

**Koninklijke Vereniging 'Handelsrecht'**  
**Preadviezen 2023**



# Koninklijke Vereeniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2023

## Open normen, toezicht en duurzaamheid

Perspectieven op komende duurzaamheidswetgeving  
vanuit het bestuursrecht, het mededingingsrecht en  
het financieel toezichtrecht

*Prof. mr. T. Barkhuysen*

*Prof. mr. E.P.M. Joosen*

*Prof. mr. H.J. de Kluiver (red.)*

*Mr. drs. W. Knibbeler*

*Mr. dr. V.M.Y. van 't Lam*

*Prof. mr. C.W.M. Lieverse*



ISBN 978-94-6251-336-5  
NUR 827

© 2023 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

# Inhoudsopgave

## Voorwoord / 9

### Open normen, toezicht en duurzaamheid in de CSDDD

– Prof. mr. H.J. de Kluiver / 11

- 1 Inleiding / 11
- 2 Onderneming en duurzaamheid: de stand van zaken rond de CSDDD / 11
- 3 Reikwijdte van de CSDDD en overlap en verstrengeling met reeds bestaande normen / 13
- 4 Uitdijend toezicht op de naleving van door de overheid gestelde (open) normen en complexe en verstrengelde regelgeving / 15
- 5 Toezicht op duurzaamheidsnormen in CSDDD en nationale wetgeving door een nationale autoriteit / 17
- 6 Kern van de CSDDD: brede zorgplichten voor ondernemingen / 19
- 6.1 Identificeren van bestaande en potentiële negatieve effecten op mensenrechten en milieu / 20
- 6.2 Preventieve maatregelen inclusief ‘preventief actieplan’ / 20
- 6.3 Inbreuken op mensenrechten of milieuschendingen moeten worden ‘beëindigd’, althans ‘gemitigeerd’, waarbij ‘prioritering’ mogelijk is in een ‘corrigerend actieplan’ / 21
- 7 Invulling van open normen en de ruimte van de toezichthouder en de rechter bij het toetsen daarvan / 22
- 8 De rol van voorlichting over, en ‘guidance’ met betrekking tot, nakoming van open normen in de CSDDD / 25
- 9 De juridische betekenis van de invulling van open normen door nadere richtsnoeren, handvatten, beleidsregels en wat dies meer zij / 25
- 10 Handhaving van de CSDDD en beschikbare sancties / 28
- 10.1 Bevoegdheden van de toezichthouder volgens de CSDDD / 28
- 10.2 Aspecten die toezichthouders moeten meewegen bij het opleggen van boetes / 29
- 11 Open normen en mogelijke sancties nader bezien / 30
- 12 Grenzen aan de samenwerking van ondernemingen bij het nemen van passende maatregelen zoals bedoeld in de CSDDD / 31
- 13 Open normen en samenwerking tussen ondernemingen getoetst aan het mededingingsrecht / 32
- 14 De rol van belanghebbenden en derden in het kader van handhaving van de CSDDD / 33
- 15 Handhaving en handhavingsbeleid en de rol van derden / 34
- 16 Afronding. Toetsing van open normen en mogelijke toezichtstrategieën van toezichthouders / 34

**Handhaving van open, op duurzaamheid gerichte CSDDD-normen:  
lessen uit het bestuursrecht** – Prof. mr. T. Barkhuysen en  
mr. dr. V.M.Y. van 't Lam / 37

- 1 Inleiding / 37
- 1.1 Publiekrechtelijke handhaving in de CSDDD-Richtlijn / 37
- 1.2 Aanleiding, vraagstelling en opzet van deze bijdrage: open normen als uitdaging voor publiekrechtelijke handhaving / 38
- 2 Open normen: wat, waarom en hoe te waarderen? / 39
- 2.1 Introductie: wat zijn open normen? / 39
- 2.2 Waarom worden open normen gebruikt? / 40
- 2.3 Voor- en nadelen gebruik open normen / 42
- 3 Rechterlijke toetsing en toezicht en handhaving door autoriteiten: mogelijkheden en grenzen / 43
- 3.1 Rechterlijke toetsing naleving / 43
- 3.2 Toezicht en handhaving door autoriteiten / 44
- 4 Handhaving van open normen in de bestuursrechtpraktijk (in het licht van de rechterlijke toetsing) / 48
- 4.1 Introductie / 48
- 4.2 Beleidsregels die een open norm invullen / 49
- 4.3 Zorgplichten: rechtspraak die beperkingen stelt aan de handhaving van een zorgplicht, invulling door brancheverenigingen en de concretisering via een waarschuwing / 51
- 4.4 Een toezichthouder die via een eis een open norm concretiseert / 53
- 4.5 Een nadere duiding in regelgeving en technische documenten waarnaar uiteindelijk wordt verwezen door bevoegde autoriteiten / 54
- 4.6 Gestandaardiseerde private nadere normstelling / 56
- 4.7 Implementatie in Nederlandse wet- en regelgeving van vage EU-Richtlijn(bepalingen) / 57
- 4.8 Andere mogelijkheden van omgang met open normen / 57
- 4.9 Het woordenboek als laatste redmiddel? / 58
- 5 Afrondende lessen voor adequate handhaving van open (CSDDD-)normen: op zoek naar een rechtvaardige balans tussen flexibiliteit en rechtszekerheid / 59

**Toezicht door de ACM op verantwoord en duurzaam  
internationaal ondernemen** – Mr. drs. W. Knibbeler / 61

- 1 Inleiding / 61
- 2 Mededinging en duurzaamheid / 63
- 2.1 Afspraken tussen ondernemingen over duurzaamheid / 63
- 2.2 Het beoordelingskader voor duurzaamheidsafspraken / 64
- 2.3 De discussie over mededingingsrecht en duurzaamheid in Nederland / 66
- 2.4 De rol van de Commissie bij de beoordeling van duurzaamheidsafspraken in het licht van het mededingingsrecht / 67
- 2.5 Betekenis voor de implementatie van verplichtingen op grond van de CSDDD / 72
- 2.6 Informele zienswijzen over duurzaamheidsafspraken / 74
- 2.7 De praktijk van de ACM / 75

3	Mededingingsrechtelijke beoordeling van samenwerking in het licht van de CSDDD / 76
3.1	Relevante verplichtingen op grond van de CSDDD in het licht van het mededingingsrecht / 76
3.2	Belangrijkste mededingingsrechtelijke aandachtspunten bij naleving CSDDD / 77
4	Toezicht op de CSDDD / 82
4.1	De toezichthouder / 82
4.2	Toezichtstijl en handhavingsprioriteiten ACM / 84
4.3	Klachten / 87
4.4	Zorgplichten in de CSDDD / 90
5	Toezicht op duurzaamheidsclaims door de ACM / 92
6	De rol van een onafhankelijke toezichthouder bij de handhaving op normen in het licht van de CSDDD / 95
7	Aandachtspunten bij de implementatie van de CSDDD in Nederland / 98

**Open normen en toezicht** – Prof. mr. E.P.M. Joosen en prof. mr. C.W.M. Lieverse / 103

1	Inleiding / 103
2	De betekenis van de CSDDD voor de financiële sector / 105
2.1	Actieplan: duurzame groei financieren van 2018 / 105
2.2	De toepassing van de CSDDD op de financiële sector / 110
2.2.1	Inleiding / 110
2.2.2	Het Voorstel (van de Commissie) / 110
2.2.3	De positie van de Raad (de Council Positie) / 111
2.2.4	De positie van het Europees Parlement / 113
2.3	De groepstoepassing onder de CSDDD / 113
3	Open normen in de Wet op het financieel toezicht gespiegeld aan duurzaamheidsdoelstellingen / 114
3.1	Open normen in het financiële toezicht: de achtergrond / 114
3.2	Open normen in het kader van duurzaamheid in het financiële recht / 120
3.3	Beheerste bedrijfsvoering / 121
3.3.1	Beheerste bedrijfsvoering in het kader van klimaatrisico's / 121
3.3.2	Rapportage over klimaatdoelstellingen in de financiële sector / 126
3.3.3	Spiegeling huidige open norm met die van de CSDDD / 128
3.4	Zorgvuldige behandeling van cliënten (zorgplicht) / 134
3.4.1	Huidige inzet zorgvuldige klantbehandeling voor duurzaamheidsdoelstellingen / 134
3.4.2	Spiegeling huidige open norm met die van de CSDDD / 140
4	Activistische toezichthouders en de invulling van hun bevoegdheden / 142
4.1	Inleiding / 142
4.2	Open normen als grondslag voor duurzaamheidsbeleid van DNB / 142
4.3	Een activistische ECB / 144
4.4	De wijze waarop de AFM omgaat met open normen in het kader van duurzaamheid / 148

- 4.5 Rechterlijke toetsing van naleving open normen in de financiële sector, het lex certa-beginsel / 150
- 5 Inspiratie uit de financiële sector voor toezicht en handhaving onder de CSDDD / 153
- 5.1 De Nederlandse toezichthouder(s) onder de CSDDD: wie? / 153
- 5.2 Aanbevelingen voor de invulling van de open normen onder de CSDDD / 154



# Voorwoord

Duurzaamheid ontwikkelt zich steeds meer van een ideaal tot een juridische notie die ook haar weg vindt in wet- en regelgeving. Tegelijkertijd geldt dat de uitwerking van die notie vaak nog zeer beperkt en algemeen is en niet veel verder komt dan een ‘open norm’. Dat geldt ook voor het meest vergaande voorstel tot nu toe zoals vervat in de voorgenomen EU-Richtlijn inzake Corporate Sustainability Due Diligence (‘CSDDD’).

Tussen de ‘open normen’ in de CSDDD en de invulling en handhaving daarvan, staan praktische problemen en juridische noties in de weg. ‘Open normen’, zeker op nieuwe en relatief onontgonnen terreinen roepen daarmee lastige vragen op waar het gaat om invulling, toetsing en handhaving van die normen door toezichthouders en rechters. Al met al lijken min of meer klassieke toezichtnoties hier zodanig te gaan knellen dat een andere invulling van toezicht wellicht onontkoombaar is. Idealiter zou dit wellicht moeten evolueren naar een nauwere samenwerking tussen toezichthouder en de onder toezicht gestelden, waarbij de laatsten inzicht zullen moeten geven in de afwegingen die ten grondslag liggen aan een bepaalde beleidskeuze en toezichthouders dat met een open oog voor alle omstandigheden van het geval op redelijkheid zullen moeten toetsen.

De fundamentele vraag die dat doet rijzen is of het bestaande rechtsstelsel daarop is ingesteld en of en hoe met de geschetste ‘open normen’ kan en moet worden omgegaan. In het navolgende wordt die vraag vanuit een aantal perspectieven door eminente preadviseurs bezien. Van ’t Lam en Barkhuysen benaderen de materie vanuit het perspectief van het algemene bestuursrecht en de wijze waarop in het bestuursrecht het doen en laten van toezichthouders pleegt te worden ingekaderd en getoetst. Joosen en Lieverse analyseren de vraag of en hoe de CSDDD aansluit bij leerstukken zoals die ontwikkeld zijn in het financiële toezichtrecht en betrekken daarbij de rol die DNB en ECB alsmede de AFM daarin spelen. Knibbeler richt het vizier op de vraag of en hoe het mededingingsrecht en de beleidsoriëntatie van de ACM aansluiten of aan zouden kunnen sluiten bij toezicht op de naleving van de CSDDD.

Aldus is in de beste tradities van de Koninklijke Vereeniging ‘Handelsrecht’ sprake van preadviezen die uiteenlopende vakgebieden omspannen en is een rijk en zeer relevant boek ontstaan dat het bestuur van de Vereeniging met heel veel genoegen aan zijn leden presenteert. Zowel de breedte als de diepgang van de preadviezen

staat tevens garant voor een boeiende gedachtewisseling tijdens de algemene ledenvergadering op 8 november a.s. Het bestuur en de preadviseurs zien ernaar uit u dan te ontmoeten.

Amsterdam, 22 september 2023

Harm-Jan de Kluiver  
Voorzitter Koninklijke Vereeniging 'Handelsrecht'

# Open normen, toezicht en duurzaamheid in de CSDDD

Een overzicht

Prof. mr. H.J. de Kluiiver<sup>\*</sup>

## 1 Inleiding

Op 1 januari 2023 zijn vergaande EU-uitvoeringsverordeningen op grond van de EU Sustainable Finance Disclosure Regulation ('SFDR') in werking getreden. Tevens is op 6 januari 2023 de EU Corporate Sustainability Reporting Directive ('CSRD'), EU-Richtlijn 2022/2464, van kracht geworden. Er zijn grote stappen gezet op weg naar vaststelling van het voorstel voor de EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive ('CSDDD'). De EU-Raad van ministers stelde zijn versie van de CSDDD vast op 1 december 2022. Het Europees Parlement volgde op 1 juni 2023. Deze versies lopen nog uiteen en verschillen evenzeer van het oorspronkelijke voorstel van de EU-Commissie. Er wachten derhalve in de triloog nog ingewikkelde onderhandelingen.

Hoe de onderhandelingen ook verlopen, als een resultaat wordt geboekt en een richtlijn wordt vastgesteld, zal die hoe dan ook veel 'open' normen kennen omdat die in alle voorstellen centraal staan. Dat roept de vraag op hoe de handhaving van die normen kan c.q. moet plaatsvinden. Dat geldt zowel voor privaatrechtelijke als voor publiekrechtelijke handhaving. De vraag is of begrippen als aansprakelijkheid, onrechtmatigheid, causaliteit en schade erg behulpzaam kunnen zijn bij de handhaving van de CSDDD-normen. Gelet op het in de CSDDD opgenomen stelsel van publiekrechtelijk toezicht is handhaving langs die lijnen wellicht meer aangegeven en effectiever. Dat roept echter, juist ook in aanmerking genomen de open normen, wel de nodige vragen op.

## 2 Onderneming en duurzaamheid: de stand van zaken rond de CSDDD

Duurzaamheid is het centrale buzz- en businesswoord geworden na de economische crisis van 2008. Die crisis heeft prangende vragen opgeroepen over de aandacht die bestaat voor andere aspecten dan economisch gewin. Het heeft het denken gestimuleerd over een duurzamer economisch model met aandacht voor alle betrokkenen waarin meer de lange dan de korte termijn bepalend moet zijn. Dat is samen gaan lopen met een toegenomen bewustzijn over ecologische grenzen in termen van milieuvervuiling, biodiversiteit en, in het bijzonder, klimaatverandering. Zie bijvoorbeeld UN Guiding Principles on Business and Human Rights (2011). In de EU is de zogenaamde 'Green Deal' bepalend zoals door de Europese Commissie op 11 december 2019 gepresenteerd. Daarmee is duurzaamheid een EU-prioriteit ge-

<sup>\*</sup> Harm-Jan de Kluiiver is hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam en voorzitter van de Koninklijke Vereniging Handelsrecht.

worden. De uitwerking van dat thema heeft onder andere geleid tot – inmiddels aangenomen – de CSRD en de concept-CSDDD.<sup>1</sup>

De Corporate Sustainability Due Diligence Directive ('CSDDD') vloeit voort uit de eerder vermelde EU-'Green Deal' met de bedoeling dat duurzaamheid ('sustainability') 'should be further embedded into the corporate governance framework, as many companies still focus too much on short-term financial performance compared to their long-term development and sustainability aspects'. Dit denken over de relatie tussen 'vergroening', duurzaamheid, lange termijn en corporate governance, wordt sindsdien gevat onder het kopje 'Sustainable Corporate Governance'. In Nederland heeft daarvoor de term 'duurzaam ondernemen' ingang gevonden. Voor een breed perspectief daarop verwijs ik naar de uitgebreide preadviezen voor de Koninklijke Vereeniging 'Handelsrecht' uit 2021 en nadien verschenen literatuur.<sup>2</sup>

De EU-Raad van ministers (hierna ook: EU Council) heeft<sup>3</sup> op 1 december 2022 met een gekwalificeerde meerderheid zijn versie van de CSDDD vastgesteld.<sup>4</sup> De EU-Raad van ministers heeft daarin onder andere de verplichtingen voor ondernemingen in de financiële sector beperkt. Een tweede belangrijke beperking die de EU-Raad van ministers heeft aangebracht is dat het aanvankelijk erg brede concept van (elke) 'impact' op mensenrechten en milieu in de keten, de zogenaamde ('value) chain', is gewijzigd in 'chain of activities' met nadruk op 'supply chain' (art. 3 sub g). Vervolgens heeft op 1 juni 2023 het Europees Parlement aangegeven wat het allemaal in het voorstel van de Europese Commissie gewijzigd wil zien. Dat is neergelegd in honderden amendementen die het parlement in eerste lezing heeft aangenomen. Die amendementen omvatten, naast veel voorstellen van tekstuele aard ook een aantal meer ingrijpende en fundamentele wijzigingen. Bijna steeds

1. <https://ec.europa.eu/info/publications/communication-european-green-deal> en <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal>.
2. Zie themanummer over duurzaamheid, *WPNR* 2023, afl. 7407 waarin mede over de onderhavige problematiek ondergetekende, 'Onderneming en duurzaamheid. Over ondernemen, mensenrechten, milieu en klimaat, mede in Europees perspectief', *WPNR* 2023, afl. 7407, p. 299 e.v. en de special *The Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, *Ondernemingsrecht* 2023, afl. 5 (met een keur aan, Engelstalige, bijdragen over diverse aspecten van de voorgestelde richtlijn) met in het bijzonder gericht op de onderhavige thematiek, M. Baks & K. Lieverse, 'Supervision and Enforcement under the CSDDD', *Ondernemingsrecht* 2023, afl. 5, p. 238 e.v. en, vanuit een algemeen privaatrechtelijk perspectief, het themanummer over duurzaamheid en privaatrecht, *NTBR* 2022, afl. 10. Voorts vermeld ik, onder meer, J.E.S. Hamster, 'Het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn inzake passende zorgvuldigheid op het gebied van duurzaamheid: een kritische verkenning', *MvO* 2022, afl. 5/6, p. 150 e.v. en over het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel, dat hierna nog aan de orde komt, O.J.W. Schotel & J.M. Schepel, 'Het initiatiefvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen in internationale context', *MvO* 2022, afl. 3/4, p. 99 e.v. Voorts in de recent verschenen *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2022-2023*, Deventer: Kluwer 2023: J.B.S. Hijink, 'Misleidende duurzaamheidsverslaggeving', p. 499 e.v.; H.J. de Kluiver, 'De "Exceptio klimatologica". Over aansprakelijkheid van bestuurders voor klimaatbeleid', p. 369 e.v.; J.E.S. Hamster, 'Ketenaansprakelijkheid naar Nederlands recht', p. 387 e.v. Recentelijk verscheen ook H.J. de Kluiver, 'Towards a Framework for Effective Regulatory Supervision of Sustainability Governance in Accordance with the EU CSDD Directive. A Comparative Study', *ECFR* 2023, afl. 20, p. 203 e.v.
3. Zie <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/en/pdf>.
4. Zie [consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/01/council-adopts-position-on-due-diligence-rules-for-large-companies/](https://consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/01/council-adopts-position-on-due-diligence-rules-for-large-companies/). Zie voor een video van de gedachteswisseling in de EU-Raad van ministers [video.consilium.europa.eu/event/en/26329](https://video.consilium.europa.eu/event/en/26329).

geldt dat het Europees Parlement meer omvattende en verdergaande verplichtingen en sancties wenst dan de EU-Commissie en EU-Raad van ministers voor ogen staan.

Gelet op de door de EU-ministers bereikte gekwalificeerde meerderheid neem ik *in de navolgende bespreking* het door de EU-Raad van ministers aanvaarde *aangepaste voorstel van 30 november 2022 tot uitgangspunt*. Ik zal daar echter aan toevoegen wat de positie van het Europees Parlement is als die positie fundamenteel afwijkt van de positie van de EU-Raad van ministers. Daarbij teken ik wel aan dat gelet op de vermelde honderden amendementen er geen beginnen aan is om die samen te vatten.

### 3 **Reikwijdte van de CSDDD en overlap en verstrengeling met reeds bestaande normen**

Voor de verhouding tussen de CSDDD en bestaande wettelijke en andere regels is van belang om de reikwijdte van de normen in het oog te houden. De CSDDD neemt als uitgangspunt dat deze richtlijn van toepassing zal zijn op grote ondernemingen met meer dan 500 werknemers en EUR 150 miljoen omzet. Volgens CBS-cijfers gaat het dan in Nederland om zo'n 1400 ondernemingen. Dat betekent dat kleinere ondernemingen niet, althans niet direct, onder de CSDDD vallen.

Bij dat laatste passen echter direct belangrijke nuanceringen. Een eerste nuancering is dat als een kleinere onderneming in de keten van activiteiten van een grotere, wel onder de CSDDD vallende, onderneming een rol speelt, deze direct te maken zal krijgen met de CSDDD-verplichtingen van die grote onderneming omdat die grote onderneming gehouden is in haar keten van activiteiten erop toe te zien dat het milieu of de mensenrechten niet worden geschaad.

Een tweede nuancering is dat nationale wetgevers die kleinere ondernemingen wettelijk wel aan een vergelijkbaar regime kunnen onderwerpen. Het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel van PvdA/GL, ChristenUnie, D66 en Volt dat beoogt 'Verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen' te bevorderen (*Kamerstukken II* 35761) doet precies dat. Ik verwijz naar de meest recente versie van dat wetsvoorstel na de nota van wijziging van 15 september 2023 (*Kamerstukken II* 35761, nr. 17). Dat wetsvoorstel zal als het wordt aangenomen, een algemene zorgplicht in het leven roepen voor alle (!) Nederlandse ondernemingen, en introduceert additioneel meer specifieke verplichtingen (die op onderdelen nog breder zijn dan in de CSDDD al het geval is) voor alle ondernemingen die aan twee van de volgende drie criteria voldoen: balanstotaal van meer dan 20 miljoen en/of netto-omzet van EUR 40 miljoen en/of aantal werknemers van meer dan 250. Het aantal Nederlandse ondernemingen met meer dan 250 werknemers bedraagt volgens CBS-cijfers ongeveer 3200. Aangezien nog onzeker is of voor dit wetsvoorstel een meerderheid in Eerste en Tweede Kamer bestaat wordt in de navolgende preadviezen slechts incidenteel naar dit wetsvoorstel verwezen. Het is echter wel goed dit op het netvlies te hebben.

Overigens is moeilijk in te zien wat de rationale zou zijn om naast de CSDDD, in de woorden van Knibbeler (hoofdstuk 6 van zijn preadvies), een 'additionele laag

van due diligence verplichtingen' te introduceren zoals voorzien in het initiatiefwetsvoorstel. Zoals hierna zal worden besproken zal het reeds veel aandacht en energie vergen om de in de CSDDD vervatte zorgplichten te operationaliseren en (daarmee), ook juridisch, handhaafbaar te maken. Daarbij kan in het kader van de CSDDD in ieder geval worden gebouwd op EU-brede ervaringen. Het is een misverstand om te denken dat nationaal geformuleerde, nog bredere normen, wel eenvoudig juridisch handhaafbaar zullen zijn. Ik verwijs naar de beschouwingen in paragraaf 7 e.v. van deze bijdrage en de hierna opgenomen preadviezen over 'open normen' vanuit het perspectief van het bestuursrecht, het mededingingsrecht en het financieel toezichtrecht.

In verband met de reikwijdte van de CSDDD werd hiervoor reeds gewezen op de discussie die is en wordt gevoerd over de toepasselijkheid van de CSDDD op de financiële sector. Enerzijds wordt juist de financiële sector vaak, ook in de EU en de 'Green Deal', van groot belang geacht als financier van 'duurzame groei' (en het juist niet financieren van ondernemingen die duurzaamheid in het geheel niet dienen). Belangrijk in dit verband is onder meer de reeds in 2021 in werking getreden SFDR-Richtlijn die financiële instellingen verplicht tot veel informatie over de vraag of en in hoeverre financiële instrumenten en beleggingen die zij aanbieden als een bijdrage aan duurzaamheid, kort gezegd als 'groen', kunnen gelden. Anderzijds geldt dat er juist bij nationale regeringen een neiging is om de sector niet te zeer te belasten. Zoals geschetst gaat de opvatting van de EU-Raad van ministers duidelijk minder ver dan wat de EU-Commissie en het Europees Parlement voor ogen staat. In het voorstel van de EU-Raad van ministers geldt (zie art. 2 lid 8 van het CSDDD-voorstel) dat het aan de EU-lidstaten is om te bepalen of de CSDDD ook gaat gelden voor 'gereguleerde financiële ondernemingen' als bedoeld in artikel 3 sub a onder iv. Het Europees Parlement wil juist weer verder gaan. Ik verwijs voor de verdere discussie naar het veelomvattende preadvies van Joosen en Lieveise (in par. 2.2 en 3.4.2). Wel is hier van belang dat met betrekking tot de drie onderscheiden ESG-doelstellingen (Environment, Social en Governance), met name de eerste, 'Environment', en specifiek 'klimaatverandering', veel aandacht heeft gekregen met het oog op de financiering van de energietransitie. Sociale en Governance-doelstellingen, die juist in de CSDDD een belangrijke rol spelen (mensenrechten!), krijgen tot nu toe in financiële regulering minder aandacht. Aldus, zo laten Joosen en Lieveise zien, geeft de CSDDD een 'veel ruimer, meer omvattend, normatief kader' dan de financiële regulering en zal de CSDDD in ieder geval in dat opzicht tot meer intensieve aandacht van de financiële sector nopen.

Al met al is evident dat de CSDDD, ondanks sommige beperkingen in de reikwijdte, wel degelijk grote verandering zal brengen. De kern daarvan is dat de CSDDD uitdrukkelijk ziet op de situatie in de gehele binnenlandse en buitenlandse toeleveringsketen, en tot op zekere hoogte ook op afnemers, en verplicht tot het onderzoeken van en het stellen van eisen aan, en eventueel zelfs het beëindigen van, relaties met toeleveranciers ook in verre en minder verre buitenland. Ten tweede geldt dat de CSDDD algemene zorgplichten formuleert die verder kunnen gaan dan de meer specifieke regels die krachtens de in Nederland toepasselijke wetgeving reeds gelden. Ten derde zal de CSDDD meebrengen dat nationale toezichthouders een forse uitbreiding van hun toezichttaken toebedeeld zullen krijgen. De facto zullen

toezichthouders een vorm van internationaal grensoverschrijdend toezicht gaan uitoefenen. Immers geldt dat het handelen in buitenland door de onderneming en/of haar zakenpartners de basis kan gaan vormen voor het optreden door toezichthoudende instanties.

Het gevolg van een en ander is, zoals onder anderen Knibbeler in zijn preadvies onderstreept, dat diep kan worden ingegrepen in waardeketens en markten. Daarmee kan de CSDDD dus ook grote economische gevolgen hebben zowel voor de onderneming die de CSDDD-regels moet toepassen, als voor andere ondernemingen waarop moet worden toegezien door die aan de CSDDD onderworpen ondernemingen. De CSDDD wordt daarmee ook, in de woorden van Knibbeler, een ‘formidabele uitdaging’ voor de toezichthoudende autoriteiten. Aan de rol en bevoegdheden van die toezichthouder(s) zijn in de CSDDD dan ook de nodige bepalingen gewijd in de artikelen 17 t/m 21 van de CSDDD. Daarop wordt hierna en in de navolgende preadviezen nog uitgebreid teruggekomen.

#### **4 Uitdijend toezicht op de naleving van door de overheid gestelde (open) normen en complexe en verstrengelde regelgeving**

De CSDDD is een goede illustratie hoe de roep om toezicht de afgelopen 15 jaar, na de financiële crisis van 2008, is aangezwollen en hoezeer daaraan tegemoet is gekomen. Werd voorafgaande aan de crisis nog vaak ingezet op soft law in allerlei soorten en maten, door en na die tijd lijkt het vertrouwen daarin enigszins geknakt. In plaats daarvan is er een grote nadruk komen te liggen op ‘toezicht’ en ‘compliance’.

Aanvankelijk was die ontwikkeling, na de financieel-economische crisis van 2008, met name zichtbaar in de financiële sector en een snel uitdijend financieel toezichtsrecht en een uitdijende rol van toezichthouders zoals de AFM en DNB. Maar ook in andere sectoren van het maatschappelijk leven is de roep om toezicht inmiddels nooit meer ver weg. Men denke aan de snel toenemende regelgeving die strekt tot bescherming van consumenten met inbegrip van het bewaken van mededinging in het algemeen en de regulering van sectoren zoals telecommunicatie, postbezorging en de energiesector, in het bijzonder. Ook op deze terreinen is de toezichthouder, de ACM, de afgelopen jaren bedeed met een snelgroeiend takenpakket.

De CSDDD gaat daaraan een nieuwe dimensie toevoegen. Daarbij is een uitdaging dat de in de CSDDD vervatte hoofdverplichtingen een combinatie zijn van brede doelstellingen – het uitbannen, althans verminderen van inbreuken op mensenrechten en milieu – en ‘open normen’ die weinig specifieke richting geven. Bij de toepassing van die ‘open normen’ moet met veel factoren rekening worden gehouden. Zoals gezegd is de CSDDD daarmee in feite gericht op de regulering van beleidsprocessen die om afweging van veel verschillende belangen vragen. Tegelijkertijd interfereert de CSDDD met reeds bestaande wetgeving die bijvoorbeeld ziet op bescherming van het milieu in brede zin, de waarborging van fundamentele rechten en, als het specifiek gaat om handhaving, het algemene bestuursrecht, het mededingingsrecht en het financieel toezichtsrecht.

Aldus is de CSDDD een uitstekend voorbeeld van de bekende beschrijving door de Raad van State in het jaarverslag 2017 (p. 32 e.v.) van het verschijnsel van ‘regelcomplexiteit’ en ‘verstrengeling van regelgeving’. Daarmee doelt de Raad van State op:

‘het verschijnsel dat verschillende wettelijke systemen en regimes over elkaar heen schuiven. Daardoor is het voor justitiabelen moeilijk te achterhalen welke bepalingen wel of niet van toepassing zijn, terwijl zij bij zelfs geringe overtredingen wel geconfronteerd worden met forse sancties of maatregelen. Ook bestuursorganen kunnen steeds vaker zelf de weg niet meer vinden in de verstrengelde regelingen. Toch nemen zij desondanks ook dan een beslissing in de gedachte dat de rechter maar moet uitzoeken wat wel en niet kan. Dat leidt tot rechtsonzekerheid’.

Als voorbeeld noemde de Raad van State onder meer de Wet op het financieel toezicht (Wft). Ook Europese regelgeving kan uitermate complex zijn, zo constateert de Raad (t.a.p. p. 33 e.v.). De overheid en zelfstandige instanties (t.a.p. p. 35 e.v.) die belast zijn met ordening van en toezicht op bepaalde segmenten van bedrijvigheid moeten dan – ‘vaak open geformuleerde’ – normen concretiseren, toepassen en handhaven, zo constateert de Raad van State.

Dat heeft weer geleid, zo memoreert de Raad van State (t.a.p. p. 35 e.v.), tot een veelheid aan toezichthoudende autoriteiten zoals de Autoriteit Consument & Markt, de Autoriteit Financiële Markten, de Nederlandse Zorgautoriteit, de Kansspelautoriteit, de Autoriteit Persoonsgegevens, de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit, de Autoriteit Woningcorporaties, de Nederlandse Emissieautoriteit, de Autoriteit Nucleaire veiligheid en stralingsbescherming etc. En de lijst zal slechts langer worden. Een recent voorbeeld vormt het debat over toezicht op de advocatuur, traditioneel toch het ‘vrije’ beroep bij uitstek, en de roep om ook voor deze sector een onafhankelijke toezichthoudende autoriteit in het leven te roepen. Dit komt boven op de voortgaande verzelfstandiging van overheidsfuncties in inspecties, kwaliteitsinstellingen, milieudiensten en wat dies meer zij zoals de Onderwijsinspectie, Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd, Inspectie Justitie en veiligheid, Arbeidsinspectie, Inspectie Leefomgeving en Transport etc.<sup>5</sup>

Al deze instanties, zo constateert de Raad van State, hanteren veelal ‘bij hun taakuitoefening (ook) zelf geformuleerde beleidsregels’ en hebben ‘een eigen sturingsdrang’ (curs. HJdK). Wet- en regelgeving worden daarbij minder als ordeningsmechanisme begrepen waarvan burgers naar eigen inzicht en belang gebruikmaken, maar als sturingsinstrument waarnaar gehandeld moet worden’ (t.a.p. p. 35, curs. HJdK). Tegelijkertijd wordt het bestuurlijke rechtssysteem geconfronteerd met nieuwe rechtsfiguren die daarin nog niet hun plaats hebben gevonden, te weten: ‘beleid op maat’ (besluitvorming naar bevind van concrete omstandigheden), gebruik van open, beginselachtige normen om een veelvormige en veranderende werkelijkheid

5. Zie in algemene zin, E.R. Muller, F. de Vries & H. Winter (red.), *Toezicht. Beschouwingen over inspecties en autoriteiten*, Deventer: Wolters Kluwer 2023 en meer specifiek voor een nader overzicht van Autoriteiten en Inspecties het daarin opgenomen hoofdstuk van E.R. Muller, *Organisatie van toezicht: Institutioneel toezichtbestel in Nederland*, p. 153 e.v.



te ordenen, en gebruik van maatschappelijke en bestuurlijke akkoorden. ‘Deze figuren zijn een reactie op een werkelijkheid die zich nog maar moeilijk met algemene, centraal vastgestelde, eenduidige regels laat normeren. Maar zij roepen de vraag op hoe de rechtsbescherming adequaat kan worden verzekerd.’ Anders, zo voegt de Raad van State toe, zullen zij een nog weer meer en ‘gedetailleerder regelgeving genereren om burger en bestuur zekerheid te geven’ (t.a.p. p. 36). Dat zal echter, zo voeg ik toe, steeds minder ruimte laten voor, en steeds minder recht doen aan innovatieve beleidsvorming door ondernemingen en de beoordeling daarvan in het licht van alle omstandigheden van het geval. Tevens is voorspelbaar dat dit zal leiden tot een overdaad aan regels die enerzijds de administratieve lasten sterk zullen doen toenemen en, even voorspelbaar, anderzijds zal leiden tot veel regels die niet substantieel zullen bijdragen aan de beoogde doelen, maar eenmaal gesteld ook niet snel zullen worden aangepast.

Natuurlijk zagen de opmerkingen van de Raad van State niet op de CSDDD, maar dat neemt niet weg dat ze ook in verband daarmee toepasselijk zijn. En nu we toch de Raad van State aan het woord laten wijs ik ook nog maar op de verzuchting die is vervat in het recente jaarverslag van de Raad over 2022 (p. 27). Daar wordt de wetgever uitdrukkelijk opgeroepen om zich rekenschap te geven van de aloude, aan (voormalig langjarig premier) Drees sr. toegeschreven wijsheid ‘Niet alles kan en zeker niet alles tegelijk’. Dat brengt mee aldus de Raad van State dat de overheid keuzes moet maken en daarbij rekening moet houden ‘met wat uitvoerbaar is’. Diezelfde praktische wijsheid lijkt ook zeker niet misplaatst bij het beoordelen door toezichthouders van wat ondernemingen doen en kunnen doen bij de implementatie van de CSDDD.

## **5 Toezicht op duurzaamheidsnormen in CSDDD en nationale wetgeving door een nationale autoriteit**

In het toezichtlandschap zal met het van kracht worden van een definitieve versie van de CSDDD, een nieuwe duurzaamheidsboom worden geplant. De CSDDD bepaalt daarbij niet slechts dat er een nationale toezichthouder moet zijn, maar regelt ook de taken en bevoegdheden van die toezichthouder nadrukkelijk. In het voorstel van de EU-Raad van ministers bevat pakweg 20% van de inhoudelijke bepalingen in de CSDDD (art. 17-21) regels over toezicht en toezichthouders. Daarop concentreert zich hierna deze bijdrage en de hierna opgenomen preadviezen.

Vooreerst noteer ik dat de structuur van het toezicht in de CSDDD is dat het toezicht zal worden uitgevoerd door nationale, door de EU-lidstaten afzonderlijk aan te wijzen toezichthouder(s). Er is vooralsnog niet een overkoepelende EU-toezichthouder voorzien (zoals bijvoorbeeld wel in het banken- en effectenrechtelijk toezicht). Wel worden de nationale toezichthouders geacht samen te werken in een ‘Europees netwerk van toezichthoudende autoriteiten’ (art. 21 CSDDD) dat echter geen verordenende bevoegdheid heeft. De nationale autoriteit kan een nieuw op te richten toezichthouder zijn of een bestaande autoriteit. Eventueel kan een EU-lidstaat ook meer dan één autoriteit met bevoegdheid bekleden. In Nederland lijkt vooralsnog de ACM de hoogste ogen te gooien om de CSDDD-toezichthouder te worden. Een aanwijzing daarvoor kan zijn dat in het Nederlandse initiatiefwets-

voorstel VDIO (*Kamerstukken II* 35761, waarover reeds par. 3 hiervoor) wordt uitgegaan van de ACM als beoogd toezichthouder. Zeker is dit echter nog niet. Zo lijkt ook de AFM een rol voor zichzelf te zien met name waar het beursgenoteerde ondernemingen betreft.<sup>6</sup>

Wat betreft de ACM kan worden geconstateerd dat deze autoriteit zich eerder al beleidsmatig op het pad van duurzaamheid heeft begeven. Niet alleen identificeerde de ACM in 2020/2021 de ‘energietransitie’ als een belangrijk maatschappelijk thema voor haar werkzaamheid, maar ook heeft zij een poging gedaan om het bedrijfsleven richting te geven daar waar gezamenlijke duurzaamheidsinitiatieven van ondernemingen mogelijk de mededinging zouden kunnen beperken. Ik vermeld in dit verband de ACM (concept) Leidraad duurzaamheidsafspraken (op basis van art. 6 lid 3 MW) waarin wordt gesteld (op p. 7): ‘Het handhavingsbeleid van de ACM in relatie tot duurzaamheidsafspraken is gericht op het vinden van oplossingen die het mogelijk maken om de duurzaamheidsvoordelen van initiatieven te kunnen realiseren en niet op handhaving door middel van boetes’. Hiermee wil de ACM de mogelijkheden verruimen voor samenwerking tussen concurrerende bedrijven op het gebied van duurzaamheid met name in het bereiken van klimaatdoelen, zoals vermindering van CO<sub>2</sub>- uitstoot. Zie ook de Evaluatie van de ACM door adviesbureau Andersson Effers Felix (2020) waarin tevens aan de orde komt dat aldus de ACM wel wordt geconfronteerd met ‘weging van publieke (duurzaamheids-)belangen’ en ‘complexe dilemma's’ en dat zulks mede vragen en kritiek oproepen.<sup>7</sup>

Overigens zou reeds op basis van het voorgaande een interessant accentverschil in de toezichtstijlen van respectievelijk ACM en AFM kunnen worden geconstateerd. Zo gaf de AFM in het eerder vermelde interview met het FD aan dat zij ‘wil kunnen straffen’ en overigens ‘hoopt ook *meer instrumenten* te krijgen om de juiste naleving [van duurzaamheidsnormen; HJdK] te kunnen *afdwingen*’ (curs. toegevoegd). Daarbij wordt wel aangetekend ‘Straffen is geen doel op zich voor ons’. ‘Goed toezicht begint bij het activeren van de betrokken marktpartijen om zelf aan de regels te gaan voldoen.’ Maar daar past wel bij, zo benadrukt de AFM, ‘dat achterblijvers gestraft kunnen worden, dat verwachten goedwillende partijen die er wel veel werk van maken ook van ons’.

De benadering van de ACM, althans volgens haar eigen website onder het kopje ‘Onze toezichtsstijl’, lijkt de accenten anders te leggen. Daar staat: ‘We willen niet alleen overtredingen bestraffen, maar ook de onderliggende oorzaken aanpakken en herhaling voorkomen. Daarvoor kunnen wij uit een breed scala aan instrumenten kiezen: van boete tot voorlichtingscampagne. (...) Een structurele oplossing voor markt- en consumentenproblemen, daar gaat het ons om.’ Wel voegt de ACM toe dat weliswaar boetes ‘een belangrijk middel’ zijn om overtreders te bestraffen, maar dat dit moet worden gezien naast instrumenten als last onder dwangsom, bindende aanwijzing, waarschuwing, voorlichting en toezegging door ondernemin-

6. Althans het FD van 30 maart 2023: [fd.nl/financiele-markten/1471924/afm-maant-bedrijven-over-duurzame-verslaggeving-en-wil-kunnen-straffen](https://fd.nl/financiele-markten/1471924/afm-maant-bedrijven-over-duurzame-verslaggeving-en-wil-kunnen-straffen).

7. Zie voor een verwijzing naar het rapport en een reactie daarop van de ACM [acm.nl/sites/default/files/documents/reactie-acm-op-evaluatie-aef.pdf](https://acm.nl/sites/default/files/documents/reactie-acm-op-evaluatie-aef.pdf) en voor het standpunt van de regering *Kamerstukken II* 2020/21, 25268, nr. 195.

gen. In dit verband teken ik nog aan dat de ACM – mede in consultatie met de markt – regelmatig een aantal aandachtspunten bepaalt die haar toezicht sturen en daarmee ook haar toezichtsprioriteit bepaalt.

Wat hiervan ook zij, in ieder geval is duidelijk dat de CSDDD de nodige nieuwe vragen zal gaan opwerpen waar het de aard, methode en stijl van toezicht betreft. Om die vragen nader te kunnen bezien en mogelijk te beantwoorden belicht ik nu eerst de in de CSDDD opgenomen ‘open normen’.

## 6 Kern van de CSDDD: brede zorgplichten voor ondernemingen

In de kern formuleert de CSDDD zorgplichten (‘due diligence’-verplichtingen) in de waardeketen (met name de ‘supply chain’) voor grote en middelgrote ondernemingen met een omzet van minimaal € 150 miljoen en meer dan 500 werknemers. Zoals gezegd zijn er volgens CBS-cijfers in Nederland zo’n 1400 ondernemingen met meer dan 500 werknemers die in beginsel kwalificeren.

De door deze ondernemingen in acht te nemen CSDDD-(zorg)plichten kunnen in drie categorieën worden verdeeld:

- i. voorkomen van ‘feitelijke en potentiële **negatieve effecten op de mensenrechten**’; het gaat hier in beginsel om grondrechten zoals vermeld in Annex I, Deel I (zie art. 3 sub c CSDDD);
- ii. beperken/voorkomen van ‘negatieve milieueffecten’ (kort gezegd ‘**klassieke milieuschade**’) zoals bedoeld in Annex I, Deel II (zie art. 3 sub b CSDDD);
- iii. opstellen van een plan ‘teneinde het bedrijfsmodel en de strategie van de onderneming verenigbaar te maken met de **overgang naar een duurzame economie** en met het beperken van (...) de **opwarming van de aarde tot 1,5 °C**’ (zie art. 15 CSDDD).

Met name de onder (i) en (ii) aangeduide onderwerpen, het respecteren van mensenrechten en het milieu en de verplichting om negatieve gevolgen daarvoor te voorkomen, wordt in de CSDDD in een aanzienlijk aantal bepalingen uitgewerkt. Hoewel de onder (iii) vermelde klimaatverandering en opwarming van de aarde wellicht het meest prangende onderwerp is (in de zin dat bij voortgaande opwarming de aspecten (i) en (ii) ook zeker in het gedrang komen) gaat de CSDDD in de huidige versie nog niet uit van een verdergaande rol van toezichthouders dan de controle dat daadwerkelijk door ondernemingen in een (klimaat)plan wordt voorzien. De voorstellen van het Europees Parlement gaan hier overigens beduidend verder en vragen wel om ook een inhoudelijke toetsing van dat plan door toezichthouders. Ik teken nog wel aan dat met betrekking tot de uitstoot van broeikasgassen reeds de uitgebreide regeling van het EU Emissions Trading System bestaat die specifiek voorziet in uitstootbeperkingen voor ondernemingen en een eigen toezichthouder kent (de Nederlandse Emissieautoriteit). In dit verband laat ik dat echter hier rusten.<sup>8</sup>

8. Zie nader H.J. de Kluiver, ‘Onderneming en duurzaamheid. Over ondernemen, mensenrechten, milieu en klimaat mede in Europees perspectief’, *WPNR* 2023, afl. 7407, p. 299 e.v., m.n. p. 306 e.v.

In essentie gaat het er daarbij steeds om dat ondernemingen een zorgvuldigheids*beleid* (zie art. 5 lid 2 en art. 10 CSDDD) voeren (zie ook art. 4 sub a en e). Zo stelt artikel 5 CSDDD voorop dat ondernemingen ‘passende zorgvuldigheid’ moeten ‘integreren’ in hun ‘beleid’, welk beleid ook door dochtervennootschappen moet worden gevolgd (zie art. 4a sub b-c CSDDD). Dat beleid moet erop gericht zijn om inbreuken op mensenrechten en milieu te voorkomen, mogelijke inbreuken te identificeren, en als daarvan blijkt deze te mitigeren en zo mogelijk te beëindigen. Daarbij kan ook sprake zijn van een ‘prioritering’ van welke inbreuken als eerste zullen worden geadresseerd. Getracht wordt de hoofdlijnen van de benadering in de CSDDD hierna zo overzichtelijk weer te geven.

## 6.1 **Identificeren van bestaande en potentiële negatieve effecten op mensenrechten en milieu**

Artikel 6 CSDDD stelt voorop dat ‘*passende maatregelen*’ (‘appropriate measures’) moeten worden genomen ‘om feitelijke en potentiële negatieve effecten (...) te identificeren’ (‘actual and potential adverse impacts’) op mensenrechten en het milieu.

Deze ‘open norm’ roept onmiddellijk de vraag op wat ‘*passende maatregelen*’ zouden moeten inhouden. Betekent dit dat met grote regelmaat bij alle toeleveranciers daadwerkelijk een grondig onderzoek ter plekke moet worden ingesteld? Of is het voldoende dat een ondernemer in publieke bronnen (internet) checkt of de betreffende toeleverancier ergens in verband werd gebracht met schendingen van mensenrechten en milieuovertredingen?

De CSDDD geeft op die vragen slechts zeer beperkt antwoord. We moeten het doen met artikel 3 sub q CSDDD dat een ‘*passende maatregel*’ omschrijft als:

‘een maatregel waarmee de doelstellingen van passende zorgvuldigheid kunnen worden bereikt, die in verhouding staat tot de ernst en de waarschijnlijkheid van het negatieve effect en waarover de onderneming redelijkerwijs kan beschikken, *rekening houdend met de omstandigheden van het specifieke geval*, waaronder de aard en de omvang van de bedrijfsactiviteiten van de onderneming en de kenmerken van de economische sector en van de specifieke zakenpartner’ (curs. HJdK).

Ook deze open en onbestemde norm geeft nog weinig specifieke guidance over wat in de praktijk van ondernemingen wordt verwacht. In feite wordt hier bepaald dat het afhangt van *alle omstandigheden van het geval*. Zoals hierna zal blijken doortrekt deze benadering ook overigens de CSDDD.

## 6.2 **Preventieve maatregelen inclusief ‘preventief actieplan’**

Artikel 7 CSDDD stelt voorop dat ondernemingen maatregelen moeten nemen om inbreuken op mensenrechten en milieuschendingen te *voorkomen*. Ook hier gaat het weer om ‘passende maatregelen’, waarbij dus rekening moet worden gehouden

met alle omstandigheden van het specifieke geval zoals hiervoor in paragraaf 6.1 gedefinieerd.

Een en ander moet worden neergelegd in een 'preventief actieplan' (art. 7 lid 2 CSDDD) als preventieve maatregelen gelet op de context en 'vanwege de aard of de complexiteit van de vereiste preventieve maatregelen' niet eenvoudig te treffen zijn. Dat plan moet 'onverwijld' worden ontwikkeld en moet 'redelijke en duidelijk omschreven tijdschema's voor maatregelen en kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren voor het meten van verbeteringen' bevatten.

### 6.3 **Inbreuken op mensenrechten of milieuschendingen moeten worden 'beëindigd', althans 'gemotiveerd', waarbij 'prioritering' mogelijk is in een 'corrigerend actieplan'**

Waar inbreuken niet zijn voorkomen, schrijft artikel 8 CSDDD voor dat ondernemingen de inbreuken zullen (doen) beëindigen. Tegelijkertijd wordt echter onderkend dat dit vaak niet of niet onmiddellijk mogelijk zal zijn.

In artikel 8 CSDDD wordt bijvoorbeeld uitdrukkelijk onderkend dat beëindiging van een business relationship niet vereist is als 'er een *redelijke verwachting* is dat beëindiging een ernstiger negatief effect sorteert dan het feitelijke niet beëindigen of tot een minimum te beperken negatieve effect' of als er '*geen beschikbaar alternatief* is voor die zakelijke relatie, die een grondstof, product of dienst levert die essentieel is voor de goederenproductie of dienstverlening door de onderneming, en beëindiging de onderneming *aanzienlijke schade* zou berokkenen' (aldus art. 8 lid 8 CSDDD; curs. HJdK). In dat geval moet de onderneming wel aan de 'toezichthoudende autoriteit' berichten welke 'gemotiveerde redenen' ('justified reasons') daaraan ten grondslag liggen en wordt de onderneming geacht dat zij de situatie 'monitort' en regelmatig heroverweegt of er toch geen mogelijkheid is om de relatie te beëindigen en alternatieven te vinden.

De onderneming moet ook actief blijven om te trachten te bereiken dat de 'impact' van de negatieve effecten op mensenrechten en milieu zo veel mogelijk wordt 'geneutraliseerd' of althans 'geminimaliseerd'. Ook hier geldt dat de maatregelen '*in verhouding [mogen staan]* tot de ernst en de omvang van het negatieve effect en tot de betrokkenheid van de onderneming bij het negatieve effect'.

In het licht van een en ander wordt van de onderneming wel verwacht om een '*corrigerend actieplan*' te implementeren 'met *redelijke en duidelijk omschreven tijdschema's* voor maatregelen, en kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren voor het meten van verbeteringen'. Dat alles laat onverlet dat de onderneming bij voortzetting van de businessrelatie zich wel zal *inspannen* 'het negatieve effect te beëindigen of tot een minimum te beperken' (curs. HJdK).

Bij de aangeduide afwegingen geldt ingevolge artikel 6a CSDDD bovendien dat ondernemingen het nemen van maatregelen ter bestrijding van negatieve effecten mogen '*prioriteren*' indien het 'niet haalbaar is alle vastgestelde negatieve effecten

in een keer volledig te verhelpen'. Die 'prioritering' moet, aldus artikel 6a CSDDD, worden bepaald door de 'ernst en de *waarschijnlijkheid* van de negatieve effecten. De ernst van een negatief effect wordt beoordeeld aan de hand van de zwaarte ervan, het aantal getroffen personen of de omvang van het milieu-effect, en de moeilijkheid om de situatie van vóór het effect te herstellen'.

Overziet men het voorgaande dan is aanstonds duidelijk dat de door ondernemingen te kiezen handelwijze mede wordt bepaald door een veelheid van 'open' normen en begrippen – zoals 'redelijke verwachting', 'aanzienlijke schade', 'beschikbaar alternatief', 'redelijke tijdschema's', 'waarschijnlijkheid' en 'zwaarte' van negatieve effecten – die veel ruimte laten voor een uiteenlopend oordeel of daaraan is voldaan. Die ruimte is er zowel voor de aan de CSDDD onderworpen ondernemingen, de toezichthoudende autoriteit als de rechter die daarover finaal moet oordelen. Hoe vanuit een juridisch perspectief met die ruimte moet worden omgegaan is niet zonder meer helder en zeker niet eenvoudig. Daarmee komen wij aan de kern van de hierna opgenomen preadviezen.

## 7 **Invulling van open normen en de ruimte van de toezichthouder en de rechter bij het toetsen daarvan**

In de navolgende preadviezen staan de toepassing en handhaving van de geschetste 'open normen' in de CSDDD centraal vanuit het perspectief van publiekrechtelijke handhaving. Meer specifiek is de vraag welke lessen kunnen worden getrokken uit de handhaving van open normen in het algemene bestuursrecht, het mededingingsrecht en het financieel recht.

Daarbij staat voorop, zoals Barkhuysen en Van 't Lam in hun verhelderende preadvies schetsen, dat 'open normen' er zijn in soorten en maten en overigens op verschillende wijzen kunnen worden gezien. Zo kan het gebruik daarvan worden onderschreven als een vorm van doelmatige wetgeving omdat wel het doel van een regel wordt omschreven, maar niet wordt uitgetekend hoe justitiabelen dat doel moeten bereiken. Men zou het ook kunnen beschouwen als een overdracht van verantwoordelijkheid aan justitiabelen die tot 'zelfregulering', al of niet collectief, kan leiden of juist als een overdracht van regelgevende bevoegdheid aan een toezichthouder en/of rechter. Dat kan toezichthouders aanmoedigen tot het uitvoeren van een veelheid aan leidraden, handvatten of beleidsregels waarvan de juridische betekenis niet zonder meer duidelijk is. Veelal wordt niet geëxpliciteerd welke benadering de wetgever bij het formuleren van open normen voor ogen staat. Dat betekent dat er veel ruimte is voor toezichthouders om hun eigen benadering te kiezen.

Een behulpzaam onderscheid dat wel wordt gemaakt, en zowel Barkhuysen en Van 't Lam als Joosen en Lieveise in hun preadviezen bespreken en illustreren, gaat uit van een verschil tussen '*objectieve*' en '*subjectieve*' open normen. Onder '*objectieve*' open normen kan men verstaan open normen met vage taalkundige begrippen zoals bijvoorbeeld 'bouwwerk' of 'gevaar'. Met de term '*subjectieve*' open normen wordt dan bedoeld op begrippen die een 'waarderend oordeel' vragen zoals de vraag of een bepaalde handelwijze 'noodzakelijk' of 'doelmatig' is.

Dat onderscheid roept vervolgens wel de vraag op hoe een toezichthouder en, uiteindelijk, de rechter moeten oordelen over het handelen van een justitiabele die zich beroept op de ‘open’ norm en de ruimte die de norm daarmee biedt. Barkhuysen en Van ’t Lam nemen als uitgangspunt dat er bij ‘open’ normen altijd ruimte is voor beoordeling (beoordelingsruimte), maar niet zonder meer steeds de *vrijheid* van beoordeling (beoordelingsvrijheid). Zij argumenteren dat bij ‘objectieve’ open normen de rechter ten volle de visie van de justitiabele en/of de toezichthouder kan toetsen en uiteindelijk bepaalt wat bepaalde ‘open’ begrippen wel of niet inhouden. Het betreft dan in de kern juridische interpretatievragen. In geval van ‘subjectieve’ open normen past een min of meer ‘marginale’ toetsing van het handelen van de justitiabele en de beoordeling van dat handelen door de toezichthouder. Die wordt mede bepaald door de mate waarin de wetgever geacht wordt beoordelingsvrijheid aan de toezichthouder te hebben willen toekennen (hetgeen natuurlijk op zichzelf ook weer door de rechter moet worden vastgesteld).

Als er beoordelingsvrijheid aan de toezichthouder wordt toegedacht, zal die wel worden begrensd door de mate waarin de normadressaat – in het geval van de CSDDD de daaraan onderworpen ondernemingen – voldoende duidelijk en ‘voorzienbaar’ moet zijn dat de toezichthouder een bepaald handelen onder de ‘open norm’ zal kunnen vatten. Dit *lex certa-beginsel* (zoals onder meer neergelegd in art. 7 EVRM) begrenst de ruimte voor de toezichthouder en zal in ieder geval door de rechter moeten worden bewaakt. In dit verband zij ook verwezen naar de beschouwingen van Joosen en Lieveise (par. 4.5) over rechterlijke toetsing. Ook zij benadrukken dat juist bij een open norm ‘bepaalbaar’ moet zijn welke gedragingen van de justitiabele verwacht worden. Bij toetsing dient de toezichthouder uitgebreid te motiveren waarom de invulling door een marktpartij tekortschiet. Zij geven het voorbeeld van het geval waarin de AFM bij toetsing aan een open norm (inzake overkreditering) volstond met een verwijzing naar de normen gesteld door een brancheorganisatie waarvan de betreffende onderneming geen lid was. Het CbB oordeelde dat zulks de aard van de ‘open norm’ miskende en dat moest worden getoetst of het beleid van de onderneming ‘ongeschikt’ was om het doel te bereiken. Joosen en Lieveise zien hierin een bevestiging dat bij ‘subjectieve open normen’ een min of meer marginale toetsing op haar plaats is. Een ander voorbeeld dat zij geven betreft de invulling door een pensioenfonds van het beleggingsbeleid in het licht van de ‘prudent person rule’. Het CbB verwierp in deze zaak het standpunt van DNB dat haar oordeel als toezichthouder slechts onderworpen was aan marginale toetsing. Hoe dit ook zij, met alle preadviseurs kan worden vastgesteld dat het *lex certa-beginsel*, in de woorden van Knibbeler in zijn preadvies, een ‘zware wissel’ trekt op verdere concretisering van de zorgplichten zoals vervat in artikel 7 en 8 CSDDD. Een belangrijk aspect daarvan is dat zonder nadere concretisering ingrijpende sancties (waarover hierna in par. 10 en 11) niet zonder meer mogelijk zullen zijn.

Een aanvullend onderscheid dat kan worden gemaakt is tussen ‘inspannings-’ en ‘resultaatsverplichtingen’. Bij een ‘resultaatsverplichting’ zal de rechterlijke toetsing zich bij het niet bereiken van het bedoelde resultaat kunnen richten op de vraag of er mogelijk schulduitsluitingsgronden zijn en verwijtbaarheid ontbreekt. Bij een

inspanningsverplichting zoals in geval van de meeste CSDDD-normen, zal de vraag zijn of in redelijkheid de gepaste inspanning is gepleegd. Men zou kunnen argumenteren dat daarin een beoordelingsvrijheid voor de toezichthouder ligt besloten en daarmee derhalve ook een meer marginale toetsing door de rechter van al of niet handhavend optreden door de toezichthouder. Hoe dit echter ook zij, juist in de CSDDD is met betrekking tot de daarin vervatte zorgverplichtingen, het onderscheid tussen een inspannings- en een resultaatsverplichting veelal niet goed te maken. De CSDDD-normen, zoals hiervoor geschetst, zijn eigenlijk een mengvorm van beide. Daarenboven geldt echter, en wellicht nog belangrijker, dat zowel in geval van inspannings- als resultaatsverplichtingen, de betreffende normen heel goed ‘open’ kunnen zijn geformuleerd (zoals in het geval van de CSDDD!). En dat leidt dan weer terug tot hetgeen in de vorige alinea is opgemerkt.

In aansluiting op het eerder (in par. 4) besproken aspect van overlappende wetgeving is een ander aspect van ‘open normen’ dat ‘zorgplichtbepalingen’ kunnen interfereren met specifieke wetgeving. Men denke aan de gedetailleerde milieuwetgeving in (en buiten) Nederland. In zo’n geval mag worden verwacht dat een rechter terughoudend zal zijn om aan te nemen dat een algemeen geformuleerde zorgplicht meer vereist dan reeds in specifieke wetgeving is neergelegd. Voldoen ondernemingen aan alle specifieke regels en is bijvoorbeeld een vergunning afgegeven dan zal niet zo snel kunnen gelden dat een *algemene zorgplicht* tot meer verplicht, tenzij sprake is van *ernstige (acuut dreigende) nadelige gevolgen* en/of schending van de zorgplicht ‘*onmiskkenbaar*’ is. Ik verwijs voor nadere beschouwingen ter zake weer naar het preadvies van Barkhuysen en Van ’t Lam (par. 4.3) en Joosen en Lieverse (par. 4). De laatstvermelden wijzen er terecht op dat voortgaande specifieke EU-regelgeving voor de financiële sector meebrengt dat de relevantie van de CSDDD voor die sector wordt beperkt. Zo bepaalt artikel 1 (3) CSDDD uitdrukkelijk dat specifieke EU-regelgeving die interfereert met de CSDDD met voorrang (boven de CSDDD) moet worden toegepast. Interessant in dit verband is dat de CSDDD zelf ook reeds specifieke regels voor financiële instellingen stelt die iets anders kunnen vereisen dan voor niet-financiële ondernemingen. Een voorbeeld is dat de CSDDD, in artikel 7 en 8 CSDDD, in beginsel aanstuurt op de beëindiging van zakelijke relaties met ondernemingen die de CSDDD normen schenden, maar dat zulks nu juist niet verplicht is voor ‘gereguleerde financiële ondernemingen’ in relatie tot hun kredietnemers (zie art. 7 lid 6 CSDDD). Joosen en Lieverse (par. 3.4) wijzen er in dit verband op dat hier anders gemakkelijk een conflict van plichten kan ontstaan met de algemene ‘zorgplicht’ (zoals neergelegd in art. 4:24a Wft) van financiële instellingen om juist met de belangen van hun kredietnemers rekening te houden. Tegelijkertijd, zo bespreken zij, kan die algemene ‘zorgplicht’ ook functioneren als een ‘open norm’ die juist mede het bereiken van CSDDD-doelstellingen kan omvatten (zoals het bevorderen van een transitie van klanten naar een meer duurzaam businessmodel). Ten slotte memoreren Joosen en Lieverse terecht dat een brede zorgplicht veel ruimte laat aan de betreffende onderneming en de toezichthouder (i.c. de AFM) op basis van die ‘algemene zorgplicht’ slechts handhavingsmaatregelen kan nemen, en aanwijzingen kan geven, als sprake is van een ‘evidente misstand’. Dit sluit aan bij de hiervoor belichte discussie over het *lex certa*-beginsel.



## 8 **De rol van voorlichting over, en ‘guidance’ met betrekking tot, nakoming van open normen in de CSDDD**

Conform het voorgaande, en het reeds meermaals vermelde *lex certa* beginsel, is bij de vraag naar handhaving van ‘open’ normen mede relevant of en in hoeverre ‘open normen’ nader kunnen worden ingevuld en gepreciseerd door toezichthouders. In dit verband wijs ik op de artikelen 13 en 14 CSDDD.

Artikel 13 CSDDD bepaalt dat ‘[t]eneinde ondernemingen of autoriteiten van de lidstaten steun te bieden voor de wijze waarop ondernemingen aan hun zorgvuldigheidsverplichtingen moeten voldoen’, de EU-Commissie, in overleg met de lidstaten en belanghebbenden, uiterlijk twee jaar na inwerkingtreding van de CSDDD, ‘richtsnoeren’ (‘guidelines’) uitvaardigt (curs. HJdK).

Voorts voorziet de CSDDD in artikel 14 dat de EU-lidstaten ondernemingen en hun zakenpartners informeren over de CSDDD-verplichtingen en hen ‘ondersteunen bij hun inspanningen om te voldoen aan de verplichtingen’. De middelen die daarvoor, onder meer, kunnen worden ingezet zijn ‘specifieke websites, platformen of portalen’. Daarbij wordt bijzondere aandacht besteed aan MKB-ondernemingen ‘in de ketens van activiteiten van ondernemingen’. De EU-Commissie kan ook eventuele maatregelen ter verdere ondersteuning nemen.

Artikel 14 lid 4 CSDDD bepaalt dat de EU-Commissie en de EU-lidstaten ook faciliteren in het geven van informatie over ‘sectorale regelingen en initiatieven waarbij meerdere belanghebbenden zijn betrokken’ die guidance geven met betrekking tot de nakoming van CSDDD-verplichtingen. Voorwaarde daarvoor is wel dat, in de ogen van de EU-Commissie en de EU-lidstaten, ‘dergelijke regelingen en initiatieven geschikt zijn om de nakoming van die verplichtingen te ondersteunen’. Ook in dit verband kan de EU-Commissie, in samenwerking met de lidstaten, ‘richtsnoeren’ (‘guidance’) uitvaardigen ter beoordeling van de ‘geschiktheid van regelingen van het bedrijfsleven en initiatieven van meerdere belanghebbenden’ (‘industry schemes and multi-stakeholder initiatives’).

## 9 **De juridische betekenis van de invulling van open normen door nadere richtsnoeren, handvatten, beleidsregels en wat dies meer zij**

Zoals hiervoor in paragraaf 7 besproken zal het, als sprake is van ‘open normen’, veelal niet daarbij blijven en kan meestal een corpus van aanvullende, al of niet informele, richtsnoeren, beleidsregels, handvatten, tegemoet worden gezien. De vraag kan worden gesteld wat de juridische betekenis daarvan is of moet zijn. Gaat het om gedelegeerde regelgeving die moet worden opgevolgd, of zijn de ‘richtsnoeren’ slechts wat ze zeggen te zijn, ‘guidance’ met betrekking tot de wijze waarop zorgvuldigheidsplichten kunnen worden ingevuld zonder dat alternatieve benaderingen worden uitgesloten? Die vraag komt hierna aan de orde.

