'willen' doen, maar bedrijven die niets 'kunnen' doen, moeten ondersteund worden bij de uitvoering van due diligenceverplichtingen.

Bijlage 3

LITERATUURLIJST

- Adidas Group, 'Third Party Complaint Process for Breaches to adidas Group Workplace Standards or Violations of International Human Rights Norms', *Adidas Group* 2014.
- Adidas Group, *Adidas Sustainability Progress Report*, Herzogenaurach: Adidas Group 2016.
- AFM, *AFM, Annual Report 2016, Intense supervision in a changed playing field*, AFM 2017.
- Arts, K., en M.W. Scheltema, 'Territorialiteit te boven – Klimaatverandering en mensenrechten', in: *De grenzen voorbij. De actualiteit van territorialiteit en jurisdictie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 59-134.
- Baek, S., & C. Park, *Transparency and disclosure measures for state-owned enterprises (SOEs): Stocktaking of national practices* (discussion paper for the meeting of the Global Knowledge Sharing Network on Corporate Governance of State-Owned Enterprises on 7-8 June in Mexico City), Mexico City: OECD 2016.
- Barsan, I., 'Corporate accountability: non-financial disclosure and liability – A French perspective', *ECFR* 2017, afl. 3, p. 399-434.
- Bartley, T., 'Transnational governance and the re-centered state: Sustainability or legality?', *Regulation & Governance* 2014, afl. 1, p. 93-109.
- Bijlmakers, S., *Corporate Social Responsibility, Human Rights, and the Law*, Abingdon, Oxon – New York: Routledge 2019.
- Birkey, R.N., e.a., 'Mandated Social Disclosure: An Analysis of the Response to the California Transparency in Supply Chains Act of 2010', *Journal of Business Ethics* (152) 2018, afl. 3, p. 827-841.
- Bonnitcha, J., & R. McCorquodale, 'The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights', *EJIL* 2017, afl. 3., p. 899-919.
- Bree de, M., en M. Dees, 'Complexiteit vraagt om een andere manier van regels maken', *TPC* 2019, afl. 6, p. 14-18.
- Bree de, M., & A. Stopendaal, 'De- and Recoupling and Public Regulation', *Organization Studies* 2018, p. 1-22.
- Buckrell, J., & A. Hoare, 'Controlling Illegal Logging: Implementation of the EU Timber Regulation', *Chatham House Briefing Paper* 2011.
- Bueno, N., 'The Swiss Responsible Business Initiative and its counter-proposal: Texts and current developments', *Business and Human Rights Blog*, 7 december 2018.
- Buhmann, K., '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* (136) 2016, afl. 4, p. 699-714.
- Buhmann, K., 'Neglecting the proactive Aspect of Human Rights Due Diligence? A Critical Appraisal of the EU's Non-Financial Reporting Directive as a Pillar one Avenue for Promoting Pillar Two action', *Business and Human Rights Journal* 2018, afl 1, p. 23-45.
- Buhmann, K., 'The Danish CSR Reporting Requirement as Reflexive Law: Employing CSR as a Modality to Promote Public Policy Objectives through Law', *European Business Law Review* 2013, afl. 2, p. 187-216.
- Buhmann, K., 'The Danish CSR Reporting Requirement: Migration of CSR-Related International Norms into Companies' Self-regulation through Company Law?', *European Company Law* 2011, afl. 2/3, p. 65-73.

Cassell, D., & A. Ramasastry, 'White Paper: Options for a Treaty on Business and Human Rights', *Notre Dame Journal of International Comparative Law* 2016, afl. 1, p. 1-50.

Catelle De, W., 'European Union Directive 2014/95 on Non-Financial Reporting: A Successful Experimentalist Governance Architecture', *King's Student Law Review* 2018, afl. 1, p. 53-66.

Coon, K., e.a., *Managing Corporate Supply Chains: Challenges and Successes in the Fight to Combat Forced Labour and Human Trafficking*, Baker & McKenzie LLP 2014.

