

Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor leveranciers en afnemers

De verantwoordelijkheid van ondernemingen voor mensenrechtenschendingen door leveranciers en afnemers op grond van soft law, toezichtwetgeving en het aansprakelijkheidsrecht

NTBR 2022/45

In deze bijdrage leg ik de verantwoordelijkheid van ondernemingen voor mensenrechtenschendingen door toeleveranciers en afnemers langs de meetlat van drie juridische instrumenten: soft law, toezichtwetgeving en het aansprakelijkheidsrecht. Deze instrumenten beïnvloeden elkaar wederzijds en hebben er in het afgelopen decennium voor gezorgd dat de aansprakelijkheidsrisico's van ondernemingen op dit terrein aanzienlijk zijn toegenomen. De analyse vindt plaats aan de hand van een aantal kernaspecten van de zorgplicht: de kennis van het risico (in het licht van de toenemende due diligence verplichtingen), de reikwijdte van de zorgplicht (niet alleen door nalaten maar ook door het actief voorkomen van mensenrechtenschendingen door afnemers en toeleveranciers, al dan niet door het creëren en gebruikmaken van zeggenschap) en de inhoud van de zorgplicht (die wordt bepaald door een afweging van zorg en risico waarbij ook de omvang van de onderneming en haar plaats in de keten van belang zijn). De klimaatzaak laat bijvoorbeeld zien dat een onderneming op grond van het ongeschreven recht verplicht kan zijn maatregelen te nemen om de gedragingen (CO₂-emissies) van toeleveranciers en afnemers te beïnvloeden, ook al heeft zij geen zeggenschap over deze gedragingen en zijn die gedragingen evenmin onrechtmatig.

1. Inleiding

Ondernemingen worden niet alleen in toenemende mate verantwoordelijk gehouden voor milieuschade, klimaat- schade en andere mensenrechtenschendingen die zij zelf veroorzaken maar ook als deze door derden zijn veroorzaakt. Eerder schreef ik over de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van moedervennootschappen voor haar

dochters.² In deze bijdrage ligt de nadruk op de verantwoordelijkheid van ondernemingen voor mensenrechtenschendingen die worden veroorzaakt door toeleveranciers en afnemers van de onderneming. Ik doe dit vanuit drie perspectieven: soft law, toezichtwetgeving en het aansprakelijkheidsrecht.

Bij de verantwoordelijkheid voor toeleveranciers kan worden gedacht aan gevaarlijke arbeidsomstandigheden en kinderarbeid bij het winnen van grondstoffen, in fabrieken waar de onderneming (half)producten inkoop, alsmede de Scope 2 emissies bij klimaataansprakelijkheid.³

Bij de verantwoordelijkheid voor afnemers gaat het om mensenrechten die worden geschonden met producten of diensten die de onderneming aan derden heeft verkocht en overgedragen: denk aan dual use producten⁴ zoals beveiligingsapparatuur, het slopen van schepen onder gevaarlijke omstandigheden, het verstrekken van financiering door banken voor infrastructurele projecten en de Scope 3 emissies bij klimaataansprakelijkheid.⁵

In par. 2 analyseer ik de verantwoordelijkheid van bedrijven voor mensenrechtenschendingen door derden op grond van soft law. Hierbij staan de United Nations Guiding Principles (UNGPs) centraal.

In par. 3 ga ik in op de groeiende stroom van toezichtwetgeving waarin op ondernemingen due diligence verplichtingen worden gelegd ten aanzien van mensenrechtensrisico's door derden. Deze wetgeving vindt niet alleen op nationaal niveau plaats maar ook op EU-niveau. Deels geïnspireerd door de UNGPs, worden hierin de verplichtingen

1 Citeerwijze: C.C. van Dam, 'Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor leveranciers en afnemers', NTBR 2022/45, afl. 10. Prof. mr. C.C. (Cees) van Dam is hoogleraar Europees aansprakelijkheidsrecht aan de Universiteit Maastricht en Visiting Professor King's College London. Voorts is hij onder meer voorzitter van de Raad van Toezicht van de Stichting Victimes des Déchets Toxiques Côte d'Ivoire (<http://victimesciv.com>). De aanzet voor dit artikel werd gevormd door een inleiding die hij op 12 mei 2022 in Utrecht verzorgde tijdens de voorjaarsvergadering van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR).

2 Cees van Dam, 'Doorbraak in de aansprakelijkheid van moedervennootschappen. Over drie Shell nederlagen, het einde van een tijdperk en nieuwe paradigma's', in: A.R.J. Croiset van Uchelen e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021* (Deventer: Kluwer, 2021), p. 177-219.

3 Met Scope 2 emissies wordt bedoeld op emissies afkomstig van de installaties van derden bij wie elektriciteit, stoom of warmte wordt ingekocht ten behoeve van de ondernemingsactiviteiten.

4 Dit zijn producten die zowel civiel als militair-politiek kunnen worden gebruikt. In het laatste geval bestaat een verhoogd risico op mensenrechtenschendingen, bijvoorbeeld als beveiligingsapparatuur wordt gebruikt om oppositieleiden te monitoren en aldus de vrijheid van meningsuiting te beperken.

5 Met Scope 3 emissies wordt bedoeld op emissies die ontstaan door broeikasgasbronnen die in eigendom zijn of onder controle staan van derden, zoals andere organisaties of consumenten.

van ondernemingen ten aanzien van derden op uiteenlopende manieren vormgegeven.

In par. 4 staat het civiele aansprakelijkheidsrecht centraal. Eerst behandel ik enkele algemene vragen over aansprakelijkheid voor derden op basis van de kernbeginselen van het aansprakelijkheidsrecht. Vervolgens formuleer ik een aantal voorwaarden voor het beoordelen van het risico dat een onderneming aansprakelijkheid kan zijn voor schade veroorzaakt door een toeleverancier of een afnemer. Ik illustreer deze analyse in par. 5 met een aantal concrete rechtszaken. Par. 6 bevat enkele concluderende beschouwingen.

2. Verantwoordelijkheid voor derden in de UNGPs

2.1 Inleiding

De soft law instrumenten die voor deze bijdrage met name van belang zijn, zijn de United Nations Guiding Principles (UNGPs, 2011)⁶ en de OESO-Richtlijnen voor multinationale ondernemingen.⁷ De laatste dateren uit 1976 en zijn in 2011 gesynchroniseerd met de UNGPs. Ik beperk mij in dit artikel tot de UNGPs, omdat deze leidend zijn voor de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van ondernemingen voor gedragingen van derden.

Hoewel de UNGPs niet in rechte afdwingbaar zijn, zijn zij wel van toenemende invloed op de toezichtwetgeving (par. 3) en het aansprakelijkheidsrecht (par. 4). De wetgever gebruikt haar bij het vormgeven van toezichtwetgeving in de vorm van mensenrechten due diligence verplichtingen en de rechtspraak doet dit bij het inkaderen en vormgeven van het ongeschreven recht. Voorts worden de UNGPs direct of indirect afgedwongen door grote bedrijven, investeerders en banken in de vorm van private regulering. Dit versterkt de status van de UNGP-normen en haar invloed op de inhoud van afdwingbare verplichtingen.

2.2 Verantwoordelijkheidsrelaties met alle bedrijven in de keten

De verantwoordelijkheid van ondernemingen om mensenrechten te respecteren is vormgegeven in de tweede pijler van de UNGPs. Deze verantwoordelijkheid betreft alle erkende mensenrechten en geldt voor alle ondernemingen, al varieert zij met de omvang van de onderneming (UNGP 14).

Een essentieel onderdeel van de verantwoordelijkheid van ondernemingen om mensenrechten te respecteren is het verrichten van due diligence (UNGP 17). Dit is een proces waarin een onderneming alle daadwerkelijke en potentiële mensenrechtenschendingen waarbij zij betrokken kan zijn, identificeert en beoordeelt en zo nodig actie onderneemt. Cruciaal is dat deze due diligence niet beperkt is tot de *eigen*

*activiteiten*⁸ van de onderneming maar ook die van haar *zakelijke relaties* omvat (UNGP 18).

Het begrip 'zakelijke relaties' is zeer ruim. Het omvat zakenpartners, entiteiten in de waardeketen en elke andere private of publieke entiteit die rechtstreeks verband houdt met de activiteiten, producten of diensten van de onderneming.⁹ Dit betekent dat de verantwoordelijkheid van ondernemingen zich in beginsel uitstrekt tot alle niveaus in de keten. Wel kunnen ondernemingen met omvangrijke ketens bij het verrichten van due diligence prioriteiten stellen op basis van de ernst van het risico. Dit ontslaat de onderneming echter niet van haar verantwoordelijkheid voor minder ernstige risico's.¹⁰

Met andere woorden: bij due diligence ligt de focus niet op de relatie maar op het risico: niet de plaats van de zakelijke relatie in de keten is bepalend voor de verantwoordelijkheid van de onderneming maar de ernst van het risico, ook als dit zich diep in de keten bevindt. John Ruggie maakte dit als volgt duidelijk:

"[...] for how many levels down does a company have to go? My sense is that the answer should not be defined by layers in the supply chain. It should be driven by wherever a company's due diligence identifies salient human rights risks. If your human rights due diligence process turns up a risk, whether it is in the 12th layer or the 2nd layer, that is where you go. This should include an analysis of how lead companies may be contributing to human rights harms through their own business models and practices."¹¹

2.3 Veroorzaken, bijdragen en directe betrokkenheid

Een onderneming kan met een verschillende mate van intensiteit bij mensenrechtenschendingen betrokken zijn. De UNGPs onderscheiden drie niveaus: de onderneming kan een mensenrechtenschending *veroorzaken*, eraan *bijdragen*, of er *direct bij betrokken* zijn.¹² Veelal ligt bij *veroorzaken* de nadruk op de eigen gedragingen van de onderneming en bij *bijdragen* en *directe betrokkenheid* op gedragingen van derden (zakelijke relaties).

Veroorzaken van een mensenrechtenschending

Van *veroorzaken* is sprake als de gedraging van de onderneming (door middel van een doen of nalaten) voldoende is voor het schenden van een of meer mensenrechten en

6 http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31_AEV.pdf.

7 <http://mneguidelines.oecd.org>.

8 Activiteiten omvatten zowel doen als nalaten: zie het commentaar bij UNGP 13.

9 Commentaar bij UNGP 13.

10 Commentaar bij UNGP 17.

11 John Ruggie, *Keynote speech on corporate due diligence and liability at webinar supported by Portuguese EU presidency*: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/john-ruggie-delivers-keynote-speech-on-corporate-due-diligence-liability-at-webinar-supported-by-portuguese-eu-presidency>.

12 UNGP 17a.

andere partijen hier geen rol in spelen.¹³ Dit is een vorm van verantwoordelijkheid voor eigen gedragingen. Deze verantwoordelijkheid is moreel en juridisch onproblematisch.

Bijdragen aan een mensenrechtenschending

Bij de categorie *bijdragen* aan mensenrechtenschendingen kunnen drie varianten worden onderscheiden. Allereerst kan een onderneming direct aan een schending bijdragen door middel van haar eigen gedragingen, bijvoorbeeld als zij, net als andere ondernemingen, gevaarlijke stoffen in een rivier loost. Deze verantwoordelijkheid voor eigen gedragingen loopt dan samen met soortgelijke gedragingen van andere ondernemingen.

Ten tweede kan een onderneming door haar eigen gedragingen bijdragen aan mensenrechtenschendingen via een zakelijke relatie zoals een toeleverancier of een klant. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als de gedragingen van de onderneming de toeleverancier of de afnemer zodanig hebben beïnvloed, dat dit een mensenrechtenschending waarschijnlijker maakt.¹⁴ Te denken valt aan productieopdrachten met te grote volumes of te strikte leveringstermijnen, zodat deze alleen kunnen worden nagekomen met een verhoogd risico op mensenrechtenschendingen.¹⁵ Gebeurt dit ook daadwerkelijk, dan draagt de onderneming door middel van een *doen* bij aan mensenrechtenschendingen door de zakelijke relatie.

