No.W02.21.0072/II 's-Gravenhage, 8 juli 2021

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede kamer der Staten-Generaal van 11 maart 2021 heeft de Tweede kamer, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van de leden Voordewind, Alkaya, Van den Hul en Van den Nieuwenhuijzen houdende regels voor gepaste zorgvuldigheid in productieketens om schending van mensenrechten, arbeidsrechten en het milieu tegen te gaan bij het bedrijven van buitenlandse handel (Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen), met memorie van toelichting.

De initiatiefnemers stellen voor om voor iedere onderneming een algemene zorgplicht in te voeren om schendingen van mensenrechten, onacceptabele arbeidsomstandigheden en milieuschade in het buitenland ten gevolge van haar activiteiten tegen te gaan. Daarnaast moeten grote ondernemingen gepaste zorgvuldigheid (*due diligence*) betrachten in de productieketen. Dat betekent dat zij moeten rapporteren, monitoren en, zo nodig, actieve (herstel)maatregelen moeten nemen.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de onderliggende doelstelling van het wetsvoorstel om nadelige gevolgen voor mensenrechten, arbeidsrechten en het milieu van internationale economische activiteiten van ondernemingen te voorkomen en tegen te gaan. Zij maakt evenwel opmerkingen over de wijze waarop de initiatiefnemers dit wettelijk willen verankeren.

De voorgestelde gepaste zorgvuldigheidsverplichting bevat veel open normen, kent een ruime reikwijdte en voorziet in zowel civielrechtelijke, bestuursrechtelijke als strafrechtelijke handhavingsmechanismen. De materie is door haar internationale karakter complex en het is onduidelijk in welke mate de doelen van het voorstel realiseerbaar zijn. De Afdeling ziet in het voorstel bezwaren wat betreft de rechtszekerheid, evenredigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Bovendien staat de voorgestelde strafrechtelijke handhavingsbepaling op gespannen voet met het lex certa-beginsel.

In het licht van toekomstige internationale en Europese ontwikkelingen met betrekking tot wetgeving ten aanzien van internationaal maatschappelijk verantwoord en duurzaam ondernemen adviseert de Afdeling een gerichtere benadering. Daarin kan bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving worden ingezet voor de gepaste zorgvuldigheidsverplichting ten aanzien van specifieke producten, sectoren of misstanden waarvoor – zoveel mogelijk – internationale of Europese consensus bestaat over een concrete normstelling. Voor zover dergelijke specifieke normering nog ontbreekt, adviseert de Afdeling om regulering te beperken tot verplichtingen tot rapportage en transparantie.

In verband met het voorgaande dient het initiatiefvoorstel nader te worden overwogen.

1. Achtergrond van het voorstel

Het initiatiefwetsvoorstel heeft tot doel om een wettelijke ondergrens voor internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen (hierna: IMVO) in te stellen. Hiermee willen de indieners de implementatie van de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen bevorderen omdat deze teveel achterblijft.[[1]](#footnote-1)

Het voorstel past in een politieke en maatschappelijke ontwikkeling richting meer verplichtende maatregelen en gedeelde verantwoordelijkheden van bedrijven en overheden. Er is daarbij een consensus ontstaan binnen de VN (Principes voor Bedrijfsleven en Mensenrechten, ‘Ruggie Kader’) en de OESO dat multinationale ondernemingen mensenrechtenverdragen ook moeten respecteren, waar ze dan ook opereren.[[2]](#footnote-2) Er wordt inmiddels onderhandeld over een VN-verdrag over bedrijfsleven en mensenrechten. Na de hervorming van de OESO-richtlijnen in 2011 zette het kabinet in op zelfregulering en ondersteuning van ondernemingen om de richtlijnen te implementeren. Dit beleid is later aangevuld met stimulerende en ondersteunende maatregelen vanuit de overheid richting bedrijven via convenanten in risicosectoren.[[3]](#footnote-3)

Daarnaast bevatten EU-handelsverdragen met derde landen bepalingen over het belang van naleving van internationale standaarden voor arbeidsrechten en bevordering van duurzame ontwikkeling.[[4]](#footnote-4) Tevens kunnen voorwaarden aan ondernemingen worden gesteld inzake naleving van mensenrechten, arbeidsrechten en milieustandaarden in het kader van handelsmissies, aanbestedingstrajecten en overheidsinvesteringen.

Zowel op Europees als nationaal niveau zijn er daarnaast verschillende typen wetgeving die IMVO bevorderen dan wel afdwingen. Zo hanteert de EU, in het kader van het algemeen preferentieel stelsel (APS), lagere importtarieven voor handel met ontwikkelingslanden die internationale verdragen met betrekking tot mensenrechten, arbeidsrechten, het milieu en goed bestuur naleven.[[5]](#footnote-5) Daarnaast bestaan Europese importverboden voor conflictmineralen,[[6]](#footnote-6) fout hout,[[7]](#footnote-7) bedreigde plant- en diersoorten, gevaarlijke chemicaliën en namaakartikelen. Ook wordt controle uitgeoefend op de export van civiele goederen die kunnen worden ingezet voor militaire doeleinden in het buitenland.

Verder kent de EU thematische of sectorale wetgeving die verplichtingen bevat voor het betrachten van gepaste zorgvuldigheid in productieketens met betrekking tot hout[[8]](#footnote-8) en conflictmineralen.[[9]](#footnote-9) In Nederland bestaat de Wet zorgplicht kinderarbeid (Wzk).[[10]](#footnote-10) De Wzk is echter nog niet in werking getreden in afwachting van de uitwerking van nadere regelgeving in een algemene maatregel van bestuur (amvb). Mocht onderhavig voorstel worden aangenomen dan zal de Wzk worden ingetrokken.[[11]](#footnote-11) Daarnaast verplicht wetgeving tot transparantie en naleving van de code corporate governance, via rapportages over milieu, sociale en personeelsaangelegenheden, eerbiediging van mensenrechten en bestrijding van corruptie.[[12]](#footnote-12) Ten slotte zijn er ontwikkelingen richting wetgeving inhoudende een brede (sectoroverstijgende) gepaste zorgvuldigheidsverplichting, waarbij onderhavig voorstel aansluit.

