

# Duurzaamheid in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht

## De belofte van drie Europese wetgevingsvoorstellen

### 1. Inleiding

In maart 2020 presenteerde de Europese Commissie zijn actieplan voor een circulaire economie.<sup>1</sup> Als belangrijkste bouwsteen van de ‘Europese Green Deal’<sup>2</sup> moet dit actieplan voor 2050 leiden tot een circulaire, klimaatneutrale economie, waarin er meer aan de planeet teruggegeven dan onttrokken wordt en het gebruik van natuurlijke bronnen binnen de zogenoemde *planetary boundaries blijft*.<sup>3</sup> Aldus beoogt de Commissie duurzaamheid te bevorderen, waarbij in het actieplan en de Green Deal de nadruk meer op ecologische en minder op sociale dimensies van duurzaamheid ligt.<sup>4</sup>

Om dit streven handen en voeten te geven ontwikkelt de Commissie thans nieuwe regelgeving. In deze bijdrage wordt ingegaan op drie recente wetgevingsvoorstellen op het brede terrein van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.<sup>5</sup> In deze voorstellen dicht de Commissie een belangrijke rol toe aan het aansprakelijkheidsrecht als instrument voor het stimuleren van duurzaamheid in productie en aanbod van goederen en diensten. In Nederland speelde dit rechtsgebied al een cruciale rol in het handhaven en effectueren van het beleid van de rijksoverheid en private ondernemingen om klimaatschade te voorkomen.<sup>6</sup> De vraag is echter of het aansprakelijkheidsrecht ook buiten de effectuering van dergelijk beleid dienstbaar is aan het teweegbrengen van duurzaamheid.

In deze bijdrage richten wij ons op de drie wetgevingsvoorstellen van de Commissie en onderzoeken wij welke beloften zij inhouden en in hoeverre zij kunnen bijdragen aan het bewerkstelligen van een duurzame economie. We gaan ten eerste in op het voorstel tot herziening van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken (par. 2). Daarna behandelen wij de voorstellen voor een richtlijn inzake ‘Corporate Sustainability Due Diligence’ (par. 3) en voor de herziening van de richtlijn productaansprakelijkheid (par. 4). In onze slotbeschouwing (par. 5) verbinden we de inzichten verkregen door de analyse van de drie voorstellen teneinde vast te stellen in hoeverre deze kunnen bijdragen aan het bereiken van een duurzame economie.

### 2. Oneerlijke handelspraktijken

#### 2.1 Achtergrond

In maart 2022 presenteerde de Commissie haar voorstel tot herziening van de Richtlijn oneerlijke



Prof. mr. dr.  
P.W.J. Verbruggen\*



Mr. J.J.G. van Vliet\*\*

handelspraktijken (OHP).<sup>7</sup> Het voorstel heeft als doel consumenten in staat te stellen om op basis van weloverwogen aankoopbeslissingen tot duurzamere consumptie te komen. Tegelijkertijd

\* Hoogleraar Privaatrecht, i.h.b. aansprakelijkheidsrecht, Tilburg Law School en vaste medewerker van het WPNR. ([paul.verbruggen@tilburguniversity.edu](mailto:paul.verbruggen@tilburguniversity.edu))

\*\* Docent-onderzoeker Privaatrecht, Tilburg Law School. ([J.J.G.vanVliet@tilburguniversity.edu](mailto:J.J.G.vanVliet@tilburguniversity.edu))

1. Europese Commissie, ‘Een nieuw actieplan voor een circulaire economie voor een schoner en concurrerender Europa’, COM(2020) 98 def.
2. De Europese Green Deal COM(2019) 640 def. Dit streven is nu ook wettelijk vastgelegd in de Europese klimaatwet (Verordening (EU) 2021/1119 van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 2021 tot vaststelling van een kader voor de verwezenlijking van klimaatneutraliteit, en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 401/2009 en Verordening (EU) 2018/1999, *PbEU L 243, 9 juli 2021, p. 1-17*).
3. COM(2020) 98 def., p. 2. Zie voorts: J. Rockström e.a., ‘A safe operating space for humanity’, *Nature* 2009/461, p. 472-475 en L. Persson e.a., ‘Outside the Safe Operating Space of the Planetary Boundary for Novel Entities’, *Environmental Science & Technology* 2022/56, afl. 3, p. 1510-1521.
4. Zie nader over de verhouding tussen ecologische en sociale duurzaamheid: K. Raworth, *Doughnut economics: Seven ways to think like a 21st-century economist*, Londen: Random House Business Books 2017.
5. Zie specifiek voor het perspectief van het consumentenrecht de bijdrage van Pavillon aan dit nummer.
6. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ 2020/41 m.nt. J. Spier (Urgenda)* en Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Shell-klimaatzaak*).
7. Voorstel voor een richtlijn van het Europees parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 2005/29/EG en 2011/83/EU wat betreft het versterken van de positie van de consument voor de groene transitie door middel van betere informatie en bescherming tegen oneerlijke praktijken, 30 maart 2022, COM(2022) 143 def.