In de derde plaats kan sprake zijn van *bijdragen* als een onderneming weet of behoort te weten dat een van haar zakelijke relaties betrokken is bij mensenrechtenschendingen en zij onvoldoende maatregelen neemt om deze relatie van de schendingen te weerhouden of de gevolgen ervan te beperken, dan wel in het geheel geen maatregelen neemt en de relatie desondanks voortzet. Als dit gebeurt, draagt de onderneming door middel van een *nalaten* bij aan mensenrechtenschendingen door een derde.¹⁶

Direct betrokken zijn bij een mensenrechtenschending

Bij de categorie *directe betrokkenheid* gaat het om situaties waarin geen sprake is van 'veroorzaken' of 'bijdragen' door de onderneming maar waarin toch een direct verband bestaat tussen de activiteiten, producten of diensten van de onderneming en de schending van mensenrechten door haar zakelijke relaties.¹⁷ Directe betrokkenheid kan dus ook bestaan als schendingen diep in de keten

plaatsvinden. Hierbij geldt wel dat het bestaan van een zakelijke relatie hiervoor op zichzelf niet voldoende is. Er moet ook een direct verband bestaan tussen het product of de dienst die door de onderneming wordt gekocht of geleverd en de negatieve impact zelf.¹⁸

Is de onderneming direct betrokken bij een mensenrechtenschending, dan rust op haar de verantwoordelijkheid om voor zover mogelijk haar invloed aan te wenden om de zakelijke relatie ertoe te bewegen de negatieve impact te beëindigen, dan wel de gevolgen ervan te beperken en een adequate remedie aan te bieden voor de gevolgen van de schending. Dit kan bijvoorbeeld door het probleem ter sprake te brengen bij het bestuur van de zakelijke relatie en door andere stakeholders te overtuigen hetzelfde te doen. Op de onderneming zelf rust in deze gevallen geen verantwoordelijkheid voor het aanbieden van een remedie.¹⁹

Niet iedere onderneming beschikt over de vereiste invloed om verandering te brengen in de schadelijke praktijken van een zakelijke relatie. Wel kan een onderneming haar invloed vergroten, bijvoorbeeld door samen te werken met andere bedrijven en stakeholders. Heeft de onderneming geen of te weinig invloed en houdt de negatieve impact aan, dan moet zij overwegen de zakelijke relatie te beëindigen. Bij deze beslissing spelen verschillende factoren een rol: de invloed van de onderneming op de derde, hoe cruciaal de relatie is voor de onderneming, de ernst van de inbreuk, en of het beëindigen van de relatie met de derde zelf nadelige gevolgen voor de mensenrechten zou hebben. Blijft de onderneming vasthouden aan de zakelijke relatie, dan heeft ze de juridische, financiële en reputatie gevolgen hiervan te accepteren.²⁰

2.4 Grens tussen 'bijdragen' en 'directe betrokkenheid'

De grens tussen 'bijdragen' en 'directe betrokkenheid' is niet scherp. Toch is die van praktisch belang, onder meer voor de vraag of een onderneming zelf verantwoordelijk is voor het bieden van een remedie, zoals schadevergoeding en andere maatregelen om de mensenrechtenschending te corrigeren.²¹ In gevallen van *veroorzaken* en *bijdragen* is een onderneming hiertoe steeds gehouden (in het laatste geval naar rato van haar bijdrage).²² Bij *directe betrokkenheid* is een onderneming daarentegen niet gehouden tot het bieden van

13 OHCHR response to request from BankTrack for advice regarding the application of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the context of the banking sector, p. 5.
 14 OHCHR response to request from BankTrack for advice regarding the application of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the context of the banking sector, p. 5.
 15 Te denken valt aan onderbetaling, te lange werktijden en, bij gebrek aan productiecapaciteit, aan uitbesteding aan informele bedrijven met een verhoogd risico op kinder- en slavenarbeid.
 16 OHCHR response to request from BankTrack for advice regarding the application of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the context of the banking sector, p. 7.
 17 UNGP 19b.

18 OHCHR response to request from BankTrack for advice regarding the application of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the context of the banking sector, p. 6.
 19 OHCHR response to request from BankTrack for advice regarding the application of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the context of the banking sector, p. 7.
 20 OHCHR response to request from BankTrack for advice regarding the application of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the context of the banking sector, p. 7.
 21 Zie voor het onderscheid tussen aansprakelijkheidsremedies en mensenrechtenremedies: Cees van Dam, 'Doorbraak in de aansprakelijkheid van moedervennootschappen. Over drie Shell nederlagen, het einde van een tijdperk en nieuwe paradigma's', in: A.R.J. Croiset van Uchelen e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021* (Deventer: Kluwer, 2021), p. 215-216.
 22 UNGP 22.

een remedie. Wel moet zij, voor zover mogelijk, haar invloed aanwenden om te zorgen dat de veroorzakers of bijdragers een remedie verschaffen.

Het probleem is dat het onderscheid tussen *bijdragen* en *directe betrokkenheid* vloeiend is. Als een onderneming een bestaand mensenrechtenprobleem identificeert (of hiervan op de hoogte wordt gebracht) dat direct verband houdt met haar activiteiten, producten of diensten via een bestaande zakelijke relatie, is het uitgangspunt dat 'slechts' sprake is van directe betrokkenheid. In een dergelijke situatie is de onderneming gehouden haar invloed aan te wenden bij de zakelijke relatie om het mensenrechtenrisico op te heffen of te beperken. Ook kan de onderneming het voortzetten van de zakelijke relatie afhankelijk maken van het corrigeren van de situatie.²³ Neemt de onderneming geen redelijke stappen om negatieve impact te voorkomen of te beperken en zet zij de zakelijke relatie toch voort, dan kan dit erin resulteren dat de onderneming is gaan *bijdragen* aan de schending van mensenrechten.

Zo moet bijvoorbeeld een bank zich ervan vergewissen dat haar financiële producten en diensten niet op zo'n manier worden gebruikt dat dit leidt tot mensenrechtenschendingen. Zij moet haar verwachtingen duidelijk aan haar cliënten communiceren en mensenrechten due diligence verrichten die passend is voor de transactie. Zo kan de bank van de cliënt garanties verlangen dat deze over adequaat beleid en adequate processen beschikt om zelf de mensenrechtenrisico's verbonden aan haar activiteiten te identificeren, te voorkomen en te beperken. Doet zij dit niet of onvoldoende en laat zij de relatie voortbestaan, dan zal zij *bijdragen* aan de mensenrechtenschendingen.²⁴ Met andere woorden: als de onderneming niet goed oplet, kan zij zich zomaar in een hogere verantwoordelijkheids categorie laten rommelen.

2.5 Evaluatie

De UNGPs gaan er, net als het aansprakelijkheidsrecht, vanuit dat ondernemingen niet alleen verantwoordelijk zijn voor hun eigen gedragingen maar ook, tot op zekere hoogte, voor die van derden. Als een onderneming mensenrechtenschendingen zelf heeft veroorzaakt of hieraan heeft bijgedragen, is zij verantwoordelijk voor het (naar rato) verschaffen van een remedie. Voorts kan een onderneming zowel door een doen als een nalaten bijdragen aan een mensenrechtenschending. Ook hier bestaat een parallel met het aansprakelijkheidsrecht: aansprakelijkheid kan immers ook bestaan voor schade veroorzaakt door nalaten. Hieronder valt ook de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door derden.²⁵

23 OHCHR response to request from BankTrack for advice regarding the application of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the context of the banking sector, p. 7.

24 OHCHR response to request from BankTrack for advice regarding the application of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the context of the banking sector, p. 7.

25 Vgl. C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 1995; Cees van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, 3^e druk (Den Haag: Boom juridisch, 2020), nr. 214-2.

De UNGPs intensiveren de verantwoordelijkheid van ondernemingen voor derden (zakelijke relaties) en zij vergroten daarmee het aansprakelijkheidsrisico van ondernemingen voor mensenrechtenschendingen veroorzaakt door derden. Dit gebeurt langs twee wegen.

In de eerste plaats leggen de UNGPs op ondernemingen de verantwoordelijkheid om due diligence onderzoek te doen naar mensenrechtenrisico's waarbij zij betrokken kunnen zijn. Dit betekent dat een onderneming sneller kennis van het risico zal hebben, of althans behoren te hebben. Dit kleurt de eisen die aan de redelijk handelende onderneming kunnen worden gesteld.²⁶ Hierbij geldt dat in elk geval van grote ondernemingen kan worden verwacht dat haar due diligence onderzoek adequaat, effectief en grondig is en dat dit met voldoende regelmaat plaatsvindt.

Ten tweede maken de UNGPs duidelijk dat een onderneming verantwoordelijkheid kan dragen voor mensenrechtenschendingen door derden (zakelijke relaties). Dit kan door een doen van de onderneming (te grote orders in te korte tijd) maar ook door na te laten het mensenrechtenrisico dat de zakelijke relatie veroorzaakt te beperken of te voorkomen. Neemt de onderneming onvoldoende maatregelen, dan draagt zij zelf bij aan de mensenrechtenschending en is zij verantwoordelijk voor het bieden van een remedie (par. 2.4). Deze ontwikkeling wordt gereflecteerd in het toegenomen risico om aansprakelijk te worden gehouden voor schade die primair door een toeleverancier of afnemer is veroorzaakt (par. 5).

3. Verantwoordelijkheid voor derden in toezichtwetgeving

3.1 Inleiding

In de vorige paragraaf analyseerde ik de *verantwoordelijkheid* van ondernemingen om mensenrechten te respecteren die is uitgewerkt in de tweede pijler van de UNGPs. De eerste pijler omvat de *verplichtingen* van Staten om mensenrechten te beschermen tegen gedragingen van ondernemingen.

Dit betekent allereerst dat Staten duidelijk de verwachting moeten uitspreken dat alle ondernemingen die op hun grondgebied zijn gevestigd, de mensenrechten in al hun activiteiten respecteren (UNGP 2). Daarnaast moeten Staten wetten handhaven die bevorderen dat bedrijven mensenrechten respecteren en daarbij eventuele lacunes in de wetgeving aanpakken (UNGP 3).

Deze twee principes vormen de basis voor de sinds 2011 steeds sterker groeiende stroom van wetgeving die zich richt op het implementeren van onderdelen van de UNGPs. Het gaat hierbij met name om wetgeving op het gebied van transparantie (niet-financiële verslaggeving) en van mensenrechten

26 Cees van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, 3^e druk (Den Haag: Boom juridisch, 2020), nr. 203 en 301.

due diligence.²⁷ Deze laatste categorie staat in het navolgende centraal. De nadruk ligt hierbij op de vraag hoe het begrip ‘zakelijke relaties’ is vormgegeven in de specifieke toezichtwetgeving in Nederland en het Verenigd Koninkrijk, en in de algemene toezichtwetgeving in Duitsland, Frankrijk en de EU.

3.2 De ‘zakelijke relatie’ in enkele wetgevingsinstrumenten

3.2.1 Wet zorgplicht kinderarbeid (Nederland)

De Nederlandse Wet zorgplicht kinderarbeid (Wzk) verplicht elke in Nederland gevestigde onderneming die goederen of diensten aan Nederlandse eindgebruikers verkoopt of levert, te verklaren dat zij gepaste zorgvuldigheid hebben betracht om te voorkomen dat die goederen of diensten met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen (art. 4 lid 1 Wzk). Gepaste zorgvuldigheid betekent dat een onderneming onderzoekt of een redelijk vermoeden bestaat dat de te leveren goederen of diensten met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen. Is sprake van een redelijk vermoeden, dan moet zij een plan van aanpak vaststellen en uitvoeren (art. 5 lid 1 Wzk).

De wet biedt verschillende mogelijkheden voor ondernemingen om aan deze verplichting te voldoen, zoals het meeliftten op een convenant of een verklaring van de onderneming waarvan men goederen of diensten afneemt, alsmede een nog te publiceren algemene maatregel van bestuur die richtlijnen geeft voor het plan van aanpak. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen categorieën ondernemingen worden vrijgesteld van de verplichting. De inwerkingtreding van de wet is voornamelijk opgeschort in afwachting van de ontwikkelingen op EU-niveau die ik in par. 3.2.5 bespreek.