Zo concludeerde de regering dat een brede wettelijke verplichting nodig is om gepaste zorgvuldigheid (due diligence) te betrachten aangezien het IMVO-beleid (gestoeld op zelfregulering en stimulering) onvoldoende effectief is geweest en meer verplichtende maatregelen nodig zijn.[[13]](#footnote-13) Daarin wordt zij gesteund door onder andere de SER die het beheer heeft over de convenanten en geadviseerd heeft over vervolgbeleid.[[14]](#footnote-14) De regering zet primair in op Europese wetgeving, waarvoor een concrete aanzet is gedaan door de Europese Commissie (in het kader van ‘Sustainable corporate governance’) en het Europees Parlement (via een aangenomen rapport met een voorstel voor verplichte due diligence wetgeving met een ruime reikwijdte).[[15]](#footnote-15)

Mocht er in de zomer van 2021 nog geen concreet zicht zijn op Europese wetgeving dan overweegt de regering op nationaal niveau stappen te zetten.[[16]](#footnote-16) Hiervoor worden reeds voorbereidingen getroffen door zogeheten bouwstenen te ontwikkelen voor nationale wetgeving en/of voor het onderhandelingsproces voor wetgeving op Europees niveau. Ook andere Europese landen treffen voorbereidingen voor nationale wetgeving of zijn daartoe overgegaan.[[17]](#footnote-17) De initiatiefnemers vinden de ontwikkelingen op Europees en nationaal niveau te traag en komen daarom met onderhavig voorstel.

2. Inhoud van het voorstel

De initiatiefnemers stellen voor om voor iedere onderneming die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat haar activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de mensenrechten, arbeidsrechten of het milieu buiten Nederland, een algemene zorgplicht in te voeren om die gevolgen te voorkomen, te beperken, ongedaan te maken, en/of te herstellen, eventueel door die activiteit te staken.[[18]](#footnote-18) De toelichting benoemt de mogelijkheid van een onrechtmatige daadsactie om deze zorgplicht af te dwingen.

Daarnaast moeten ondernemingen van een bepaalde grootte[[19]](#footnote-19) gepaste zorgvuldigheid (due diligence) betrachten in de productieketen.[[20]](#footnote-20) Voor het betrachten van gepaste zorgvuldigheid moeten zes stappen worden gezet, die ook in de OESO-richtlijnen staan.[[21]](#footnote-21) Deze stappen behelzen het afleggen van verantwoording over het beleid van de onderneming (rapportage) en het voeren van een actief IMVO-beleid. Daaronder valt ook het herstellen van nadelige gevolgen van de activiteiten van de onderneming en in het uiterste geval beëindiging van de activiteiten van de onderneming. De norm van gepaste zorgvuldigheid wordt daarmee in zijn algemeenheid van vrijwillige standaard verheven tot wettelijke norm.

Volgens het voorstel zal de plicht tot het betrachten van gepaste zorgvuldigheid zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk worden gehandhaafd. Bestuursrechtelijke handhaving vindt plaats door een bij amvb aan te wijzen toezichthouder die positief toezicht houdt, door het geven van voorlichting en een aanwijzing. Daarnaast houdt deze repressief toezicht, door het opleggen en openbaar maken van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete.[[22]](#footnote-22) Strafrechtelijke handhaving vindt plaats op basis van de Wet op de economische delicten als de bestuurlijke handhaving niet leidt tot beëindiging van activiteiten of tot herstel.[[23]](#footnote-23) Civielrechtelijk afdwingen van deze plicht is mogelijk door middel van een onrechtmatige daadsactie van een betrokkene die nadelige gevolgen constateert of ondervindt.[[24]](#footnote-24)

De wet is ook van toepassing op ondernemingen gevestigd op de openbare lichamen (BES).[[25]](#footnote-25) Ook buitenlandse ondernemingen van een bepaalde grootte – hier gelden de criteria voor Nederlandse ondernemingen die een gepaste zorgvuldigheidsverplichting hebben – die een activiteit in Nederland verrichten of op de Nederlandse markt een product afzetten vallen onder het bereik van de wet (zowel de algemene zorgplicht als de gepaste zorgvuldigheidsverplichting).[[26]](#footnote-26)

3. Gepaste zorgvuldigheidsverplichting

Door de wettelijke verankering van een gepaste zorgvuldigheidsverplichting wordt beoogd een ondergrens voor internationaal maatschappelijk verantwoord en duurzaam ondernemen in te stellen. Daarbij wordt er in het wetsvoorstel voor gekozen om de wettelijke bepalingen op dit punt direct te baseren op de formuleringen in de OESO-richtlijnen. De richtlijnen bevatten ruimte voor eigen invulling door ondernemingen. De tekst van het voorstel reflecteert deze benadering. Voorts wordt de reikwijdte van het voorstel slechts beperkt door de omvang van de onderneming. Dat betekent dat er geen beperking bestaat ten aanzien van bijvoorbeeld (hoogrisico)sectoren, specifieke producten of bepaalde misstanden. Vervolgens wordt daaraan een drievoudig handhavingsmechanisme gekoppeld: civielrechtelijk, bestuursrechtelijk en strafrechtelijk.

De Afdeling plaatst kritische opmerkingen bij de normstelling, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van deze voorgestelde gepaste zorgvuldigheidsverplichting.

a. *Normstelling*

De verplichting tot het betrachten van gepaste zorgvuldigheid valt uiteen in drie typen verplichtingen, die volgens de toelichting onder de noemer van een resultaats- of inspanningsverplichting kunnen worden gebracht[[27]](#footnote-27):

* rapportageverplichtingen (resultaatsverplichting),
* verplichtingen om internationaal maatschappelijk verantwoord en duurzaam ondernemen binnen de onderneming gestalte te geven en verder te ontwikkelen (inspanningsverplichting),
* verplichtingen om de nadelige gevolgen van bepaalde activiteiten van de ondernemingen op te heffen (herstelmaatregelen) en in het uiterste geval deze activiteiten te beëindigen (resultaatsverplichting).