Als sprake is van open normen betekent dat in de praktijk veelal dat toezichthouders hun eigen stelsel van leidraden, richtlijnen, verwachtingen, interpretaties,

beleidsregels en wat dies meer zij, gaan ontwikkelen. Soms voorziet de wet reeds impliciet of expliciet dat ‘beleidsregels’ worden gesteld. De hiervoor vermelde artikelen 13 en 14 CSDDD bieden daarvan een voorbeeld. Dat is ook in het Nederlandse recht een bekend fenomeen. Barkhuysen en Van ’t Lam geven in dit verband het voorbeeld in het omgevingsrecht dat ‘redelijke eisen van welstand’ in een gemeentelijke welstandsnota moeten worden ingevuld. In de praktijk ziet men overigens met grote regelmaat dat toezichthouders ook zonder expliciete aanwijzingen wettelijke ‘open normen’ invullen met ‘guidance’ van allerlei aard. Joosen en Lieveerse bespreken uitgebreid (par. 4) de regulering in de financiële sector op basis van de ‘open norm’ voor financiële instellingen waar sprake moet zijn van een *‘beheerste en integere’ bedrijfsuitoefening*. De beide toezichthouders, zowel DNB als de AFM, maar eenzelfde benadering zien zij ook terug bij de ECB, hebben op die basis een, zoals Joosen en Lieveerse het formuleren, ‘stevige beleidsagenda’ neergezet, onder andere rond hetgeen van financiële instellingen verwacht wordt met betrekking tot het beheersen, en verminderen, van de risico’s van klimaatverandering bijvoorbeeld door zo veel mogelijk aan te zetten tot het opstellen en realiseren van ‘transitieplannen’ ook bij hun cliënten (die verwant kunnen zijn aan de preventieve en corrigerende plannen zoals voorzien in art. 7-8 CSDDD waarover reeds hiervoor in par. 6.2 en 6.3), maar bijvoorbeeld ook tot productontwikkeling door banken (zoals ‘duurzaamheids-gelinkte leningen’) die passen bij risicobeheersing en het vergroten van de ‘duurzaamheidsbalans’ in de portefeuille. Strikt formeel gesproken is een financiële instelling hieraan niet zonder meer gebonden, maar Joosen en Lieveerse laten ook zien dat in de praktijk, en gelet op de gevoeligheid van een conflict met de toezichthouder, de meeste financiële instellingen een conflict uit de weg gaan en zich aan de guidance houden. Naast de invulling door toezichthouders kan invulling ook plaatsvinden door een brancheorganisatie of door een door de branche benoemde expertgroep, die bijvoorbeeld best practice-bepalingen formuleert, of door standaardsetters zoals de organisaties die verantwoordelijk zijn voor de bekende ISO- en NEN-normen. Ten slotte kunnen ook justiatabelen zelf de ruimte die een ‘open norm’ biedt gebruiken, bijvoorbeeld door zelf een plan tot naleving van de wettelijke verplichting op te stellen. In het kader van de CSDDD verwijs ik in dit verband nog eens naar de in de vorige paragraaf reeds vermelde artikelen 7 en 8 CSDDD die voorzien in het opstellen van ‘preventieve’ en ‘corrigerende’ actieplannen.

Artikel 13 CSDDD zwijgt over hoe en langs welke weg uiteindelijk tot de relevante ‘guidance’ door de Commissie kan worden gekomen. Wel wordt daarin vermeld dat de guidance uiterlijk twee jaar na inwerkingtreding van de CSDDD beschikbaar zou moeten zijn. In de praktijk zal dat samenvallen met het moment dat de CSDDD uiterlijk in nationale wetgeving moet zijn omgezet. Voorts vermeldt artikel 13 CSDDD dat ‘overleg met lidstaten en belanghebbenden’ wordt verwacht. Over hoe een dergelijk proces nader kan worden vormgegeven geeft de CSDDD geen guidance. Dat zal nog een uitdaging worden voor de praktijk.

Vooropgesteld dat rekening moet worden gehouden met de ‘richtsnoeren’ van de Commissie, bepleiten Joosen en Lieveerse in dit verband overigens dat de nationale toezichthouder(s) daarvan in ieder geval niet wezenlijk zouden moeten afwijken. Tegelijkertijd zien zij graag zo snel mogelijk zo veel mogelijk duidelijkheid, zodat

interne processen niet steeds met daarbij behorende kosten hoeven te worden aangepast, en roepen zij op (om dezelfde redenen) juist terughoudend te zijn met latere aanpassingen van de richtsnoeren. Wel menen zij (par. 5 van hun preadvies) dat de toezichthouder responsief zou moeten zijn als een marktpartij vraagt om een visie van de toezichthouder over bepaalde situaties en in zulke gevallen zo veel mogelijk verduidelijking zou moeten verschaffen. Waar het gaat om ‘subjectieve open normen’ bepleiten zij dat de toezichthouder, in overleg met marktpartijen, komt met ‘passende handvatten en richtsnoeren’ waarbij wel rekening wordt gehouden met aard, omvang en complexiteit van de onderneming. Nu het hier relatief nieuwe open normen betreft menen zij (par. 4.4) dat nuttig zou zijn dat de autoriteiten zich bij het opstellen van de guidance mede zouden baseren op verkennend onderzoek, rondetafelbijeenkomsten en feedbackrondes voordat tot een definitieve invulling wordt gekomen (par. 4.4). Daarbij zou overigens wat hen betreft, uitgangspunt moeten zijn dat de toezichthouder inzet op gedragsverandering zonder (buiten evidente gevallen) formeel te handhaven. Zij trekken daarbij uitdrukkelijk de parallel met de handhaving van de generieke zorgplicht zoals geformuleerd in de Wft (zie daarover par. 7 van deze bijdrage aan het slot) waarbij in beginsel slechts een boete kan worden opgelegd als ‘onmiskenbaar’ de zorgplicht is geschonden. Gaat het om ‘objectieve open normen’, dan zien Joosen en Lieveerse ook nog wel ruimte tot verduidelijking in de Nederlandse implementatiewetgeving.

Op dat laatste punt meent Knibbeler dat de ruimte daarvoor slechts beperkt zal bestaan. Overigens onderschrijft Knibbeler (in hoofdstukken 6 en 7 van zijn preadvies) dat essentieel zal zijn om tot nadere concretisering van de verplichtingen te komen. Daarbij kan ook het voorzien in begeleidende maatregelen als bedoeld in artikel 14 CSDDD zoals voorlichting, begeleiding door een ‘helpdesk’ en dergelijke een belangrijke rol vervullen. Dit is bijvoorbeeld in Duitsland reeds stevig in de grondverf gezet.<sup>9</sup> Wat betreft de ‘guidance’ als bedoeld in artikel 13 CSDDD bepleit Knibbeler om nadat de eerste guidance is gegeven, deze aan de praktijk aan te passen in een ‘iteratief proces’ en ook afscheid te nemen van een ‘orthodoxe toezichtstijl’. Daarbij ware te voorkomen dat ondernemingen afhankelijk worden van adviseurs die bij afwezigheid van guidance door de toezichthouder die leemte (moeten) gaan vullen. De CSDDD is niet opgesteld ten behoeve van adviserend en congresserend Nederland, zo vat Knibbeler zijn kijk op de zaak puntig samen. Toezichthouders zullen richting moeten geven nu de ‘open normen’ van de CSDDD nadere operationalisering en keuzes onontkoombaar maken. Daarbij zou fragmentatie van normen per jurisdictie moeten worden voorkomen en is een zo veel mogelijk geharmoniseerde EU-aanpak van groot belang zowel om die fragmentatie tegen te gaan, een level playing field te creëren als om de CSDDD effectief te laten zijn. Tegelijkertijd constateert hij dat zulk een richting geven wel kan leiden tot spanning met politieke gremia. Zijns inziens zouden vanuit mededingingsperspectief beleidskeuzes voor brede maatschappelijke doelen niet ten koste moeten gaan van de kerntaken van een mededingingsautoriteit en zou die toezichthouder zich niet primair moeten bezighouden met ‘verdelingsvraagstukken’. Juist vanwege dat

9. Zie nader daarover o.a. mijn bijdrage, H.J. de Kluiver, ‘Towards a Framework for Effective Regulatory Supervision of Sustainability Governance in Accordance with the EU CSDD Directive. A Comparative Study’, *ECFR* 2023, afl. 20, p. 203 e.v., m.n. p. 229 e.v.

potentiële raakvlak met politieke desiderata acht hij ook van groot belang dat toezichthouders publiekelijk verantwoording afleggen over de in hun guidance besloten liggende normering.

Uiteindelijk zal de vraag natuurlijk mede zijn hoe de ‘guidance’/‘richtsnoeren’ die de Commissie en andere toezichthouders gaan formuleren juridisch moet worden gewogen. Zoals hiervoor in paragraaf 7 besproken zal guidance een relevante rol kunnen spelen in het licht van het *lex certa*-beginsel en in die zin kunnen bijdragen aan toetsing van de ‘open’ norm en het eventueel opleggen van sancties, ook in het kader van de CSDDD (waarover nog hierna). Voor het overige zal het toch mede afhangen van de aard (‘objectief’ of ‘subjectief’) van de betreffende ‘open norm’ zoals in paragraaf 7 besproken en het antwoord op de vraag in hoeverre de norm zelf voorziet in verdere guidance door de toezichthouder. In die zin verschaft artikel 13 CSDDD in ieder geval (enige) duidelijkheid aan zowel de toezichthouder als de justitiabelen, dat de toezichthouder zich vrij mag voelen nadere guidance te ontwikkelen. In het midden blijft echter wel hoe ver de toezichthouder daarin mag gaan. In ieder geval zal daarvoor als minimale eis mogen worden gesteld dat sprake is van transparantie en consistentie. Voorts mag worden gehoopt dat dit ook niet ontardt in een woud van specifieke regels die enerzijds een innovatieve beleidsvorming en beleidsvoering belemmeren en waarvan anderzijds de effectiviteit zeer kan worden betwijfeld. Ik verwijs naar hetgeen ik hiervoor in paragraaf 4 reeds besprak. Gaat een toezichthouder al te enthousiast aan de slag dan kan op een gegeven moment de fundamentele vraag rijzen of de toezichthouder essentiële keuzes maakt die eigenlijk legitimatie van de wetgever zouden vereisen. Ook die grens zal uiteindelijk door de rechter moeten worden bewaakt.

## 10 Handhaving van de CSDDD en beschikbare sancties

De CSDDD voorziet, naast mogelijke civielrechtelijke aansprakelijkheid, uitdrukkelijk in handhaving door één of meer ‘toezichthoudende autoriteiten’ (*‘supervisory authorities’*). Wie die autoriteit(en) zou(den) moeten zijn is, zoals hiervoor reeds besproken, overgelaten aan de EU-lidstaten.

### 10.1 Bevoegdheden van de toezichthouder volgens de CSDDD

De artikelen 17 en 18 CSDDD gaan ervan uit dat de EU-lidstaten toezichthoudende autoriteiten aanwijzen die over ‘passende bevoegdheden en middelen beschikken om de hen krachtens de artikelen 6 tot en met 11 en artikel 15 toevertrouwde taken uit te voeren (...). Ten aanzien van artikel 15 verlangen de lidstaten van de toezichthoudende autoriteiten louter erop toe te zien dat ondernemingen het [klimaat]plan hebben aangenomen’.

Wat betreft deze laatste beperking (met betrekking tot het klimaatplan) zij wel aangetekend, het kwam hiervoor reeds ter sprake, dat het Europees Parlement die niet accepteert. Het wenst dat een toezichthoudende autoriteit niet slechts toeziet op het feit dat er zo’n (klimaat)plan is, maar ook of zo’n plan voldoet aan inhoudelijke eisen (kort gezegd geschikt is om de doelstelling van ‘Parijs’ te halen).

Voorts vindt men in deze bepalingen algemene aanwijzingen over de vraag hoe toezichthouders hun taak worden geacht te vervullen. Zo geldt dat een toezichthoudende autoriteit de betrokken onderneming een passende termijn geeft om corrigerende maatregelen te nemen, indien dergelijke maatregelen mogelijk zijn (zie art. 18 lid 4 CSDDD). Tegelijkertijd geldt echter dat het feit dat corrigerende maatregelen worden ondernomen op zich niet in de weg staat aan het 'opleggen van sancties of het doen ontstaan van wettelijke aansprakelijkheid'.

Wat betreft de bevoegdheden van de nationale toezichthouders geldt volgens artikel 17-18 CSDDD dat toezichthoudende autoriteiten bij de implementatie van de CSDDD *in ieder geval* de bevoegdheid moeten krijgen om (art. 18 lid 5 CSDDD):

- (a) **bevelen** te geven aan ondernemingen teneinde:
  - i. de inbreuken op de verplichtingen voortvloeiend uit de CSDDD te beëindigen;
  - ii. zich te onthouden van bepaalde gedragingen c.q. de herhaling daarvan; en
  - iii. herstel te bieden evenredig aan de inbreuk en noodzakelijk om de inbreuk te beëindigen;
- (b) **sancties/boetes** op te leggen overeenkomstig artikel 20 CSDDD; en
- (c) **tussentijdse/onmiddellijke voorzieningen** te gelasten in een dringend geval van risico op ernstige en onherstelbare schade.

In de voorstellen van het Europees Parlement wordt aan een en ander toegevoegd dat de toezichthoudende autoriteit ook de 'prioritering' zelf, zoals door de vennootschap gehanteerd en nader omschreven in artikel 6a CSDDD (zie daarover par. 6.3 hiervoor), zou mogen beoordelen.

Voorts wenst het Europees Parlement toegevoegd te zien dat (voor de onderneming) 'positieve' beslissingen van toezichthoudende autoriteiten, niet de mogelijke civiele aansprakelijkheid vermindert. Anders gezegd; in de visie van het Europees Parlement zou instemming van de toezichthoudende autoriteit met een beleid van een onderneming geen effect mogen hebben op de beoordeling van civielrechtelijke aansprakelijkheid.

## 10.2 Aspecten die toezichthouders moeten meewegen bij het opleggen van boetes

Wat betreft het opleggen van *boetes* bepaalt artikel 20 CSDDD dat de toezichthouder bij het beantwoorden van de vraag of een boeteoplegging geïndiceerd is, uitdrukkelijk in aanmerking zal nemen:

- de **acties** die door de onderneming zijn ondernomen om aan de eisen van de CSDDD te voldoen;
- welke **investeringen** de onderneming daartoe heeft gedaan alsmede;
- of en in hoeverre '**in samenwerking met andere entiteiten**' is getracht tot **naleving** te komen.

Wat betreft de hoogte van de boetes geldt dat die mag worden gerelateerd aan de wereldwijde netto-omzet. Ten slotte is voorzien dat sanctiebesluiten (op anonieme

basis) ook worden gedeeld met andere toezichthouders binnen het kader van een op te richten European Network of Supervisory Authorities.

## 11 Open normen en mogelijke sancties nader bezien

Interessant is dat de hiervoor besproken bepalende aspecten van de CSDDD zoals de vraag naar de betekenis van open normen en de mogelijkheid en bevoegdheid om die door nadere guidance in te vullen, mede een effect hebben op de sancties die (kunnen) worden opgelegd. Hoewel de CSDDD uitdrukkelijk bepaalt dat een breed palet van vergaande sancties aan toezichthouders wordt aangereikt, zal al hetgeen hiervoor reeds is opgemerkt over de problematiek van ‘open normen’ en het *lex certa*-beginsel, zeker in aanvang van de toepassing van de CSDDD, meebrengen dat toezichthouders zich minder zullen kunnen richten op het opleggen van boetes en meer zullen moeten oriënteren op het geven van guidance en waarschuwingen en eventueel het opleggen van een last onder dwangsom. Daarin kan dan betrekkelijk nauwkeurig worden aangegeven wat van de onderneming in kwestie wordt verwacht als ook een bijdrage worden geleverd aan het ontwikkelen van de in de vorige paragraaf besproken ‘guidance’. Mijns inziens wordt op deze wijze overigens niet slechts bijgedragen aan een juridisch aanvaardbare benadering, maar dragen dergelijke vormen van toezicht ook veel meer bij aan het daadwerkelijk realiseren van de CSDDD-doelstellingen. Om dezelfde redenen ligt het al helemaal niet voor de hand dat zorgplichtbepalingen worden gesanctioneerd met strafrechtelijke handhaving.

Ik verwijs weer naar de les die Barkhuysen en Van ’t Lam ontleen aan hun beschouwing inzake open normen in het bestuursrecht dat de indringendheid van handhavende sancties in geval van ‘open normen’, zoals die ook zijn opgenomen in de CSDDD, mede zal afhangen van de invulling die daaraan zal worden gegeven in nadere regelgeving, beleidsregels, andere — eventueel door de betreffende sector — opgestelde normen en best practices. Waar de norm onvoldoende duidelijk is zal enerzijds meer ruimte aan de onderneming moeten worden gelaten en heeft dat ook zijn weerslag op het sanctie-instrumentarium van de toezichthouder.

Behalve de vermelde sancties die volgens de CSDDD ‘in ieder geval’ aan nationale toezichthouders ten dienste moeten staan, mag een lidstaat overigens ook in andere sancties voorzien. Knibbeler (in hoofdstuk 4 van zijn preadvies) wijst in dit verband op het ruime sanctiearsenaal dat de ACM ten dienste staat. Behalve de praktijk van (concept)beleidsregels, leidraden en zienswijzen wijst hij nadrukkelijk op de praktijk van de zogenaamde ‘toezeggingsbesluiten’ in de zin van artikel 12h Instellingswet Autoriteit Consument & Markt. Die bepaling maakt het mogelijk dat de ACM een door ondernemingen gedane toezegging ‘bindend’ verklaart in een door haar genomen besluit. Wordt de toezegging dan niet door de onderneming nagekomen dan is daarmee gegeven dat in strijd met het ACM-besluit gehandeld is en gelden de bijbehorende sancties. De ACM heeft krachtens de Instellingswet de vrijheid van dit middel gebruik te maken als zij dit ‘doelmatiger acht dan het opleggen van een bestuurlijke boete of last onder dwangsom’ (zie art. 12h lid 2 Instellingswet Autoriteit Consument & Markt). De ACM kan ook de duur van zo’n arrangement bepalen. De wettelijke regeling brengt wel mee dat voorafgaande aan de formele

besluitvorming, andere marktpartijen in de gelegenheid worden gesteld zich uit te laten (art. 12h lid 8 Instellingswet Autoriteit Consument & Markt). Boeiend is de beschrijving van Knibbeler hoe de ACM dit regelmatig doet uitdijen tot toezeggingen van de onderneming om bijvoorbeeld een aanvullend complianceprogramma te implementeren en zelfs om een schenking te doen aan een maatschappelijke organisatie zonder dat zo'n bedrag fiscaal in aftrek mag worden gebracht (!). Argument voor deze laatste methodiek is overigens voor de ACM dat schade door het schenden van zorgplichten en dubieus mededingingsrechtelijk handelen vaak moeilijk individueel te bepalen is. Met name bij haar toetsing van 'duurzaamheidsclaims' maakt de ACM derhalve gebruik van dit instrument om bijvoorbeeld ondernemingen te dwingen tot donaties aan CO<sub>2</sub>-projecten (zoals bosaanlegprojecten en dergelijke).

Behalve dat Knibbeler toelicht dat de ACM over een flexibel toezichtsinstrumentarium beschikt, benadrukt hij ook dat juist de ACM ook gewend is prioriteiten te stellen mede op basis van 'schadelijkheid' van het handelen en het maatschappelijk belang daarvan (daaronder schaaft de ACM ook duurzaamheid), maar ook de vraag of optreden 'doeltreffend en doelmatig' is). Dat heeft een eigen toezicht stijl opgeleverd waarbij vooral wordt gezocht naar structurele verbetering en niet per se sanctionering (zie reeds hiervoor). De ACM heeft ook de ruimte om klachten niet op te volgen met handhaving mits dat wordt gemotiveerd conform haar prioriteeringsbeleid. Voldoende kan zijn dat 'niet evident' is dat sprake is van een overtreding. Een algemene beginselplicht tot handhaving is er niet (tenzij uitdrukkelijk een overtreding is geconstateerd). Knibbeler bespreekt dat dit ook bij handhaving van de CSDDD een goed kader kan bieden nu onmogelijk zal zijn alles op hetzelfde moment te doen. Wel geldt dat artikel 19 CSDDD voorziet in klachtrecht van derden. Dat roept de vraag op in hoeverre dat het beleid van de ACM kan doorkruisen (waarover hierna).

## 12 **Grenzen aan de samenwerking van ondernemingen bij het nemen van passende maatregelen zoals bedoeld in de CSDDD**

Bij het nemen van de hiervoor aangeduide maatregelen en met name het 'adequaat mitigeren' van negatieve effecten op milieu en mensenrechten, wordt in de CSDDD onderkend dat veel acties ook samen met andere ondernemingen zouden kunnen worden verricht. Men denke bijvoorbeeld aan het gezamenlijk vergaren van informatie omtrent toeleveranciers door de ondernemingen die daarvan producten afnemen en het onder druk zetten van toeleveranciers die het minder nauw nemen met eerbiediging van mensenrechten en het milieu. Zowel artikel 7 als 8 CSDDD gaat ervan uit dat dit een goed instrument kan zijn, zij het wel met eerbiediging van het mededingingsrecht.

In artikel 7 lid 2 sub e en artikel 8 lid 3 sub f CSDDD wordt verwacht dat ondernemingen bij het nemen van passende maatregelen ook betrekken de mogelijkheid om 'overeenkomstig het Unierecht, met inbegrip van het mededingingsrecht', samen te werken 'met andere entiteiten', 'om de onderneming beter in staat te stellen het negatieve effect te voorkomen of te verlichten, met name wanneer geen andere maatregel geschikt of doeltreffend is'.

### 13 **Open normen en samenwerking tussen ondernemingen getoetst aan het mededingingsrecht**

De hiervoor vermelde bepalingen roepen een aantal vragen op. Die komen specifiek aan de orde in het interessante preadvies van Knibbeler. Een belangrijk gezichtspunt voor Knibbeler is dat effectiviteit van de CSDDD mede samenwerking tussen ondernemingen zal eisen en zij daartoe onderling ‘duurzaamheidsafspraken’ moeten kunnen maken. Dat roept dan echter direct de vraag op of dat mededingingsrechtelijk wel in de haak is. Dat heeft ook geleid tot een ACM Leidraad alsook tot EU-richtsnoeren.

Knibbeler bespreekt welke eisen vanuit het mededingingsrecht daaraan gesteld worden. Een fundamentele vraag daarbij is of duurzaamheidsafspraken moeten worden gefaciliteerd door het mededingingsrecht als consumenten daar nadeel van ondervinden of dat dit de verantwoordelijkheid is van de wetgever. Een bekend voorbeeld betrof een kartel van supermarkten om ‘plofkippen’ niet meer te verkopen. Dit werd verboden door de ACM aangezien daarmee de kosten voor consumenten zouden stijgen. Ook een samenwerking om kolencentrales te sluiten sneuvelde nu daarmee 10% van het in Nederland opgewekte vermogen uit de markt werd genomen (en dus het aanbod verminderde). Knibbeler laat in zijn boeiende beschouwing zien dat en waarom er wel enige verschuiving is, maar dat zeker het EU-mededingingsrecht terughoudend blijft. Die terughoudendheid geldt ook als een aantal ondernemingen een collectieve boycot zou afspreken. Dit is zeer relevant in het kader van de CSDDD waar de CSDDD immers mede gericht is op het beïnvloeden en eventueel beëindigen van zakenrelaties met ondernemingen die zorgplichten met betrekking tot milieu en mensenrechten schenden. De vraag naar EU-recht is onder meer of sprake is van ‘onmisbaarheid’ van zo’n samenwerking. Zolang als nationale overheden kunnen optreden (bijv. door wetgeving) is dat mededingingsrechtelijk een omstreden punt. Knibbeler bepleit overigens dat hier wel ruimte voor zou moeten bestaan juist in deze context. Hij bespreekt door de ACM toegelaten initiatieven van gezamenlijke frisdrankleveranciers tot afschaffing van plastic handgrepen op multiverpakkingen, gezamenlijke ontwikkeling van opslag van CO<sub>2</sub> en een boycot door gezamenlijke tuincentra om geen planten af te nemen van leveranciers die illegale pesticiden gebruiken. Daartegenover sneuvelde een afspraak tussen BMW, Daimler en Volkswagen om gezamenlijk een standaard te ontwikkelen voor stikstofoxidereiniging omdat daardoor innovatie en concurrentie voor scherpere standaarden werden beperkt.

Voor dit soort samenwerking kan echter juist met betrekking tot hetgeen de CSDDD wil bereiken (bescherming van mensenrechten en milieu) voor acties tegen buiten de EU gevestigde leveranciers meer ruimte bestaan. De CSDDD voorziet dergelijke samenwerking ook in artikel 7 lid 2 sub e en artikel 8 lid 3 sub f CSDDD, maar wel als andere maatregelen niet ‘geschikt of doeltreffend’ zijn en met inachtneming van het mededingingsrecht. Het zal dus de vraag zijn, in overleg met de EU en nationale mededingingsautoriteiten wat hier wel of niet mag. Gaat het om internationaal bindende juridische (verdrags)verplichtingen dan is de rol van het mededingingsrecht beperkter. Knibbeler geeft het voorbeeld dat samenwerking tot uitbanning van kinderarbeid veel ruimte zou kunnen krijgen, maar bijvoorbeeld niet om



een bepaald aantal vrije dagen af te spreken (omdat daarmee wordt belemmerd dat bepaalde ondernemingen meer vrije dagen toekennen). Ook dan zal nog zorgvuldig worden gezien hoe specifiek de informatie is die wordt uitgewisseld. Identiteit van toeleveranciers, volumes en prijzen zullen veelal niet hoeven te worden gedeeld. Ten slotte wijst Knibbeler erop dat, zij het binnen strakke grenzen, voorafgaand aan bijvoorbeeld duurzaamheidsafspraken een ‘informele zienswijze’ van ACM of EU-Commissie kan worden verkregen. Knibbeler constateert dat zich inmiddels een ‘uitgebreide informele toezichtspraktijk’ heeft ontwikkeld. Daarbij is ook van belang dat de ACM ‘beoordelingsvrijheid heeft bij prioritering’.

#### 14 **De rol van belanghebbenden en derden in het kader van handhaving van de CSDDD**

Bij de vraag naar handhaving van de CSDDD speelt ook een rol of en in welke mate belanghebbenden of andere derden daarin een positie (kunnen) hebben. De CSDDD beantwoordt die vraag bevestigend.

Artikel 9 CSDDD bepaalt dat ondernemingen moeten voorzien in een klachtenprocedure die openstaat ten behoeve van:

- a. ‘personen die worden getroffen of redelijke gronden hebben om aan te nemen dat zij getroffen kunnen worden door een negatief effect’;
- b. ‘vakbonden en andere werknemersvertegenwoordigers die personen vertegenwoordigen die in de betrokken keten van activiteiten werkzaam zijn’;
- c. ‘maatschappelijke organisaties die actief zijn op de gebieden die verband houden met de negatieve effecten voor mensenrechten of milieu waarop de klacht betrekking heeft’.

Indien de klachten inderdaad wijzen op een schending van de verplichtingen vervat in met name de artikelen 6-8 van de CSDDD dan worden ondernemingen geacht alsnog de geëigende maatregelen te nemen.

Artikel 19 CSDDD opent daarnaast de mogelijkheid voor ‘een ieder’ om – eventueel zonder eerst de onderneming te benaderen – een klacht in te dienen bij de toezichthouder. Voldoende daarvoor is dat sprake is van redenen en ‘gemotiveerde bezwaren’ (*‘substantiated concerns’*) om aan te nemen dat een onderneming de CSDDD niet naleeft. Artikel 19 lid 3 CSDDD vereist dat de toezichthouder een melding ter zake binnen redelijke termijn beoordeelt en ‘in voorkomend geval’ (*‘where appropriate’*) bij gegrondbevinding ook naar aanleiding daarvan zal optreden. Over de conclusie van de toezichthouder moet de klager zo spoedig mogelijk worden geïnformeerd.

Als de klager, overeenkomstig het nationale recht, een ‘rechtmatig belang’ (*‘legitimate interest’*) heeft, kan deze het eventueel achterwege blijven van actie door de toezichthouder laten toetsen door een rechter of andere daartoe aangewezen onafhankelijke publiekrechtelijke instantie. Wat een ‘rechtmatig belang’ inhoudt is niet aangegeven, maar ik neem aan dat in ieder geval de personen en organisaties vermeld in artikel 9 CSDDD worden geacht zo’n belang te hebben.

## 15 **Handhaving en handhavingsbeleid en de rol van derden**

De vermelde bepalingen leiden ertoe dat de handhaving van de CSDDD-open normen niet uitsluitend afhangt van het initiatief van toezichthoudende autoriteiten, maar dat ook het algemene publiek de aandacht op normschendingen kan vestigen. Van oudsher geldt in het bestuursrecht en op veel specifieke gebieden vaak wel dat hier in meer of mindere mate de vraag wordt gesteld of een klager ook 'belanghebbende' is. Bekend is het uitgangspunt van artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) dat een belanghebbende is 'degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken'. Knibbeler wijst ook nog op de bestuursrechtelijke relativiteitsnotie in artikel 8:69a Awb (zie Knibbeler, par. 4.3). Ondertussen zijn er ook wettelijke regelingen waarin een belanghebbende vereiste niet wordt gesteld.

De CSDDD voorziet enigszins in een mengvorm. In beginsel dient een klager 'belanghebbende' te zijn om ontvangen te worden door een onderneming en/of rechter, maar dat geldt niet voor een klacht bij de toezichthouder. Dat roept wel de vraag op hoe de toezichthouder hiermee moet omgaan. Anders gezegd: is er een plicht om klachten te onderzoeken en bij constatering van een overtreding te handhaven? Zowel Barkhuysen en Van 't Lam als Knibbeler belichten dat dit niet zonder meer het geval is. Het Nederlandse recht biedt ruimte voor de toezichthouder om beleid te voeren waarin prioriteiten worden gesteld. Een dergelijk 'prioriteringsbeleid' van de toezichthouder kan voldoende motivering inhouden van een beslissing door de toezichthouder om een klacht niet te vervolgen en geen sanctie op te leggen (zie nader Knibbeler, par. 4.2). Dat kan anders liggen als overtreding evident is of daadwerkelijk door de toezichthouder is geconstateerd.

Ik merk nog op dat (ook) in het initiatiefwetsvoorstel VDIO (*Kamerstukken II 35761*), waarover hiervoor reeds paragraaf 3, in artikel 3.1.1 lid 4 wordt voorzien dat de toezichthouder een 'prioriteitenbeleid' met betrekking tot handhaving opstelt en publiceert. Tegelijkertijd wordt echter ook voorzien dat 'een ieder', mits 'voldoende gemotiveerd', bij de toezichthouder een 'verzoek tot handhaving' kan indienen. Hoe die twee elementen te combineren zijn is niet aanstonds geheel duidelijk.

## 16 **Afronding. Toetsing van open normen en mogelijke toezichtstrategieën van toezichthouders**

Wat toezicht zou moeten inhouden en wat dat zou vergen wordt ingewikkelder naarmate de regels en normen waarop toezicht moet worden gehouden breder en opener zijn. De regel die verbiedt door rood te rijden is voor een toezichthouder eenvoudig te handhaven. De norm dat geen verkeersdeelnemers in gevaar mogen worden gebracht is, zeker bij een inherent gevaarlijke bezigheid als 'verkeer', al weer vele malen moeilijker. En als de regel inhoudt dat moet worden getracht het gevaar te mitigeren en pas op termijn daar een einde aan moet worden gemaakt, althans als daardoor het belang van de overtreder niet onevenredig wordt geschaad, dan wordt het nog weer aanzienlijk complexer.

Die complexiteit en de daaruit voortvloeiende onzekerheid gelden zowel voor de onder toezicht gestelde als de toezichthouder. Toezichthouders kunnen ter hantering daarvan verschillende handhavingsstrategieën volgen variërend van rigide tot flexibel. Als drie kernelementen daarvan worden wel gezien (i) de handhavingsprioriteit, (ii) de handhavingsinspanning en (iii) de handhavingsinstrumenten.<sup>10</sup> Wat betreft de handhavingsprioriteit heeft de notie dat het handhavingsbeleid risicogericht (*'risk based'*) moet zijn, steeds meer aan populariteit gewonnen. De aandacht gaat aldus primair uit naar de meest schadelijke gedragingen. De handhavingsinspanning en de in te zetten instrumenten zullen vervolgens mede worden bepaald door de vraag of een toezichthouder met name preventief en overredend wil optreden of met name bestraffend. De keuze daartussen kan uiteraard mede bepaald worden door de aard van de regels. Naarmate de regels eenduidiger zijn, zal de verleiding van een bestraffend optreden groter kunnen worden. In het licht van de open normen die de CSDDD kenmerken, en al hetgeen hiervoor is besproken, lijkt een dergelijke op bestraffing gerichte benadering voor toezichthouders niet heel aantrekkelijk. In dit verband vermeld ik ook de handhavingstheorie die bekendstaat als *'responsive regulation'*.<sup>11</sup> Die breed aanvaarde benadering gaat uit van een overredende en waarschuwendende benadering die pas escaleert in boetes en andere 'harde' sancties als overleg en aanmoediging niet tot naleving hebben geleid.

In het kader van regelgeving op basis van open normen, zoals de CSDDD, zal ook een strategie nodig zijn met betrekking tot nadere invulling van die open normen.<sup>12</sup>

Grofweg zie ik in dat opzicht de volgende mogelijkheden:

- a. Een strategie voor een toezichthouder kan zijn om zich niet te committeren aan enige verduidelijking van de open normen, alle kaarten tegen de borst te houden en al naargelang de situaties die zich aandienen te besluiten om al of niet sancties op te leggen zonder extern enig beleid en/of beleidsregels te expliciteren;
- b. Een tweede strategie kan zijn dat de toezichthouder juist voor de meest strenge en strikte interpretatie van de regel kiest vanuit de gedachte dat de toezichthouder dan nooit iets te verwijten valt. Dat zal echter in het licht van de 'open normen' van de CSDDD tot veel discussie en juridische procedures leiden omdat nu eenmaal een grondtoon van de CSDDD is dat rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval;
- c. Een derde strategie zou inhouden om enige nadere interpretatie van de normen (al of niet ontleend aan het wetgevingsproces) te verschaffen, maar in zodanige

10. Zie P. de Winter, 'Toezichtstheorie', in: R. Muller, F. de Vries & H. Winter (red.), *Toezicht. Beschouwingen over inspecties en autoriteiten*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 77, 81 e.v. In dezelfde bundel zie men ook F. de Vries, 'De publieke waarde van toezicht', in: R. Muller, F. de Vries & H. Winter (red.), *Toezicht. Beschouwingen over inspecties en autoriteiten*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 125 e.v. die op p. 136 e.v. uitdrukkelijk ingaat op de vragen en bezwaren die kunnen rijzen als een toezichthouder al te enthousiast een eigen invulling geeft aan 'open normen'.

11. Zie De Winter 2023, p. 86.

12. Vgl. onder meer A. Kasdorp, 'Tussen Scylla en Charybdis. Spanningsvelden en taakopvattingen in het licht van schadelijk maar legaal ondernemingsgedrag', *TvT* 2016, afl. 2, p. 29 e.v. die de kwestie benadert vanuit een typologie van toezichthouders en hun taakopvatting (p. 34-36) waarin zij onderscheidt tussen de toezichthouder als (a) juridisch handhaver, (b) 'overheidsvertegenwoordiger', (c) sociale bemiddelaar of (d) maatschappelijk regisseur en de dilemma's voor de verschillende typen toezichthouders illustreert.

- voorzichtige bewoordingen dat de justitiabele er nog niet veel wijzer van wordt;
- d. Een vierde strategie zou zijn dat de toezichthouder probeert om zo veel mogelijk guidance te geven aan ‘onder toezicht gestelden’, bij voorkeur na consultatie van de betrokken (markt)partijen en organisaties, over hoe de diverse ‘open normen’ in de CSDDD moeten worden verstaan zonder overigens in te gaan op haar handhavingsstrategie (en eventuele prioritering van de onderwerpen van toezicht);
  - e. Een vijfde mogelijke strategie is om op het moment of nadat de ‘guidance’ is gepubliceerd, expliciet aan te geven op welke aspecten een toezichthouder in een bepaald timeframe zich zal concentreren (klassieke voorbeeld: de politie die aankondigt de eerste twee weken van november massaal te controleren op fietsverlichting). Dat zou goed aansluiten bij de benadering van de CSDDD van een stapsgewijze en prioriterende benadering;
  - f. Een zesde strategie ten slotte zou aansluiting kunnen zoeken bij bestaande (sector)initiatieven die een nadere invulling geven bijv. in de vorm van best practices hoe met de CSDDD dient te worden omgegaan. Aanvaardde ondernemingen dergelijke best practices, dan zou, in het kader van een risicogericht toezicht, de toezichthouder dergelijke ondernemingen aan een lichter toezichtsregime kunnen onderwerpen. Dat kan ook worden neergelegd in nadere afspraken met toezichthouders, bijvoorbeeld in een ‘Compliance Handvest’.<sup>13</sup>

Uit het voorgaande overzicht kan worden gedistilleerd dat als een toezichthouder, ook juridisch, effectief wil zijn de eerste drie strategieën eigenlijk niet zullen werken. Zowel de juridische houdbaarheid van eventuele maatregelen als de beïnvloeding van de praktijk zal dan ontbreken. Bij het ontwikkelen van een strategie met betrekking tot de handhaving van de CSDDD, zal derhalve het startpunt moeten zijn om te voldoen aan hetgeen hiervoor onder d is geschetst. Afhankelijk van het oordeel over de effectiviteit daarvan en de opties vermeld onder e en f, zou tot een meer specifieke handhavingsstrategie kunnen worden gekomen. Doelstelling daarvan zou zo veel mogelijk moeten zijn dat gezamenlijk in dialoog met marktpartijen wordt gebouwd aan operationaliseerbare regels die recht doen aan de ‘open’ normen in de CSDDD en de afwegingen die ondernemingen moeten (kunnen) maken, alsmede bijdragen aan het creëren van een gelijk speelveld en het waarborgen van de integriteit van de markt.

13. Zie in dit kader het voorstel van de SER vervat in [ser.nl/-/media/ser/downloads/engels/2021/duel-diligence-sustainable-supply-chains.pdf](https://ser.nl/-/media/ser/downloads/engels/2021/duel-diligence-sustainable-supply-chains.pdf). Een andere vorm is dat ondernemingen compliance afspraken maken met de toezichthouder. Zie bijvoorbeeld met betrekking tot de naleving van de Telecommunicatiewet het (vernieuwde) ‘Compliance Handvest’ tussen KPN en ACM, [acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13072/vernieuwd-compliance-Handvest-KPN-en-ACM](https://acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13072/vernieuwd-compliance-Handvest-KPN-en-ACM).

# Handhaving van open, op duurzaamheid gerichte CSDDD-normen: lessen uit het bestuursrecht

Prof. mr. T. Barkhuysen en mr. dr. V.M.Y. van 't Lam\*

## 1 Inleiding

### 1.1 Publiekrechtelijke handhaving in de CSDDD-Richtlijn<sup>1</sup>

Op de materiële inhoud van de open normen van de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) is Harm-Jan de Kluiver hiervoor al ingegaan.<sup>2</sup> Daarop gaan wij in deze bijdrage zodoende niet in. Wij bespreken wat naar onze mening de lessen zijn uit het bestuursrecht voor de handhaving van de open CSDDD-normen.

Publiekrechtelijke handhaving krijgt een belangrijke plaats toebedeeld in de CSDDD-Richtlijn. In het ontwerp van de richtlijn is een regeling opgenomen in de artikelen 17-21.<sup>3</sup>

Artikel 17 lid 1 bepaalt dat de lidstaten een publiekrechtelijke toezichthouder moeten aanwijzen en bepaalt ook welke toezichthouder bevoegd is. Deze moet onafhankelijk zijn en mag geen markt- of tegenstrijdige belangen hebben met de onder toezicht staande bedrijven of in andere sectoren. Artikel 18 lid 1 vereist dat toezichthouders adequate bevoegdheden hebben, waaronder het verzoeken om informatie en het uitvoeren van onderzoeken en ook voldoende (financiële) middelen hebben om het toezicht te kunnen uitoefenen. Artikel 18 lid 2 bepaalt in combinatie met artikel 19 dat een toezichthouder niet alleen ambtshalve onderzoek kan doen, maar ook op basis van gesubstantieerde bedenkingen van iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die een redelijk vermoeden heeft dat een onderneming een overtreding begaat. Wanneer toezichthouders in andere lidstaten onderzoek willen doen, moeten ze om assistentie verzoeken van de toezichthouder in die lidstaat op basis van artikel 21 lid 2.

---

\* Tom Barkhuysen is advocaat-partner bij Stibbe te Amsterdam en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Valérie van 't Lam is advocaat-partner bij Stibbe te Amsterdam en verbonden aan de universiteiten van Amsterdam en Utrecht. Zij danken mr. Tess Linders, professioneel support lawyer bij Stibbe, voor haar onontbeerlijke hulp.

1. In deze bijdrage wordt uitgegaan van de versie van de Raad, te raadplegen via: [eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_15024\\_2022\\_REV\\_1](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15024_2022_REV_1).
2. Zie in deze bundel de bijdrage van H.J. de Kluiver, 'Open normen, toezicht en duurzaamheid in de CSDDD. Een overzicht'.
3. Vgl. M.W. Scheltema, 'Bestuursrechtelijk toezicht op corporate sustainability due diligence', *NTBR* 2022/44; M. Baks & K. Lieverse, 'Supervision and Enforcement under the CSDD', *Ondernemingsrecht* 2023/34; M.W. Scheltema, 'Bestuursrechtelijk toezicht op gepaste zorgvuldigheid (buiten de EU)', *NTB* 2023/171.

Artikel 18 lid 5 bepaalt welke mogelijkheden een toezichthouder in ieder geval moet hebben om overtredingen aan te pakken. Daarbij gaat het om (a) een bevel tot het staken van de overtreding, (b) een bevel om de overtreding in de toekomst te voorkomen, (c) het gelasten van herstel voor zover dat proportioneel is ten opzichte van de inbreuk en nodig is om de overtreding te beëindigen, (d) het opleggen van (geldelijke) sancties uit artikel 20 en (e) het opleggen van voorlopige maatregelen om ernstige en onomkeerbare schade te voorkomen.

Artikel 20 betreft de sancties die toezichthouders moeten kunnen opleggen. Deze moeten proportioneel, effectief en afschrikwekkend zijn. Daarbij kan op grond van lid 2 rekening worden gehouden met de wijze waarop de onderneming (a) heeft geprobeerd de door de toezichthouder geëiste maatregelen te implementeren, (b) gerichte ondersteuning heeft geboden aan de (kleinere) leverancier (waar de aantasting heeft plaatsgevonden) om dergelijke aantastingen te voorkomen of te mitigeren, (c) investeringen heeft gedaan in contractuele garanties, auditing en het monitoren van naleving door leveranciers dan wel (d) met andere entiteiten heeft samengewerkt om die aantastingen te adresseren. Uit de leden 3 en 4 volgt verder dat geldelijke sancties moeten worden bepaald op basis van omzet en dat lidstaten erop moeten toezien dat aan bedrijven opgelegde sancties worden gepubliceerd.

Artikel 21 voorziet in de oprichting van een Europees netwerk van toezichthouders. Dit netwerk moet blijkens lid 1 de samenwerking tussen nationale toezichthouders bevorderen en ook de coördinatie en afstemming van regelgevingspraktijken, alsmede van de onderzoeks- en sanctioneringspraktijk en van de toepassing van de toezichtsbevoegdheden. Uit de bijdrage van Knibbeler blijkt trouwens dat de (formele of informele) coördinatie aanzienlijk moet worden versterkt als de CSDDD-praktijk daadwerkelijk beoogt een level playing field te zijn.<sup>4</sup>

## 1.2 **Aanleiding, vraagstelling en opzet van deze bijdrage: open normen als uitdaging voor publiekrechtelijke handhaving**

Het is aannemelijk dat de nog vast te stellen richtlijn als het gaat om de verplichtingen voor de ondernemingen veel open, vage normen zal bevatten,<sup>5</sup> hetgeen de vraag oproept hoe daarmee in het kader van het publiekrechtelijke toezicht en de handhaving om te gaan. Voor adequaat toezicht en handhaving is immers uiteindelijk vereist dat zowel de ondernemingen als de toezichthouders weten welke verplichtingen er gelden. Dat laatste is als we kijken naar de ontwerprichtlijn echter niet evident. Wat zijn bijvoorbeeld de in artikel 6 van de richtlijn bedoelde ‘appropriate measures to identify actual and potential impacts on human rights and environment’? Dat is niet op voorhand duidelijk en dat geldt temeer nu deze verplichting ook ziet op aantastingen van mensenrechten en het milieu in de gehele waardeketen van een onderneming (waaronder dus ook haar toeleveranciers).

---

4. Zie in deze bundel par. 4.1 van de bijdrage van W. Knibbeler, ‘Toezicht door de ACM op verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen’.

5. Vgl. H.J. de Kluijver, ‘Onderneming en duurzaamheid. Over ondernemen, mensenrechten, milieu en klimaat, mede in Europees perspectief’, *WPNR* 2023, afl. 7407, p. 299-318.

Hoe dan toch handen en voeten te geven aan het publiekrechtelijke toezicht en de handhaving? Om dat uit te zoeken, gaat deze bijdrage te rade bij het bestuursrecht. Daar bestaat immers een ruime ervaring met open normen en het vormgeven van het toezicht en de handhaving ter zake.

Welke lessen volgen uit het bestuursrecht voor een adequate handhaving van open CSDDD-normen? Om die vraag te beantwoorden zal om te beginnen worden gezien wat open normen zijn, waarom deze worden gebruikt en hoe dat te waarderen (par. 2). Daarna worden de mogelijkheden en grenzen onderzocht van het toezicht op en de handhaving van de naleving van open normen door zowel de rechter als door toezichthouders (par. 3). Dan wordt de bestuursrechtpraktijk van de omgang met open normen geschetst aan de hand van een aantal sprekende voorbeelden (par. 4) om mede op basis daarvan te komen tot lessen voor de adequate handhaving van open (CSDDD)-normen en een afronding (par. 5). Bij dit alles moet worden bedacht dat deze bijdrage niet beoogt om te komen tot concreet op de CSDDD-normen gerichte aanbevelingen. De ambitie van deze bijdrage is niet meer maar ook niet minder om de CSDDD-handhavingdiscussie te voeden met inzichten uit het bestuursrecht. Mogelijk kan daarmee in ieder geval worden voorkomen dat het wiel opnieuw wordt uitgevonden. Daarvoor is het CSDDD-project immers te urgent.

Dit preadvies ziet op open normen. Normen die vaag zijn, zijn ook open. Om die reden gebruiken wij die termen door elkaar.

## 2 Open normen: wat, waarom en hoe te waarderen?

### 2.1 Introductie: wat zijn open normen?

Open of vage normen zijn normen die tekstueel gezien nog geen direct toepasbare normatieve inhoud hebben en die een nadere invulling nodig hebben om concreet toegepast te kunnen worden. Gedacht kan worden aan wettelijke normen waarin vage begrippen zijn opgenomen als algemeen belang, openbare orde, het belang van de internationale rechtsorde, brandgevaar, doelmatigheid, gevaar of gezondheid. Naast een definitie vanuit de tekst van een open norm is ook een benadering mogelijk vanuit verantwoordelijkheidsoptiek. Met het gebruik van open normen is er sprake van een overdracht van een (nadere) regelgevende bevoegdheid van de wetgever naar andere actoren. Ten slotte kunnen open normen ook worden beschouwd vanuit de reguleringsruimte die de wetgever aan de normadressaat biedt. Denkbaar is immers dat de wetgever met het gebruik van een open norm beoogt om de normadressaat ruimte te geven voor (zelf)regulering.<sup>6</sup>

Open normen zijn er in verschillende soorten en maten, maar een belangrijk onderscheid kan worden gemaakt tussen een objectieve en een subjectieve variant. Onder objectieve vage normen kunnen regels met daarin vage taalkundige begrippen worden verstaan. Het bestuursrecht kent een groot aantal van deze begrippen en

---

6. J.Ph. van Lochem, *Open normen in het huurrecht. Ruimte versus rechtszekerheid* (Recht en Praktijk nr. VG11) (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 27-29 (met nadere verwijzingen). Vgl. A. Klap, *Vage normen in het bestuursrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 1-9.

als voorbeeld noemen Schlössels en Zijlstra de begrippen bouwwerk, slopen, gevaar, schade en gezondheid. In het normale spraakgebruik hebben deze begrippen een duidelijke betekenis, maar in een juridische context kunnen deze begrippen toch vragen oproepen.<sup>7</sup> Subjectieve vage normen zijn normen met daarin begrippen die vaak vragen om een waarderend oordeel van het bestuursorgaan, zoals de begrippen doelmatig, rechtvaardig en noodzakelijk. De wetgever normeert bestuursbevoegdheden vaak aan de hand van subjectieve vage begrippen om duidelijk te maken dat hij verwacht dat een bestuursorgaan zijn specifieke deskundigheid en kennis aanwendt.<sup>8</sup> Dit onderscheid heeft ook gevolgen voor de mate waarin een rechter de gekozen invulling van een vaag begrip kan toetsen, zoals hierna in paragraaf 3.1 nader aan de orde komt.

## 2.2 Waarom worden open normen gebruikt?

In het bestuursrecht wordt veel gebruikgemaakt van open of vage normen. Algemeen verbindende voorschriften en besluiten van algemene strekking zijn namelijk vaak niet zo op te stellen dat voor alle gevallen precies vooraf duidelijk gemaakt kan worden wat wel en wat juist niet verboden is, en bevatten daardoor noodgedwongen eerder vage normen.<sup>9</sup> Dit zorgt voor flexibiliteit. Bröring en Van Vorselen noemen als voorbeeld de Wet op het financieel toezicht.<sup>10</sup> Deze wet geeft de toezichthouders (De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten) veel ruimte in de vorm van open normen, zodat zij kunnen reageren op de dynamische en onvoorspelbare ontwikkelingen op de financiële markten.<sup>11</sup>

Ook Klap geeft in zijn proefschrift aan dat vage normen essentieel zijn. Hij legt een verband tussen de behoefte aan open normen en de ontwikkeling van de sociale rechtsstaat en veronderstelt dat het stellen van vage normen wenselijk is en tot op zekere hoogte ook noodzakelijk voor de taken die de overheid in de sociale rechtsstaat vervult.<sup>12</sup> Klap geeft aan dat dit komt doordat de *omvang van de overheids-taak* is toegenomen sinds de ontwikkeling van de sociale rechtsstaat. Doordat de interventie van de overheid in het maatschappelijke leven zo sterk is toegenomen, is volgens Klap een uitputtende en gedetailleerde normering niet realistisch. De wetgever kan door deze toename zich niet meer in alle hypothetische gevallen verdiepen en door gebruik te maken van open normen wordt tevens voorkomen dat onvoorziene of onvoorzienbare gevallen niet onder het bereik van de wettelijke norm vallen. Verder speelt het *technische karakter* van de taken die de overheid in de sociale rechtsstaat vervult een rol, aangezien de wetgever volgens Klap soms de nodige deskundigheid mist om meer dan globale normen te stellen. Volgens Klap is een argument voor het stellen van vage normen echter voornamelijk gelegen in de *aard en functie* van de taken die de overheid in de sociale rechtsstaat vervult. Met

7. R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 122-123.

8. Schlössels & Zijlstra 2017, p. 124.

9. F.C.M.A. Michiels e.a., *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 138-139.

10. H.E. Bröring & E.M. van Vorselen, 'Lex certa en het financieel bestuursrecht', *JBplus* 2013, afl. 3, p. 102.

11. Bröring & Van Vorselen 2013, p. 102-103.

12. Klap 1994, p. 25.



de verandering van de klassieke rechtsstaat met traditionele taken naar een sociale rechtsstaat is volgens Klap meer behoefte ontstaan aan normen die de te nemen beslissing niet vooraf in al haar bijzonderheden vastleggen.<sup>13</sup>

Vergelijkbaar met deze drie ontwikkelingen die Klap noemt, geeft Barendrecht de volgende drie oorzaken voor het ontstaan van stelsels met vage normen: het steeds complexer worden van de samenleving, de toename van overheids taken en de mentaliteit die de mens in het algemeen kenmerkt in de huidige tijd.<sup>14</sup>

Klap geeft verder aan dat open normen essentieel zijn voor het functioneren van de overheid, omdat ze ruimte laten voor een concrete belangenafweging en zorgen voor meer flexibiliteit en differentiëring.<sup>15</sup> Via het stellen van vage normen kan de wetgever bereiken dat de rechtsontwikkeling niet onnodig vastgelegd wordt zonder dat de rechtsvorming geheel uit handen wordt gegeven, terwijl de overheid wel snel op uiteenlopende en veranderende economische omstandigheden kan reageren. Daarnaast laten strikte of uitputtende normen volgens Klap het element van de belangenafweging onvoldoende tot uitdrukking komen.<sup>16</sup> Vage normen verschaffen de overheid vaak de beoordelingsruimte die voor een effectieve taakuitoefening vereist is.<sup>17</sup>

Voor de rechtspraak betekenen open normen volgens Van Lochem meer flexibiliteit die, mede gelet op toenemende complexiteit, functioneel kan zijn. Verder kunnen open normen in individuele gevallen de nodige ruimte bieden voor rechtvaardigheid.<sup>18</sup> Dit betekent allereerst ruimte voor overheidsinstanties: door de omvang en complexiteit van overheids taken zorgt een meer vage, algemene omschrijving van deze taken voor ruimte.<sup>19</sup> Ook betekent dit ruimte voor de rechter: open normen in de wetgeving bieden aan de rechter de ruimte om te oordelen aan de hand van de omstandigheden van de zaak die voorligt.<sup>20</sup>

Voor de wetgever kunnen open normen een middel zijn om de omvang van wetgeving te beperken (deregulering) en is het gebruik daarvan functioneel wanneer de wetgever normering gewenst acht, maar deze wil of moet overlaten aan organisaties en deskundigen op het desbetreffende terrein (bevorderen van communicatieve wetgeving).<sup>21</sup>

---

13. Klap 1994, p. 25.

14. J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992, p. 4-5.

15. Klap 1994, p. 27-28.

16. Klap 1994, p. 30.

17. Klap 1994, p. 31.

18. Van Lochem 2019, p. 30 e.v.

19. Van Lochem 2019, p. 39.

20. Van Lochem 2019, p. 40.

21. Van Lochem 2019, p. 30 e.v.

### 2.3 Voor- en nadelen gebruik open normen

Uit het rapport *Doelgericht wetgeven* volgt – nu doelvoorschriften vaak open normen impliceren – een instructief overzicht van de voor- en nadelen die verbonden zijn aan het gebruik van open normen vanuit drie verschillende gezichtspunten.<sup>22</sup>

Een eerste gezichtspunt betreft de voor- en nadelen van open normen ten aanzien van de kwaliteit van wetgeving. Als voordelen worden dan genoemd: vermindering van regelgeving, flexibiliteit en bestendigheid van de regel, de vangnetfunctie (minder kans op lacunes) en het feit dat er maatwerk kan worden geleverd. Tegenover deze voordelen ten aanzien van de kwaliteit van wetgeving staan evenzovele nadelen: zo is er weer meer regelgeving nodig op andere niveaus ter uitwerking van de open normen en is er sprake van grotere rechtsonzekerheid in combinatie met het risico dat de uitwerking van de open normen plaatsvindt op een ander (lager) niveau met minder (democratische) waarborgen. Verder is nadelig dat open normen niet duidelijk en/of lastig te interpreteren kunnen zijn voor de normadressaat maar ook voor de handhaver (rechtsonzekerheid). Ten slotte wordt gewezen op het risico van rechtsongelijkheid.

Een tweede gezichtspunt betreft de voor- en nadelen van open normen bezien vanuit het belang van toezicht en handhaving. Als voordelen worden dan genoemd de grotere vrijheid en flexibiliteit voor de toezichthouders en handhavers en verlichting van de handhavingslasten. Ook wordt als voordeel genoemd het feit dat, afhankelijk van de precieze formulering van de open norm, er een grotere bewijslast bij de normadressaat kan liggen hetgeen toezicht en handhaving makkelijker kan maken. Maar ook hier staan evenzovele nadelen tegenover. Zo hebben toezichthouders en handhavers minder houvast aan open normen en kan er een verzwaring van de handhavingslasten aan de orde zijn doordat de norm moet worden geoperationaliseerd en er ook een risico bestaat op meer discussie, juridische procedures en interpretatieverschillen. Ten slotte kan het door de wijze van formulering van de open norm ook zo zijn dat er een grotere bewijslast voor de toezichthouder en handhaver ontstaat.

En de derde en laatste invalshoek voor de analyse van de voor- en nadelen van open normen betreft het perspectief van de normadressaat. Daar worden als voordelen genoemd de grotere vrijheid, het stimuleren van verantwoordelijkheidsgevoel en innovatiebevordering. Ook zijn voordelen de bevordering van de flexibiliteit in de bedrijfsvoering, de verlaging van kosten door de mogelijkheid om te kiezen voor goedkopere implementatiewijzen en verlaging van administratieve lasten.

Kijken we naar de Aanwijzingen voor de regelgeving,<sup>23</sup> dan zien we dat daarin handvatten worden gegeven voor het al dan niet gebruiken van open normen die aansluiten bij de hiervoor genoemde voor- en nadelen. Als het gaat om de normering van bestuursbevoegdheden is het uitgangspunt dat bevoegdheden met vage toepas-

---

22. S.J.A. ter Borg e.a., *Doelgericht wetgeven, Doelvoorschriften in literatuur en praktijk*, Rapport oktober 2009, p. 35-36.

23. *Stcrt.* 2022, 5649.

singscriteria niet worden toegekend tenzij er daarvoor goede redenen zijn (Aanwijzing 2.1.4). Verder moet er in algemene zin worden gestreefd naar regelgeving die zo duidelijk, eenvoudig en bestendig is als mogelijk (Aanwijzingen 2.6, 2.8 en 3.3). Gaat het om met sancties bedreigde feiten dan wordt voorgeschreven dat de desbetreffende regels zo nauwkeurig mogelijk worden geformuleerd in verband met de daar extra van belang zijnde rechtszekerheid (Aanwijzing 5.44).

### 3 **Rechterlijke toetsing en toezicht en handhaving door autoriteiten: mogelijkheden en grenzen**

#### 3.1 **Rechterlijke toetsing naleving**

Bij objectieve vage begrippen (er is dan sprake van beoordelingsruimte voor het bestuur) kan de rechter zijn eigen invulling kiezen en nagaan of daaraan wordt voldaan terwijl bij subjectieve vage begrippen (er is dan sprake van beoordelingsvrijheid voor het bestuur) hij alleen kan nagaan of de normadressaat in redelijkheid tot de bedoelde invulling heeft kunnen komen. Anders gezegd: bij objectieve vage begrippen is een volle toetsing aan de orde. Bij subjectieve vage begrippen een meer of minder marginale, terughoudende toetsing. Dat kan als volgt nader worden toegelicht.

Gesteld kan worden dat er vrijwel altijd sprake is van beoordelingsruimte bij de toepassing van vage normen.<sup>24</sup> De aanwezigheid van beoordelingsruimte zegt echter niets over de vrijheid die het bestuur eventueel heeft ten opzichte van de rechter, de beoordelingsvrijheid. Van beoordelingsvrijheid is sprake als wetgevende organen deze vrijheid door middel van clausules in de trant van ‘naar het oordeel van’ uitdrukkelijk toekennen, of als ze uit de aard van de bevoegdheid en/of de mogelijke gevolgen van te nemen besluiten moet worden afgeleid.<sup>25</sup> Indien sprake is van beoordelingsvrijheid toetst de rechter marginaal en beperkt de rechter zich tot het beantwoorden van de vraag of het bestuursorgaan in redelijkheid tot zijn oordeel kon komen. Indien geen sprake is van beoordelingsvrijheid, is sprake van (objectieve) beoordelingsruimte. In dat geval dient de rechter het bestuurlijke oordeel aan een integrale toetsing te onderwerpen, wat inhoudt dat hij een finaal en eigen oordeel velt.<sup>26</sup>

De hoofdregel is dat de rechter zelfstandig alle wettelijke normen uitlegt en toepast op het concrete geval; beoordelingsvrijheid voor het bestuur is de uitzondering.<sup>27</sup> Wel maken vage normen die voor meerderlei uitleg vatbaar zijn het lastig om te beoordelen wat een goede uitleg is. Een voorbeeld van een en ander biedt de Wet studiefinanciering 2000. De minister moet weliswaar beoordelen of een student thuis- of uitwonend is bij het bepalen van de hoogte van de studiefinanciering, maar daarbij komt hem geen beoordelingsvrijheid toe. In de praktijk betekent dit dat de bestuursrechter de beoordeling eerst aan het bestuur laat en vaak pas ingrijpt

24. A.P. Klap, F.T. Groenewegen & J.R. van Angeren, *Toetsing aan vage normen door de bestuursrechter in het Nederlandse, Duitse, Engelse en Franse recht*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 7.

25. Klap, Groenewegen & Van Angeren 2014, p. 33.

26. Klap, Groenewegen & Van Angeren 2014, p. 33.

27. T. Barkhuysen e.a., *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 102-103.

als hij niet goed kan volgen waarom het bestuursorgaan tot dat oordeel is gekomen. Uiteindelijk is het overigens aan de rechter om te beslissen of een bestuursorgaan al dan niet beoordelingsvrijheid heeft.<sup>28</sup>

De wijze van toetsing van de naleving van open normen hangt ook af van de context waarin zij worden gebruikt. Zo maakt het uit of er sprake is van een inspanningsverplichting of een resultaatsverplichting. Volgens Stijnen is in dit verband bij een resultaatsverplichting eerder verwijtbaarheid aan te nemen (hetgeen een voorwaarde is om een bestraffende sanctie op te leggen).<sup>29</sup> Hij verwoordt het als volgt:

‘(...) In algemene zin ben ik geneigd om het ventiel van schulduitsluiting eerder te hanteren bij een resultaatsverplichting. Een voorbeeld daarvan vormde de norm voor de werkgever zodanige maatregelen te treffen dat werknemers in staat worden gesteld hun werkzaamheden te verrichten zonder daarbij hinder of overlast van roken door anderen te ondervinden (artikel 11a Tabakswet (oud)). Omdat de resultaatsplicht neerkwam op het effectief handhaven van een rookverbod, zou elke peuk die een cafébezoeker stiekem opsteekt een boetewaardig nalaten van de horecaondernemer kunnen opleveren. Omdat dit tot een onwenselijke risicoansprakelijkheid zou leiden, hebben de NVWA en de bestuursrechter pas een verwijtbare gedraging aangenomen indien de uitbater of het barpersoneel had kunnen ingrijpen, maar dit heeft nagelaten. Overmacht vormt dan een begrenzing. Het gaat er dan om dat de onderneming de maximale zorg heeft betracht om aan de resultaatsverplichting te voldoen. (...) Indien echter sprake is van een inspanningsverplichting, dan wordt van de marktdeelnemer verwacht dat die met bedrijfsprotocollen en dergelijke zijn best doet om overtredingen te voorkomen en klanten zorgvuldig te behandelen. Een beroep op het ontbreken van verwijtbaarheid lijkt me bij het niet naleven van zo’n open norm moeilijk, zo niet onmogelijk. De open norm ziet immers op een verplichting de nodige maatregelen te treffen en niet om een resultaat te garanderen.’<sup>30</sup>

### 3.2 Toezicht en handhaving door autoriteiten

Voor een goede handhaving door toezichthoudende autoriteiten is het van belang dat heldere, uitvoerbare en naleefbare normen worden gesteld.<sup>31</sup> Toch kent het bestuursrecht als besproken veel open normen. Uit een onderzoek van de Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving uit 1998 volgt dat vaagheid problemen kan veroorzaken bij het toezicht en de handhaving.<sup>32</sup> De volgende problemen worden in de literatuur genoemd:<sup>33</sup>

28. Barkhuysen 2022, p. 102-105.

29. R. Stijnen, ‘Zorgplichten bij financiële diensten’, in: M.H. Ippel, M. Scheltema e.a., *Zorgplichten in het bestuursrecht* (Preadviezen VAR-reeks 170), Den Haag: Boom Juridisch 2023, p. 252.

30. Stijnen 2023, p. 252-253.

31. Michiels e.a. 2021, p. 156.

32. Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving, *Handhaven op niveau*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

33. Michiels e.a. 2021, p. 156; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 789; T.N. Sanders, *Handboek toezicht, handhaving en invordering*, Den Haag: Boom Juridisch 2022, p. 34-36; F.C.M.A. Michiels, ‘Bestuurlijke handhaving

- Indien een norm niet duidelijk aangeeft wat er wordt verlangd, kan het zijn dat mensen het nut van een regel niet inzien en de regel niet serieus naleven. Dit bemoeilijkt de handhaving, aangezien het niet realistisch is dat op elke overtreding wordt gereageerd.<sup>34</sup>
- Wanneer door open/vage normen in sommige gevallen wel, maar in andere gevallen niet wordt gehandhaafd kan dit strijd opleveren met het gelijkheidsbeginsel. Ook dit bemoeilijkt de handhaving.<sup>35</sup>
- De handhaving van vage normen kan verder bemoeilijkt worden doordat het handhavende orgaan niet betrokken is geweest bij het opstellen van deze norm. Dit kan leiden tot een onjuiste toepassing van de (onduidelijke) regel.<sup>36</sup>
- Het toezicht houden op de naleving van vage normen kan ingewikkelder en tijdrovender zijn dan het nalopen/afvinken of aan een grote hoeveelheid uiterst concrete voorschriften wordt voldaan.<sup>37</sup> Aan de andere kant geeft Michiels aan dat vanuit het handhavingsperspectief van de bestuurlijke overheid en het Openbaar Ministerie open normen gunstig lijken omdat ze de druk op het publieke handhavingsapparaat verkleinen, doordat honderden gedetailleerde veiligheidsvoorschriften worden vervangen door een open norm inzake de zorg voor veiligheid, wat juist aanleiding geeft tot minder intensieve controle.<sup>38</sup> De vraag is op welke wijze dan wel wordt gecontroleerd of wordt voldaan. Dat zou bijvoorbeeld kunnen via de in paragraaf 4 besproken beleidsregels waarin staat op welke wijze aan een norm kan worden voldaan.
- Naast de hiervoor besproken problemen van open normen voor de handhaving wordt in de literatuur vaak de rechtszekerheid genoemd die in het geding kan komen en in de weg kan staan aan adequate handhaving. Daarop wordt hierna verder ingegaan.