Deze wet strekt ertoe dat ondernemingen hun gehele toeleveringsketen controleren op één specifiek probleem, namelijk kinderarbeid.²⁸ Dit geldt dus ook voor risico's die zich diep in de keten voordoen, zoals bij het produceren van onderdelen van het eindproduct: denk aan de arbeidsomstandigheden van de plukkers van het katoen waarmee de kleding wordt gemaakt die in Nederland wordt verkocht.²⁹ Voor wat betreft de zakelijke relaties volgt de Wzk dus de UNGPs: niet de nabijheid van de zakelijke relatie in de keten is relevant maar de omvang van het risico van de mensenrechtenschending (par. 2.2).

3.2.2 Modern Slavery Act 2015 (Verenigd Koninkrijk)

Section 54(1) van de Modern Slavery Act 2015 (MSA) verplicht in het Verenigd Koninkrijk actieve ondernemingen met een jaaromzet van meer dan £ 36 miljoen voor elk jaar een verklaring over moderne slavernij en mensenhandel op te stellen. In deze verklaring moeten zij aangeven welke stappen zij gedurende het boekjaar hebben genomen om ervoor te zorgen dat geen moderne slavernij of mensenhandel plaatsvindt in haar toeleveringsketens of in haar eigen onderneming (s. 54(4a)). Onderwerpen die in de verklaring aan de orde kunnen komen zijn onder meer: de handelsketens van de onderneming, het beleid met betrekking tot moderne slavernij en mensenhandel, en het *due diligence* proces met betrekking tot moderne slavernij en mensenhandel in de onderneming en de ketens (s. 54(5)).³⁰

In de praktijk is het effect van de wet beperkt want een onderneming kan er ook voor kiezen een verklaring uit te brengen dat zij dergelijke stappen *niet* heeft ondernomen (54(4b)).³¹

De wet kent voorts een betrekkelijk licht handhavingsregime: handhaving vindt plaats door middel van het bestuursrecht en kan, met uitzondering van Schotland, niet door individuen of belanghebbenden worden gevorderd. Brengt de onderneming een onjuiste verklaring uit, dan vormt dit geen basis voor aansprakelijkheid tegenover de benadeelden.³²

Ook deze wet verplicht ondernemingen om hun gehele keten te controleren op één specifiek probleem, namelijk moderne slavernij en soortgelijke misstanden. Dit betekent dat ook op basis van deze wet ondernemingen behoren te weten wat zich diep in de toeleveringsketen afspeelt en niet alleen bij hun eigen activiteiten of die van hun contractuele partners.

3.2.3 Loi relative au devoir de vigilance (Frankrijk)

De sinds 2017 in Frankrijk van kracht zijnde wet inzake de waakzaamheidsverplichting (*devoir de vigilance*)³³ legt een zorgplicht op grote ondernemingen (minstens 5.000 mensen in dienst of minstens 10.000 inclusief hun dochterondernemingen in Frankrijk of elders). Deze zorgplicht bestaat uit het uitwerken, openbaar maken en effectief uitvoeren van een jaarlijks waakzaamheidsplan. Dit plan moet redelijke maatregelen bevatten om risico's in de keten adequaat te identificeren en ernstige schendingen van mensenrechten en fundamentele vrijheden, risico's en ernstige schade aan gezondheid en veiligheid en het milieu te voorkomen.

27 Zie voor transparantiewetgeving met name de Richtlijn 2014/95/EU 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. Zie voorts het voorstel voor een Richtlijn tot wijziging van Richtlijn tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU, Richtlijn 2004/109/EG, Richtlijn 2006/43/EG en Richtlijn (EU) nr. 537/2014 betreffende duurzaamheidsrapportage door ondernemingen.

28 Het begrip kinderarbeid is gedefinieerd in art. 2 Wzk.

29 Liesbeth Enneking, 'Putting the Dutch Child Labour Due Diligence Act into Perspective', *Erasmus Law Review* 2019/4, p. 20-36; S. Rietveld, L.J.M. Baks & B. Bier, 'De Wet zorgplicht kinderarbeid en de opkomst van *human rights due diligence*; van vrijwilligheid naar verplichting', *Ondernemingsrecht* 2021/25, p. 149-158.

30 A.L. Vytopil en J.L. Butijn, 'The UK Modern Slavery Act 2015', *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming* 2016, p. 132-136.

31 Een bedrijf kan ook strafrechtelijk aansprakelijk zijn voor dwangarbeid, slavernij of mensenhandel, als het misdrijf wordt gepleegd door een hoge functionaris van het bedrijf in de uitoefening van zijn of haar dienstverband (s. 1-4 MSA).

32 Zie ook Cees van Dam, *European Tort Law*, 2nd edition (Oxford: Oxford University Press, 2013), nr. 902.

33 Loi no. 2017-399 du 27 Mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

De zorgplicht heeft geen betrekking op de gehele keten maar alleen op de risico's die voortvloeien uit de activiteiten van hoofd- en onderaannemers, van ondernemingen die direct of indirect worden gecontroleerd, en van ondernemingen in de toeleveringsketen waarmee een *gevestigde commerciële relatie* bestaat. Onder dit laatste begrip wordt verstaan een stabiele, regelmatige commerciële relatie, die plaatsvindt met of zonder contract, met een bepaald omzetvolume, en onder een redelijke verwachting dat de relatie zal voortduren.³⁴

De wet bevat geen publiekrechtelijk handavingsmechanisme. Wel kunnen belanghebbenden en benadeelden op grond van het algemene aansprakelijkheidsrecht (schending van een wettelijke plicht, art. 1240 Code civil) een vordering indienen tegen een onderneming voor schade die zich niet zou hebben voorgedaan als de onderneming zich aan haar wettelijke verplichtingen had gehouden.³⁵ Omdat het in de wet om een inspanningsplicht gaat (*obligation de moyens*) en niet om een resultaatsplicht (*obligation de résultat*), ligt de bewijslast hiervoor in beginsel bij de benadeelde.

3.2.4 Lieferkettengesetz (Duitsland)

Het Duitse Lieferkettengesetz, dat op 1 januari 2023 in werking zal treden, is van toepassing op in Duitsland gevestigde ondernemingen met ten minste 3.000 werknemers (vanaf 2024 wordt dit verlaagd naar 1.000 werknemers).³⁶

Op grond van § 6 moet een onderneming passende preventieve maatregelen nemen tegenover directe leveranciers. In het bijzonder moet zij mensenrechten en het milieu in acht nemen bij het selecteren van een directe leverancier en contractueel verzekeren dat deze leverancier voldoet aan de mensenrechten- en milieueisen die door het management van de onderneming worden gesteld.

Als het gaat om indirecte leveranciers, hoeven ondernemingen volgens § 9 alleen mensenrechten- en milieurisico's vast te stellen en passende preventieve maatregelen te nemen als ze 'substantiële kennis' krijgen van mogelijke schending van mensenrechten. Dit betekent dat ze niet verplicht zijn om dieper in de keten preventieve risicoanalyses uit te voeren. In het kader van deze wet geldt dus alleen het vereiste van 'kennen' en niet van 'behoren te kennen'.

Schending van een bepaling in het Lieferkettengesetz is geen grond voor een aansprakelijkheidsvordering, omdat deze wet geen Schutzgesetz is in de zin van § 823(2) BGB.³⁷

3.2.5 Richtlijn-voorstel Passende zorgvuldigheid op het gebied van duurzaamheid (Europese Unie)

a. Due diligence

In februari 2022 publiceerde de Europese Commissie haar voorstel voor een Richtlijn inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid, in het Engels de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CS3D).³⁸ Mede gezien de substantiële verschillen met de resolutie die het Europees Parlement een jaar eerder in grote meerderheid aannam,³⁹ valt te verwachten dat dit voorstel niet zonder kleerscheuren in het Publicatieblad van de Europese Unie zal verschijnen. Met die kanttekening maak ik over het voorstel van de Commissie een aantal opmerkingen.

Het voorstel is van toepassing op (a) grote Europese ondernemingen met meer dan 500 werknemers en meer dan € 150 miljoen netto-omzet; (b) niet in de EU gevestigde ondernemingen met meer dan € 150 miljoen netto-omzet in de EU; en (c) grote ondernemingen met meer dan 250 medewerkers en meer dan € 40 miljoen netto-omzet, waarvan minstens 50% gegenereerd wordt in hoog-risico sectoren: kleding en textiel, landbouw en voedingsmiddelen, en winning van en handel in grondstoffen.

Art. 7 en 8 van het Richtlijnvoorstel bepalen dat ondernemingen passende maatregelen moeten nemen om potentiële negatieve effecten voor de mensenrechten en het milieu te identificeren, te voorkomen of afdoende te beperken. Deze due diligence verplichting is beperkt tot dochterondernemingen en de gevestigde zakelijke relaties in de waardeketen (art. 6). Met dit laatste wordt bedoeld een zakelijke relatie, direct of indirect, die duurzaam is of waarvan wordt verwacht dat zij duurzaam zal zijn, gelet op de intensiteit of de duur ervan, en die geen verwaarloosbaar of slechts bijkomstig onderdeel van de waardeketen vormt (art. 3f). Hiermee lijken alleen de eerste en tweede schakels in de keten te worden bedoeld waar mensenrechtenrisico's doorgaans geringer zijn dan dieper in de keten. Bovendien kunnen ondernemingen hun risico's beperken door het wisselen van zakelijke partners.

De handhaving van de nakoming van de due diligence verplichting zal in handen liggen van de nationale toezichthouders, waarbij een coördinerende rol is voorzien voor de Europese Commissie (art. 21).

b. Aansprakelijkheid: art. 22

Anders dan in de hierboven vermelde nationale toezichtwetgevingen, heeft de Commissie in het Richtlijnvoorstel

34 Sandra Cossart, Jérôme Chaplier and Tiphaine Beau de Lomenie, 'The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All', *Business and Human Rights Journal* 2 (2017), p. 317-323.

35 Zie ook Cees van Dam, *European Tort Law*, 2nd edition (Oxford: Oxford University Press, 2013), nr. 302-1.

36 Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 16. Juli 2021, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 46, ausgegeben zu Bonn am 22. Juli 2021, p. 2959.

37 Cees van Dam, *European Tort Law*, 2nd edition (Oxford, Oxford University Press, 2013), nr. 903.

38 Voorstel voor een Richtlijn inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937, Brussel 23 februari 2022, COM(2022) 71 final.

39 Report of the Committee on Legal Affairs of the European Parliament of 11 February 2021, with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/2129(INL)), adopted by the European Parliament on 10 March 2021.

wel een aansprakelijkheidsbepaling opgenomen. Die komt er in beginsel op neer dat een onderneming aansprakelijk is als zij haar due diligence verplichting niet is nagekomen en dit tot schade heeft geleid (lid 1).

Een onderneming kan aan deze aansprakelijkheid ontkomen als zij van de gevestigde zakelijke partner contractuele garanties heeft bedongen voor het naleven van de gedragscode van de onderneming en de verificatie hiervan door een onafhankelijke derde. Dit is echter weer anders als in het desbetreffende geval niet kon worden verwacht dat de feitelijk genomen maatregelen toereikend zouden zijn om de schade te voorkomen, beperken of te beëindigen (lid 2, eerste zin).

Voorts moet de rechter bij het vaststellen van de (mate van) aansprakelijkheid 'terdege' rekening houden met (a) de inspanningen van de onderneming om te voldoen aan herstelmaatregelen die door een toezichthoudende autoriteit van haar worden verlangd, (b) gedane investeringen en verleende gerichte steun uit hoofde van de artikelen 7 en 8, en (c) de samenwerking met andere entiteiten om negatieve effecten in haar keten aan te pakken (lid 2, tweede zin). Afgezien van het feit dat volstrekt onduidelijk is hoe deze factoren een rol moeten gaan spelen, passen zij niet in het aansprakelijkheidsrecht, behalve voor zover zij hebben geleid tot beperking van de schade. Wel bieden zij ondernemingen uitgelezen kansen om in aansprakelijkheidsprocedures het debat te verbreden en te vertragen.