Voor al deze verplichtingen geldt dat op voorhand niet duidelijk is wat precies de ondergrens is die een onderneming niet mag overschrijden. Dit is te verklaren vanuit het karakter van de OESO-richtlijnen die zijn overgenomen in het wetsvoorstel. Dergelijke richtlijnen lenen zich er echter niet voor om zonder meer in wettelijke verplichtingen te worden omgezet zonder nadere duiding van de normstelling. Daar komt bij dat bij bestuursrechtelijke handhaving van normen met een open karakter de invulling daarvan aan de toezichthouder wordt overgelaten. Dat gaat ten koste van het primaat van de wetgever.

Het probleem van een onduidelijke normstelling manifesteert zich bij elk van de drie typen verplichtingen. Voor de rapportageverplichtingen geldt dat niet duidelijk is wanneer en onder welke voorwaarden een beleidsdocument, plan van aanpak of rapportage van nadelige gevolgen voldoen aan de wettelijke norm.[[28]](#footnote-28) Voor de verplichtingen tot het nemen van maatregelen binnen de ondernemingen geldt hetzelfde. De onderneming moet bijvoorbeeld ‘risico’s identificeren en prioriteren’, een ‘plan van aanpak uitvoeren’ en ‘zorgen voor een adequate aanpak van de gevonden potentiële en daadwerkelijke nadelige gevolgen’.[[29]](#footnote-29)

Steeds rijst de vraag welke eisen nu precies aan de ondernemingen worden gesteld. Dat is inherent aan het karakter van deze verplichtingen, omdat zij oorspronkelijk als richtlijnen geformuleerd zijn. Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid dat deze eisen bij ministeriële regeling nader worden uitgewerkt, maar deze vorm van delegatie is uitsluitend aanvaardbaar als het gaat omvoorschriften van administratieve aard, uitwerking van de details van een regeling, voorschriften die dikwijls wijziging behoeven en voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld.[[30]](#footnote-30) De normstelling zelf moet op wetsniveau voldoende helder zijn, eventueel met een uitwerking via een amvb.

De Afdeling beoordeelt het voorstel en de toelichting als onvoldoende in dit opzicht. In dit kader acht de Afdeling delegatie via een amvb gezien de ruime opzet van de wettelijke norm eerder aangewezen, eventueel aangevuld met een mogelijkheid van technische uitwerking in een ministeriële regeling.”

Wat betreft de verplichting tot het nemen van herstelmaatregelen en het eventueel stopzetten van de eigen activiteiten lijkt de norm weliswaar helder, maar voor deze verplichtingen geldt dat onvoldoende duidelijk is wanneer precies deze verplichtingen gelden.[[31]](#footnote-31) De formulering ‘het veroorzaken van of bijdragen aan nadelige gevolgen voor mensenrechten, arbeidsrechten of het milieu’ als voorwaarde voor het beëindigen van de eigen activiteiten van de onderneming is dermate ruim dat op voorhand niet duidelijk is wanneer en onder welke omstandigheden beëindiging van activiteiten aan de orde zou moeten zijn.

b. *Uitvoerbaarheid*

Naast de open normstelling kent het voorstel een ruime reikwijdte aangezien het niet beperkt is tot bepaalde producten, sectoren of misstanden. De open normstelling en ruime reikwijdte van het voorstel hebben consequenties voor de uitvoerbaarheid van het voorstel voor ondernemingen. Weliswaar mag de onderneming zelf risico’s prioriteren en rangschikken, maar het is onduidelijk welke vrijheid de onderneming nu precies heeft. Daarom is het voorstel in strijd met het beginsel van rechtszekerheid.

Ook houdt het voorstel onvoldoende rekening met de beperkte slagkracht van ondernemingen in het buitenland bij het ontbreken van (voldoende) internationale consensus over concrete misstanden. Gewezen kan worden op lange, wijdvertakte en complexe productieketens, gebrek aan informatie en transparantie, tegenwerking van lokale actoren, en derhalve de moeilijke afwegingen die ondernemingen moeten maken wanneer zij internationaal handelen.[[32]](#footnote-32)

In dat verband komt in het voorstel onvoldoende tot uitdrukking in hoeverre de verplichtingen die aan ondernemingen worden opgelegd evenredig zijn in het licht van de reële mogelijkheden om daaraan adequaat uitvoering te geven. Daarbij is de onzekerheid over de omvang van de regeldruk die dit voorstel met zich brengt eveneens een relevante factor.[[33]](#footnote-33) Bovendien is onduidelijk wanneer van een onderneming vereist wordt om de activiteiten te beëindigen. Volgens de toelichting is beëindiging van activiteiten de allerlaatste optie en moet dit veeleer voorkomen worden.[[34]](#footnote-34) Dat komt echter niet in de tekst van het voorstel tot uiting.

c. *Handhaafbaarheid*

Het voorstel voorziet ten aanzien van de gepaste zorgvuldigheidsverplichting in drie verschillende handhavingsmechanismen: civielrechtelijk, bestuursrechtelijk en strafrechtelijk. De bestuursrechtelijke handhaving valt uiteen in het geven van aanwijzingen, de sanctionering van het nalaten van maatregelen om IMVO te bevorderen met een last onder dwangsom, en met een bestuurlijke boete voor het overtreden van rapportageverplichtingen en het nalaten van herstelmaatregelen en de beëindiging van eigen activiteiten. Ten aanzien van het schenden van de verplichting om herstelmaatregelen te nemen en/of de eigen activiteiten in voorkomende gevallen te beëindigen is ook voorzien in strafrechtelijke handhaving, als de onderneming tweemaal in bestuursrechtelijke zin is terechtgewezen.[[35]](#footnote-35)

De eerder genoemde open normstelling gecombineerd met de ruime reikwijdte van het voorstel zorgen voor problemen met de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving. Ook hier strijdt het voorstel met het beginsel van rechtszekerheid in algemene zin, omdat uit het voorgaande blijkt dat een heldere normstelling ontbreekt.