De handhaving van open normen wordt bemoeilijkt aangezien deze de rechtszekerheid niet mag aantasten:<sup>39</sup> handhaving van een open norm mag niet in strijd zijn met het *lex certa*-beginsel/het bepaaldheidsgebod, dat mede besloten ligt in artikel 49 Handvest en artikel 7 EVRM.<sup>40</sup> Indien niet duidelijk is dat een bepaalde handeling in strijd is met een norm, dan kan de overtreder niet worden verweten dat hij in strijd met die norm heeft gehandeld. Daarom dient de norm voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar te zijn.<sup>41</sup> Dat een wettelijke bepaling niet tot in detail uitgewerkt is, hoeft echter niet af te doen aan de duidelijkheid daarvan.<sup>42</sup>

---

in ontwikkeling', in: J.T.K. Bos e.a., *Handhaving van het bestuursrecht* (VAR-reeks 114), Alphen aan de Rijn: Alfa Base 1995; Van Lochem 2019; Klapp 1994.

34. Michiels e.a. 2021, p. 157.

35. Michiels e.a. 2021, p. 157.

36. Michiels e.a. 2021, p. 157.

37. F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg & G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 256.

38. Michiels 1995, p. 22.

39. Michiels e.a. 2021, p. 157.

40. Schlössels & Zijlstra 2017, p. 789; Stijnen 2023, p. 250; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 85.

41. Stijnen 2023, p. 250.

42. Sanders 2022, p. 36.

Door de rechter wordt daarom per geval beoordeeld of een norm voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar is om daarop handhavingsacties te baseren.<sup>43</sup> Overigens bestaat er daarmee wel degelijk ruimte voor de toepassing van bestraffende sancties bij niet naleving van open normen, zoals hierna nader zal worden toegelicht.

Een zaak waarin de rechter oordeelt dat een ruime definitie toch voorzienbaar was en voldoet aan de eisen van artikel 7 lid 1 EVRM leidde tot een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ('EHRM') van 28 juni 2011.<sup>44</sup> Centraal staat in deze zaak het werkgeversbegrip zoals neergelegd in artikel 1 onder b van de Wet Arbeid Vreemdelingen (WAV), op grond van welke wet het werkgevers op straffe van een boete is verboden illegale vreemdelingen voor hen te laten werken. Daaruit volgt dat onder werkgever wordt verstaan degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten of de natuurlijke persoon die een ander huishoudelijke of persoonlijke diensten laat verrichten. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de WAV volgt dat het werkgeversbegrip ruim is geformuleerd, omdat in de praktijk steeds werd gezocht naar manieren om via sluiptwegen en ingewikkelde constructies onder het vergunningsvereiste van artikel 2 WAV uit te komen.<sup>45</sup>

In deze zaak had het *Financieele Dagblad (FD)* een bestuurlijke boete opgelegd gekregen wegens overtreding van artikel 2 WAV: tijdens arbeidsinspecties bleken 39 krantenbezorgers zonder tewerkstellingsvergunning te werken. Het *FD* stelt zich op het standpunt dat die niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de overtreding, omdat de krantenbezorgers onder de verantwoordelijkheid van tussenpersonen vielen (middels outsourcing). Het was volgens het *FD* daarom niet voorzienbaar dat die aangemerkt zou worden als werkgever in de zin van de WAV, waardoor die de boete in strijd achtte met artikel 7 EVRM waarin het *lex certa*-beginsel is neergelegd. Het EHRM geeft allereerst aan dat uit de WAV blijkt dat het werkgeversbegrip meer omvat dan enkel een werkgeversrelatie middels een arbeidsovereenkomst of instructies.<sup>46</sup> Ondanks deze ruime interpretatie geeft het EHRM aan dat niet onvoorzienbaar was dat ook 'outsourcing' onder de WAV zou vallen: uit de memorie van toelichting bij de WAV blijkt dat de wet onder andere tot doel heeft de vestiging van verantwoordelijkheid voor het verkrijgen van werkvergunningen bij de uiteindelijke opdrachtgever te leggen, waarmee wordt bedoeld degene voor wie de feitelijke arbeid wordt verricht.<sup>47</sup> Het *FD* voerde verder aan dat de Afdeling een nieuw en onvoorzienbaar criterium had geïntroduceerd zonder precedent in eerdere rechtspraak, maar ook daar gaat het EHRM niet in mee. Volgens het EHRM houdt rechterlijke interpretatie noodzakelijkerwijs in dat nieuwe concepten worden ontwikkeld in reactie op nieuwe situaties en veranderende omstandigheden. Het EHRM komt daarom tot het oordeel dat de klacht van het *FD* inzake de schending van artikel 7 EVRM ongegrond is.

43. Sanders 2022, p. 34-36.

44. EHRM 28 juni 2012, ECLI:NL:XX:2011:BT2901, AB 2012/15, m.nt. R. Stijnen; NJ 2012/401, m.nt. E. Verhulp (*Het Financieele Dagblad/Nederland*).

45. *Kamerstukken II* 1993/94, 23574, nr. 3, p. 4.

46. EHRM 28 juni 2012, ECLI:NL:XX:2011:BT2901, par. 66-67.

47. EHRM 28 juni 2012, ECLI:NL:XX:2011:BT2901, par. 68.

Michiels geeft in zijn preadvies over bestuurlijke handhaving in ontwikkeling aan dat zeer open normen de poort breed kunnen openzetten voor ongebreideld bestuurlijk optreden en daarmee een inbreuk vormen op het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>48</sup> Aan de andere kant geeft Michiels aan dat dit in de praktijk zal meevallen indien het bevoegd gezag in het besluit tot oplegging van een last onder dwangsom precies uitlegt wat de overtreder moet doen om te voorkomen dat dwangsommen worden verbeurd (er wordt namelijk een begunstigingstermijn gegeven om aan de last te voldoen en als binnen die termijn wordt voldaan volgt er geen sanctie). Op die manier wordt de zeer algemene norm concreet gemaakt en kan deze worden gehandhaafd.<sup>49</sup> Doorenbos is strenger (ook dan de jurisprudentie) en geeft vanwege *lex certa* ook de voorkeur aan waarschuwingen of bestuursrechtelijke handhaving boven strafrechtelijke handhaving. De strafrechtelijke handhaving zou waar het gaat om zorgplichtbepalingen, daadwerkelijk het ultimatum remedium moeten zijn en dus echt pas mogen plaatsvinden na een voorafgaand bestuurlijk optreden waarbij de normadressaat concreet heeft vernomen wat er van hem verwacht werd. Toepassing van het strafrecht zou in die visie dus gereserveerd moeten blijven voor diegenen die nadrukkelijk gewaarschuwd werden en desondanks hun gedrag niet aanpasten. De rechtszekerheid zou ermee gediend zijn wanneer dit uitgangspunt in heldere bewoordingen zou worden vastgelegd in het strafrechtelijk handhaving-beleid, zodanig dat de rechter dat in voorkomend geval ook zou kunnen toetsen.<sup>50</sup>

Verhey en Verheij geven aan dat vanwege het rechtszekerheidsvereiste in de praktijk marktautoriteiten (die tot taak hebben de goede werking van markten te verzekeren) en andere toezichthouders vaak via de invulling van open normen bepalen wat normadressaten wel of niet moeten doen.<sup>51</sup> Dit leidt tot een aanzienlijke machtsconcentratie bij deze autoriteiten nu het beleid en het toezicht groten-deels daarmee in één hand liggen. Dat kan problematisch zijn. Met het oog op de beginselen van democratie, legaliteit en machtscheiding is volgens Verhey en Verheij daarom het volgende van belang:

- Er moet gestreefd worden naar een situatie waarin de politiek de essentiële keuzes maakt;
- Autoriteiten moeten op een consistente en transparante wijze de beslissingsruimte die overblijft invullen door daar waar mogelijk concrete beleidsregels over vast te stellen; en
- Indien de beleidskeuzes niet door de politiek worden gemaakt, dan is de aanwezigheid van checks-and-balances van belang, waarin de wetgever zal moeten voorzien.

48. Michiels 1995, p. 21.

49. Michiels 1995, p. 21.

50. D. Doorenbos, 'Modieuze milieudelicten, Strafrechtelijk gesanctioneerde zorgplicht- en vangnetbepalingen in de omgevingswetgeving', *M en R* 2021, afl. 9, par. 6.

51. L.F.M. Verhey & N. Verheij, 'De macht van de marktmeester', in: A.A. van Rossem, L.F.M. Verhey & N. Verheij, *Toezicht* (preadviezen NJV 2005), Deventer: Kluwer 2005, p. 223.

## 4 Handhaving van open normen in de bestuursrechtpraktijk (in het licht van de rechterlijke toetsing)

### 4.1 Introductie

In paragraaf 1.1 van deze bijdrage is reeds toegelicht dat de CSDDD alleen randvoorwaarden stelt aan toezicht, waardoor er veel ter invulling wordt overgelaten aan (toezichthouders van) de lidstaten (art. 17-21). Wie die toezichthouder is of moet zijn, wordt aan de lidstaten overgelaten. Daarop wordt in deze bijdrage niet ingegaan.<sup>52</sup> Knibbeler licht in zijn bijdrage in deze bundel toe dat de ACM wat hem betreft voor de hand ligt gelet onder meer op de expertise op veel relevante onderwerpen.<sup>53</sup> In Nederland zijn de bepalingen ten aanzien van toezicht opgenomen in hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De mogelijkheden en beperkingen die daaruit voortvloeien zijn ook relevant voor het toezicht op de CSDDD. Een Nederlandse toezichthouder heeft, bijvoorbeeld, geen bevoegdheden buiten Nederland. Toezicht op verplichtingen van de CSDDD die verder reiken dan het land waar de onderneming is gevestigd, zal zodoende door of in samenwerking met een toezichthouder uit de andere lidstaat moeten worden uitgevoerd. Dat geldt ook voor activiteiten in niet-EU-lidstaten.<sup>54</sup> De CSDDD stelt daaraan enkele eisen maar daarop gaan wij in deze bijdrage inhoudelijk verder niet in. Volgens Knibbeler bevat de CSDDD ter zake een leemte.<sup>55</sup> Het is echter wel een belangrijke constatering voor adequaat toezicht op de verplichtingen van de CSDDD, omdat die zien op zowel activiteiten die de ondernemingen moeten verrichten (zoals beleid opstellen en risico's identificeren) maar ook op de effecten van hun activiteiten zoals de 'potentiële negatieve effecten' (art. 4). Scheltema wijst hier naar onze mening terecht op in het licht van effectiviteit van de CSDDD.<sup>56</sup> Voorts is relevant dat het niet alleen gaat om activiteiten van de grote Europese ondernemingen en buitenlandse ondernemingen die een activiteit in de EU of Nederland verrichten of een product op de Europese of Nederlandse markt afzetten. Niet alleen deze activiteiten vallen onder de reikwijdte van de CSDDD (art. 2 lid 1-2 jo. art. 3 onder a CSDDD), maar ook die van dochterondernemingen en, zoals eerder benoemd, de gehele (waarde)keten van hun activiteiten (art. 3 punt g, zie ook par. 1.2 van deze bijdrage).

Tot zover enkele algemene constatering die relevant zijn voor adequaat toezicht, waarna nu de blik kan worden gericht op het kernthema van deze bijdrage, namelijk het toezicht op de materiële open normen in de CSDDD. Die open normen zien onder meer op de onderwerpen milieu, mensenrechten en klimaat. In het bestuursrecht, waaronder het omgevingsrecht en het arbeidsomstandighedenrecht, is ervaring opgedaan met toezicht op open normen op deze terreinen. Ook daar bestaat discussie over een gebrek aan rechtszekerheid vanwege open normen.<sup>57</sup>

52. Zie over de vraag wie dat in Nederland zou kunnen zijn o.a. Baks & Lieverse 2023.

53. Par. 4.1 van de bijdrage van Knibbeler 2023. Waarbij wij opmerken dat de ACM t.a.v. milieu ons inziens minder bevesten ervaring heeft.

54. Zie ter illustratie het bericht dat buitenlandse bedrijven in het duister tasten over bijvoorbeeld de omstandigheden in hun keten waar het betreft China: nos.nl/artikel/2491133-buitenlandse-bedrijven-tasten-in-het-duister-over-economische-cijfers-van-china.

55. Par. 4.1 van de bijdrage van Knibbeler 2023.

56. Scheltema 2023, i.h.b. par. 2 en 2.1; Scheltema 2022, i.h.b. par. 3.

57. In onder meer par. 1 van deze bijdrage is daarop ingegaan.



De hierna opgenomen bespreking van de verschillende wijzen waarop daarmee in het bestuursrecht wordt omgegaan door de toezichthouder, wetgever en/of rechter veronderstelt niet uitputtend te zijn en is bedoeld om inspiratie op te doen. Wij bespreken die wijzen van omgaan met open normen in deze paragraaf hier zonder deze direct te relateren aan de CSDDD. Het is onze bedoeling te laten zien op welke manieren op diverse gebieden van het bestuursrecht wordt omgegaan met toezicht en handhaving ter zake van open normen en de problemen die dat kan opleveren. In zoverre is onze bijdrage een beetje een vreemde eend in de bijt. Maar materieel gaan de voorbeelden juist wel over milieu, de omgeving en veiligheid van mensen en het is aan de in de CSDDD geverseerde lezer om de bestuursrechtelijke lessen (verder) te vertalen. Overigens is door Scheltema al specifiek ingegaan op toezicht en handhaving van de CSDDD, waarbij hij juist ingaat op praktijkvoorbeelden van de ACM en AFM.<sup>58</sup> Hij gaat bovendien – anders dan wij – niet specifiek in op de problematiek van open normen.

Wij bespreken de voorbeelden die lessen moeten opleveren niet per (sub)rechtsgebied, maar aan de hand van de verschillende wijzen van omgaan met open normen die wij hebben geïdentificeerd.

#### 4.2 Beleidsregels die een open norm invullen

Een eerste illustratie uit de praktijk van het omgevingsrecht is het gebruik van open normen in ruimtelijke plannen (bestemmingsplannen) waar een abstract criterium (een open norm) concreet wordt ingevuld aan de hand van een beleidsregel.<sup>59</sup> Die open norm biedt het bevoegd gezag ruimte om op een later beslismoment, bij de vergunningverlening, een afweging te maken. Die afwegingsruimte kan nader worden ingevuld door beleidsregels. Daarmee wordt beoogd flexibiliteit te bieden. Deze beleidsregels worden ook wel wetsinterpreterende beleidsregels genoemd. De Crisis- en herstelwet (Chw) en de aanstaande Omgevingswet (Ow) verruimen de mogelijkheid om in het plan te werken met vergunningplichten en bijbehorende beoordelingsregels waaraan de vergunningaanvraag wordt getoetst. Een voorbeeld van de toepassing van een open norm is een zaak die ging over een regel in een bestemmingsplan ('planregel') waarin staat dat voorzien moet worden in 'voldoende parkeergelegenheid' voordat een omgevingsvergunning voor bouwen verleend kan worden. Wat precies onder voldoende parkeergelegenheid verstaan moet worden, is uitgewerkt in een gemeentelijke parkeernota in de vorm van een beleidsregel, waarnaar wordt verwezen in de desbetreffende planregels in het bestemmingsplan. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State moet zo een open norm (zoals 'voldoende parkeergelegenheid') in een bestemmingsplan voldoende concreet en objectief begrensd worden vanwege de rechtszekerheid van (toekomstige) eigenaren en gebruikers van de gronden. De beantwoording van de vraag of een open norm voldoende concreet en objectief begrensd is, hangt volgens de Afdeling af van de omstandigheden van het geval. Hierbij kan onder

---

58. Scheltema 2022.

59. Op grond van art. 7c lid 6 van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (BuChw) of art. 3.1.2 lid 2 aanhef en onder a Besluit ruimtelijke ordening (Bro) kunnen open normen worden opgenomen in een bestemmingsplan waarvan de uitleg bij de uitoefening van een bij die regels aan te geven bevoegdheid afhankelijk wordt gesteld van beleidsregels.

meer belang worden gehecht aan: (1) de aard en omvang van de bouw- en gebruiksmogelijkheden, waarop de open norm, en in samenhang daarmee de beleidsregel, zien, (2) het anderszins in de planregels genormeerd zijn van de bouw- en gebruiksmogelijkheden, waarop de figuur van de open norm, die in een beleidsregel wordt uitgelegd, ziet, en de relatie tussen die andere normering en de betrokken open norm, (3) de aanleiding voor het werken met een dergelijke figuur, en (4) de aard en omvang van het plangebied of het betrokken deel daarvan, waarop die figuur ziet.<sup>60</sup>

Een ander voorbeeld van een open norm is de weigeringsgrond die is opgenomen in de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) dat een bouwwerk niet in strijd mag zijn met ‘de redelijke eisen van welstand’.<sup>61</sup> Of een bouwwerk in strijd is met de redelijke eisen van welstand wordt beoordeeld aan de hand van de criteria die door de gemeenteraad in een welstandsnota zijn neergelegd op grond van artikel 12a lid 1 aanhef en onder a, van de Woningwet (Wonw). In de welstandsnota (een beleidsregel) worden op grond van artikel 12a Wonw onder meer criteria opgenomen die het bevoegd gezag toepast bij de beoordeling of het bouwwerk, kort gezegd, in strijd is met de redelijke eisen van welstand. Het college van burgemeester en wethouders (college) is bij de beoordeling van een aanvraag van een omgevingsvergunning gehouden zijn oordeel met betrekking tot ‘redelijke eisen van welstand’ te baseren op de welstandsnota. Een invulling aan de hand van andere criteria dan de criteria die zijn neergelegd in de welstandsnota is volgens de Afdeling niet toegestaan.<sup>62</sup>

Ook de toezichthouders stellen in de praktijk beleidsregels op. Onder verwijzing naar een zorgplichtbepaling uit de Wet milieubeheer heeft de Inspectie van Leefomgeving en Transport (ILT) in 2022 beleidsregels opgesteld inzake de kwaliteit van brandstoffen bestemd voor West-Afrika.<sup>63</sup> Die kwaliteit zou aan hogere eisen moeten voldoen dan voorheen. Binnen het kader van de Wet milieubeheer zelf heeft de wetgever geen eisen gesteld aan de kwaliteit van brandstoffen die worden geëxporteerd naar buiten Europa. De zorg voor de kwaliteit van brandstoffen in landen buiten de EU werd overgelaten aan die landen zelf. Daarmee heeft de ILT via een beleidsregel ten aanzien van de zorgplicht alsnog eisen aan de kwaliteit van de brandstoffen gesteld.<sup>64</sup> Voor zover ons bekend is er nog geen rechterlijk oordeel over deze beleidsregel.

60. ABRvS 27 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2388. Op grond van art. 7c lid 6 van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (BuChw) of art. 3.1.2 lid 2 aanhef en onder a Besluit ruimtelijke ordening (Bro) kunnen open normen worden opgenomen in een bestemmingsplan waarvan de uitleg bij de uitoefening van een bij die regels aan te geven bevoegdheid afhankelijk wordt gesteld van beleidsregels. Meer recent over de toetsing van een planregel met een open norm die verwijst naar beleidsregels ABRvS 6 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3380 waarbij de Afdeling oordeelt dat in een procedure tegen een vergunning verleend op basis van een geldend bestemmingsplan een planregel alleen onverbindend kan worden verklaard als deze evident in strijd is met hoger recht (evidentiecriterium) ook als de open norm verwijst naar een naderhand vastgestelde of gewijzigde beleidsregel.

61. Art. 2.10 lid 1 onder d Wabo.

62. ABRvS 29 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1247.

63. Art. 9.2.1.2 Wet milieubeheer.

64. *Stcr.* 2022, 20956, p. 1-8.

In de bijdrage van Knibbeler is toegelicht dat de ACM ook via beleidsregels (leidraden) vage normen in toenemende mate concretiseert en zo het gedrag van onder toezicht staande ondernemingen zonder radicale koerswijzingen kan worden beïnvloed.<sup>65</sup>

#### 4.3 **Zorgplichten: rechtspraak die beperkingen stelt aan de handhaving van een zorgplicht, invulling door brancheverenigingen en de concretisering via een waarschuwing**

In het omgevingsrecht bestaan zorgplichten waar veelal vage bewoordingen in worden gebruikt, zoals artikel 1.1a Wm. Daarin is opgenomen dat eenieder voldoende zorg voor het milieu in acht neemt. Ook is enige nadere invulling aan die norm gegeven; de bedoelde zorg houdt in ieder geval in dat eenieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen voor het milieu kunnen worden veroorzaakt, verplicht is dergelijk handelen achterwege te laten voor zover zulks in redelijkheid kan worden gevegd, dan wel alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevegd teneinde die gevolgen te voorkomen of, voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zo veel mogelijk te beperken of ongedaan te maken. Ondanks deze nadere invulling blijft de norm erg open en is er nergens specifiek aangegeven wat met ‘voldoende zorg’ wordt bedoeld. De Afdeling heeft vanwege de rechtszekerheid geoordeeld dat deze zorgplicht niet geldt wanneer andere wetgeving in de regulering van de milieugevolgen kan voorzien. Bijvoorbeeld bij (milieu)vergunningplichtige bedrijven (inrichtingen). Deze zorgplicht geldt verder ook niet voor activiteiten waaraan geen eisen mogen worden gesteld in de (milieu)vergunning. Dat volgt bijvoorbeeld uit een zaak waarin de vergunningverlener volgens de Afdeling in de (milieu)vergunning ten onrechte eisen wilde stellen aan een heel vervoerstraject van verkeer van en naar het bedrijf (inrichting) waar die vergunning op ziet.<sup>66</sup> Omdat die regels niet in de vergunning mochten worden opgenomen volgens het wettelijk kader dat geldt voor (milieu)vergunningverlening mochten die eisen ook niet worden gebaseerd op de algemene zorgplicht. Voorts kan op basis van deze zorgplicht alleen worden opgetreden als er sprake is van ernstige (acuut dreigende) nadelige milieugevolgen. In haar preadvies concludeert Collignon dat de Afdeling de werking van de zorgplicht hiermee flink heeft ingeperkt, anders dan de bedoeling lijkt te zijn geweest van de wetgever.<sup>67</sup> In het milieurecht is er ook een algemene zorgplicht opgenomen in het Activiteitenbesluit milieubeheer (Abm). Het Abm is een algemene maatregel van bestuur waarin milieuregels zijn opgenomen en waaronder veel bedrijven en activiteiten vallen. Ten aanzien van de daarin opgenomen zorgplicht gelden de hiervoor besproken beperkingen niet. Daarvoor geldt het door de Afdeling in 2011 geïntroduceerde criterium dat alleen handhavend kan worden opgetreden bij een overtreding van die zorgplicht als ‘onmiskenaar’ in strijd met de zorgplicht wordt gehandeld.<sup>68</sup> Dit criterium is een iets ander criterium dan vóór 2011 werd gehanteerd bij de handhaving op grond van de Wet mi-

65. Par. 4.1 van de bijdrage van Knibbeler 2023.

66. ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1260.

67. A. Collignon, ‘Zorgplichten in het omgevingsrecht’, in: M.H. Ippel e.a., *Zorgplichten in het bestuursrecht*, Preadvies VAR, Den Haag: Boom Juridisch 2023, p. 165-166.

68. ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4631, *M en R* 2012/20, m.nt. V.M.Y. van 't Lam.

lieubeheer. Hiervoor bleek dat in het kader van de zorgplicht ex artikel 1.1a Wm van belang was of ‘ernstige nadelige gevolgen optreden of acuut dreigen op te treden’.<sup>69</sup> Ook in jurisprudentie waarin de zorgplicht van een voorloper van het Abm aan de orde is, acht de Afdeling van belang of ‘ernstige nadelige gevolgen optreden of acuut dreigen op te treden’.<sup>70</sup> We kunnen ons voorstellen dat als ‘ernstige nadelige gevolgen optreden of acuut dreigen op te treden’, dat dan ‘het handelen of nalaten van de drijver van de inrichting onmiskenbaar is strijd is met de zorgplicht’. Zo bezien is het criterium dat de Afdeling in 2011 introduceerde niet helemaal nieuw.

In de Omgevingswet die op 1 januari 2024 in werking treedt, zijn meer open normen opgenomen, onder andere in de vorm van zorgplichten. Juist over de rechtsonzekerheid die daarmee gepaard kan gaan, was de Afdeling advisering van de Raad van State kritisch.<sup>71</sup> In de specifieke zorgplichtbepalingen in artikel 2.11 Besluit activiteiten leefomgeving (Bal), worden veel vage termen als ‘passend’, ‘geschikt’, ‘representatief’, ‘doelmatig’ en ‘redelijkerwijs’ gebruikt. Op grond van dat artikel moet degene die (samengevat) een milieubelastende activiteit verricht en weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat die activiteit nadelige gevolgen kan hebben onder meer alle maatregelen nemen die redelijkerwijs van diegene kunnen worden gevraagd om die gevolgen te voorkomen en ook alle passende preventieve maatregelen tegen milieuverontreiniging. Hoewel een zekere vaagheid inherent is aan het formuleren van zorgplichten, is er in de consultatiereactie van de Omgevingswet door de Afdeling naar onze mening terecht op gewezen dat door het gebruik van genoemde vage termen valt te verwachten dat zich in de praktijk regelmatig geschillen zullen voordoen over de invulling daarvan. Met name als er handhavend zal worden opgetreden ten aanzien van vermeende overtredingen van de zorgplicht, waarbij niet op voorhand voor een initiatiefnemer en andere belanghebbenden duidelijk zal zijn welke concrete verplichtingen uit een zorgplichtbepaling voortvloeien, aldus de Afdeling in de consultatiereactie. Vanuit de regering werd onder meer opgemerkt dat handhaving op grond van de zorgplicht alleen mogelijk is als er sprake is van een ‘onmiskenbare strijd’ met de zorgplicht omdat de hiervoor besproken rechtspraak onverkort relevant blijft. De Afdeling vindt de term ‘onmiskenbaar’ echter evengoed vaag. Geschillen over de invulling van vage termen in specifieke zorgplichten kunnen zich daarmee verplaatsen naar de invulling van het begrip ‘onmiskenbaar’. De Afdeling verwacht dan ook niet dat dit criterium een toename van geschillen kan voorkomen.<sup>72</sup> De specifieke zorgplichten zijn ook strafrechtelijk handhaafbaar. Juist vanwege de vage termen is daarop in de literatuur als gezegd kritisch gereageerd.<sup>73</sup>

In de Wet bodembescherming (Wbb) is ook een zorgplicht opgenomen (art. 13). Die verplicht om bij (dreigende) bodemverontreiniging – waaronder ook veront-

69. O.m. ABRvS 9 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN4250, JM 2010/115, m.nt. P.B. Bokelaar; STAB 2010-k40, m.nt. A.B. Blomberg.

70. Zie bijv. ABRvS 19 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4979, M en R 2010/39K; JM 2010/116, m.nt. P.B. Bokelaar.

71. Kamerstukken II 2017/18, 34986, nr. 4, p. 55-56.

72. Kamerstukken II 2017/18, 34986, nr. 4, p. 55-56.

73. Doorenbos 2021.

reiniging van grondwater valt – alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs kunnen worden gevergd om de verontreiniging of aantasting te voorkomen dan wel de gevolgen daarvan te beperken en zo veel mogelijk ongedaan te maken. De zorgplicht geldt voor iedereen die op of in de bodem handelingen verricht als bedoeld in de artikelen 6 tot en met 11 van de Wbb en die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat deze handelingen de bodem kunnen verontreinigen. Met handelingen als bedoeld in artikel 6 tot en met 11 Wbb wordt bedoeld op activiteiten die van invloed kunnen zijn op de kwaliteit van de bodem en nader zijn gereguleerd in op de Wbb gebaseerde amvb's, zoals het Besluit bodemkwaliteit. Naar aanleiding van discussies in de praktijk over onder meer kunstgrasvelden waar rubbergranulaat als 'infill-materiaal' wordt gebruikt, heeft de Afdeling geoordeeld dat ter invulling van die zorgplicht gebruik mag worden gemaakt van zogenaamde 'zorgplichtdocumenten'. Die zijn opgesteld door bijvoorbeeld een werkgroep van een branchevereniging en daarin zijn aanbevelingen opgenomen voor het milieuverantwoord toepassen van materialen bij de aanleg, het onderhoud en de renovatie van kunstgrasvelden. Bij toezicht op de naleving van de zorgplicht gaat de toezichthouder na of de zorgplichtdocumenten zijn nageleefd. De desbetreffende gemeente mag bovendien op grond van het handhavingsbeleid van de gemeente eerst waarschuwen bij het niet voldoen aan dat zorgplichtdocument waarna bij wederom niet voldoen handhavend mag worden opgetreden.<sup>74</sup> Hier wordt in de praktijk een vage norm geconcretiseerd door een document dat is opgesteld door een branchevereniging.

#### 4.4 Een toezichthouder die via een eis een open norm concretiseert

In de Arbeidsomstandighedenwet is de mogelijkheid opgenomen voor de toezichthouder om een eis stellen over de wijze waarop een of meer bepalingen gesteld bij of krachtens deze wet moeten worden nageleefd.<sup>75</sup> In de praktijk is via een eis bijvoorbeeld artikel 5 van het Besluit risico's zware ongevallen (Brzo) nader ingevuld. Dat artikel bepaalt dat de exploitant van een inrichting alle maatregelen treft die nodig zijn om zware ongevallen te voorkomen en de gevolgen daarvan voor de menselijke gezondheid en het milieu te beperken. Om voor concrete situaties te duiden wanneer aan dit artikel wordt voldaan, heeft de toezichthouder in de praktijk eisen gesteld. Een illustratie biedt een uitspraak waarin de Afdeling oordeelt dat de inspectie ten onrechte aan een bedrijf een eis had gesteld waarin was bepaald dat niet-veiligheidskritische apparatuur moest worden getagd ('labelen') om ongevallen te voorkomen als bedoeld in artikel 5 Brzo. Volgens de Afdeling moet vanwege het ingrijpende karakter van een dergelijke eis daaraan een gedegen motivering ten grondslag liggen, waarin in elk geval wordt ingegaan op de maatregelen die de exploitant al heeft getroffen en op de vraag waarom naast die maatregelen nog andere maatregelen nodig zijn ter voorkoming van zware ongevallen of de gevolgen ervan. In de desbetreffende eis had de inspectie dat niet voldoende

74. O.m. ABRvS 19 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2944 en ABRvS 19 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1460, M en R 2023/61, m.nt. V.M.Y. van 't Lam en E.C. van der Maden.

75. Art. 27 Arbeidsomstandighedenwet: 'Een daartoe aangewezen toezichthouder kan aan een werkgever een eis stellen betreffende de wijze waarop een of meer bepalingen gesteld bij of krachtens deze wet moeten worden nageleefd.'

gedaan volgens de Afdeling.<sup>76</sup> Kortom: van een besluit dat een open norm concreteert kan niet al te gemakkelijk gebruik worden gemaakt omdat de toezichthouder eerst goed moet beoordelen wat het bedrijf zelf al wel of niet doet om aan die open norm te voldoen.

#### 4.5 Een nadere duiding in regelgeving en technische documenten waarnaar uiteindelijk wordt verwezen door bevoegde autoriteiten

Ten aanzien van energiebesparing bepaalt artikel 2.15 lid 1 van de eerdergenoemde algemene regel waarin milieunormen zijn opgenomen voor bedrijven en activiteiten – het Activiteitenbesluit milieubeheer – dat (bepaalde)<sup>77</sup> bedrijven alle maatregelen moeten treffen ter verduurzaming van het energieverbruik met een terugverdientijd van vijf jaar of minder.<sup>78</sup> In principe geldt dat maatregelen die zich in vijf jaar of minder terugverdienen redelijk zijn, tenzij er (niet-financiële) redenen zijn waarom de maatregel niet inpasbaar is in de bedrijfsvoering of de maatregel een onaanvaardbaar effect heeft op een ander milieucompartiment, aldus de wetgever.<sup>79</sup> Als een bedrijf nalaat tijdig de energiebesparende maatregelen te treffen, dan kan handhavend worden opgetreden.<sup>80</sup> De praktijk, de rechtspraak en de wijzigingen in de regelgeving ten aanzien van dit artikel laten zien dat het niet eenvoudig is om via een dergelijke open norm energiebesparing goed te reguleren. Zo hadden bestuursorganen en bedrijven na inwerkingtreding van het Activiteitenbesluit in 2007 moeite met de verplichting tot het treffen van energiebesparende maatregelen. Het was niet steeds duidelijk met welke maatregelen aan de verplichting van artikel 2.15 Activiteitenbesluit werd voldaan. Hierdoor was het voor bedrijven lastig de verplichting uit het Activiteitenbesluit na te leven en hadden de bevoegde bestuursorganen moeite met de handhaving van die verplichting. Daarom werd in de praktijk – achteraf ten onrechte – uitsluitend aangesloten bij lijsten die op de internetpagina van InfoMil<sup>81</sup> stonden met energiebesparende maatregelen om vast te stellen of sprake is van een overtreding.<sup>82</sup> Sinds 1 december 2015 is daarom in bijlage 10 van de Activiteitenregeling milieubeheer een lijst met erkende energiebesparingsmaatregelen opgenomen, om meer duidelijkheid te geven aan exploitanten van bedrijven.<sup>83</sup> Deze lijst van maatregelen is samengesteld door onder andere de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO). Daarmee werd voldaan aan de toezegging uit het Energieakkoord dat de afspraken omtrent energiebesparing en de erkende maatregelensystematiek zo spoedig mogelijk zouden worden ingevoerd.<sup>84</sup> Wanneer een exploitant van een bedrijf de maatregelen opgenomen in

76. ABRvS 17 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2441.

77. De verplichting geldt alleen voor die onder de reikwijdte van deze bepaling vallen.

78. Deze bepaling is 1 juli 2023 gewijzigd en luidde voordien: ‘*Degene die de inrichting drijft neemt alle energiebesparende maatregelen met een terugverdientijd van vijf jaar of minder*’. De in deze paragraaf besproken rechtspraak ziet nog op de versie van voor 1 juli 2023.

79. *Stb.* 2007, 415, p. 197.

80. V.M.Y. van 't Lam & E.C. van der Maden, ‘De informatieplicht en de verplichting tot het treffen van energiebesparende maatregelen uit het Activiteitenbesluit onder de loep’, *Bb* 2018/37.

81. Kenniscentrum InfoMil, een instelling van Rijkswaterstaat, Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat.

82. ABRvS 17 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG7182 en Rb. Midden-Nederland 10 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4889.

83. *Stcrt.* 2015, 29035.

84. *Stcrt.* 2015, 29035.

deze lijst treft, wordt op grond van artikel 2.16 Activiteitenregeling voldaan aan de verplichting tot het nemen van alle energiebesparende maatregelen, zoals neergelegd in artikel 2.15 lid 1 Activiteitenbesluit. Deze lijst met erkende energiebesparingsmaatregelen is bedoeld als hulpmiddel. Een bedrijf kan echter ook gelijkwaardige alternatieve maatregelen treffen, op grond van artikel 1.8 Activiteitenbesluit. Dit is een eigen verantwoordelijkheid van de drijver van de inrichting. Voorafgaande toestemming van het bevoegd gezag is hiervoor niet nodig.<sup>85</sup> Het staat de exploitant van een bedrijf vrij om op een andere manier aan de energiebesparingsverplichting te voldoen dan via het treffen van de erkende maatregelen, in verband met bijvoorbeeld innovatieve toepassingen of bedrijfsspecifieke omstandigheden.<sup>86</sup> Ook is het mogelijk dat een exploitant (succesvol) betoogt dat bepaalde maatregelen niet rendabel zijn voor een bedrijf.<sup>87</sup> Onder de Omgevingswet blijft die systematiek vrijwel gelijk.<sup>88</sup>

Ook voor een onderdeel van het beoordelingskader van de omgevingsvergunning voor milieu is in een ministeriële regeling en via technische documenten nadere duiding gegeven aan een (redelijk) vage term. Die technische documenten zijn bijvoorbeeld opgesteld door onder andere het Agentschap NL van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, een werkgroep van technische experts ten aanzien van gevaarlijke stoffen,<sup>89</sup> Kenniscentrum InfoMil,<sup>90</sup> Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer en de Commissie Integraal Waterbeheer. Deze nationale documenten die duiden wat voor een branche of activiteit de beste beschikbare technieken (bbt) zijn, waren voorheen niet opgesomd in een ministeriële regeling. Daar bestond kritiek op vanwege de onduidelijkheid en soms ook de onvindbaarheid van de documenten terwijl die documenten in rechte betekenis toekwam.<sup>91</sup> Op grond van artikel 2.14 Wabo moet het bevoegd gezag bij de beslissing op de aanvraag om een omgevingsvergunning voor het oprichten, veranderen of in werking hebben van een inrichting (een activiteit als bedoeld in art. 2.1 lid 1 onder e Wet algemene bepalingen omgevingsrecht) in acht nemen dat de beste beschikbare technieken (bbt) worden toegepast.

In de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht worden beste beschikbare technieken in artikel 1 als volgt gedefinieerd:

‘beste beschikbare technieken: voor het bereiken van een hoog niveau van bescherming van het milieu meest doeltreffende technieken om de emissies en andere nadelige gevolgen voor het milieu, die een inrichting kan veroorzaken, te voorkomen of, indien dat niet mogelijk is, zoveel

85. *Stcrt.* 2015, 29035.

86. *Stb.* 2019, 167, p. 6 (NvT).

87. ABRvS 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1688, AB 2019/187, m.nt. V.M.Y. van 't Lam en E.C. van der Maden.

88. Art. 5.15, 5.15a en 5.15b Besluit activiteiten leefomgeving.

89. Publicatiereeks gevaarlijke stoffen.

90. Kenniscentrum InfoMil is sinds 1995 het centrale informatiepunt voor wet- en regelgeving binnen het omgevingsdomein en valt onder verantwoordelijkheid van Rijkswaterstaat, het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat.

91. V.M.Y. van 't Lam & R. Uylenburg, *Modernisering van VROM-pseudoregelgeving, Structurele evaluatie milieuwetgeving*, STEM 2005/6.

mogelijk te beperken, die – kosten en baten in aanmerking genomen – economisch en technisch haalbaar in de bedrijfstak waartoe de inrichting behoort, kunnen worden toegepast, en die voor degene die de inrichting drijft, redelijkerwijs in Nederland of daarbuiten te verkrijgen zijn; daarbij wordt onder technieken mede begrepen het ontwerp van de inrichting, de wijze waarop zij wordt gebouwd en onderhouden, alsmede de wijze van bedrijfsvoering en de wijze waarop de inrichting buiten gebruik wordt gesteld;’

Op Europees niveau zijn per branche of sector documenten samengesteld die uiteindelijk door de Europese Commissie worden vastgesteld die duiden wat de beste beschikbare technieken zijn.<sup>92</sup> Wat de beste beschikbare technieken zijn is niet alleen in Europese technische documenten nader gedefinieerd, maar ook op nationaal niveau. De wetgever heeft aangegeven dat het nationale begrip ‘bbt-documenten’ naast de Europese bbt-referentiedocumenten ook nationaal vastgestelde documenten met best beschikbare technieken omvat.<sup>93</sup> Deze Nederlandse informatiedocumenten over beste beschikbare technieken zijn opgenomen in de bijlage van de Regeling omgevingsrecht (Mor). Ook in de Omgevingswet blijven deze documenten van belang voor de invulling van wat de beste beschikbare technieken zijn.<sup>94</sup>

#### 4.6 Gestandaardiseerde private nadere normstelling

Ook in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) wordt gebruikgemaakt van open normen. Een voorbeeld: artikelen 5 lid 1 onder f en 32 AVG vereisen kort gezegd dat er bij persoonsgegevensverwerkingen passende technische en organisatorische beveiligingsmaatregelen moeten worden getroffen om het passende beveiligingsniveau te waarborgen.<sup>95</sup> Wat zijn ‘passende technische en organisatorische maatregelen’? De desbetreffende bepalingen schrijven niet voor welke beveiligingsmaatregelen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers moeten treffen of welk beveiligingsniveau zij moeten realiseren. Slechts dat beide ‘passend’ moeten zijn.<sup>96</sup> Meer duidelijkheid over de invulling is vanuit verschillende perspectieven wenselijk: dit kan rechtsonzekerheid verminderen en kan bijdragen aan het behalen van de doelen van de AVG doordat de term passend op de juiste wijze wordt geïnterpreteerd.<sup>97</sup>

Voor het invullen van open normen is in de informatiebeveiligingspraktijk veel sprake van zelfregulering, vooral via private normstelling. Deze private normen bieden houvast bij de vormgeving van beveiliging en men gaat er doorgaans van uit dat deze normen dienen als kwaliteitswaarborgen, al betogen sommigen dat deze normen kunnen meebrengen dat organisaties slechts doen wat nodig is om

92. Te raadplegen via [eippcb.jrc.ec.europa.eu/](http://eippcb.jrc.ec.europa.eu/).

93. *Stb.* 2012, 552.

94. O.m. art. 8.9 lid 4, 8.10 Bkl en bijlage XVIII Bkl.

95. Zie hierover J.A. Hofman, *De beveiliging van persoonsgegevens* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

96. Hofman 2022, p. 2.

97. Hofman 2022, p. 3.



aan de daarin gestelde eisen te voldoen.<sup>98</sup> Voor de beveiliging van persoonsgegevens is de ISO 27000-normen-reeks, opgesteld door de Internationale Organisatie voor Standaardisatie (ISO), relevant. In deze normen worden de beste praktijkaanbevelingen voor informatiebeveiligingsbeheersystemen beschreven en zijn Europese Normen (ook wel Europese Standaarden genoemd) opgenomen. Deze Europese Normen dienen ertoe de inhoud van wetgeving te verduidelijken en bij te dragen aan de werking van de interne markt.<sup>99</sup> De ISO-normen zijn geïmplementeerd in Nederlandse Normen (NEN-normen). In de Nederlandse praktijk worden ISO- en NEN-normen vaak gevolgd, terwijl zij op dit terrein juridisch gezien slechts adviezen zijn en geen algemeen verbindende voorschriften. Zo acht de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) de toepassing van de ISO 27000-reeks van groot belang. De normen komen terug in haar eigen richtsnoeren inzake persoonsgegevensbeveiliging en in sanctiebesluiten. Toch is niet gezegd dat het volgen van de ISO-normen resulteert in een beveiligingssysteem dat voldoet aan de wettelijke verplichtingen. Toepassing van de normen doet daarom ook niet af aan de verplichting om de AVG-bepalingen na te leven.<sup>100</sup>

#### 4.7 Implementatie in Nederlandse wet- en regelgeving van vage EU-Richtlijn(bepalingen)

In Nederland kan de wetgever door de wijze van implementatie vage EU-Richtlijn-bepalingen ook kleuren of nader duiden, afhankelijk van de ruimte die een richtlijn daartoe laat. Zo wordt in het kader van de implementatie meer duiding gegeven aan open EU-normen. Vanuit omgevingsrechtelijk perspectief zou dat overigens afwijken van de trend die de laatste jaren zichtbaar is, namelijk dat de wetgever bij de implementatie zo dicht mogelijk bij de tekst van de EU-Richtlijn-bepalingen blijft.<sup>101</sup> Volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving worden bij implementatie in de implementatieregeling geen andere regels opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn.<sup>102</sup> Gelet op de noodzaak van tijdige implementatie wordt vermeden dat de implementatie van bindende EU-rechtshandelingen wordt 'meegenomen' in een bredere herziening van de desbetreffende regelgeving of dat in de implementatieregeling 'extra' nationaal beleid wordt meegenomen. Bij dit laatste gaat het met name om regels te vermijden die geen verband houden met de bindende EU-rechtshandeling en om nodeloze verfijningen ten opzichte van die regelgeving te voorkomen. Bij implementatie wordt gekozen voor de implementatiewijze die de minste lasten oplegt aan de door de regeling geraakte bedrijven.<sup>103</sup>

#### 4.8 Andere mogelijkheden van omgang met open normen

Daarnaast zijn er andere mogelijkheden om met open normen om te gaan. Gedacht kan worden aan het uitgaan van de eigen keuze van de normadressaat voor invulling

98. Hofman 2022, p. 62.

99. Hofman 2022, p. 62 e.v.

100. Hofman 2022, p. 65.

101. Zo is bijvoorbeeld in de Omgevingswet die 1 januari 2024 in werking treedt dichter bij de tekst van de Richtlijn Industriële Emissies aangesloten.

102. Aanwijzing 9.4 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

103. Aanwijzing 9.5 van de Aanwijzing voor de regelgeving.

van een vage norm. Die invulling kan worden vastgelegd in een plan/beleidsdocument van een bedrijf en de toezichthouder ziet toe op de naleving en de handhaving daarvan. Voor zover ons bekend wordt in de praktijk informeel wel met een plan gewerkt als een bedrijf in overtreding is en op korte termijn verwacht dat de overtreding wordt beëindigd. Ook de hiervoor besproken zorgplichtdocumenten ter invulling van de zorgplicht uit de Wbb zijn daarvan in zekere zin een voorbeeld.

Daarnaast kan de toezichthouder zelf duiding geven aan een vage norm hetgeen dan wordt vastgelegd en ten aanzien waarvan (extern) wordt gehandhaafd. Een illustratie biedt de eerdergenoemde functionaris gegevensbescherming, of de hiervoor besproken beleidsregel van de ILT die een norm invult. Het risico dat wij zien is dat de norm dan niet door de wetgever maar door de niet-democratisch gelegitieme toezichthouder wordt ingevuld.

Scheltema is positief over een vorm van toezicht dat door het wetsvoorstel maatschappelijk verantwoordelijk ondernemen wordt geïntroduceerd – als gezegd richt hij zich niet specifiek op de open normen – en dat ziet op de *best practices* die na consultatie van bedrijven, ngo's en belanghebbenden door een toezichthouder kunnen worden gebruikt in het kader van toezicht. Bedrijven moeten voldoen of toelichten waarom niet kan worden voldaan.<sup>104</sup> Dat lijkt op een combinatie van de hiervoor besproken zorgplichtdocumenten, de beste beschikbare technieken en de handhaving ten aanzien van de energiebesparing.

Knibbeler noemt nog de informele zienswijze over duurzaamheidsafspraken, maar die biedt weinig rechtszekerheid aan marktpartijen.<sup>105</sup> Joosen en Lieverse bespreken de soft law, leidraden en best practices uit het financiële toezichtsrecht. Zij vinden dat het eerst aan de marktdeelnemer tot wie een norm zich richt is om tot een invulling te komen maar dat wel de toezichthouder desgewenst om duidelijkheid kan worden gevraagd.<sup>106</sup>

#### 4.9 Het woordenboek als laatste redmiddel?

De Afdeling bestuursrechtspraak gebruikt in zaken soms ook het woordenboek om begrippen of termen in regelgeving die in diezelfde regelgeving niet nader worden omschreven of gedefinieerd uit te leggen. Veelal gaat het om termen die in het dagelijks gebruik een duidelijke betekenis hebben, maar in een juridische context toch vragen kunnen oproepen. Dit zijn de hiervoor in paragraaf 2.1 genoemde objectieve vage normen. In dergelijke gevallen kan de Afdeling aansluiting zoeken bij de betekenis in het dagelijks taalgebruik, waarbij het Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal ('Van Dale') door de Afdeling wordt geraadpleegd. Voorbeelden van termen waar de Afdeling dit woordenboek heeft geraadpleegd

---

104. Scheltema 2023, i.h.b. par. 3; Scheltema 2022, i.h.b. par. 4.

105. Par. 2.3, 4.2 en 4.5 van de bijdrage van Knibbeler 2023.

106. Zie in deze bundel par. 3.1 van de bijdrage van E.P.M. Joosen & K. Lieverse, 'Open normen en toezicht. Open duurzaamheidsnormen in het financiële toezicht'.

zijn: ‘overige groothandel’,<sup>107</sup> ‘seizoenarbeider’,<sup>108</sup> ‘overkraging’,<sup>109</sup> ‘tuincentrum’,<sup>110</sup> ‘overtollig’<sup>111</sup> en ‘scouting’.<sup>112</sup> Kortom: als er geen concrete duiding is, dan kan het woordenboek een laatste redmiddel zijn voor het bedrijf, het toezichthoudende bestuursorgaan of de rechter. Wij zouden het hier ten aanzien van de vage CSDDD-normen niet op aan willen laten komen, hoogstens voor een enkel woord daarvan.

## 5 Afrondende lessen voor adequate handhaving van open (CSDDD)-normen: op zoek naar een rechtvaardige balans tussen flexibiliteit en rechtszekerheid

Het feit dat de CSDDD open normen bevat kan diverse voordelen hebben, bijvoorbeeld dat die normen kunnen reageren op dynamische en onvoorspelbare ontwikkelingen, invulling door deskundigen mogelijk maken, ze ruimte laten voor een concrete belangenafweging en zorgen voor meer flexibiliteit en differentiëring. Een nadeel is dat er weer meer regelgeving nodig is op andere niveaus ter uitwerking van de open normen wil er adequaat kunnen worden gehandhaafd. Ook niet onvermeld kan blijven het risico dat de uitwerking van de open normen plaatsvindt op een ander (lager) niveau met minder (democratische) waarborgen en het feit dat de open normen niet duidelijk en/of lastig te interpreteren kunnen zijn voor de normadressaat maar ook voor de toezichthouders en handhavers, hetgeen tot rechtsonzekerheid en mogelijk rechtsongelijkheid kan leiden. Ook een handhavingstekort kan daarvan het gevolg zijn.

Voor de inzet van bestuursrechtelijke handhavinginstrumenten (of het nu gaat om een herstelsanctie of een bestraffende sanctie) is een zekere mate van duidelijkheid vereist waar het gaat om de verplichtingen van de geadresseerde. Ten aanzien van, bijvoorbeeld, een zorgplicht mag als gezegd alleen bestuursrechtelijk handhavend worden opgetreden als sprake is van een ‘onmiskerbare strijd’ met die plicht. Nog meer duiding van open normen kan wenselijk zijn omdat het lex certa-vereiste verlangt dat in het kader van een bestraffende sanctie, zoals een bestuurlijke boete, de verboden gedragingen op een zo duidelijk mogelijke wijze wordt omschreven. Als geen sprake is van een overtreding van een verbod waarvan de inhoud tevoren duidelijk is omschreven, noch in de regelgeving, noch in een wetsinterpreterende beleidsregel of anderszins, dan mag geen boete worden opgelegd.<sup>113</sup>

Kortom: de open normen van de CSDDD behoeven vaak nadere duiding of inkleuring om ze handhaafbaar te maken en in deze bijdrage zijn daarvoor diverse opties de revue gepasseerd. Bij het maken van een keuze uit deze opties zijn de volgende aandachtspunten of randvoorwaarden van belang: a) betrokkenheid van democratisch gelegitimeerde autoriteiten, b) input van een branche die zorgt voor draagkracht en werkbaarheid, c) het waarborgen van een gelijk speelveld, d) een invulling

107. ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:530.

108. ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2982.

109. ABRvS 27 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2105.

110. ABRvS 13 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7071.

111. ABRvS 11 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1281.

112. ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1582.

113. Bijv. ABRvS 23 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3188.

die meegaat met de tijd en dus waar nodig snel kan worden aangepast en daarmee actueel blijft, e) het door een bedrijf moeten kunnen aantonen dat ook op een andere manier aan de norm wordt voldaan dan op de voorgeschreven wijze en f) ten overvloede wellicht dat een bedrijf zo veel mogelijk vooraf weet wat wel en niet wordt verwacht.

De door ons behandelde opties die aan de randvoorwaarden tegemoet kunnen komen zijn:

- Beleidsregels (onder meer van toezichthouders) die een open norm invullen;
- Een nadere duiding in regelgeving en technische documenten waarnaar uiteindelijk wordt verwezen door bevoegde autoriteiten; en
- Gestandaardiseerde private nadere normstelling en invulling door brancheverenigingen en verwijzing daarnaar door de bevoegde autoriteiten.

Geschikt maar minder rechtszeker zijn de volgende opties:

- Concretisering via een waarschuwing of eis van een toezichthouder;
- Concretisering via rechtspraak; en
- Het woordenboek.

Lastiger aan de randvoorwaarden voldoet het nemen van een eigen plan van een betrokken bedrijf als uitgangspunt voor handhaving. Daarmee kan immers het gelijke speelveld in het gedrang komen.

Als gezegd is het daarbij ook van belang dat er voldoende wordt samengewerkt tussen (de toezichthouders van) verschillende lidstaten en landen. Het Europese netwerk van toezichthouders zoals voorzien in de CSDDD heeft daarom ook een belangrijke rol. Daarmee kan ook zo veel mogelijk voorkomen worden dat er rechtsongelijkheid ontstaat hetgeen nodig is, onder meer om eerlijke concurrentieverhoudingen in stand te houden.

Wij komen tot een afronding. In deze bijdrage hebben wij lessen gedeeld uit het bestuursrecht voor een adequate handhaving van open CSDDD-normen. Daarmee hebben we beoogd aan de CSDDD-experts inspiratie te bieden vanuit een vakgebied dat van oudsher met vallen en opstaan heeft moeten leren omgaan met onvermijdelijke open normstelling. Dat is temeer van belang nu de toezichthouders die waarschijnlijk toezicht gaan houden op de naleving van CSDDD-normen, zoals de Autoriteit Consument & Markt, ook een bestuursrechtelijke inbedding hebben. En dat geldt ook voor de rechters die eventuele handhavingsbesluiten moeten gaan beoordelen. Verwacht kan daarom worden dat de CSDDD-praktijk en het bestuursrecht de komende decennia een belangrijke tandem zullen vormen bij het bereiken van een meer duurzame samenleving.

# Toezicht door de ACM op verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen

Mr. drs. W. Knibbeler<sup>\*</sup>

## 1 Inleiding

Regels omtrent gepaste zorgvuldigheid met betrekking tot duurzaamheid veronderstellen een zorgvuldige definitie en afbakening van het begrip ‘duurzaamheid’. Met dit doel bevat bijlage I bij de CSDDD een opsomming van specifieke rechten en verbodsbepalingen, die bij schending een mensenrechtentaantasting<sup>1</sup> (art. 3, punt c), of een negatief milieueffect (art. 3, punt b) vormen. Bij elke schending en verbodsbepaling wordt ook het verdrag genoemd dat als referentiepunt kan dienen en waaruit het recht of verbod voortvloeit. Het gaat steeds om internationale instrumenten, die door alle lidstaten zijn geratificeerd. Met name het antwoord op de vraag in welke gevallen negatieve effecten op mensenrechten zich voordoen, zal naar verwachting nog een aanzienlijke verdiepingsslag vergen. Nadere operationalisering van bijlage I bij de CSDDD en het maken van keuzes zijn noodzakelijk en onontkoombaar om deze normen in de praktijk bruikbaar te maken.<sup>2</sup>

Voor bestrijding van klimaatverandering kent de Unie reeds een aantal andere belangrijke instrumenten, welke voortvloeien uit het hart van Europese klimaatreggeving: de Europese *Green Deal*.<sup>3</sup> De CSDDD beperkt zich in aanvulling daarop tot de verplichting voor ondernemingen een klimaatplan op te stellen. Deze in artikel 15 CSDDD vervatte verplichting bevat geen ‘open norm’ en het toezicht daarop lijkt relatief eenvoudig vorm te geven. In veel gevallen zal deze bepaling ook weinig toevoegen aan verplichtingen waaraan ondernemingen toch al onderworpen zijn. Dat geldt niet voor de andere in de CSDDD opgenomen verplichtingen en de afspraken die mogelijk noodzakelijk zijn om deze verplichtingen na te leven. De verplichtingen die vervat zijn in de CSDDD kunnen diep ingrijpen in waardeketens en markten transformeren. Zo bezien heeft de CSDDD een fundamenteel ander karakter dan ESG-wetgeving die gericht is op rapportageverplichtingen.<sup>4</sup> Die verplichtingen zijn erop gericht markten transparanter te maken en zo beter te laten

\* Winfred Knibbeler is advocaat bij Freshfields te Amsterdam. Graag dankt hij zijn collega Mijke Sinnighe Damsté voor haar commentaar op een eerdere versie van dit preadvies.

1. Vgl. M.W. Scheltema, ‘Bestuursrechtelijk toezicht op corporate sustainability due diligence’, *NTBR* 2022/44. Scheltema geeft er de voorkeur aan om niet de term ‘mensenrechtenschending’ te gebruiken, omdat in het internationaal publiekrecht deze term wordt gereserveerd voor schendingen waar de overheid bij is betrokken.
2. Vgl. H.J. de Kluiver, ‘Towards a Framework for Effective Regulatory Supervision of Sustainability Governance’, *ECFR* 2023, p. 203-239.
3. Vgl. Verordening (EU) 2021/1119 van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 2021 tot vaststelling van een kader voor de verwezenlijking van klimaatneutraliteit, en tot wijziging van Verordening (EG) 401/2009 en Verordening (EU) 2018/1999 (‘Europese klimaatwet’) (*PbEU* 2021, L 243), overweging 2.
4. Zie ook par. 3.3.2 van het preadvies van B. Joosen & K. Lieverse, ‘Open normen en toezicht. Open duurzaamheidsnormen in het financiële toezicht’.

werken. Ofschoon de CSDDD voor bepaalde sectoren voortbouwt op verplichtingen die al gedeeltelijk strafrechtelijk of civielrechtelijk kunnen worden gehandhaafd (zoals in het geval van ernstige milieu- of mensenrechtenaantastingen) en veel grote ondernemingen al *due diligence*-inspanningen doen, zal implementatie van de CSDDD een grote impact hebben op ondernemingen. Daarbij is een geharmoniseerde Unierechtelijke aanpak van groot belang, zowel om maximaal effect te sorteren op toeleveranciers en waardeketens, als om fragmentatie van regelgeving op dit gebied in Europa zo veel mogelijk te voorkomen.<sup>5</sup>

De CSDDD schrijft voor dat één of meer onafhankelijke autoriteiten toezicht zullen houden op de verplichtingen, die blijkens de richtlijn in de nationale wetgeving dienen te worden geïmplementeerd. Deze toezichthouders zullen deel gaan uitmaken van een Europees netwerk van autoriteiten die informatie zullen moeten gaan uitwisselen en hun toezicht en onderzoekstaken zullen moeten gaan coördineren. In Europees verband bestaat al een aantal van deze netwerken waar Nederlandse toezichthouders deel van uitmaken. Zo maakt de Autoriteit Consument & Markt ('ACM') onder meer deel uit van het European Competition Network, waarin toezicht op het mededingingsrecht wordt gecoördineerd en van Europese netwerken van toezichthouders op het gebied van telecommunicatie, energie en consumentenrecht.

In een in 2022 ingediend initiatiefwetsvoorstel met betrekking tot verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen, dat gedeeltelijk hetzelfde onderwerp bestrijkt als de CSDDD, maar een veel ruimere werkingssfeer heeft<sup>6</sup>, wordt de ACM aangewezen als toezichthouder.<sup>7</sup> Na een zeer kritisch advies van de Raad van State is er een gewijzigd wetsvoorstel en memorie van toelichting ingediend bij de Tweede Kamer. Inmiddels heeft ook de Raad voor de Rechtspraak kritisch geadviseerd over de uitvoerbaarheid van het Nederlandse wetsvoorstel. In de literatuur en vanuit internationaal actieve ondernemingen zijn eveneens belangrijke kanttekeningen geplaatst.<sup>8</sup> Een rode draad bij deze kanttekeningen is dat de beoogde effecten voor mensenrechten en milieu uitsluitend door de geharmoniseerde Europese wetgeving waarin de CSDDD voorziet, kan worden bereikt.

Ofschoon het tegen deze achtergrond zeer de vraag is of het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel de eindstreep zal halen,<sup>9</sup> is de keuze voor de ACM als toezichthouder op de verplichtingen die ertoe strekken passende zorgvuldigheid te betrachten bij internationaal ondernemen minder controversieel. Deze keuze is onder meer inge-

5. In Frankrijk en Duitsland geldt inmiddels wetgeving omtrent de *due diligence* voor toeleveranciers. In veel lidstaten gelden ook strafrechtelijke normen die kunnen worden gehandhaafd in het geval in Europa gevestigde afnemers betrokken zijn bij, of op de hoogte zijn van mensenrechten-, of milieuaantastingen van hun leveranciers.
6. Zo heeft dit wetsvoorstel niet alleen betrekking op toeleveranciers, zoals dit geldt op grond van de CSDDD, maar ook op de activiteiten van afnemers.
7. *Kamerstukken II 2022/23, 35761*.
8. Vgl. H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht', *NJB 2023/1079*; rondetafelgesprek initiatiefwet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen, TK 26 januari 2023.
9. Het initiatiefwetsvoorstel is op 7 september 2023 blijkens de besluitenlijst van de commissie-BuHaOS niet controversieel verklaard. Nu zou een andere uitkomst wellicht ook vreemd zijn voor een wetsvoorstel dat op initiatief van de Tweede Kamer wordt behandeld. Inmiddels is op 15 september 2023 een nota van wijziging aan de Tweede Kamer toegezonden. *Kamerstukken II 2022/23, 35761*, nr. 17. Het zal interessant zijn of de ACM in staat is een uitvoeringstoets op dit voorstel te doen.

geven door de raakvlakken met de taken die de ACM reeds uitvoert.<sup>10</sup> Zo is de praktijk van de ACM en de Europese Commissie ('de Commissie'), met betrekking tot de mededingingsrechtelijke beoordeling van samenwerking tussen ondernemingen welke beoogt duurzaamheid te bevorderen, van groot belang voor de samenwerking die noodzakelijk zal zijn om aan de verplichtingen van de CSDDD te voldoen. Ook is het toezicht van de ACM met betrekking tot duurzaamheidsclaims van belang. Voorts heeft de ACM inmiddels ruime ervaring met coördinatie en allocatie van toezichtstaken in Europees verband. Ten slotte opereert de ACM de laatste 25 jaar in een groot aantal sectoren van de economie – die door de CSDDD geraakt worden – en heeft zij een praktijk ontwikkeld waarbij gebruik wordt gemaakt van een flexibel toezichtinstrumentarium in een litigieuze omgeving. In dit preadvies wordt een aantal aspecten uit de praktijk van het mededingingsrecht en het bredere toezicht van de ACM besproken, dat relevant is voor toezicht door de ACM op de CSDDD.<sup>11</sup>

## 2 Mededinging en duurzaamheid

### 2.1 Afspraken tussen ondernemingen over duurzaamheid

Effectieve samenwerking tussen ondernemingen door bijvoorbeeld het uitwisselen van informatie, het standaardiseren van afspraken met leveranciers, of het zich committeren aan internationale normen zal van groot belang zijn voor implementatie van de verplichtingen die onder de CSDDD gaan gelden. Individuele ondernemingen zullen immers in veel gevallen slechts beperkt invloed kunnen uitoefenen op de operaties van toeleveranciers die kunnen leiden tot mensenrechten- of milieuaantastingen. Deze afspraken zou men kunnen aanduiden met de inmiddels in het juridische discours ingeburgerde term 'duurzaamheidsafspraken'. Duurzaamheidsafspraken moeten verenigbaar zijn met het mededingingsrecht. Dat geldt zowel voor horizontale afspraken (afspraken tussen concurrenten), als verticale afspraken (afspraken die afnemers maken met hun toeleveranciers). Het vertrekpunt voor mededingingsautoriteiten, zoals de Commissie en de ACM bij de beoordeling van duurzaamheidsafspraken, is het begrip 'duurzame ontwikkeling', zoals vervat in VN-resolutie 66/288 uit 2012 en de agenda 2030 voor duurzame ontwikkelingen, die in 2015 door alle landen die lid zijn van de Verenigde Naties, is aangenomen. Het gaat daarbij volgens de ACM in de door haar in 2020 gepubliceerde conceptleidraad om 'afspraken tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen, die gericht zijn op het identificeren, voorkomen, beperken, of herstellen van de negatieve impact van economische activiteiten op mensen (inclusief hun arbeidsomstandigheden), dieren, milieu, of natuur'.<sup>12</sup> Daarbij geeft de ACM aan dat duurzaamheid, of duurzame ontwikkeling een breed begrip is dat niet eenduidig kan worden gedefinieerd. Voor 'milieuschadeafspraken' geldt dat naar het oordeel

10. *Kamerstukken II 2022/23*, 35761, nr. 8, onder 4(d).

11. Voor kanttekeningen bij het toenmalige ontwerp van de Mededingingswet verwijs ik naar het laatste preadvies over mededingingsrecht dat aan de Vereniging 'Handelsrecht' werd uitgebracht door M.B.W. Biesheuvel, M.R. Mok & H.G. Sevenster, *Van ordening naar marktwerking*, Den Haag: Sdu 1996.

12. ACM, 'Tweede concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken – Mogelijkheden binnen het mededingingsrecht', randnr. 6. Deze Leidraad bouwt voort op een eerder concept uit juli 2020 en is inmiddels vervangen door de Beleidsregel Toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken d.d. 4 oktober 2023.

van de ACM wel. De ACM omschrijft milieuschade als ‘*schade aan het milieu bij de productie en consumptie van goederen, of diensten*’. De ACM bespreekt in het kader van deze definitie het begrip ‘negatieve externe effecten’, de schade die voor de samenleving ontstaat, welke niet in de prijs van productie is inbegrepen. Op 1 juni 2023 heeft de Commissie nieuwe richtsnoeren voor horizontale afspraken vastgesteld waarin voor het eerst een apart hoofdstuk over duurzaamheidsafspraken is opgenomen (‘de Horizontale Richtsnoeren’). Naar aanleiding van de vaststelling van de Horizontale Richtsnoeren van de Commissie heeft de ACM op 4 oktober 2023 – na raadpleging van het Ministerie van EZK en de Commissie – de Beleidsregel Toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken (‘de Beleidsregel duurzaamheidsafspraken’) vastgesteld die haar eerdere concept leidraad vervangen. De ACM maakt in de praktijk een onderscheid tussen een leidraad en beleidsregels, waar zij als uitgangspunt hanteert dat een leidraad uitsluitend een nadere interpretatie geeft van het wettelijk kader, terwijl in beleidsregels ook beleid vervat kan zijn met betrekking tot handhavingsprioriteiten.