Lid 4 bepaalt dat de voorgestelde aansprakelijkheidsregels geen afbreuk doen aan bestaande aansprakelijkheidsregels die betrekking hebben op situaties die niet onder deze richtlijn vallen of die strenger zijn dan de regels van deze richtlijn. Deze bepaling is ambivalent en kan worden geïnterpreteerd als een vorm van maximum harmonisatie voor gevallen die onder de richtlijn vallen.⁴⁰ Welke gevallen dat precies zijn, is echter evenmin duidelijk. Kortom: hier wordt gebouwd aan een afdeling van het *corporate lawyer's paradise*, want voor de juiste interpretatie zullen in het komende decennium meerdere rechterlijke cycli nodig zijn. Het is waarschijnlijk dat de meeste benadeelden hiervoor niet over de benodigde tijd en financiële middelen beschikken.

Ten slotte laat lid 3 de aansprakelijkheid van de directe veroorzakers onverlet en bepaalt art. 22 lid 5 dat, in afwijking van de Rome II-Verordening, op schadevergoedingsvoorwaarden het recht van het forum van toepassing is en dus het recht van een EU-lidstaat.

⁴⁰ Hierop wijzen ook diverse passages in de inleiding op de richtlijn (met name p. 12 en p. 15) waarin het level playing field wordt benadrukt. Art. 22 lid 4 kan in dit licht worden geïnterpreteerd. De formulering van deze bepaling lijkt ook op die van art. 13 van de richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor gebrekkige producten die, zoals bekend, in maximum harmonisatie voorziet: Cees van Dam, *European Tort Law*, 2nd edition (Oxford: Oxford University Press, 2013), nr. 1407. De enige bepaling die in een andere richting wijst, is art. 1 lid 2.

Het voorstel van de Europese Commissie blinkt op diverse punten uit in onduidelijkheid, wijkt in belangrijke mate af van de strekking van de UNGPs en zou potentieel het nationale aansprakelijkheidsrecht buitenspel kunnen zetten. Als zij in deze vorm zou worden aangenomen, levert dit veel papierwerk op voor ondernemingen en toezichthouders zonder dat de positie van mensen op de grond ook maar een fractie zal verbeteren.

3.3 Evaluatie

Bij het vormgeven van due diligence wetgeving moeten keuzes worden gemaakt. De UNGPs zijn breed opgezet: zij beschermen alle mensenrechten, zijn van toepassing op alle ondernemingen en op alle zakelijke relaties in de ketens. Due diligence wetgeving is daarom veelal beperkt tot grote ondernemingen, tot bepaalde mensenrechten en tot bepaalde zakelijke relaties.

In het algemeen geldt, dat wetgeving die betrekking heeft op alle mensenrechten (Frankrijk, Duitsland, EU) de verantwoordelijkheid van ondernemingen beperkt tot specifieke zakelijke relaties boven in de keten. Heeft de wetgeving daarentegen betrekking op een of enkele specifieke mensenrechten (Nederland, Verenigd Koninkrijk), dan is zij in beginsel van toepassing op de gehele keten.

De beperking in algemene toezichtwetgeving tot directe of gevestigde zakelijke relaties staat op gespannen voet met de UNGPs. Deze gaan immers uit van een risicobenadering en niet van een relatiebenadering (par. 2.2). De beperking is bovendien problematisch, omdat niet duidelijk is wat moet worden verstaan onder deze specifieke relaties. Zij kan ook een perverse prikkel vormen om langdurige zakelijke relaties uit de weg te gaan. Dit is contraproductief, omdat juist langjarige relaties een positieve invloed op mensenrechten in de keten kunnen uitoefenen. Daarnaast kunnen veranderlijke ketens met veel informele arbeid (en dus grote risico's) buiten beeld blijven. Bovendien veroorzaken directe of gevestigde zakelijke relaties doorgaans weinig mensenrechtenrisico's; die bevinden zich juist dieper in de keten. Het is daarom onwaarschijnlijk dat toezichtwetgeving in deze vorm een wezenlijke bijdrage gaat leveren aan het verbeteren van de positie van de mensen op de grond.

De generieke wetgeving verlangt veelal ook dat een onderneming van de gevestigde zakelijke relatie contractuele garanties vraagt met betrekking mensenrechtenrisico's, inclusief kettingbedingen voor de opvolgende schakels. In de praktijk gebeurt dat ook veelal. De onderneming aan de top van de keten behoort de risico's echter niet af te schuiven naar de voorschakels in de keten maar deze te delen door te investeren in de keten, zoals met financiële middelen en training, zodat de schakels daadwerkelijk aan de contractuele mensenrechtelijke eisen van de onderneming kunnen voldoen. In dit opzicht zijn de bepalingen in het Richtlijnvoorstel (bijvoorbeeld art. 7 lid 4) onvoldoende en is het zeer wel denkbaar dat in de praktijk niet de grote onderneming

de kosten van due diligence en preventieve maatregelen draagt maar haar minder draagkrachtige (gevestigde) zakelijke partner.⁴¹

De beperking van due diligence in generieke wetgeving tot specifieke of gevestigde zakelijke relaties lijkt mede ingegeven door het feit dat schending van de due diligence verplichting in beginsel steeds tot aansprakelijkheid leidt (par. 3.2.5 onder b). Door de due diligence reikwijdte te beperken, wordt ook het aansprakelijkheidsrisico vermindert.

Het is de vraag of dit een juiste benadering is. De UNGPs benadrukken niet alleen dat due diligence de gehele keten omvat maar ook dat de verantwoordelijkheid voor een remedie beperkt is tot gevallen van veroorzaken en bijdragen. Wie alleen direct betrokken is, kan weliswaar niet met de armen over elkaar blijven zitten maar is niet zelf verantwoordelijk voor een remedie (par. 2.3). Het is daarom onjuist de schending van de due diligence verplichting één op één met aansprakelijkheid te verbinden.

Het risico is bovendien dat ondernemingen zich zullen terugtrekken uit complexe mensenrechtensituaties, zoals bijvoorbeeld bij structurele vormen van kinderarbeid en moderne slavernij. In die situaties kan de aanwezigheid van ondernemingen echter juist noodzakelijk zijn om, in samenwerking met andere stakeholders, te zoeken naar en bij te dragen aan het beperken van de gevolgen hiervan en aan het vinden en implementeren van meer structurele oplossingen van de problemen. Daartoe dienen zij vanuit de toezichtwetgeving en handhaving de juiste prikkels te krijgen, zodat daadwerkelijk verbetering op de grond wordt bewerkstelligd.

Tekortschietende due diligence behoort tot effectieve bestuursrechtelijke sancties te leiden maar niet steeds ook tot civielrechtelijke aansprakelijkheid. Door de twee rechtsgevolgen los te koppelen, wordt het minder problematisch om de due diligence verplichting tot diep in de keten te laten reiken. De civielrechtelijke aansprakelijkheid moet op haar eigen merites worden beoordeeld volgens de bestaande regels en beginselen. In de volgende paragraaf ga ik hier nader op in.

4. Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor toeleveranciers en afnemers

4.1 Risicoaansprakelijkheid en foutaansprakelijkheid voor derden in het algemeen

Het algemene uitgangspunt in het aansprakelijkheidsrecht is 'dat eenieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens

welomschreven, op de wet gebaseerde, uitzonderingen'.⁴² In deze bijdrage gaat het om de vraag wat deze uitzonderingen zijn en wie aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de schadelijke gedragingen van anderen.

De eerste categorie uitzonderingen wordt in Nederland gevormd door de risicoaansprakelijkheden in afdeling 6.3.2 BW: ouders en voogden voor minderjarige kinderen (art. 6:169 BW), werkgevers voor ondergeschikten (art. 6:170 BW), opdrachtgevers voor niet-ondergeschikten (art. 6:171 BW) en vertegenwoordigden voor vertegenwoordigers (art. 6:172 BW).⁴³ De laatste drie regels spelen zich grotendeels af in een commerciële context.

De rechtvaardiging voor deze risicoaansprakelijkheden ligt in een combinatie van factoren: het profijtbeginsel, de controle of zeggenschap die iemand over de ander heeft, het bieden van een solvabele debiteur voor de benadeelde, en de mogelijkheid om de last van het betalen van schadevergoeding te dragen, hetzij door verzekering, hetzij door spreiding via prijzen van producten en diensten.⁴⁴ Voor bedrijven vormen regels van risicoaansprakelijkheid belangrijke prikkels om schade door de derden voor wie zij verantwoordelijkheid dragen te voorkomen dan wel te verminderen, zoals door middel van rekrutering, organisatie en toezicht.

De tweede categorie uitzonderingen is gebaseerd op de foutaansprakelijkheid van art. 6:162 BW.⁴⁵ Bij foutaansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door derden kunnen twee subcategorieën worden onderscheiden. Ten eerste plaats gevallen van toezicht, zoals ouders voor kinderen, penitentiaire inrichtingen voor gedetineerden en psychiatrische ziekenhuizen voor hun patiënten. En in de tweede plaats gevallen van informele of formele samenwerking (groepsaansprakelijkheid, aansprakelijkheid voor werknemers en aansprakelijkheid van rechtspersonen).⁴⁶ In deze bijdrage gaat het om deze laatste subcategorie.

4.2 Kernelementen van de zorgplicht voor derden

4.2.1 Inleiding

In deze paragraaf maak ik een aantal algemene opmerkingen over foutaansprakelijkheid voor derden, meer in het bijzonder over potentiële zorgplichten die ertoe strekken

41 In de praktijk dragen goed functionerende value chain leaders bij aan het 'schoonhouden' van hun keten. Voor deze ondernemingen vormt dit soort wetgeving geen stimulans om daarmee door te gaan en aan niet goed functionerende value chain leaders geeft zij de verkeerde prikkels.

42 HR 11 november 2005, NJ 2007/231, m.nt. J.B.M. Vranken (*Ontvanger/Voorstuijs*).

43 Cees van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, 3^e druk (Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2020), nrs. 510-514.

44 Parl. Gesch. Boek 6, p. 711 en 714.

45 In de Nederlandse literatuur wordt het onderwerp foutaansprakelijkheid voor derden nogal stiefmoederlijk behandeld; de Asser-serie en de Studiereeks Burgerlijk Recht besteden aan dit onderwerp nauwelijks aandacht. Zie over dit onderwerp C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten*, Preadvis Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking (Deventer: Kluwer, 1995); Cees van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, 3^e druk (Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2020), hoofdstuk 5; Kirsten Maes, *Secundaire aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de reikwijdte van de zorgplicht van beheerders van private ruimten*, diss. Utrecht (Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2021).

46 Cees van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, 3^e druk (Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2020), respectievelijk nrs. 502-507 en 508-518.

te voorkomen dat toeleveranciers en afnemers schade toebrengen aan individuen, gemeenschappen of het milieu. Op wie rust een dergelijke zorgplicht en tot welke gedragingen van derden strekt deze zich uit?

Over deze vragen bestaat ook in het buitenland nog zeer weinig rechtspraak. De meeste thans aanhangige zaken hebben betrekking op de aansprakelijkheid voor afnemers maar zij gaan voornamelijk vooral over formele kwesties.

Dit betekent dat de antwoorden op deze vragen slechts voorlopig en algemeen kunnen zijn. Bovendien zijn zij afhankelijk van het toepasselijke recht. Op grond van de Rome II-Verordening⁴⁷ is dat het recht van de plaats waar de schade is geleden; dat is vaak buiten Europa waar dit onderwerp (eveneens) onontgonnen terrein is. De Europese Commissie heeft voorgesteld dat het recht van het forum het toepasselijke recht is (in de praktijk het recht van een EU-lidstaat) (par. 3.2.6 onder b).⁴⁸

In het onderstaande zal ik daarom tentatief enkele antwoorden formuleren die zijn gebaseerd op een aantal kernbeginselen van het aansprakelijkheidsrecht.⁴⁹ Hoewel de concrete uitwerking in ieder rechtstelsel enigszins kan afwijken, biedt deze kernbenadering voldoende grond om te concluderen dat de risico's voor ondernemingen om aansprakelijk te worden gehouden voor mensenrechtenschendingen door toeleveranciers en afnemers substantieel is toegenomen en in de nabije toekomst verder zal toenemen.