beoogt het voorstel consumenten beter te beschermen tegen misleiding in commerciële *business-to-consumer*-communicatie die duurzame aankopen in de weg staat. Aldus wordt met het voorstel gepoogd bij te dragen aan een circulaire, schone en groene Europese economie.<sup>8</sup>

Ecologisch duurzame consumptie speelt een evidente rol in de transitie naar een dergelijke economie. Consumenten hechten belang aan duurzaamheid in hun aankoopbeslissingen.<sup>9</sup> Handelaren spelen in hun marketing, reclame-uitingen en andere commerciële communicatie in op dat belang. Indien hun beweringen echter niet juist, verhullend of anderszins misleidend zijn, wordt de consument op het verkeerde been gezet.<sup>10</sup> De consument kan dan geen geïnformeerde keuze maken en verliest zo de kans te kiezen voor een werkelijk duurzaam product. Misleidende milieucclaims, ook wel bekend als *greenwashing*, vertragen op die wijze de transitie naar duurzame consumptie en een circulaire economie.<sup>11</sup>

## 2.2 Voorstel

Tegen deze achtergrond wenst de Commissie de Richtlijn OHP aan te passen door explicieter te maken wanneer *greenwashing* en andere vormen van misleiding rondom duurzaamheid kwalificeren als oneerlijke handelspraktijk. Die kwalificatie krijgt op diverse manieren vorm. Wij benoemen hier drie centrale wijzigingen.<sup>12</sup> Ten eerste voorziet het voorstel in een uitbreiding van de zwarte lijst van handelspraktijken met tien nieuwe praktijken die zien op duurzaamheidsaspecten. Vier van deze praktijken houden verband met misleidende milieucclaims en duurzaamheidskeurmerken, zes zien op de levensduur en reparatiebaarheid van producten.<sup>13</sup> Praktijken op de zwarte lijst zijn onder alle omstandigheden misleidend en daarmee oneerlijk en onrechtmatig.<sup>14</sup> Hoewel enkele praktijken op de bestaande lijst reeds relevant zijn voor milieucclaims,<sup>15</sup> verbreedt het voorstel de lijst met praktijken die het maken van duurzame keuzes in de weg staan. Zo zal het door de handelaar beweren dat een milieucclaim geldt voor het volledige product terwijl het werkelijke positieve milieueffect maar ziet op een klein aspect van het product, steeds oneerlijk worden geacht.<sup>16</sup> Ook wordt het bezigen van keurmerken die niet door betrouwbare certificerende instellingen zijn afgegeven verboden.<sup>17</sup>

In de literatuur bestaan kritische geluiden tegen uitbreiding van de zwarte lijst uit de Richtlijn OHP. Zo is betoogd dat het opnemen van specifieke regels over milieucclaims, handelaren ertoe zal bewegen de opgesomde praktijken te vermijden en te zullen beargumenteren dat wat niet op de lijst staat per definitie is toegestaan.<sup>18</sup> Dat

argument lijkt ons niet goed houdbaar. Praktijken die niet genoemd worden in de lijst kunnen niettemin oneerlijk zijn op voet van artikel 5, 6 en 7 van de richtlijn.<sup>19</sup> In reactie op het voorstel is bovendien gesteld dat de uitgebreide lijst niet ver genoeg gaat en dus nog meer specifieke praktijken zou moeten verbieden.<sup>20</sup>