Uit de toelichting blijkt reeds dat het niet de bedoeling is dat de toezichthouder actief toeziet op naleving van alle normen bij alle ondernemingen die onder het bereik van het voorstel vallen. De toezichthouder moet prioriteiten stellen en zich focussen op de grotere ondernemingen en vooral op de grootste risico’s.[[36]](#footnote-36)

Veel ondernemingen zullen de toezichthouder vragen wat van hen verwacht wordt. Dat betekent een verschuiving van de verantwoordelijkheid van invulling van de normen van de onderneming naar de (publieke) toezichthouder. Dat levert een zware uitvoeringslast op voor de toezichthouder. Ook is het zaak oog te hebben voor het risico dat als gevolg van het externe toezicht de aandacht vooral wordt gericht op het voldoen aan de door de toezichthouder gestelde eisen, terwijl het eigenlijke doel, het adequaat vormgeven van maatschappelijk verantwoord en duurzaam ondernemen, buiten beeld raakt.[[37]](#footnote-37)

Daarbij komt het aspect van mogelijke handhavingsproblemen wanneer maatregelen moeten worden gecontroleerd die implicaties hebben voor buitenlandse vestigingen of relaties met derde partijen in het buitenland. Wanneer afdoende internationale consensus ten aanzien van normstelling in specifieke sectoren, producten of misstanden ontbreekt, dan wel de handhaving op lokaal niveau (nog) niet naar behoren functioneert, is de rol van de nationale toezichthouder over de grens in ieder geval beperkt. De toelichting gaat op deze problematiek niet in.

d. *Stafrechtelijke handhaving: lex certa*

Ten aanzien van de mogelijkheid van strafrechtelijke handhaving geldt daarnaast dat de voorgestelde strafbaarstelling moet voldoen aan het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel.[[38]](#footnote-38) Daaruit vloeit voort dat een strafbepaling zo duidelijk mogelijk moet zijn (*lex* *certa*-beginsel of ‘bepaaldheidsgebod’). Het moet voorzienbaar zijn welke gedragingen leiden tot het opleggen van een straf en welke niet. Een zekere vaagheid betekent echter niet altijd dat sprake is van strijd met het lex certa-beginsel. Ook kan de toelichting op een bepaling en eerdere rechtspraak worden betrokken bij het uitleggen van een bepaling. Van professionele partijen, zoals grote ondernemingen, mag worden verwacht dat zij zich goed laten voorlichten. Voor een onderneming moet echter wel voldoende duidelijk zijn welk gedrag verboden is, zodat zij zich daarnaar kan gedragen.[[39]](#footnote-39)

De voorgestelde strafbepaling veronderstelt dat de toezichthouder eerst tweemaal bestuursrechtelijk heeft ingegrepen bij overtreding van de betreffende bepaling(en). Onduidelijk is evenwel of de bestuursrechtelijke handhaving betrekking moet hebben gehad op dezelfde gedraging. De tekst van de voorgestelde bepaling die de onderneming verplicht eigen activiteiten te beëindigen is zo ruim geformuleerd dat zeer verschillende feitencomplexen als ‘nadelig gevolg’ kunnen worden gekwalificeerd.[[40]](#footnote-40) Deze bepaling is ook op zichzelf niet voldoende duidelijk om strafrechtelijk te handhaven, aangezien het begrip ‘nadelige gevolgen’ onvoldoende is geconcretiseerd. Dat werkt door in de - eveneens strafrechtelijk te handhaven - bepaling dat een onderneming in overtreding is van de gepaste zorgvuldigheidsverplichting als haar activiteit of haar bijdrage aan een nadelig gevolg niet is beëindigd of de betrokkene geen herstel heeft gekregen.[[41]](#footnote-41)

De Afdeling merkt op dat uit het voorstel niet kan worden afgeleid hoe het voor een betrokken onderneming vooraf duidelijk is wanneer zij aan de genoemde verplichtingen voldoet. De toelichting verwijst voor een uitwerking van de genoemde normen naar internationale verdragen, de UN Guiding Principles, OESO-richtlijnen en ILO-conventies en de daarop gebaseerde jurisprudentie. Deze bepalingen zijn echter veelal te onbepaald om voldoende te verduidelijken wat een onderneming precies moet doen om gepast zorgvuldig te handelen. Het voorstel stipuleert niet aan welke (voldoende specifieke) bepalingen in deze internationale instrumenten een bedrijf dient te voldoen. Strafrechtelijk ingrijpen komt derhalve in strijd met het voorzienbaarheidscriterium.[[42]](#footnote-42) Daarenboven betreft een van de op te leggen sancties een celstraf. Aangezien de normadressaat de onderneming is, is niet op voorhand duidelijk, aan wie een eventuele celstraf moet worden opgelegd. Op de genoemde punten schiet het wetsvoorstel tekort en staat het op gespannen voet met het lex certa-beginsel.[[43]](#footnote-43)

e. *Conclusie*

De Afdeling heeft oog voor de maatschappelijke en politieke, Europese en internationale ontwikkelingen in de richting van meer verplichtende maatregelen op het terrein van internationaal maatschappelijk verantwoord en duurzaam ondernemen. De Afdeling beoordeelt de onderhavige vorm van het voorstel met zijn combinatie van open normstelling, ruime reikwijdte en uitgebreid bestuursrechtelijk en strafrechtelijk handhavingsmechanisme echter als onverantwoord. Het voorstel is strijdig met de beginselen van rechtszekerheid en evenredigheid. Mede daardoor bevat het voorstel ernstige tekortkomingen op het gebied van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.[[44]](#footnote-44) Bovendien staat de voorgestelde strafrechtelijke handhaving op gespannen voet met het lex certa-beginsel.