Individuele productie- en consumptiebeslissingen kunnen negatieve effecten hebben, bijvoorbeeld op het milieu waarmee onvoldoende rekening wordt gehouden door de marktdeelnemers, of de gebruikers die deze effecten teweegbrengen. Dit soort marktfalen kan volgens de Commissie en de ACM in de eerste plaats worden tegengegaan, of verholpen door collectieve maatregelen, met name door overheidsbeleid of regelgeving. De Commissie benadrukt dat wanneer dergelijk marktfalen wordt aangepakt door adequate regelgeving, zoals bindende Unienormen inzake verontreiniging, een prijsmechanisme, zoals het systeem van handel- en emissierechten voor CO<sub>2</sub>, EU-ETS, of belastingen, het wellicht niet noodzakelijk is dat ondernemingen zelf aanvullende maatregelen nemen, bijvoorbeeld via samenwerking.

Samenwerkingsovereenkomsten kunnen echter een oplossing bieden voor resterend marktfalen, dat niet, of niet volledig wordt aangepakt door overheidsbeleid in regelgeving. Inmiddels is het beoordelingskader ter zake zowel op Europees niveau, als in Nederland verder uitgekristalliseerd.

## 2.2 Het beoordelingskader voor duurzaamheidsafspraken

Voor de meeste duurzaamheidsafspraken is het niet zinvol wanneer zij uitsluitend profiteren van een nationale vrijstelling, zoals de Nederlandse vrijstelling die in de Mededingingswet (‘Mw’) is vervat. Deze afspraken hebben immers een grensoverschrijdend effect. Dit betekent dat de artikelen 101 lid 1 en lid 3 VWEU en de interpretatie van de Commissie daarvan voor afspraken tussen ondernemingen mede bepalend zijn. Zowel de Commissie, als nationale mededingingsautoriteiten in Europa beoordelen duurzaamheidsafspraken vanuit hetzelfde juridisch raamwerk, waarvan de uniforme interpretatie wordt gewaarborgd door Verordening (EG) nr. 1/2003.<sup>13</sup> Deze verordening geeft het fundament voor de samenwerking tussen nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie. In de eerste plaats kunnen duurzaamheidsafspraken niet onder het kartelverbod van artikel 101 lid 1 Verdrag

13. Verordening (EG) 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003, L 1).



betreffende de Werking van de Europese Unie ('VWEU'), of nationale equivalenten, zoals artikel 6 lid 1 Mw vallen, omdat deze afspraken betrekking hebben op minder belangrijke concurrentieparameters waarvan het effect op de concurrentie verwaarloosbaar is, of een vorm van concurrentie elimineren, die geen bescherming verdient. Dergelijke afspraken vallen buiten de werkingssfeer van het kartelverbod.

Een voor de CSDDD relevant voorbeeld dat de ACM in haar eerdere concept leidraden noemde, betreft afspraken die er uitsluitend toe strekken dat de betrokken ondernemingen, hun leveranciers of distributeurs normen respecteren die gelden bij het zakendoen in landen buiten Europa, met name in zich ontwikkelende landen. De ACM wijst erop dat dergelijke afspraken met name belangrijk zijn voor bedrijven waarvoor het moeilijk is om zelfstandig te controleren of partners zich aan de regels houden. Het gaat daarbij vaak om het respecteren van arbeidsrechten, andere sociale grondrechten, of de bescherming van natuurlijke hulpbronnen, zoals tropisch hardhout. In Nederland zijn er in deze context een groot aantal IMVO-convenanten vastgesteld. De ACM heeft een aantal van deze IMVO-convenanten getoetst en neemt als uitgangspunt dat indien de afspraken voldoende concrete en bindende internationale normen bevatten, zij buiten het bereik van het kartelverbod vallen, voor zover de afspraken noodzakelijk zijn om deze normen na te leven.

In de tweede plaats geldt het kartelverbod niet voor duurzaamheidsstandaarden (de zogenoemde 'veilige haven') wanneer wordt voldaan aan zes cumulatieve voorwaarden: (i) de procedure om de standaard te ontwikkelen is transparant en open, (ii) deelname is vrijwillig, (iii) individuele deelnemende ondernemingen kunnen meer doen dan de standaard, (iv) informatie-uitwisseling is beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is, (v) toegang tot de afspraken is non-discriminatoir en staat open voor alle marktdeelnemers en (vi) de standaard leidt niet tot een significante prijsstijging of kwaliteitsvermindering.<sup>14</sup>

In de derde plaats geldt dat duurzaamheidsafspraken die de mededinging beperken, maar ook voordelen opleveren, worden getoetst op basis van de wettelijke vrijstelling van artikel 101 lid 3 VWEU en nationale equivalenten daarvan, zoals artikel 6 lid 3 van de Mw. Indien deze afweging noodzakelijk is, wordt dit in het geval van duurzaamheidsafspraken bepaald aan de hand van de volgende vier cumulatieve voorwaarden: (i) de afspraken leveren duurzaamheidsvoordelen op, (ii) de gebruikers van het betrokken product ontvangen van die voordelen een billijk aandeel, (iii) de mededingingsbeperking is noodzakelijk om de voordelen te behalen en gaat ook niet verder dan nodig en (iv) de mededinging wordt niet voor een substantieel deel uitgeschakeld.

In de praktijk leveren de tweede en de derde voorwaarde de meeste obstakels op. Zoals ik hierna zal bespreken, is met name de interpretatie van de Commissie dat collectieve duurzaamheidsvoordelen voor een brede groep burgers niet in aanmerking kunnen worden genomen, indien de afnemers van de betrokken producten of diensten niet (ook) volledig worden gecompenseerd, controversieel.<sup>15</sup> Ook de

---

14. Horizontale Richtsnoeren, randnr. 549.

15. 'Vestager unwilling to consider out-of-market sustainability benefits', [globalcompetitionreview.com](http://globalcompetitionreview.com).

vraag wanneer een duurzaamheidsafspraken noodzakelijk is mede in het licht van bestaande te verwachten regelgeving heeft geleid tot intensief debat in Europa en daarbuiten, waarbij de ACM een belangrijke voortrekkersrol heeft vervuld.

### 2.3 De discussie over mededingingsrecht en duurzaamheid in Nederland

Het mogelijke spanningsveld tussen de handhaving van de mededingingsregels en de noodzaak voor ondernemingen afspraken te maken om duurzaamheid te bevorderen is in Nederland in een vroeg stadium onderkend. Zo bracht de ACM reeds in 2014 het Visiedocument Mededinging & Duurzaamheid uit<sup>16</sup>, gevolgd door de uitgangspunten toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken in 2016. Dit visiedocument kwam tot stand tegen de achtergrond van een ook buiten Nederland veel besproken interventie van de ACM met betrekking tot afspraken tussen supermarkten, producenten en verwerkers over de verkoop van kippenvlees: de Kip van Morgen.<sup>17</sup> Onderdeel van deze afspraak was dat op reguliere wijze geproduceerd kippenvlees uit de schappen zou worden gehaald. Kippen zouden iets meer ruimte krijgen, een paar dagen langer leven en kunnen profiteren van meelstrooisel op de stalvloer. Uit het onderzoek van de ACM bleek dat, ofschoon deze maatregelen door de consument werden gewaardeerd, men niet voldoende extra wilde betalen voor de beperkte verbetering van de Kip van Morgen. Mede op basis van dit zogenoemde ‘willingness to pay’-onderzoek verbood de ACM de afspraken. Daarvoor, in 2013, had de ACM – tot verrassing van veel betrokkenen – reeds aangegeven dat het voornemen van de leden van Energie-Nederland vijf kolencentrales te willen sluiten die in de jaren ’80 in gebruik waren genomen niet verenigbaar is met het kartelverbod.<sup>18</sup> Over deze sluiting was uitvoerig vergaderd in het verband van de Sociaal-Economische Raad. Ofschoon de ACM tijdens de onderhandelingen over dit zogenoemde Energieakkoord – op de achtergrond daartoe aangemoedigd door de Commissie – reeds enkele malen gewaarschuwd had dat een vereniging van elektriciteitsproducenten niet zonder wettelijke basis die daartoe dwingt een afspraak kan maken om circa 10% van het totaal in Nederland opgestelde vermogen te reduceren, was deze waarschuwing bij de totstandkoming van het Energieakkoord genegeerd.

De ACM ging er in het licht van het ETS vanuit dat de beperking van CO<sub>2</sub>-emissies teniet zou worden gedaan door een toename van emissie elders in Europa. Het ETS-systeem gaat immers uit van Europees brede emissierechten en een vermindering van uitstoot op één plaats kan leiden tot een verhoging van uitstoot elders in Europa. Dit wordt ook wel aangeduid als het ‘waterbedeffect’. De ACM concludeerde dat de sluiting van de centrales zou leiden tot een verhoging van kosten voor Nederlandse elektriciteitsverbruik van circa € 450 miljoen tussen 2016 en 2021, terwijl de opbrengst van emissiebeperkingen van NO<sub>x</sub> en SO<sub>2</sub> op basis van een berekening van schaduw prijzen niet meer dan € 180 miljoen over deze periode zou opleveren. De CO<sub>2</sub>-reductie werd buiten beschouwing gelaten in het licht van het waterbedeffect onder het ETS (vermindering van uitstoot op één plek in Europa, leidt tot meer

16. ACM 9 mei 2014, ‘Visiedocument Mededinging & Duurzaamheid’.

17. ACM 26 januari 2015, ‘Analyse van duurzaamheidsafspraken “De Kip van Morgen”’.

18. ACM 26 september 2013, ‘Notitie over sluiting 5 kolencentrales in SER Energieakkoord’.

uitstoot elders). Dit betekende naar het oordeel van de ACM dat de voordelen van de afspraak niet konden opwegen tegen de nadelen.

Deze twee zaken hebben het debat in Nederland over de vraag of concurrentie en duurzaamheid hand in hand kunnen gaan geïntensiveerd.<sup>19</sup> In dit debat tekenen zich twee scholen af. Aan de ene kant schaarden zich beleidsmakers en een aantal ondernemingen en juristen die sterk benadrukken dat marktwerking en duurzaamheid op gespannen voet met elkaar staan. Zo schreef de minister in 2016 dat: ‘Marktpartijen erop wijzen dat de analyse van de ACM in de vorm van zienswijzen bij de Kip van Morgen en de sluiting van kolencentrales een remmende werking hebben op duurzaamheidsinitiatieven die worden ontplooid.’<sup>20</sup> Aan de andere kant verdedigden vooraanstaande economen dat concurrentie en duurzaamheid in veel gevallen prima samengaan en dat duurzaamheidsafspraken niet zonder meer mogen worden toegestaan, omdat deze kunnen leiden tot contraproductieve effecten en een gebrek aan innovatie.<sup>21</sup>

#### 2.4 De rol van de Commissie bij de beoordeling van duurzaamheidsafspraken in het licht van het mededingingsrecht

Ook de Commissie stond gereserveerd ten opzichte van het zonder diepgaande analyse laten prevaleren van duurzaamheid boven concurrentie. Daarbij speelt ook een rol dat de Commissie het onwenselijk acht om zonder daartoe strekkend mandaat beleidsdoelen tegen elkaar af te wegen. Zoals Eurocommissaris voor Mededinging Margrethe Vestager stelde: ‘*The moment we turn a blind eye to a company breaking the competition rules, just because that might help to achieve other aims, we would lose the independence that makes us effective.*’<sup>22</sup>

Mede onder invloed van de Europese *Green Deal* in 2019 en de toenemende roep van zowel ondernemingen, als de juridische gemeenschap om meer richting te geven,<sup>23</sup> zijn er evenwel inmiddels belangrijke initiatieven op zowel Europees als nationaal niveau ontplooid. In Oostenrijk werd een wetwijziging vastgesteld die leidde tot een uitzondering op het kartelverbod en de Franse en Duitse mededingingsautoriteiten hebben inmiddels ook stappen gezet. Voor de landbouwsector

19. Voor bijdragen aan dit debat vgl. T. Ottervanger, ‘Maatschappelijk verantwoord concurreren’, *M&M* 2010, p. 93-99, J. Mulder, ‘Een duurzame maatschappij, wat mag dat kosten?’, *NJB* 2015, p. 1912-1920, R. Wesseling, ‘“Polder-Plus”-model: oplossing “Kip van morgen” ligt niet bij ACM maar bij minister’, *M&M* 2015, p. 220-221, A. Gerbrandy, ‘Toekomstbestendig mededingingsrecht’, *M&M* 2016, p. 102-112, brief van de Minister van Economische Zaken over mededinging en duurzaamheid 23 juni 2016, DGE2M/1607-1609, A. Gerbrandy, ‘Solving a Sustainability-Deficit in European Competition Law’, *World Competition* 2017, p. 539-562, S. Holmes, ‘Climate change, sustainability, and competition law’, *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, p. 354, 359-405, vgl. ook E. van Damme, ‘Goede marktwerking en overige publieke belangen’, *M&M* 2017, p. 5-17 en E. van Damme, ‘Concurrentie en duurzaamheid gaan hand in hand’, *M&M* 2020, p. 167 e.v.
20. Toelichting bij ‘Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016’ (*Stcrt.* 2016, 52945).
21. Vgl. M.P. Schinkel & Y. Spiegel, ‘Can collusion promote sustainable consumption and production’, *International Journal of Industrial Organization* 2017, p. 371-398, L. Peeperkorn, ‘Competition Policy is not a Stopgap!’, *Journal of European Competition Law & Practice* 2021, afl. 6, p. 415-418.
22. Speech M. Vestager 1 december 2016, ‘Competition policy in context’, 15th OECD Global Forum on Competition (Parijs).
23. Zo publiceerde de ACM begin 2021 bij haar concept leidraad samen met de Griekse mededingingsautoriteit een technisch rapport ten aanzien van duurzaamheid en mededinging.

werd een eerste belangrijke stap gezet. Ingevolge artikel 42 VWEU zijn de mededingingsregels uitsluitend van toepassing op de productie en handel in landbouwproducten indien dit door het Europees Parlement en de Raad zo wordt bepaald. De GMO-verordening<sup>24</sup> – het fundament van het Europese landbouwbeleid – gaat uit van toepasselijkheid van de mededingingsregels, tenzij er uitdrukkelijk wordt voorzien in een uitzondering. Artikel 210bis van de GMO-verordening bevat nu een dergelijke uitzondering en voorziet in een vrijstelling voor beperkende overeenkomsten in de landbouwsector, mits de betreffende beperkingen onmisbaar zijn om duurzaamheidsnormen te halen, die verder gaan dan de verplichte EU- of nationale normen.<sup>25</sup> Artikel 210bis lid 3 GMO-verordening beschrijft duurzaamheidsnormen als (i) milieudoelstellingen (matiging van en aanpassing aan klimaatverandering en andere ecologische beschermingsmaatregelen), (ii) het verminderen van het gebruik van bestrijdingsmiddelen (bij de productie van landbouwproducten) en (iii) gezondheid en welzijn van dieren. Voorwaarde is dat de normen leiden tot tastbare en meetbare resultaten, of wanneer dat niet relevant is tot ‘waarneembare of beschrijfbare’ resultaten. Verder moet worden nagegaan of de duurzaamheidsverbeteringen ook kunnen worden bereikt met individuele actie. Tot slot dient gedurende de looptijd van de duurzaamheidsovereenkomst voortdurend te worden getoetst of nog steeds aan de voorwaarden voor een vrijstelling wordt voldaan. Zodra de beperking niet langer onontbeerlijk is zal de duurzaamheidsovereenkomst moeten worden beëindigd of aangepast. In dit verband is ook de Leidraad Samenwerking Landbouwers van de ACM van 1 september 2022 van belang. In hoofdstuk 2.4 van de Leidraad gaat de ACM in op de samenwerking bij duurzaamheidsinitiatieven. Zo noemt de ACM het voorbeeld dat producenten met retailers overeenkomen dat een deel van hun landbouwgrond wordt bestemd voor productie van bepaalde gewassen in het belang van de bescherming van biodiversiteit. In het kader van de noodzakelijkheidstoets wijst de ACM er wel op dat het wellicht niet noodzakelijk is om bij een afspraak over de beperking van het gebruik van pesticiden, of een afspraak over extra maatregelen die zien op het beperken van de uitstoot van stikstof ook af te spreken om hiervoor een bepaalde prijsopslag te rekenen. Met name over dit onderwerp – gelet op het feit dat een prijsopslag minder beperkend is dan een afgesproken verkoopprijs – lijkt nog een nadere discussie te worden gevoerd.

Nog belangrijker – en reeds genoemd – zijn de inmiddels vastgestelde Horizontale Richtsnoeren. In een ontwerp dat gepubliceerd werd op 1 maart 2022 had de Commissie al voor het eerst een nieuw hoofdstuk over duurzaamheidsovereenkomsten opgenomen. Niettemin leidde dit ontwerp tot kritiek, ook van sommige nationale mededingingsautoriteiten, omdat het ontwerp naar het oordeel van sommigen niet ver genoeg ging.<sup>26</sup> Een prominente bijdrage in deze publieke consultatie werd

24. Verordening (EU) 1308/2013 van 17 december 2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten (*PbEU* 2013, L 347). Deze vrijstelling is in 2021 ingevoerd middels Verordening (EU) 2021/2117.
25. De Commissie heeft ter consultatie ontwerprijchsnoeren gepubliceerd voor de toepassing van deze vrijstelling. Vgl. Ontwerp richtsnoeren van de Commissie inzake de toepassing van de afwijking van art. 101 VWEU voor duurzaamheidsovereenkomsten voor landbouwproducten krachtens art. 210 bis Verordening (EU) 1308/2013.
26. Vgl. bijvoorbeeld voor een goed overzicht de publicatie *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, Oxford 2022 en met name de bijdragen Maurits Dolmans, ‘Sustainable Competition Policy and the “Polluter Pays” Principle’, Theon van Dijk, ‘A New Approach to Assess Certain Sus-

geleverd door de ACM, die vijf belangrijke discussiepunten in haar bijdrage aan de orde stelde.<sup>27</sup> De ACM bepleitte in de eerste plaats voor opname van een ‘veilige haven’ voor overeenkomsten die uitsluitend tot doel hebben ervoor te zorgen dat wordt voldaan aan voldoende precieze vereisten of verboden in bindende internationale overeenkomsten, of nationale normen, vergelijkbaar met de tekst in haar toenmalige concept leidraad.

In de tweede plaats bepleitte de ACM, zoals zij dat al langer doet, dat de voorwaarde van artikel 101 lid 3 VWEU, die bepaalt dat een billijk aanbod van de voordelen ten goede moet komen aan gebruikers, niet vereist dat directe, of indirecte voordelen van de producten waarop een duurzaamheidsovereenkomst betrekking heeft geheel moeten worden doorgegeven aan de gebruikers van deze producten. Dit is volgens de ACM juridisch niet noodzakelijk<sup>28</sup> en vanuit een beleidsperspectief onwenselijk. Dit zou immers leiden tot de regel dat consumenten die bijdragen aan vervuiling moeten worden gecompenseerd voor de extra kosten die het gevolg zijn van een afspraak waardoor zij niet langer, of minder bijdragen aan vervuiling.

In de derde plaats stelde de ACM voor dat het effect op volgende generaties op passende wijze zou moeten worden betrokken bij pogingen om de voor- en nadelen van duurzaamheidsafspraken te kwantificeren. Voorts bepleitte de ACM in de richtsnoeren op te nemen dat een kwantitatieve analyse niet altijd noodzakelijk is en dat ook kan worden voldaan aan de noodzakelijkheidsvoorwaarden, indien duurzame afspraken ertoe leiden dat duurzaamheidsdoelen op een kostenefficiëntere, of snellere manier worden bereikt.

In de definitieve versie van de Horizontale Richtsnoeren heeft de Commissie een aantal van deze suggesties gevolgd. Zo heeft de Commissie een nieuwe paragraaf opgenomen, waaruit volgt dat overeenkomsten die uitsluitend tot doel hebben ervoor te zorgen dat wordt voldaan aan voldoende precieze vereisten, of verboden in *internationale* verdragen, overeenkomsten, of conventies (bijvoorbeeld naleving van sociale grondrechten of verboden op het gebruik van kinderarbeid, de houtkap van bepaalde soorten tropisch hout, of het gebruik van bepaalde verontreinigende stoffen) en die niet volledig worden uitgevoerd, of gehandhaafd buiten het toepassingsgebied van artikel 101 VWEU blijven.<sup>29</sup> De Commissie beperkt deze paragraaf wel tot internationale vereisten of verboden en gaat niet zover dat overeenkomsten

---

tainability Agreements and Competition Law’, Simon Holmes, ‘How Sustainability Can Be Taken Into Account in Every Area of Competition Law’, en Martijn Snoep, ‘Can Competition Authorities Consider Sustainability in Their Decision Making?’. Vgl. voor een goed overzicht van het internationale debat ook Marjolein De Backer, ‘Sustainability and Competition Policy’, *Concurrences* 2023 en Léon Korsten e.a., ‘Het kartelverbod en duurzaamheid: een beknopt vergelijkend overzicht’, *M&M* 2023, p. 92-104.

27. ACM 18 maart 2022, ‘Public consultation on the draft revised Horizontal Block Exemption Regulations and Horizontal Guidelines, Response from the Netherlands Authority for Consumers and Markets’.
28. Vgl. ACM 27 september 2021, ‘ACM Legal Memo – What is meant by a fair share for consumers in article 101(3) TFEU in a sustainability context?’, waarin de ACM aan de hand van de relevante jurisprudentie mijns inziens overtuigend uitlegt dat het Hof van Justitie nooit de eis heeft gesteld dat gebruikers volledig worden gecompenseerd. Het gebeurt niet vaak dat de nationale mededingingsautoriteiten de Commissie zo publiek de les lezen.
29. Horizontale Richtsnoeren, randnr. 528.

die ertoe strekken Europese of nationale regels af te dwingen, zonder meer buiten de toepassing van artikel 101 lid 1 VWEU kunnen vallen, zoals de ACM voorstelde. Ten aanzien van de vierde en vijfde suggestie bevatten de richtsnoeren ook nieuwe passages in de door de ACM gewenste richting.

De tweede en derde suggestie van de ACM (consumenten die bijdragen aan vervuiling behoeven niet volledig te worden gecompenseerd en de belangen van toekomstige generaties moeten worden meegewogen), die blijkens de publieke consultatie ook breed werden gedragen door ondernemingen en hun adviseurs, hebben geen plaats gekregen in de richtsnoeren. De Commissie is bereid wanneer gebruikers op een relevante markt grotendeels overlappen met begunstigen buiten de relevante markt rekening te houden met zogenoemde collectieve voordelen voor de gebruikers op de relevante markt die zich buiten de markt voordoen, maar dan moeten deze voordelen aanzienlijk genoeg zijn om gebruikers op de relevante markt te compenseren voor de ‘geleden schade’.<sup>30</sup> Zo wordt in de Horizontale Richtsnoeren het voorbeeld genoemd van automobilisten die minder vervuilende brandstof kopen. Zij zijn ook burgers die baat zouden hebben bij schonere lucht, als minder vervuilende brandstof wordt gebruikt. De Commissie weigert echter een stap verder te gaan en blijft zich daarvoor ook beroepen op rechtspraak van het Europese Gerecht en het Hof van Justitie.<sup>31</sup> Juist op dit punt zet de Commissie in randnr. 585 van de Horizontale Richtsnoeren de hakken in het zand door een voorbeeld te noemen van gebruikers die kleding kopen die is gemaakt van duurzaam katoen, waarvan de teelt minder chemicaliën en water vereist. In dat geval, zo benadrukt de Commissie, ‘is het onwaarschijnlijk dat de gebruikers van de kleding en de begunstigende van de milieuvoordelen elkaar grotendeels overlappen, aangezien deze zich alleen voordoen in het gebied waar de katoen wordt geteeld. Daarom is het onwaarschijnlijk dat deze collectieve voordelen ten goede zouden komen aan de gebruikers op de relevante markt’. Dit betekent dus naar het oordeel van de Commissie dat bij gebrek aan een internationale overeenkomst, of standaard over het gebruik van chemicaliën en water bij de teelt van katoen (in welk geval de veilige haven van toepassing is) een afspraak van ondernemingen om uitsluitend katoen in te kopen, waarvoor een bepaald maximum van chemicaliën en water is gebruikt, niet zonder meer in aanmerking kan komen voor de vrijstelling van artikel 101 lid 3 VWEU. Dat zou alleen anders zijn indien en voor zover gebruikers van de kleding bereid zijn meer te betalen voor de kleding die gemaakt is van duurzaam geteeld katoen (op basis van een ‘willingness to pay’-test), of indien de afspraak slechts leidt tot een verwaarloosbare kostenstijging. Dit voorbeeld is mogelijk ook zeer relevant voor afspraken die worden gemaakt in het licht van de CSDDD.

De ruimte die de richtsnoeren geven om de belangen van toekomstige generaties bij de voor- en nadelen van de afweging te betrekken, is zeer beperkt. Wel erkent de Commissie in randnr. 591 van de Horizontale Richtsnoeren dat het enige tijd kan duren, voordat voordelen zichtbaar worden. Langetermijnvoorbeelden sluiten de toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU niet uit. De Horizontale Richtsnoeren

30. Horizontale Richtsnoeren, randnr. 584.

31. Vgl. voetnoot 405 van de Horizontale Richtsnoeren.

bevatten in randnr. 402 ook nog wel de verhelderende mededeling dat het gegeven dat gebruikers wellicht bereid zijn te betalen voor een duurzaam product, niet betekent dat een beperkende overeenkomst overbodig is, bijvoorbeeld om ‘first mover’-nadelen weg te nemen, of om kostenbesparende schaalvoordelen te bereiken.

In de Beleidsregel duurzaamheidsafspraken maakt de ACM haar eigen beleidskeuzes voor de naleving van bindende duurzaamheidsnormen en voor de beoordeling van milieuschadeafspraken. De ACM bevestigt dat zij het niet opportuun vindt om oneigenlijke concurrentie, dat wil zeggen concurrentie die bij naleving van bindende duurzaamheidsnormen er niet was geweest, te beschermen. De ACM geeft daarbij aan dat dit geldt ongeacht of normen zijn vastgelegd op internationaal, Europees, of nationaal niveau. Milieuschade impliceert volgens de ACM een inefficiënt gebruik van schaarse natuurlijke hulpbronnen. Milieuschade omvat klimaatschade, maar is een breder begrip. Voor samenwerking die erop gericht is milieuschade te voorkomen of te beperken is de ACM blijkens de Beleidsregel duurzaamheidsafspraken van oordeel dat bij dergelijke vormen van samenwerking een andere invulling dan gebruikelijk mag worden gegeven aan het vereiste, dat gebruikers moeten worden gecompenseerd voor de mogelijke nadelen die een afspraak oplevert. Zolang de consumenten in de relevante markt een merkbaar en objectief aandeel van de voordelen ontvangen is dat voldoende.<sup>32</sup> In die gevallen zal de ACM in beginsel niet optreden.

De Commissie heeft – zoals wij hebben gezien – een wat terughoudendere visie en heeft zich in de Horizontale Richtsnoeren beperkt tot het formuleren van ‘veilige haven’ met betrekking tot afspraken die tot doel hebben ervoor te zorgen dat wordt voldaan aan voldoende precieze vereisten of verboden in wettelijk bindende internationale verdragen, overeenkomsten of conventies, ongeacht of ze al dan niet in nationale wetgeving zijn omgezet (bijvoorbeeld naleving van sociale grondrechten of verboden op het gebruik van kinderarbeid, de houtkap van bepaalde soorten tropisch hout of het gebruik van bepaalde verontreinigende stoffen) en die niet volledig worden uitgevoerd of gehandhaafd door een ondertekenende staat. Deze afspraken vallen buiten de reikwijdte van artikel 101 VWEU.<sup>33</sup> Ten aanzien van afspraken om milieuschade te voorkomen stelt de Commissie zich op het standpunt dat evenals in het geval van andere duurzaamheidsafspraken, uitsluitend een beroep kan worden gedaan op de vrijstelling van artikel 101 lid 3 VWEU indien de voordelen van een duurzaamheidsafpraak opwegen tegen de nadelen die een mededingingsbeperking met zich brengt, zodanig dat het effect tenminste neutraal is voor consumenten in de markt die door de afspraak wordt bestreken.<sup>34</sup>

---

32. Beleidsregel duurzaamheidsafspraken, hoofdstuk 3.2.

33. Horizontale Richtsnoeren, randnr. 569.

34. Horizontale Richtsnoeren, randnr. 569.

## 2.5 Betekenis voor de implementatie van verplichtingen op grond van de CSDDD

In de toekomstige mededingingspraktijk in het licht van de CSDDD is met name controverserig over de vraag of private ondernemingen afspraken kunnen maken over het afdwingen van Europese of nationale wetgeving door middel van een collectieve boycot van toeleveranciers. De Commissie neemt het standpunt in dat samenwerkingsovereenkomsten en de beperkingen die zij met zich brengen niet als onmisbaar kunnen worden beschouwd om de naleving van EU- of nationale wetgeving af te dwingen, aangezien de wetgever al heeft besloten dat elke onderneming afzonderlijk aan de verplichting moet voldoen.<sup>35</sup> Naar verluidt is dit standpunt geïnspireerd door het arrest *Slovenská sporiteľňa* van het Hof van Justitie uit 2013.<sup>36</sup> Blijkens deze uitspraak had de Slowaakse mededingingsautoriteit drie banken beboet voor de afspraak hun relatie met een concurrent die niet over de noodzakelijke licentie beschikte om als bank te opereren, te beëindigen. Het Hof van Justitie oordeelde dat deze afspraak een mededingingsbeperkende strekking had en dat het voor de beoordeling irrelevant was dat de bank die het slachtoffer van de collectieve boycot werd naar het oordeel van de andere banken illegaal actief was. Het Hof van Justitie oordeelde dat het niet aan deze andere banken was om de rechtmatigheid van de activiteit van hun concurrent te beoordelen.<sup>37</sup> Een collectieve boycot was daarom in strijd met het mededingingsrecht.

De ACM lijkt blijkens de goedkeuring van de collectieve boycot in de zaak over de tuincentra liberaler.<sup>38</sup> De informele zienswijze over dit onderwerp is met name interessant, omdat de beoordeling van de ACM verder ging dan het ontwerp van de Horizontale Richtsnoeren en kennelijk toch de kritiek van de toets van de Commissie heeft kunnen doorstaan. Blijkens een brief van 2 september 2022, die gepubliceerd is op de website van de ACM, hebben de gezamenlijke tuinretailers, een aantal handels- en ketenpartijen, Stichting Natuur en Milieu en de branchevereniging een handhavingsmechanisme ingevoerd dat erop neerkomt dat sancties volgen na het aantreffen van een illegale stof in de residuen van een plant. Als bij een tweede levering van planten wederom gebruik wordt gemaakt van illegale middelen bij dezelfde kweker, dan kan een collectieve boycot volgen. 70% van de retailmarkt voor de verkoop van sierbloemen en planten deed aan dit initiatief mee. De ACM constateert dat het initiatief niet tot doel heeft de mededinging te beperken, maar de inzet van illegale gewasbeschermingsmiddelen tegen te gaan: 'Deze kwekers concurreren niet op basis van eigen verdienste maar omdat zij zich niet aan de wet houden. Dat is niet het type concurrentie dat de mededingingsregels beogen te beschermen.' De ACM constateert dat ondanks het publieke toezicht het gebruik van illegale middelen nog steeds plaatsvindt en de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (de 'NVWA') ook zelf de sector heeft opgeroepen om private

35. Horizontale Richtsnoeren, randnr. 564.

36. HvJ EU 7 februari 2013, C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71 (*Protimonopolný úrad Slovenskej republiky/Slovenská sporiteľňa a.s.*).

37. Vgl. H. Kühnert & I. Augustinič, 'Slovak Bank Case: Court of Justice Rejects Illegality Defence for Boycotts', *Journal of European Competition Law & Practice* 2013, afl. 4, p. 314-316.

38. Vgl. ACM 2 september 2022, 'Brief duurzaamheidsafpraak vermindering illegale bestrijdingsmiddelen in tuinbranche'.



initiatieven te ontplooiën om de wet te handhaven. De ACM komt tot de conclusie dat het initiatief niet mededingingsbeperkend is in de zin van artikel 6 lid 1 Mw en artikel 101 VWEU.

Op 4 oktober 2023 heeft de ACM<sup>39</sup> nogmaals een beoordeling gegeven van een afspraak die ertoe strekt de naleving van een nationale wettelijke verplichting te verzekeren. Een aantal (concurrerende) inzamelaars voor bedrijfsafval heeft afgesproken dat nieuwe klanten die meer dan een bepaald volume bedrijfsafval kunnen aanleveren altijd een contract aangeboden krijgen voor minimaal twee gescheiden afvalstromen. Het gaat dan bijvoorbeeld om restafval en minimaal één andere afvalstroom zoals GFT, organisch afval, folie en papier/karton. De ACM heeft het plan beoordeeld en is positief. Het initiatief sluit aan bij een wettelijke scheidingsplicht die geldt voor (vrijwel) alle bedrijven die afval aanleveren (ook wel ontdoeners genoemd). Het biedt daarnaast die bedrijven een extra stimulans om afval te scheiden en bewustzijn te versterken voor duurzaam afvalbeheer.

Deze zaken roepen de vraag op of afspraken over een collectieve boycot in het kader van de naleving van verplichtingen op grond van de CSDDD mededingingsrechtelijk zijn toegestaan, indien de activiteiten van de onderneming die wordt geboycot niet zijn terug te voeren op de schending van voldoende concrete verplichtingen in internationale overeenkomsten. De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak van de Slowaakse banken geeft daar mogelijk geen uitsluitsel over, omdat het hier de collectieve boycot van een concurrent betrof en het Hof van Justitie ook de nadruk legt op het gegeven dat de betrokken banken het gedrag van hun concurrent niet eerder aan de orde hadden gesteld, of daar klachten over hadden ingediend.<sup>40</sup>

De beoordeling door de ACM van de zaak met betrekking tot de tuincentra lijkt op gespannen voet te staan met de inmiddels definitieve Horizontale Richtsnoeren, waar de Commissie in randnr. 564 schetst: ‘Wanneer ondernemingen volgens de EU of nationale wetgeving moeten voldoen aan specifieke verplichtingen die een duurzaamheidsdoelstelling hebben, kunnen samenwerkingsovereenkomsten en de beperkingen die zij met zich brengen daarom niet als onmisbaar worden beschouwd, om de naleving van de opgelegde verplichting te waarborgen, aangezien de wetgever al heeft besloten dat elke onderneming afzonderlijk aan de verplichting in kwestie moet voldoen.’ Blijkens randnr. 565 van de Horizontale Richtsnoeren kunnen in specifieke situaties, ook in aanwezigheid van regelgeving, duurzaamheidsafspraken onmisbaar zijn, maar dat is met name om het doel op een kostenefficiënte manier, of sneller te bereiken. De Horizontale Richtsnoeren duiden er niet op dat de Commissie afspraken over handhaving van Unierechtelijke of nationale wetgeving als onmisbaar beschouwd. Voor deze wetgeving is kennelijk de premisse dat de lidstaten zelf voldoende geëquipeerd zijn om handhaving te waarborgen. Dat laat onverlet dat de afspraken tot naleving van internationale verdragen, overeenkomsten, of conventies die niet volledig worden uitgevoerd of gehandhaafd door een ondertekende staat blijkens randnr. 528 van de Horizontale Richtsnoeren buiten het toe-

39. Brief ACM 4 oktober 2023, ACM/UIT/605687 (Informeel beoordeling duurzaamheidsinitiatief recycling bedrijfsafval).

40. Vgl. voetnoot 37, par. 19.

passingsgebied van artikel 101 VWEU vallen. Dit verschil zou met name relevant kunnen worden bij afspraken over de naleving van verplichtingen waar de CSDDD betrekking op heeft. De zienswijzen van de ACM in de zaak met betrekking tot de tuincentra en de recycling van bedrijfsafval suggereren dat de oplossing mogelijk gezocht moet worden in het prioriteringsbeleid van nationale toezichthouders en de Commissie en niet zozeer in de vrijstellingsmogelijkheid van artikel 101 lid 3 VWEU.

## 2.6 Informele zienswijzen over duurzaamheidsafspraken

In het licht van de onzekerheid over de toepassing van het mededingingsrecht op duurzaamheidsafspraken is de praktijk van het verstrekken van informeel advies, of informele zienswijzen door mededingingsautoriteiten van belang. De Commissie en de ACM zijn in het algemeen terughoudend met het verstrekken van informele adviezen, of het verschaffen van comfort aan marktpartijen over overeenkomsten, of (voorgenomen) gedrag in het licht van de mededingingsregels. Daarbij wordt vaak verwezen naar het vervallen van de centrale ontheffingsmogelijkheid in 2003 om de Commissie te ontlasten. Uitsluitend in het geval van nieuwe of onopgeloste vragen in een groot maatschappelijk of economisch belang zijn de Commissie en de ACM bereid om – met de nodige voorbehouden – een informele toetsing te doen. Dit beleid is door de Commissie bevestigd in een recente mededeling.<sup>41</sup> De ACM heeft een vergelijkbare werkwijze gepubliceerd.<sup>42</sup> De ACM hanteert daarbij dezelfde voorwaarden als de Commissie, maar voegt eraan toe dat het verzoek om een informele zienswijze betrekking moet hebben op een overeenkomst die nog niet is afgesloten of gedraging die nog niet is uitgevoerd. Blijkens de website van de Commissie en de Beleidsregel duurzaamheidsafspraken zijn beide autoriteiten mogelijk wel eerder beschikbaar voor het geven van informele zienswijzen en niet-bindende adviezen met betrekking tot duurzaamheidsafspraken. De Commissie heeft ook nog de mogelijkheid op grond van artikel 10 van Verordening (EG) nr. 1/2003 een formeel besluit van niet-toepasselijkheid te geven met betrekking tot de artikelen 101 en 102 VWEU, maar heeft van deze bevoegdheid voor zover bekend nog nooit gebruikgemaakt. In een interview naar aanleiding van de vaststelling van de Horizontale Richtsnoeren heeft de directeur beleid en strategie Inge Bernaerts bevestigd dat gebruik van artikel 10 bij grote projecten die zich daarvoor lenen tot de mogelijkheden behoort.<sup>43</sup> Blijkens de ontwerprichtsnoeren voor landbouwproducten gaat de Commissie in de landbouwsector nog een stap verder. Met ingang van 8 december 2023 zal de Commissie ‘te allen tijde’ kunnen worden geconsulteerd over de verenigbaarheid van een duurzaamheidsovereenkomst met artikel 210bis GMO-verordening. In de praktijk is met name de ACM laagdrempelig bij verzoeken over dit onderwerp. Dit is ook ingegeven door de wens van beide autoriteiten meer richting te geven aan marktpartijen en ervaring op te doen met de toepassing van de interpretatie van de relevante beleidsregels. Deze informele aanpak is voor de praktijk van groot belang, maar biedt mogelijk weinig rechtsze-

41. Mededeling van de Commissie van 4 oktober 2022 over informeel advies, betreffende nieuwe of onopgeloste vragen met betrekking tot de art. 101 en 102 VWEU, die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven) (*PbEU* 2022, C-381/07).

42. ACM Werkwijze informele zienswijzen (*Stcrt.* 2019, 11177).

43. Episode 2: ‘Let’s talk competition’, webcast DG Comp.

kerheid aan marktpartijen.<sup>44</sup> Blijkens de website van de ACM heeft zich inmiddels een uitgebreide informele toezichtspraktijk ontwikkeld. Gelet op de vertrouwelijkheid van een aantal duurzaamheidsinitiatieven is de beoordeling van de ACM van deze initiatieven (nog niet) openbaar. Waar mogelijk lijkt openbaarheid wel van belang, omdat de beoordeling door de ACM, zeker waar deze op grond van Verordening (EG) nr. 1/2003 in samenspraak met de Commissie is gedaan, belangrijke aanwijzingen geeft aan ondernemingen en hun adviseurs over de toelaatbaarheid van verschillende categorieën duurzaamheidsafspraken. Blijkens de Beleidsregel Mededinging en Duurzaamheid 2016<sup>45</sup> van de Minister van Economische Zaken dient de ACM bij de toepassing van artikel 6 lid 3 Mw ook op een aantal voor duurzaamheid specifieke aspecten acht te slaan bij de toetsing van de vier voorwaarden aan artikel 6 lid 3 Mw. De plaats die deze beleidsregel bij de toetsing aan artikel 6 lid 3 Mw heeft, lijkt niet erg groot. Blijkens randnr. 31 van haar toenmalige concept leidraad volgde de ACM 'voor zover passend binnen het mededingingsrechtelijk kader' deze beleidsregel. Mij zijn geen gevallen bekend waar deze beleidsregel een rol van betekenis speelde.

## 2.7 De praktijk van de ACM

In haar Beleidsregel duurzaamheidsafspraken geeft de ACM aan dat zij waar mogelijk gebruik zal maken van haar beoordelingsvrijheid bij prioritering, om haar analytische kader met betrekking tot afspraken over de naleving van bindende duurzaamheidsregels en milieufspraken toch zo veel mogelijk toe te passen. Het zal de komende jaren interessant zijn om dit beleid te volgen en te zien welke ruimte de Commissie aan de ACM op dit punt geeft.

Op dit punt zal de Britse mededingingsautoriteit ('de CMA') meer vrijheid hebben, omdat zij niet langer haar beschikkingspraktijk van Verordening (EG) nr. 1/2003 met de Commissie behoeft af te stemmen. De CMA heeft begin mei 2023 een ontwerp voor richtsnoeren over de toepassing van het Britse kartelverbod op duurzaamheidsovereenkomsten gepubliceerd.<sup>46</sup> Deze richtsnoeren hebben anders dan bij de Europese mededingingsautoriteiten uitsluitend betrekking op milieufspraken. Overeenkomsten met betrekking tot de verbetering van arbeidsomstandigheden en andere sociale doelstellingen zijn uitdrukkelijk uitgesloten van de werkingssfeer van deze mededeling. De CMA stelt een benadering voor die sterk overeenkomt met de lijn van de ACM voor milieufspraken.

De afgelopen jaren heeft de ACM een aantal duurzaamheidsinitiatieven geanalyseerd en goedgekeurd, waaronder de samenwerking tussen frisdrankleveranciers met betrekking tot het afschaffen van de plastic handgrepen op multiverpakkingen frisdrank<sup>47</sup>, de samenwerking van Shell en TotalEnergies om CO<sub>2</sub> op te slaan in

44. J. de Goffau & G. van Heezik, 'Duurzaamheidsinitiatieven en het kartelverbod, wie is aan zet?', *M&M* 2020, p. 186 e.v.

45. 'Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016' (*Stcrt.* 2016, 52945).

46. CMA 28 februari 2023, 'Draft guidance on environmental sustainability agreements'.

47. Vgl. ACM 27 juni 2022, 'ACM positief over gezamenlijke afspraak tussen frisdrankleveranciers over afschaffen plastic handgreep', *acm.nl*, 27 juni 2022.

lege gasvelden in de Noordzee<sup>48</sup>, enkele initiatieven in de energiesector en het reeds besproken initiatief van een groot aantal tuincentra om het gebruik van illegale pesticiden op decoratieve planten te beperken.<sup>49</sup> Het is goed denkbaar dat de ACM de komende jaren met name duurzaamheidsafspraken zal beoordelen in het licht van haar prioriteitenbeleid. De praktijk van de ACM wordt tot op heden vooral gekenmerkt door duurzaamheidsafspraken die betrekking hebben op de vermindering van CO<sub>2</sub>-uitstoot en milieuomstandigheden. Nadere concretisering van het beleid en de interpretatie van de mededingingsregels voor de beoordeling van afspraken die betrekking hebben op de preventie of het mitigeren van mensenrechtentaantastingen zal noodzakelijk zijn.

### 3 Mededingingsrechtelijke beoordeling van samenwerking in het licht van de CSDDD

#### 3.1 Relevante verplichtingen op grond van de CSDDD in het licht van het mededingingsrecht

De relevante OESO-richtlijnen waar veel ondernemingen zich nu al aan hebben verbonden, gaan ervan uit dat multinationale ondernemingen een doorlopend *due diligence*-proces implementeren in hun bedrijfsvoering om invulling te geven aan hun verantwoordelijkheid om mensenrechten te respecteren en milieuschade te beperken, of te voorkomen.<sup>50</sup> De zes belangrijkste onderwerpen bij implementatie worden goed beschreven in het onderzoeksrapport van de hoogleraren Van Dam en Scheltema.<sup>51</sup> Voor deze zes stappen geldt dat de eerste stappen (i) het opstellen en implementeren van beleid, (ii) het inventariseren van risico's en (iii) het rapporteren daarover, nu al vaak door een onderneming worden gezet en mededingingsrechtelijk ook niet controversieel zijn.<sup>52</sup> Voor deze stappen is in veel gevallen ook geen samenwerking vereist. De uitvoering van de volgende drie stappen (iv) het daadwerkelijk voorkomen en mitigeren van aantastingen, (v) het bijhouden van de effectiviteit van maatregelen en (vi) het bieden van herstel voor aantastingen die door een bedrijf zijn veroorzaakt, is in de praktijk veel moeilijker uit te voeren, vergt mogelijk meer samenwerking en kan daarmee ook eerder op mededingingsbezwaren stuiten. Het uitgangspunt dat de mededingingsrechtelijke ruimte voor samenwerking niet onbeperkt is, blijkt ook uit de artikelen 7 lid 2 sub e en 8 lid 3 sub f CSDDD. Met betrekking tot de preventie van potentiële negatieve effecten wordt een verplichting in het leven geroepen om met andere entiteiten samen te werken 'om de onderneming beter in staat te stellen het negatieve effect te voorkomen of te verlichten, met name wanneer geen andere maatregel geschikt, of doeltreffend is'. Een vergelijkbare bepaling is opgenomen voor wat betreft de beëindiging

48. Vgl. ACM 27 juni 2022, 'Shell en TotalEnergies mogen samenwerken bij de CO<sub>2</sub>-opslag in lege gasvelden op de Noordzee'.

49. Vgl. ACM 2 september 2022, 'ACM akkoord met afspraken tuincentra om gebruik illegale bestrijdingsmiddelen tegen te gaan'.

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

51. *Opties voor afdwingbare IMVO-instrumenten*, rapport voor het Ministerie van Buitenlandse Zaken 2020, p. 19-29.

52. Vgl. ook L. Smit e.a., 'Study on due diligence requirements through the supply chain', 2020 (DG JUST), p. 48 e.v. en M.W. Scheltema, 'De juridisering van mensenrechten due diligence', in: *Preadviezen voor de Koninklijke Vereniging 'Handelsrecht'*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 122.

van negatieve effecten. In beide gevallen ligt de nadruk op het subsidiaire karakter van de maatregel. Samenwerking is uitsluitend verplicht indien andere maatregelen niet geschikt of doeltreffend zijn. Bovendien moeten de maatregelen ‘overeenkomstig het mededingingsrecht’ worden genomen. De tekst van de CSDDD levert daarmee geen nieuwe inzichten, of aanknopingspunten op voor een mededingingsrechtelijke beoordeling van samenwerking die strekt tot preventie, het bijhouden van effectiviteit, of het bieden van herstel. Overweging 71 bij de richtlijn bevestigt wel dat in veel gevallen samenwerking tussen ondernemingen in Europa noodzakelijk zal zijn om de doelen van de CSDDD te bereiken. De CSDDD biedt evenwel geen zelfstandige rechtvaardiging voor dergelijke samenwerking.<sup>53</sup> Uitvoering van verplichtingen op grond van de CSDDD kan derhalve geen verweer vormen voor ondernemingen, omdat de CSDDD nu juist voorschrijft dat samenwerking uitsluitend verplicht is indien dit plaatsvindt overeenkomstig het mededingingsrecht, met daarbij nog de aanvullende voorwaarde dat ‘*geen andere maatregel geschikt of doeltreffend is*’. Dit betekent dat de Commissie, in overleg met nationale mededingingsautoriteiten in het European Competition Network de komende jaren in toenemende mate richting zal moeten geven aan toegestane vormen van samenwerking om verplichtingen op grond van de CSDDD indien noodzakelijk collectief te implementeren in het licht van de mededingingsregels.

Een goed voorbeeld van een vrijwillig initiatief dat niet tot mededingingsbezwaren leidde, is het zogenaamde Kakaoforum, een gezamenlijk initiatief van Duitse retailers en ngo’s om een zogenoemde ‘living wage’ te garanderen voor cacaoboeren in Ghana en Ivoorkust.<sup>54</sup> Ingevolge dit initiatief committeren de aangesloten leden zich om individueel minimumprijzen en quota’s te garanderen die ertoe leiden dat cacao producenten een betere opbrengst kunnen realiseren. De Duitse mededingingsautoriteit hechtte er blijkens haar persbericht aan dat het systeem niet uitging van vaste, maar van referentieprijzen, ieder lid uitsluitend in geaggregeerde vorm informatie binnen het forum deelde en maatregelen nam waardoor informatie-uitwisseling tot een minimum beperkt blijft.

### 3.2 Belangrijkste mededingingsrechtelijke aandachtspunten bij naleving CSDDD

Ik voorzie vijf belangrijke aandachtspunten: de mededingingsrechtelijke beoordeling van (i) standaarden, (ii) informatie-uitwisseling, (iii) collectieve boycotts van leveranciers, (iv) de ruimte voor concurrentie tussen ondernemingen ten aanzien van passende zorgvuldigheid en (v) collectieve inkoopvoorwaarden om invulling te geven aan CSDDD-verplichtingen.

In de eerste plaats kunnen overeenkomsten omtrent milieu- of mensenrechtstandaarden worden gesloten om invulling te geven aan preventieverplichtingen, maar dat kan uitsluitend zonder nadere analyse indien de standaard al is vastgelegd in

53. Selçukhan Ünekbas, ‘Diligence is Due Indeed: Competition Law as a Barrier to Sustainable Supply Chains?’, *Kluwer Competition Law Blog*, 4 juli 2022 en Maria José Schmidt-Kessen, ‘Assessing the Impact of Mandatory Human Rights Due Diligence for the Greening of EU Competition Law’, 2 juni 2023.

54. Bundeskartellamt 13 juni 2023, ‘Forum Nachhaltiger Kakao – Bundeskartellamt sieht keine Veranlassung für tiefergehende Prüfung’ (persbericht).

internationaal publiekrechtelijk verband. Voor zover deze afspraken uitsluitend tot doel hebben de naleving te bevorderen van voldoende precieze voorwaarden en verboden die in internationale verdragen of conventies staan, zouden deze overeenkomstig randnr. 528 van de Horizontale Richtsnoeren niet op problemen moeten stuiten, mits aan deze zeven cumulatieve voorwaarden zoals weergegeven in hoofdstuk 1.2 is voldaan. Dat is anders indien dergelijke internationale afspraken ontbreken, of de eisen in deze afspraken niet voldoende concreet en nauwkeurig zijn. In dat geval zullen mededingingsautoriteiten met name moeten onderzoeken of deze standaarden leiden tot prijsafspraken, bepaling van alternatieve normen en de uitsluiting of discriminatie van bepaalde concurrenten. Belangrijk aandachtspunt daarbij zal zijn dat de afspraken geen betrekking hebben op de wijze waarop hogere verkoopprijzen kunnen worden doorberekend aan klanten en wat de effecten zijn voor concurrenten die niet aan de norm kunnen of willen voldoen. Bij de beoordeling van duurzaamheidsafspraken wijzen sommige economen, mijns inziens terecht, op het risico van onbedoelde gevolgen bij een te liberaal mededingingsbeleid om duurzaamheidsafspraken te faciliteren. Dat deze onbedoelde gevolgen zich ook kunnen verwezenlijken, blijkt uit het recente voorbeeld van toepassing van het kartelverbod op het zogenoemde 'AdBlue'-kartel. Op 8 juli 2021 heeft de Commissie de autofabrikanten Daimler, BMW en Volkswagen een boete van € 875 miljoen opgelegd voor het samenspannen bij de technische ontwikkeling van stikstofoxidereiniging.<sup>55</sup> De Commissie was van oordeel dat de fabrikanten de innovatie en concurrentie opzettelijk verminderden door af te spreken dat zij een standaard voor emissiereductie zouden hanteren, maar daarmee de concurrentie voor nog betere standaarden uitsloten. Zoals blijkt uit deze *AdBlue*-zaak kan derhalve een belangrijke vraag worden of een standaard de naleving van verplichtingen op grond van de CSDDD beperkt tot het wettelijk minimum, terwijl rivaliteit boven dit wettelijk minimum wordt uitgesloten.<sup>56</sup> Dat geldt met name indien *due diligence*-inspanningen een effect kunnen sorteren op consumentenmarkten en gebruikt worden in marketingactiviteiten. Een vrijstelling voor normen die leiden tot deze effecten lijkt zeer onwaarschijnlijk. Zo gezien zouden ondernemingen in de textiel- of elektronica-sector bijvoorbeeld wel kunnen afspreken dat zij toezien op het naleven op het verbod op kinderarbeid in hun sector, maar mogelijk niet kunnen overeenkomen dat zij vanuit mensenrechtenoogpunt erop zullen toezien dat toeleveranciers in een Aziatisch land hun werknemers één zondag in de maand vrijgeven, terwijl zij zeven dagen per week werken. Individueel zouden deze ondernemingen immers wellicht meer kunnen bereiken, of willen afdwingen.

Bij een analyse van een standaard die niet te herleiden valt tot een internationale afspraak zullen volgens de Horizontale Richtsnoeren alleen afspraken van de hiervoor in kaart gebrachte vrijstelling op grond van artikel 101 lid 3 VWEU kunnen profiteren, indien voordelen van individueel gebruik, of niet gebruik, collectieve voordelen, of een combinatie van deze voordelen aannemelijk kan worden gemaakt. Daarbij is het onmisbaarheidsvereiste een belangrijk aandachtspunt. Afspraken met een aanzienlijke impact op Europese consumenten die niet gedekt worden

55. Vgl. Commissie 8 juli 2021, 'Commission fines car manufacturers € 875 million for restricting competition in emission cleaning for new diesel passenger cars' (persbericht).

56. Commissie 8 juli 2021, Besluit AT.40178, *Emissies van personenauto's*.

door een internationale overeenkomst en waarvan de voordelen uitsluitend ten goede komen van gebruikers buiten Europa, terwijl ‘willingness to pay’ van Europese consumenten niet aannemelijk kan worden gemaakt, zullen nog steeds op mededingingsbezwaren stuiten.<sup>57</sup>

In de tweede plaats is in het kader van het daadwerkelijk voorkomen en mitigeren van aantastingen op grond van de CSDDD de mededingingsrechtelijke beschikkingspraktijk over de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie van groot belang. Mededingingsautoriteiten zullen naar verwachting nauwkeurig onderzoeken welke informatie wordt uitgewisseld en of dit wel noodzakelijk is voor de beoogde preventie, of het bijhouden van de effectiviteit van maatregelen. Zo is het in het algemeen niet noodzakelijk voor marktpartijen om de identiteit van de toeleveranciers van hun concurrenten in de keten te kennen, of informatie te krijgen over volumes en prijzen van toeleveranciers.<sup>58</sup> Een overkoepelend knelpunt wat betreft de informatie die ondernemingen nodig hebben om uitvoering te geven aan de CSDDD is bovendien het zogenoemde datagat: nog niet alle informatie die nodig is om bijvoorbeeld (potentiële) negatieve effecten op de mensenrechten en negatieve milieueffecten vast te stellen zal reeds voldoende beschikbaar en/of betrouwbaar zijn. Uit een onderzoek in het kader van de eerder ingetreden Richtlijn inzake niet-financiële rapportage<sup>59</sup> bleek bijvoorbeeld dat 71% van de respondenten vond dat de niet-financiële informatie niet goed vergelijkbaar was. Ook werd de informatie bestempeld als onbetrouwbaar (60%) en niet-relevant (57%).<sup>60</sup> In het kader van de Sustainable Finance Disclosure Regulation<sup>61</sup> (de ‘SFDR’) heeft de Nederlandse Autoriteit Financiële Markten (de ‘AFM’) als potentiële oplossing gesignaleerd dat gebruik kan worden gemaakt van externe dataleveranciers (waarbij tegelijkertijd wordt opgemerkt dat er grote verschillen bestaan tussen de onderlinge data van dataleveranciers op het gebied van kwaliteit en beschikbaarheid).<sup>62</sup> De ondernemingen moeten dan zelf kwalificeren welke data ‘geschikter’ is om te voldoen aan hun verplichtingen en wellicht met een andere dataleverancier, die mogelijk wel de benodigde data heeft maar bijvoorbeeld van mindere kwaliteit, genoeg moeten nemen. In het kader van de SFDR bepleiten de AFM en haar Franse evenknie voor een regulering van dataleveranciers met daarbij een gecentraliseerd toezicht.<sup>63</sup> Hoewel dit wellicht niet direct een mededingingsprobleem is, roept het wel de vraag op in hoeverre samenwerking noodzakelijk is in de zoektocht naar adequate data. *Due diligence* bij leveranciers die ertoe leidt dat commercieel gevoelige informatie over concurrenten wordt verkregen (bijvoorbeeld volumes en prijzen) zal in ieder geval tot mededingingsbezwaren leiden.

57. Vgl. Horizontale Richtsnoeren, randnr. 585.

58. De uitgangspunten voor de toelaatbaarheid van informatie-uitwisseling zijn opgenomen in de ACM leidraad samenwerking tussen concurrenten, par. 3.6 en hfdst. 6 van de Horizontale Richtsnoeren.

59. 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).

60. Commissie, ‘Summary Report of the Public Consultation on the Review of the Non-Financial Reporting Directive 20 February 2020 – 11 June 2020’.

61. Verordening (EU) 2019/2088 betreffende informatieverschaffing over duurzaamheid in de financiële dienstensector (*PbEU* 2019, L 317).

62. AFM 3 juli 2020, ‘Sectorbrief over duurzaamheid’, p. 7.

63. AFM 15 december 2020, ‘Position Paper – Call for a European Regulation for providers of ESG data, ratings, and related services’.

Een derde vraagstuk betreft de potentiële verplichting in het licht van artikel 7 lid 5 CSDDD tot tijdelijke of permanente opschorting van de zakelijke relatie met een toeleverancier, behoudens de uitzonderingen in artikel 7 lid 6 en 7 CSDDD. Dit kan leiden tot de in het mededingingsrecht bekende zogenoemde 'collectieve boycots'. Een belangrijk mededingingsrechtelijk uitgangspunt is dat ondernemingen zelfstandig moeten beslissen met welke partners zij in zee gaan. Een collectief besluit om leveranciers uit de keten te elimineren, of overleg over een dergelijk besluit in het licht van de relatief open en vage normen van artikel 7 lid 5 CSDDD zal mededingingsrisico's opleveren zolang de toezichthouder geen duidelijk standpunt heeft ingenomen over de toepasselijkheid van deze verplichtingen. Ofschoon artikel 7 lid 7 CSDDD voorziet in een rol voor de toezichthouder, betreft dit uitsluitend de informatieplicht in de omstandigheid dat een onderneming al besloten heeft de zakelijke relatie niet te beëindigen. Een belangrijke vraag in dit verband zal zijn of ondernemingen zelfstandig, of samen, of uitsluitend met behulp van een toezichthouder kunnen vaststellen (a) of potentiële negatieve effecten voor mensenrechten en milieu voorkomen of voldoende verlicht kunnen worden, (b) wanneer de situatie zich voordoet dat beëindiging 'als laatste middel' aangewezen is, (c) wanneer 'redelijkerwijs kan worden verwacht dat inspanningen ter voorkoming of verplichting van de effecten op korte termijn succes zullen hebben', (d) of het potentiële negatieve effect ernstig is, (e) of er een redelijke verwachting is dat beëindiging een ernstig negatief effect zou sorteren, dan het potentiële niet te voorkomen negatieve effect en (f) of er geen beschikbaar alternatief is in de zin van artikel 7 lid 7 CSDDD. Vergelijkbare vragen zullen zich voordoen bij de toepassing van artikel 8 lid 6 CSDDD waar dezelfde verplichtingen tot het beëindigen van relaties in de implementatiewetgeving zullen moeten worden geactiveerd. Ook op dit punt speelt de vraag naar de interpretatie van het arrest inzake de Slowaakse banken, inzake collectieve boycots van een concurrent die Europese normen niet naleeft, een belangrijke rol.

In dit kader wordt een belangrijk mededingingsrechtelijk thema welke ruimte er is voor ondernemingen die onderworpen zijn aan CSDDD-verplichtingen om afspraken te maken over de invulling en handhaving van deze verplichtingen in een situatie dat ondernemingen reeds volgens EU- of nationale wetgevingen moeten voldoen aan specifieke verplichtingen die een vergelijkbare doelstelling hebben. Anders dan de ACM heeft bepleit is het uitgangspunt van de Commissie dat in die situatie afspraken tussen ondernemingen om meer te doen dan volgens nationale of EU-wetgeving is vereist in beginsel niet als onmisbaar worden beschouwd, aangezien de wetgever al heeft besloten dat elke onderneming afzonderlijk aan de verplichting in kwestie moet voldoen.<sup>64</sup> Ofschoon de Commissie in de Horizontale Richtsnoeren een gaatje laat voor samenwerking in een dergelijk geval om het doel op een kostenefficiëntere manier, of sneller te bereiken, is het geenszins zeker dat ondernemingen onderling kunnen afstemmen of afspraken kunnen maken over de invulling van CSDDD-verplichtingen in een situatie dat er voor de relevante milieu- of mensenrechtenaspecten al nationale regelgeving geldt. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan nationale wetgeving met betrekking tot de handhaving

64. Vgl. Horizontale Richtsnoeren, randnr. 584.



van de Europese Houtverordening<sup>65</sup>, of bestrijdingsmiddelen. Ofschoon de ACM in haar informele zienswijze met betrekking tot het bestrijden van gebruik van illegale bestrijdingsmiddelen in tuincentra, het tijdelijk uitsluiten van bepaalde kwekers van de markt voor de verkoop van sierplanten in het geval illegale pesticiden werden aangetroffen heeft aanvaard, staat geenszins vast dat de Commissie in andere gevallen deze private methode om nationale en Europese wetgeving te handhaven zal aanvaarden.

In de praktijk is het niet uitgesloten dat in weerwil van de uitvoerige discussies in de literatuur over de toepasselijkheid van de vrijstelling die vervat is in artikel 101 lid 3 VWEU mededingingsautoriteiten er in het kader van hun prioriteringsbeleid voor zullen kiezen artikel 101 VWEU en hun nationale equivalenten niet te handhaven in het geval afspraken worden gemaakt die ertoe strekken marktpartijen te boycotten die nationale of Europese wetgeving op het gebied van mensenrechten of milieuwetgeving schenden. Er valt immers veel te zeggen voor de benadering die de ACM heeft gevolgd in de zaak met betrekking tot de tuincentra. Concurrentie die gebaseerd is op milieu- of mensenrechtentaantastingen verdient geen bescherming. Zo bezien zal de discussie over toepassing van het mededingingsrecht op duurzaamheidsafspraken in het licht van de verplichtingen op grond van de CSDDD eerder worden gevoerd in het kader van handavingsprioriteiten dan in het kader van artikel 101 lid 3 VWEU.

Een vierde onderwerp betreft de vraag of implementatie van de stappen 4 (daadwerkelijk voorkomen, of mitigeren), 5 (bijhouden van effectiviteit) en 6 (bieden van herstel) gegeven de ruimte die implementatiewetgeving naar verwachting zal moeten bieden niet op zichzelf een concurrentieparameter tussen ondernemingen zou kunnen worden. Overleg of afspraken over de wijze waarop en de intensiteit waarmee daadwerkelijk preventie wordt bereikt, of herstel wordt geboden en prioriteiten worden gesteld, zou ertoe kunnen leiden dat ondernemingen in een bepaalde sector zoeken naar een laagste gemeenschappelijke noemer, als gevolg waarvan uitsluitend minimale stappen worden gezet. *Due diligence*-programma's en de daarbij behorende expertise zouden een separate concurrentieparameter kunnen worden die bescherming verdient, met name in markten waar consumenten hechten of zullen gaan hechten aan de *due diligence*-inspanningen van hun toeleverancier. In het klassieke mededingingsrechtelijke paradigma leidt juist onzekerheid tot maximale inspanningen en rivaliteit tussen ondernemingen. Dat zou ook kunnen gelden voor inspanningen tot gepaste zorgvuldigheid, zeker voor ondernemingen actief op consumentenmarkten. Een belangrijke vraag zal worden in hoeverre deze onzekerheid collectief kan en moet worden weggenomen.