8. *Ibid.*, Toelichting p. 1.
9. Uit recent onderzoek gedaan in opdracht van de Autoriteit Consument & Markt blijkt dat 41% van de Nederlanders het (zeer) belangrijk te vinden dat de producten die zij kopen duurzaam zijn. 15% vindt het (helemaal) niet belangrijk, 35% staat hier neutraal tegenover. ACM, *Invloed van duurzaamheidskeurmerken op vertrouwen, vergelijkbaarheid en begrip*, 2022 <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/onderzoek-naar-de-Invloed-van-duurzaamheidskeurmerken-op-consumenten.pdf>, p. 8 en 23.
10. Dat komt regelmatig voor. Het voorstel rept over een door de Commissie uitgevoerde studie naar 150 milieucclaims, die uitwijst dat in de hele EU en in een groot aantal productgroepen een aanzienlijk gedeelte van deze claims (53,3%) vage, misleidende of ongefundeerde informatie bevat over de milieukeurmerken van de producten. Zie COM(2022) 143 def., Toelichting p. 3-4.
11. Recommendation (European Economic and Social Committee) on Environmental, social and health claims in the single market, 22 January 2015, 2015/C383/02, p. 7. Zie nader P.W.J. Verbruggen, 'Klimaatrechtspraak, consumentenrecht en misleidende milieucclaims', *TvC* 2021, afl. 4, p. 187.
12. Zie uitgebreid Pavillon in dit nummer.
13. COM(2022) 143 def., art. 1(4) jo. Bijlage I. Lid 1-3 ziet op *greenwashing*, lid 4 op levensduur en reparatiebaarheid.
14. Cf. art. 6:193g BW jo. art. 6:193b lid 3 jo. lid 1.
15. Zie nader C. Borucki, 'Als de vos de passie preekt... Corporate *greenwashing* als misleidende handelspraktijk', *DCCR* 2018, afl. 118, p. 38-39 en Commissie, 'Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt', *PbEU* C 526, 29 december 2021, p. 1-129, nr. 4.1.1.6.
16. COM(2022) 143 def., Bijlage I, punt (2).
17. *Ibid.*, Bijlage I, punt (1).
18. C.M. Pavillon, *Onderzoekstudie rondom consumentenrecht en ecologische duurzaamheid*, Rijksuniversiteit Groningen 2020, [https://open.overheid.nl/repository/ronl-dfa057bd-4ba1-4715-b1b2-24b7f290b09e/1/pdf/Onderzoekstudie%20rondom%20duurzaamheid%20en%20consumentenbeleid\\_def.pdf](https://open.overheid.nl/repository/ronl-dfa057bd-4ba1-4715-b1b2-24b7f290b09e/1/pdf/Onderzoekstudie%20rondom%20duurzaamheid%20en%20consumentenbeleid_def.pdf), p. 35 en R. Koolhoven & C. Pavillon, 'Verhuurder doucht elders ook'. Over misleidende milieucclaims door deelplatformen en individuele remedies in driehoeksverhoudingen', *SEW* 2022, afl. 3, p. 123.
19. Art. 6:193b, 6:193c en 6:193d BW.
20. Zie bijv. de opinie van het Europees Economisch en Sociaal Comité: EESC, 'Preliminary draft opinion Consumers and the green transition, EESC-2022-01950-AS, 30 mei 2022, nrs. 4.1.6 en 4.3.6, <https://memportal.eesc.europa.eu/Handlers/ViewDoc.aspx?doc=EESC-2022-01950-00-00-APA-TRA-EN.docx>.

De tweede wijziging om greenwashing explicieter binnen het bereik van de Richtlijn OHP te brengen betreft de voorwaarden waaronder een handelspraktijk misleidend is in de zin van artikel 6 lid 1 van die richtlijn. De herziening voegt 'duurzaamheid', 'repareerbaarheid' en 'effecten op maatschappelijk en milieugebied' toe aan de lijst van productkenmerken waarover een handelaar de consument geen onjuiste of onduidelijke informatie mag verschaffen.<sup>21</sup> Duurzaamheid wordt door de Commissie eng gedefinieerd, namelijk als 'de geschiktheid van goederen om hun vereiste functies en prestaties bij normaal gebruik te behouden'.<sup>22</sup> De toevoeging van 'effecten op maatschappelijk en milieugebied' biedt echter wel een verruiming. Hieronder valt vermoedelijk een breed scala aan effecten dat in relatie staat tot zowel ecologische als sociale duurzaamheid, zoals de impact die producten en productie hebben op biodiversiteit, leefmilieu, arbeidsomstandigheden en mensenrechten.<sup>23</sup>

Het huidige artikel 6 lid 1 bevat echter nu al productkenmerken die relevant zijn om bescherming te bieden tegen greenwashing. Dit zijn de 'voordelen, risico's, samenstelling, en procedé van fabricage van het product'.<sup>24</sup> Deze kenmerken zijn dusdanig breed dat ook thans onduidelijke of onjuiste informatie met betrekking tot ecologische en sociale duurzaamheid onder artikel 6 lid 1 geschaard kan worden. Zo blijkt uit de civielrechtelijke rechtspraak en bestuursrechtelijke besluiten die de Commissie heeft verzameld uit diverse lidstaten, dat termen als 'bewust', 'verantwoord', 'eco' en 'biologisch' vaak vaag en dubbelzinnig worden gepresenteerd en daarmee als misleidend worden gezien.<sup>25</sup>