De Afdeling concludeert dat het voorstel in deze vorm niet zou moeten worden doorgezet, tenzij op al de hiervoor genoemde punten grondige aanpassingen zijn aangebracht.

f. *Gerichte benaderingswijze*

Onverminderd het voorgaande geeft de Afdeling in overweging om voor de invulling van een gepaste zorgvuldigheidsverplichting in het licht van toekomstige Europese en nationale ontwikkelingen het volgende in acht te nemen.

Voor specifieke producten, sectoren of misstanden waarvoor een duidelijke normstelling geldt op basis van (zoveel mogelijk) internationale of ten minste Europese consensus dat (naast civielrechtelijke handhaving) ook onder omstandigheden bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving mogelijk is, in de vorm van import- en exportverboden of gespecificeerde gepaste zorgvuldigheidsverplichtingen. Dit vergroot de kans op effectieve handhaving met medewerking van lokale autoriteiten. Hiermee wordt ook bereikt dat de handhaving zich richt op de grootste risico’s, zoals de toelichting beoogt.[[45]](#footnote-45)

Bij deze gerichte benadering kan ook gebruik worden gemaakt van de thans bestaande praktijk van convenanten. Dit sluit aan bij de toelichting waarin wordt benadrukt dat het wetsvoorstel en de convenantenaanpak elkaar kunnen versterken en aanvullen.[[46]](#footnote-46) In de tekst van het onderhavige wetsvoorstel is dat echter niet tot uitdrukking gebracht. Een voorbeeld van een dergelijke aanpak is de conflictmineralenverordening die het mogelijk maakt om regelingen voor gepaste zorgvuldigheid te laten erkennen en daarmee aan de wettelijke verplichting te voldoen.[[47]](#footnote-47)

Daarnaast is volgens de toelichting bij het wetsvoorstel het beëindigen van activiteiten door ondernemingen de allerlaatste optie en moet dit veeleer voorkomen worden.[[48]](#footnote-48) De Afdeling adviseert om deze benaderingswijze, die past bij het evenredigheidsbeginsel, in wetgeving tot uitdrukking te brengen.

Ten aanzien van producten, sectoren of misstanden waarvoor een afdoende internationale of ten minste Europese consensus en een duidelijke normstelling nog ontbreken, zou wetgeving beperkt kunnen worden tot rapportageverplichtingen, aansluitend bij het jaarrekeningrecht. In dit kader valt ook te overwegen om de code corporate governance aan te scherpen. Deze rapportageverplichtingen, die nader gespecificeerd moeten worden in een amvb en zo nodig een ministeriële regeling, kunnen zowel civielrechtelijk als bestuursrechtelijk worden gehandhaafd.

4. Overige opmerkingen

Onverminderd het voorgaande maakt de Afdeling thans nog opmerkingen over enkele andere aspecten van het wetsvoorstel.

a. *Algemene zorgplicht*

De Afdeling constateert dat de voorgestelde algemene zorgplicht in feite een toespitsing vormt van de reeds bestaande norm om niet in strijd te handelen met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, zoals omschreven in de wetsbepaling over de onrechtmatige daad.[[49]](#footnote-49)

Het gaat hier om een open norm, die civielrechtelijk kan worden gehandhaafd, zowel door individuele benadeelden als door belangenbehartigers. Op basis van deze zorgplicht is een onrechtmatige daadsactie mogelijk. Daarnaast behoren bijvoorbeeld het vorderen van een verklaring voor recht of een bevelsactie tot nakoming, al dan niet via een collectieve actie, tot de mogelijkheden.[[50]](#footnote-50)

Een dergelijke open norm is niet ongebruikelijk in het civiele recht. Maar naarmate er meer wordt verlangd van ondernemingen, dient deze norm voldoende duidelijk te worden ingevuld om eraan te kunnen voldoen en om in rechte te kunnen worden gehandhaafd. De toelichting werkt dit nog onvoldoende uit.

De Afdeling adviseert om in de toelichting op het voorgaande in te gaan.

b. *Buitenlandse ondernemingen*

De Afdeling stelt vragen bij de toepasselijkheid van de wet op buitenlandse ondernemingen.[[51]](#footnote-51) De toelichting geeft aan dat deze uitbreiding in een laat stadium van het proces is toegevoegd[[52]](#footnote-52) en geeft voorts weinig houvast op welke ondernemingen precies wordt gedoeld. In het bijzonder is onduidelijk wat de exacte inhoud is van de begrippen ‘activiteit’ en ‘product’.[[53]](#footnote-53) Is bijvoorbeeld een buitenlandse pakketleverancier een bedrijf dat een product levert of ‘slechts’ een tussenpersoon? Daarnaast geldt ten aanzien van buitenlandse ondernemingen in versterkte mate de vraag op welke wijze effectief gehandhaafd kan worden.

De Afdeling adviseert in dit verband om dragend te motiveren hoe buitenlandse ondernemingen moeten worden gedefinieerd en afgebakend en op welke wijze een effectieve handhaving ten aanzien van deze ondernemingen plaats kan vinden. Indien dit niet mogelijk is adviseert de Afdeling om het voorstel aan te passen door de buitenlandse ondernemingen uit te zonderen van dit voorstel en te wachten op Europese wetgeving alvorens voor deze categorie een wettelijke zorgplicht en brede gepaste zorgvuldigheidsverplichting te introduceren.

c. *Positie van betrokkenen*

Daarnaast vraagt de Afdeling aandacht voor de positie van betrokkenen die direct nadelen ondervinden van bepaald gedrag van ondernemingen, in het kader van civielrechtelijke acties. Het gaat dan – gezien de omschrijving van het begrip ‘betrokkene’ – inherent om mensen in een (ver) buitenland, vaak kwetsbare mensen. Het gaat bijvoorbeeld om kinderen of mensen die te lijden hebben onder dwangarbeid of uitbuiting.