In de vijfde plaats lijkt samenwerking op het gebied van contractbepalingen ook mededingingsrechtelijk de nodige aandacht te vergen.<sup>66</sup> Een belangrijke uitdaging voor ondernemingen zal worden om contractuele garanties te krijgen van toeleve-

65. Verordening (EU) 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).

66. Vgl. T. Riyazi, 'De Corporate Sustainability Due Diligence Directive en contractuele verhoudingen', *ORP* 2023, afl. 6, p. 114.

ranciers met een mogelijke cascade nog hoger in de keten om ervoor te zorgen dat een preventief actieplan wordt nageleefd (art. 7 lid 2 punt b CSDDD), of negatieve effecten daadwerkelijk worden beëindigd (art. 8 lid 3 punt c CSDDD). Met dit doel kan de Commissie overeenkomstig artikel 12 CSDDD modelcontractbepalingen vaststellen. In hoeverre Europese ondernemingen – als afnemers – erin zullen slagen individueel naleving van verplichtingen die voortvloeien uit de CSDDD af te dwingen, zal afhankelijk zijn van hun positie op de inkoopmarkt en het belang dat zij voor een leverancier vertegenwoordigen in zijn totale omzet. In de meeste gevallen zullen Europese ondernemingen niet zodanig verticaal geïntegreerd zijn dat zij ‘gezamenlijk’ zeggenschap uitoefenen over hun leveranciers en in veel gevallen zal het voor afnemers, gelet op de omvang van hun individuele afname, moeilijk zijn om (kostbare) veranderingen bij leveranciers af te dwingen. Tegen deze achtergrond ligt coördinatie van inkoopvoorwaarden met andere ondernemingen die onderworpen zijn aan de CSDDD voor de hand. De vrijwillige modelcontractbepalingen kunnen daarbij een belangrijk hulpmiddel gaan vormen. Voor zover coördinatie verder gaat dan deze modelcontractbepalingen zijn met name hoofdstukken 4 (inkoopovereenkomsten), 6 (informatie-uitwisseling) en 8 (standaardvoorwaarden) van de Horizontale Richtsnoeren van belang. Coördinatie van inkoopvoorwaarden zal in geen geval verder mogen gaan dan noodzakelijk, zou bovenwettelijke inspanningen van ondernemingen gericht op het voorkomen en tegengaan van mensenrechten- en milieuaantastingen niet moeten beperken en zou ook overigens niet moeten kunnen leiden tot het uitsluiten of marginaliseren van bepaalde concurrenten, of verticaal geïntegreerden (toeleveranciers). Voor zover een inkoopcombinatie van ondernemingen over een zeer aanzienlijk marktaandeel op de relevante inkoopmarkt zou beschikken, is ook nog het verbod van artikel 102 VWEU van belang.<sup>67</sup> Inmiddels heeft de Commissie in maart 2023 aangekondigd dat zij nieuwe richtlijnen voorbereidt over de toepassing van artikel 102 VWEU op uitsluitingsgedrag. Volgens de plaatsvervangend directeur van DG Concurrentie, Linsey McCallum, overweegt de Commissie ook een passage over duurzaamheid in deze richtsnoeren op te nemen. Het zou goed zijn indien daarbij ook aandacht aan de CSDDD wordt besteed. Een belangrijke vraag zal zijn of, en zo ja, op welke wijze afnemers die onderworpen zijn aan CSDDD-verplichtingen hun toeleveranciers en upstreamwaardeketen kunnen beïnvloeden en verplichtingen kunnen opleggen. Dit zal immers sterk afhankelijk zijn van hun commerciële positie.

## 4 Toezicht op de CSDDD

### 4.1 De toezichthouder

Voor de lezer van de CSDDD en dit preadvies zal inmiddels duidelijk zijn dat de in de artikelen 17 en 18 CSDDD bedoelde toezichthouder een formidabele taak wacht. Deze toezichthouder zal over ruime bevoegdheden beschikken, zowel om onmiddellijke voorzieningen te gelasten, als punitieve en reparatoire sancties op te leggen. Daarnaast zal coördinatie binnen het Europese netwerk van toezichthoudende

67. Vgl. M.C. Iacovides & Ch. Christos Vrettos, ‘Falling through the cracks no more? Article 102 TFEU and sustainability: the relation between dominance, environmental degradation, and social injustice’, *Journal of Antitrust Enforcement* 2022, p. 32-62.

autoriteiten noodzakelijk zijn ingevolge artikel 21 CSDDD, bijvoorbeeld ook om te voorkomen dat een toezichthouder in Nederland een maatregel neemt die ertoe strekt de relatie met een bepaalde fabriek in het Verre Oosten te beëindigen vanwege mensenrechtenaantastingen, terwijl concurrenten uit andere lidstaten nog steeds met dezelfde fabriek zaken kunnen doen. De coördinerende bevoegdheden van de Commissie die zijn opgenomen in de CSDDD, zijn op dit gebied zeer beperkt. Anders dan op grond van Verordening (EG) nr. 1/2003 behoeft de Commissie niet te worden geraadpleegd over voorgenomen besluiten en worden deze besluiten ook niet vooraf in het Europese netwerk van toezichthouders besproken en beoordeeld. De verplichting ingevolge artikel 20 lid 4 CSDDD om sanctiebesluiten achteraf aan het Europese netwerk toe te zenden, lijkt mij onvoldoende om adequate coördinatie in Europa te waarborgen. Deze lacune in de CSDDD zou effectieve handhaving wel eens parten kunnen gaan spelen, omdat lidstaten mogelijk sterke economische prikkels hebben om de in hun land gevestigde multinationals geen concurrentienadeel toe te brengen in verhouding met marktpartijen die elders in of buiten Europa gevestigd zijn. Indien de CSDDD daadwerkelijk beoogt een ‘gelijk speelveld’ in Europa te creëren, zal (formele of informele) coördinatie aanzienlijk moeten worden versterkt.

In de Nederlandse context lijkt zich steeds meer draagvlak af te tekenen voor de benoeming van de ACM als toezichthouder op de naleving van de CSDDD. Voor die keuze valt veel te zeggen om zes redenen. In de eerste plaats heeft het bestaande brede pakket aan toezichtstaken van de ACM (mededinging, telecommunicatie, energie, post, luchtvaart, consumentenrecht, afwikkelingsvergoedingen voor creditcardmaatschappijen op grond van de Wft) tot een diepe marktkennis en expertise geleid die zich uitstrekt tot in de haarvaten van de Nederlandse economie. In de tweede plaats zijn de mededingingsrechtelijke deskundigheid en ervaring van de ACM en het nauwe contact dat zij met de Directie Mededinging van de Commissie moet onderhouden van groot belang voor de beoordeling van de afdwingbaarheid van een aantal verplichtingen op grond van de CSDDD. Het lijkt aantrekkelijk om deze beoordeling in één hand te houden en op deze wijze een situatie te voorkomen dat er institutionele spanningen ontstaan tussen verschillende toezichthouders en dat ondernemingen de agenda van deze toezichthouders tegen elkaar uit proberen te spelen. In de derde plaats beschikt de ACM reeds lange tijd over een ruim arsenaal aan sanctiebevoegdheden op grond van de Instellingswet Autoriteit, Consument en Markt (‘Instellingswet’) en heeft zij de afgelopen jaren laten zien dat zij daar effectief mee kan omgaan. Daarbij kan gedacht worden aan de wijze waarop de ACM het toezicht op duurzaamheidsclaims verder heeft gebracht met het gebruik van haar bevoegdheid toezeggingsbesluiten in de zin van artikel 12h Instellingswet te aanvaarden en het gebruik van de ACM van achtereenvolgende conceptleidraden of beleidsregels, waarbij vage normen in toenemende mate worden geconcretiseerd en zo het gedrag van onder toezicht staande ondernemingen zonder radicale koerswijzigingen kan worden beïnvloed. Deze praktijk draagt ook bij aan de rechtszekerheid. Bij het mededingingstoezicht en het toezicht op energiebedrijven heeft de ACM ook laten zien dat meer informele vormen van toezicht tot adequate resultaten kunnen leiden. In de vierde plaats lijkt in de Nederlandse context een andere toezichthouder niet onmiddellijk voor de hand te liggen, terwijl het optuigen van een nieuwe toezichthouder zonder de voor een toezichthouder

noodzakelijke bestuursrechtelijke expertise en litigieuze ervaring niet aantrekkelijk is. In de vijfde plaats is het inherent aan de missie van de ACM (een bijdrage leveren aan een gezonde economie door markten goed te laten werken voor mensen en bedrijven), dat toezicht wordt vormgegeven zonder het belang van goede marktwerking uit het oog te verliezen. Dit zal ook onvermijdelijk betekenen dat de ACM de impact op relevante markten van haar toezichthoudende activiteiten steeds zorgvuldig en met realiteitszin zal beoordelen. In de zesde plaats is de ACM ook gewend prioriteiten te stellen in haar handhavingsbeleid en de schaarse middelen waar zij over beschikt te alloceren. Overigens zal het noodzakelijk zijn dat bij het toevertrouwen van toezicht van de ACM op grond van de implementatiewetgeving van de CSDDD aanzienlijke middelen voor deze extra taak worden vrijgemaakt. Nadere afstemming met andere toezichthouders die beschikken over relevante expertise (zoals de NVWA en Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT)) zal noodzakelijk zijn en zou kunnen worden vastgelegd in samenwerkingsprotocollen. Ook zou kunnen worden overwogen om een coördinatiemechanisme met alle relevante toezichthouders in het leven te roepen vergelijkbaar met het Samenwerkingsplatform Digitale Toezichthouders (SDT).<sup>68</sup>

#### 4.2 Toezichtstijl en handhavingsprioriteiten ACM

Toezicht op grond van de CSDDD zal interessante vragen oproepen over handhavingsprioriteiten en -toezichtstijl.

Met betrekking tot de prioritering van aanvragen tot handhavend optreden hanteert de ACM sinds geruime tijd drie criteria om te bepalen of zij bepaalde handhavingsverzoeken diepgaand zal onderzoeken. Deze criteria gelden voor alle wetgeving waarop de ACM toezicht houdt. Het gaat voor de ACM bij keuze rond handhaving om (i) de schadelijkheid van het gedrag, (ii) het maatschappelijk belang bij optreden en (iii) de mogelijkheid om doeltreffend en doelmatig op te treden. Met een op 25 mei 2023 vastgestelde beleidsregel heeft de ACM dit beleid verder verduidelijkt.<sup>69</sup> Bij het criterium ‘schadelijkheid’ betreft de ACM niet alleen financiële schade, maar ook schade aan kwaliteit en innovatie op de lange termijn, of indirecte schade, bijvoorbeeld de uitstraling die bepaald gedrag kan hebben voor het algemeen vertrouwen in markten. Ook schade voor bepaalde groepen kwetsbare, of afhankelijke consumenten, of bedrijven weegt voor de ACM zwaar. Het maatschappelijkbelangcriterium vult de ACM explicieter dan voorheen in met de verwijzing naar publieke belangen. Het is daarvoor niet noodzakelijk dat de wetgever deze belangen aan de ACM heeft toevertrouwd. De ACM noemt duurzaamheid als voorbeeld van een maatschappelijk belang dat handhaving rechtvaardigt. Ook de jaarlijks gepubliceerde ACM-agenda speelt bij de handhavingskeuzes van de ACM een rol. Het criterium ‘doeltreffend en doelmatig optreden’ wordt ingevuld aan de hand van synergievoordelen met al lopende trajecten en een evenwichtiger verdeling van toezichtcapaciteit. Overeenkomstig de rechtspraak doet de ACM bij ieder verzoek om handhaving of signaal een initieel inventariserend onderzoek, waarin deze

68. Vgl. persbericht ACM over het SDT. Dit is opgericht door de ACM, AFM, AP en het Commissariaat voor de Media (CvdM).

69. Beleidsregel prioritering van handhavingsverzoeken door de ACM (*Stcrt.* 2023, 15184).

criteria aan de orde komen. Onder een ‘verzoek om handhaving’ verstaat de ACM een aanvraag tot handhavend optreden in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (‘Awb’). Daarvoor is het noodzakelijk dat de aanvrager belanghebbende is in de zin van de Awb en het verzoek voldoet aan de eisen van de artikelen 4:1-4:6 Awb. Ingevolge artikel 1:2 lid 3 Awb zijn rechtspersonen die overeenkomstig hun doelstellingen actief bepaalde algemene of collectieve belangen behartigen eveneens bij een besluit betrokken. Het moet daarbij wel om rechtspersonen gaan. Een ongestructureerde actiegroep kan niet als belanghebbende in de zin van de Awb optreden. Het is ook noodzakelijk dat een aanvrager de gegevens en bescheiden verschaft waarover hij of zij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen, die noodzakelijk zijn voor de beoordeling van de aanvraag. Onder een ‘signaal’ verstaat de ACM in dit verband alle tips en meldingen die niet als aanvraag zijn aan te merken. Signalen kunnen er wel toe leiden dat de ACM ambtshalve een handhavingsonderzoek start. Ook daarvoor geldt het prioriteringsbeleid.

Onder het kopje ‘Onze Toezichtstijl’ inventariseert de ACM op haar website de instrumenten die zij naast elkaar kan inzetten, waarbij naast gebruikelijke punitieve en reparatoire sancties ook waarschuwingen via een gesprek, formele brief, of voorlichting worden genoemd. De ACM bevestigt expliciet: ‘we willen niet alleen overtredingen bestraffen, maar ook de onderliggende oorzaken aanpakken en herhaling voorkomen. (...) een structurele oplossing voor markt en consumentenproblemen, daar gaat het ons om.’

De bestuursrechter heeft de ACM ruime mogelijkheden gegeven prioriteiten te stellen en heeft daarbij de achtereenvolgende beleidsregels omtrent handhaving van de ACM tot uitgangspunt genomen. De rechtspraak ter zake is aanvankelijk met name tot ontwikkeling gekomen in het licht van verzoeken tot handhaving van de mededingingsregels. In een uitspraak van 20 augustus 2010<sup>70</sup>, die in daaropvolgende rechtspraak vaak wordt aangehaald, oordeelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven (het ‘College’) dat een zorgvuldige voorbereiding van het besluit op aanvraag om handhaving van bepalingen van de Mededingingswet niet vereist dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit (‘NMa’) (nu: ACM) van haar onderzoeksbevoegdheden gebruikmaakt, indien uit een eerste, of globaal onderzoek naar de klacht blijkt dat het gestelde in de klacht hoe dan ook niet kan leiden tot de conclusie dat sprake is van een inbreuk op haar mededingingsregels. Wel mag van de NMa gevergd worden dat zij motiveert waarom zij een bepaalde klacht niet onderzoekt. Bij de afweging een bepaalde klacht al dan niet te onderzoeken, is van belang dat de opdracht die de wetgever aan de NMa als toezichthouder heeft gegeven meebrengt, dat van haar *‘een actieve houding mag worden verlangd’*, aldus het College. De NMa kan bij een afwijzing van een klacht niet uitsluitend verwijzen naar haar prioriteringsbeleid, maar moet ook motiveren waarom de klacht zelf, gezien de inhoud van de gestelde inbreuk in het licht van dit beleid geen onderzoek rechtvaardigt. Een beginselplicht tot handhaving rust uitsluitend op de ACM, indien een overtreding geconstateerd is. Klagers kunnen geen aanspraak maken op het nemen van boetebesluiten jegens ondernemingen. De beginselplicht tot handhaving

---

70. CBB 20 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4700 (Vereniging van Reizigers/NMa).

geldt immers volgens vaste rechtspraak niet met betrekking tot het opleggen van boetes.<sup>71</sup>

Het relevante toetsingskader in dit verband komt ook duidelijk tot uitdrukking in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 12 september 2019.<sup>72</sup> In deze zaak beklaagt de KPN zich erover dat de ACM met een verwijzing naar haar prioriteringsbeleid geen nader onderzoek had gedaan naar de voorwaarden voor de doorgifte van Fox Sport Eredivisie. De rechtbank aanvaardde dat indien prima facie niet evident is dat Fox Sport Eredivisie een machtspositie heeft er geen uitgebreider en diepgaand onderzoek zou moeten plaatsvinden naar het bestaan van een dergelijke machtspositie. De rechtbank was bovendien van oordeel dat de ACM voldoende had gemotiveerd dat en waarom op basis van haar verkennende onderzoek het niet evident was dat er sprake zou kunnen zijn van verboden prijsdiscriminatie in het licht van het verbod op misbruik van machtspositie, of van een inbreuk op het kartelverbod. Een uitspraak van het College met betrekking tot de Wet marktordening gezondheidszorg van 15 maart 2022<sup>73</sup> bevestigt deze lijn. Ook de Nederlandse Zorgautoriteit kon het prioriteringsbeleid dat is neergelegd in een beleidsregel volgen en de beginselplicht tot handhaving werd gereserveerd voor evidente overtredingen van verplichtingen die middels een besluit waren opgelegd. Het beoordelingskader van het College werd ook gevolgd door de rechtbank Rotterdam bij het verzoek van Riedel aan de ACM om handhavend op te treden tegen Coca-Cola, vanwege haar kortingenbeleid. Na een verkennend onderzoek had de ACM op basis van haar prioriteringsbeleid besloten de zaak niet verder te onderzoeken.<sup>74</sup> De rechtbank aanvaardde dit in het licht van de toepassing van haar prioriteitsbeleid.

Recentelijk heeft de rechtbank Rotterdam nogmaals geoordeeld dat de ACM een handhavingsverzoek met toepassing van haar prioriteringsbeleid heeft kunnen afwijzen in het geval van een klager over het allocatiebeleid rondom de winkelruimte op luchthaven Schiphol.<sup>75</sup>

De beleidsregel van de ACM lijkt goed bruikbaar in het geval de handhaving van de CSDDD aan haar wordt toevertrouwd. Daarbij zijn de algemene criteria die door de ACM zijn geformuleerd en nader ingevuld goed hanteerbaar. Met name bij de handhaving van de verplichtingen die vervat zullen zijn in de implementatiewetgeving van artikel 7 en 8 CSDDD zal de ACM met complexe afwegingen worden geconfronteerd. Zo zal zij willen voorkomen dat de wetgeving uitsluitend leidt tot een papieren werkelijkheid, terwijl er geen voortgang wordt geboekt met daadwerkelijke preventie en beëindigingen, althans mitigeren van mensenrechtenaantastingen of milieuschendingen. Bij haar beslissingen ter zake is het van belang dat de ACM mogelijke schade aan het goed werken van markten bij haar optreden betreft. In geval van niet optreden is onder meer van belang indirecte schade, zoals de uitstraling die het kunnen voortzetten van overtredingen kan hebben naar andere partijen, of het vertrouwen van mensen en bedrijven in marktwerking. Bij

71. ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1407 (*AP/handhaving PBC*).

72. Rb. Rotterdam 12 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7189 (*KPN/ACM*).

73. CBb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:112 (*Stichting Breinpoli/NZa*).

74. Rb. Rotterdam 29 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7277 (*Riedel/ACM*).

75. Rb. Rotterdam 14 augustus 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:7133 (*ACM/Schiphol*).

handhaving kan de ACM ook de vraag betrekken welke gevolgen in een interruptie van waardeketens, of het elimineren van toeleveranciers kan hebben voor het goed werken van markten op korte en lange termijn, ook in vergelijking met consumentenmarkten in andere lidstaten en concurrerende marktdeelnemers. De ACM zou in dit kader dus bijvoorbeeld de mogelijke schade als gevolg van het ongemoeid laten van mensenrechten- en milieuaantastingen in waardeketens kunnen afwegen tegen de schade die voor consumenten en bedrijven in Nederland ontstaat indien leveranciersrelaties moeten worden beëindigd.

Het nut van het criterium ‘maatschappelijk belang’, dat in de ogen van de ACM mede duurzaamheid omvat is evident. Naar verwachting kan de ACM-agenda ook richting geven bij het identificeren van prioriteiten voor wat betreft het toezicht op open normen in de CSDDD. Van deze agenda zal op zichzelf een sturend effect kunnen uitgaan. De criteria ‘doeltreffendheid en doelmatigheid’ lijken in de context van het stellen van prioriteiten onder de CSDDD ook van groot belang. Handhaving van de verplichtingen in de volle breedte en in iedere sector lijkt onmogelijk, ook gelet op de aanzienlijke hoeveelheid informatie die de ACM zal moeten verzamelen in Nederland en daarbuiten. Juist ten aanzien van de CSDDD zal een afweging omtrent beschikbare menskracht en de toegekende financiële middelen, afgezet tegen de andere voorgenomen werkzaamheden van de ACM, essentieel zijn. Deze afweging zal naar verwachting ook per sector anders kunnen uitvallen en afhankelijk kunnen zijn van bestaande (IMVO-)convenanten, internationale afspraken in landen waar productielocaties gevestigd zijn die kwetsbaar zijn voor mensenrechten of milieuaantastingen en een verdeling van prioriteiten binnen het nog op te richten netwerk, waarbij verschillende toezichthouders voor verschillende speerpunten of sectoren kunnen kiezen. Het lijkt mij niet waarschijnlijk dat uit het Europese recht een meer algemene plicht tot handhaving van iedere mogelijke overtreding zal voortvloeien. Wel lijkt uit artikel 18 CSDDD een zeker minimum aan handhavingsinspanningen voort te vloeien. Bovendien moet effectieve rechtsbescherming ingevolge artikel 18 lid 7 CSDDD verzekerd worden. Bij evidente overtredingen die zonder nader onderzoek kunnen worden vastgesteld, zoals met name bij de stappen die strekken tot het doen van onderzoek, de integratie in het managementsysteem van onderzoek en het verplicht maken van preventieplannen.

#### 4.3 Klachten

Artikel 9 CSDDD gaat uit van ruime mogelijkheden om klachten in te dienen bij ondernemingen. Ondernemingen op hun beurt moeten voorzien in een klachtenprocedure die openstaat voor een brede kring van personen. Deze procedure lijkt evenwel niet als sluis te fungeren. Klagers kunnen ook onmiddellijk naar de toezichthouder stappen. Artikel 19 CSDDD vergt immers dat eenieder die gemotiveerde bezwaren ervaren heeft, zich tot de toezichthouder kan richten. Deze bepaling zou een belanghebbendoets in de implementatiewetgeving die betrekking heeft op de identiteit van de klager uitsluiten. Het enige criterium is immers of er objectieve omstandigheden zijn om aan te nemen dat een onderneming verplichtingen niet naleeft. De toezichthouder dient het resultaat van zijn beoordeling gemotiveerd aan de klager mede te delen. Dit artikel lijkt daarmee verder te gaan dan de verplichtingen die op dit moment voor de ACM gelden met betrekking tot

aanvragen tot handhaving. De eis van een rechtstreeks belang en persoonlijk kenmerkend belang in de zin van artikel 1:2 Awb zal in de toekomst door de ACM voor klachten in het licht van de CSDDD niet langer kunnen worden gebruikt. Dit vraagstuk speelt ook reeds in andere wetgeving, zoals de Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen. Artikel 8 lid 1 van deze wet bepaalt namelijk kort gezegd dat een leverancier, een organisatie waar een leverancier lid van is of een vereniging van dergelijke organisaties, als belanghebbende wordt aangemerkt indien deze leverancier, organisatie of vereniging de ACM verzoekt om handhaving<sup>76</sup> in verband met een vermeende verboden handelspraktijk jegens de betrokken leverancier. Artikel 53 van de Digital Services Act ('DSA')<sup>77</sup> kent evenmin een noemenswaardige drempel voor klagers. Daarmee zal ook de rechtspraak die zoekt naar een afgrenzing ten opzichte van de *actio popularis*, het beroepsrecht voor eenieder, zijn relevantie verliezen in de besluitfase.<sup>78</sup> De ACM zal haar praktijk, zoals die thans blijkt uit de beleidsregels, op dit punt moeten veranderen en aanvragen en signalen op dezelfde wijze moeten behandelen. Het belang van de klager hoeft niet meer voldoende concreet en actueel te zijn. Voor de ACM zal dit betekenen dat men zich moet herbezinnen op de vraag hoeveel menskracht wordt besteed aan de motivering van prioriteitsbesluiten, mede in het licht van de rechtspraak van de bestuursrechter.

Scheltema verwacht terecht dat klachten niet zozeer betrekking zullen hebben op overtreding van de wettelijke verplichting als zodanig, maar op aantastingen van mensenrechten en milieuschendingen die samenhangen met de bedrijfsvoering van een onderneming, omdat klagers geen of weinig inzicht zullen hebben in de wijze waarop een onderneming specifieke *corporate sustainability due diligence* heeft uitgevoerd. Anders dan Scheltema denk ik niet dat artikel 19 CSDDD ruimte laat voor Nederlandse implementatiewetgeving om de eis te stellen dat uitsluitend klagers die in hun belangen zijn geraakt een bedenking kunnen indienen. De bedoeling van de CSDDD lijkt nu juist dat klachtprocedures laagdrempelig zijn en dat er geen eisen worden gesteld aan de ontvankelijkheid van klagers. Scheltema wijst er overigens op dat de vrees dat het gaat om enorme hoeveelheden potentiële klagers mogelijk ongegrond is. Zo heeft het bindende klachtenmechanisme van het IMVO-kledingconvenant, dat ongeveer vijf jaar heeft gefunctioneerd, maar weinig zaken opgeleverd.<sup>79</sup> Indien grote aantallen klachten niet waarschijnlijk zijn, ondersteunt dit de gedachte dat het stellen van een belanghebbendenvereiste niet opportuun is.

Een interessant aspect met betrekking tot marktpartijen die klagen over de niet-naleving van CSDDD-verplichtingen door hun concurrenten ligt nog besloten in artikel 8:69a Awb. Dit betreft zogenoemde bestuursrechtelijke relativiteitsleer als

76. Van art. 4 of art. 7 lid 1 Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen.  
77. Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (digitale dienstenverordening) (*PbEU* 2022, L 227).

78. Dit is in het bijzonder relevant tegen de achtergrond van de strategie van veel ngo's waar het gaat om climate litigation. Deze strategie wordt omschreven in het toonaangevende jaarlijks verschenen rapport van het Grantham Research Institute en de Londen School of Economics, *Global Trends in Climate Change Litigation*.

79. Scheltema 2022, vgl. voetnoot 1, hfdst. 6.



gevolg waarvan een bestuursrechter een besluit niet vernietigt op grond dat het in strijd is met een rechtsregel of rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Blijkens de wetsgeschiedenis wordt daarmee de eis gesteld dat er een verband moet bestaan tussen de beroepsgrond en het belang waarin een appelland door het bestreden besluit dreigt te worden geschaad. De bestuursrechter zou bijvoorbeeld een besluit om niet tot handhaving over te gaan, niet mogen vernietigen wegens schending van de CSDDD, indien de betrokken bepaling in de CSDDD niet zou strekken tot bescherming van de belangen van een appelland. De bestuursrechter zou derhalve de vraag moeten beantwoorden of de verplichtingen vervat in artikel 6 en 7 CSDDD ook strekken tot bescherming van concurrenten, of uitsluitend ertoe strekken mensenrechten- en milieuaantastingen te voorkomen ten behoeve van de mensen en ondernemingen die de respectieve mensenrechten en milieurechten primair beoogt te beschermen. Mede gelet op de rechtsbasis van de CSDDD (art. 114 VWEU) en overweging 71 lijkt het mij goed verdedigbaar dat de CSDDD er ook toe strekt een 'gelijk speelveld' te creëren tussen ondernemingen waarop zorgvuldigheidsverplichtingen rusten. Concurrenten kunnen immers aanzienlijke schade lijden, indien verplichtingen uit de CSDDD niet jegens alle marktdeelnemers worden gehandhaafd. Ik wijs in dit verband naar een vergelijkbare discussie over de strekking van de norm vervat in artikel 41 lid 2 Mw in het hoofdstuk over concentratietoezicht dat strekt ter bescherming van de mededinging op de Nederlandse markt. Het College oordeelde dat het relativiteitsvereiste niet in de weg staat bij een beroep van concurrenten.<sup>80</sup> Bij deze vraag over het relativiteitsvereiste gaat het erom, of de ingeroepen norm *kennelijk* niet strekt tot bescherming van het belang van de eisers of appellanten. Dat is een relatief lichte toets voor de appelland die niet snel tot het ecarteren van een beroepsgrond zou moeten leiden. Ik merk daarbij op dat ook ingevolge de rechtspraak over de implementatiebepalingen van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken 2005/29/EG er duidelijke rechtspraak bestaat dat deze richtlijn niet alleen de economische belangen van consumenten beschermt, maar ook indirect legitieme ondernemingen beschermt tegen concurrenten die de regels van de richtlijn niet in acht nemen.<sup>81</sup> Ten slotte zou, indien geoordeeld zou worden dat verplichtingen in de CSDDD niet geschreven zijn om de belangen van concurrenten te beschermen, de zogenoemde correctie Widdershoven nog uitkomst kunnen bieden. Deze correctie is vergelijkbaar met de correctie Langemeijer<sup>82</sup> in het civiele recht. Blijkens de rechtspraak moet de toepassing van het relativiteitsvereiste gecorrigeerd worden bij een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.<sup>83</sup> Met name het gelijkheidsbeginsel zou uitkomst kunnen bieden, indien een onderneming bijvoorbeeld wordt geconfronteerd met de verplichting de relatie met bepaalde leveranciers te beëindigen, of

80. Cbb 10 november 2020, ECLI:NL:CBB:2020:799, eerste aanleg; ECLI:NL:RBROT:2017:5738 (*Stichting Speel Verantwoord/ACM*). Vgl. ook Rb. Rotterdam 4 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1766 (*Noordhoff/ACM*), r.o. 9.2.
81. Vgl. bijvoorbeeld Rb. Zeeland-West-Brabant 3 februari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:446 (*Leading Care Technologies/Lifewatcher/h.o.d.n. Avium Wearables*) en Rb. Midden-Nederland 29 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6895 (*Koninklijke Vereniging van Ned. Wijnhandelaren e.a./94 Wines B.V.*).
82. HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051 (*Beukers/Dorenbos (tandartsen)*).
83. ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732 (*Van Neerbos Bouwmarkten en Van Neerbos Groep e.a./gemeente Zwolle*).

kostbare preventieve maatregelen te nemen, terwijl een concurrent van handhaving op grond van de CSDDD gevrijwaard blijft.

De eis van een rechtmatig belang kan overeenkomstig artikel 19 lid 5 CSDDD wel worden gesteld voor toegang tot een procedure voor een rechtbank. Daar blijft dus de uitvoerige rechtspraak over het belanghebbendenbegrip wel gelden. Concurrenten worden over het algemeen als belanghebbenden aangemerkt, maar particulieren die onvoldoende persoonlijk belang hebben niet. Recente uitspraken van de rechtbank Rotterdam en het College illustreren dat het belanghebbendenbegrip bij besluiten van de ACM intensief wordt getoetst.

Indien een overtreding vaststaat en een bestuursorgaan is bevoegd om met een last onder bestuursdwang, of last onder dwangsom op te treden, dient dit bestuursorgaan in beginsel van deze bevoegdheid gebruik te maken.<sup>84</sup> Advocaat-generaal Wattel heeft in zijn uitvoerige conclusie voor een uitspraak van de Raad van State inzake de Europese Houtverordening er nog eens op gewezen dat ook het EU-recht eisen stelt aan handhaving door de lidstaten.<sup>85</sup> In de eerste plaats dienen lidstaten – ook rechters – volgens artikel 4 lid 3 VEU alle maatregelen te treffen die geschikt zijn om nakoming van de uit het Unierecht voortvloeiende verplichtingen te garanderen. Sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn, gelet op het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel.<sup>86</sup> De koppeling van de beginselplicht tot handhaving en de Unierechtelijke handhavingseisen komt ook goed aan de orde in de uitspraak van het College van 20 augustus 2010.<sup>87</sup> Wattel wees erop dat de eisen van doeltreffendheid, afschrikking en evenredigheid ook in artikel 19 van de Europese Houtverordening waren te vinden. Deze eisen zijn ook opgenomen in artikel 20 lid 1 CSDDD. Dit betekent mijns inziens dat de ACM ook in de toekomst een vrijheid zal hebben in de keuze voor het handhavingsinstrument, indien overtredingen vaststaan, mits dit instrument voldoende effectief is, maar behoudens bijzondere omstandigheden niet kan afzien van handhaving indien een daartoe strekkende aanvraag wordt gedaan. Dit betekent niet dat mogelijke overtredingen altijd zonder meer onderzocht moeten worden. Het kan wel betekenen dat indien overtredingen zonder nader onderzoek vaststaan, de ACM zal moeten handhaven.

#### 4.4 Zorgplichten in de CSDDD

De bestuursrechtelijke literatuur, met als genesis het rapport ‘Ruimte voor zorgplichten’ van de werkgroep Zijlstra, is een rijke bron voor de definitie en uitwerking van gedragsnormen die als zorgplichten zouden kunnen worden aangemerkt.<sup>88</sup>

84. ABRvS 30 juni 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP4683, JB 2004/293.

85. Concl. A-G Staatsraad Wattel 11 maart 2020, JM 2020/73 en ABRvS 28 oktober 2020, JM 2021/46.

86. Concl. A-G Staatsraad Wattel 11 maart 2020, JM 2020/73, randnr. 5.10.

87. CbB 23 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4700. Het College oordeelde dat in geval van een geconstateerde overtreding de NMa gebruik moet maken van haar bevoegdheden om deze regels te handhaven. Naar het oordeel van het College laat het Europese recht en de nationale beginselplicht OPTA in ieder geval vrijheid in de keuze voor het handhavingsinstrument (mits het gekozen instrument voldoende effectief is).

88. Vgl. het rapport ‘Ruimte voor zorgplichten’ van de werkgroep Zijlstra, *Kamerstukken II 2003/04, 29279*, nr. 14 en S.E. Zijlstra, “‘Zorgplicht’ en algemeen wetgevingsbeleid”, in: C.E.C. Jansen, *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom 2011, p. 59-62.

Van Ommeren heeft het begrip ‘zorgplicht’ treffend aangeduid als ‘een gedragsnorm die verplicht tot het betrachten van zorg voor een bepaald, door de wetgever geformuleerd belang, die zodanig algemeen geformuleerd is dat de normadressaat meerdere, zelf te kiezen rechtmatige gedragsalternatieven openstaan’.<sup>89</sup> De recente preadviezen voor de Vereniging voor bestuursrecht, ‘Zorgplichten in het bestuursrecht’, geven een goed overzicht en een aantal oorspronkelijke gedachten over de huidige stand van het denken over zorgplichten in het bestuursrecht.<sup>90</sup> Voor de toekomstige toepassing van de CSDDD vestig ik met name de aandacht op het uiterst leesbare preadvies van Stijnen, ‘Zorgplichten bij financiële dienstverlening’. Stijnen onderscheidt inspanningsplichten en resultaatsverplichtingen en identificeert tegen deze achtergrond een breed pallet aan zorgplichtbepalingen in het financiële en economische bestuursrecht. Daarbij gaat hij ook in op de vraag hoe deze zorgplichten – die noodzakelijkerwijs open normen vormen – zich verhouden tot de rechtszekerheid.<sup>91</sup> Ook bespreekt hij zorgplichtbepalingen die worden gehandhaafd door de ACM en de NVWA. Voortbouwend op het onderscheid van Stijnen zou men wellicht een aantal verplichtingen die vervat zijn in artikel 7 CSDDD strekkende tot preventie, inspanningsverplichtingen kunnen noemen en verplichtingen omtrent beëindiging, zoals vervat in artikel 8 CSDDD resultaatsverplichtingen. Voor deze verplichtingen ligt een kwalificatie als mengvorm meer voor de hand.<sup>92</sup> Zoals Stijnen terecht opmerkt vereist het *lex certa*-beginsel, dat mede besloten ligt in artikel 49 EU-Handvest en artikel 7 EVRM in ieder geval met het oog op de rechtszekerheid dat de invulling van een wettelijke bepaling voldoende duidelijk bepaalbaar en kenbaar dient te zijn. Stijnen wijst er ook op dat in dit verband een belangrijk onderscheid tussen bestraffende sancties en andere sancties en maatregelen eerder ligt in de bewijsmaatstaf – die voor bestuurlijke boetes het strengst zijn – dan in de bepaalbaarheid van de norm. De norm dient altijd bepaalbaar te zijn. Verdere concretisering van de verplichtingen die vervat zijn in de artikelen 7 en 8 CSDDD is daarom onontkoombaar. Indien inspanningsverplichtingen aan de orde zijn, dient een onderneming haar best te doen overtredingen te voorkomen en klanten en toeleveranciers zorgvuldig te behandelen. Gedragscodes kunnen open normen concretiseren, maar de omstandigheid dat er gedragscodes zijn, doet volgens het CBB niet af aan de bevoegdheid van de ACM in geval van overtreding van een wettelijke norm een boete op te leggen.<sup>93</sup> Het rechtszekerheidsbeginsel zal zich zonder nadere concretisering van de norm van richtsnoeren, convenanten of benchmarks in veel gevallen tegen sancties verzetten. In het algemeen lijkt het mij verdedigbaar dat veel van de normen die voortvloeien uit de CSDDD moeten worden gekwalificeerd als inspanningsverplichtingen. De ACM zal daar met de vorm van het toezicht die zij kiest op in moeten spelen.

89. F.J. van Ommeren, ‘Zorgplichten: wat zijn dat?’, in: C.E.C. Jansen, *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom 2011, p. 37-38.

90. M.H. Ippel e.a., *Zorgplichten in het bestuursrecht*, Den Haag: Boom 2023.

91. Vgl. voor een meer uitvoerige bespreking van rechtelijke toetsing van de naleving van open normen het preadvies van T. Barkhuysen en V. van ’t Lam, ‘Lessen uit het bestuursrecht’, par. 3.1.

92. Art. 8 lid 3 sub a CSDDD (minimalisering), art. 8 lid 3 sub b CSDDD (opstelling corrigerend actieplan) en art. 8 lid 4 CSDDD trachten een corrigerend actieplan te bewerkstelligen dat beter van een gemengd karakter kan worden gesproken.

93. CBB 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:285, r.o. 12.4.

## 5 Toezicht op duurzaamheidsclaims door de ACM

Omdat de wijze waarop de ACM de afgelopen jaren het toezicht op de duurzaamheidsclaims heeft vormgegeven een interessant aanknopingspunt biedt voor een flexibele en effectieve toezichtstijl verdient dit toezicht aandacht bij het verder denken over toezicht op grond van de CSDDD. De ACM is toezichthouder op de wettelijke bepalingen ingevolge Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken.<sup>94</sup> Deze zijn geïmplementeerd in Boek 6 titel 3 afdeling 3A Burgerlijk Wetboek en strekken primair ter bescherming van consumenten. Concurrenten kunnen zich evenwel ook op de regels beroepen.<sup>95</sup> In 2006 gaf de Commissie een eerste vorm van ‘guidance’ over het gebruik van duurzaamheidsclaims in de richtsnoeren voor de tenuitvoerlegging van deze richtlijnen. Vanaf 2020 heeft de ACM haar toezicht op duurzaamheidsclaims geïntensiveerd.<sup>96</sup> Onder duurzaamheidsclaims in dit verband verstaat de ACM uitingen in reclame en marketing over milieu en arbeidsomstandigheden. Met dit toezicht beoogt de ACM – anders dan bij het faciliteren van duurzaamheidsafspraken – de markt de ruimte te geven en zo beter zijn werk te laten doen. De ACM stelde een eerste leidraad ter zake vast in 2021<sup>97</sup> en publiceerde op 13 juni 2023 een aangepaste leidraad.<sup>98</sup> Deze vernieuwde leidraad bevat geconcretiseerde vuistregels en meer uitgewerkte voorbeelden van duurzaamheidsclaims die naar het oordeel van de ACM de toets der kritiek wel of niet kunnen doorstaan. In de leidraad noemt de ACM voorbeelden voor de kleding-, energie- en luchtvaartsector. Daarnaast gelden extra eisen voor vergelijkende claims, claims over duurzaamheidsambities en visuele claims en keurmerken. Inmiddels heeft de Commissie ook een nieuw voorstel voor een zogenoemde ‘Green claims’-richtlijn gepubliceerd.<sup>99</sup> Dit voorstel voorziet in specifieke regels als aanvulling op de wijzigingen van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, die al in maart 2022 is voorgesteld.<sup>100</sup>

De handhavingsactiviteiten van de ACM hebben zich met name toegespitst op de kleding-, energie- en zuivelsector.<sup>101</sup> In een aantal brieven in het voorjaar van 2021 had de ACM een duidelijke waarschuwing gegeven: bedrijven die met hun claims niet zouden voldoen aan de toepasselijke wetgeving zouden het risico lopen op handhaving vanaf juni 2021. In de energiesector is dit uitgemond in handhaving jegens Greenchoice en Vattenfall.<sup>102</sup> In beide gevallen gaat het om het bindend

94. Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (‘Richtlijn oneerlijke handelspraktijken’) (*PbEU* 2005, L 149/22).

95. Hof ’s-Gravenhage 21 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:BI3130.

96. Vgl. ACM-agenda 2020-2021.

97. ACM Leidraad Duurzaamheidsclaims (concept) 2021.

98. ACM Leidraad Duurzaamheidsclaims 2023.

99. Commissie, ‘Voorstel van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende staving en het communiceren van uitdrukkelijke milieucclaims’, COM(2023)166 def., 22 maart 2023.

100. Commissie, ‘Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2005/29/EG’.

101. ACM, ‘Sectorbrieven kleding, energie en zuivel duurzaamheidsclaims’, 30 april en 3 mei 2021.

102. ACM-besluit 20 september 2022, zaaknummer ACM/21/053808 (*Greenchoice*), en ACM-besluit 20 september 2022, zaaknummer ACM/21/053806 (*Vattenfall*).

verklaren van een toezegging van de betrokken ondernemingen, zoals bedoeld in artikel 12h Instellingswet. De zaken zijn interessant, omdat deze het toezichtinstrumentarium van de ACM illustreren en bevestigen dat de ACM een onderzoek met het bindend verklaren van een toezegging snel en doelmatig kan afhandelen. Volgens artikel 12h Instellingswet kan de ACM een toezeggingsaanvraag bindend verklaren indien de ACM dat doelmatiger acht dan het opleggen van een bestuurlijke boete, of een last onder dwangsom. Daarbij betreft de ACM in de praktijk onder meer de fase waarin een onderzoek naar een vermoedelijke overtreding zich bevindt. Toezeggingen worden door de ACM uitsluitend aanvaard, indien een betrokken onderneming aannemelijk kan maken dat het toezeggingsbesluit op een eenvoudig controleerbare wijze wordt nageleefd en vaststaat dat deze onderneming door het toezeggingsbesluit in overeenstemming zal handelen met het overtreden wettelijke voorschrift. In beide besluiten erkennen de betrokken energieleveranciers dat zij uitingen hebben gedaan die zij duidelijker hadden moeten formuleren en toelichten. Ook hebben zij hun beweringen over energieproducten op hun website aangepast en geven zij meer uitleg over de door hen aangeboden 'groene stroom'. Vergelijkende claims heeft men laten vallen. Door deze wijzigingen zijn de duurzaamheidsclaims die resteren naar het oordeel van de ACM voldoende duidelijk onderbouwd en toegelicht. Interessant is dat de ACM als deel van de toezegging een aanvullend complianceprogramma heeft verlangd, dat niet alleen voorziet in een (gebruikelijke) training, maar ook in een interne en externe audit op dit programma en een rapportage van een externe onafhankelijke partij, die nagaat of het complianceprotocol in de praktijk heeft gewerkt. Daarnaast werd aan de energieleveranciers een toezegging ontlokt om ter compensatie een bedrag te schenken aan een maatschappelijke instelling met een duurzame missie en dit bedrag niet af te trekken van de belasting. De ACM rechtvaardigt deze afgedwongen donatie door erop te wijzen dat het identificeren van specifieke schade van individuele gedupeerde consumenten in dit geval niet goed mogelijk is. Greenchoice bevestigt ook nog dat de donatie ten behoeve van een bosproject in Nederland niet zal worden gepresenteerd als een vorm van CO<sub>2</sub>-compensatie en/of wordt gebruikt voor het genereren of verkopen van zogenoemde CO<sub>2</sub>-credits. Het gebruik van de bevoegdheid toezegging uit te lokken die ertoe leidt dat donaties door private bedrijven aan derden worden gedaan, roept wel vragen op en maakt een bestuursorgaan ook wel kwetsbaar. Vanuit mijn perspectief is een ander potentieel kwetsbaar element van de toezeggingsbesluiten op grond van artikel 12h Instellingswet dat de ACM de duur van deze toezeggingen zelfstandig in een nieuw besluit kan verlengen. Daarmee verdwijnt het karakter van een toezegging evenwel. Ik zou menen dat voor verlenging, of verandering van toezeggingsbesluiten de ACM aan dezelfde bewijslast en zorgvuldigheidseisen moet voldoen als die welke gelden voor het vaststellen van een last onder dwangsom.

Dezelfde zomer nam de ACM twee besluiten over duurzaamheidsclaims in de kledingsector.<sup>103</sup> In beide gevallen ging het om informatievoorziening over duurzaamheid op de websites van deze bedrijven, waardoor ten onrechte de indruk kon ontstaan dat textielproducten duurzaamheidsvoordelen hadden. Beide bedrijven

103. ACM-besluit 19 augustus 2022, zaaknummer ACM/21/053823 (*Decathlon*) en ACM-besluit 29 augustus 2022, zaaknummer ACM/22/179209 (*H&M*).

deden vergelijkbare toezeggingen waarbij eveneens bedragen aan non-profitorganisaties worden gedoneerd, aanpassingen op de website worden gemaakt en een complianceprotocol wordt ingericht. Een interessant aspect van de toezeggingen omtrent een audit was nog dat deze audit een controle zou omvatten, of de informatie over de duurzaamheidsclaims in overeenstemming is met de leidraad van de ACM en andere wet- en regelgeving. Daarnaast werd ook een controle op de uitvoering van het complianceprogramma en een overzicht van de wijzigingen op de website met betrekking tot duurzaamheidsclaims voor textielproducten en eventuele nieuwe claims toegezegd.

Ook middels waarschuwingen richt de ACM zich op de handhaving van duurzaamheidsclaims. Begin 2023 kreeg vliegmaatschappij Ryanair een tik op de vingers wegens onduidelijkheid over de CO<sub>2</sub>-compensatie die zij aanbiedt bij het boeken van een vliegticket. Ryanair heeft de aanpassingen in heel Europa doorgevoerd en de ACM heeft ook de andere Europese consumententoezichthouders hierover geïnformeerd.<sup>104</sup>

Deze zaken bieden een aantal nieuwe gezichtspunten voor de toezichtspraktijk van de ACM. In de eerste plaats kiest de ACM bij de intensivering van haar toezicht op duurzaamheidsclaims vooralsnog uitsluitend voor toezeggingsbesluiten. In de tweede plaats voorzien de besluiten in een uitgebreid compliance- en auditprogramma, dat als blauwdruk kan dienen voor andere ondernemingen. In de derde plaats dwingt de ACM een donatie af aan een instelling die zich bezighoudt met duurzaamheid, met daarbij de toezegging dat deze donatie niet zal worden 'gefiscaliseerd' en evenmin voor marketing, of CO<sub>2</sub>-compensatiedoeleinden zal worden gebruikt. Ofschoon de ACM daarmee de randen van haar wettelijke bevoegdheden opzoekt en niet in alle gevallen zal kunnen afzien van het opleggen van boetes langs deze weg, lijkt deze keuze mij goed verdedigbaar en ook te stroken met de wettelijke taak van de ACM. De ACM heeft ook daarna actief met voorlichting en initiatieven in de kledingsector de naleving van haar leidraad getracht te bevorderen. Zo publiceerde de ACM op 5 oktober 2022 gezamenlijk met de Noorse consumentenautoriteit een guidancedocument over milieucclaims die betrekking hebben op de HGGG Material Sustainability Index. Ook laat de ACM met regelmaat consumentenonderzoeken uitvoeren over hoe duurzaamheidsclaims worden gepercipieerd. Inmiddels heeft de ACM onderzoek gedaan naar duurzaamheidsclaims in de sectoren kleding en energie en kiest zij nu voor onderzoek naar claims in de sector vervoer. De ACM is in dat verband op 28 augustus 2023 het onderzoek 'groene praatjes' gestart.

De ACM benadrukt in haar persvoorlichting dat het haar niet alleen gaat om consumenten die met vertrouwen een duurzame keuze kunnen maken, maar ook om het beschermen van bedrijven die zich inspinnen voor duurzaamheid, tegen bedrijven die oneerlijk concurreren door gebruik te maken van misleidende claims. Zo bezien zijn de handavingsinspanningen van de ACM met betrekking tot duurzaamheidsclaims mogelijk op langere termijn nog belangrijker dan het mededingingsbeleid met betrekking tot duurzaamheidsafspraken. Transparantie en betrouwbaarheid ten aanzien van duurzaamheidsclaims zijn belangrijke voorwaarden

104. ACM 20 januari 2023, 'Ryanair duidelijker over CO<sub>2</sub>-compensatie na actie ACM'.

voor een markt gedreven transitie naar een meer duurzame economie. Vanuit dit perspectief zijn de inspanningen van de ACM om te borgen dat in sectoren waar veel duurzaamheidsclaims worden gebruikt, deze claims ook feitelijke grondslag hebben van groot belang. Zoals de ACM steeds benadrukt moet zij daarbij keuzes maken welke misleidende duurzaamheidsclaims worden aangepakt en welke (voorlopig) niet. In dit verband wijs ik nog op de belangrijke rol van de Stichting Reclame Code bij het toezicht op duurzaamheidsclaims. Inmiddels is een aparte code voor duurzaamheidsclaims in werking getreden die onderdeel is van de Nederlandse Reclame Code. Deze code beoogt een regelgevend kader te bieden aan adverteerders in lijn met bestaande wetgeving en de interpretatie daarvan door de ACM in de leidraad. De code is in werking getreden op 1 februari 2023 en zal in het eerste kwartaal van 2024 worden geëvalueerd. Ongetwijfeld zal het niet-naleven van deze code een rol gaan spelen bij handhaving door de ACM.<sup>105</sup>

## 6 De rol van een onafhankelijke toezichthouder bij de handhaving op normen in het licht van de CSDDD

De rol en taakopvatting van de toezichthouder zullen ook in de toekomst veel aandacht krijgen, gelet op het politieke spanningsveld waarin deze toezichthouder onvermijdelijk zal moeten opereren. De zorgplichten die de CSDDD voorschrijft, bieden veel ruimte voor interpretatie en prioritering, niet alleen door de toezichthouder, maar ook voor de onder toezicht gestelde ondernemingen. Zowel bij inspanningsverbintenissen, als resultaatsverbintenissen zal nadere concretisering essentieel zijn. Daarbij is in de eerste plaats van belang dat de Commissie en de lidstaten ruimhartig en op geharmoniseerde wijze gebruik zullen maken van de mogelijkheid begeleidende maatregelen te nemen overeenkomstig artikel 14 CSDDD. Het kan daarbij gaan om specifieke websites, platformen of portalen en zelfs om steunmaatregelen. De Commissie krijgt ook een bevoegdheid op grond van artikel 14 lid 4 CSDDD om in samenwerking met de lidstaten richtsnoeren uit te vaardigen ter beoordeling van de geschiktheid van regelingen voor het bedrijfsleven en initiatieven van meerdere belanghebbenden. Zo mogelijk nog belangrijker zijn de richtsnoeren die de Commissie overeenkomstig artikel 13 CSDDD uiterlijk twee jaar na inwerkingtreding van de CSDDD moet uitvaardigen, waarbij ook aandacht moet worden besteed aan specifieke sectoren en specifieke negatieve effecten. Ook vanuit dit perspectief zou het zeer onwenselijk zijn indien Nederland nog een additionele nationale laag van *due diligence*-verplichtingen zou introduceren naast de verplichtingen die voortvloeien uit de CSDDD. Met betrekking tot richtsnoeren en leidraden verdient het aanbeveling de praktijk van de ACM te volgen, waarbij niet gewacht wordt op ervaring in een voldoende aantal zaken – zoals de Commissie vaak doet – voordat richtsnoeren worden uitgevaardigd. Het blijkt beter te beginnen met een eerste ‘guidance’ die via een iteratief proces periodiek wordt herzien en

105. Vgl. ook het samenwerkingsprotocol RCC en consumentenautoriteit, thans de ACM en de verwijzingen op de website van de ACM naar de RCC, vgl. voor een uitspraak van de RCC over duurzaamheidsclaims de uitspraak van 11 oktober 2022 (dossiernummer 2022/00281), waarin de RCC oordeelt dat afbeeldingen en teksten van Primark niet in strijd zijn met de inmiddels ingetrokken Milieu Reclame Code.

aangevuld.<sup>106</sup> Daarbij geldt vanzelfsprekend als grens dat beleidsregels geen algemeen verbindende voorschriften in het leven kunnen roepen. Zo kan wel in een vroeg stadium ook in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel concretisering van normen plaatsvinden en kunnen ondernemingen hun praktijk aanpassen.<sup>107</sup> Zoals ook door Scheltema en De Kluiver bepleit, zal een orthodoxe toezichtstijl waarschijnlijk niet alleen ineffectief zijn, maar ook onbedoelde effecten kunnen hebben van een papieren compliancecultuur en een rond ondernemingen groeiende adviesindustrie van consultants, accountants en advocaten, die de milieu- en mensenrechtendoelstellingen van de CSDDD niet dichterbij brengen. De CSDDD is niet opgesteld ten behoeve van adviserend en congresserend Nederland.

Het zal onvermijdelijk worden dat toezichthouders, zowel in concrete zaken als bij het prioriteren en richting geven van verplichtingen, belanden in een politiek spanningsveld. Daarbij kan een complicatie worden dat op grond van de CSDDD, evenals in veel andere Europese richtlijnen, onafhankelijkheid gewaarborgd is en zeer ruime bevoegdheden gezamenlijk op Europees niveau moeten worden uitgeoefend. In dit verband biedt het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 interessante gezichtspunten.<sup>108</sup> In dit advies merkt de Afdeling onder meer op: ‘Ook als het gaat om beleidsvorming, oorspronkelijk bij uitstek het domein van de politiek, hebben deze toezichthouders (“regulators”) een juridisch gewaarborgde onafhankelijkheid. Mede door de verdergaande Europese regulering en de daaruit voortvloeiende institutionele inbedding dreigt de uitoefening van deze bevoegdheden aan de nationale staatsrechtelijke structuur te worden onttrokken. De ministeriële verantwoordelijkheid voor de taakuitoefening door marktautoriteiten is zeer beperkt tot nihil.’<sup>109</sup> De Afdeling adviseert dan ook de regering in samenspraak met het parlement beleid te ontwikkelen om de publieke verantwoording van onafhankelijke toezichthouders beter te waarborgen. Lavrijssen heeft al eerder aandacht gevraagd voor de ontwikkeling naar onafhankelijke toezichthoudende autoriteiten met discretionaire regelgevende bevoegdheden en de vraag op welke wijze deze ontwikkeling kan worden verenigd met de eis van democratische legitimatie en het legaliteitsbeginsel, waarmee de ministeriële verantwoordelijkheid in een rechtsstaat nauw verbonden is.<sup>110</sup>

Een belangrijk element van deze publieke verantwoording zou in mijn ogen kunnen zijn de vraag op welke wijze middelen en menskracht worden ingezet voor het toezicht op de naleving van verplichtingen op grond van de CSDDD en welke positieve effecten dit toezicht sorteert op leveringsketens buiten Nederland en op de

106. Zie ook par. 4.5 van het preadvies B. Joosen en K. Lieveise, ‘Open normen en toezicht, open duurzaamheidsnormen in het financiële toezicht’.

107. Vgl. voor nadere illustraties van beleidsregels die een open norm invullen het preadvies van T. Barkhuysen en V. van 't Lam, ‘Lessen uit het bestuursrecht’, par. 4.2.

108. De Afdeling 15 juni 2020, ‘Ongevraagd advies over de ministeriële verantwoordelijkheid’, nr. W04.20.0135/I.

109. De Afdeling 15 juni 2020, ‘Ongevraagd advies over de ministeriële verantwoordelijkheid’, nr. W04.20.0135/I, hfdst. 3, par. 3.2.

110. Vgl. S. Lavrijssen, ‘Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief’, *RegelMaat* 2015, afl. 33, p. 182-200; vgl. ook het essay van de voormalig voorzitter van het College Bescherming Persoonsgegevens P. Hustinx, ‘Onafhankelijk toezicht en publieke verantwoording – de AP “revisited”’, *NJB* 2023, p. 976-987.



marktpositie van ondernemingen die in Nederland opereren. Met betrekking tot deze onderwerpen lijkt het afleggen van publieke verantwoording noodzakelijk. Dilemma's voor een toezichthouder zullen er onvermijdelijk zijn, waarbij ook afwegingen gemaakt zullen moeten worden tussen economische efficiëntie en levensvatbaarheid van ondernemingen en hun in decennia opgebouwde waardeketens enerzijds en de noodzaak daadwerkelijk effect te sorteren bij toeleveranciers buiten Europa die bijdragen aan mensenrechten- of milieuaantastingen anderzijds. Daarbij zou een uniforme Europese normstelling, interpretatie en handhaving vanuit mijn perspectief een rode draad moeten zijn. De recent in werking getreden DSA<sup>111</sup> kan daarbij ook als inspiratie dienen. De artikelen 56-60 van de DSA voorzien in een gebalanceerd coördinatie- en verwijzingsmechanisme.<sup>112</sup>

In dit verband is ook de discussie over de beoordeling van duurzaamheidsafspraken op grond van het mededingingsrecht van belang. De terughoudendheid van de Commissie – als onafhankelijke mededingingsautoriteit – om de belangen van de consumenten buiten de relevante markt en van toekomstige generaties een zwaar gewicht te geven bij de afweging van voor- of nadelen, lijkt op het eerste gezicht conservatief, maar is in mijn ogen verdedigbaar. De scheidslijn tussen de activiteiten van een onafhankelijke mededingingsautoriteit en de besluiten van democratisch gelegitimeerde autoriteiten is dun, maar essentieel. Juist omdat mededingingsautoriteiten onafhankelijk zijn, is hun belangrijkste oriëntatiepunt de handhaving van een uitgekristalliseerd wettelijk normenkader. Aan die uitkristallisering kunnen zij zelf bijdragen. Ook bij toepassing van relatief open normen, zoals artikel 101 VWEU en artikel 6 Mw en de daarbij behorende afweging van voor- en nadelen, lijkt het van groot belang niet in verdelingsvraagstukken te treden. Het politieke proces is cruciaal om schaarse goederen te verdelen en welvaart te (her)verdelen. Juist voor de vraag of bepaalde groepen consumenten geconfronteerd moeten worden met hogere kosten, of minder keuze in het maatschappelijk belang en hoe wij de belangen van toekomstige generaties laten meewegen, is politieke besluitvorming en de democratische legitimatie essentieel. Zo gezien is een zekere terughoudendheid bij de introductie van mogelijkheden tot afspraken die leiden tot herverdeling bij de toepassing van het mededingingsrecht begrijpelijk. Gelet op de exclusieve bevoegdheden van de Commissie op het gebied van mededingingsrecht is de verleiding soms ook groot om mededingingsrecht in Europa als panacee te zien voor allerlei maatschappelijke problemen.

De interventies van de ACM in de afspraken rond de 'Kip van Morgen' en de kolen-centrales laten ook zien dat in veel gevallen de plek voor afwegingen over dierenwelzijn en CO<sub>2</sub>-uitstoot – en de daarbij behorende verdeling van kosten en schaarste – in de publieke sfeer behoort te liggen en dan ook effectief zijn beslag kan krijgen. De vraag of mensen met een minimumloon meer voor hun kip moeten betalen om dierenwelzijn te bevorderen is in essentie een politieke vraag. De kritiek dat het criterium van consumentenwelvaart in het mededingingsrecht te weinig

111. Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (digitale dienstenverordening) (*PbEU* 2022, L 227).

112. Vgl. Blog M. Snoep mei 2023, 'De toezichtsrevolutie voor onlineplatforms: ook een nieuwe wereld voor toezichthouders'.

belang toekent aan ‘publieke belangen’, zoals duurzaamheid is begrijpelijk, maar vormt in mijn ogen miskenning van de plaats en de rol van het mededingingsrecht in een markteconomie.<sup>113</sup> Indien mededingingsautoriteiten geconfronteerd worden met de noodzaak meerdere – conflicterende – belangen te beschermen, worden zij gedwongen zelfstandige keuzes te maken over de vraag welk belang in welke zaak prevaleert. Dit leidt onmiddellijk tot het risico van kortetermijnbeïnvloeding door middel van lobbyactiviteiten, politieke voorkeuren en mogelijk zelfs corruptie. Het risico van ‘corporate welfare’ in plaats van het nastreven van ‘consumer welfare’ is dan levensgroot.<sup>114</sup> Een systeem waarin meerdere belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen is ook onvoorspelbaar en afhankelijk van individuele beleidsvoorkeuren van ambtenaren die werkzaam zijn bij een autoriteit. Rechtsbescherming wordt vrijwel onmogelijk. Het presenteren van mededingingsrecht als een panacee voor maatschappelijke problemen ondergraaft de legitimiteit van onafhankelijk feitelijk gedreven toezicht en zal waarschijnlijk ook snel aan maatschappelijk draagvlak verliezen.<sup>115</sup>

Toezicht op de CSDDD zal leiden tot nieuwe dilemma’s voor de onafhankelijke toezichthouder en zal maatwerk vergen. Europese ondernemingen, zelfs indien effectieve samenwerking gestalte krijgt om aan de verplichtingen van de CSDDD te voldoen, zijn niet zonder meer in staat het gedrag van toeleveranciers van de ene op de andere dag te veranderen, of Europese normen op te leggen aan waardeketens die vooral buiten Europa economisch actief zijn. Veel zal ook afhangen van de inkoopmacht die Europese ondernemingen hebben, indien toeleveranciers begaan moeten worden hun gedrag aan te passen. Tot op zekere hoogte zullen toezichthouders ook ruimte moeten laten voor maatschappelijke en politieke afwegingen in zich ontwikkelende landen buiten Europa. Voor zover het gaat om de naleving van voldoende concrete internationale regels geldt dat het goed is dat het toezicht in Europees verband wordt geïntensiveerd. Ook daarvoor zal gelden dat autoriteiten per sector zullen moeten zoeken naar passende ‘checks-and-balances’ in overleg met internationale ondernemingen die vooroplopen bij hun *due diligence*-inspanningen, ngo’s, instellingen die zich bezighouden met certificering en experts op het gebied van milieu- en mensenrechten en het netwerk van onafhankelijke Europese autoriteiten. Het zal een grote uitdaging worden voor toezichthouders om in dit spanningsveld te opereren.

## 7 Aandachtspunten bij de implementatie van de CSDDD in Nederland

Bij de implementatie van de CSDDD in Nederland zal nog een aantal belangrijke keuzes moeten worden gemaakt. Dat geldt ook voor de handhavingspraktijk van de toekomstige toezichthouder. Ik sluit dit gedeelte van het preadvies af met enkele

113. Vgl. ook E. van Damme & M. Schinkel, *Marktwerking en Publieke Belangen. Preadviezen KVS 2009*, Amsterdam: KVS 2009 en E. van Damme, ‘Goede marktwerking en overige publieke belangen’, *M&M* 2017, p. 5-17, E. van Damme, ‘Concurrentie en duurzaamheid gaan hand in hand’, *M&M* 2020, p. 166-178. Vgl. L.M. Kahn, ‘Amazon’s Antitrust Paradox’, *The Yale Law Journal* 2017, p. 710-805.

114. Vgl. I. Dorsey, ‘Hipster Antitrust Meets Public Choice Economics: The Consumer Welfare Standard, Rule of Law, and Rent-Seeking’, 18 april 2018.

115. W. Knibbeler, ‘Hipster antitrust’, *M&M* 2018, p. 135-136.

stellingen die mogelijk een bijdrage kunnen leveren aan de verdere discussie over implementatie in Nederland.

1. De CSDDD is een belangrijke stap vooruit in de regelgeving omtrent verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen, gelet op de fragmentatie van regelgeving op dit gebied in Europa en het belang een zo groot mogelijke impact te sorteren op mensenrechten en milieu.
2. Nationale wetgevingsinitiatieven met betrekking tot verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen die vooruitlopen op de CSDDD zijn niet opportuun en kunnen onbedoelde gevolgen hebben.
3. Om aan de doelen van de CSDDD te voldoen is het onwenselijk dat EU-lidstaten aanvullende *due diligence*-verplichtingen bij de implementatie van de CSDDD introduceren of de werkingssfeer van deze verplichtingen uitbreiden.
4. Het behoud van een gelijk speelveld voor ondernemingen en de integriteit van de interne markt moeten een belangrijke leidraad zijn bij de interpretatie en handhaving van CSDDD-implementatiewetgeving.
5. De CSDDD heeft een fundamenteel ander karakter dan het pakket EU-wetgeving dat gericht is op rapportageverplichtingen. De CSDDD beoogt door middel van zorgvuldigheidsverplichtingen het gedrag van toeleveranciers te beïnvloeden. Dit kan leiden tot ingrijpende maatregelen in de activiteiten van ondernemingen en zelfs tot transformatie van in lange tijd opgebouwde waardeketens. Daarom zijn voor toezicht maatwerk en een intensieve dialoog met ondernemingen noodzakelijk.
6. Voor een effectieve implementatie van de CSDDD is effectieve samenwerking tussen ondernemingen van belang, ook als dat concurrenten zijn. Dit geldt in het bijzonder voor het vaststellen van mensenrechten- en milieunormen, het ontwikkelen van preventieplannen, het nemen van maatregelen in leveringsketens om mensenrechten- en milieuaantastingen te beëindigen en het ontwikkelen van standaardovereenkomsten om grip te krijgen op toeleveringsketens. Met dit doel zullen mededingingsautoriteiten in Europa de komende jaren concreet moeten aangeven welke vormen van samenwerking toelaatbaar zijn om aan CSDDD-verplichtingen te voldoen.
7. Voor het effectief implementeren van CSDDD-verplichtingen is een zekere mate van (collectieve) inkoopmacht noodzakelijk. Individuele ondernemingen hebben doorgaans niet veel invloed op hun toeleveranciers. Mededingingsautoriteiten dienen dit te aanvaarden bij de toepassing van de regels over inkoopsamenwerking en het verbod van misbruik van machtspositie.
8. Informatie-uitwisseling met het doel CSDDD-verplichtingen na te leven zal niet snel in strijd met de mededingingsregels zijn, tenzij concurrentiegevoelige informatie over inkoopvolumes en prijzen wordt uitgewisseld die daarvoor niet noodzakelijk is.