De derde wijziging ziet op het toevoegen van twee aanvullende praktijken die als misleidend kunnen worden aangemerkt op basis van lid 2 van artikel 6. De eerste betreft 'het beweren dat een milieuclaim geldt met betrekking tot toekomstige milieuprestaties zonder duidelijke, objectieve en verifieerbare verplichtingen en doelen, en zonder een onafhankelijk monitoring-systeem'.<sup>26</sup> Als de consument bijvoorbeeld de indruk krijgt dat hij door de aanschaf van een product bijdraagt aan een koolstofarme economie, omdat de handelaar claimt dat hij als doelstelling heeft om bij te dragen aan de transitie naar koolstof- of klimaatneutraliteit, is die indruk misleidend indien de claim niet ondersteund wordt met objectieve en verifieerbare verplichtingen en doelen die door de handelaar expliciet zijn omschreven.<sup>27</sup> De tweede praktijk betreft 'het maken van reclame over voordelen voor de consument, die binnen de relevante markt als een gangbare praktijk worden beschouwd'.<sup>28</sup> Wanneer bijvoorbeeld de afwezigheid

van een schadelijke stof in de fabricage van een product de gangbare praktijk binnen die specifieke productmarkt is, leidt zij tot misleiding wanneer zij gepresenteerd wordt als een onderscheidend kenmerk.<sup>29</sup>

### 2.3 Kritische reflectie

Zal het voorstel leiden tot minder misleiding en duurzamer aankoopgedrag van consumenten? Onzes inziens is de grootste toevoeging van de herziening de uitbreiding van de zwarte lijst. Veel van de nieuwe opgelijste praktijken waren al door de Commissie gesignaleerd in haar richtsnoer over de invulling van de open norm van artikel 6 van de richtlijn.<sup>30</sup> Dit toont dat in beginsel de open norm betreffende misleiding al in staat was de praktijken af te vangen. De herziening kan dus grotendeels worden gezien als een codificatie van de handhavingspraktijk van nationale autoriteiten en rechters op het niveau van de lidstaten. Dat komt de rechtszekerheid ten goede en maakt voor handhavers, handelaren en consumenten duidelijker wat wel en niet door de beugel kan. Van een fundamentele herziening is echter geen sprake.

Ook valt te betwijfelen of er voor de Nederlandse consument in de praktijk veel zal veranderen. Bij greenwashing heeft de consument in veel gevallen weinig baat bij de remedies van vernietiging en/of schadevergoeding.<sup>31</sup> Greenwashing is namelijk oneerlijk en onrechtmatig ongeacht het bestaan van een overeenkomst of schade. Voor het overgrote deel van de gevallen gaat het om het verbieden en verwijderen van misleidende

21. COM(2022) 143 def., art. 1(2)(a).

22. COM(2022) 143 def., art. 1(1)(v), dat verwijst naar artikel 2 lid 13 van de Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, *PbEU* 2019, L 136, 22 mei 2019, p. 28-50.

23. Misleidende claims over sociale of maatschappelijke duurzaamheid van producten en hun productieproces is ook wel bekend onder de term *bluewashing*.

24. Art. 6:193c lid 1 sub b BW.

25. Richtsnoer 2021/C 526/01, sectie 4.1.1.3.

26. COM(2022) 143 def., art. 1(2)(b).

27. COM(2022) 143 def., considerans 4.

28. COM(2022) 143 def., art. 1(2)(b).

29. COM(2022) 143 def., considerans 5. In het geval dat er reclame wordt gemaakt met het niet gebruiken van een wettelijk verboden stof valt dit zelfs onder de punt 10 bis zwarte lijst van het voorstel.