Hoewel het voorstel erin voorziet dat maatschappelijke organisaties ook een rol spelen als het gaat om het signaleren van misstanden en het aanspreken van ondernemingen, geeft de wet de directe betrokkenen slechts materiële normen zonder concrete handvatten voor juridische procedures in Nederland. Hoe deze betrokkenen worden gefaciliteerd, bijvoorbeeld als het gaat om rechtsbijstand, inzagerecht, bewijsrecht en loketfunctie, wordt niet duidelijk in de toelichting omschreven.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

d. *Toezichthouder*

Met betrekking tot de bestuursrechtelijke handhaving is in het voorstel nog niet concreet een toezichthouder genoemd. De toelichting noemt verschillende mogelijke toezichthouders.[[54]](#footnote-54) Volgens het voorstel moet via een amvb de toezichthouder worden aangewezen.[[55]](#footnote-55) Het is van belang om reeds in de wet te benoemen welke toezichthouder wordt aangewezen.

De ruime reikwijdte van de wet brengt naar verwachting een forse last mee voor de toezichthouder(s). Gezien de eerder voorgestelde aansluiting bij een sectorale aanpak benadrukt de Afdeling het belang van sectorale expertise, naast bredere kennis ten aanzien van IMVO en grensoverschrijdende aspecten bij de handhaving.

Verder merkt de Afdeling op dat de toezichthouder verantwoordelijk wordt voor toezicht op (vooralsnog) ruim geformuleerde wettelijke normen die gelden voor een groot aantal ondernemingen. De toelichting gaat uit van een bescheiden aantal fte personeel dat hiervoor verantwoordelijk zou moeten worden. Het is de vraag of dit reëel is gezien de omvang van de taken. Dat heeft ook consequenties voor de financiële gevolgen van het voorstel.

De Afdeling adviseert om in de wet vast te stellen welke toezichthouder wordt belast met het toezicht op deze wet. Daarnaast adviseert de Afdeling om in de toelichting nader in te gaan op de precieze invulling van de te verwachten taakstelling voor de toezichthouder en de personele en financiële gevolgen daarvan.[[56]](#footnote-56)

e. *Hardheidsclausule*

In het wetsvoorstel is een hardheidsclausule opgenomen met als doel om de toezichthouder ruimte te geven om maatwerk te leveren en een discretionaire bevoegdheid om geen boetes op te leggen, wanneer dit tot een onzorgvuldige en disproportionele behandeling van een onderneming zou leiden.[[57]](#footnote-57) De toelichting meldt dat van deze clausule terughoudend gebruik gemaakt dient te worden. Het is niet een standaardinstrument om in te zetten ten behoeve van een evenredige toepassing van de wet, maar alleen in uiterste noodzaak.[[58]](#footnote-58)

De Afdeling concludeert dat een hardheidsclausule in onderhavig voorstel overbodig is. Daartoe memoreert zij allereerst dat het voorstel open normen bevat en de toezichthouder ruimte heeft bij de toepassing van deze normen. Daarnaast gaat het voorstel uit van de mogelijkheid, dus niet de plicht, voor de toezichthouder om een last onder dwangsom of bestuurlijke boete op te leggen. De toezichthouder heeft derhalve al een discretionaire bevoegdheid bij de oplegging van sancties.

Daarnaast is het evenredigheidsbeginsel van toepassing op de bestuursrechtelijke sanctionering.[[59]](#footnote-59) Wel kan het evenredigheidsbeginsel meer tot uiting komen in de tekst van het voorstel. Zoals in de toelichting staat moet ‘de manier waarop een onderneming invulling geeft aan de verplichting onder deze wet (…) in evenredige verhouding staan tot, onder meer, de potentiële en daadwerkelijke nadelige gevolgen, de marktpositie en de omvang van de onderneming.’[[60]](#footnote-60) Deze evenredige toepassing van de verplichtingen komt echter niet in de tekst van het voorstel tot uitdrukking. Daarnaast is het van belang dat het evenredigheidsbeginsel tot uiting komt in (op deze wetgeving gebaseerde) amvb’s, ministeriële regelingen of beleidsregels via een bevoegdheid tot matiging van op te leggen boetes.

De Afdeling adviseert de hardheidsclausule te schrappen en het evenredigheidsbeginsel tot uitdrukking te laten komen in de tekst van het voorstel. Daarnaast behoeft de toelichting een aanvulling met betrekking tot de bevoegdheid tot matiging van boetes in (op deze wetgeving gebaseerde) amvb’s, ministeriële regelingen of beleidsregels.

f. *BES-eilanden*

Het wetsvoorstel is expliciet van toepassing verklaard op ondernemingen gevestigd op de openbare lichamen Bonaire, Saba en Sint-Eustatius.[[61]](#footnote-61) De Afdeling constateert dat de toelichting geen inzicht geeft in de vraag of op de eilanden mogelijk sprake kan zijn van bijzondere omstandigheden, die onverkorte toepassing van de verplichtingen uit het voorstel op ondernemingen die op de openbare lichamen zijn gevestigd, wellicht bemoeilijkt.[[62]](#footnote-62) Te denken valt aan gebrek aan toezicht- en handhavingscapaciteit. Bovendien valt uit de toelichting niet op te maken of de openbare lichamen zijn geconsulteerd en zo ja, wat daarvan het resultaat is geweest.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

g. *Evaluatiebepaling*

In het voorstel ontbreekt een evaluatiebepaling. De Afdeling acht het van belang om ten aanzien van deze vernieuwende wetgeving zowel de mate van verwerkelijking van de doelstellingen en de neveneffecten te onderzoeken als de rechtszekerheid, evenredigheid, uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid en samenhang met andere wetgeving en beleid (op internationaal, Europees en nationaal niveau).[[63]](#footnote-63) Daarbij verwijst de Afdeling ook naar de evaluatiebepaling die is opgenomen in artikel 10 van de Wet zorgplicht kinderarbeid.[[64]](#footnote-64)

De Afdeling adviseert om het voorstel na vijf jaar te evalueren op voorgenoemde aspecten en hiertoe een evaluatiebepaling op te nemen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het initiatiefvoorstel en adviseert het voorstel niet in behandeling te nemen, tenzij het is aangepast.   
  