Cossart, S., J. Chaplier & T. Beau de Lomenie, 'The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All', *Business and Human Rights Journal* 2017, afl. 2, p. 317-323.

Cupido, M, M.J. Hornman & W. Huisman, 'Holding businessmen criminally liable for international crimes; lessons from the Netherlands on how to address remote involvement', in: L.F.H. Enneking e.a. (red.), *Accountability, International business operations, and the law*, Londen: Routledge 2020, p. 170-191.

Cuvelier, J., 'Leaving the beaten track? The EU regulation on conflict minerals', *Africa Policy Briefs* 2017, afl. 20.

Dam, van C. (2015) *Enhancing human rights protection, a company lawyer's business*, inaugural lecture 18 September 2015 (Rotterdam: RSM, 2017).

Dam van, C., 'Corporate governance en respect voor mensenrechten', in: M. Lückerath-Rovers e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2018-2019*, Deventer: Kluwer 2018, p. 97-115.

Damen, L.J.A., 'Op naar 2GST in het bestuursrecht', *NTB* 2020/2, afl. 1, p. 3-18.

Danish Institute for Human Rights & Nestlé, *Talking the Human Rights Walk: Nestlé's Experience Assessing Human Rights Impacts in its Business Activities*, 2013.

Design possibilities of a German "Mantelgesetz" on the sustainable design of global value chains and amendments of commercial law regulations (Sustainable Value Chain Act – NaWKG) including an Act on the Regulation of Human Rights and Environmental Due Diligence in Global Value Chains (Due Diligence Act – SorgfaltspflichtenG) (unauthorized translation), 2019.

Dieben, E.M., commentaar op Wft, in: D. Busch (red.), *Groene Serie Toezicht Financiële Markten*, Deventer: Wolters Kluwer.

Edmonds-Camara, H., 'Developments in Modern slavery regulation: U.K., Hong Kong and Australia', *Global Policy Watch* 12 juli 2018.

Enneking, L, e.a., *Zorgplichten van Nederlandse Ondernemingen inzake Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen. Een rechtsvergelijkend en empirisch onderzoek naar de stand van het Nederlandse recht in het licht van de UN Guiding Principles* (rapport in opdracht van het WODC op verzoek van de Directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Veiligheid & Justitie en de Directie Juridische Zaken van het Ministerie van Buitenlandse Zaken), Utrecht: UCall/Universiteit Utrecht 2015.

Enneking, L., e.a., *Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen. Een rechtsvergelijkend en empirisch onderzoek naar de stand van het Nederlandse recht in het licht van de UN Guiding Principles*, Den Haag: Boom Juridisch 2016.

Esveld, L., 'De keerzijde van IMVO-transparantieplichtingen', in: L.F.H. Enneking, M.W. Scheltema & I. Tillema (red.), *People, Planet, Privaatrecht*, Den Haag: Boom 2018, p. 185-220.

Fellows, J., 'Australia's New 'Modern Slavery Act' – virtue signaling or a real attempt to stamp out Australia's involvement in 'modern slavery'', *Res Judicata: contemporary issues in administrative and public law* (online, 25 april 2019).

Frank Bold, 'Companies Sustainability Disclosure. Why it is crucial to review the EU Non-Financial Reporting Directive'.

Gaukrodger, D, *Business Responsibilities and Investment Treaties, Consultation Paper*, OECD Secretariat 15 januari 2020.

Geraets, D, & B. Natens, 'The WTO Consistency of the European Union Timber Regulation', *Journal of World Trade* 2014, afl. 2, p. 433-455.

Harris, K.D., *The California Transparency in Supply Chains Act, A Resource Guide*, California Department of Justice 2015.

Haysler, N., *A Modern Slavery Act in Australia*, Canberra: CAER 2018.

Heckendorn Urscheler, L., & J. Fournier, *Regulating Human Rights Due Diligence for Corporations: A Comparative View*, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, Geneve – Zurich: Schulthess Editions Romandes 2017.