30. Richtsnoer 2021/C 526/01, sectie 4.1.1.3.

31. Art. 6:193j BW. Zie ook Pavillon 2021, *op. cit.*, p. 35.

milieuclaims. De consument (of ngo) die vindt dat een milieuclaim misleidend is, zal vanwege de kosten gemoeid met een civiele procedure niet snel naar de burgerlijke rechter stappen.<sup>32</sup> Zij zijn eerder gebaat bij de snelle, kosteloze klachtprocedure van de Reclame Code Commissie (RCC).<sup>33</sup> Deze instantie handhaaft de Milieu Reclame Code (MRC), die als species van de Nederlandse Reclame Code geldt. De MRC stemt grotendeels overeen met de aanpak onder het richtlijnvoorstel: hij verbiedt misleiding op aspecten van duurzaamheid (artikel 2 MRC) en verwacht van de handelaar dat alle milieuclaims aantoonbaar juist zijn, waarbij de bewijslast op de handelaar rust (artikel 3 MRC). Een analyse van de uitspraken die op basis van deze artikelen zijn gewezen, laat zien dat het overgrote deel van de klachten over milieuclaims gegrond is en leidt tot de verwijdering van de betrokken reclame.<sup>34</sup>

Naast de RCC houdt ook de Autoriteit Consument & Markt (ACM) zich sinds kort actief bezig met de regulering van greenwashing. De ACM nam in januari 2021 de 'Leidraad duurzaamheidsclaims' aan, waarmee zij beoogt het vertrouwen van consumenten in milieuclaims te beschermen en bij te dragen aan een duurzamere levensstijl.<sup>35</sup> Inhoudelijk is er weinig verschil tussen de leidraad en het hier besproken richtlijnvoorstel. Na het aannemen van de leidraad stelde de ACM in een beperkt aantal sectoren onderzoek in naar duurzaamheidsclaims. Op basis van dat onderzoek volgde in september 2022 de bekendmaking dat twee grote spelers in de kledingbranche hebben toegezegd dat zij consumenten beter gaan informeren over duurzaamheidsaspecten van hun goederen.<sup>36</sup>

Nu de RCC en ACM reeds eisen stellen aan milieuclaims die vergelijkbaar zijn met het richtlijnvoorstel en de handhaving van OHP-regelgeving door de burgerlijke rechter nauwelijks plaatsvindt, biedt het voorstel weinig nieuwe perspectieven voor de bestrijding van oneerlijke duurzaamheidsclaims in Nederland. Fundamenteeler nog is de kritiek op de aanname van het voorstel dat zolang de consument voldoende en correcte informatie over verschillende milieuaspecten heeft, de consument dan ook een keuze zal maken die het milieu ten goede komt.<sup>37</sup> Als gezegd toont onderzoek uitgevoerd in opdracht van de ACM aan dat consumenten belang hechten aan duurzaamheid in hun aankoopbeslissingen. Hetzelfde onderzoek wijst echter tegelijkertijd uit dat consumenten in hun beslissingen significant meer belang hechten aan prijs en kwaliteit.<sup>38</sup> De vraag rijst derhalve of het verschaffen van correcte informatie daadwerkelijk zal leiden tot duurzamer koopgedrag.<sup>39</sup> Wanneer consumenten zich niet laten leiden door dergelijke informatie,

is de transitie naar een circulaire, schone en groene economie immers een utopie. In zoverre lijkt het voorstel slechts van marginale betekenis in het bewerkstelligen van een meer duurzame economie. Echter, zolang misleiding blijft plaatsvinden op de schaal van nu<sup>40</sup> en de relevante Europese regulering onvoldoende duidelijk en uniform is, kan het aankoopgedrag van consumenten ook geen rol gáán spelen in het bewerkstelligen van de gewenste transitie. Voor zover het richtlijnvoorstel bijdraagt aan het wegnemen van die barrières voor het faciliteren van die rol, is het een welkom initiatief.

### 3. Corporate Sustainable Due Diligence

#### 3.1 Achtergrond

Een maand voorafgaand aan de presentatie van het richtlijnvoorstel ter herziening van de richtlijn OHP, publiceerde de Commissie haar voorstel voor een richtlijn inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op gebied van duurzaamheid.<sup>41</sup>