9. Mededingingsautoriteiten dienen collectieve boycots van leveranciers die zich niet aan de CSDDD-verplichtingen houden als ultimum remedium toe te staan, niet alleen indien mensenrechten of milieuaantastingen het gevolg zijn van de schending van internationale overeenkomsten, maar ook als deze verplichtingen voortvloeien uit nationale wetgeving. De uitspraak van het Hof van Justitie van 7 februari 2013 (C-68/12) in de zaak over de Slowaakse banken is daarvoor geen beletsel.
10. Mededingingsautoriteiten zullen duidelijk moeten maken welke rol zij zien voor mededinging tussen ondernemingen op het gebied van het tegengaan van mensenrechtentaantastingen of negatieve milieueffecten. Indien voor ondernemingen die actief zijn op consumentenmarkten *due diligence* met betrekking tot de activiteiten van toeleveranciers wordt beschouwd als een belangrijke toekomstige concurrentieparameter, beperkt dit de mogelijkheden tot samenwerking tussen deze ondernemingen om de naleving van de CSDDD te verzekeren.
11. Er bestaat een aanzienlijk risico dat het toezicht onder de CSDDD te versnipperd is. Het is van belang dat de Commissie een prominente rol krijgt bij de interpretatie van verplichtingen en de coördinatie van handhaving. De rol die de Commissie bij de toepassing van het mededingingsrecht speelt kan daarvoor als blauwdruk dienen.
12. Om te voorkomen dat de CSDDD uitsluitend een papieren compliance-exercitie wordt, zijn op specifieke sectoren gerichte concrete handhavingsopties na prioriteitsstelling en dialoog met de betrokken ondernemingen door het Europese netwerk van toezichthouders van belang.
13. De toezichthouder zal bereid en in staat moeten zijn om desgevraagd van gedachten te wisselen en informele zienswijzen te geven aan ondernemingen die geconfronteerd worden met vragen over naleving van verplichtingen op grond van de CSDDD. Het is wenselijk beleidsregels vast te stellen waarin de werkwijze voor het geven van informele zienswijzen wordt vastgelegd.
14. In de Nederlandse context dient de ACM benoemd te worden tot toezichthouder op het grootste deel van de verplichtingen van de CSDDD.
15. Het Nederlandse bestuursrecht biedt ruime mogelijkheden voor gedupeerden en ngo's om te klagen en in beroep te gaan tegen besluiten omtrent de handhavingpraktijk van verplichtingen op grond van de CSDDD. Afgewacht moet worden of de bestuursrechter van de ACM kan blijven vergen dat prioriteringsbesluiten omtrent handhaving uitgebreid gemotiveerd worden. Afhankelijk van het aantal klachten zou dit kunnen leiden tot een disproportioneel beslag op de capaciteit van de ACM.
16. De ACM moet een ruime marge worden toegekend bij de beoordeling van handhavingsprioriteiten en de inzet van middelen, gelet op de potentieel on-

begrensde werkingssfeer van de verplichtingen die op grond van de CSDDD kunnen gelden.

17. Het rechtszekerheidsbeginsel vergt dat veel verplichtingen op grond van de CSDDD nader worden geconcretiseerd. Dit kan geschieden door richtsnoeren van de Commissie en nationale toezichthouders. Het zou onwenselijk zijn indien deze richtsnoeren pas in een laat stadium – nadat een aantal zaken zich hebben voorgedaan – worden opgesteld. Deze richtsnoeren kunnen een dynamisch karakter dragen en met behulp van voortschrijdend inzicht en ervaringen worden aangepast overeenkomstig de praktijk van de ACM bij het toezicht op andere wetgeving.
18. De praktijk van de ACM met betrekking tot het aanvaarden van toezeggingen bij duurzaamheidsclaims vormt een voorbeeld voor de wijze waarop de ACM toezicht zou kunnen houden op de CSDDD. De ACM zou een flexibele en op dialoog gerichte toezichtstijl moeten hanteren. Het wettelijk kader rond toezeggingsbesluiten dient wel nader te worden uitgewerkt.
19. Adequate naleving van de verplichtingen die voortvloeien uit de CSDDD zou in de toekomst bij overheidsaanbestedingen in Europa een rol kunnen spelen. Zo kan ook de totstandkoming voor een gelijk speelveld met ondernemingen die vooral buiten Europa actief zijn worden bevorderd.
20. De onafhankelijke toezichthouder op CSDDD-verplichtingen zal ook opereren in een internationaal politiek en maatschappelijk spanningsveld. Mede in het licht van het recente advies van de Raad van State zal het van belang zijn dat deze toezichthouder frequent verantwoording aflegt over haar prioriteiten, de impact van haar optreden op mensenrechten en milieu, de inzet en beschikbaarheid van menskracht, de coördinatie in Europees verband en de gevolgen van het toezicht voor in Nederland gevestigde ondernemingen.



# Open normen en toezicht

## Open duurzaamheidsnormen in het financiële toezicht

Prof. mr. E.P.M. Joosen en prof. mr. C.W.M. Lieveise\*

### 1 Inleiding

Met het voorstel voor een Richtlijn inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid<sup>1</sup> ('CSDDD') wordt voor de financiële sector een nieuwe loot aan de stam van regels ter bevordering van duurzaamheidsdoelstellingen gevoegd. Aandachtspunt voor financiële ondernemingen is de vraag naar de toegevoegde waarde (en het risico van overlap) ten opzichte van de reeds bestaande (uitgebreide) regels voor het verwezenlijken van duurzaamheidsdoelstellingen door financiële ondernemingen en het beheersen van risico's op dit gebied. Het gaat hierbij in het bijzonder om de regelgeving die is vastgesteld ter uitvoering van het 'Actieplan: duurzame groei financieren' van 2018<sup>2</sup> ('Actieplan 2018'). Die regelgeving heeft onder meer geleid tot vergaande transparantieplichtingen op het vlak van ESG-doelstellingen.

De toezichthouders op de financiële sector zijn reeds enige tijd actief op het vlak van het meten van de impact van de sector op het vlak van klimaatverandering, en financiële ondernemingen worden aangespoord tot het opstellen van risicobeleid en het realiseren van risicobeheersingsmaatregelen. Met name De Nederlandsche Bank ('DNB') en naderhand de Europese Centrale Bank ('ECB') hebben zich op dit vlak niet onbetuigd gelaten. De grondslag voor deze opgelegde verplichtingen zijn doorgaans open normen, zoals de in de Wet op het financieel toezicht ('Wft') opgenomen open norm tot het vormen van beleid en uitvoering ervan op het vlak van beheerste bedrijfsvoering. Daarnaast spelen de jegens klanten in acht te nemen informatie- en adviesplichten, en meer algemeen de in acht te nemen zorgplicht<sup>3</sup>, een rol. De Autoriteit Financiële Markten ('AFM') speelt als gedragstoezichthouder

\* Bart Joosen is hoogleraar Financieel Toezicht, Instituut voor Privaatrecht, Hazelhoff Centre for Financial Law, Universiteit Leiden en oud-advocaat. Kitty Lieveise is hoogleraar Financieel Toezichtrecht aan de Radboud Universiteit en advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

1. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937, COM(2022) 71 final (het 'Voorstel'). Het Voorstel is op 23 februari 2023 beschikbaar gekomen. Naar de stand per 1 september 2023 zijn naast het Voorstel van de Commissie ook posities beschikbaar van de Raad (de 'Council Positie') en van het Europees Parlement, op basis van de op 1 juni 2023 aangenomen amendementen (de 'positie van het Europees Parlement'). De doorlopende tekst van de Council Positie is gedateerd 30 november 2022 en is beschikbaar via Interinstitutioneel dossier 2022/0051 (COD). De positie van het Europees Parlement is te vinden via: [europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209\\_EN.pdf](http://europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.pdf). In deze bespreking wordt uitgegaan van de Nederlandse versie van de Council Positie, tenzij anders is aangegeven.
2. Mededeling van de Commissie van 8 maart 2018 aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, de Europese Centrale Bank, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, 'Actieplan: Duurzame Groei Financiering', COM/2018/097 final.
3. Inclusief de mogelijkheid dat een bank of andere financiële onderneming ook jegens derden een (bijzondere) zorgplicht kan hebben, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

in het bijzonder een rol bij het bewaken dat: (i) financiële ondernemingen betrouwbare en toegankelijke informatie beschikbaar stellen aan klanten met betrekking tot duurzaamheidsfactoren in hun bedrijfsactiviteiten, (ii) duurzaamheidsaspecten voor de onder AFM toezicht staande instellingen worden geïntegreerd in hun bedrijfsvoering, productontwikkeling, risicomanagement en in investeringsbeslissingen en dat hierover de vereiste transparantie in acht wordt genomen, en (iii) consumenten en andere afnemers adequaat worden geïnformeerd en geadviseerd over duurzaamheidsfactoren ter ondersteuning van hun financiële beslissingen en een product krijgen dat past bij hun behoefte op dit gebied.<sup>4</sup>

Hier doen zich interessante vragen voor: in hoeverre bieden de bestaande (open) normen in de regelgeving voor de financiële sector reeds voldoende grondslag voor het opleggen van verplichtingen tot het kantelen van de bedrijfsvoering naar duurzame ondernemingsactiviteiten? Hoe vullen de toezichthouders op de financiële sector deze open normen in en kan hieraan een voorspelling of voorbeeld worden ontleend over de wijze waarop invulling gegeven zal worden aan de open normen onder de CSDDD? Zowel onder de Wft c.s. als onder de CSDDD gaat het om normen die gehandhaafd kunnen worden door middel van boetes en andere sancties.<sup>5</sup> Welke impact heeft dit op de invulling van de normen?

Onderliggend aandachtspunt voor de financiële sector is verder nog dat de financiële ondernemingen voor zowel hun transparantieplichtingen onder de Verordening met betrekking tot informatieverstrekking over duurzaamheid in de financiële sector<sup>6</sup> ('SFDR') als voor hun risicobeheersingmaatregelen, in belangrijke mate afhankelijk zullen zijn van de naleving door hun klanten en investeringsobjecten van de tweetrapsraket die gevormd zal worden door de Richtlijn duurzaamheidsrapportering door ondernemingen<sup>7</sup> ('CSRD') en de CSDDD, om op basis hiervan te kunnen beschikken over de noodzakelijke duurzaamheidsdata. Dit impliceert een soort duurzaamheids-'know your customer' ('KYC') vereiste ten aanzien van klanten en andere relaties van financiële ondernemingen. Dit alles maakt de (open) duurzaamheidsnormen in de financiële sector een ingewikkeld samenspel.

4. Zie het Position Paper, AFM en duurzaamheid, van juni 2020.

5. De in het Voorstel tevens voorziene privaatrechtelijke handhaving via wettelijke aansprakelijkheid (art. 22) en een zorgplicht en verantwoordelijkheid van bestuurders (art. 25 en 26) is in de hierna te bespreken Council Positie in belangrijke mate gereduceerd (art. 22 is afgezwakt en art. 25 en 26 zijn daarin geschrapt) en blijven in dit preadvies onbesproken. We zullen ook niet ingaan op een mogelijke impact van de publiekrechtelijke handhaving op privaatrechtelijke aansprakelijkheid.

6. Verordening (EU) 2019/2088 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 betreffende informatieverstrekking over duurzaamheid in de financiële dienstensector, *PbEU* L 317, van 9 december 2019, p. 1-16.

7. Richtlijn (EU) 2022/2464 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 537/2014, Richtlijn 2004/109/EG, Richtlijn 2006/43/EG en Richtlijn 2013/34/EU, met betrekking tot duurzaamheidsrapportering door ondernemingen, *PbEU* L 322 van 16 december 2022, p. 15-80. De CSRD wijzigt Richtlijn 2013/34/EU (de Jaarrekeningenrichtlijn) en vervangt de Niet-Financiële Verslaggeving Richtlijn van 2014 (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).



## 2 De betekenis van de CSDDD voor de financiële sector

### 2.1 Actieplan: duurzame groei financieren van 2018

Men kan zich soms niet aan de indruk onttrekken, zeker wanneer men zich verdiept in de academische literatuur op het vlak van 'sustainable finance', dat de financiële sector door de Europese Commissie wordt aangemerkt als sector waaraan prioriteit is gegeven bij de ontwikkeling van beleidsdoelstellingen en concrete wet- en regelgeving op het vlak van duurzaamheid. Het Actieplan 2018 was in zijn aard echter slechts één van de hoofdstukken van de indertijd breed uitgerolde Europese duurzaamheidsagenda als antwoord op de Overeenkomst van Parijs inzake klimaatverandering van 2015<sup>8</sup> en de Agenda 2030 voor duurzame ontwikkeling van de VN.<sup>9</sup>

De aan de financiële sector toegekende prioriteit heeft als achtergrond de sleutelrol die de financiële sector in de visie van de Commissie dient te vervullen in de realisatie van die bredere duurzaamheidsagenda. De concrete beleidsinitiatieven en de in rap tempo geïntroduceerde wet- en regelgeving op dat vlak passen ook in een breder kader wat betreft de beleidsdoelstellingen voor de financiële sector zelf. In de noodzaak de financiële sector te hervormen na de gebeurtenissen in de financiële crisis van 2007/2008, en de als gevolg daarvan reeds doorgevoerde significante hervormingen voor de Europese financiële sector, worden door de Commissie ook de rechtvaardiging en het fundament gevonden, om te komen tot de omvorming van de financiële sector om een bijdrage te leveren aan de dringende noodzaak ingrijpende maatregelen te treffen als antwoord op de ernstige nadelige gevolgen van klimaatverandering en de noodzaak om duurzaamheid en de overgang naar een koolstofarme, zuinigere en circulaire economie te waarborgen.<sup>10</sup>

De naar aanleiding van het Actieplan 2018 op gang gekomen grote hoeveelheid wetgeving en verdere beleidsvoornemens tot het vaststellen van nadere regels (we noemden reeds de SFDR maar zouden daar nog vele honderden bladzijden aan verdere Europese regelgeving aan toe kunnen voegen) ontnemt het zicht aan de in zijn aard relatief beperkte focus die de regelgeving aanvankelijk had. Bij de lancering van het Actieplan 2018 werd door de Commissie veel aandacht gegeven aan de noodzakelijke maatregelen om de opwarming van de aarde te beperken tot het streefdoel zoals overeengekomen in de Overeenkomst van Parijs.<sup>11</sup> Er is dan

8. [unfccc.int/paris\\_agreement/items/9485.php](http://unfccc.int/paris_agreement/items/9485.php).

9. [sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld](http://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld).

10. Zoals de Commissie het op p. 1 van het Actieplan: Duurzame Groei Financiering verwoordt: 'Om dat we steeds vaker geconfronteerd worden met de rampzalige en onvoorspelbare gevolgen van de klimaatverandering en uitputting van hulpbronnen, zijn dringende maatregelen nodig om het overheidsbeleid aan deze nieuwe realiteit aan te passen. Het financiële stelsel speelt hierbij een sleutelrol. Dat stelsel wordt hervormd om de lessen van de financiële crisis te verwerken en kan in deze context een deel van de oplossing zijn om te evolueren in de richting van een groenere en duurzamere economie. Om particulier kapitaal naar duurzamere investeringen te heroriënteren, moet een grootscheepse omschakeling worden gemaakt in de wijze waarop het financiële stelsel functioneert. Dit is noodzakelijk als de EU meer duurzame economische groei wil ontwikkelen, de stabiliteit van het financiële stelsel wil garanderen en meer transparantie en langetermijndenken in de economie wil stimuleren. Die idee vormt ook de kern van de kapitaalmarktenuunie (KMU) van de EU.'

11. Namelijk: om de gemiddelde mondiale temperatuurstijging te beperken tot ruim onder de 2 graden Celsius en te streven naar een beperking tot 1,5 graden Celsius boven het pre-industriële niveau.

ook veel aandacht voor ‘*clean energy*’ projecten en door ondernemingen te treffen maatregelen om emissies te beperken. De financiële sector werd indertijd met name aangesproken om te bevorderen dat private financiering ter beschikking zou komen ter ondersteuning van dat element van de noodzakelijke mitigatie om de effecten van klimaatverandering te bestrijden.

De consequenties van klimaatverandering zijn ernstig en de maatregelen om die ernstige ontwikkelingen voor de samenleving om te buigen naar een duurzame (koolstofarme en zuinige) economie, dringend noodzakelijk. De ‘duurzaamheidsdoelstellingen’ kennen echter een veel breder uitgangspunt, en omvatten bijvoorbeeld ook het bevorderen van biodiversiteit, het bewaken van de schoonwatervoorziening, het nastreven van een circulaire economie, het behouden en herstellen van natuurgebieden en duurzame afvalverwerking om maar een paar van de thema’s in dat kader te noemen. En ook al besteedt het Actieplan 2018 wel enige aandacht aan de ‘S’ en de ‘G’ van de ESG-doelstellingen, het zwaartepunt ligt in eerste instantie vooral op het ‘E’ (Environmental) aspect, en dan ook nog op de meest tastbaar te maken kwesties rondom de uitstoot van broeikasgassen. Immers, als het gaat om effectmeting was er ook vanuit de klimaatwetenschap op dat moment het meeste geïnvesteerd in het in kaart brengen van de gevolgen van broeikasgassen, en was er op dat gebied sprake van de beschikbaarheid van concrete data en onderzoek naar dit onderwerp.

Het heeft geleid tot de alom bekende prioriteit die is gegeven aan de vaststelling van de technische screeningcriteria betreffende twee van de zes geformuleerde milieudoelstellingen van artikel 9 van de Taxonomieverordening.<sup>12</sup> De Taxonomieverordening is in feite een (uitgebreid) woordenboek en geeft aan wanneer een investering of financiering kwalificeert als ‘ecologisch duurzaam’. Daarvoor is nodig<sup>13</sup> dat de onderliggende economische activiteit waarin wordt belegd of die wordt gefinancierd (a) substantieel bijdraagt aan één of meer van de zes in artikel 9 genoemde milieudoelstellingen, (b) geen ernstige afbreuk doet aan één van deze doelstellingen, (c) wordt verricht met inachtneming van bepaalde (in art. 18 Taxonomieverordening) vastgestelde minimumgaranties<sup>14</sup> en (d) voldoet aan door de Commissie vastgestelde technische screeningcriteria.<sup>15</sup> De prioriteit die is gegeven bij het vaststellen van de technische screeningcriteria betreft de eerste twee in artikel 9 Taxonomieverordening genoemde milieudoelstellingen, namelijk: (a) de

12. Verordening (EU) 2020/852 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2020 betreffende de totstandbrenging van een kader ter bevordering van duurzame beleggingen en tot wijziging van Verordening (EU) 2019/2088, *PbEU* L 198, van 22 juni 2020, p. 13-43.

13. Zie voor deze opsomming art. 3 Taxonomieverordening.

14. Waaronder de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen en de leidende beginselen van de VN inzake bedrijfsleven en mensenrechten, met inbegrip van de principes en rechten die worden beschreven in de acht fundamentele verdragen die in de verklaring van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) betreffende de fundamentele principes en rechten op het werk worden genoemd en in het Internationaal Statuut van de Rechten van de Mens.

15. De technische screeningcriteria beogen door middel van bestaande wetenschappelijke inzichten te komen tot een toetsing van de impact van bepaalde economische activiteiten op de desbetreffende milieudoelstellingen, bijvoorbeeld door in te gaan op de mate waarin de economische activiteit een bewezen bijdrage levert aan vervuiling maar ook door in te gaan op de wijze waarop (in de praktijk) deze impact beheersbaar kan worden gemaakt (en de effecten hiervan) door het treffen van maatregelen (bijvoorbeeld zuiveringsinstallaties).

mitigatie van klimaatverandering; en (b) de adaptatie aan klimaatverandering.<sup>16</sup> Aan de hiervoor benodigde technische uitvoeringsverordening<sup>17</sup> is door de Europese wetgever intentioneel voorrang gegeven, mede om te bevorderen dat zo snel als mogelijk op basis van de op die terreinen gevorderde klimaatwetenschap, de regels van de Taxonomieverordening met de hoogst mogelijke prioriteit hun effect zouden brengen. Deze prioriteitsstelling en de gevolgen ervan voor het verdere verloop van het wetgevingsproces werden in juli 2021 bevestigd door de Commissie in de nadere mededeling ‘Strategie voor de financiering van de transitie naar een duurzame economie’, waar ook veel aandacht uitging naar de analyse op welke punten verdere ontwikkeling was vereist, en de prioritering die daaraan moest worden gegeven.<sup>18</sup>

Opvallend is dat in dit beleidsdocument nog veel aandacht werd geschonken aan het besef dat de gegeven voorrang aan de realisatie van de milieudoelstellingen van punten (a) en (b) van artikel 9 Taxonomieverordening enigszins ten koste ging van de aandacht die evenzeer diende uit te gaan naar overige milieudoelstellingen van de Taxonomieverordening. De afdronk van deze nadere Mededeling van de Commissie is echter dat de beleidsvoornemens zich voornamelijk richten op het ombuigen van kapitaalstromen in de richting van duurzame investeringen<sup>19</sup> om zo de noodzakelijke energietransitie in Europa te financieren, samenhangend met het InvestEU programma.<sup>20</sup> De andere beleidsdoelstellingen zijn hier verwant aan, maar als het gaat om de ‘sociale’ en ‘governance’ doelstellingen blijft de Commissie stil wat betreft concrete beleidsvoornemens.

Op 27 juni 2023 publiceerde de Commissie de vastgestelde tekst voor een nadere uitvoeringsverordening waarbij de technische screeningcriteria van de andere milieudoelstellingen van artikel 9 Taxonomieverordening zullen worden vastgesteld.<sup>21</sup> Daarnaast wordt de Gedelegeerde Verordening (EU) 2021/2139 betreffende

16. De andere vier milieudoelstellingen die nog wachten op een dergelijke technische uitwerking zijn: (c) het duurzaam gebruik en de bescherming van water en mariene hulpbronnen; (d) de transitie naar een circulaire economie; (e) de preventie en bestrijding van verontreiniging; en (f) de bescherming en het herstel van de biodiversiteit en ecosystemen.
17. Het betreft Gedelegeerde Verordening (EU) 2021/2139 van de Commissie van 4 juni 2021 tot aanvulling van Verordening (EU) 2020/852 van het Europees Parlement en de Raad door technische screeningcriteria vast te stellen om de voorwaarden te bepalen waaronder een specifieke economische activiteit kan worden aangemerkt als substantieel bijdragend aan de mitigatie van klimaatverandering of de adaptatie aan klimaatverandering, en om uit te maken of die economische activiteit niet ernstig afbreuk doet aan een van de andere milieudoelstellingen, *PbEU* 2021, L 442, p. 1-349.
18. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Strategie voor de financiering van de transitie naar een duurzame economie, COM(2021) 390 final, 6 juli 2021.
19. In het bijzonder door het bieden van transparantie omtrent duurzaamheidsdoelstellingen van investeringen en beleggingen om zo het langetermijndenken van beleggers te stimuleren.
20. Communication from the Commission, Sustainable Europe Investment Plan - European Green Deal Investment Plan, 14 januari 2020, COM(2020) 21 final.
21. Commission Delegated Regulation (EU) .../... of 27.6.2023 supplementing Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council by establishing the technical screening criteria for determining the conditions under which an economic activity qualifies as contributing substantially to the sustainable use and protection of water and marine resources, to the transition to a circular economy, to pollution prevention and control, or to the protection and restoration of biodiversity and ecosystems and for determining whether that economic activity causes no significant harm to any of the other environmental objectives and amending Delegated Regulation (EU) 2021/2178 as regards specific public disclosures for those economic activities, C(2023) 3851 final.

doelstellingen (a) en (b) verder aangepast.<sup>22</sup> Dit nieuwe en omvangrijke pakket aan Europese wetgevingsmaatregelen wordt begeleid door een Mededeling van de Commissie ‘Een kader voor duurzame financiering dat in de praktijk werkt’.<sup>23</sup> Opnieuw is er veel aandacht voor de noodzaak dat particuliere financiering van transitieprojecten en -technologieën wordt aangemoedigd en duurzame investeringen worden gefaciliteerd omdat het grootste deel van de investeringen zal moeten komen uit de private sector. In de Mededeling van de Commissie wordt verder benadrukt dat met name het midden- en kleinbedrijf (‘mkb’) voor aanzienlijke uitdagingen staat bij de transitie naar een klimaatneutrale en duurzame economie. Het kader van duurzame financiering dient daarom inclusief en evenredig te zijn, zodat ook het mkb in staat zal zijn financiering voor de transitie aan te trekken.

Tegen deze achtergrond gaat dit preadvies over de relatie die gelegd zou kunnen worden tussen de open normen in het financiële recht die worden ingezet in het kader van duurzaamheid met de in de CSDDD opgenomen kaders voor de passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid.

Er is een duidelijke samenhang tussen de vele regels die inmiddels op het gebied van duurzaamheid voor de financiële sector zijn vastgesteld. Tegelijkertijd kan ook worden vastgesteld dat als het gaat om de reikwijdte van het door de CSDDD gecreëerde raamwerk, er onder de CSDDD sprake is van een ruimer, meer omvattend, normatief kader. Hierbij omvat de passende zorgvuldigheidsnorm van de CSDDD andere aspecten dan tot dusverre is voorzien in de regelgeving die is vastgesteld als gevolg van het Actieplan 2018. In het kader van de verschillende wetgevingsinstrumenten met een impact voor de financiële sector die tot nu toe zijn vastgesteld (zoals de Taxonomieverordening, SFDR, CSRD en andere regels), lijkt van een ‘open norm’ nauwelijks sprake te zijn. Eerder zou men kunnen zeggen dat op het gebied van stimulering van duurzame financiering in de context van het realiseren van de klimaatdoelstellingen, sprake is van nauw omschreven regels die niet geschikt zijn voor flexibele toepassing of het toesnijden van de norm op de concrete omstandigheden van het geval. Daarmee is niet gezegd dat de problematiek van ‘open normen’ in het kader van de toekomstige toepassing van de CSDDD niet relevant zou zijn voor de financiële sector. Het tegendeel is wat ons betreft het geval. We zien die relevantie met name op drie gebieden:

- i. Dat betreft allereerst de verplichtingen van de financiële sector met betrekking tot de feitelijke en potentiële negatieve effecten voor de *mensenrechten* wat betreft hun eigen (groeps-) activiteiten, maar met name de activiteiten van hun wederpartijen en cliënten. Van belang hierbij is hoe de CSDDD de grenzen zal trekken wat betreft de ‘waardeketen’ (zoals opgenomen in het Voorstel) of de ‘keten van activiteiten’ (zoals het aanknopingspunt is onder de Council

22. Commission Delegated Regulation (EU) .../... of 27.6.2023 amending Delegated Regulation (EU) 2021/2139 establishing additional technical screening criteria for determining the conditions under which certain economic activities qualify as contributing substantially to climate change mitigation or climate change adaptation and for determining whether those activities cause no significant harm to any of the other environmental objectives, C(2023) 3850 final.

23. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Een kader voor duurzame financiering dat in de praktijk werkt, COM(2023) 317 final, 13 juni 2023.

Positie) binnen de relatie van financiële ondernemingen met hun wederpartijen en cliënten.

- ii. Ten tweede is van belang dat de definitie van ‘*gereguleerde financiële onderneming*’ zoals bedoeld in artikel 3(a) onder (iv) CSDDD een bredere reikwijdte kent dan de tot dusverre gehanteerde definities in de Europese wetgeving die is vastgesteld in het kader van het Actieplan 2018. Hierdoor zal een brede toepassing van de CSDDD-normen, ook als het gaat om milieu en klimaataangelegenheden, op de financiële sector aan de orde zijn, met inbegrip van de ‘*shadow banking*’ ondernemingen (bijvoorbeeld securitisatievehikels) die in hun aard momenteel niet aan de regels van SFDR, CSDR of andere bepalingen voor de financiële sector op dit vlak zijn onderworpen.
- iii. Ten derde is van belang de mate waarin de regels van de CSDDD, en dan vooral de invulling van de ‘*passende zorgvuldigheid*’ van artikel 4 e.v., zullen leiden tot aanvulling van de thans in ontwikkeling zijnde *raamwerken voor risicomanagement betreffende klimaatrisico’s* voor banken en verzekeraars als gevolg van het Bankenpakket 2021<sup>24</sup> en het Verzekeringspakket.<sup>25</sup> Het Bankenpakket 2021 is op 27 oktober 2021 door de Commissie gepresenteerd en beoogt, onder meer, een versterking van de veerkracht van de bankensector ten aanzien van ESG-risico’s door ESG-risico’s (beter) te integreren in het prudentiële raamwerk. De toezichthouders krijgen onder het Bankenpakket 2021 meer mogelijkheden om ESG-risico’s mee te nemen in het toezicht.<sup>26</sup> Ook het Verzekeringspakket betreft een voorstel van de Commissie uit 2021 en strekt tot herziening van de belangrijke regelgeving voor het prudentiële toezicht op Europese verzekeraars (‘Solvency II’). Oogmerk van de voorgestelde wijzigingen wat betreft ESG-doelstellingen is onder meer om verzekeraars in staat te stellen een rol te spelen bij de financiering van de klimaattransitie door bepaalde beleggingsrestricties bij investering door verzekeraars in duurzame economische activiteiten weg te nemen, terwijl aan de andere kant de risicobeheervereisten voor klimaat- en duurzaamheidsrisico’s worden aangescherpt.

In dit preadvies hebben we gekozen voor de volgende afbakening. Bij de bespreking van de impact van de huidige en toekomstige kaders ligt de nadruk op de positie van banken in hun rol als financier en daarnaast (maar wel in mindere mate) bespreken we de positie van verzekeraars. Dit is met de uitdrukkelijke kanttekening dat de reikwijdte van de huidige en (met name) toekomstige wetgeving breder is en ook andere typen financiële ondernemingen en andere entiteiten, zoals pensioenfondsen, omvat. Daarnaast, als we ingaan op de normen onder de CSDDD beperken we ons tot de normen die samenhangen met het due diligence onderzoek

24. De thans in onderhandeling betrokken aanpassingen van Verordening (EU) nr. 575/2013 (Verordening kapitaalvereisten) en Richtlijn 2013/36/EU (Richtlijn kapitaalvereisten).

25. De thans in onderhandeling betrokken aanpassingen van Richtlijn 2008/138/EG (ook wel: Solvabiliteit II of Solvency II).

26. Bijvoorbeeld bij het vaststellen van een systeemrisicobuffer, een macroprudentiële buffer die beoogt een sector brede kapitaalbuffer op te leggen voor risico’s die zich kunnen voordoen bij financiële ondernemingen (banken) binnen dezelfde sector. Dergelijke maatregelen beogen de bevoegdheden van de toezichthouders uit te breiden in afwachting van de definitieve regels rondom de prudentiële kapitaaleisen voor individuele instellingen op individueel niveau, bijvoorbeeld een specifieke regeling voor het verhoogde kredietrisico als gevolg van de waarschijnlijke manifestatie van klimaatrisico’s bij de klanten van banken.

en hetgeen daaruit voortvloeit. We gaan niet in op de voorgestelde regels rond een klimaatactieplan, zoals is voorzien in artikel 15 CSDDD.

## 2.2 De toepassing van de CSDDD op de financiële sector

### 2.2.1 Inleiding

De toepassing van de CSDDD op de financiële sector is één van de onderwerpen waar de posities in het Voorstel, de Council Positie en die van het Europees Parlement behoorlijk uit elkaar lopen. Daarom geven we deze posities hier alle drie kort weer. Deze paragraaf dient om op hoofdlijnen een indruk te geven over de toepassing van de CSDDD op de financiële sector. Een mogelijke samenloop van open normen uit de CSDDD (uitgaande van toepassing van de CSDDD op de financiële sector) met die onder de financiële toezichtwetgeving komt in paragraaf 3 aan de orde.

Gezamenlijk uitgangspunt is dat het steeds gaat om een limitatieve lijst van gereglementeerde financiële ondernemingen. Wij lezen de toevoeging van het begrip ‘gereglementeerde’ zó dat bedoeld is dat alleen de betreffende financiële ondernemingen die onder de reikwijdte van de betreffende regulering vallen en uit dien hoofde met markttoegangcontrole (een vergunning bijvoorbeeld) en/of doorlopend toezicht te maken hebben, onder de reikwijdte vallen. Ondernemingen die wel binnen een omschrijving vallen maar vervolgens van het toezicht zijn uitgezonderd of vrijgesteld, zijn niet ‘gereglementeerd’ en vallen daarmee dan niet onder de beschrijving van artikel 3(a) onder (iv) CSDDD.<sup>27</sup>

### 2.2.2 Het Voorstel (van de Commissie)

Het uitgangspunt van het Voorstel is dat de CSDDD ook geldt voor (grote ondernemingen binnen) de financiële sector, maar wel met een aantal beperkingen. Hierbij kan worden opgemerkt dat de financiële sector niet is aangemerkt als een van de sectoren met hoge impact, die centraal staan in artikel 2 lid 1 onder b en lid 2 onder b CSDDD.<sup>28</sup> Het door ons gehanteerde begrip ‘financiële sector’ betekent in dit verband het geheel van negentien typen gereglementeerde financiële ondernemingen.<sup>29</sup> Hieronder vallen<sup>30</sup> onder meer banken, beleggingsondernemingen, beheerders van beleggingsinstellingen en instellingen ter collectieve belegging in effecten (‘icbe’s’), alsmede de beleggingsinstellingen en icbe’s zelf, (her-)verzekeraars, betaalinstellingen, elektronischgeldinstellingen en ook aanbieders van cryptoactivadiensten.<sup>31</sup> Het toepassingsbereik van de due diligence verplichtingen onder de CSDDD betreft de eigen activiteiten van de financiële onderneming, die van dochterondernemingen en, indien deze verband houden met hun waardeketens, van gevestigde

27. Een voorbeeld zou zijn de groepsfinancieringsmaatschappij van art. 3:2 Wft en de beleggingsonderneming die alleen intragroep dienstverlening doet als bedoeld in art. 1:18 aanhef en onder a Wft.

28. De achtergrond hiervan is toegelicht in de inleiding op het Voorstel op p. 18 en in ov. 22.

29. In de Council Positie is een aantal categorieën geschrapt en zijn er nog vijftien over.

30. Ongeacht hun rechtsvorm, zie art. 3(a) onder iv CSDDD.

31. Wij verwijzen naar de opsomming in art. 3(a) onder iv van het Voorstel.

zakelijke relaties.<sup>32</sup> Gelet op de verschillende definities die hiervoor van belang zijn<sup>33</sup> zal bij een bank in ieder geval de klant waarmee een lening wordt aangegaan en bij de verzekeraar de verzekeringnemer met wie een verzekeringsovereenkomst wordt aangegaan, binnen dit toepassingsbereik vallen. De beperking die het Voorstel biedt, heeft betrekking op een aantal onderdelen. Allereerst is het de bedoeling van het Voorstel dat de waardeketen voor banken en verzekeraars niet verder strekt dan de kredietnemer, respectievelijk de verzekeringnemer. Anders gezegd: de klanten of afnemers van de kredietnemer, respectievelijk de verzekeringnemer vormen geen onderdeel meer van de waardeketen voor de bank of verzekeraar. De waardeketen omvat nog wél de activiteiten van ‘andere ondernemingen die tot dezelfde groep (wij nemen aan: van de kredietnemer of de verzekeringnemer) behoren’, als de activiteiten daarvan ‘verband houden met de overeenkomst in kwestie’.<sup>34</sup> Verder is afgebakend dat in ieder geval mkb-ondernemingen<sup>35</sup>, die een lening zouden ontvangen of een verzekering zouden aangaan niet behoren tot de waardeketen.<sup>36</sup> Hiermee is de (stroomafwaartse) waardeketen voor banken en verzekeraars ingekort in vergelijking met andere ‘gewone’ ondernemingen. Een andere beperking uit het Voorstel is dat het due diligence onderzoek ten aanzien van mensenrechten en milieu ‘pas’ plaatsvindt voordat de dienst wordt verleend.<sup>37</sup> Wij lezen dit, gelet ook op de Engelse tekst van het voorstel dat spreekt over ‘only before’, als een clausulering die inhoudt dat alleen voorafgaand aan het verstrekken van het krediet of het aangaan van de verzekering het due diligence onderzoek moet worden verricht, maar dat deze verplichting niet tijdens de looptijd van de betreffende overeenkomst doorloopt. Waar het aankomt op de preventie en beëindiging van potentiële negatieve effecten<sup>38</sup>, bepalen artikel 7 lid 6 en artikel 8 lid 6 CSDDD dat financiële ondernemingen niet verplicht zijn de financiële dienst (inclusief het krediet of de verzekeringsovereenkomst) te beëindigen, indien redelijkerwijs kan worden verwacht dat dit aanzienlijke schade zal toebrengen aan de entiteit waaraan de dienst of het financiële product wordt verstrekt.<sup>39</sup>

### 2.2.3 De positie van de Raad (de Council Positie)

In de Council Positie is de insteek ten aanzien van de financiële sector een andere. In hoofdstuk C van de inleiding van de Council Positie is dit uitgebreid toegelicht.

32. Art. 6 lid 1 CSDDD.

33. Van de begrippen ‘zakelijke relatie’, ‘gevestigde zakelijke relatie’ en ‘waardeketen’, in art. 3(e) e.v. CSDDD.

34. Zie voor deze afbakening de tweede zin van art. 3(g) CSDDD.

35. Aangeduid in het Voorstel als ‘kmo’s’: kleine, middelgrote of micro-ondernemingen, zie de definitie in art. 3(i) CSDDD.

36. Art. 3(g), laatste zin, CSDDD. Zie ook ov. 19 waarin is opgenomen dat natuurlijke personen en huishoudens buiten de waardeketen dienen te blijven.

37. Art. 6 lid 3 CSDDD.

38. Art. 7 lid 1 en 5 CSDDD.

39. Zie M.J. van Loopik & I. Palm-Steyerberg (red.), *The Twin Transition: Digital & Sustainable Finance, Lustumbundel voor de Vereniging voor Financieel Recht 2022* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, nr. 179), Deventer: Kluwer 2022, p. 403. In deze bijdrage van D. Horeman wordt opgemerkt dat deze vervolgartikelen ervan uitgaan dat verplichtingen tot preventie, beperking en beëindiging van negatieve effecten ook opgeld doen na het verlenen van de dienst. Dit suggereert (in tegenstelling tot hetgeen uit art. 6 lid 3 CSDDD zou kunnen worden afgeleid) dat er een zekere mate van voortzetting van de due diligence verplichtingen is, ook na het aangaan van de relatie.

Kort gezegd, houdt de Council Positie in dat het aan de lidstaten wordt overgelaten om de financiële sector al dan niet onder de reikwijdte van de CSDDD te brengen.<sup>40</sup> Een andere aanpassing is dat in deze compromistekst beleggingsinstellingen en icbe's zelf (anders dan de beheerders daarvan) buiten de reikwijdte van de opgenomen definitie van gereguleerde financiële ondernemingen zijn gehouden.<sup>41</sup> De Council Positie bevat ook een alternatief voor de in het Voorstel gebruikte term 'waardeketen', namelijk: 'keten van activiteiten.' Dit is een aangepast begrip, met voorts een nadere clausulering van de betekenis hiervan voor de financiële sector. Met deze aanpassingen wordt het toepassingsbereik van de CSDDD voor de financiële sector niet heel inzichtelijk gepresenteerd, maar het komt volgens ons op het volgende neer. Als een lidstaat ervoor kiest om de CSDDD *niet* toe te passen op de financiële sector, dan is toepassing van de CSDDD voor de 'downstream' zakenpartners niet aan de orde. Dan resteren binnen de keten van activiteiten alleen de activiteiten van 'upstream' zakenpartners (die verband houden met de productie van goederen of de verrichting van diensten door de betreffende bank of verzekeraar). In het omgekeerde geval, als een lidstaat ervoor kiest om de CSDDD wel toe te passen op de financiële sector, dan geldt een aangepaste definitie van het 'downstream' gedeelte van de definitie van keten van activiteiten. Die omvat dan de zakenpartners waaraan de financiële diensten of de financiële producten worden verleend.<sup>42</sup> Dit betreft bijvoorbeeld de entiteit met wie een bank de leningovereenkomst afsluit of de verzekeringnemer aan wie de polis wordt verstrekt. Daarnaast worden de dochterondernemingen van deze entiteiten die voordeel halen uit deze financiële dienst en waarvan de activiteiten verband houden met de betrokken dienst, binnen de keten van activiteiten geplaatst.<sup>43</sup> De Council Positie handhaaft de uitsluiting van mkb-ondernemingen (die maken geen deel uit van de keten van activiteiten) en natuurlijke personen en huishoudens.<sup>44</sup> Onder de Council Positie blijft gelden dat (bijvoorbeeld) een bank niet verplicht wordt om de zakelijke relatie met een leningnemer op te schorten of te beëindigen, bij een negatieve uitkomst van het due diligence onderzoek. Gedachte van de Council Positie is dat de bank zich in dat geval juist moet blijven inspannen om de negatieve effecten te blijven monitoren en deze te voorkomen of te verlichten. Maar dus *niet* door de relatie te beëindigen. Ook onder de Council Positie is het uitgangspunt dat het due diligence onderzoek wordt uitgevoerd voorafgaand aan aanvang van de relatie.<sup>45</sup> In artikel 10 lid 2 van de Council Positie is voorts toegevoegd dat periodieke beoordelingen die moeten worden uitgevoerd door financiële ondernemingen alleen zien op de follow-up van de due diligence uitkomsten die voorafgaand aan de dienstverlening zijn vastgesteld.

40. Zie onderdeel 20-24 (p. 7-8) van de Council Positie.

41. Zie art. 2 lid 7 en de aangepaste opsomming met 15 categorieën in art. 3(a) onder iv CSDDD.

42. Zie art. 2 lid 8 en de dan geldende toevoeging aan de definitie van keten van activiteiten in art. 3(g) CSDDD.

43. Art. 3(g), de toevoeging aan het slot onder de aanhef die verwijst naar art. 2 lid 8 en onder i-iv CSDDD.

44. Art. 3(g), slot CSDDD.

45. Art. 6 lid 3 CSDDD. Hierbij kan dezelfde opmerking worden gemaakt als ten aanzien van het Voorstel: uit de preventie- en vervolgmaatregelen kan immers worden afgeleid dat er wel degelijk een doorlopende monitoring wordt verwacht. Zie art. 7 lid 6 en art. 8 lid 7 van de Council Positie.



## 2.2.4 De positie van het Europees Parlement

Het Europees Parlement kiest blijkens de amendementen op het Voorstel een aan de Council Positie tegengestelde richting. De neerwaartse waardeketen voor financiële diensten omvat wat betreft het Europees Parlement de activiteiten van de cliënten die deze rechtstreeks ontvangen, en van hun dochterondernemingen waarvan de activiteiten verband houden met de overeenkomst in kwestie, zonder dat hierbij gesproken wordt van een beperking. Wel wordt wat het Europees Parlement betreft geclausuleerd dat een uitsluiting geldt van de toepassing van de CSDDD als voor de verdere keten al andere zorgvuldigheidsverplichtingen gelden op grond van EU-wetgeving.<sup>46</sup> Voorts houdt amendement 26 in dat de financiële sector juist wel als een sector met grote impact wordt beschouwd. Op basis van amendement 40 wil het Europees Parlement de beperking van het due diligence onderzoek alleen voor de periode voorafgaand aan het aangaan van de lening of de verzekering laten vallen, zodat ook tijdens de dienstverlening due diligence onderzoek aan de orde kan zijn. Dat zou dan het geval moeten zijn als verdere dienstverlening aan de orde is (zoals een verhoging van de lening) en ook indien de bank in kennis wordt gesteld van eventuele risico's via de klachtprocedure van artikel 9, tijdens de verlening van de dienst.<sup>47</sup> Daarnaast is voorzien dat financiële ondernemingen gehouden kunnen zijn te investeren in klanten om te helpen bij bijvoorbeeld energietransitie, een soort financieringsverplichting.<sup>48</sup>

Duidelijk mag zijn dat de toepassing van de CSDDD-normen op de financiële sector een belangrijk onderhandelingspunt zal zijn tijdens de triloog. De uitkomst van deze discussie staat nog geenszins vast. Nederland is overigens een voorstander van het van toepassing verklaren van de CSDDD op de financiële sector.<sup>49</sup>

## 2.3 De groepstoepassing onder de CSDDD

De financiële sector is eraan gewend dat (bepaalde) normen zich ook uitstrekken over niet-gereguleerde onderdelen van de groep waarvan een gereguleerde entiteit deel uitmaakt. We noemen een paar voorbeelden. De regeling van beloningen in de financiële sector, op basis van hoofdstuk 1.7 Wft, reikt verder dan alleen financiële ondernemingen (in de groep). Zo dient een financiële onderneming ervoor te zorgen dat onder meer de welbekende bonuscap van 20% (art. 1:121 Wft) ook door al haar dochterondernemingen (gereguleerd of niet-gereguleerd) wordt toegepast.<sup>50</sup> Voor (sub-)groepen waarin een financiële onderneming zit en die een Nederlands groepshoofd heeft geldt dat alle tot de (sub-)groep behorende rechtspersonen en vennootschappen diverse beloningsregels moeten toepassen (waaronder de bonuscap). Het groepshoofd moet er voorts voor zorgen dat er een beloningsbeleid in de groep wordt gevoerd dat aan de eisen van hoofdstuk 1.7 Wft voldoet. Dit

46. Zie amendement (22).

47. Art. 6 lid 3 CSDDD.

48. Zie amendement 46, en de voorgestelde aanpassing van art. 7 lid 6, art. 8 lid 7 en het toegevoegde art. 7 lid 1 ter CSDDD.

49. Zie hiervoor het Verslag van een nader schriftelijk overleg van 14 februari 2023, *Kamerstukken I* 2022/23, 35146, C, p. 10.

50. Art. 1:113 lid 1 Wft.

geldt alleen niet als de hoofdactiviteiten van de groep niet bestaan uit het aanbieden van financiële producten of het verlenen van financiële diensten.<sup>51</sup> Een ander voorbeeld betreft het groeps- of geconsolideerd toezicht vanuit prudentieel perspectief dat zich in diverse vormen voordoet.<sup>52</sup> Ook binnen de Wet ter voorkoming van witwassen en het financieren van terrorisme ('Wwft') is er voor financiële ondernemingen die kwalificeren als instelling onder de Wwft een zekere mate van groepstoepassing.<sup>53</sup>

De CSDDD sluit zich bij die lijn aan. Zo is bij de inhoudelijke due diligence verplichtingen voorzien dat het niet alleen gaat om de eigen activiteiten van de betreffende (gereguleerde financiële) onderneming, maar tevens om die van hun dochterondernemingen. De definitie daarvan luidt: *'een rechtspersoon via welke de activiteit van een "gecontroleerde onderneming" zoals gedefinieerd in artikel 2, lid 1, punt f), van Richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad wordt uitgeoefend'*. Onder deze omschrijving zijn begrepen de ondernemingen waarin de meerderheid van de stemrechten kan worden uitgeoefend of de meerderheid van het bestuur of toezichthoudend orgaan kan worden benoemd of ontslagen, maar ook de onderneming waarin de (gereguleerde financiële) onderneming *'feitelijk een overheersende invloed of zeggenschap uitoefent, of de macht daartoe heeft'*.

Daarnaast voorziet artikel 4a van de Council Positie in een mogelijkheid tot passende zorgvuldigheid op groepsniveau. Moederondernemingen (dat zijn ondernemingen die onder de reikwijdte van de CSDDD vallen en zeggenschap hebben over één of meer dochtermaatschappijen) zorgen dan namens hun dochtermaatschappijen voor het nakomen van de inhoudelijke due diligence verplichtingen onder de CSDDD. Dat kan alleen als zowel de moeder als de dochter onder de CSDDD vallen. Het toezicht en de handhaving richten zich dan alleen tegen de moeder.<sup>54</sup>

### 3 **Open normen in de Wet op het financieel toezicht gespiegeld aan duurzaamheidsdoelstellingen**

#### 3.1 **Open normen in het financiële toezicht: de achtergrond**

De regels voor de financiële sector zoals die de afgelopen jaren in Nederland zijn vastgesteld, kennen talrijke open normen, en het opnemen hiervan in de diverse wettelijke regelingen kent ook een lange voorgeschiedenis. Het type open norm waar wij op doelen betreft de subjectieve variant, zoals aangeduid in het preadvies van Tom Barkhuysen en Valérie van 't Lam. Het gaat om (open) normen waarbij een waarderend oordeel vereist is om te kunnen bepalen of aan het met de *principles based* wetgeving beoogde doel of de beoogde inspanning is voldaan. Hierbij is, zoals is toegelicht in het preadvies over de lessen uit het bestuursrecht, een meer of

51. Art. 1:114 Wft.

52. Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 3.6 Wft. Ook diverse verordeningen die gelden in de financiële sector bevatten bepalingen die zich uittrekken over groepsonderdelen, inclusief de holding, van groepen waarin zich (bepaalde) geregleerde entiteiten bevinden.

53. Zie met name art. 2(e) en 2(f) Wwft.

54. Dit laat de wettelijke aansprakelijkheid van dochterondernemingen overeenkomstig art. 22 onverlet, aldus art. 4a lid 1, slot CSDDD.

mindere marginale (terughoudende) toetsing door de rechter aangewezen. Het gaat hier om normen zoals de verplichting om de bedrijfsvoering zodanig in te richten dat de financiële onderneming een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt.<sup>55</sup>

Om een lang verhaal kort te maken gaan we beknopt terug tot de totstandkoming van de huidige Wet op het financieel toezicht. Deze wet is vastgesteld ter bevestiging van het sinds 2002 in Nederland ingevoerde ‘Twin Peaks-toezichtmodel’ waarbij in de rolverdeling tussen DNB en de AFM een kanteling plaatsvond van het sectorale toezicht naar een cross-sectoraal functioneel toezicht. DNB is sinds die tijd exclusief belast met het prudentieel toezicht op financiële ondernemingen<sup>56</sup>, en de AFM met het gedragstoezicht op financiële ondernemingen en de financiële markten.<sup>57</sup> De Wft beoogde tevens een einde te maken aan de in de praktijk gegroeide rollen van DNB en AFM als ‘wetgever’, namelijk de op grond van delegatie- of zelfs attributiebevoegdheden van de oude sectorale wetgeving totstandgekomen omvangrijke algemeen verbindende voorschriften in de vorm van toezichthouderregels.

De fundamentele keuze die de wetgever indertijd maakte was het afschaffen van de hier en daar voorkomende attributiegrondslagen in de sectorale wetgeving, voornamelijk de regelgeving betreffende het prudentiële toezicht, en het overhevelen van de in de ‘oude’ sectorale toezichtwetgeving van voor 2006 nog veelvuldige voorkomende delegatiegrondslagen voor het direct vaststellen van toezichthouderregels zonder grondslag in formele wetgeving naar het directe niveau van koninklijke besluiten.<sup>58</sup> De voor 2007 van toepassing zijnde honderden bladzijden tellende toezichthouderregels werden met deze significante wetgevingsoperatie vervangen door eveneens honderden bladzijden tellende algemene maatregelen van bestuur.<sup>59</sup>

55. Dit is de norm die hierna in par. 3.3 uitgebreid wordt besproken. Een dergelijke subjectieve open norm kan worden onderscheiden van objectief vage normen waarbij een volle toetsing door de rechter aan de orde is. Het komt ons voor dat de CSDDD diverse van dergelijke open normen zal bevatten, zoals het begrip ‘dochteronderneming’ en diverse elementen van het begrip ‘waardeketen’ in het Voorstel en het begrip ‘keten van activiteiten’ in de Council Positie. Wij verwijzen naar B.M. Katan, ‘Verantwoord en duurzaam wetgeven’, *NTBR 2023/1*. Zij gaat in op het gebruik van (objectief) vage normen in het herziene voorstel voor de Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen.

56. Welke taakstelling is neergelegd in art. 1:24 Wft.

57. Welke taakstelling is neergelegd in art. 1:25 Wft.

58. Zie hieromtrent uitvoerig E.P.M. Joosen & R.P. Raas, *Vijf jaar Wet op het financieel toezicht*, Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2013 (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut nr. 118), Deventer: Kluwer 2013.

59. Overigens is het verschijnsel toezichthouderregels niet geheel verdwenen. Zowel de AFM als DNB behielden op vele fronten nog bevoegdheid om in het kader van de toepassing van de regels van de Wft of bij of krachtens de Wft vastgestelde AMvB’s nadere regels te stellen, maar de omvang van dat geheel aan toezichthouderregels is aanmerkelijk beperkter dan het geval was voor 2007. Daarnaast is sprake van een brede praktijk van vastgestelde Beleidsregels door beide toezichthouders, soms door de individuele toezichthouders voor de door hun uit te voeren taken, soms gemeenschappelijke beleidsregels. Wat de laatste soort betreft kan met name worden verwezen naar het voor de praktijk belangrijke Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank van 13 oktober 2020, *Stcrt.* 2020, 56540.

De Wft was daarmee beoogd de functie te vervullen van een raamwet, en de nadere gedetailleerde (uitvoerings-)regels zouden voortaan hun beslag krijgen in de bij of krachtens bepalingen van de Wft vastgestelde algemene maatregelen van bestuur, zoals het belangrijke Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen ('Bgfo')<sup>60</sup> en het Besluit prudentiële regels Wft ('Bpr').<sup>61</sup> Deze wetgevingstechniek gebood dat op het niveau van de Wft als formele raamwet talrijke open normen zijn opgenomen. Het was de bedoeling van de wetgever, dat de details en technische regels ter uitvoering van die open normen voornamelijk hun beslag zouden krijgen in de bij of krachtens de desbetreffende bepalingen van de Wft vast te stellen koninklijke besluiten.<sup>62</sup> Een belangrijk voorbeeld van een dergelijke open norm, die nadere invulling behoeft op het niveau van lagere wetgeving, betreft artikel 3:17 lid 1 Wft en de parallelle regeling in artikel 4:14 lid 1 Wft. De norm op wetsniveau houdt in dat de financiële onderneming haar bedrijfsvoering zodanig inricht dat deze een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt. Artikel 3:17 lid 2 Wft en artikel 4:14 lid 2 Wft bepalen vervolgens: 'Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld met betrekking tot het eerste lid'. De desbetreffende nadere regels op het niveau van het Bgfo en Bpr zijn zeer uitgebreid en beslaan vele tientallen bladzijden.

Dit is een eerste verklaring voor het gebruik van open normen in de financiële sector. Namelijk: wetgevingstechniek. De combinatie van een open norm op wetsniveau en een uitwerking van deze norm op het niveau van lagere regelgeving, zorgt voor een invulling van de open norm door de (lagere) wetgever en daarmee het terugdringen van de rol van de toezichthouder als quasi-wetgever. Tegelijkertijd is er via de route van de lagere wetgeving een minder hoge drempel (dan aanpassing van een formele wet), ook als het aankomt op de daarmee gemoeide tijd, om aanpassingen of aanvullingen van de invulling van de open norm tot stand te brengen.

Een andere, wellicht principiëlere, verklaring moet worden gezocht in het fenomeen van '*principles based*' regelgeving waaraan in de oorspronkelijke opzet van de Wft veel ruimte werd gegeven. Principles based regels beschrijven het doel van de norm, maar de uitvoering ervan ('de weg naar het bereiken van dat doel') wordt aan de geadresseerde van de norm overgelaten. Het hiervoor gegeven voorbeeld omtrent de inrichting van de bedrijfsvoering (om een beheerste en integere bedrijfsvoering te waarborgen) past hier ook in. De invulling die de lagere wetgeving geeft op basis van artikel 3:17 lid 2 en artikel 4:14 lid 2 Wft, is namelijk niet uitputtend. Voor onderwerpen die buiten de in de lagere wetgeving uitgewerkte onderwerpen vallen, geldt onverminderd de overkoepelende norm en uiteraard zijn die onderwerpen, vanwege ontwikkelingen bijvoorbeeld op het gebied van technologie en klimaatverandering, fluïde. Bij die invulling van een open norm (of het restant daarvan, zoals in dit geval van art. 3:17 lid 1 en art. 4:14 lid 1 Wft) moet echter wel rekening

60. Besluit van 12 oktober 2006, houdende regels met betrekking tot het gedragstoezicht op financiële ondernemingen, *Stb.* 2006, 520.

61. Besluit van 12 oktober 2006, houdende prudentiële regels voor financiële ondernemingen die werkzaam zijn op de financiële markten, *Stb.* 2006, 519.

62. Zie hierover: Regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), Brief van de Minister van Financiën van 24 februari 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 31.

worden gehouden met het door toezichthouders gemaakte beleid en de nadere richting die zij daarbij kunnen geven door tal van ‘soft law’ instrumenten, zoals leidraden of richtsnoeren, ‘good practices’, Questions & Answers en dergelijke meer. In de oorspronkelijke parlementaire behandeling is hier weinig aandacht aan gegeven. Deze keuze van de wetgever komt wel tot uitdrukking in tal van naderhand verschenen communicaties van de zijde van het Ministerie van Financiën.<sup>63</sup> Een duidelijk voorbeeld hiervan treffen we aan in het consultatiedocument dat in november 2016 werd gepubliceerd en waar het Ministerie van Financiën om feedback van de toezichthouders en de sector vroeg over het voornemen te komen tot een grondige herziening van de Wft:

*‘Bij een snel veranderende sector als de financiële sector, loopt de wetgever vaak achter op de ontwikkelingen in de markt en bieden open normen in regelgeving (principles-based rules) de gewenste of benodigde flexibiliteit en bewegingsruimte aan de toezichthouder. Uit de gesprekken komt naar voren dat men open normen met name wenselijk acht met het oog op innovatie en vernieuwing in de sector en het zoveel mogelijk trachten te voorkomen van schadelijk gedrag. Een voorbeeld van open normen betreft de voorschriften met betrekking tot de bedrijfsvoering. Een financiële onderneming moet dan zelf een analyse maken van de risico’s en haar bedrijfsvoering daarnaar inrichten, met inachtneming van de bij of krachtens amvb te stellen regels en, voor zover van toepassing, rekening houdend met beleidsregels of leidraden van de toezichthouder. Dit komt overeen met de ten tijde van de totstandkoming van de Wft geldende visie op het reguleren van de financiële sector, waarbij een grote eigen verantwoordelijkheid werd gelaten aan de onderneming. Door de crisis is hierin verandering gekomen en zijn er meer gedetailleerde regels gekomen voor het financieel toezicht. In Europese richtlijnen en verordeningen ziet men deze rules based benadering ook terug; in dat geval zijn de mogelijkheden tot het opnemen van open normen in het nationale kader beperkt.’<sup>64</sup>*

In de literatuur is er veel kritiek op dit fenomeen van open normen in het kader van principles based regelgeving.<sup>65</sup> De kritische aantekeningen die hieromtrent

63. Zie onder meer de Brief van de Minister van Financiën van 24 februari 2006, *Kamerstukken II 2005/06*, 29708, nr. 31.
64. Ministerie van Financiën, ‘Herziening van de Wft: verkenning’, Consultatiedocument van 22 november 2016, p. 13, (nog steeds) te raadplegen via [internetconsultatie.nl](http://internetconsultatie.nl).
65. Zie in deze zin V.P.G. de Serière, ‘Luiheid, opportunisme, of wijsheid? Principle based regelgeving in het financiële recht’, *Ondernemingsrecht* 2008, p. 99, die constateert dat in de praktijk de grens tussen regelgeving en informele stellingnamen door de toezichthouders vervaagt. Zie verder: G.P. Roth, ‘Over de kenbaarheid van de norm’, in: M. Jurgens & R. Stijnen (red.), *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Uitgave van het kenniscentrum Financieel en Economisch Recht, Rechtbank Rotterdam 2008, p. 85-96; M.F.M. van den Berg, ‘Rondom het nieuws. Better safe than sorry. Het probleem van een (te) open zorgplicht-bepaling in de Wft’, *TFR* 2013, nr. 9; T.C.A. Dijkhuizen & V.Y.E. Caria, ‘De invulling van financieelrechtelijke open normen in een meerlagige rechtsorde’, *BW-krant Jaarboek* (2013), Universiteit Leiden, p. 109-121; C.M. Grundmann-van de Krol, ‘Heruitvinden van normen en minder regels of: Hoe nu verder met het financieel toezichtrecht?’, *Ondernemingsrecht* 2015/110; E.P.M. Joosen, *Bankwetgeving na de financiële crisis, is het genoeg?* (oratie UvA Amsterdam), oratie 534, Amsterdam: Vossius Press 2015, en *Ondernemingsrecht* 2015/81; V.P.G. de Serière & B.C.G. Jennen, ‘De betekenis van “soft law” in de financiële toezichtwetgeving’, *Ondernemingsrecht* 2017/143; T. Barkhuysen, L. Westendorp & S. Ramsanjhal, ‘De rechtspositie van financiële instellingen ten aanzien van richtsnoeren en aanbevelingen van European Supervisory Authorities: Europese pseudowetgeving?’, *Ondernemingsrecht* 2017/144; K.W.H. Broekhuizen, ‘De pluriforme betekenis van klant centraal’, *TFR* 2017, nr. 7/8; K.W.H. Broekhuizen, ‘Markten, mensen en zorgvuldigheid’, *Ondernemingsrecht* 2018/77; E.P.M. Joosen, ‘Rondom het Nieuws – DNB Beleidsregel Maatschappelijke

worden gemaakt, komen erop neer dat het principles based karakter van de regelgeving niet of nauwelijks in de praktijk tot uitvoering kan komen vanwege een aantal keuzes in de praktijk van toezicht en handhaving. Deze kritiek komt erop neer dat aan financiële ondernemingen simpelweg niet de ruimte wordt gegeven om op dit vlak ‘eigen verantwoordelijkheid’ te nemen. De open normen leiden eerder tot grote vrijheid van de toezichthouders om door middel van soft law instrumenten, alsnog te komen tot het volledig dichttimmeren van de desbetreffende norm, bijvoorbeeld door uitgebreide leidraden en dergelijke instrumenten meer. Die leidraden zijn dan formeel geen algemene verbindende voorschriften, maar zij krijgen in de praktijk wel dat effect. Dit effect is ook geconstateerd in het evaluatieonderzoek van de AFM uitgevoerd door Kwink.<sup>66</sup> Eén van de conclusies is:

*‘Open normen komen veel voor in de financiële wet- en regelgeving. Daarbij is sprake van een voortdurende uitdaging voor de AFM. Sectoren willen interpretatieruimte in de regelgeving, maar hebben tegelijkertijd behoefte aan uitleg en richting. Uit de evaluatie volgt het beeld dat de AFM nu soms te veel en te gedetailleerd voorschrijft en meer ruimte zou kunnen geven aan maatwerk. Het resultaat hiervan is dat ondanks principle based wetgeving het toezicht in de praktijk rule based wordt.’*

Hieruit volgt dat het ‘succes’ van een open norm ook wordt bepaald door de bereidheid van financiële ondernemingen om verantwoordelijkheid te nemen voor een eigen invulling, desnoods in afwijking van de door de toezichthouder beschikbaar gestelde guidance. Hierbij kiest de financiële onderneming ervoor om geen gebruik te maken van de door de toezichthouder in zekere zin geboden ‘safe harbour’. Het voordeel hiervan is dat de financiële onderneming de ruimte heeft om een eigen invulling toe te passen, die goed past bij de eigen bedrijfsvoering. Een potentieel nadeel of risico is dat de toezichthouder verwacht dat de financiële onderneming in staat is om toe te lichten dat en waarom de eigen invulling onder de gegeven omstandigheden ten minste voldoende is om invulling te geven aan de norm. Dit kan een discussie met de toezichthouder opleveren, met name als de eigen invulling in de visie van de toezichthouder minder waarborgen biedt dan een invulling overeenkomstig de door de toezichthouder zelf opgestelde guidance.<sup>67</sup> Of uiteindelijk de toezichthouder hiermee te streng of strikt is, is ter beoordeling van de bestuursrechter. Een aandachtspunt hierbij is de vraag naar de bereidheid van financiële ondernemingen om het op een discussie met hun toezichthouder ten overstaan

Betamelijkheid Trustkantoren’, TFR 2020, nr. 4; D. Busch, ‘Hoe “hard” is “soft law”?', TFR 2021, nr. 11; R. van den Bosch & P. Brouwer, ‘Duurzaamheid, uitdagingen en dilemma’s voor banken. De invloed van duurzaamheid op de handelwijze van banken en financiële instellingen’, NJB 2021/424; en (meer empathisch als het gaat om de noodzaak open normen te behouden) I. Palm-Steyerberg, par. 1.4.1 Rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en een gelijk Europees speelveld, in: *Personentoetsingen in de financiële sector* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming & Recht, nr. 127), Deventer: Kluwer 2021.

66. Zie het rapport van 4 november 2021, via [open.overheid.nl/documenten/ronl-a862bb7e-fdf1-424c-8d82-17e25b8e8228/pdf](https://open.overheid.nl/documenten/ronl-a862bb7e-fdf1-424c-8d82-17e25b8e8228/pdf).