4.2.2 Kennis (mensenrechten)risico

Het kennen of behoren te kennen van het risico is een klassieke voorwaarde voor foutaansprakelijkheid. Iemand kan alleen aansprakelijk zijn als hij het risico kende of had behoren te kennen. Dit laatste impliceert dat een onderneming onderzoek moet doen naar de risico's die binnen haar sfeer vallen en dat dit onderzoek uitgebreider dient te zijn naarmate het potentiële risico groter is.⁵⁰

Op het onderhavige terrein staat dergelijk onderzoek naar de aard en omvang van het risico bekend als mensenrechten due diligence: een onderneming behoort te onderzoeken of en in hoeverre niet alleen haar eigen gedragingen maar ook die van derden in hun waardeketen ten koste gaan van individuen, gemeenschappen of het milieu. De

verantwoordelijkheid hiervoor werd in 2011 opgenomen in de UNGPs.⁵¹ Daarmee werd zij een *good business practice*, niet alleen omdat ondernemingen hiermee zo veel mogelijk voorkomen dat zij reputatieschade lijden en controle verliezen over hun keten maar ook omdat zij hiermee hun aansprakelijkheidsrisico's kunnen beperken.

Voorts worden due diligence verplichtingen in toenemende mate geïmplementeerd in toezichtwetgeving. Dit laat zien dat het verrichten van due diligence niet alleen een goede gewoonte is maar in veel omstandigheden ook een bindende juridische verplichting. Aangenomen kan worden dat deze onderzoekplicht thans ook uit het ongeschreven recht voortvloeit. Wel zal de omvang ervan afhangen van de concrete omstandigheden, zoals de omvang van de onderneming en haar plaats in de keten.

Het verrichten van due diligence betekent dat een onderneming in veel gevallen mensenrechtenrisico's kent of althans behoort te kennen, ook als deze zich diep(er) in de keten voordoen. Kent zij de risico's niet en is dit veroorzaakt door een gebrekkige due diligence praktijk, dan laat dit onverlet dat de onderneming de risico's had behoren te kennen. Dit wil niet zeggen dat alle mensenrechtenrisico's steeds behoren te worden gekend. Maar de kernvraag zal ook volgens het ongeschreven recht zijn wat een onderneming op grond van degelijk due diligence onderzoek had behoren te weten over mensenrechtenrisico's in de keten.

Wat niet weet, wat niet deert, is dus niet langer van toepassing als het gaat om ketenaansprakelijkheid. Juist het niet kennen maar wel behoren te kennen van die risico's, kan een onderneming duur komen te staan. Dit geldt al heel lang in het aansprakelijkheidsrecht maar de ontwikkelingen in soft law en toezichtwetgeving hebben duidelijk gemaakt dat dit in de context van internationaal ondernemen niet anders is.

4.2.3 Reikwijdte zorgplicht

De aansprakelijkheid van ondernemingen voor hun toeleveranciers en afnemers kan verschillende vormen aannemen. Ik onderscheid twee situaties die parallel lopen met het onderscheid dat hierboven in het kader van de UNGPs werd gemaakt (par. 2.3): een onderneming kan bijdragen aan schade door een doen en door een nalaten. De laatste situatie kan worden gezien als de 'echte' aansprakelijkheid voor derden. Ook bij de aansprakelijkheid van een moederverenootschap voor haar dochters kunnen deze varianten worden onderscheiden.⁵²

47 Verordening (EG) nr. 864/2007 van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II).

48 In landen van het voormalige Britse keizerrijk waar de common law nog steeds van toepassing is, wordt de inhoud ervan de facto bepaald door het UK Supreme Court in Londen: zie Cees van Dam, 'Doorbraak in de aansprakelijkheid van moederverenootschappen. Over drie Shell nederlagen, het einde van een tijdperk en nieuwe paradigma's', in: A.R.J. Croiset van Uchelen e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021* (Deventer: Kluwer, 2021), p. 196-198.

49 Zie ook Cees van Dam, 'Tort Law and Human Rights. On the role of tort law in the area of business and human rights', *Journal of European Tort Law* 2 (2011) 3, p. 221-254.

50 Cees van Dam, *European Tort Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2013), nr. 810-812.

51 UNGP 17.

52 Cees van Dam, 'Doorbraak in de aansprakelijkheid van moederverenootschappen. Over drie Shell nederlagen, het einde van een tijdperk en nieuwe paradigma's', in: A.R.J. Croiset van Uchelen e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021* (Deventer: Kluwer, 2021), p. 202-204.

a. *Eigen gedragingen (doen) in samenhang met activiteiten van de derde*

De eerste variant is die waarin een onderneming door middel van een doen bijdraagt aan mensenrechtenschendingen door derden. Omdat het hier om eigen actieve gedragingen van de onderneming gaat, zijn zij vanuit het oogpunt van het bestaan van een zorgplicht niet problematisch.

Wat deze eigen actieve gedragingen van de onderneming concreet kunnen betekenen, kan worden geïllustreerd aan de hand van de Engelse *Vedanta*-zaak. Deze zaak ging over de vraag of de Britse moeder aansprakelijk kon worden gehouden voor milieu- en gezondheidsschade veroorzaakt door haar Zambiaanse dochter. De rechter overwoog dat op de moeder een zorgplicht kon rusten op basis van haar eigen actieve gedrag en illustreerde dit met verschillende voorbeelden.⁵³ Hieronder vertaal ik deze voorbeelden naar de verhouding tussen de onderneming als value chain leader en haar toeleveranciers of afnemers (voor het gemak steeds aangeduid als 'derden'). In deze gevallen is in de meeste rechtsstelsels het bestaan van een zorgplicht van de value chain leader jegens derden niet problematisch.

- de onderneming neemt feitelijk het management van een bepaalde activiteit van de derde over of oefent deze gezamenlijk met de derde uit; hoe actiever een onderneming hierbij betrokken is, des te eerder zal op haar een zorgplicht rusten;
- de onderneming geeft gebrekkige training aan de derde voor het uitvoeren van opdrachten, in het bijzonder met betrekking tot het respecteren van mensenrechten;
- de onderneming geeft gebrekkig advies aan de derde, dat door de derde wordt geïmplementeerd en schade toebrengt aan anderen;
- de onderneming assisteert de derde op gebrekkige wijze bij het implementeren van door de onderneming vereiste veiligheids- of milieumaatregelen;
- de onderneming bemoeit zich vergaand met de wijze waarop de derde een overeenkomst nakomt;
- de onderneming neemt (bijvoorbeeld in het jaarverslag of een duurzaamheidsrapport) publiekelijk en specifiek verantwoordelijkheid voor de positie van potentiële benadeelden in de keten en maakt dit niet of onvoldoende waar;⁵⁴
- de onderneming geeft omvangrijke opdrachten met korte deadlines en tegen een lage prijs, wat leidt tot (het risico van) onderbetaling, te lange werktijden, gevaarlijke arbeidsomstandigheden, en uitbesteding aan informele bedrijven die gebruik maken van kinder- en slavenarbeid.

Deze gevallen zullen zich doorgaans niet op grote schaal voordoen maar zij zijn zeker denkbaar. Anders dan bij de hierna te bespreken variant zijn zeggenschap of controle over de derde hier niet vereist, al zal deze feitelijk wel tot op zekere hoogte bestaan.

b. *Eigen gedragingen (nalaten) in samenhang met activiteiten van de derde*

De tweede variant is, zoals gezegd, de 'echte' aansprakelijkheid voor derden. Hier gaat het om situaties waarin een onderneming stilzit maar gehouden is actief in te grijpen bij de derde. Vanuit het oogpunt van het bestaan van een zorgplicht is deze categorie meer problematisch.

Hoewel rechtsstelsels verschillende accenten zullen leggen, zal voor een zorgplicht van een onderneming om in te grijpen bij een derde (toeleverancier of afnemer) veelal vereist zijn dat zij daartoe bevoegd en in staat is. Dit impliceert een vorm van zeggenschap of controle van de onderneming over de derde. Deze zeggenschap of controle kan zowel juridisch als feitelijk zijn.

In veel gevallen zal een onderneming geen juridische zeggenschap hebben over een toeleverancier of een afnemer.⁵⁵ Wel kan sprake zijn van feitelijke zeggenschap, namelijk als de onderneming een machtspositie heeft, bijvoorbeeld als zij zich aan de top van de keten bevindt en de derde afhankelijk is van opdrachten van de onderneming. De onderneming kan die feitelijke zeggenschap dan vertalen in contractuele bepalingen ten aanzien van de gewenste gedragingen door de derde en deze door middel van kettingbedingen (cascadeovereenkomsten) ook opleggen aan verder verwijderde schakels in de keten.⁵⁶

Dit soort bedingen zijn vanzelfsprekend als het gaat om levertijd, technische vereisten en de kwaliteit van grondstoffen en (half)producten die worden ingekocht. In geïntegreerde ketens hebben ondernemingen aan de top van de keten de feitelijke zeggenschap om deze vergaand te reguleren.⁵⁷ Deze zeggenschap is van groot belang voor het in stand houden van de integriteit van de keten. Deze is voor een value chain leader van niet minder belang dan de controle van de moedervernootschap over haar dochters bij verticaal georganiseerde concerns. Een onderneming die de controle over onderdelen van haar keten verliest, kan zelf al snel in moeilijkheden komen, zoals de problemen tijdens de coronacrisis hebben laten zien.

Een onderneming die haar keten kan controleren en reguleren op leverantierisico's, kan dat veelal ook doen met betrekking tot mensenrechtenrisico's. Als een onderneming

53 *Vedanta Resources PLC and another v Lungowe and others* [2019] UKSC 20, nr. 49.

54 In het Engelse recht staat dit bekend als *assumption of responsibility* of het *Hedley Byrne* beginsel: *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465; Cees van Dam, *European Tort Law*, 2e druk (Oxford: Oxford University Press, 2013), nr. 503-4.

55 Dit is uiteraard anders als deze derde deel uitmaakt van hetzelfde concern (en dan dus geen echte derde is).

56 Zie ook Voorstel voor een Richtlijn inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937, Brussel 23 februari 2022, COM(2022) 71 final, p. 15.

57 Zie onder meer Fabrizio Cafaggi, 'The Regulatory Functions of Transnational Commercial Contracts: New architectures', *Fordham International Law Journal* 36 (2013), 1557-1618.

iets feitelijk *kan* doen, betekent dit echter niet steeds dat zij dit rechtens ook *behoort* te doen. Tot aan het begin van deze eeuw werd als vanzelfsprekend aangenomen dat iedere schakel in de keten alleen verantwoordelijkheid was voor haar eigen gedragingen.

Onder invloed van de UNGPs heeft zich de maatschappelijke verwachting ontwikkeld, dat ondernemingen hun ketens (hun zakelijke relaties) controleren op mensenrechtenrisico's en, als zij die vinden, deze beperken of beëindigen. Dit is inmiddels een breed verbreide en geaccepteerde praktijk die zich steeds vaker vertaalt in overeenkomstige verplichtingen in toezichtwetgeving (par. 3). Het ligt daarom voor de hand dat ondernemingen thans ook op grond van het ongeschreven recht van hun feitelijke zeggenschap gebruik moeten maken om mensenrechtenrisico's niet alleen in kaart te brengen (kennen en kunnen, par. 4.2.2) maar deze onder omstandigheden ook te beperken of te voorkomen als deze risico's primair door een derde (toeleverancier of afnemer) worden veroorzaakt.

Een dergelijke zorgplicht is ook rechtseconomisch gerechtvaardigd, omdat een onderneming veelal voordeel geniet van gedragingen van toeleverancier en afnemers die rechten schenden van individuen, gemeenschappen of het milieu. Zou op een onderneming dienaangaande geen zorgplicht rusten, dan zou dit leiden tot een onaanvaardbare externalisatie van de kosten van het product of de dienst die de onderneming op de markt brengt.

Vanzelfsprekend zal het van de omstandigheden in de keten afhangen welke feitelijke invloed een onderneming heeft en hoe diep die in de keten kan doordringen. Dit is de vraag naar de omvang van de zorgplicht voor derden die thans aan de orde komt.