  
De vice-president van de Raad van State,

1. De OESO-richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen maken duidelijk wat de Nederlandse overheid (en 48 andere landen) van bedrijven verwacht bij het internationaal zakendoen op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO). Ze bieden handvatten voor bedrijven hoe met kwesties om te gaan zoals ketenverantwoordelijkheid, mensenrechten, kinderarbeid of milieu. Zie [www.oesorichtlijnen.nl](http://www.oesorichtlijnen.nl). [↑](#footnote-ref-1)
2. Nationaal Actieplan Bedrijfsleven en Mensenrechten, Ministerie van Buitenlandse Zaken, april 2014. [↑](#footnote-ref-2)
3. Zie <https://www.imvoconvenanten.nl/nl>. [↑](#footnote-ref-3)
4. Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 13 van het vrijhandelsverdrag van de EU met Vietnam. Zie Besluit (EU) 2020/753 van de Raad van 30 maart 2020 betreffende de sluiting van de vrijhandelsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Socialistische Republiek Vietnam, PbEU 2020, L 186/1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Verordening (EU) nr. 978/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 houdende toepassing van een schema van algemene tariefpreferenties en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 732/2008 van de Raad, PbEU 2012, L 303/1, zoals herhaaldelijk gewijzigd en laatstelijk bij gedelegeerde Verordening (EU) 2020/128 (Pb. L.27). [↑](#footnote-ref-5)
6. Verordening (EU) 2017/821 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot vaststelling van verplichtingen inzake passende zorgvuldigheid in de toeleveringsketen voor Unie-importeurs van tin, tantaal en wolfraam, de overeenkomstige ertsen, en goud uit conflict- en hoogrisicogebieden, PbEU 2017, L 130/1. . [↑](#footnote-ref-6)
7. Verordening (EU) nr. 995/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 20 oktober 2010 tot vaststelling van de verplichtingen van marktdeelnemers die hout en houtproducten op de markt brengen, PbEU 2010, L 295/23. [↑](#footnote-ref-7)
8. Verordening (EU) nr. 995/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 20 oktober 2010 tot vaststelling van de verplichtingen van marktdeelnemers die hout en houtproducten op de markt brengen, PbEU 2010, L 295/23. [↑](#footnote-ref-8)
9. Verordening (EU) 2017/821 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot vaststelling van verplichtingen inzake passende zorgvuldigheid in de toeleveringsketen voor Unie-importeurs van tin, tantaal en wolfraam, de overeenkomstige ertsen, en goud uit conflict- en hoogrisicogebieden, PbEU 2017, L 130/1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Stb. 2019, 401. [↑](#footnote-ref-10)
11. Voorgesteld artikel 4.1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad, PbEU 2013, L 182/19; Richtlijn 2014/95/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2014 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen, PbEU 2014, L 330/1; artikel 2:391 lid 7 BW; Besluit van 14 maart 2017, Stb. 2017, 100; Besluit van 29 augustus 2017, Stb. 2017, 332; De Nederlandse Corporate Governance Code, december 2016. [↑](#footnote-ref-12)
13. Nota 'Van voorlichten tot verplichten: een nieuwe impuls voor internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemerschap’ (bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 26485, nr.337), oktober 2020. [↑](#footnote-ref-13)
14. Samen naar duurzame ketenimpact, SER, september 2020. [↑](#footnote-ref-14)
15. <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance>; EP Resolutie over verplichte due diligence wetgeving 2020/2129(INL) (10 maart 2021) [↑](#footnote-ref-15)
16. Kamerstukken II 2020/21, 26485, nr. 364. [↑](#footnote-ref-16)
17. Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.5: Onder andere Frankrijk, Duitsland en Engeland hebben wetgeving op het terrein van IMVO aangenomen. De Franse en Duitse wetgeving bevat een gepaste zorgvuldigheidsverplichting. Deze wetten kennen hogere drempels wat betreft de omvang van ondernemingen die onder de reikwijdte van het voorstel vallen, dan het onderhavige voorstel. [↑](#footnote-ref-17)
18. Voorgesteld artikel 1.2. [↑](#footnote-ref-18)
19. Namelijk ondernemingen die voldoen aan twee van de volgende drie criteria; balanstotaal van 20 miljoen euro, netto-omzet van 40 miljoen euro en een gemiddeld personeelsbestand van 250 medewerkers. [↑](#footnote-ref-19)
20. Voorgesteld artikel 2.1. [↑](#footnote-ref-20)
21. MVO integreren in het beleid en de managementsystemen van de onderneming (stap 1); identificeren van daadwerkelijke of potentiële nadelige gevolgen voor MVO-thema’s (stap 2); deze nadelige gevolgen beëindigen, voorkomen of beperken (stap 3); monitoren van de praktische toepassing en resultaten (stap 4); communiceren over de manier waarop de gevolgen worden aangepakt (stap 5); waar van toepassing herstel mogelijk maken of hieraan meewerken (stap 6). Voorgesteld artikel 2.2 – 2.8. [↑](#footnote-ref-21)