67. Verderop komen we nog met een aantal voorbeelden dat dit effect laat zien. Die voorbeelden zijn niet heel talrijk, omdat het kennelijk zo is dat veel financiële ondernemingen geneigd zijn aansluiting te zoeken bij de invulling van de toezichthouders. Zie voor een voorbeeld waarbij dit anders was: CBB 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:260 (A/AFM).

van de bestuursrechter te laten aankomen.<sup>68</sup> Dit staat nog los van de omstandigheid dat in de financiële sector veelvuldig wordt gekozen voor het opleggen van informele maatregelen, waartegen naar hun aard geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming beschikbaar is.<sup>69</sup> Onder de hier bedoelde informele maatregelen vallen de normoverdracht via een gesprek of brief en de waarschuwingsbrief. Hierbij wordt door de toezichthouder uitleg gegeven over de inhoud van de overtreden norm zoals de toezichthouder die ziet en/of een waarschuwing dat de onderneming de betreffende norm overtreedt. Voor deze informele maatregelen bestaat geen wettelijke basis.<sup>70</sup>

Ook de toezichthouder zelf blijft niet stil als het gaat om de uitleg hoe om te springen met open normen, en wat de betekenis ervan is voor het op financiële ondernemingen uit te oefenen toezicht. DNB betoogt:

*‘DNB beoogt onduidelijkheid over wettelijke eisen weg te nemen, zodat instellingen weten waar ze aan toe zijn. De wet kent zowel “gesloten” als “open” normen. Bij een gesloten norm is er vrijwel geen ruimte voor uiteenlopende interpretaties van de regels. Zo is de vereiste omvang van het kernkapitaal van banken een voorbeeld van een gesloten norm, omdat deze expliciet is beschreven in de wet. Open normen hebben een meer algemene strekking. Bij open normen bestaat ruimte voor de instelling om te bepalen hoe deze in te vullen. Daarmee kan onduidelijkheid ontstaan wat van instellingen wordt verwacht. Om dit te ondervangen publiceert DNB waar mogelijk in het Open Boek Toezicht voorbeelden van hoe instellingen aan een open norm kunnen voldoen. Deze voorbeelden zijn echter geen voorschriften. Instellingen kunnen ook op andere manieren aan de open norm voldoen, zolang instellingen maar kunnen aantonen dat hun manier ook voldoet.’<sup>71</sup>*

DNB omarmt hierbij de gangbare visie dat de invulling van open normen door toezichthouders in de vorm van ‘best practices’ of andere instrumenten, niet leidt tot het ontwikkelen en toepassen van algemeen verbindende voorschriften die steeds en door alle individuele ondernemingen op dezelfde wijze dienen te worden nageleefd. De flexibiliteit wordt door de individuele ondernemingen behouden, echter zij dragen wel de bewijslast dat de eigen zelfstandige invulling van de open norm ook leidt tot normconforme gedragingen.

In het evaluatierapport van Kwink kan worden gelezen dat de invulling van en handhaving door DNB van open normen door onder toezicht staande ondernemingen uit de pensioensector niet steeds als voldoende terughoudend wordt ervaren:

68. In de financiële sector is die bereidheid beperkt, zie S.M.C. Nuijten & R. Stijnen, *Rechterlijke toetsing van besluiten en handelingen van de AFM en DNB* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 155), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 26 e.v. Uit de hier opgenomen analyse kan overigens worden afgeleid dat tegen besluiten van de ACM vaker wordt geprocedeerd dan tegen besluiten van de AFM en DNB.
69. Zie o.a. S.M.C. Nuijten, ‘Voorwoord – Het belang van rechterlijke toetsing. De vereenvoudigde afdoening van boetezaken door de AFM’, *TvFR* september 2023, p. 257-260, voetnoot 40.
70. Dit betekent niet dat de informele maatregelen zonder gevolg zijn. Informele maatregelen worden meegeteld als antecedent voor de betrokken bestuurders en commissarissen. Zie ook: G. Roth, ‘Rechtsbescherming tegen handelingen van DNB en de AFM’, *Ondernemingsrecht* 2016/48.
71. Thomas van Galen & Jacob Dankert, DNB, ‘Visie op toezicht 2021-2024’, p. 11, te raadplegen via: [dnb.nl/media/43cnkobox/visie\\_op\\_toezicht\\_2021\\_2024](https://dnb.nl/media/43cnkobox/visie_op_toezicht_2021_2024).

*‘DNB ziet open normen als een uitdaging, omdat ze een eigen vorm van handhaving kennen en vragen om maatwerk. Uit de gesprekken in het kader van deze evaluatie van DNB zijn open normen niet als een belangrijk punt van aandacht naar voren gekomen. Dat wil niet zeggen dat hierover nooit discussie bestaat. Zo is vanuit de pensioensector kritiek geleverd op de invulling van open normen door DNB. Open normen kunnen in de ogen van sommige sectorpartijen alleen worden ingevuld als aan strikte voorwaarden wordt voldaan. Zo moet er een wettelijke grondslag zijn voor deze invulling en dient nut en noodzaak op te wegen tegen de uitvoeringskosten en regeldruk.’<sup>72</sup>*

Een derde reden tot het opnemen van open normen in de wettelijke regelingen van het financieel toezicht, heeft te maken met de slagkracht die de wetgever wil behouden zodat de toezichtspraktijk kan inspelen op nieuwe ontwikkelingen, zonder dat voor die kwesties een expliciete wettelijke norm bestaat.

Na deze korte *tour d’horizon* wat betreft het gebruik van open normen in het financiële toezichtsrecht, komen we toe aan de inleiding van het onderwerp in het kader van dit preadvies zoals dat in de verdere paragrafen ter hand zal worden genomen.

### 3.2 Open normen in het kader van duurzaamheid in het financiële recht

De invoering van de Europese wetgeving in het kader van het Actieplan 2018 heeft uiteraard consequenties gehad voor de financiële ondernemingen die aan de nieuwe regels zijn onderworpen. Veelal is sprake van verregaande transparantieverplichtingen en de noodzaak over bepaalde onderwerpen verantwoording af te leggen aan toezichthouders. Wat de vermogensbeheersector betreft is er daarnaast ook concrete interventie in de wijze waarop de cliënten dienen te worden betrokken bij beleggen conform hun duurzaamheidsdoelstellingen.

Toezichthouders hebben een actieve beleidsagenda gehanteerd, en in sommige gevallen waren de desbetreffende beleidsdoelstellingen noodzakelijkerwijs gebaseerd op open normen die op dit vlak de grondslag boden voor de (nog) niet in de Europese regelgeving behandelde onderwerpen. Dat speelt vooral in het kader van de door banken en andere ondernemingen waarop prudentieel toezicht wordt uitgeoefend te ontwikkelen risicobeheersing en risicomitigatie en de in verband daarmee op te stellen transitieplannen. Een en ander wordt door de toezichthouders gekoppeld aan de open normen van de beheerste bedrijfsvoering en de soliditeit van de ondernemingen zelf. Op de vraag hoe een en ander zich verhoudt tot de open normen van CSDDD wordt in paragraaf 3.3 ingegaan.

Interventie in productontwikkeling, en de mate waarin cliënten dienen te worden betrokken bij de wijze waarop hun eigen duurzaamheidsdoelstellingen tot uitdrukking dienen te komen bij het vermogensbeheer en beleggingsadvies, raakt ook aan

72. Kwink, Evaluatie DNB, 8 november 2021, zie: [open.overheid.nl/documenten/ronl-e0c50546-fa33-455a-9a08-bb0e77dfe9a5/pdf](https://open.overheid.nl/documenten/ronl-e0c50546-fa33-455a-9a08-bb0e77dfe9a5/pdf).



de in acht te nemen zorgplicht voor cliënten van de desbetreffende financiële ondernemingen. Dat geldt ook voor de vraag welke inspanning van banken mag worden verwacht om bestaande en nieuwe klanten door middel van financiering of het voortzetten daarvan in staat te stellen om hun eigen duurzaamheidsdoelstellingen te realiseren. Hoe is een en ander te plaatsen in het kader van de verdere (open) normen van het gedragstoezicht op financiële ondernemingen en de relatie die dit heeft met de CSDDD? Deze materie wordt verder behandeld in paragraaf 3.4.

### 3.3 Beheerste bedrijfsvoering

#### 3.3.1 *Beheerste bedrijfsvoering in het kader van klimaatrisico's*

De gevolgen van klimaatverandering voor de financiële sector zijn evident.

*Ten eerste* heeft de financiële sector te maken met de door de (Europese) beleidsmakers gewenste actieve bijdrage die de sector dient te leveren aan het ombuigen van kapitaal- en financieringsstromen naar duurzame (en ecologisch verantwoorde) beleggingen.

*Ten tweede* wordt steeds duidelijker dat financiële ondernemingen zelf ook zijn blootgesteld aan financiële en andere risico's als gevolg van klimaatverandering. Dat heeft te maken met de directe financiële schade die wordt veroorzaakt door natuurrampen, die zich vertaalt in toenemende lasten voor financiële ondernemingen die die schade verzekeren. Of de consequenties voor de economische gezondheid van gefinancierde cliënten die als gevolg van de verwezenlijking van milieurisico's niet in staat zijn hun eigen onderneming voort te zetten of die opnieuw moeten opbouwen en daardoor in betalingsmoeilijkheden komen. Of doordat financiering is verstrekt aan ondernemingen die in de (nabije) toekomst hun activiteiten zullen moeten staken als gevolg van politieke keuzen omtrent de wenselijkheid van de bedrijfsvoering van die onderneming in het licht van de te bereiken klimaatdoelstellingen ('stranded assets').

*Ten derde* is van belang dat in de samenleving de druk toeneemt om te komen tot actieve sturing door financiële ondernemingen tot het beëindigen van de zakelijke relatie met bepaalde cliënten die zich met activiteiten bezig houden waarvan een bedreiging uitgaat voor de verwezenlijking van de klimaatdoelstellingen.

Dit alles gaat voorbij aan de problematiek rondom zogenaamde Scope 1<sup>73</sup> en Scope 2<sup>74</sup> emissies door financiële ondernemingen zelf zoals gedefinieerd in het Greenhouse Gas Protocol.<sup>75</sup> Toezichthouders zijn daarin niet bijzonder geïnteresseerd bij het houden van toezicht op financiële ondernemingen.<sup>76</sup> Of een financiële onderneming op dat vlak vooruitstrevende maatregelen neemt (bijvoorbeeld de vergroe-

73. Directe CO<sub>2</sub>-uitstoot, veroorzaakt door eigen bronnen binnen de organisatie. Zie: klimaatplein.com.

74. Deze omvat de indirecte uitstoot van CO<sub>2</sub> door opwekking van zelf gekochte en verbruikte elektriciteit of warmte. Zie: klimaatplein.com.

75. Zie: ghgprotocol.org.

76. Zie ook par. 16 van EBA Report on Management and Supervision of ESG Risks for credit institutions and investment firms, EBA/REP/2021/18.

ning van de eigen bedrijfsomgeving, het eigen bedrijfsgebouw en dergelijke) zal geen verschil maken voor de vraag of financiële ondernemingen het normatieve kader voor de financiële sector behoorlijk toepassen en naleven. Veeleer zal bij de vraag of die normen zorgvuldig worden nageleefd aandacht zijn voor Scope 3<sup>77</sup> emissies, als een van de eerste aandachtsgebieden die financiële ondernemingen ter hand dienen te nemen. Het veronderstelt een verdieping in de klimaatimpact in de ‘waardeketen’ waarbij de financiële onderneming is betrokken.

De aandacht voor broeikasgassen is ook wel verklaarbaar vanuit het perspectief van de oorspronkelijke inrichting van de politieke beleidsagenda, zowel op nationaal als op Europees niveau. Het is een reflectie op de afspraken van de Parijse Overeenkomst en de verdere aanscherping daarvan in het Klimaatpact van Glasgow.<sup>78</sup> De vraag dringt zich echter wel op of deze aandacht voor de broeikasgassenproblematiek zo langzamerhand niet als een *pars pro toto* moet worden aangemerkt van de bredere beleidsagenda waarbij niet alleen gestuurd wordt op de inherente problematiek van klimaatverandering als gevolg van de uitstoot van broeikasgassen. In bredere zin houdt de realisatie van milieudoelstellingen ook verband met andere kwesties, zoals hiervoor aangegeven in de beschrijving van de verdere evolutie van het Actieplan 2018. In dit verband kan bijvoorbeeld ook verwezen worden naar de in Nederland lopende discussies rondom de stikstofuitstoot<sup>79</sup>, PFAS-uitstoot<sup>80</sup> of de lozing van plastic.<sup>81</sup>

We bespreken dit bredere perspectief, met name vanuit de invalshoek van de toepassing van de open norm van de ‘beheerste bedrijfsvoering’ zoals die is verwoord in artikelen 3:17 lid 1 en 4:14 lid 1 Wft, waarbij we hierna met name de toepassing ervan door de prudentiële toezichthouders DNB en ECB zullen behandelen. We richten ons derhalve op de norm van artikel 3:17 lid 1 Wft. In de afgelopen jaren is er rondom de beheersing van klimaatrisico’s een stevige beleidsagenda neergezet door DNB en ECB. In paragrafen 4.2 en 4.3 gaan we verder in op de visie en de beleids campagne die op dat vlak door deze autoriteiten zijn neergezet en de methoden van handhaving. In deze paragraaf gaat het ons om de materieelrechtelijke invulling van deze norm, in het kader van klimaatrisico’s.

De norm van artikel 3:17 lid 1 Wft betreffende de ‘integere en beheerste bedrijfsvoering’ kent in feite twee invalshoeken. Onder de ‘integere bedrijfsvoering’ wordt te doen gebruikelijk verstaan, dat de financiële onderneming zich dient te richten op nauwgezette naleving van normen en het voorkomen van wetsovertreding door de organisatie of haar medewerkers. Integriteit wordt dan vooral geplaatst in het

77. Indirecte uitstoot van CO<sub>2</sub>, veroorzaakt door bedrijfsactiviteiten van een andere organisatie. Het betreft dan uitstoot door bronnen die niet in het bezit zijn van de eigen organisatie en waar ze ook geen directe invloed op kan uitoefenen. Zie: [klimaatplein.com](http://klimaatplein.com).

78. De resultaten bereikt tijdens de Klimaatconferentie van Glasgow. De Klimaatconferentie van Glasgow 2021 (COP26) was een conferentie van de Verenigde Naties over klimaatverandering, die gehouden werd te Glasgow, Verenigd Koninkrijk, in partnerschap met Italië. De conferentie was de 26ste Conference of the Parties (COP26) in het kader van het Klimaatverdrag (UNFCCC), de 16e sessie van de partners in het Kyoto-protocol (CMP 16), en de 3e sessie van de partners in uitvoering van het Akkoord van Parijs (CMA 3).

79. Zie: [cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-stikstoff/introductie-stikstofdossier](https://cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-stikstoff/introductie-stikstofdossier).

80. Zie: [rivm.nl/pfas/risicos-pfas-voor-gezondheid-en-milieu](https://rivm.nl/pfas/risicos-pfas-voor-gezondheid-en-milieu).

81. Zie: [rivm.nl/plastics/actueel](https://rivm.nl/plastics/actueel).

perspectief van normconform handelen. Onder de ‘beheerste bedrijfsvoering’ wordt dan verstaan het voldoende rekenschap geven van de aan de bedrijfsvoering verbonden risico’s, het inschatten ervan en het nemen van adequate maatregelen ter beheersing ervan. We richten ons nu op het aspect van de beheerste bedrijfsvoering, de regels die verband houden met het zogenaamde ‘kwalitatieve risicomanagement’ van financiële ondernemingen.

Zoals hiervoor aan bod is gekomen, is de open norm van de beheerste bedrijfsvoering in de Wft opgenomen, in het kader van de herziening in 2006 van het wetgevende raamwerk voor financiële ondernemingen. De open norm is nader uitgewerkt in tal van regels opgenomen in de lagere wetgeving. In het bijzonder gaat het daarbij om de regels van § 4.2 (*Risicomanagement*), artikelen 23 e.v. Bpr. Een van de belangrijke regels betreft de ‘risicocatalogus’ wat betreft ‘relevante risico’s voor ondernemingen die aan het prudentiële toezicht zijn onderworpen (met name banken, verzekeraars, beleggingsondernemingen, betaalinstanties en elektronischgeldinstellingen). Deze risicocatalogus is opgenomen in het tweede lid van artikel 23 Bpr, en somt de volgens de wetgever relevante risico’s op. Daaronder worden onder meer begrepen de voor de hand liggende risico’s zoals deze in de (internationale) kaders<sup>82</sup> als de kern van de te onderscheiden categorieën risico’s worden beschouwd waaronder het concentratierisico, krediet- en tegenpartij risico, liquiditeitsrisico’s, marktrisico, operationeel risico, renterisico voortvloeiend uit niet-handelsactiviteiten en het herverzekeringsrisico.

Financiële ondernemingen die de norm van artikel 3:17 lid 1 Wft dienen na te leven, zullen bij het formuleren van hun beleid en de neerlegging ervan in concrete procedures en maatregelen derhalve rekenschap dienen te geven van ieder van de risico’s zoals deze in deze catalogus zijn opgenomen, voor zover relevant voor de aard van de onderneming en het gevoerde productenaanbod en de aangeboden dienstverlening. Ieder van de risico’s is nader uitgewerkt in zeer gedetailleerde regels. In de tegenwoordige tijd komt het desbetreffende normatieve kader vooral tot uitdrukking in de Europese wet- en regelgeving.

Zo zullen de details voor de kwalitatieve risicobeheersingsmaatregelen voor banken vooral terug te vinden zijn in de bepalingen van artikelen 76 e.v. Richtlijn kapitaalvereisten (‘CRD4’).<sup>83</sup> Hierbij heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen om vooral op de richtlijnbeoordelingen te leunen wat betreft de normoplegging, zonder de richtlijnbeoordelingen op gedetailleerde wijze om te zetten in de regels van het Nederlandse recht. Waarom de wetgever hiervoor heeft gekozen, en hoezeer dat als zodanig knelpunten oplevert in de toezichtspraktijk, valt buiten bereik van dit preadvies.

82. Daarbij moet vooral worden gedacht, in het kader van banken en (bepaalde) beleggingsondernemingen aan de internationale standaarden ontwikkeld door het Bazels Comité voor Banktoezicht. Zie voor uitvoerige documentatie op dat vlak: [bis.org](http://bis.org).

83. Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG, *PbEU* L 176, van 27 juni 2013, p. 338-426.

Voor verzekeraars geldt min of meer hetzelfde, waarbij de regels voor het risicomanagement zijn opgenomen in de bepalingen van artikelen 44 e.v. Solvabiliteit II-richtlijn.<sup>84</sup> Hiervoor geldt, zij het in mindere mate, dat de woordelijke teksten van deze richtlijnbevestigingen niet volledig terugkomen in Wft of Bpr. Hierbij moet voorts worden aangetekend dat verdere gedetailleerde regels voor het risicomanagement zijn opgenomen in de Gedelegeerde Verordening (EU) 2015/35<sup>85</sup> die is vastgesteld ter uitvoering van de regels van Solvabiliteit II. De desbetreffende verordening bepalingen hebben, met andere woorden, directe werking en direct effect in de Nederlandse rechtsorde zonder dat zij dienden te worden omgezet in de Nederlandse wetgeving.

We beperken de bespreking van de Europese regelingen op het vlak van risicobeheer tot banken en verzekeraars, maar min of meer gelijke beschrijvingen en bevindingen zouden kunnen worden gegeven voor andere typen financiële ondernemingen, zoals beleggingsondernemingen, betaalinstanties of elektronischgeldinstellingen die alle binnen bereik van artikel 3:17 Wft vallen en de krachtens deze bepaling vastgestelde lagere wetgeving.

De huidige redactie van artikel 3:17 lid 1 Wft en de regels uit de lagere wetgeving voorzien (momenteel) niet in een explicitering van klimaatrisico's als relevant risico waarmee financiële ondernemingen rekening moeten houden. De huidige regelingen in CRD4 of Solvabiliteit II voorzien daar evenmin in. Wel is als gevolg van de aanhangige wetgevingsvoorstellen in het kader van het Bankenpakket 2021 als het Verzekeringspakket sprake van een toekomstige (grote) verandering op dat vlak.

Wat betreft banken is, op grond van artikel 98 lid 8 CRD4 dat in 2019 is ingevoerd, aan de Europese Bankautoriteit ('EBA') het mandaat gegeven om aan de Commissie advies uit te brengen over de wenselijke aanpassingen van de risicobeheersingsregelingen om daarin nieuwe regels op te nemen wat betreft de kwalitatieve risicobeheersing door banken (en sommige beleggingsondernemingen). EBA is één van de Europese toezichthoudende autoriteiten in de financiële sector (naast ESMA en EIPOA, gezamenlijk worden zij aangeduid als de ESA's). EBA opereert op basis van de verordening waarbij EBA is ingesteld<sup>86</sup> en de aan haar in diverse Europese wetgeving opgedragen taken, onder andere ten aanzien van de corporate governance van de bankensector. Ingevolge artikel 98 lid 8 CRD4 heeft EBA in 2021 een uitgebreid rapport uitgebracht ('EBA Rapport 2021').<sup>87</sup> De adviezen van EBA hebben

84. Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), *PbEU* L 335, van 17 december 2009, p. 1-155.

85. Gedelegeerde Verordening (EU) 2015/35 van de Commissie van 10 oktober 2014 tot aanvulling van Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), *PbEU* L 12, van 17 januari 2015, p. 1-797.

86. Verordening (EU) nr. 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), tot wijziging van Besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van Besluit 2009/78/EG van de Commissie.

87. EBA Report on Management and Supervision of ESG Risks for credit institutions and investment firms, EBA/REP/2021/18.

geleid tot opname in de wijzigingsvoorstellen voor CRD4<sup>88</sup> als onderdeel van het Bankenpakket 2021 van uitgebreide nieuwe regelingen ter zake van de noodzakelijke kwalitatieve risicobeheersingsmaatregelen die banken zullen dienen te treffen. Daarbij is ervoor gekozen om de wettelijke bepalingen verder te laten strekken dan risicobeheersing ter zake van uitsluitend klimaatrisico's. Er wordt gewerkt met een brede definitie van 'ESG-risico's'. Die luidt in het huidige aanhangige voorstel van het Bankenpakket 2021 als volgt:

*'Het risico op verliezen als gevolg van negatieve financiële effecten op de instelling die voortvloeien uit de actuele of te verwachten effecten van ecologische, sociale of governancefactoren (ESG-factoren) op de tegenpartijen van de instelling of de activa waarin zij is belegd.'*<sup>89</sup>

Voor 'ecologische', 'sociale' en 'governance' factoren worden zeer uitgebreide definities opgenomen in de nieuwe regels. Vervolgens worden aan de beheersing van de risico's ten aanzien van deze factoren uitgebreide regels verbonden.

De toekomstige regels voor banken (en bepaalde beleggingsondernemingen) zullen derhalve risico's rondom ESG-factoren aanduiden als 'relevant risico' waarmee rekening dient te worden gehouden bij het (kwalitatieve) risicomangement. De desbetreffende regels geven vervolgens een zeer gedetailleerde regeling over de wijze waarop dat kwalitatieve risicomangement dient te worden vormgegeven, welke onderzoeksmethoden op dat vlak dienen te worden gevolgd, en welke consequenties wat betreft risicobeheersing hieraan moeten worden verbonden. Een en ander krijgt zijn beslag in nieuwe bepalingen van artikelen 73, 74, 76 en 87bis CRD4.<sup>90</sup>

In de huidige regelingen voor banken (en verzekeraars) kan slechts in beperkte mate worden geleund op concrete regels die voorschrijven waaruit de beheerste bedrijfsvoering van banken (en verzekeraars en andere financiële ondernemingen) dient te bestaan wat betreft de beheersing van ESG-risico's. Er is momenteel ten aanzien van ESG-risico's nog sprake van een open norm. Deze open norm wordt door DNB (en de ECB) als toezichthouder gebruikt om aan de aan zijn toezicht onderworpen financiële ondernemingen te verplichten tot het treffen van nadere maatregelen in het kader van beheerste bedrijfsvoering. Vanwege met name het Bankenpakket 2021 komt hierin echter snel verandering, waarbij de 'huidige' open norm ten aanzien van ESG-risico's ingrijpend zal worden aangevuld met gedetailleerde voorschriften. Te verwachten is dat voor banken (en verzekeraars) deze

88. Voorstel van de Europese Commissie van 27 oktober 2021 voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2013/36/EU wat betreft toezichtsbevoegdheden, sancties, bijkantoren uit derde landen en ecologische, sociale en governance risico's, en tot wijziging van Richtlijn 2014/59/EU, COM/2021/663 final.

89. Art. 4(1)(52) quinquies voorgestelde aanpassing van de Verordening kapitaalvereisten ('CRR') waarnaar in het wijzigingsvoorstel voor CRD4 door middel van een kruisverwijzing in het nieuwe art. 3(1)(69) CRD4 wordt verwezen.

90. Voor een uitvoerige bespreking van deze materie, zie E.P.M. Joosen, Hoofdstuk 'Banktoezicht in verband met ESG-gerelateerde risico's', in de in 2023 te verschijnen Onderzoekscenarium Onderneming en Recht-bundel 'Duurzaam bankieren' die als samenwerking tussen Triodos Bank en het Instituut voor Financieel Recht van de Radboud Universiteit bij Wolters Kluwer, Deventer zal worden gepubliceerd.

kanteling in de wijze van regulering zal worden geïntroduceerd in de loop van 2025. Voor andere typen financiële ondernemingen die onder prudentieel toezicht vallen is er nog geen concreet zicht op een dergelijke invulling.

### 3.3.2 Rapportage over klimaatdoelstellingen in de financiële sector

We snijden eerst de nieuwe regels voor de financiële sector zoals deze de afgelopen jaren zijn geïntroduceerd beknopt aan omdat dit ons in staat stelt verder te bespiegelen in welke mate de open normen zoals deze in de CSDDD zullen leiden tot een verandering of aanvulling van het bestaande regelgevend raamwerk voor de financiële sector.

In de grote reeks wetgevingsinitiatieven die volgde na het Actieplan 2018 stond, op cross sectorale basis, de functie van de financiële sector als asset manager (vermogensbeheerder) centraal. De maatregelen waren vooral gericht op het stimuleren van transparantie over de duurzaamheidsstrategieën van (voornamelijk) institutionele beleggers, en de wijze waarop beheerders van vermogen (zowel op individuele basis via een mandaat tot discretionair vermogensbeheer als op collectieve basis door beheerders van beleggingsinstellingen) met hun product- en dienstenaanbod deze duurzaamheidsstrategieën konden faciliteren. Voor banken en verzekeraars waren die nieuwe regels toegespitst op de vermogensbeheerfunctie, en nog niet in belangrijke mate op de kredietverschaffingsfunctie of de reguliere verzekeringsactiviteiten. Naast dit type financiële ondernemingen werden ook de overige beheerders van vermogen (zoals beheerders van beleggingsinstellingen) aan de desbetreffende bepalingen onderworpen. Het mondde uit in de voor de praktijk belangrijke regels van de SFDR.

De meeste (zo niet alle) banken en verzekeraars zijn daarnaast onderworpen aan de verplichtingen uit hoofde van de CSRD. Artikel 19bis CSRD omschrijft de reikwijdte van die duurzaamheidsrapportering, door uit te gaan van de ‘dubbele materialiteitsnorm’. Dat wil zeggen, ondernemingen dienen te rapporteren zowel over de impact van hun activiteiten op ecologisch, sociaal en governance vlak (‘inside out’ ofwel de effecten van de onderneming op de ‘buitenwereld’) als over de financiële gevolgen van deze factoren voor de organisatie zelf (‘outside in’ ofwel de risico’s voor de onderneming).

Materialiteit behelst de informatie over negatieve gevolgen, de risico’s voor de onderneming<sup>91</sup> en de kansen en ontwikkelingsmogelijkheden (de mate waarin toege-

91. Of zoals gedefinieerd in Annex 2 bij de op 31 juli 2023 vastgestelde Gedelegeerde Verordening ter uitvoering van Richtlijn 2013/34/EU zoals vastgesteld ter uitvoering van het mandaat opgenomen in art. 29b CSRD op grond van de sustainability reporting standards zoals voorbereid door de European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG): “Material risks”: Sustainability related risks with negative financial effects that materially affect (or could reasonably be expected to affect) the undertaking’s cash flows, access to finance, or cost of capital over the short, medium or long term.”

voegde waarde kan worden gecreëerd of ontdekt<sup>92</sup>) voor de onderneming binnen de volledige ‘waardeketen’ waarmee de onderneming is verbonden.<sup>93</sup>

Een aanvullende verplichting op het vlak van transparantie is voor banken<sup>94</sup> weggelegd ingevolge de regeling van artikel 8 Taxonomieverordening. Deze bepaling verplicht alle ondernemingen die op grond van de Europese Jaarrekeningenrichtlijn verplicht zijn niet-financiële informatie openbaar te maken (waaronder banken als organisaties van openbaar belang), in het niet-financiële verslag — dat als gevolg van het nieuwe jargon van de CSRD als de ‘duurzaamheidsverslaggeving’ door het leven gaat — informatie op te nemen over hoe en in welke mate de activiteiten van de betreffende financiële onderneming verband houden met activiteiten die onder de Taxonomieverordening kunnen worden aangemerkt als (ecologisch) duurzaam. Het gaat dan meer in het bijzonder om informatie over het aandeel van hun omzet, kapitaaluitgaven en operationele uitgaven van hun activiteiten die verband houden met activa of processen die verband houden met ecologisch duurzame economische activiteiten.

Deze informatie wordt gespiegeld aan de criteria van duurzaamheid zoals uitgewerkt in de Taxonomieverordening. Deze regels van de Taxonomieverordening zijn nader uitgewerkt in een Gedelegeerde Verordening van de Europese Commissie van 6 juli 2021<sup>95</sup> (‘GV artikel 8 Rapportages’). Hierin is onder meer het volgende geregeld. Voor banken (en de andere aan deze regels onderworpen financiële ondernemingen) zijn omzet, kapitaaluitgaven en operationele uitgaven niet representatief om het gehalte ecologisch duurzame activiteiten te meten. Om die reden worden voor de (verschillende categorieën) financiële ondernemingen specifieke kritische prestatie-indicatoren (‘KPI’s’) en berekeningsmethoden wat betreft die KPI’s gegeven. Voor banken is de belangrijkste KPI de groene activaratio (‘GAR’). Dit geeft het aandeel van ‘groene activa’ ten opzichte van het totaal aan activa op de bankbalans weer. Dit geeft inzicht in de mate waarin blootstellingen (denk aan verstrekte kredieten aan ondernemingen) of beleggingen van de bank kunnen worden gekenmerkt als economische activiteit van de bank die als ecologisch duurzaam kan worden aangemerkt in verhouding tot het totaal aan blootstellingen of beleggingen.

92. Of zoals gedefinieerd in Annex 2 bij de Gedelegeerde Verordening ter uitvoering van Richtlijn 2013/34/EU: “Material opportunities”: *Sustainability related opportunities with positive financial effects that materially affect, (or could reasonably be expected to affect) the undertaking’s cash flows, access to finance, or cost of capital over the short, medium or long term.*

93. Zie voor een zeer lezenswaardige analyse van deze materie: Niels van Nieuw Amerongen, Remko Renes & Auke de Bos, ‘Dubbele materialiteit: de toekomst van duurzaamheidsverslaggeving volgens ESRS en experts’, *MAB* 97(3/4) (2023), p. 101-113.

94. Naast banken gelden er ingevolge de GV art. 8 Rapportages ook regels voor (her-)verzekeraars, ‘vermogensbeheerders’ (waarmee de beheerders van beleggingsinstellingen en ICBE-beheerders worden bedoeld) voor zover zij aan de regels van de NFV-richtlijn zijn onderworpen, en beleggings-ondernemingen.

95. Gedelegeerde Verordening (EU) 2021/2178 van de Commissie van 6 juli 2021 tot aanvulling van Verordening (EU) 2020/852 van het Europees Parlement en de Raad door vaststelling van de inhoud en de presentatie van door aan art. 19 bis of art. 29 bis Richtlijn 2013/34/EU onderworpen ondernemingen te rapporteren informatie betreffende ecologisch duurzame economische activiteiten en door vaststelling van de methode om aan deze rapportageverplichting te voldoen, *PbEU* L 443, van 10 december 2021, p. 9-67.

De gedachte bij de publicatie van die GAR, is dat hiermee ook de verhoudingen op de balans, *grosso modo*, van duurzame en niet-duurzame activa geopenbaard worden. Deze bespiegeling hoort dan, zo is de bedoeling van de wetgever, te leiden tot een presentatie aan het publiek en beleggers in de banken van de mate waarin de bank in haar ondernemingsactiviteiten bijdraagt aan de verwezenlijking van de klimaatdoelstellingen. Hoe groener de bankbalans, des te sterker draagt de bank aan die doelstellingen bij.

Maar hier kan als een tussenconclusie worden geponerd: totdat de hiervoor besproken wijzigingen in de regels voor banken en verzekeraars zullen worden geïntroduceerd (nogmaals, 2025 geldt daarbij als ‘richtjaar’), zijn de bestaande regels voornamelijk gericht op verbetering van transparantie en rapportage door de financiële ondernemingen, en zij sturen in mindere mate direct op de wijziging van de bedrijfsvoering of van het producten- en dienstenaanbod. Er is ook nog geen sprake van (significante) normatieve en directe sturing op de wijze waarop financiële ondernemingen zich dienen te verhouden tot hun cliënten of wederpartijen, of de ‘eigen’ leveranciers van producten of diensten.

### 3.3.3 Spiegeling huidige open norm met die van de CSDDD

De regels van de CSDDD gaan over meer dan transparantie en rapportage. CSDDD verplicht de aan deze regelgeving onderworpen ondernemingen om te komen tot een actieve sturing op de inachtneming van milieudoelstellingen en inachtneming van mensenrechten, binnen de eigen onderneming, de in de groep verbonden dochtermaatschappijen en opwaartse en neerwaartse ‘keten van activiteiten’. Men zou kunnen zeggen dat het naleven van de desbetreffende regels instrumenteel zal zijn voor de alsdan door de onderneming te publiceren niet-financiële rapportages. In zoverre zien we een analogie met de huidige regelgeving voor banken, verzekeraars en andere financiële ondernemingen. De in paragraaf 3.3.2 beknopt besproken inmiddels geïntroduceerde specifieke rapportage- en transparantieregels voor (grote delen van) de financiële sector, veronderstellen immers een verslaggeving over de invulling van (met name) verwezenlijking van klimaatdoelstellingen. Daar zal noodzakelijkerwijs aan vooraf moeten gaan dat beleid en procedures van de desbetreffende ondernemingen worden gekanteld en dat de ondernemingen onderzoek doen naar de mate waarin de onderneming zelf, maar ook hun wederpartijen gericht zijn op die verwezenlijking.

Kort gezegd, aan rapportage en transparantie over de klimaatdoelstellingen (en bijvoorbeeld het groene gehalte van de bankbalans ingevolge de regels van art. 8 Taxonomieverordening) gaat due diligence vooraf. Zo beschouwd zou men dan kunnen stellen dat de reeds voor financiële ondernemingen geïntroduceerde regels overlappen met die van de CSDDD. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de due diligence die vereist is om te voldoen aan de minimumgaranties van artikel 18 Taxonomieverordening.<sup>96</sup> Een andere afbakeningsvraag is hoe de verhouding

96. Art. 3 Taxonomieverordening vereist voor de bepaling of een belegging ecologisch duurzaam is onder meer dat de betreffende activiteit voldoet aan de minimumgaranties van art. 18. Lid 1 hiervan bepaalt: ‘De in artikel 3, onder c), bedoelde minimumgaranties zijn procedures die ten uitvoer worden gelegd door een onderneming die een economische activiteit verricht, om overeenstemming



is tussen de due diligence verplichtingen onder de CSDDD met het onderzoek dat vereist is onder SFDR door financiële ondernemingen om de op basis van deze verordening vereiste transparantie te kunnen bieden. Zo moet door aanbieders van financiële producten (zoals beleggingsinstellingen, icbe's, vermogensbeheer en beleggingsadvies) transparantie worden gegeven ten aanzien van ongunstige effecten van beleggingen van de financiële producten op de duurzaamheidsfactoren. Dit betreft de zogenoemde Principal Adverse Impacts ('PAI') statement.<sup>97</sup> Hiertoe voorziet artikel 4 SFDR in een due diligence procedure, die inmiddels in detail is uitgewerkt.<sup>98</sup> Voor afbakening van de due diligence vereisten onder deze verschillende bronnen en het belang van het voorkomen van inconsistenties is vanuit de financiële sector aandacht gevraagd.<sup>99</sup>

Deze samenloop vergt inderdaad afstemming, maar wij menen wel dat overigens van een grote en alomvattende overlap geen sprake is, en dat de CSDDD en het huidige stelsel van regels omtrent transparantie enerzijds, en de 'open normen' van het financiële toezichtsrecht anderzijds in sterke mate leiden tot *aanvullende* regels en verplichtingen voor de financiële sector. We maken daarbij wel het voorbehoud dat daarin op sommige punten verandering zal komen, wanneer de in paragraaf 3.3.1 besproken regels van het Bankenpakket 2021 in werking zullen treden (en vergelijkbare opmerkingen zouden kunnen worden gemaakt voor de nieuwe regels van Solvency II voor verzekeraars).<sup>100</sup>

Het gaat het bestek van dit preadvies te buiten om te komen tot een regel-voor-regel vergelijking tussen de beide regimes om de verschillen en overeenkomsten volledig bloot te leggen. Om die reden bespreken we enkele voorbeelden om de hiervoor geponeerde stelling verder te onderbouwen, waarbij we de al eerder besproken open norm tegen het licht zullen houden, namelijk die van de 'beheerste bedrijfsvoering' van artikel 3:17 Wft.

Men zou kunnen volhouden dat de wijze waarop de passende zorgvuldigheidnorm conceptueel is ingekaderd in de regeling van artikel 4 CSDDD, verwantschap vertoont met de conceptuele benadering die in de financiële sector wordt gevolgd voor het adresseren van de interne organisatorische (beleids)maatregelen en beheersings-

---

te garanderen met de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen en de leidende beginselen van de VN inzake bedrijfsleven en mensenrechten, met inbegrip van de principes en rechten die worden beschreven in de acht fundamentele verdragen die in de verklaring van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) betreffende de fundamentele principes en rechten op het werk worden genoemd en in het Internationaal Statuut van de Rechten van de Mens.'

97. Art. 4 en 7 SFDR.

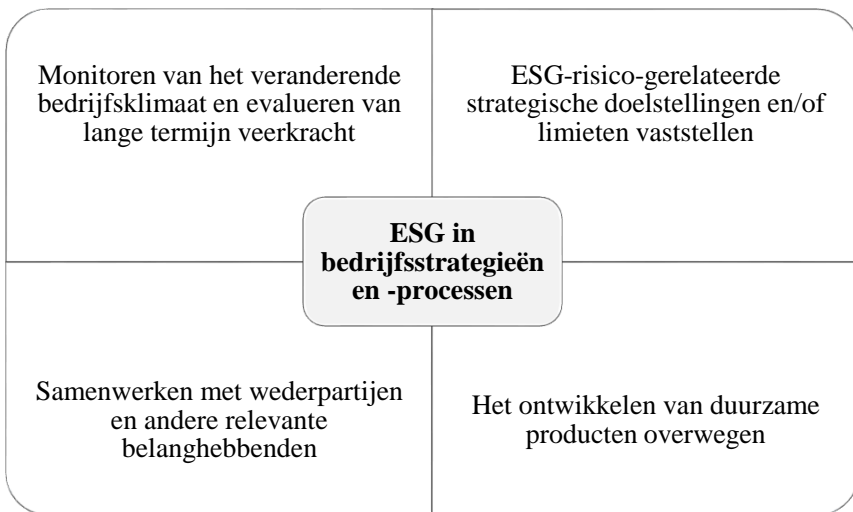
98. Zie voor een overzicht van de implementing and delegated acts bij de SFDR: [finance.ec.europa.eu/regulation-and-supervision/financial-services-legislation/implementing-and-delegated-acts/sustainable-finance-disclosures-regulation\\_en](https://finance.ec.europa.eu/regulation-and-supervision/financial-services-legislation/implementing-and-delegated-acts/sustainable-finance-disclosures-regulation_en).

99. Zie bijvoorbeeld het consultatiedocument over de CSDDD van de NVB: [nvb.nl/media/5242/nvb-consultation-csdd-27-06.pdf](https://nvb.nl/media/5242/nvb-consultation-csdd-27-06.pdf).

100. Wat we in dit deel van het preadvies in het midden laten, is het effect van de inmiddels ingevoerde regelingen voor beleggingsondernemingen in verband met de inschatting van duurzaamheidsvoorkeuren bij cliënten, ingevolge de bepalingen van art. 25(2) Richtlijn 2014/65/EU (MiFID II), zoals nader uitgewerkt in art. 54 en 55 Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 en de specifieke Richtsnoeren van de European Securities and Markets Authority (ESMA) met betrekking tot bepaalde aspecten van de MiFID II-geschiktheidseisen van 3 april 2023 (ESMA35-43-3172) die in par. 3.3 nader aan bod zullen komen.

procedures die door de toezichthouders en wetgever passend worden gevonden om ESG-risico's te analyseren en beheersbaar te maken. Dat is met uitzondering van de regels van artikel 4(1)(d) CSDDD zoals die nader zijn uitgewerkt in artikel 9 CSDDD (*klachtenprocedure*). Dit onderdeel is niet voorzien in de bestaande wetgeving voor de financiële sector. Hetzelfde geldt voor de uitwerking van de regels van artikel 4(1)(f) CSDDD in artikel 11 (*openbaarmaking*) CSDDD.<sup>101</sup>

Ter toelichting hierop geven we het samenvattend diagram weer zoals dat is ontwikkeld door EBA in het EBA Rapport 2021<sup>102</sup> als inventarisatie van de belangrijkste aandachtsgebieden waarop ESG-risico's door banken moeten worden meegenomen in hun strategieën en processen, waarbij we ervoor hebben gekozen om een en ander in vrije vertaling naar het Nederlands weer te geven:



Dit denkraam dat door EBA wordt gehanteerd in het kader van de advisering over de noodzakelijke wijzigingen in de toekomstige wetgeving (zoals dat door de Europese wetgever is opgevolgd in de aanpassingen van, onder meer de bepalingen van CRD4, zie de bespreking hiervan in par. 3.3.1), laat *ten eerste* zien dat voor de financiële sector, althans voor de banken en bepaalde beleggingsondernemingen, er een vierde loot aan de stam wordt ontwikkeld, namelijk de regels omtrent productontwikkeling, bijvoorbeeld de ontwikkeling van duurzaamheids-gelinkte leningen.<sup>103</sup> Productontwikkeling wordt door EBA gezien als een methode om te

101. Wat het laatste betreft, de openbaarmakingsverplichtingen, is er in de regelgeving voor de financiële sector al het nodige van kracht en we verwijzen naar onze korte beschouwing hierover in par. 3.2.2. We menen in elk geval dat er sprake is van overlap tussen de voorschriften van art. 4(1)(f) juncto 11 CSDDD en de regels voor de financiële sector (zoals de regels voortvloeiend uit de SFDR, de bepaling van art. 8 Taxonomieverordening en de als gevolg van de aanscherpingen van de CSRD geïntroduceerde nieuwe regels rondom duurzaamheidsverslaggeving).

102. Figuur 12 'ESG in business and processes', p. 84 van het EBA Rapport 2021.

103. Hierbij kan bijvoorbeeld als kapitaalmarktproducten worden gedacht aan Green Bonds of sustainability-linked notes of -loans. Het gaat hier om verschillende typen instrumenten. Typisch kenmerk van een Green Bond is dat de opbrengsten van de uitgifte worden aangewend voor een project dat

komen tot beheersing van ESG-risico's en een hulpmiddel om te komen tot een betere duurzaamheidsbalans in de portefeuille van de desbetreffende financiële ondernemingen.<sup>104</sup> Deze invalshoek kan men echter niet in de regels van CSDDD aantreffen, met uitzondering wellicht van het gedachtegoed rondom het preventief actieplan van artikel 7(2)(a) CSDDD en het corrigerend actieplan van artikel 8(3)(b) CSDDD. Immers productontwikkeling wordt, ingevolge de concrete aanbevelingen van EBA rondom transitieplannen (wat naar onze inschatting grote verwantschap vertoont met de genoemde actieplannen uit CSDDD), gezien als één van de pijlers van dergelijke plannen.

Wat in de regels van CSDDD wel kan worden aangetroffen is de verplichting tot evaluatie, tot het beoordelen van de impact van de onderneming op het gebied van mensenrechten en milieu, zoals geregeld in artikel 4(1) (b) juncto artikel 6 CSDDD. Dit vertoont grote verwantschap met het denkkader zoals dat linksboven in de EBA-matrix is weergegeven, namelijk de verplichting van banken en bepaalde beleggingsondernemingen om te komen tot een diepgravende evaluatie van het volgende:

*'Expected changes in the business environment in which institutions operate are typically monitored and reflected in their business strategies. In this context, the effect of ESG factors on the business environment can be seen as relevant for the definition of institutions' business strategies. This implies developing an understanding of and monitoring how ESG factors can affect macroeconomic conditions, as well as relevant sectoral business environments, for instance through decreases in output, changes in customer preferences or shifts in technology, and how this could in turn have negative financial implications for the institutions.'*<sup>105</sup>

Ten aanzien van deze belangrijke norm van de CSDDD kan vastgesteld worden dat, zeker als men de toekomstige ontwikkelingen in acht neemt, geen sprake zal zijn van significante overlap ten aanzien van banken of verzekeraars, zeker niet wanneer het bepaalde van artikel 1(3) CSDDD ten volle zal worden toegepast. Die bepaling veronderstelt immers dat sectorspecifieke regelingen bij voorrang zullen worden toegepast en gehandhaafd, waardoor mag worden verwacht dat op dit vlak de

---

als ecologisch duurzaam kwalificeert. Bij een sustainability linked note of lening is er niet een dergelijke koppeling ten aanzien van de besteding, maar ten aanzien van één of meer KPI's (bijvoorbeeld: als de leningnemer beter presteert dan een bepaalde benchmark op een ESG-doelstelling, geldt een rentekorting). Voor Green Bonds zal een EU-standaard worden geïntroduceerd, die gebaseerd zal zijn op de criteria van de Taxonomieverordening. Zie hiervoor het voorstel van de Europese Commissie van 6 juli 2021, COM/2021/391 final. Zie voor de status van dit wetsvoorstel: 2021/0191/COD. Na inbreng van de positie van de Raad en het Europees Parlement en de start van de trilog per 12 juli 2022 is op 28 februari 2023 voorlopige overeenstemming bereikt over de EU Green Bond Standaard (zie: [consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/02/28/sustainable-finance-provisional-agreement-reached-on-european-green-bonds/](https://consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/02/28/sustainable-finance-provisional-agreement-reached-on-european-green-bonds/)). Dit onderhandelingsresultaat dient nog bevestigd te worden door de Raad en het Parlement welke nog voor het einde van 2023 wordt verwacht.

104. EBA stelt hierover: *'Another tool used by institutions to offer products and services that meet customers' expectations, on one side, and to adapt their portfolio in a timely manner to reduce ESG risks, on the other, is the strategic assessment of whether to develop sustainable products that are considered to be more resilient to ESG risks. These include products typically marked as 'green' or 'social'. Institutions can use such products as a tool to implement their ESG risk-related objectives and adjust their business models and portfolio composition.'*, zie EBA Rapport 2021, p. 93.

105. EBA Rapport 2021, p. 87.

toekomstige regels (zoals die hun weg zullen vinden naar uitbreiding van de regels van art. 3:17 lid 1 Wft en de uitwerking daarvan in het Bpr) met voorrang zullen worden toegepast. Onze inschatting is dat er alsdan ook geen sprake meer zal zijn van een open norm, gezien de voorgenenomen introductie van zeer gedetailleerde bepalingen op dit vlak.

Ten tweede dient te worden gezien in welke mate overlap of overeenstemming bestaat ten aanzien van het bepaalde in artikel 4(1)(a) en (c) juncto artikelen 5, 7 en 8 CSDDD met de regels die in de toekomst zullen gelden voor banken en verzekeraars. Men zou kort kunnen zeggen dat een en ander raakt aan de bepaling van strategische beleidsdoelstellingen door de financiële onderneming zelf, en de uitvoering daarvan door middel van concrete procedures en maatregelen, waaronder procedures en maatregelen gericht op de beheersing van klimaat- en milieurisico's of risico's op schending van mensenrechten. Deze regels raken min of meer aan het onderwerp wat rechtsboven in de hierboven weergegeven EBA-matrix is opgenomen. Achter de beknopte aanduiding hiervan zit een zeer gedetailleerde behandeling van de materie door EBA. Dit is treffend verwoord in de volgende passages uit het EBA Rapport 2021:

*'For the purposes of this report, ESG risk-related strategic objectives and/or limits are understood as determinations which aim at managing an institution's exposure to ESG risks, over the short-, medium- and long-term time horizons. For example, institutions could set strategic objectives and/or limits with regard to the proportion of their exposures to certain economic activities or sectors. [...] Further, institutions should bear in mind that setting strategic objectives will be likely to alter their overall risk profile, resulting in a need to review their risk appetite.*

*ESG risks are likely to affect different regions, economic (sub-)sectors and assets differently. In light of this, the institutions' overall objectives and targets may need to be translated into more specific targets (or limits), including exclusion policies for certain regions, sub-sectors or activities (e.g. specific sectors or types of counterparties due to highly polluting production, or very low social or governance standards). For example, institutions could analyse the technological pathway for one specific economic sector and translate the results into changes in the turnover and income statements of affected corporates. Depending on the results, institutions could amend their sectoral policies.'*<sup>106</sup>

Opnieuw stellen we vast dat in de toekomstige regelgeving voor banken (en bepaalde beleggingsondernemingen), en korthedshalve noteren we dat dat voor verzekeraars niet anders zal zijn, op gedetailleerde wijze zal worden voorzien in de richting die de bepalingen van CSDDD beoogt te geven aan de passende zorgvuldigheid die het bedrijfsleven in acht zal moeten nemen als het gaat om de negatieve effecten van het veronachtzamen van klimaat- en milieudoelstellingen en de mensenrechten. In zoverre is er weliswaar overlap, maar opnieuw verwijzen we naar het bepaalde in artikel 1(3) CSDDD waarbij er alle aanleiding is om te veronderstellen dat de sectorale regels voorrang zullen krijgen.

106. EBA Rapport 2021, par. 176-177, p. 89-90.

Ondanks deze grote overeenkomsten tussen de beide regimes, menen we dat er aanleiding is om de analyse nog een spade dieper in de grond te zetten in verband met het volgende.

*Ten eerste* observeren we dat al hetgeen hiervoor is uiteengezet omtrent de overeenkomsten die beide regimes vertonen, een vergelijking is van de CSDDD-normen met die van in de wat verder gelegen toekomst aan te nemen bepalingen van het Bankenpakket 2021 voor banken (en bepaalde beleggingsondernemingen) en de herziening van Solvency II voor verzekeraars. Totdat die wijzigingen zijn ingevoerd zullen de bevoegde autoriteiten zich, wat betreft het opleggen van normen tot het aanpassen van beleid, het toepassen van procedures en maatregelen en het meten van de effectiviteit daarvan moeten bedienen van open normen, zoals de regels van artikel 3:17 lid 1 Wft omtrent de beheerste bedrijfsvoering. Wordt CSDDD eerder ingevoerd dan de hiervoor besproken wijzigingen, dan ligt het voor de hand om de nieuwe normen die CSDDD brengt te leggen naast de huidige open normen van het financiële toezicht (dus nog zonder de nadere invulling die het Bankenpakket 2021 en het Verzekeringspakket met zich meebrengen).

*Ten tweede* constateren we dat er van beide kanten sprake is van een verschil in reikwijdte. De regels voor de financiële sector kennen een grotere reikwijdte dan die van de CSDDD als het gaat om de maatregelen die dienen te worden getroffen in de ‘keten van activiteiten’ waarbij banken, verzekeraars of andere financiële ondernemingen zijn betrokken. In de redactie van artikel 7(6) CSDDD in de Council Positie wordt, voor zover er sprake is van kredieten, leningen of een andere financiële dienst, bepaald dat financiële ondernemingen niet verplicht zullen zijn de desbetreffende contractuele verhouding met de wederpartij op te schorten of te beëindigen.

In tegenstelling tot deze CSDDD-norm, zal het in de toekomst kunnen voorkomen dat banken, verzekeraars of andere financiële ondernemingen wel dienen over te gaan tot beëindiging van de contractuele relatie, indien het risico dat door de financiële onderneming zelf wordt gelopen als gevolg van inbreuk op de verwezenlijking van bepaalde klimaat- of milieudoelstellingen (te denken valt aan ‘stranded assets’ waarbij geen sprake is van een perspectief op herstel) onaanvaardbaar is en in de weg staan aan de ‘beheerste bedrijfsvoering’ of de weerbaarheid van de desbetreffende onderneming tegen interne of externe (financiële) schokken, waarbij dan wel een afweging dient plaats te vinden met de door de bank of andere financiële onderneming in acht te nemen zorgplicht jegens de kredietnemer.

De regels voor de financiële sector kennen een beperktere reikwijdte dan de CSDDD als het gaat om de reikwijdte van de regels ter zake van het type financiële ondernemingen. De kring ‘gereguleerde financiële ondernemingen’ die ingevolge de definitie van artikel 3(a) onder (iv) CSDDD aan de regels van CSDDD is onderworpen is beduidend breder getrokken dan de reikwijdte van de meeste duurzaamheidsregels die tot dusverre voor de financiële sector zijn vastgesteld.

Ten derde vragen we er aandacht voor dat, hoezeer de werkzaamheden van EBA in het kader van het voorbereiden van de nieuwe regelgeving in het perspectief staan van het bredere 'ESG'-kader en ook de wetgever ervoor heeft gekozen dat brede perspectief te hanteren — zie de hiervoor geciteerde definitie van ESG-risico's van artikel 4(1)(52) quinquis CRR — de realiteit is dat als het gaat om concrete invulling van de regelgeving, en de technische uitvoeringsstandaarden er vooralsnog veel concrete handen en voeten worden gegeven aan de 'E' van de ESG, maar in mindere mate aan de 'S' en de 'G' van de bredere ESG-doelstellingen. In zoverre, zeker als het gaat om de toepassing van de normen rondom de passende zorgvuldigheid wat betreft mensenrechten als in verregaande mate geëxpliciteerd in de CSDDD-regels<sup>107</sup>, de CSDDD naar alle waarschijnlijkheid enige voorsprong zal hebben wat betreft concretisering wat de passende zorgvuldigheid op dit vlak behelst.

### 3.4 Zorgvuldige behandeling van cliënten (zorgplicht)

#### 3.4.1 Huidige inzet zorgvuldige klantbehandeling voor duurzaamheidsdoelstellingen

In deze paragraaf bespreken wij in hoeverre de door banken jegens klanten in acht te nemen zorgplicht een invloed heeft op het bereiken van duurzaamheidsdoelstellingen. We laten de vraag naar de zorgplicht jegens derden buiten beschouwing, omdat dit een onderwerp op zich betreft.<sup>108</sup> Hieraan ligt mede ten grondslag de gedachte dat banken een *mogelijkheid* in handen hebben, via duurzaam bankieren, om (potentiële) klanten door middel van het verstrekken van financiering, te helpen bijvoorbeeld bij het realiseren van hun duurzaamheidsdoelstellingen. Dit leidt dan tot de vraag in hoeverre banken door middel van hun financieringen een rol dienen te spelen bij de transitie naar een verduurzaming van de samenleving en daarmee een afbouw van activiteiten die het klimaat belasten. Dit gaat verder dan risicobeheersing voor de bank vanuit prudentieel perspectief zoals in paragraaf 3.3 centraal stond. Hier gaat het in feite om het benutten van een mogelijkheid of kans die de bank heeft om een bijdrage te leveren aan de duurzaamheidsdoelstellingen. De insteek van deze paragraaf is de rol die de zorgplicht van de bank hierbij heeft, in

107. Wij wijzen in dit verband op Deel I 'Mensenrechten als bedoeld in artikel 3, punt c)' en Deel II 'Verbodsbeperkingen en verplichtingen in verband met de bescherming van het milieu als genoemd in artikel 3, punt b)' van Bijlage I bij de Council Positie. Deze bijlage is (in vergelijking met het Voorstel) behoorlijk ingrijpend aangepast met blijkens de toelichting 'als voornaamste doel de verplichtingen zo duidelijk en begrijpelijk mogelijk te maken voor ondernemingen en tegelijkertijd een juridisch solide basis te waarborgen'.

108. Onder omstandigheden kunnen ook derden een beroep doen op bescherming als gevolg van de bancaire zorgplicht, zoals de kinderen van de rekeninghouder waarvan de bank wist dat zij een economisch belang hadden bij de risicovolle optiehandel door een ouder, of de klanten van een frauderende rekeninghouder als de bank wegens kennis van de activiteiten van de rekeninghouder gehouden is tot onderzoek. HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, en HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399. De afbakening van de kring van derden die hierop aanspraak zou kunnen maken is mede afhankelijk van de relativiteit en causaliteit. Zie over dit onderwerp B. Bierens, 'De bancaire zorgplicht, klimaatverandering en het Europese "actieplan: duurzame groei financieren"', in: D. Busch e.a., *Zorgplicht in de financiële sector. Bundel ter gelegenheid tienjarig bestaan van het Instituut voor Financieel Recht* (O&R, deel 122), Deventer: Wolters Kluwer 2020 en P. Heemskerck & R.H.J. Cox, 'Bancaire klimaataansprakelijkheid onder invloed van duurzaamheidswetgeving', *MvV* 2023, p. 93-106.

de richting van bestaande en nieuwe klanten (en dan bovendien beperkt tot de rol dat het toezicht daarin speelt).<sup>109</sup>

Een eerste constatering is dat de rol van de (huidige) toezichtswetgeving in dit opzicht beperkt is. Voor een aantal onderdelen van dienstverlening (aan cliënten) of het aangaan van contracten (door de bank als wederpartij) zijn bepalingen te vinden over de in acht te nemen zorgvuldigheid.<sup>110</sup> Met name noemenswaardig is dat in 2014 op aandringen van de AFM in de Wft de regel van de algemene zorgplicht van artikel 4:24a Wft is opgenomen. Deze norm luidt:

- ‘1 Een financiële dienstverlener neemt op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht.
- 2 Een financiële dienstverlener die adviseert, handelt in het belang van de consument of begunstigde.
- 3 De Autoriteit Financiële Markten geeft met betrekking tot het eerste en tweede lid slechts toepassing aan artikel 1:75 bij evidente misstanden die het vertrouwen in de financiële dienstverlener of in de financiële markten kunnen schaden.
4. [...]

Het bepaalde in artikel 1:75 Wft verwijst dan naar de handhavingsbevoegdheid van de AFM in de vorm van het geven van aanwijzingen. Deze handhaving kan slechts plaatsvinden indien sprake is van ‘evidente misstanden’ die kunnen leiden tot een vertrouwensbreuk. Ten aanzien van deze generieke zorgplicht valt allereerst op het onderscheid tussen de norm die geldt voor een bank die optreedt als contractspartij of dienstverlener zonder hierbij te adviseren, en de bank die als financieel dienstverlener adviseert. In het eerste geval dient de bank op zorgvuldige wijze de belangen van de klant in acht te nemen. In het tweede geval dient de bank ‘in het belang van de klant’ te handelen. Dit laatste gaat natuurlijk veel verder.<sup>111</sup> Het tweede dat opvalt is dat deze codificatie van de generieke zorgplicht een beperkt toepassingsbereik heeft, namelijk het geval dat de klant of de wederpartij een consument is, een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Niettemin is het interessant om naar deze verankering van de generieke zorgplicht in de wetgeving te kijken, omdat er destijds behoorlijke kritiek is geuit op het opnemen van deze, bij uitstek: open norm in de Wft. Een punt van kritiek was met name dat een dergelijke door de AFM te handhaven zorgplicht niet verenigbaar zou zijn met het *lex certa* beginsel, zoals dat is toegelicht in het preadvies van Tom Barkhuysen en Valérie van ’t Lam. De restrictie uit lid 3, namelijk dat alleen bij

109. In het verlengde hiervan zou ook gekeken kunnen worden naar het risico op aansprakelijkheid, althans de grotere kans op een aansprakelijkstelling vanuit derde-partijen, vanwege een onvoldoende invulling door de bank van een rol op het gebied van duurzaamheid, zie bijvoorbeeld: Heemskerck en Cox 2023, p. 93-106. Wij bespreken deze insteek in dit preadvies niet.

110. Bijvoorbeeld door beleggingsondernemingen. Zie art. 4:90 Wft op basis van de open normen in MiFID II: Richtlijn 2014/65/EU, PbEU 2014, L 173/349 (MiFID II); Verordening (EU) nr. 600/2014, PbEU 2014, L 173/84 (MiFIR).

111. Zie over dit onderscheid uitgebreid: K.W.H. Broekhuizen, *Klantbelang, belangenconflict en zorgplicht*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, par. 4.47-4.66.

een evidente misstand die het vertrouwen van de markt zou schaden, door de AFM een aanwijzing opgelegd zou kunnen worden, was een antwoord op deze kritiek.<sup>112</sup> Daarnaast is destijds voorzien in een evaluatiebepaling in lid 4. De Minister van Financiën komt, op grond van deze evaluatiebepaling, in 2016 met een brief aan de Tweede Kamer, waarin de minister op basis van een grondige evaluatie van de toepassing van deze regeling, enerzijds begrip toont voor de kritiek die hierop wordt uitgeoefend, maar tegelijkertijd vaststelt dat er onvoldoende empirisch bewijs bestaat:

*‘op grond waarvan ver(der)gaande conclusies kunnen worden getrokken over de doeltreffendheid en effecten van de algemene zorgplicht in de praktijk.’<sup>113</sup>*

De minister zegde toe te komen met een nadere evaluatie omdat de eerste evaluatie van 2016, kort na de invoering van deze nieuwe regel onvoldoende aanleiding gaf om te komen tot maatregelen, bijvoorbeeld in de vorm van een wetwijziging. Die nadere evaluatie stond gepland voor het einde van 2022 maar voor zover wij dat hebben kunnen nagaan is het daar niet meer van gekomen.<sup>114</sup> Uit zowel de evaluatie uit 2016 als het bericht over het uitstel van de vervolgevaluatie, kan worden afgeleid dat het ‘succes’ van de wettelijke verankering van de generieke zorgplicht met name was gelegen in een normerende werking. Van formele handhaving door de AFM op grond van artikel 4:24a lid 3 Wft (door het opleggen van een aanwijzing) is het in de praktijk nooit gekomen. Tegelijkertijd kan worden geconstateerd dat de AFM in haar toezichtspraktijk wel degelijk inzet op artikel 4:24a lid 1 of 2 Wft, om financiële ondernemingen aan te zetten tot een gedragsverandering door in gesprekken en correspondentie hier informeel op aan te dringen. Ook worden deze bepalingen door financiële ondernemingen zelf gebruikt als toetssteen, bijvoorbeeld bij de invulling van bepaald beleid (‘zou dit de toets van artikel 4:24a lid 1 of 2 Wft kunnen doorstaan?’). Uiteraard kunnen bij deze uitsluitend informele handhaving van de generieke zorgplicht vanuit een oogpunt van rechtsbescherming vraagtekens worden geplaatst, omdat deze inzet door de AFM op basis van de generieke zorgplicht zich onttrekt aan een rechterlijke toets.<sup>115</sup>

Voor de praktijk is in ieder geval de zorgplicht voor banken zoals die binnen het civiele recht, met name op basis van rechtspraak, tot ontwikkeling is gekomen veel belangrijker dan de vastlegging van de generieke zorgplicht in artikel 4:24a Wft.<sup>116</sup>

112. Boeteoplegging wegens overtreding van de generieke zorgplicht als zodanig is niet voorzien: overtreding van art. 4:24a lid 1 en 2 Wft kan niet worden geadresseerd met een boete door de toezichthouder. Wel kan een boete worden opgelegd bij niet-naleven van de opgelegde aanwijzing.
113. Brief van de Minister van Financiën aan de Tweede Kamer, 30 december 2016, Wet- en regelgeving financiële markten, *Kamerstukken II* 2016/17, 32545.
114. Bij kamerbrief van 15 december 2021 zegt de Minister van Financiën dat de evaluatie tot nader order wordt aangehouden, zie Kamerbrief van 15 december 2021, Evaluatie algemene zorgplicht uit artikel 4:24a Wet op het financieel toezicht, kenmerk 2021-0000243615.
115. Het komt hierbij immers nooit tot een formele toezichtsmaatregel waartegen bezwaar gemaakt kan worden. Zie voor een bespreking van het gebrek aan rechtsbescherming bij informele handhaving: Roth 2016, par. 2.1 en Nuijten & Stijnen 2018, par. 1.6.
116. Heel kort gezegd is de civielrechtelijke basis gelegen in de contractuele verhouding, bijvoorbeeld art. 7:401 Wft als het gaat om een opdrachtrelatie, of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, maar de zorgplicht kan ook een buitencontractuele basis hebben (art. 6:162 BW). Vaststaand uitgangspunt is dat de civielrechtelijke zorgplicht verder kan reiken dan waartoe de regels van het toezichtrecht verplichten.