Hofmann, H., C. Schleper & C. Blome, 'Conflict Minerals and Supply Chain Due Diligence: An Exploratory Study of Multi-tier Supply Chains', *Journal of Business Ethics* (147) 2018, p. 115-141.

Huyse, H., & B. Verbrugge, *Belgium and the sustainable supply chain agenda: leader or laggard? Review of human right due diligence initiatives in the Netherlands, Germany, France and EU, and implications for policy work by Belgian civil society*, Leuven: KU Leuven HIVA onderzoeksinstituut voor arbeid en samenleving 2018.

IKEA, IWAY Standard: Minimum Requirements for Environment and Social & Working Conditions when Purchasing Products, Materials and Services, editie 5.2, IKEA IWAY Council 2016.

International Cocoa Initiative, 'Supply Chain: Child Labor Monitoring & Remediation System', cocoainitiative.org.

Jentsch, V., 'Corporate Social Responsibility and the Law: International Standards, Regulatory Theory and the Swiss Responsible Business Initiative', *MWP* 2018/05.

Joint Select Committee, 'Rewrite Modern Slavery Bill offences to make new law work', *Parliament.uk* 8 April 2014.

Kiersch, E.D.G., commentaar op boek 2 BW: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Kinderman, D., 'The politics of Corporate Transparency and the struggles over the Non-Financial Reporting Directive 2014/95/EU', *The CLS Blue Sky Blog* 1 September 2015.

Kistenkas, F.H., 'Concurring Regulation in European Forest Law. Forest Certification and the New EU Timber Regulation', *GAIA* 2013, afl. 3, p. 166-168.

Know the Chain, 'Insights Brief: Five Years of the California Transparency in Supply Chains Act', knowthechain.org 2015, (online, 30 September 2015).

Koekkoek, M., A. Marx & J. Wouters, 'Monitoring Forced Labour and Slavery in Global Supply Chains: The Case of the California Act on Transparency in Supply Chains', *Global Policy* 2017, afl. 4, p. 522-529.

Kwok, D, & K. Leung, 'A brief overview of the Modern Slavery Bill 2017', 2018.

Lambooy, T.E., *Corporate Social Responsibility. Legal and semi-legal frameworks supporting CSR. Developments 2000-2010 and case studies* (diss. Leiden Universiteit Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

Levashova, Y, 'How effective is the New EU Timber Regulation in the Fight against Illegal Logging?', *RECIEL* 2011, afl. 3, p. 290-299.

Lin, J, 'Governing Biofuels: A Principal-Agent Analysis of the European Union Certification Regime and the Clean Development Mechanism', *Journal of Environmental Law* 2012, afl. 1, p. 43-73.

Ling, B., 'How new rules aim to reduce slave labor in Asia', *Asian Global Online* 9 mei 2019.

Lynn, D.M., 'The Dodd-Frank Act's Specialized Corporate Disclosure: Using the Securities Laws to Address Public Policy Issues', *Journal of Business & Technology Law*, 2011, afl. 2, p. 327-355.

Marks & Spencer, *Global Sourcing Principles*, Marks & Spencer 2018.

Marks & Spencer, *Human Rights Report 2017*, Marks & Spencer 2017.

Martin-Ortega, O., 'Human rights due diligence for corporations: From voluntary standards to hard law at last?', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2014, afl. 1, p. 44-74.

Marx, A, C. Bright & J. Wouters, *Access to Legal Remedies for Victims of Corporate Human Rights Abuses in Third Countries*, European Parliament 2019.

Ministerie van Buitenlandse Zaken, *OESO due diligence handreiking voor maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Nederlandse editie), 2019.

Mulder, H, & M. Scheltema, 'Synthesis and further perspectives', in: H. Mulder & M. Scheltema (red.), *OECD-Guidelines for Multinational Enterprises, A Glass Half Full*, Parijs: OECD 2018.