4.2.4 *Inhoud zorgplicht*

Ten slotte is de vraag welke mate van zorg de onderneming moet betrachten ten aanzien van de door derden veroorzaakte risico's. Het uitgangspunt is het vergelijkingstype van de redelijk handelende persoon, hier: de redelijk handelende onderneming.⁵⁸ Dit betekent dat de mate van vereiste zorg zal afhangen van de omstandigheden van het geval, waarbij de omvang van het risico moet worden afgewogen tegen de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen voor de onderneming.⁵⁹

Bij de omvang van het risico gaat het om de waarschijnlijkheid dat mensenrechten in gevaar worden gebracht door de activiteiten van de derde en om wat de omvang van de gevreesde gevolgen zal zijn.⁶⁰ Bij de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen, gaat het om de kosten van due diligence

en die van het daadwerkelijk voorkomen of verminderen van het mensenrechtenrisico.⁶¹ De uitkomst van deze afweging is vanzelfsprekend sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Een belangrijk instrument om derden te binden aan bepaalde gedragingen zijn contractuele bepalingen en garanties. Maar papier is geduldig en voor het nakomen van de zorgplicht zal het doorgaans niet voldoende zijn om risico's weg te contracteren naar andere schakels in de keten. Op die manier zijn de risico's immers niet per definitie uitgesloten of voldoende beperkt. De onderneming zal niet alleen moeten nagaan of de contractspartij zich aan de afspraken houdt en maar ook beoordelen of die zich redelijkerwijs hieraan kan houden. In veel gevallen zullen aanvullende maatregelen noodzakelijk zijn ter nakoming van de zorgplicht, zoals financiële ondersteuning, voorlichting, operationele trainingen, managementondersteuning en co-management.

Voor de inhoud van de zorgplicht zijn ook de omvang van de onderneming en haar plaats in de keten van belang. Dit is in lijn met UNGP 14 (par. 2.2). De zorgplicht is niet beperkt tot grote ondernemingen; zij rust ook op middelgrote en kleine ondernemingen. Ook zij moeten mensenrechten due diligence verrichten ten aanzien van hun leveranciers en afnemers maar de omvang hiervan zal veelal (aanzienlijk) beperkter zijn dan die voor grote ondernemingen. Voorts zullen kleinere ondernemingen onvoldoende of geen marktmacht hebben om zeggenschap te creëren ter bescherming van mensenrechteneisen door middel van het stellen van contractuele eisen. In die gevallen bestaat geen aansprakelijkheid voor nalaten (par. 4.2.3 onder c).

Kan voor een kleinere onderneming wel aansprakelijkheid voor een doen bestaan, namelijk het zakendoen met een leverancier of afnemer met een bedenkelijke mensenrechtenreputatie? Ook dit hangt uiteraard af van de omstandigheden van het geval. Het uitgangspunt is hier dat een onderneming haar zorgplicht schendt, als zij door haar eigen doen actief bijdraagt aan de schendingen, dan wel deze schendingen verergert (par. 4.2.3 onder b). Dit zou het geval kunnen zijn als het nakomen van het contract door de leverancier of de afnemer concreet leidt tot het schenden van mensenrechten én de onderneming dit wist of had behoren te weten.

4.3 *Evaluatie*

In deze paragraaf kwamen drie kernaspecten van de zorgplicht aan de orde die gelden voor ondernemingen ten aanzien van hun leveranciers en afnemers. Het kennisvereiste wordt gestuurd door de onderzoekplicht in de vorm van mensenrechten due diligence. De reikwijdte van de zorgplicht voor derden wordt niet alleen bepaald door de eigen actieve gedragingen van de onderneming maar ook door de mate waarin de onderneming feitelijke zeggenschap over

58 Cees van Dam, *European Tort Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2013), nr. 812.

59 Cees van Dam, *European Tort Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2013), nr. 805.

60 Cees van Dam, *European Tort Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2013), nr. 806.

61 Cees van Dam, *European Tort Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2013), nr. 807.

het handelen van de derde kan genereren. De inhoud van de zorgplicht wordt bepaald door een afweging van zorg en risico waarbij de omvang van de onderneming en haar plaats in de keten een belangrijke rol spelen.

Het spanningsveld tussen de noodzaak om 'in control' te zijn van de keten enerzijds en de juridische risico's die hiervan het gevolg zijn anderzijds, kan worden geïllustreerd met de Zara-zaak. In 2011 vonden de Braziliaanse autoriteiten vijftien illegale immigranten die onder erbarmelijke omstandigheden in twee kleine werkplaatsen in São Paulo in Brazilië woonden en daar tot zestien uur per dag werkten. Overheidsinspecteurs kwalificeerden de omstandigheden als 'analoog aan slavernij'. De werkplaatsen werden gehuurd door een leverancier van Zara. Volgens de Braziliaanse autoriteiten controleerde Zara Brazil de toeleveringsketen en kon zij worden beschouwd als de werkelijke werkgever van de immigranten. Zara was daarom verantwoordelijk voor de situatie van de immigranten.

Zara reageerde met dubbele tong. Enerzijds verzekerde zij haar aandeelhouders dat zij haar keten effectief controleerde: op managementniveau was zij 'in control'. Tegelijkertijd ontkende zij aansprakelijkheid, omdat zij de uitbesteding aan deze werkplaatsen niet had geautoriseerd, niet wist van de uitbesteding en haar contractpartij de accountants had misleid. Kortom: Zara vertelde haar aandeelhouders dus dat zij qua management controle had over haar toeleveringsketen, maar niet aansprakelijk was omdat zij geen controle had over haar toeleveringsketen.⁶²

Dit spanningsveld is de prijs die ondernemingen betalen voor verticale integratie, hetzij van het concern, hetzij van de waardeketen. Die prijs is alleszins redelijk, omdat ondernemingen ook de vruchten plukken van deze verticale integratie. *With great power, comes great responsibility.* De onderneming die deze verantwoordelijkheid onvoldoende serieus neemt, loopt daarom een aanzienlijk risico aansprakelijk te worden gehouden voor mensenrechtenschendingen in haar keten.

5. Rechtspraak

5.1 Inleiding

In deze paragraaf werk ik de in par. 4 gemaakte analyse uit aan de hand van een aantal rechtszaken. In par. 5.2 gaat het om de aansprakelijkheid voor mensenrechtenschendingen door *toeleveranciers* en in par. 5.3 om de aansprakelijkheid voor mensenrechtenschendingen door *afnemers*. Na een beknopte beschrijving van de casus zal ik deze analyseren aan de hand van de hierboven beschreven kernvereisten: kennis van het risico, reikwijdte van de zorgplicht en omvang van de zorgplicht. Deze analyse is vanzelfsprekend incompleet en veelal gebaseerd op een beperkt aantal feiten. Zij dient

daarom niet te worden gezien als een analyse van de *aansprakelijkheid* van de gedaagden in deze zaken. Het gaat er hier om te laten zien dat ondernemingen in toenemende mate aansprakelijkheidsrisico's lopen met betrekking tot schade die primair is veroorzaakt door hun toeleveranciers of afnemers.

5.2 Aansprakelijkheid voor toeleveranciers

5.2.1 Inleiding

In deze paragraaf komen twee risico's aan de orde die zich regelmatig voordoen in de toeleveringsketen: onveilige werkomstandigheden (5.2.2) en kinder- en slavenarbeid (5.2.3). Een ander type gevallen is de aansprakelijkheid van ondernemingen voor hun Scope 2 emissies. Dit onderwerp blijft hier buiten beschouwing; wel zal in par. 5.3.3 de aansprakelijkheid van ondernemingen voor hun Scope 3 emissies worden behandeld.

5.2.2 Onveilige werkomstandigheden bij toeleveranciers

Brand in fabriek toeleverancier

KiK is een Duitse discountketen die kleding verkoopt die onder andere in Pakistan wordt gemaakt. Bij een brand in een fabriek in Karachi waar KiK kleding liet maken, kwamen in 2012 meer dan 250 mensen om het leven. Nabestaanden en overlevenden stelden KiK aansprakelijk. De Duitse rechter wees de claim af, omdat die naar Pakistaans recht zou zijn verjaard. Aan een inhoudelijke behandeling kwam hij daarom niet toe.⁶³ Naar verluidt had de fabriek slechts één uitgang met getraliede ramen die ontsnapping in geval van nood verhinderden. Toen bekend werd dat de brand vermoedelijk was aangestoken, achtte KiK zich niet meer verantwoordelijk.⁶⁴

Analyse

In deze zaak is het allereerst de vraag of de gedaagden op de hoogte waren of behoorden te zijn van de mensenrechtenschendingen. Voorop staat dat het algemeen bekend is dat fabrieken in Pakistan regelmatig onvoldoende veiligheid bieden voor hun werknemers. Dit betekent dat er alle aanleiding was om grondig en specifiek due diligence onderzoek te doen naar de veiligheid in de fabrieken waar KiK haar kleding liet produceren. KiK betoogde dat zij niet wist dat de nooduitgangen geblokkeerd waren. Dit maakt het zeer onwaarschijnlijk dat zij ter plaatse afdoende onderzoek had verricht naar de veiligheidssituatie in de desbetreffende fabriek.

Ten aanzien van het bestaan van een zorgplicht is het aanmerkelijk dat het in de feitelijke macht van KiK lag om voorwaarden te stellen aan de werkomstandigheden in de fabriek en de naleving ervan af te dwingen zoals door middel van regelmatige inspecties. Dat gold in het bijzonder voor

62 André Campos, Mariëtte van Huijstee and Martje Theuws, *From moral responsibility to legal liability? Modern day slavery conditions in the global garment supply chain and the need to strengthen regulatory frameworks: The case of Inditex-Zara in Brazil* (Amsterdam: SOMO, 2015).

63 LG Dortmund 10 januari 2019: <https://www.lg-dortmund.nrw.de/behoerde/presse/Pressemitteilungen/PM-Urteil-KiK.pdf>.

64 Shamil Shams, 'KiK: German court rejects Pakistani lawsuit over deadly fire', *Deutsche Welle*, 10 januari 2019.

het toegankelijk maken van de nooduitgangen. KiK had hiertoe niet alleen de feitelijke mogelijkheden maar gezien haar omvang en haar plaats in de keten was zij hiertoe ook gehouden (par. 4.2.3). Hoever deze zorgplicht gaat, in het bijzonder met betrekking tot de controle op de naleving van de contractuele voorwaarden, wordt bepaald door de omvang van het risico en de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen (par. 4.2.4). In een geval als het onderhavige zal die bezwaarlijkheid zal niet snel worden aangenomen omdat de voorzorgsmaatregelen de risico's voor een belangrijk aantal personen beperkt.

Dat de brand was aangestoken sluit niet uit dat de onderneming toch voor de gevolgen voor de schending van haar zorgplicht moet instaan. De onbereikbaarheid van de nooduitgangen heeft de gevolgen van deze brandstichting immers verergerd, of omgekeerd: bereikbare nooduitgangen zouden waarschijnlijk tot een aanzienlijke beperking van de schade van de werknemers hebben geleid.

5.2.3 Kinder- en slavenarbeid bij toeleveranciers

Casus

In de Amerikaanse Nestlé-zaak ging het om zes eisers die als kind vanuit omliggende landen naar Ivoorkust waren gesmokkeld om daar op grote cacaoplantages tewerk te worden gesteld.⁶⁵ Nestlé verstreekte training, gereedschap en geld aan de plantages in Ivoorkust, ondanks het feit dat ze wist dat daar sprake was van kinderarbeid en de moderne slavernij. De rechtszaak liep vast bij het Supreme Court op het formele argument dat het relevante gedrag niet in de Verenigde Staten had plaatsgevonden en de rechter daarom niet bevoegd was de zaak te horen.⁶⁶

Analyse

In deze zaak stond vast dat Nestlé ermee bekend was op welke plantages zich welke risico's voordeden. Ook als zij dit niet zou hebben geweten, had zij hiernaar gedegen due diligence onderzoek behoren te doen, omdat het risico op kinder- en slavenarbeid op cacaoplantages in Ivoorkust algemeen bekend is.

Eisers hadden in deze zaak betoogd dat Nestlé training, gereedschap en geld verstreekte aan de plantages in Ivoorkust. Dit is een belangrijke indicatie dat Nestlé op de plantages een aanzienlijke mate van feitelijke controle uitoefende. Het ligt immers voor de hand dat zij het verstrekken van hulp onderwerp zal hebben gemaakt van contractuele afspraken over wat de plantages behoorden te doen met de trainingen, de gereedschappen en het geld.