Aan dit onderwerp op zichzelf zou al een preadvies gewijd kunnen worden en wij beperken ons daarom in dit preadvies tot de mogelijke inzet van de zorgplicht op het terrein van het aanbieden of voortzetten van financiering door banken vanuit het belang van duurzaamheidsdoelstellingen. Belangrijk hierbij is dat de civielrechtelijke zorgplicht onder omstandigheden verder kan strekken dan de verplichtingen uit hoofde van de toezichtwetgeving.<sup>117</sup> Dus: financiële ondernemingen kunnen niet volstaan met het nakomen van bijvoorbeeld hun informatie- en adviesplichten (en straks onder de CSDDD: hun due diligence verplichtingen). Er kunnen wel degelijk nadere of extra verplichtingen zijn uit hoofde van de (bijzondere) zorgplicht.<sup>118</sup>

Wij menen dat bij deze inzet juist de twee uiteenlopende perspectieven, met aan de ene kant de noodzaak tot risicobeheersing vanuit prudentieel perspectief en aan de andere kant de potentie (mogelijkheid) die een bank heeft om met haar financieringsagenda de klant en daarmee de realisatie van duurzaamheidsdoelstellingen te steunen, van belang zijn.

Een enigszins vergelijkbare botsing heeft de afgelopen jaren, in de rechtspraak, de politiek en de toezichtpraktijk, veel aandacht gekregen. Wij doelen hier op de botsing tussen enerzijds de wens van de banken om over te gaan tot *de-risking* bij het aangaan van bancaire relaties rondom betaalrekening vanwege non-compliance risico's onder integriteitswetgeving en anderzijds de verplichting van banken om betaalrekeningen aan te bieden of te blijven aanbieden aan klanten, vanuit hun zorgplicht, vanwege het belang van deze klanten om over een bankrekening te kunnen beschikken.<sup>119</sup> Interessant is dat die botsing een invloed heeft gehad op de toezichtspraktijk en de invulling van de daarbij aan de orde zijnde open norm rondom het cliëntenonderzoek onder de Wwft. Wij doelen hierbij op het volgende.

Artikel 3 lid 1 en lid 2 Wwft voorzien voor het cliëntenonderzoek dat banken moeten uitvoeren ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme in een open norm. Lid 1 bepaalt dat de bank cliëntenonderzoek moet doen en lid 2 geeft aan waartoe dit cliëntenonderzoek de bank in staat moet stellen. Zoals bijvoorbeeld: het kunnen vaststellen van het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie. In de wetgeschiedenis en de rechtspraak is bevestigd dat het hier om een

117. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken; JOR 2009/199, m.nt. C.W.M. Lieverse (*De Treek/Dexia*).

118. Tegelijkertijd geldt natuurlijk dat een zekere reflexwerking zal uitgaan van een set nieuwe, state-of-the-art regels.

119. Een paar voorbeelden: als een bank het cliëntenonderzoek niet kan voltooien wegens gebrek aan medewerking, mag de relatie worden beëindigd en is er geen plicht de relatie te vernieuwen (ECLI:NL:RBAMS:2022:7691). Verdenking van een strafbaar feit of fraude is niet per se voldoende voor opzegging (ECLI:NL:RBAMS:2022:5340, ECLI:NL:RBGEL:2022:6668), maar in bepaalde gevallen is een verdenking van fraude dat wel (ECLI:NL:RBAMS:2022:6678). Betaaldiensten aan webshop in slagroompatronen mogen worden beëindigd (ECLI:NL:RBMNE:2023:1253). Gebrek aan vertrouwen kan een grond zijn voor opzegging van bestaande relatie (ECLI:NL:RBAMS:2022:5379). De-risking is niet steeds voldoende reden voor opzegging (ECLI:NL:RBAMS:2022:42, ECLI:NL:RBAMS:2022:2733, ECLI:NL:RBAMS:2022:945), maar soms wel (ECLI:NL:RBAMS:2022:3223). In een enkel geval is de bank verplicht gesteld om een nieuwe bankrelatie aan te gaan (ECLI:NL:GHAMS:2022:3223), en in een ander geval is dit afgewezen (C/13/75438/KGZA22-959; ECLI:NL:2022:5738). Het risico op reputatieschade en/of aansprakelijkheid jegens derden is in kort geding onvoldoende grond geacht voor opzegging (ECLI:NL:RBAMS:2022:7133).

open norm gaat.<sup>120</sup> De wet schrijft niet voor hoe een bank het cliëntenonderzoek moet inrichten, alleen waartoe het cliëntenonderzoek de bank in staat moet stellen. Als die effectiviteit wordt bereikt met het door de bank ontworpen en vormgegeven onderzoek, dan voldoet de bank aan de gestelde norm. De toezichthouder kan dan geen andere, in de ogen van de toezichthouder: betere, inrichting van het cliëntenonderzoek verlangen. Dat is het startpunt, maar vervolgens hadden banken nog wel steeds te maken met een risico op handhaving, bestuurs- dan wel strafrechtelijk, als de gegeven invulling de toets der kritiek van de toezichthouder niet zou kunnen doorstaan én het tegengestelde effect van de rechtspraak die banken vanuit de zorgplicht in voorkomende gevallen niet toestaat om al te voorzichtig te zijn bij de selectie van klanten aan wie een betaalrekening beschikbaar gesteld wordt. Een eerste omslag in het denken vanuit de toezichthouder op dit punt is te vinden in het DNB-rapport *Van herstel naar balans*.<sup>121</sup> Hierin geeft DNB aan dat zij in de toekomst een meer risico-gebaseerde benadering zal accepteren van banken en zelfs aanmoedigt (lees: minder inzet op een traditionele, ‘letterlijke’ invulling van verplichtingen onder het cliëntenonderzoek en meer aandacht voor innovatieve oplossingen waarmee het beoogde doel ook bereikt zou kunnen worden). Dat klinkt natuurlijk wel mooi, maar geeft de banken in de praktijk nog niet per se houvast waar een risico-gebaseerde benadering toch tekort zou kunnen schieten.<sup>122</sup> Een vervolgstap die voor de praktijk nuttig kan blijken te zijn, is de medewerking door de toezichthouder bij het tot stand komen van bepaalde standaarden, die worden afgekondigd door de NVB en waarbij een op een aantal onderdelen vrij concrete invulling wordt aangereikt.<sup>123</sup> Bij de uitgangspunten voor deze standaarden is aangegeven dat ze zijn opgesteld ‘in overleg met’ de toezichthouder DNB en het Ministerie van Financiën. De status blijft hiermee enigszins vaag:

*‘De NVB Standaarden beschrijven duidelijke uitgangspunten. De voorbeelden uit de Standaarden zijn illustratief en niet uitputtend. Banken bepalen zelf of en hoe ze gebruik maken van de NVB Standaarden. Iedere individuele bank bepaalt haar eigen beleid en risk appetite. Ook bepaalt elke bank of en welke extra vragen ze aan haar klant stelt. Het gebruik van de Standaarden is niet wettelijk verplicht; de Standaarden bieden handvatten voor een adequate invulling van de risicogebaseerde aanpak, beschreven voor en door banken en in overleg met DNB.’*

Onze vaststelling is dat als een bank ervoor kiest om de praktische handvatten uit deze standaarden te volgen, DNB dan in de handhavingspraktijk als uitgangspunt (bijzondere omstandigheden daargelaten) géén ruimte zou moeten nemen om te oordelen dat die invulling ontoereikend zou zijn. De aanknopng daarvan zou wat ons betreft volgen uit het feit dat DNB bij de totstandkoming van de standaarden

120. CBb 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707, JOR 2022/286, m.nt S.M.C. Nuijten, *Ondernemingsrecht* 2022/98, m.nt C.W.M. Lieverse. Zie r.o. 8.3 onder verwijzing naar: *Kamerstukken II 2007/08, 31238, nr. 3, p. 6, 7 en 18.*

121. DNB, *Van herstel naar balans. Een vooruitblik naar een meer risicogebaseerde aanpak van het voorkomen en bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering*, september 2022, [dnb.nl/media/2ambmvxt/van-herstel-naar-balans.pdf](https://dnb.nl/media/2ambmvxt/van-herstel-naar-balans.pdf).

122. Zie voor bedenkingen op dit gebied: Tjalling Tiemstra, ‘Risicogebaseerde naleving van de Wwft: (hoe) is het mogelijk?’, *Ondernemingsrecht* 2023/45.

123. [nvvb.nl/publicaties/protocol-len-regelingen-richtlijnen/nvb-standaarden-nvb-risk-based-industry-baselines/](https://nvvb.nl/publicaties/protocol-len-regelingen-richtlijnen/nvb-standaarden-nvb-risk-based-industry-baselines/).

betrokken is geweest, zodat mag worden aangenomen dat een inrichting conform de standaarden (althans de praktische handvatten daarin) door DNB toereikend wordt gevonden als invulling van de open norm. Dat is een verschil met de eerder gepubliceerde leidraad van DNB. Daarin is met zoveel woorden opgenomen dat DNB hieraan niet gebonden is<sup>124</sup>, hoewel wij die clausulering dubieus vinden en menen dat Wwft-instellingen wel degelijk zouden moeten kunnen afgaan op de stellingname van DNB in de Leidraad. Een andere insteek is om een commitment vooraf te verlangen van de toezichthouder over een bepaalde invulling van de open norm, bijvoorbeeld in de vorm van een wederzijds bindend toezichtsconvenant.<sup>125</sup>

De NVB-standaarden zijn overigens beperkt tot de bancaire sector. De AFM heeft over de hierin centraal staande risico-gebaseerde benadering en de diverse concrete praktische handvatten die hierin zijn opgenomen, nog geen standpunt ingenomen. Dat kan natuurlijk nog komen: de NVB-standaarden zijn pas recent afgekondigd. Het zou ons onlogisch en ook onwenselijk voorkomen dat twee toezichthouders (AFM en DNB in dit geval) voor de invulling van open normen onder dezelfde wetgeving, niet één lijn zouden trekken (uiteraard los van bijzonderheden die verklaarbaar zijn vanuit de uiteenlopende aard van de Wwft-instellingen waar DNB, respectievelijk de AFM toezicht op houden).

Als we dan terugkeren naar de huidige inzet van de norm om klanten zorgvuldig te behandelen in het kader van duurzaamheidsdoelstellingen, dan is onze analyse als volgt:

*Ten eerste:* vanuit het toezichtsrecht (prudentieel perspectief) is er een verplichting voor banken om hun blootstelling aan klimaatrisico's te beheersen. Wij verwijzen in dit verband naar de door de ECB in 2022 gepubliceerde Good practices for climate related and environmental risk management, Observations from the 2022 thematic review.<sup>126</sup> In deze Good Practices wordt onder meer van banken verwacht dat zij de transitieplannen van hun (bestaande) klanten onder de loep nemen en vaststellen of dit transitieplan in lijn is met het (tijd-)pad dat de bank voor haar bedrijfsvoering op het punt van duurzaamheidsdoelstellingen hanteert en voorts of het transactieplan van de klant haalbaar is. Als er op deze punten een mismatch is of tekortkomingen zijn die zich niet in afstemming met de klant laten oplossen of verbeteren, dient de bank actie te ondernemen. Deze actie kan inhouden dat de bank dient te streven naar een vermindering of beëindiging van haar exposure op deze klant.<sup>127</sup> Tegelijkertijd is de verwachting van de ECB dat banken niet zonder meer besluiten tot een beëindiging van de relatie met klanten die grote(re) transitierisico's lopen,

124. DNB, Leidraad Wwft en Sw, zie p. 2: 'Deze Leidraad is geen juridisch bindend document of beleidsregel van DNB als bedoeld in artikel 1:3 vierde lid van de Algemene wet bestuursrecht en heeft of beoogt geen rechtsgevolg. Deze Leidraad komt niet in de plaats van wet- en regelgeving en beleidsregels of toezichthouderregelingen op dit gebied. De voorbeelden in deze Leidraad zijn niet uitputtend en zullen niet altijd als voldoende zijn aan te merken voor de naleving van de wettelijke vereisten. Met de Leidraad beoogt DNB een handreiking te doen voor de uitleg en toepassing van de wettelijke verplichtingen.'

125. Zie voor deze suggestie: Tjalling Tiemstra, 'Risicogebaseerde naleving van de Wwft: (hoe) is het mogelijk?', *Ondernemingsrecht* 2023/45.

126. Zie: [bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.thematicreviewcercompendiumgoodpractices112022-b474fb8ed0.en.pdf](https://bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.thematicreviewcercompendiumgoodpractices112022-b474fb8ed0.en.pdf).

127. Zie p. 15 van de genoemde Good Practices.

maar de dialoog met deze klant aangaan en waar mogelijk komen tot afspraken met de klant over aangescherpte transitieplannen voor de klant.

Ten aanzien van nieuwe klanten geven de Good Practices weer dat klimaatgerelateerde en milieurisico's aan de zijde van de klant die zouden blijken uit een op dat gebied noodzakelijk due diligence onderzoek door de bank, tot de conclusie kunnen leiden dat het aangaan van een klantrelatie *niet* acceptabel is, als de betreffende *climate related & environmental* ('C&E') risico's te groot zijn (en niet beheerst kunnen worden door het afspreken en opvolgen van een actieplan). Anders gezegd: de good practices zoals de ECB die ziet, voorzien in due diligence verplichtingen bij het aangaan en ook tijdens de looptijd van de relatie met de klant. In vervolg daarop zou ook beëindiging van de klantrelatie aan de orde kunnen komen. Hierbij kan tot slot nog de kanttekening worden gemaakt dat niet ongebruikelijk is voor banken om een lijst te hanteren met bepaalde sectoren die de bank niet wil bedienen en dat het hanteren van een dergelijke lijst wel degelijk een startpunt kan zijn om bepaalde klantgroepen niet in de boeken op te nemen, los van de uitkomsten die een due diligence onderzoek zou hebben (waar de bank dan niet aan toekomt).<sup>128</sup>

*Ten tweede:* tegelijkertijd hebben banken op grond van de jurisprudentie een bijzondere zorgplicht jegens klanten. De inhoud daarvan is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het is heel wel voorstelbaar dat deze zorgplicht zich in voorkomende gevallen ook uitstrekt tot de verplichting, niet alleen om klanten te adviseren en te informeren, maar ook bijvoorbeeld om een bijdrage te leveren aan het financieren van de energietransitie door klanten hierin met financiering te ondersteunen. De door de ECB geformuleerde Good Practices voor zowel nieuwe als bestaande klanten geven daar in feite ook een handvat voor.

*Ten derde:* de samenloop tussen de prudentiële (risicobeheersings-)overwegingen en de jegens klanten in acht te nemen zorgplicht brengt naar onze mening met zich mee dat de invulling van de hier aan de orde zijnde open normen (ten aanzien van de beheerste en integere bedrijfsvoering) én de zorgplicht proportioneel en genuanceerd, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, dient plaats te vinden.

### 3.4.2 *Spiegeling huidige open norm met die van de CSDDD*

Zoals hiervoor al aan de orde kwam, is de toepassing van de CSDDD op de financiële sector nog een belangrijk discussiepunt waarvan de uitkomst nog geenszins vaststaat.

128. Zo hanteert Triodos Bank acceptatiecriteria die rechtspersonen die direct of indirect actief zijn in vastgoed uitsluiten. De verhouding tussen deze acceptatiecriteria en de wens van een potentiële klant om een bankrekening bij Triodos Bank te kunnen openen is door middel van een belangenaafweging beoordeeld door de Rechtbank Midden-Nederland: uitspraak van 13 juni 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2877 en viel in dit geval uit in het voordeel van Triodos Bank.

Bij deze bespreking gaan we uit van de Council Positie.<sup>129</sup> Artikel 7 lid 5 CSDDD voorziet als uitgangspunt in een verplichting tot opschorting of beëindiging van een zakelijke relatie als sprake is van potentiële negatieve effecten die niet voldoende verlicht kunnen worden door de maatregelen van artikel 7 lid 2, 3 en 4 CSDDD. Dit geldt echter niet voor de financiële sector. Artikel 7 lid 6 CSDDD bepaalt namelijk:

*‘In afwijking van lid 5 zijn geregementeerde financiële ondernemingen in de zin van artikel 3, punt a), iv), die de in artikel 3, punt g), bedoelde diensten verlenen, niet verplicht de zakelijke relatie tijdelijk op te schorten of te beëindigen. Indien de geregementeerde financiële onderneming in de zin van artikel 3, punt a), iv), besluit de zakelijke relatie niet overeenkomstig de eerste alinea tijdelijk op te schorten of te beëindigen, monitort zij het feitelijke negatieve effect en spant zij zich er tegelijkertijd voor in effecten te voorkomen of te verlichten.’*

Een vergelijkbare afwijking voor de financiële sector is opgenomen in artikel 8 lid 6 CSDDD. Artikel 8 CSDDD betreft de verplichting om passende maatregelen te nemen om een einde te maken aan de feitelijke negatieve effecten die uit het due diligence onderzoek zijn gebleken. Er geldt voor de financiële sector volgens deze bepaling geen verplichting om de zakelijke relatie tijdelijk op te schorten of te beëindigen, maar wel een verplichting om het feitelijke negatieve effect te monitoren en een inspanning om dat negatieve effect te beëindigen of tot een minimum te beperken. De verplichting om doorlopend due diligence te doen onder de CSDDD is voor de financiële sector ook aangepast, en wel in de volgende zin (zie art. 10 lid 2 CSDDD):

*‘In afwijking van lid 1 voeren geregementeerde financiële ondernemingen in de zin van in artikel 3, punt a), iv), die de in artikel 3, punt g), bedoelde diensten verlenen, met betrekking tot hun zakenpartners periodieke beoordelingen uit louter ter monitoring van de doeltreffendheid van de preventie, verlichting, beëindiging en beperking tot een minimum van de overeenkomstig artikel 6, lid 3, vastgestelde negatieve effecten.’*

Een vaststelling is dan ook dat als de CSDDD gaat gelden voor de financiële sector hiermee, niet alleen voor klimaatdoelstellingen<sup>130</sup>, maar voor het brede spectrum van de duurzaamheidsdoelen (inclusief de waarborging van mensenrechten), een zekere nadere invulling van de open normen onder financiële toezichtswetgeving zal kunnen plaatsvinden. Immers, als er inderdaad geen wettelijke plicht zal zijn tot opschorting of beëindiging bij potentiële negatieve effecten, dan heeft dat invloed op de vraag of banken *niettemin* in een voorkomend geval een financiering kunnen beëindigen, als de bank dat zou willen en ook of juist van de bank verwacht mag worden klanten op dit punt de helpende hand te bieden. In dat geval: juist omdat er geen wettelijke plicht tot beëindiging is.

129. En hierbij ervan uitgaande dat de lidstaat ervoor kiest om de CSDDD van toepassing te laten zijn op de financiële sector.

130. Onder de Council Positie is hierbij van belang om de clausulering in Deel II van Bijlage I in het achterhoofd te houden.

## 4 **Activistische toezichthouders en de invulling van hun bevoegdheden**

### 4.1 **Inleiding**

In deze paragraaf gaan we dieper in op de bestuursrechtelijke kant van de toepassing van open normen in het financiële toezicht, met het oog op de wijze waarop de toezichthoudende autoriteiten tot dusverre, bij het ontwikkelen van de duurzaamheidsbeleidsagenda's, voornamelijk hebben geleund op open normen, zoals die van de 'beheerste bedrijfsvoering' waarop in paragraaf 3 nader is ingegaan.

Hierbij vragen we aandacht voor het fenomeen dat op dat vlak verschil bestaat in inzicht wat betreft de ruimte die de open normen van het financiële toezicht bieden, om te komen tot concrete aanbevelingen aan en sturing door de bevoegde toezichthouders van de financiële ondernemingen die aan hun toezicht zijn onderworpen. Die verschillen van inzicht houden ook verband met de discussies die in de praktijk (tot in de rechtszaal) zijn gevoerd over de mate van invloed die kan worden uitgeoefend door de toezichthouders door middel van 'soft law' instrumenten, zoals leidraden, good practices en hiermee vergelijkbare (beleids-)instrumenten.

### 4.2 **Open normen als grondslag voor duurzaamheidsbeleid van DNB**

DNB heeft de afgelopen jaren uitgebreid van zich laten horen als het gaat om de kwestie van passende zorgvuldigheid wat betreft de gevolgen van klimaatverandering voor de Nederlandse financiële sector. In dit verband wijzen we op de omvangrijke studies en leidraden van DNB, waaronder de 'Good Practice Integration of climate-related risk considerations into banks' risk management' van 2020 en 'Balancing sustainability. Integrating sustainability risks into the core processes of the financial sector' van 2022.

DNB staat hierbij voor ogen dat de financiële ondernemingen die onder haar toezicht staan diepgravend risicobeheer dienen toe te passen om de gevolgen van klimaatverandering te adresseren.<sup>131</sup> Tevens blijkt uit een onderzoek uitgevoerd door DNB in 2021 onder 127 Nederlandse financiële ondernemingen dat veel financiële instellingen duurzaamheidsrisico's onvoldoende hebben ingebed in hun risicomanagementcyclus.<sup>132</sup> Dat onderzoek is door DNB breed ingericht en betreft nagenoeg de hele financiële sector, met inbegrip van de pensioensector. Net zoals bij financiële ondernemingen signaleert DNB dat pensioenfondsen nog onvoldoende concreet rekenschap afleggen voor klimaatrisico's en deze ook onvoldoende incorporeren in hun risicomanagementcyclus.<sup>133</sup>

131. Zie voor een uiteenzetting van de strategie en de werkzaamheden: DNB, 'Sustainable Finance Strategie' 2021-2025 van 13 juli 2021.

132. R. van As e.a., *Balancing sustainability. Integrating sustainability risks into the core processes of the financial sector*, De Nederlandsche Bank, dec. 2021.

133. DNB, *Op weg naar een duurzame balans: Integratie van duurzaamheidsrisico's in de kernprocessen van de financiële sector*, 2021.

Deze grensverleggende werkzaamheden van DNB vinden hun oorsprong in de brede taakopvatting die deze toezichthouder hanteert, en die ertoe leidt dat DNB op basis van verkregen inzichten over de mate waarin de financiële sector de handschoen wat betreft risicobeheer heeft opgepakt (of het gebrek aan initiatieven op dat vlak), sector breed beleid introduceert door middel van tal van ‘soft law’ instrumenten, zoals de hiervoor genoemde ‘good practices’ van 2020.

DNB geeft bij de inkadering van dit beleid en de voorgestelde ‘good practices’ en de richting die de financiële sector zou dienen in te slaan steevast aan, dat de wettelijke basis hiervoor kan worden gevonden in de, bij uitstek, open normen van de wet. Immers, zoals hiervoor is aangegeven, zolang de wettelijke regels niet zijn aangevuld met op de klimaatrisico’s specifiek toegesneden gedetailleerde regels, zal het bij uitstek zo zijn dat het door DNB op dit vlak uitgeoefende toezicht is gebaseerd op open normen. Uit de hiervoor aangehaalde Good Practices van 2020 citeren we ten aanzien van de door DNB aan de banken voorgehouden te volgen beleidslijn en de door banken te nemen maatregelen, de volgende passages:

*‘Current regulation stipulates that material risks should be governed in a way consistent with sound risk management. As climate-related risks may manifest itself through existing risk types that potentially result in significant financial losses, banks should manage these risks in a way that reflects an appropriate application of the applicable regulation. In her capacity of prudential supervisor, DNB therefore expects banks to incorporate climate related risks into their governance and risk management arrangements in line with the principle of proportionality. Incorporating climate risks in banks’ risk management is in line with CRD IV, which in Article 74 stipulates that banks must have in place robust governance arrangements, including effective processes to identify, manage, monitor and report the risks to which they are or might be exposed to.*

*This provision has been implemented in, among others, section 3:17 of the Wft, which requires sound business operations in which financial risks are managed. Section 24a of the Decree on Prudential Rules for Financial Undertakings (Besluit prudentiële regels – Bpr), which expands on Section 3:17 of the Wft, also requires a bank to have in place robust, effective and comprehensive strategies and procedures to ensure that the level, composition and division of its own equity capital are in accordance with the size and the nature of the risks it faces not only in the short term, but also in the long term. In view of the long-term nature of climate-related risks, DNB considers this provision applicable with respect to climate-related risks. Articles 23 and 24 of the Bpr provide a more detailed explanation of this within existing governance, risk management and reporting processes.<sup>134</sup>*

Wat hieraan opvalt is de door DNB geponeerde veronderstelling, dat de door haar ingeslagen richting wat betreft het uitoefenen van toezicht op de mate waarin banken het risicobeheer ter zake van klimaatrisico’s ter hand nemen, zonder enige twijfel is gebaseerd op de bestaande wettelijke regels. De door DNB aangehaalde bepalingen zijn reeds uitvoerig besproken in paragraaf 3.3.1 en we gaan daar op

134. DNB, *Good Practice Integration of climate-related risk considerations into banks’ risk management*, 2020, par. 2, p. 6.

deze plaats ook niet meer verder op in. Waar het ons vooral om gaat is dat de bij uitstek (momenteel nog) open norm op het vlak van de kwestie van risicobeheer ten aanzien van duurzaamheidsrisico's voor DNB geen sta in de weg is om de verregaande beleidsregels aan de sector op te leggen. Door deze aanpak heeft DNB een sterk sturende rol. DNB voelt zich op dit vlak kennelijk voldoende gesteund door de redactie van de huidige regelgeving die in zijn aard nauwelijks enige gedetailleerde regels kent wat betreft de ESG-risico's en de beheersing ervan.

We hebben het hiervoor al enkele malen genoemd: van een overlap tussen de (generiekere) regels uit de financiële toezichtswetgeving en bepalingen van de CSDDD (die naar ons inzicht op dit vlak explicieter zijn en de normatieve kaders ook duidelijker vastleggen) zal voornamelijk geen sprake zijn, maar daarin komt voor een beperkte groep financiële ondernemingen (voornamelijk banken en verzekeraars) verandering wanneer de thans in de dialoog uit onderhandelde teksten van het Bankenpakket 2021 en de voorgenomen wijziging van Solvency II in werking zullen treden. Dan ontstaat er overlap, maar tegelijkertijd regelt artikel 1(3) CSDDD dan dat de sectorale regels voorrang zullen krijgen.

Die overlap of dubbele regeling zien we in mindere mate ten aanzien van de CSDDD-verplichtingen op het vlak van mensenrechten, waaraan DNB in mindere mate aandacht heeft gegeven (zeer waarschijnlijk omdat DNB het bewaken van dat normatieve terrein niet tot haar taak of verantwoordelijkheid rekent) en die naar ons inzicht ook in de toekomstige regels voor banken en verzekeraars met lagere prioriteit onderdeel zullen uitmaken van de toekomstige definities en regels op het vlak van duurzaamheid. CSDDD zal derhalve op dat vlak een grote rol spelen, ook voor de ondernemingen die in de financiële sector actief zijn.

#### 4.3 Een activistische ECB

Ook de ECB is in zijn rol als centrale toezichthouder op de banksector in de Eurozone de afgelopen jaren buitengewoon actief geweest in het verzetten van de bakens wat betreft de wijze waarop banken ESG-risico's, en dan met name de klimaat- en milieugerelateerde risico's dienen te betrekken bij hun risicobeheer. Nadat de ECB haar teleurstellingen over de voortgang op dit vlak bij de onder haar directe toezicht staande banken meerdere malen ventileerde<sup>135</sup>, kwam het in november 2020 met een uitgebreide 'gids' (de *'Guide on climate-related and environmental risks'*<sup>136</sup>, '2020 ECB Guide') over de wijze waarop banken deze problematiek ter hand zouden dienen te nemen.

De titel van de 2020 ECB Guide zegt al genoeg, deze belangrijke toezichthouder voor de Europese bankensector brengt zijn verwachtingen tot uitdrukking over de wijze waarop banken de organisatie van het risicobeheer betreffende klimaat- en

135. Zie voor een compleet overzicht van de door ECB op dit vlak uitgebrachte publicaties de recente speech van Frank Elderson, "Running up that hill" – how climate-related and environmental risks turned mainstream in banking supervision and next steps for banks' risk management practices', 3 februari 2023, te raadplegen via [bankingsupervision.europa.eu](https://www.bankingsupervision.europa.eu).

136. ECB, *Guide on climate-related and environmental risks, Supervisory expectations relating to risk management and disclosure*, november 2020, te raadplegen via [bankingsupervision.europa.eu](https://www.bankingsupervision.europa.eu).



milieugerelateerde risico's ter hand zullen dienen te nemen. En wie vertrouwd is met de dynamiek in het stelsel van toezicht in het kader van het Single Supervisory Mechanism ('SSM') en de rol van de ECB, zal zich herkennen in de observatie dat dergelijke communicaties van de ECB welhaast de kracht van formele wetgeving hebben, met andere woorden banken onderworpen aan het directe toezicht van de ECB zullen niet snel voorbij kunnen gaan aan de door ECB indringend gewezen weg.<sup>137</sup>

Als het gaat om toepassing van de 2020 ECB Guide, meent de ECB dat de formele basis en de rechtskracht ervan is gebaseerd op bestaande bepalingen in CRR en CRD4, en voorts dat de bepalingen in de 2020 ECB Guide op geïndividualiseerde wijze zullen moeten worden toegepast door banken, afhankelijk van hun blootstellingen aan klimaat- en milieugerelateerde risico's. Deze kunnen van bank tot bank verschillen, afhankelijk van het toepasselijke ondernemingsmodel, bedrijfsvoering en risicoprofiel, ongeacht de omvang van de bank, sector waarin de bank (voornamelijk) zaken doet en geografische ligging van die activiteiten.<sup>138, 139</sup>

Maar ondanks die voortvarende aanpak vanwege de ECB, en de uitgebreide leidraden die op dat vlak inmiddels tot stand zijn gekomen en aan de sector worden 'opgelegd', is de ECB ook wellicht wat minder zeker van zijn zaak als het gaat om de bevoegdheden om dergelijke verregaande verplichtingen aan de onder zijn toezicht staande banken op te leggen. Het is om die reden dat de ECB in de aan de Europese Commissie uitgebrachte opinie van 22 april 2022 ('ECB Opinie')<sup>140</sup> over de voorgestelde wijzigingen van CRD4 in het kader van het Bankenpakket 2021 (zie hierboven) dan ook met enige nadruk het volgende bepleit:

*"The ECB strongly welcomes the proposal of the Commission to enhance the requirements with respect to ESG risks for credit institutions and the respective mandate for competent authorities. The ECB shares the view that ESG risks can have far-reaching implications for the stability of both individual institutions and the financial system as a whole. The Commission has rightly set ambitious targets for the adaptation of the EU to the impacts of ESG risks and its transition towards a sustainable economy, involving specific changes to its productive system over a limited time horizon. The strategy highlights that "the success of the European Green Deal depends on the contribution of all economic stakeholders and on their incentives to meet our targets. To that end, financial institutions must translate EU sustainability goals into their long-term financing strategies and decision-making processes". The transition and the*

137. De ECB geeft zelf aan dat zijn Guide niet 'bindend' is maar bedoeld is om de dialoog met de bancaire sector op weg te helpen. Zie p. 3 van de 2020 ECB Guide.

138. In par. 2.1 stelt de ECB hierbij: "Depending on the business model, operating environment and risk profile, an institution, irrespective of its size, could be concentrated in a market, sector or geographic area that is exposed to material physical and transition risks, which means that it could be extremely vulnerable to the impacts of climate-related change and environmental degradation."

139. Een deel van deze paragraaf ontleenden wij aan het hoofdstuk van de hand van E.P.M. Joosen in het 'Duurzaam Bankieren' boek dat in samenwerking tussen het Onderzoekscentrum OOR, Radboud Universiteit en Triodos Bank binnenkort zal verschijnen.

140. Opinion of the European Central Bank of 27 April 2022 on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/36/EU as regards supervisory powers, sanctions, third-country branches, environmental, social and governance risk (CON/2022/16), PbEU C 248, van 30 juni 2022, p. 87-96.

associated risks affect almost all sectors of the economy and have widespread impacts across regions; they moreover depend on decarbonisation policies, shifts in consumer and investor preferences as well as technological changes. These widespread impacts warrant bespoke strategies as well as enhanced risk management capabilities to ensure the resilience of the business models of credit institutions in the short, medium and long term and to avoid the build-up of excessive transition risk in their portfolios. It is therefore crucial that credit institutions monitor the risk arising from the misalignment of their portfolios with the transition objectives of the EU, thereby setting ambitious and concrete timelines, including intermediate milestones, for the purpose of their strategic planning.

The ECB supports the proposal to cover ESG risks more explicitly in supervisory requirements, which will help minimise the threats that these risks pose to individual institutions and financial stability. The need for better bank- internal risk management and more supervisory scrutiny regarding these risks has been highlighted by a recent ECB supervisory assessment. This comprehensive exercise revealed that no institution is close to fully aligning their practices with supervisory expectations on climate-related and environmental (C&E) risks and that institutions themselves consider 90 % of their reported practices to be only partially or not at all aligned with the ECB's supervisory expectations.

The ECB acknowledges the prioritisation of C&E risks over social and governance factors, also in light of the differences in methodologies. C&E risks notably comprise threats stemming from the required transition towards a more sustainable economy and the adaptation to increasing physical threats. Transition and physical risks are special compared to other prudential risks and as they build up over time, careful planning and clear mitigation strategies are needed, while decisive and immediate short-term action may be required to mitigate long-term impacts.

[...]

Proper internal risk management, including specific planning, will also facilitate the assessment by competent and macroprudential authorities of ESG risks. In the context of the further articulation of the requirement for credit institutions to manage all material risks, by testing their resilience to the long-term negative impacts of C&E risks, the ECB welcomes the enhancement of the related supervisory powers in a manner that is consistent with the time horizon for the materialisation of ESG risks. This will allow the ECB to more effectively address ESG risks, starting with climate-related and environmental risks, affecting the prudential situation of the credit institution (e.g. capital and liquidity) also in the medium to long term (i.e. 5-10 years). Such requirements will also help macroprudential authorities to mitigate the system-wide repercussions of ESG risks, notably analysing their systemic aspects, e.g. through economy-wide climate stress testing. All this should provide the ECB with more adequate tools to help avert, jointly with the other relevant authorities, the build-up of stranded assets on credit institutions' balance sheets and ensuring complementarity between the microprudential and macroprudential approaches.<sup>141</sup>

Het is een wat langer citaat dat we hier weergeven, omdat het een aantal punten in een duidelijker perspectief plaatst. Ten eerste klinkt in de ECB Opinie door, dat de ECB de voorstellen van de Commissie om te komen tot een explicitering van de

141. ECB Opinie, t.a.p., par. 1.1 op p. 88-89.

verplichtingen van banken tot het ontwerpen van beleid en procedures rondom de beheersing van ecologische en klimaatrisico's in de bankwetgeving ten zeerste omarmt. Bij herhaling zegt de ECB hierover dat het aanscherpen van de verplichtingen van de banken op dit vlak een welkome aanvulling is op de huidige regelingen die zijn opgenomen in CRD4. Deze zullen uiteindelijk dienen te worden omgezet in de bepalingen van de nationale wetgeving van de lidstaten, en in Nederland menen we dat aanvulling van de regeling van artikel 3:17 Wft en de lagere wetgeving zoals de regels van § 4.2 (*Risicomangement*), artikelen 23 e.v. Bpr de meest geeignende plaats zullen zijn. In dit commentaar van de ECB klinkt ook wel door dat de ECB zich beter gesteund zou voelen om te komen met toezichtsmaatregelen op het vlak van (met name) klimaatrisico's en ecologische risico's indien er ook sprake is van een duidelijke (en uitgebreid opgeschreven) wettelijke basis (zie onder meer het gebruik van de bewoordingen '*enhancement of the related supervisory powers*' en '*more adequate tools*' in het hierboven weergegeven citaat). In zoverre zal op dit vlak van een 'open norm' in mindere mate sprake zijn.

Deze wens van ECB om een betere basis te scheppen in de regelgeving, waarbij 'open normen' worden gekanteld naar concrete en gedetailleerde regels houdt ook verband met recente discussies die speelden in verband met de reikwijdte van het mandaat van de ECB ingevolge de regels van het SSM. Tot hoever strekt de bevoegdheid van deze instelling tot het geven van interpretatie van de regelgeving? In dat verband kan worden gewezen op de recente jurisprudentie in de zaken aangespannen door zes grote Franse banken ter zake van de uitleg van de zogenaamde '*leverage ratio*'.<sup>142</sup> Deze kwestie is onlangs andermaal voorgelegd aan het Hof van Justitie van de EU en dat leidde tot een verdere uitspraak die veronderstelt dat het Hof in hoger beroep de ECB op dat vlak meer speelruimte lijkt te gunnen<sup>143</sup> dan het geval was in de eerdere beslissing van de General Court. Deze uitspraak lijkt dan ook steun te bieden als de ECB ruimte wil nemen om een eigen interpretatie van de regelgeving toe te passen. Wat hier ook van zij, de ECB is in de toezichtspraktijk, vanwege het risico dat de ECB loopt dat de besluiten omtrent uitleg en toepassing van wettelijke regels worden bestreden in bestuursrechtelijke procedures, op dit vlak nog steeds uiterst behoedzaam.

Wat vervolgens kan worden genoteerd, is de breedte van de regelingen die de ECB ten aanzien van banken omarmt, dat wil zeggen de verschillende verplichtingen die te zijner tijd zullen worden opgelegd. In het kort komt het erop neer dat risico-beheersing door banken *ten eerste* dient te gaan over het evalueren van (acute en bestaande) fysieke risico's. Maar zij dienen ook te gaan over het 'transitierisico', namelijk de risico's die kunnen ontstaan als gevolg van de wijzigende feitelijke omstandigheden waarin cliënten en wederpartijen van banken verkeren, of wijzigingen die zijn of zullen worden veroorzaakt door (politieke) beleidswijzigingen. We noemden eerder al het fenomeen van '*stranded assets*' als een fenomeen waarbij de problematiek betreffende de activa kan worden veroorzaakt door onmiddellijke

142. Onder meer: HvJ (General Court), 14 april 2021, T-504/19 (*Crédit Lyonnais/European Central Bank*), besproken door E.P.M. Joosen in *Ondernemingsrecht* 2022/29.

143. Zie HvJ 4 mei 2023, C-389/21 P (*European Central Bank/Crédit Lyonnais*).

impact van de veranderende omstandigheden in het klimaat (bijvoorbeeld kredieten verleend aan consumenten of bedrijven die zijn getroffen door een natuurramp). Maar het kan ook gaan om activa (te denken valt aan (al dan niet grootschalige) verstrekte kredieten) waarvan vaststaat dat ten aanzien van de mogelijkheden van uitvoering van de verplichtingen door de cliënt of wederpartij van de bank, veranderingen zullen komen als gevolg van toekomstig (overheids-)beleid. Te denken valt daarbij bijvoorbeeld aan een verstrekte projectfinanciering voor een kolengestookte centrale welke centrale op termijn van enkele jaren moet worden gesloten. Ten tweede stuurt de ECB aan op een normatief kader dat banken verplicht tot het opstellen van transitieplannen, *‘to manage all material risks, by testing their resilience to the long-term negative impacts of C&E risk’*. Zo beschouwd vertoont dit grote verwantschap (of overlap zo zou men kunnen zeggen) met de regelingen van artikel 4(1)(a) CSDDD zoals nader uitgewerkt in artikel 5 CSDDD.

Ten slotte valt op dat de ECB zegt zich te kunnen verzoenen met de prioritering die de Commissie voor ogen heeft als het gaat om het toepassen van de nieuwe regels wat betreft beheersing van ESG-risico's. Daarin wordt uitgegaan van het geven van voorrang op de beheersing van ecologische risico's en de risico's van klimaatverandering. Dat houdt mede verband met het gegeven dat ten aanzien van deze risico's een beter ontwikkeld beeld bestaat omtrent de impact, onderbouwd door onderzoek in de klimaatwetenschap en voorts dat de meetbaarheid van de effecten van verandering ook op een verder ontwikkeld niveau staat. In zoverre kan ten aanzien van dit punt nogmaals worden gewezen op de (aanzienlijk) ruimere reikwijdte van de verplichtingen die de CSDDD met zich mee zal brengen, en zal er om die reden geen sprake zijn van een volledige overlap.

#### 4.4 De wijze waarop de AFM omgaat met open normen in het kader van duurzaamheid

We beginnen met een citaat uit de AFM beleidsregel informatieverstrekking:

*‘Waarom een Beleidsregel over informatieverstrekking?*

*In de Wft en Wvhp zijn door de wetgever open en gesloten normen opgenomen. Open normen zijn normen die een globaal geformuleerd doel bevatten en die aan marktpartijen de ruimte laten om zelf te bepalen op welke wijze het doel wordt gerealiseerd of aan de gedragsvoorschriften wordt voldaan. Een voorbeeld van een open norm is dat informatie aan consumenten duidelijk moet zijn. Gesloten normen zijn normen waarin heel precies is aangegeven wat een marktpartij wel of niet mag. Een voorbeeld van een gesloten norm is de verplichting om in reclame-uitingen over krediet een kredietwaarschuwing op te nemen.*

*Het doel van de Beleidsregel is om het beleid van de AFM op dit onderwerp voor marktpartijen inzichtelijk en toegankelijk te maken. De interpretaties gaan vooral over de open normen. Wij willen u inzicht geven in de manier waarop de AFM omgaat met deze open normen in haar toezicht. De AFM wil een oriëntatiepunt zijn voor marktpartijen, ook als het gaat om open normen.’*

Zoals ook blijkt uit de inleiding bij deze beleidsregel, is de beleidsregel in feite een bundeling van interpretaties van de AFM die in de afgelopen jaren in projecten,

formele besluiten en informele normoverdracht tot stand zijn gekomen. Voor nieuwe open normen is een dergelijke ‘codificatie’ van een reeds in de toezicht-praktijk ontwikkelde invulling van een open norm door middel van een beleidsregel uiteraard niet mogelijk.

De praktijk laat zien dat in voorkomende gevallen, bij nieuwe open normen, wordt ‘toegewerkt’ naar richtsnoeren voor de invulling daarvan.<sup>144</sup> We geven een voorbeeld in het kader van de nieuwe Wet toekomst pensioenen over de invulling van het risicopreferentieonderzoek (‘RPO’).<sup>145</sup> Deze verplichting is een open norm. Er is niet een voorgeschreven manier om invulling te geven aan een RPO, maar juist vrijheid bij de pensioenuitvoerder om dat te doen op een manier die past bij de specifieke situatie, zoals de kenmerken van de deelnemerspopulatie. Het gaat ons hier niet om de details van het RPO, maar om de manier waarop de AFM voor deze nieuwe open norm toewerkt naar richtsnoeren op dit punt. Blijkens de toelichting op haar website op dit punt, heeft de AFM in oktober 2022 een verkennend onderzoek uitgevoerd naar 12 RPO’s, uitgevoerd door pensioenuitvoerders die hiermee al eerder van start waren gegaan. Via gesprekken, rondetafels met partijen uit de pensioensector en een schriftelijke feedbackronde, is input verzameld. Vervolgens is op 9 februari 2023 een voorlopige leidraad gepubliceerd:

*‘Op 9 februari 2023 heeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM) de leidraad RPO gepubliceerd, waarmee de AFM haar verwachtingen bij de uitvoering van een RPO kenbaar heeft gemaakt, zonder de bedoeling om de open norm volledig in te vullen. De leidraad schetst een aantal randvoorwaarden waaraan een gedegen RPO volgens de AFM moet voldoen. (...) De open norm biedt veel ruimte voor pensioenuitvoerders om het RPO zodanig in te vullen dat het past bij de specifieke situatie van de pensioenuitvoerder. Tegelijkertijd brengt dat een verantwoordelijkheid mee om gemaakte keuzes goed te onderbouwen.’*

De leidraad is inmiddels, per 1 juli 2023 definitief geworden, maar zal ongetwijfeld aan de hand van verdere ontwikkelingen aan aanpassing onderhevig blijven. Ook voor de uitvoering van de SFDR is met diverse bouwstenen gewerkt aan het voorzien van guidance voor de invulling van de diverse open normen en wettelijke begrippen. Er zijn handvatten gepubliceerd door de AFM door middel van een aantal sectorbrieven en na verloop van tijd is door de AFM ook een aantal onderzoeken uitgevoerd naar de naleving in de praktijk. In die rapporten zijn ook aanbevelingen opgenomen. Een aandachtspunt bij de SFDR is uiteraard dat de AFM niet in een vacuüm opereert: ook de Europese Commissie en de Europese Toezichthoudende Autoriteiten ontwikkelen een visie op de invulling van de normen onder de SFDR en de interpretatie van diverse begrippen daarin. Het gaat hierbij om Q&A’s die met name op marktpartijen zijn gericht, maar ook om een *supervisory briefing* die gericht is aan de nationale toezichthouders. Als een voordeel van deze aanpak kan

144. Wij zien hier een parallel met de aanpak van de ACM die is beschreven in het preadvies van Winfred Knibbeler in par. 4.1, waarbij door middel van achtereenvolgende (concept)leidraden vage normen in toenemende mate worden geconcretiseerd.

145. Dit is een nieuwe verplichting voor pensioenuitvoerders. Zij moeten bij de uitvoering van de pensioenregeling rekening houden met de risico’s die deelnemers willen en kunnen dragen en daartoe moeten de risicotolerantie en het risicodraagvlak worden uitgevraagd.

gezien worden dat in feite de invulling van de open normen in de loop van de tijd ‘groeit’. Dit biedt enige gelegenheid om gefaseerd aan de nieuwe normen invulling te geven. Een nadeel kan ook worden onderkend. Een marktdeelnemer die op goede gronden een bepaalde invulling heeft gekozen, kan zich genoodzaakt voelen om door het ‘voortschrijdend inzicht’ dat blijkt uit de zich opbouwende guidance van de kant van de diverse toezichthouders, de invulling na verloop van tijd te moeten aanpassen, met extra kosten tot gevolg.

#### 4.5 Rechterlijke toetsing van naleving open normen in de financiële sector, het *lex certa*-beginsel

In deze paragraaf gaan wij in op de handhaving van open normen door de toezichthouders in de financiële sector, aan de hand van de toetsing daarvan door de bestuursrechter. We laten de civielrechtelijke handhaving van open normen buiten beschouwing. Hierbij doelen we op een traject dat begint met een claim of een klacht van een klant (of een collectiviteit die opkomt voor klanten) en waarvan de inzet is dat de financiële onderneming een open norm (zoals de in acht te nemen zorgplicht) heeft geschonden. Voor de handhaving door een toezichthouder van een open norm door middel van sancties geldt als uitgangspunt dat de inhoud van de norm bepaalbaar moet zijn.<sup>146</sup> Dit is uitgebreid aan de orde gekomen in het preadvies van Tom Barkhuysen en Valérie van ’t Lam, in paragraaf 3.2. Kort gezegd: de geadresseerde van de norm moet uit de bepaling kunnen afleiden in welke gevallen een gedraging tot een sanctie zou kunnen leiden. Voorzienbaarheid van de invulling van de open norm en toegankelijkheid van de bronnen die invulling bepalen, zijn hierbij van belang.<sup>147</sup> Het is hierbij aan de geadresseerde van de norm om de invulling te bepalen. Het past niet bij het karakter van een open norm dat de toezichthouder invult hoe daaraan invulling moet worden gegeven. Handhaving van een open norm door de toezichthouder kan alleen plaatsvinden op basis van een motivering waarmee de overtreding wordt aangetoond. Bij handhaving van een open norm, is de motiveringslast vanuit de toezichthouder dus wel zwaarder.<sup>148</sup>

We geven een voorbeeld van een geval waarbij de bestuursrechter de invulling van een open norm door de toezichthouder toetst. Een aanbieder van consumptief

146. Cbb 26 februari 2021, ECLI:NL:CBB:2021:321: ‘Het College stelt voorop dat het *lex certa*-beginsel, dat mede besloten ligt in artikel 49 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en artikel 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), van de wetgever verlangt dat hij met het oog op de rechtszekerheid op een zo duidelijk mogelijke wijze de verboden gedraging omschrijft. Dat vereist in ieder geval dat de invulling van een wettelijke bepaling voldoende duidelijk, bepaald en kenbaar dient te zijn.’

147. Art. 5:4 Awb, ABRvS 20 november 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AF0842.

148. Deze stelregel wordt ook bevestigd in het Handhavingsbeleid van AFM en DNB: ‘Anders dan gesloten normen geven open normen onder toezicht gestelden in specifieke situaties ruimte bij de invulling ervan, waarbij het de eigen verantwoordelijkheid van de onder toezicht gestelde is die normen op de juiste manier te interpreteren. Voor het handhavend optreden van de toezichthouders maakt dit onderscheid geen verschil. Zodra een overtreding van een open dan wel een gesloten norm is geconstateerd wordt in beide gevallen in beginsel – overeenkomstig het uitgangspunt zoals weergegeven onder b – normconform gedrag afgedwongen door de inzet van handhavingsinstrumenten. Wel vraagt handhaving van open normen altijd een (uitgebreidere) motivering waarmee wordt aangetoond dat de open norm is overtreden, terwijl bij gesloten normen voor wat betreft de motivering soms kan worden volstaan met een verwijzing naar de gedraging en de overtreden bepaling.’

krediet mag geen krediet verstrekken indien dit met het oog op overkreditering van de klant onverantwoord is.<sup>149</sup> Deze verplichting (om zich te onthouden van onverantwoorde kredietverstrekking) vertaalt zich onder meer in de volgende verplichting die in lagere wetgeving is opgenomen: ‘Ter voorkoming van overkreditering legt een aanbieder van krediet de criteria vast die hij ten grondslag legt aan de beoordeling van een kredietaanvraag van een consument en past hij deze criteria toe bij de beoordeling van een kredietaanvraag.’<sup>150</sup> De AFM had in een brief laten weten de gedragscodes van onder meer de VFN<sup>151</sup> te zien als minimale invulling van de open norm ter voorkoming van overkreditering.<sup>152</sup> De AFM had hierbij vermeld dat indien een kredietaanbieder niet aangesloten is bij de VFN, zij niet gebonden is aan de Gedragscode VFN en dan op eigen wijze invulling kan geven aan de open normen ter voorkoming van overtreding. In de brief was voorts vermeld dat de AFM er in dat geval op zal toezien dat de afwijkende invulling van de open norm minimaal dezelfde zichtbare bescherming biedt tegen overkreditering als de normen in de genoemde gedragscode. In het kader van een boeteoplegging werd vervolgens door de AFM het standpunt ingenomen dat het eigen beleid van de kredietaanbieder (dat dus niet de VFN gedragscode volgde) onvoldoende goed was, omdat onder dit eigen beleid niet was uitgesloten dat in een concreet geval sprake kon zijn van overkreditering. Het CBB oordeelde evenwel dat hiermee door de AFM de lat te hoog werd gelegd. Volgens het CBB is voldoende om aan de (open) norm te voldoen als acceptatiecriteria zijn vastgelegd en worden toegepast en niet ‘*ongeschikt zijn om tot dat doel te dienen*’. Het uitgangspunt van de wetgever bij de open normstelling is volgens het CBB juist dat de invulling in beginsel wordt overgelaten aan de instelling zelf:

*‘Dit betekent dat het in eerste instantie aan de hen is om de norm uit te leggen en toe te passen, waarbij hen een zekere ruimte toekomt. Het is vervolgens aan AFM als toezichthouder om te toetsen of de verschillende aanbieders van krediet dit op juiste wijze hebben gedaan en aldus aan de open norm hebben voldaan. (ov. 5.4)’<sup>153</sup>*

Deze uitkomst bevestigt de terughoudende (marginale) toetsing door de rechter bij subjectieve open normen, die aangehaald is in paragraaf 3.1. Een ander voorbeeld betreft de invulling van de open norm dat een pensioenfonds bij zijn beleggingen de ‘*prudent person*’ regel in acht moet nemen.<sup>154</sup>

*‘Uit de in het vorenstaande besloten liggende systematiek volgt naar het oordeel van het College dat het in eerste instantie aan het pensioenfonds is om de prudent-person regel uit te leggen en zijn beleggingsbeleid daarop af te stemmen. Het is vervolgens aan DNB als toezichthouder om te toetsen of het pensioenfonds dit op juiste wijze heeft gedaan en of het pensioenfonds aldus aan de tot hem gerichte open norm heeft*

149. Art. 4:34 lid 2 Wft.

150. Art. 115 lid 1 Bgfo Wft.

151. Vereniging van Financieringsondernemingen Nederland.

152. In die zin was hier sprake van een gestandaardiseerde private nadere normstelling zoals besproken in par. 4.6 van het preadvies van Tom Barkhuysen en Valérie van 't Lam.

153. Een ander voorbeeld is: Rb. Rotterdam 17 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9354 (dit betreft de destijds geldende open norm van art. 5:30 aanhef en onder (f) Wft).

154. CBB 10 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:104.

voldaan. Bij deze toets zal DNB in aanmerking moeten nemen dat het gegeven dat het hier gaat om een tot de pensioenfondsen gerichte open norm met zich brengt dat de pensioenfondsen een zekere ruimte hebben om hun beleggingsbeleid zo in te richten dat aan de norm wordt voldaan. Daarbij zullen zij keuzes moeten maken die DNB, zolang die keuzes er niet toe leiden dat niet aan de norm wordt voldaan, heeft te respecteren. Bij zijn toets zal DNB telkens de specifieke omstandigheden van het pensioenfonds in kwestie moeten betrekken en per geval moeten onderzoeken of aan de prudent-person regel wordt voldaan. Het is dan ook niet zozeer DNB die hier ruimte heeft om te beoordelen of aan genoemde regel wordt voldaan, maar veeleer het pensioenfonds dat ruimte toekomt bij de inrichting van het beleggingsbeleid, welke ruimte als gezegd beperkt wordt door de prudent-person regel. Van een door de rechter te verrichten marginale toetsing van het standpunt van DNB aangaande de toepassing van de prudent-person regel is derhalve – anders dan DNB meent – geen sprake.’

Terug naar het voorbeeld van de kredietaanbieder: deze kon zich volgens het CBB niet verweren tegen de boete-oplegging vanwege schending van het *lex certa*-beginsel (omdat de wettelijke open norm te vaag of te onduidelijk was), nu de toezichthouder door middel van haar brief met de mededeling dat het volgen van de VFN gedragscode een toereikende invulling zou zijn, een voldoende duidelijke, bepaalde en ook kenbare invulling aan de open norm had gegeven.<sup>155</sup>

Is het steeds de taak van een toezichthouder om een open norm (eerst) in te vullen alvorens handhaving kan plaatsvinden? Het antwoord hierop luidt wat ons betreft ontkennend.<sup>156</sup> Het uitgangspunt hierbij is dat het primair is aan de marktdeelnemer tot wie de norm zich richt om tot een invulling te komen. Bij onduidelijkheid kan navraag bij de toezichthouder worden gedaan.<sup>157</sup> In dat geval mag van de toezichthouder worden verwacht dat waar mogelijk de gevraagde duidelijkheid wordt verschaft. Dit uitgangspunt laat onverlet dat het wel zeer wenselijk kan zijn dat de toezichthouder voorziet in handvatten voor het invullen van open normen als de praktijk daar behoefte aan heeft. Op randvoorwaarden die daarbij wat ons betreft gelden, komen we terug in onze slotbeschouwing. De toezichthouder heeft in feite ook een (eigen) toezichthoudersbelang om te voorzien in richtsnoeren en handvatten over de invulling van open normen, om hiermee het toezicht en de handhaving te faciliteren.

155. Cbb 28 november 2018, ECLI:NL:CBB:2013:260.

156. Zie bijvoorbeeld de bezwaren van APB en (destijds) PGGM (thans PFZW) over het ontbreken van voldoende duidelijkheid vanuit de toezichthouder over de interpretatie van art. 5, 6 en 7 Wet Bpf 2000 die door het Cbb zijn afgewezen: Cbb 1 april 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BC8268: ‘Ook moet de grief worden verworpen dat DNB heeft nagelaten duidelijkheid over de interpretatie van deze artikelen te geven. Het College acht de wettelijke normstelling duidelijk. Van een grote en ervaren marktdeelnemer als ABP mag bovendien worden verwacht dat deze zichzelf op de hoogte stelt van doel en reikwijdte van dit soort bepalingen. Voor zover voor ABP zaken onduidelijk waren, had zij contact kunnen opnemen met DNB als de toezichthoudende instantie. Zij heeft dat echter niet gedaan.’

157. Cbb 1 april 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BC8268, r.o. 5.7.



## 5 **Inspiratie uit de financiële sector voor toezicht en handhaving onder de CSDDD**

Deze slotparagraaf bestaat uit twee delen. In paragraaf 5.1 geven wij onze visie voor de invulling van de vacature van de Nederlandse toezichthouder(s) onder de CSDDD. In het verlengde daarvan inventariseren wij in paragraaf 5.2 onze aanbevelingen op basis van de financiëletoezichtswetgeving voor de invulling van open normen ten behoeve van de toekomstige invulling van open normen onder de CSDDD bij wijze van preadvies aan de vereniging.

### 5.1 **De Nederlandse toezichthouder(s) onder de CSDDD: wie?**

In de inleiding op deze preadviezen van Harm-Jan de Kluiver is toegelicht dat iedere lidstaat één of meerdere toezichthouders zal moeten aanwijzen om de toezicht- en handhavingstaken onder de CSDDD uit te voeren. Er is uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid dat de autoriteiten die belast zijn met het toezicht op gereguleerde financiële ondernemingen ook als toezichthouder onder de CSDDD worden aangewezen.<sup>158</sup> Het is kennelijk nog te vroeg voor een Europese toezichthoudende autoriteit.<sup>159</sup> In het preadvies van Winfred Knibbeler zijn de (overtuigende) argumenten opgenomen die pleiten voor de aanstelling van de ACM als toezichthouder voor het grootste deel van de verplichtingen onder de CSDDD. Wat ons betreft zijn ook de AFM en/of DNB dan wel de ECB kandidaten. Wij noemen de volgende argumenten.

*Ten eerste:*

In dit preadvies is aan de orde gekomen dat er binnen de financiële sector al de nodige sectorspecifieke verplichtingen zijn (en ook nog in uitgebreide mate zullen komen) op het gebied van duurzaamheidsdoelstellingen. Hiertoe horen ook bepaalde due diligence verplichtingen en te nemen risicobeheersingsmaatregelen. Met name voor banken en verzekeraars laat het zich aanzien dat artikel 1 lid 3 CSDDD een rol zal kunnen gaan spelen: uitgebreidere of specifiekere verplichtingen voor de financiële sector wetgeving zullen voorrang hebben boven de CSDDD. Tegen die achtergrond menen wij dat vanuit een oogpunt van afstemming tussen de CSDDD en de sector specifieke wetgeving, een aanwijzing van AFM en DNB dan wel de ECB als bevoegde toezichthouders het voordeel zal hebben dat de kennis van de sector specifieke wetgeving en overlap met de CSDDD dan in huis is.

*Ten tweede:*

Voor de AFM in het bijzonder geldt de samenloop met de verslaggevingsvoorschriften van de CSRD als argument. Dat betreft dan overigens met name de verplichtingen in het kader van het klimaatplan dat ingevolge artikel 15 moet worden opgesteld en in mindere mate het geheel aan due diligence verplichtingen.

158. Art. 17 lid 5 CSDDD.

159. M. Baks & K. Lieverse, 'Supervision and Enforcement under the CSDDD', *Ondernemingsrecht* 2023/34, par. 3.3.

Ongeacht welke keuze door de Nederlandse wetgever gemaakt zal worden: in ieder geval ligt voor de hand dat er gekeken zal moeten worden naar een vorm van coördinatie met (andere) betrokken toezichthouders.<sup>160</sup>

## 5.2 Aanbevelingen voor de invulling van de open normen onder de CSDDD

Dit zijn onze aanbevelingen ten aanzien van de omgang met open normen onder de CSDDD:

*Ten eerste:*

Het is wat ons betreft geen optie voor de wetgever én de toekomstige toezichthouder(s) onder de CSDDD om zich te onthouden van verduidelijking van de open normen in de CSDDD. Hierbij kan bedacht worden dat als een eerste stap om te komen tot verduidelijking of invulling van open normen onder de CSDDD, de Nederlandse implementatiewetgeving een goede dienst zal kunnen bewijzen. Dat is wat ons betreft met name aangewezen voor de objectieve open normen, zoals die besloten liggen in de diverse definities die voor de afbakening van de reikwijdte van de verplichtingen van groot belang zullen zijn. Ten aanzien van de subjectieve open normen kan de wetgever dat open karakter benadrukken in de totstandkomingsgeschiedenis. Voor de subjectieve open normen mag verwacht worden dat de aangewezen toezichthouder(s), in overleg met marktpartijen en rekening houdend met de due diligence maatregelen die marktpartijen al ingericht zullen hebben op basis van bestaande sectorale wetgeving dan wel commitments aan bestaande kaders zoals de *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* (2011), zal (zullen) komen met hierbij passende handvatten en richtsnoeren.

*Ten tweede:*

Bij de timing en de inhoudelijke invulling van de open normen onder de CSDDD moet rekening worden gehouden met de totstandkoming van richtsnoeren vanuit de Commissie op basis van artikel 13 CSDDD:

*‘Teneinde ondernemingen of autoriteiten van de lidstaten steun te bieden voor de wijze waarop ondernemingen aan hun zorgvuldigheidsverplichtingen moeten voldoen, vaardigt de Commissie in overleg met de lidstaten en belanghebbenden het Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, het Europees Milieuagentschap en, waar passend, internationale instanties die deskundig zijn op het gebied van passende zorgvuldigheid, uiterlijk twee jaar na inwerkingtreding van deze richtlijn richtsnoeren uit, ook voor specifieke sectoren of specifieke negatieve effecten.’*

Het is een gegeven dat naast de nationale toezichthouder(s) op basis van artikel 17 lid 1 CSDDD en het Europese netwerk van toezichthoudende autoriteiten op basis van artikel 21 CSDDD, een duidelijke rol bestaat voor de Commissie. Er moet voor gewaakt worden dat de nationale toezichthouder niet op de muziek vooruitloopt en dat de nationale toezichthouder steeds aansluiting zoekt bij de te verwachten richtsnoeren vanuit de Commissie en de standpuntbepaling in Europees verband.

160. Baks & Lieverse 2023 verwijzen in voetnoot 65 in dit verband als voorbeeld naar de structuur die is gekozen voor de nieuwe AI-toezichthouder.

Eén van de lessen vanuit de financiële toezichtwetgeving is toch wel dat het weinig moeite kost om verzeild te raken in een wirwar van Q&A's, handvatten, leidraden, beleidsregels, interpretaties etc. Het is dan niet altijd eenvoudig om hierbij het overzicht te bewaren. Een aandachtspunt is dat de CSDDD (volgens de Council Position) voorziet in een gefaseerde toepassing, afhankelijk van de omvang van de onderneming.<sup>161</sup> Hierdoor laat zich aanzien dat er een bepaalde periode zal zijn vanaf de totstandkoming van de CSDDD<sup>162</sup> waarin marktpartijen uit de financiële sector zich kunnen voorbereiden op aanpassing of aanvulling van hun bestaande due diligence procedures. Dit tijdverloop is niet per se een voordeel. Er is steeds een belang, in verband met implementatietrajecten en daarmee gemoeide tijd en kosten, dat zo vroeg mogelijk duidelijkheid is over de verwachte invulling van de open normen en dat later ontwikkelde inzichten daar zo min mogelijk inbreuk op maken. Bovendien dient ook duidelijkheid te worden gegeven hoe de open normen van CSDDD zich verhouden tot de uitgebreide regelingen die in sectoraal verband zijn en zullen worden geïntroduceerd. In dit opzicht dienen toezichthouders wat ons betreft ook terughoudend te zijn met het 'opleggen' van handvatten op basis van goed of best practices die worden afgeleid uit (latere) marktonderzoeken.

*Ten derde:*

Proportionaliteit is cruciaal. Daar waar de open norm die ruimte biedt, moet uitdrukkelijk gekozen kunnen worden voor een invulling die rekening houdt met de aard, omvang en complexiteit van de normgeadresseerde.<sup>163</sup> Uitgangspunt is dat de normgeadresseerde zelf een passende invulling moet kunnen kiezen. Uiteraard zal de normgeadresseerde wel moeten kunnen aantonen dat dit voldoende is, gelet op de (juiste) interpretatie van de norm. Richtsnoeren vanuit de toezichthouder, en het uit te oefenen toezicht, zullen deze ruimte steeds moeten respecteren. Hierbij kan als uitgangspunt dienen dat de normerende werking die van een (open) norm uitgaat door de toezichthouder kan worden ingezet om gedragsverandering te bewerkstelligen waar dat nodig of nuttig is, zonder dat per se (buiten evidente gevallen) ingezet hoeft te worden op formele handhaving. Wij wijzen hierbij op de parallel met de generieke zorgplicht.

*Ten vierde:*

Bij duurzaamheidsdoelstellingen zal bij de invulling van de open normen onvermijdelijk zijn dat deze zich in de loop van de tijd verder ontwikkelt. Eenzelfde beeld doet zich voor bij de Taxonomieverordening. Dat kan komen door draagvlak of noodzaak voor inhoudelijke aanscherpingen, of door het beschikbaar komen van nieuwe mogelijkheden waarvan gebruik gemaakt kan gaan worden. Verwacht mag worden dat naarmate de tijd voortschrijdt, de kennis en mogelijkheden toenemen, net als de beschikbare informatie (ook ten aanzien van de klanten). Hiermee zal ook de verantwoordelijkheid van ondernemingen om méér te doen dan in een eerder stadium voldoende was (ook gelet op de mogelijkheid om prioriteiten aan te brengen), toenemen. Financiële ondernemingen zullen hiermee rekening moeten

161. Art. 30 CSDDD, te beginnen vanaf drie jaar na de inwerkingtreding voor de grootste ondernemingen.

162. Art. 30 lid 1 CSDDD voorziet in een implementatietermijn van twee jaar.

163. C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, deel 1, Den Haag: Boom Juridisch 2021, par. 421.

houden en vanuit het toezicht en handhaving zal hierbij rekening moeten worden gehouden met een zekere fasering van de aanscherpingen.