MVO Platform, 'Update: Frequently Asked Questions about the new Dutch Child Labour Due Diligence Law', 2019, www.mvoplatform.nl.

Nispen van, C.J.J.C., commentaar op boek 6 BW, in: C.J.J.M. Stolker e.a. (red.), *Groene Serie Onrechtmatige Daad*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Norwegian Ethics Information Committee, *Draft translation from Norwegian of sections of Part I, 'Report from the Ethics Information Committee, appointed by the Norwegian government on June 1, 2018. Report delivered on November 28, 2019*, 2019.

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.

OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, Parijs: OECD Publishing 2018.

OECD, *Is there a role for blockchain in responsible supply chains?*, Parijs: OECD 2019.

OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector*, Parijs: OECD Publishing 2017.

OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, Parijs: OECD Publishing 2016.

OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Parijs: OECD Publishing 2011.

OECD, *OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains*, Parijs: OECD Publishing 2016.

OHCHR, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An interpretive guide*, New York – Genève: United Nations 2012.

Overdevest, C, & J. Zeitlin, 'Experimentalism in transnational forest governance: Implementing European Union Forest Law Enforcement, Governance and Trade (FLEGT) Voluntary Partnership Agreements in Indonesia and Ghana', *Regulation & Governance* (12) 2018, afl. 1, p. 64-87.

Partiti, E., & S. van der Velde, 'Curbing Supply-Chain Human Rights Violations Through Trade and Due Diligence. Possible WTO Concerns Raised by the EU Conflict Minerals Regulation', *Journal of World Trade* 2017, afl. 6, p. 1043-1068.

Partzsch, L., 'The new EU Conflict Mineral Regulation: Normative Power in International Relations?', *Global Policy* 2018, afl. 4, p. 479-488.

Pietropaoli, I, e.a., *A UK Failure to Prevent Mechanism for Corporate Human Rights Harms*, BIICL 2017.

Prokopets, A., 'Trafficking in Information: Evaluating the Efficacy of the California Transparency in Supply Chains Act of 2010', *Hastings International and Comparative Law Review* 2014, afl. 2, p. 351-375.

PwC, *Strategies for Responsible Business Conduct: Draft Report*, 2018.

Regeringskansliet, *Guidelines for external reporting by state-owned companies*, Stockholm: Ministry of Enterprise and Innovation 2007.

Ruggie, J.G., & J. F. Sherman, 'The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale', *EJIL* 2017, vol. 28, no. 3, p. 921-928.

Ruggie, J.G., & T. Nelson, 'Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges OECD 2011', *Brown Journal of World Affairs* 2015, afl.1, p. 99-128.

Ruggie, J.G., 'A UN Business and Human Rights Treaty update', *Harvard Kennedy School of Government Issues Brief*, (online publiek, 1 mei 2014).

Ruggie, J.G., 'The Past as Prologue? A Moment of Truth for UN Business and Human Rights Treaty', *IHRB*.

Sabel, C.F., 'Beyond principal-agent governance: Experimentalist organisations, learning and accountability', in: E.R. Engelen en M. Sie Dhian Ho (red.) *De staat van de democratie. Democratie voorbij de staat*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2004, p. 173-193.

Schaap, A-J, 'Legally binding duties for corporations under domestic criminal law not to commit modern slavery', in: L.F.H. Enneking e.a. (red.), *Accountability, International business operations, and the law*, Londen: Routledge 2020, p. 192-216.

Scheltema, M., 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24, afl. 6, p. 246-253.

Scheltema, M.W., 'Assessing effectiveness of international private regulation in the CSR arena', *Richmond Journal of Global Law & Business* 2014, afl. 2, p. 263-376.

Scheltema, M.W., 'The mismatch between human rights policies and contract law; improving contractual mechanisms to advance human rights compliance in supply chains', in: L.F.H. Enneking e.a. (red.), *Accountability, International business operations, and the law*, Londen: Routledge 2020, p. 259-278.