22. Voorgesteld artikel 3.1 – 3.5. [↑](#footnote-ref-22)
23. Voorgesteld artikel 3.6. [↑](#footnote-ref-23)
24. Artikel 6:162 BW. [↑](#footnote-ref-24)
25. Voorgesteld artikel 1.3, sub b. [↑](#footnote-ref-25)
26. Voorgesteld artikel 1.3, sub b. Volgens de toelichting strekt het toepassingsbereik zich daarmee ook uit tot grote(re) ondernemingen in de landen van het Koninkrijk. Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting, artikel 1.3, sub b. [↑](#footnote-ref-26)
27. Memorie van toelichting, paragraaf 4.2 ‘Nederlands recht’ en 7.2.2.4 ‘VNO-NCW’. [↑](#footnote-ref-27)
28. Voorgestelde artikelen 2.2, leden 1 en 2, 2.3, lid 2 en 2.6. [↑](#footnote-ref-28)
29. Voorgesteld artikel 2.3. [↑](#footnote-ref-29)
30. Zie ook aanwijzing 2.24 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. [↑](#footnote-ref-30)
31. Voorgestelde artikelen 2.4 en 2.8. [↑](#footnote-ref-31)
32. Zie ook het advies van de Afdeling over de Wet zorgplicht kinderarbeid: Kamerstukken II 2016/17, 34506, nr. 4. [↑](#footnote-ref-32)
33. Zie het advies van de ATR over onderhavig voorstel van 4 maart 2021. [↑](#footnote-ref-33)
34. Memorie van toelichting, paragraaf 2.1 ‘Aanleiding en doelstelling’ en paragraaf 3.2.2 ‘Hoofdstuk 2 van het wetsvoorstel’. [↑](#footnote-ref-34)
35. Voorgestelde artikelen 3.2, 3.3 en 3.6. [↑](#footnote-ref-35)
36. Memorie van toelichting, paragraaf 6.3 ‘Toedeling taken en bevoegdheden’. [↑](#footnote-ref-36)
37. Zie ook recente adviezen van de Afdeling, Kamerstukken II 2020/21, 35673, nr. 4; Kamerstukken II 2020/21, 35356, nr. 4. [↑](#footnote-ref-37)
38. Artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht, artikel 16 Grondwet, artikel 7 van het EVRM. [↑](#footnote-ref-38)
39. Zie onder meer HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:7954 NJ 2001/14 (Krulsla); HR 28 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1490; HR 20 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2153; EHRM 15 november 1996, Cantoni t. Frankrijk, 17862/91; EHRM 17 mei 2010, Kononov t. Letland, 36376/04 en J. De Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2018, paragraaf II.3.3. Zie ook Kamerstukken II 2020/21, 35715, nr. 4; Kamerstukken II 2016/17, 34506, nr. 4. [↑](#footnote-ref-39)
40. Voorgesteld artikel 2.4. [↑](#footnote-ref-40)
41. Voorgesteld artikel 2.8, vierde lid. [↑](#footnote-ref-41)
42. Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting, artikel 3.6. [↑](#footnote-ref-42)
43. Zie ook Kamerstukken II 2016/17, 34506, nr. 4. Vgl. het negatieve oordeel van de Franse Grondwettelijke Raad (Besluit nr. 2017-750, 23 maart 2017) over de boetemogelijkheid in de Franse gepaste zorgvuldigheidswetgeving (Wet nr. 2017-399, 27 maart 2017) vanwege de onbepaaldheid van de verplichtingen. [↑](#footnote-ref-43)
44. De opmerkingen onder b (handhaafbaarheid), c (uitvoerbaarheid) en f (gerichte benaderingswijze) raken ook de rechtvaardiging voor de belemmeringen van het vrij verkeer die dit wetsvoorstel met zich brengt. De voorgestelde maatregelen dienen immers geschikt en noodzakelijk te zijn. [↑](#footnote-ref-44)
45. Memorie van toelichting, paragraaf 6.3 ‘Toedeling taken en bevoegdheden’. [↑](#footnote-ref-45)
46. Memorie van toelichting, paragraaf 3.1 ‘Probleemaanpak’. [↑](#footnote-ref-46)
47. Artikel 8 van de Verordening (EU) Nr. 2017/821 van 17 mei 2017. [↑](#footnote-ref-47)
48. Memorie van toelichting, paragraaf 2.1 ‘Aanleiding en doelstelling’ en paragraaf 3.2.2 ‘Hoofdstuk 2 van het wetsvoorstel’. [↑](#footnote-ref-48)
49. Artikel 6:162 BW. [↑](#footnote-ref-49)
50. Zie Rechtbank Den Haag, 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (Vereniging Milieudefensie c.s./RDS). [↑](#footnote-ref-50)
51. Voorgesteld artikel 1.3, onderdeel b. [↑](#footnote-ref-51)
52. In overeenstemming met de consultatiereactie van VNO-NCW (23 februari 2021) die pleit voor een gelijk speelveld. [↑](#footnote-ref-52)
53. Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting, artikel 1.3. [↑](#footnote-ref-53)
54. Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting, artikel 3.1. [↑](#footnote-ref-54)
55. Voorgesteld artikel 3.1 lid 1. [↑](#footnote-ref-55)
56. Aanwijzing voor de regelgeving 4.45. [↑](#footnote-ref-56)
57. Voorgesteld artikel 3.4; memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting, artikel 3.4. [↑](#footnote-ref-57)
58. Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting, artikel 3.4 [↑](#footnote-ref-58)
59. Artikelen 3:4 en 5:46 Awb. [↑](#footnote-ref-59)
60. Memorie van toelichting, paragraaf 3.2 ‘Inhoud en structuur van de wet’. [↑](#footnote-ref-60)
61. Memorie van toelichting artikelsgewijze toelichting, artikelen 1.2 en 1.3. [↑](#footnote-ref-61)
62. Artikel 132a lid 4 Grondwet. [↑](#footnote-ref-62)
63. Aanwijzing voor de regelgeving 5.58. [↑](#footnote-ref-63)
64. Stb. 2019, 401. [↑](#footnote-ref-64)