De vraag is vervolgens wat Nestlé met deze feitelijke controlemogelijkheden heeft gedaan teneinde de mensenrechtenrisico's op de plantages te beperken dan wel te elimineren. Heeft zij niets gedaan, dan ligt het voor de hand dat zij aansprakelijk is voor de schade die door slaven en kinderen wordt geleden. Heeft zij wel iets gedaan, dan is de vraag of deze maatregelen voldoende waren gezien de omvang van het risico. Het had op de weg van Nestlé gelegen om contractueel de nodige garanties of verbeteringen te bedingen ter beperking of uitsluiting van het risico en te voorzien in een deugdelijke handhaving hiervan zoals door middel van inspecties. Het ligt bovendien voor de hand dat Nestlé hiertoe feitelijke en financiële ondersteuning had behoren te bieden. Ook in dit geval zouden deze voorzorgsmaatregelen niet snel te bezwaarlijk zijn, omdat ook hier meerdere personen er tegelijk door zouden worden beschermd.

Overigens is het aansprakelijkheidsrecht met zijn schadevergoedingsremedie geen adequaat instrument om het probleem van kinder- en slavenarbeid *structureel* aan te pakken. Dit vereist over langere tijd maatregelen waarbij meerdere stakeholders zijn betrokken, zoals andere ondernemingen die met dezelfde problematiek in dezelfde regio te maken hebben, lokale en landelijke overheden, scholen en ngo's.

5.3 Aansprakelijkheid voor afnemers

5.3.1 Inleiding

Afnemers kunnen mensenrechtenrisico's veroorzaken met de producten of diensten die zij van een onderneming hebben gekocht. In deze paragraaf wordt ingegaan op twee typen gevallen: de aansprakelijkheid van een onderneming die een schip verkoopt om te worden gesloopt (5.2.2) en de aansprakelijkheid van een onderneming voor de CO₂-emissies van afnemers van haar producten of diensten (5.2.3).

In deze categorie vallen ook andere gevallen van deze downstream aansprakelijkheid. Ten eerste valt te denken aan de verkoop van *dual use* producten, zoals cybertechnologie, die door een regime wordt gebruikt om dissidenten in de gaten te houden. Ook hier kunnen verkopende ondernemingen hun aansprakelijkheidsrisico's beperken door middel van mensenrechten due diligence en het stellen van contractuele voorwaarden. Als dit laatste niet mogelijk is of de nakoming ervan niet voldoende kan worden gecontroleerd, loopt de onderneming het risico door het contract direct bij te dragen aan mensenrechtenschendingen en zal zij op grond van haar zorgplicht gehouden kunnen zijn van de transactie af te zien, dan wel lopende transacties te beëindigen.⁶⁷

Bij de aansprakelijkheid voor afnemers valt voorts te denken aan banken, namelijk als hun afnemers (cliënten) met de geleende geldsommen mensenrechten schenden. Dit

⁶⁵ *Nestle VS v Doe / Cargill v Doe* (US Supreme Court, 2021).

⁶⁶ Deze zaak werd gevoerd op basis van de *Alien Tort Statute*, een oude wet waarvan lang werd verwacht dat die een forum kon bieden voor veel gevallen van mensenrechtenschendingen door ondernemingen. In *Kiobel* besliste het Supreme Court echter dat sprake moest zijn van een voldoende binding met de Amerikaanse jurisdictie: *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co*: US Supreme Court, no. 10-1491, 17 april 2013.

⁶⁷ Zie over de Europese regelgeving op dit gebied: N.J. Helder en C.C. Klauw, 'De nieuwe Dual use-verordening: een gemiste kans', *NtEr* 2021/7-8, p. 188-194.

risico speelt met name bij projectfinanciering, zoals voor infrastructurele projecten. Daarbij kan een veelheid van mensenrechtenrisico's aan de orde zijn, zoals schending van landrechten, moderne slavernij, kinderarbeid, klimaatverandering en aanslagen op mensenrechtenverdedigers. Een voorbeeld is de vordering tegen ontwikkelingsbank FMO naar aanleiding van de moord op de Hondurese mensenrechtenverdediger Berta Cáceres.⁶⁸

5.3.2 Verkoop van schip om te worden gesloopt (Begum)

Casus

Een rederij verkocht een schip om het te laten slopen. De sloop vond plaats onder zeer gevaarlijke omstandigheden in Bangladesh. Daarbij kwam een werknemer om het leven. Het is binnen en buiten de scheepvaartsector bekend dat werkzaamheden op scheepssloopwerven in Zuid-Azië onder zeer gevaarlijke omstandigheden plaatsvinden, dat zich daarbij regelmatig ernstige ongevallen voordoen en dat mensen ernstig ziek worden van gevaarlijke stoffen.

De weduwe van de omgekomen werknemer spande in Londen een rechtszaak aan tegen Maran Ltd., een in Londen gevestigd bedrijf dat het schip namens de eigenaar had verkocht. De rechtszaak betrof een zogenaamde pre-trial procedure. In deze voorprocedure is het voldoende dat komt vast te staan dat een vordering verdedigbaar (pleitbaar) is. Is dat het geval, dan gaat de zaak naar trial waar de rechter op basis van alle omstandigheden van het geval (ondersteund door disclosure) een inhoudelijke beslissing geeft.⁶⁹

In de pre-trial procedure oordeelde het Court of Appeal dat pleitbaar was dat Maran Ltd. een zorgplicht (*duty of care*) had tegenover de werknemers van de scheepsslopers, ook al waren er meerdere derden bij de transactie betrokken. Het contract verplichtte de koper om het schip door te verkopen aan een werf met een goede reputatie op het gebied van gezondheid en veiligheid. De koper kwam deze verplichting niet na. Het hof suggereerde dat de verkoper nakoming door de koper had kunnen bevorderen door de betalingen tussen partijen te koppelen aan de levering van het schip aan een erkende (veilige) scheepswerf.

Omdat het hof de vordering pleitbaar achtte, verwees het de zaak naar trial waarin de zorgplicht inhoudelijk kon worden beoordeeld op basis van de vast te stellen feiten.⁷⁰ Tot een trial kwam het echter niet, omdat de zaak werd geschikt. Desondanks (of juist daarom) illustreert deze zaak

de juridische risico's van het verkopen van zaken die onderdeel kunnen worden van mensenrechtenschendingen.

Analyse

In de scheepvaartwereld is algemeen bekend dat op diverse plaatsen aan de kust van Bangladesh schepen worden gesloopt onder uiterst dubieuze omstandigheden. De verkoper van het schip wist dit dus ook en anders had hij het behoren te weten door het nakomen zijn onderzoekplicht (mensenrechten due diligence).

Het ongeval gebeurde niet bij de contractuele partner van de verkoper maar bij een onderneming die zich een paar schakels verder in de keten bevond. Dat laat onverlet dat het in de feitelijke macht van de verkoper lag om van de koper garanties te bedingen over de plaats waar het schip zou worden gesloopt en onder welke voorwaarden. De verkoper kon dus feitelijke zeggenschap creëren en had dit in feite ook gedaan. Wat zij verzuimd had, was de effectieve naleving van de contractuele voorwaarden afdoende te controleren en te verzekeren. Een meer effectieve controle zou weinig bezwaarlijk zijn geweest, zeker gezien de zeer ernstige risico's waaraan werknemers op de Zuid-Aziatische scheepswerven worden blootgesteld.⁷¹

5.3.3 Shell-klimaatzaak (Scope 3)

Casus

De aansprakelijkheid voor afnemers kwam ook aan de orde in de Shell-klimaatzaak. De rechtbank hield Royal Dutch Shell plc (RDS) niet alleen verantwoordelijk voor de CO₂-emissies van de Shell-groep maar ook die van haar toeleveranciers (Scope 2) en afnemers (Scope 3). Voor de reductie van de concern-emissies legde de rechtbank RDS een resultaatverplichting op, voor de reductie van de emissies van haar toeleveranciers en afnemers een zwaarwegende inspanningsverplichting.

Dat op RDS überhaupt een zorgplicht rustte voor haar afnemers (de eindgebruikers van de door de Shell-groep geproduceerde en op de markt gebrachte producten) baseerde de rechtbank onder meer op het internationaal breed onderschreven beginsel (neergelegd in the UNGPs, zie par. 2.2) dat ondernemingen verantwoordelijkheid dragen voor hun zakelijke relaties (rov. 4.4.11-4.4.17). De rechtbank verwijst naar het *World Resources Institute's Greenhouse Gas Protocol*, een (niet bindend) verslagleggingsinstrument, dat onderscheid maakt tussen de hier genoemde Scope 1-3 emissies (rov. 2.5.4).

68 'Honduras: Berta Cáceres' organization COPINH to take legal action against Dutch development bank over dam project', Business and Human Rights Resource Centre, 18 mei 2018, <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/honduras-bertha-caceres-organization-copinh-to-take-legal-action-against-dutch-development-bank-over-dam-project>.

69 Cees van Dam, 'Doorbraak in de aansprakelijkheid van moederennootschappen. Over drie Shell nederlagen, het einde van een tijdperk en nieuwe paradigma's', in: A.R.J. Croiset van Uchelen e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021* (Deventer: Kluwer, 2021), p. 195-196.

70 *Begum v Maran (UK) Ltd* [2021] 3 WLUK 162.

71 Soortgelijke vragen doen zich voor in de Trafigura-zaak waarin het ging om de verkoop van giftig scheepsafval door Trafigura aan een onderneming (Compagnie Tommy) die het afval illegaal loosde op diverse locaties in de Ivoiriaanse hoofdstad Abidjan. Als gevolg hiervan leden duizenden mensen gezondheidsschade. Zie Business and Human Rights Resource Centre, Trafigura lawsuit: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/trafigura-lawsuit-re-hazardous-waste-disposal-in-cote-divoire-filed-in-uk>. Zie voor de Nederlandse Trafigura-zaak HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:165 (*Trafigura/Stichting Victimtes*).

Voorts overwoog de rechtbank dat van ondernemingen kan worden verwacht dat zij alle feitelijke en potentiële negatieve gevolgen op mensenrechtengebied waarin zij via hun eigen activiteiten of hun zakelijke relaties een aandeel zouden kunnen hebben, inventariseren en inschatten, ongeacht de mate van haar controle en invloed over deze emissies (rov. 4.4.17-20).

De inhoud van de zorgplicht werd volgens de rechtbank bepaald door de mate waarin de onderneming invloed op de negatieve gevolgen kan uitoefenen (rov. 4.4.21). Om die reden maakte zij het hiervoor genoemde onderscheid tussen de CO₂-uitstoot van het concern en van die van haar toeleveranciers en afnemers (rov. 4.4.22-24).⁷² De omvang van deze zorgplicht baseerde de rechtbank op de IPCC standaard en reductiepaden.

Analyse

Het is hier niet de plaats om het vonnis van de rechtbank in detail te bespreken en ik beperk mij daarom tot de vragen die ook hiervoor centraal stonden.⁷³

Voor zover het gaat om de bekendheid met het risico is deze zaak eenvoudig. Het algemene risico van klimaatverandering is bij energiemaatschappijen als Shell al decennia bekend. Voorts beschikt RDS over gegevens met betrekking tot haar eigen uitstoot en die van haar toeleveranciers en afnemers. Dit betekent dat zowel het algemene als het specifieke risico bekend zijn. RDS heeft de feitelijke en potentiële negatieve gevolgen op mensenrechtengebied waarin zij via haar eigen activiteiten of haar zakelijke relaties een aandeel heeft, geïnventariseerd en ingeschat.

Vervolgens is het de vraag wat RDS daadwerkelijk kan en behoort te doen om de CO₂-uitstoot van haar afnemers te verminderen. Het antwoord op die vraag hangt af van de invloed die RDS kan uitoefenen op de CO₂-uitstoot door haar afnemers.