Scheltema, M.W., 'The need for an integrated comparison of the effectiveness of international sustainable forestry, coffee and cocoa initiatives', *Recht der Werkelijkheid* 2014, afl. 3, p. 134-157.

Scheltema, M.W., 'Transnationale private normen in het bestuursrecht', in: J.H. Gerards, M.W. Scheltema & A.R. Neerhof, *Hybride bestuursrecht* (VAR-reeks 156), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 87-183.

Schutter de, O., 'Towards a New Treaty on Business and Human Rights', *Business and Human Rights Journal* (1) 2016, afl. 1, p. 41-67.

Seay, L.E., 'What's wrong with Dodd-Frank 1502? Conflict Minerals, Civilian Livelihoods, and the Unintended Consequences of Western Advocacy', *Centre for Global Development* 2012.

Shavin, C, 'Unlocking the Potential of the New OECD Due Diligence Guidance on Responsible Business Conduct', *Business and Human Rights Journal* 2019, afl. 1, p. 139-145.

Simons, P. '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, Oxon – New York: Routledge 2014.

Sinclair, A., & J. Nolan, 'Developments in the field. Modern Slavery Laws in Australia: Steps in the Right Direction', *Business and Human Rights Journal* 2019, 0.

Smit, L., e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain* (onderzoek voor de Europese Commissie), DG Just 2020.

Snowden, D.J., & M.E. Boone, 'A Leader's Framework for Decision Making', *Harvard Business Review* 2007, afl. 11, p. 69-76.

Spedding, L.S., *Due Diligence Handbook. Corporate Governance, Risk Management and Business Planning*, Amsterdam; Boston; London: CIMA 2009.

Szabó, D.G., & K.E. Sørensen, 'Non-financial reporting, CSR frameworks and groups of undertakings: application and consequences', *Journal of Corporate Law Studies* 2017, afl. 1, 137-165.

Szysczak, E., 'Experimental governance: The open method of coordination'. *European Law Journal* 2006, afl. 4, p. 486–502.

The Circle, *Towards a legal framework for a living wage*, Newcastle Upon Tyne: The Circle 2019.

Tulder, R. van et al, *Managing the transition to a sustainable enterprise* (Rotterdam: The Partnerships Resource Centre (PrC), 2013).

U.S. Customs and Border Protection, 'Trade Facilitation and Trade Enforcement Act Accomplishments 2018', *cbp.gov* 2018, p. 1, (online, bijgewerkt 9 maart 2018).

U.S. Customs and Border Protection, 'Trade Facilitation and Trade Enforcement Act of 2015 – Overview', *cbp.gov* 2016, p. 1, (online, bijgewerkt 17 oktober 2016).

UNHRC, 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, 2011, UN Doc A/HRC/17/31.

UNHRC, 'Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie', 2008, UN Doc A/HRC/8/5.

Unilever, Code of business principles and code policies, Unilever plc 2017, version November 2019.

Vercher-Chaptal, C., 'Limitations and perspectives of responsible management of Global Value Chains: From codes of conduct to the French law on the duty of vigilance', *EURAM* 2018.

Voss, H., e.a., 'International supply chains: compliance and engagement with the Modern Slavery Act', *Journal of the British Academy* (7) 2019, afl. 1, p. 61-76.

Weatherburn, A., 'Using an integrated human rights-based approach to address modern slavery: the UK experience', *European Human Rights Law Review* 2016, afl. 2, p. 184-194.

Whitney, T., 'Conflict Minerals, Black Markets, and Transparency: The Legislative Background of Dodd-Frank Section 1502 and Its Historical Lessons', *Journal of Human Rights* 2015, afl. 2, p. 183-200.

Wilks, S., & J. Blankenbach, 'Will Germany become a leader in the drive for corporate due diligence on human rights?', *Business & Human Rights Resource Centre* 20 februari 2019.