In dit verband is allereerst van belang dat de casuspositie in de klimaatzaak in zoverre bijzonder is dat de gedragingen van de afnemers veelal niet onrechtmatig zijn. Voor zover het gaat om consumenten-afnemers is van onrechtmatigheid sowieso geen sprake omdat zij geen ondernemingen zijn. De rechtbank baseerde de zorgplicht immers op het UNGP-beginsel dat de verantwoordelijkheid om mensenrechten te respecteren alleen op ondernemingen rust en niet op particulieren. Ook overigens kan niet worden gezegd dat consumenten onrechtmatig handelen door Shell-producten te kopen en deze te ge- en verbruiken. Dit betekent dat er geen grondslag is om Shell te verplichten het gedrag van de

consumenten-afnemers actief te beïnvloeden, zoals door middel van het bedingen van contractuele voorwaarden en deze te handhaven, nog afgezien van de praktische problemen die dit mee zou brengen.⁷⁴

Dit zou anders kunnen liggen als de afnemers ondernemingen zijn en de reductiebeperkingsplicht die de rechtbank Shell oplegde voor haar groeps-emissies ook van toepassing is op deze afnemers.⁷⁵ In die gevallen is het niet uitgesloten dat Shell contractueel voorwaarden behoort te stellen aan het gebruik van haar producten ter beperking van de CO₂-uitstoot.

Voor zover afnemers van Shell-producten niet onrechtmatig handelen kan de zorgplicht van Shell dus alleen betrekking hebben op haar eigen actieve gedragingen ter vermindering van de totale CO₂-uitstoot, inclusief Scope 2 en Scope 3 (par. 4.2.3). Deze actieve gedragingen bestaan eruit dat Shell producten op de markt brengt die bij gebruik door de afnemers onvermijdelijk CO₂ uitstoten. Shell heeft het aldus in de hand om (een deel van) deze producten (binnen een zekere periode) te vervangen door producten die minder of geen CO₂ uitstoten. In zoverre heeft Shell invloed op het aantal en de soort producten die zij verkoopt en daarmee op het beperken van de CO₂-emissies door haar afnemers (Scope 3).

De rechtbank besliste dat op RDS een reductieverplichting rust voor alle Scope 1, 2 en 3 emissies. Zij rechtvaardigde dit onder meer met het feit dat 'de Shell-groep een grote speler op de wereldwijde markt van fossiele brandstoffen' is (rov. 4.4.5). Dit doet de vraag rijzen op welke andere dan grote energie producerende ondernemingen dergelijke Scope 3 reductieverplichtingen kunnen rusten.⁷⁶ De omvang van de onderneming speelt hierbij een rol maar ook het feit dat de producten of diensten die zij op de markt brengen bijdragen aan de hoeveelheid CO₂-emissies. Te denken valt aan producenten van gemotoriseerde vervoermiddelen (te land, ter zee en in de lucht) en aan financiële instellingen die projecten financieren met een hoge CO₂-uitstoot.

Het klimaatvonnis is van groot belang voor de ontwikkeling van de aansprakelijkheid van ondernemingen voor derden, in het bijzonder haar toeleveranciers en afnemers. Het laat zien dat een onderneming op grond van het ongeschreven recht verplicht kan zijn om maatregelen te nemen om de gedragingen van derden te beïnvloeden (hier: de CO₂-emissies van afnemers), ook als zij geen zeggenschap heeft over deze gedragingen en ook al zijn deze gedragingen evenmin onrechtmatig.

De rechtbank baseert de *inhoud* van de zorgplicht onder meer op de reductiepaden van het Intergovernmental Panel

72 Met uitzondering van het aan de Shell-vennootschappen toe te schrijven deel van de Scope 2-uitstoot van RDS (4.4.23).

73 Zie hierover onder veel meer E.H.P. Brans en M.W. Scheltema, 'Aansprakelijkheid Shell voor klimaatverandering. Een "carbon major" geconfronteerd met een reductiebevel', *Milieu & Recht* 2021/80, p. 556-567; Cees de Groot, 'Petroleum and beyond. De Rechtbank Den Haag verplicht het Shell-concern de uitstoot van CO₂ terug te brengen', *NJB* 2022/94, p. 111-114.

74 Vanzelfsprekend zijn andere middelen beschikbaar, zoals adviezen (via reclamecampagnes) maar afnemers kunnen hieraan niet worden gebonden.

75 Zie onder meer L. Smeehuijzen, 'De Veroordeling van Shell tot 45% CO₂-reductie in 2030: Over Legitimiteit en Effectiviteit', *NJB* 2022/458, p. 547.

76 Zie onder meer B.M. Katan, 'Ieder het hare. Enkele opmerkingen bij het klimaatvonnis tegen Shell', *Ondernemingsrecht* 2021/106, p. 665.

on Climate Change (IPCC). Hieruit leidt zij af dat er brede consensus bestaat dat om opwarming van de aarde te beperken tot 1.5°C, de CO₂-emissies in 2030 met 45% moeten zijn afgenomen ten opzichte van 2010. Omdat Shells beleid hier niet mee in overeenstemming is, legt de rechtbank haar overeenkomstig een reductiebevel op en verklaart dit uitvoerbaar bij voorraad.

Waar het bestaan van een zorgplicht voor Shell, hoewel principieel van groot belang, wellicht het minst omstreden is, geldt dat niet voor de inhoud van de zorgplicht. Punten van discussie zijn in het bijzonder de mate van reductie en de snelheid waarmee deze moet zijn gerealiseerd. Voorts is de vraag of, en zo ja hoe, de reductie door RDS binnen de gestelde termijn op zodanige wijze kan worden bereikt dat de wereldwijde opbrengst voor het klimaat positief is.⁷⁷ Daarover en over diverse andere aspecten van het vonnis valt veel te zeggen maar dat valt buiten het kader van dit artikel.

6. Concluderende overwegingen

In deze bijdrage heb ik de verantwoordelijkheid van ondernemingen voor toeleveranciers en afnemers langs de meetlat van drie juridische instrumenten gelegd: soft law, toezichtwetgeving en het aansprakelijkheidsrecht. Deze instrumenten beïnvloeden elkaar en hebben er in het afgelopen decennium voor gezorgd dat de aansprakelijkheidsrisico's van ondernemingen op dit terrein aanzienlijk zijn toegenomen.

De UNGPs hebben de weg geëffend voor de acceptatie dat ondernemingen niet alleen verantwoordelijk zijn voor hun eigen gedragingen maar tot op zekere hoogte ook voor die van derden: hun zakelijke relaties. Deze verantwoordelijkheid kan niet alleen bestaan uit een nalaten (bijvoorbeeld geen grote orders uitzetten tegen een te korte levertijd) maar ook uit een doen (bijvoorbeeld het voorkomen van mensenrechtenschendingen door de zakelijke relatie of het beperken van de gevolgen ervan) (par. 2).

De UNGPs vormen de katalysator voor een toenemende stroom van toezichtwetgeving. Deze wetgeving verlangt van ondernemingen dat zij due diligence verrichten door mensenrechtensrisico's te identificeren en zo nodig te adresseren. Anders dan de UNGPs is toezichtwetgeving veelal beperkt tot grote ondernemingen, bepaalde mensenrechten en bepaalde zakelijke relaties. De trend is dat wetgeving die betrekking heeft op alle mensenrechten (Frankrijk, Duitsland, EU) de verantwoordelijkheid van ondernemingen beperkt tot specifieke zakelijke relaties boven in de keten. Heeft de wetgeving daarentegen betrekking op een of

enkele specifieke mensenrechten (Nederland, Verenigd Koninkrijk), dan is zij in beginsel van toepassing op de gehele keten.

Wetgeving die op alle mensenrechten betrekking heeft en de due diligence beperkt tot de bovenkant van de keten is problematisch, omdat zij aanleiding kan geven tot perverse prikkels en het twijfelachtig is of zij effecten zal hebben voor individuen en gemeenschappen. Evenmin zonder problemen is de koppeling tussen due diligence en aansprakelijkheid; die kan ertoe leiden dat ondernemingen zich terugtrekken uit complexe mensenrechtensituaties, bijvoorbeeld bij structurele vormen van kinderarbeid en moderne slavernij in plaats van er met andere stakeholders aan te werken om deze problemen te verminderen. Daarom is het van belang dat de juiste balans wordt gevonden tussen bestuursrechtelijke sancties en civielrechtelijke aansprakelijkheid (par. 3).

De UNGPs en de toezichtwetgeving geven tezamen mede invulling aan de zorgplicht die op grond van het ongeschreven recht op ondernemingen rust ten aanzien van derden, in het bijzonder hun toeleveranciers en afnemers. In deze bijdrage werden drie kernaspecten van deze zorgplicht geanalyseerd. Vanzelfsprekend is dit niet een complete analyse van het aansprakelijkheidsrisico van de onderneming want deze hangt ook af van andere aansprakelijkheidsvereisten en het toepasselijke recht.

Het eerste kernaspect van de zorgplicht is de *kennis van het risico*. De onderneming kan haar zorgplicht niet schenden als zij het risico kende noch behoorde te kennen. De verantwoordelijkheid in de UNGPs en de verplichting in toezichtwetgeving om mensenrechten due diligence te verrichten zullen er in de praktijk echter toe leiden dat ondernemingen in veel gevallen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn van mensenrechtenschendingen in de keten.

Het tweede kernaspect is de *reikwijdte van de zorgplicht*. De zorgplicht kan allereerst betrekking hebben op eigen actieve gedragingen van de onderneming die het risico vergroten van mensenrechtenschendingen door de zakelijke relatie. Dit kan bijvoorbeeld betrekking hebben op grote korte termijn orders door de onderneming, dan wel het geven van verkeerde adviezen of gebrekkige trainingen aan de zakelijke relatie. De zorgplicht kan voorts inhouden dat een onderneming gehouden is om actief een mensenrechtenschending door de zakelijke relatie te voorkomen, dan wel de gevolgen ervan te beperken. Hoewel een onderneming veelal geen zeggenschap zal hebben over haar toeleveranciers en afnemers, kunnen ondernemingen deze in bepaalde omstandigheden wel creëren, afhankelijk van hun marktpositie, zoals door middel van contractuele bepalingen en garanties. Zij kunnen dan, mede met het oog op de omvang van het risico, gehouden zijn om van deze mogelijkheid op een effectieve wijze gebruik te maken.

⁷⁷ Zie hierover onder meer Laura Burgers, 'An Apology Leading to Dystopia, Or: Why Fuelling Climate Change is Tortious', *Transnational Environmental Law* 2022, p. 1-13; dit is een reactie op Benoit Mayer, 'The Duty of Care of Fossil-Fuel Producers for Climate Change Mitigation', *Transnational Environmental Law* 2022, p. 407-418. L. Smeehuijzen, 'De Veroordeling van Shell tot 45% CO₂-reductie in 2030: Over Legitimiteit en Effectiviteit', *NJB* 2022/458, p. 541-548; B.M. Katan, 'Ieder het hare. Enkele opmerkingen bij het klimaatvonnis tegen Shell', *Ondernemingsrecht* 2021/106, p. 663-669.

Het derde aspect is de *inhoud van de zorgplicht*. Deze wordt bepaald door een afweging van zorg en risico waarbij ook de omvang van de onderneming, haar plaats in de keten en de overige omstandigheden van het geval van belang zijn. Voorzorgsmaatregelen zullen doorgaans minder bezwaarlijk zijn naarmate zij de veiligheid van meer mensen vergroten. Dit geldt ook de kosten van due diligence: als het gaat om potentiële mensenrechtenrisico's voor grote groepen personen, is diepgaand onderzoek minder snel bezwaarlijk.

Als de onderneming zeggenschap en invloed creëert door middel van contractuele bepalingen, dient zij het niet bij papier te laten maar dient zij ook toe te zien op de naleving van deze bepalingen. Dit laatste zal, als de derde hiertoe onvoldoende in staat is, ook kunnen meebrengen dat de onderneming de derde materieel ondersteunt om de contractvoorwaarden na te leven, zoals met financiële middelen, voorlichting en trainingen voor het management en operationele medewerkers. Het enkele wegcontracteren van het risico door de onderneming naar de derde is voor de onderneming doorgaans geen adequate voorzorgsmaatregel om het risico te beperken of te elimineren (par. 5).