32. Een uitzondering is Rb. Den Haag 30 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:616 (*Varkens in Nood/Vlees.nl*), waarin de ngo's Stichting Varkens in Nood en Stichting Dierenrecht onsuccesvol stellen dat uitlatingen op de website van Vlees.nl in strijd zijn met de artikelen 6:193b BW, 6:193c BW en/of artikel 6:193d BW. Betoogd kan echter worden dat de overwegingen van de rechter in deze zaak (r.o. 4.68-4.70) niet langer houdbaar zijn indien het hier besproken voorstel wordt aangenomen.
33. Zie ook Verbruggen 2021, *op. cit.*, p. 187-188.
34. Lachmansingh analyseerde in totaal 96 unieke uitspraken gewezen in de periode 2000 – 2021 waarin art. 2 en 3 MRC centraal stonden. Zij concludeert dat in 81% van de gevallen de betrokken reclame in strijd werd bevonden met de MRC. Zie A. Lachmansingh, 'Misleidende duurzaamheidsclaims als oneerlijke handelspraktijken' (masterscriptie Tilburg University 2022), p. 23-24.
35. ACM, 'Leidraad duurzaamheidsclaims', <https://www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-duurzaamheidsclaims>, p. 5.
36. ACM, 'Decathlon en H&M zullen consumenten voortaan beter informeren over duurzaamheid', <https://www.acm.nl/nl/publicaties/decathlon-en-henm-zullen-consumenten-voortaan-beter-informeren-over-duurzaamheid>.
37. COM(2022) 143 def., considerans 1.
38. ACM 2022, *op. cit.*, p. 8 en 15.
39. Een ander punt is dat van 'informatie-overload', waarbij de consument wordt bedolven onder (complexe en technische) informatie die de vermeende duurzaamheid van het product zou moeten aantonen. Zie daarover Pavillon in dit nummer.
40. Zie voetnoot 10, *supra*.
41. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937, 23 februari 2022, COM(2022) 71 def.

Deze *Corporate Sustainability Due Diligence*-richtlijn (CSDD) is evenals het herzieningsvoorstel onderdeel van de Europese Green Deal.<sup>42</sup> Zij richt zich ook op handelspraktijken, maar dan op *business-to-business* handelspraktijken betreffende de inrichting en aansturing van productie-activiteiten binnen de mondiale waardeketens (*global value chains*) die multinationale ondernemingen gebruiken om hun goederen en diensten aan te bieden.<sup>43</sup> Het is voor deze ondernemingen gebruikelijk om procedures te gebruiken om risico's ten aanzien van de zekerheid van levering, de kwaliteit van producten, alsmede hun bedrijfsreputatie te inventariseren, te beheersen en te beperken. Dergelijke due-diligence-processen worden steeds vaker aangewend ten aanzien van risico's die verband houden met de eerbiediging van mensenrechten of milieueffecten. Hiermee beoogt het bedrijfsleven tevens in te spelen op duurzaamheidswensen van consumenten en beleggers.<sup>44</sup>

Dwingendrechtelijke regels voor due-diligence-processen bestonden tot voor kort niet of nauwelijks. Het waren vooral gedragscodes ontwikkeld door het bedrijfsleven of *soft law*-instrumenten, zoals de VN-richtsnoeren voor het bedrijfsleven en mensenrechten<sup>45</sup> en de OESO-richtsnoeren voor verantwoord ondernemerschap,<sup>46</sup> die ondernemingen richtlijnen verschafften om hun processen vorm te geven.<sup>47</sup> In de laatste vijf jaar zijn er echter verschillende nationale wettelijke regelingen ontwikkeld die ieder op eigen wijze dwingendrechtelijke verplichtingen (zullen) opleggen aan ondernemingen tot het doen van due diligence op het terrein van mensenrechten en milieubescherming in internationale waardeketens.<sup>48</sup> Het CSDD-richtlijnvoorstel beoogt deze nationale regelingen te harmoniseren en zodoende de rechtszekerheid te waarborgen en gelijke concurrentievoorwaarden te bevorderen. Het grotere achterliggende doel is daarmee ondernemingen bij te laten dragen aan de transitie naar een duurzamere economie.<sup>49</sup>

### 3.2 Voorstel

De due-diligence-verplichtingen – in de CSDD-richtlijn de verplichtingen tot 'passende zorgvuldigheid' genoemd – vormen de kern van de voorgestelde regeling.<sup>50</sup> Zij houden in dat ondernemingen specifiek omschreven stappen ('maatregelen') moeten nemen gericht op het identificeren, voorkomen, verminderen en verantwoorden van feitelijke of potentiële 'negatieve effecten' op mensenrechten en milieu.<sup>51</sup> Die verplichtingen gelden niet alleen ten aanzien van eigen ondernemingsactiviteiten, maar ook voor die van dochterondernemingen en van partners in de 'waardeketen' waarmee een 'gevestigde zakelijke relatie' bestaat. Schending van de verplichtingen

kan leiden tot bestuursrechtelijke of civielrechtelijke aansprakelijkheid.<sup>52</sup>

Het voorstel definieert 'negatieve effecten' als enig negatief gevolg dat voortvloeit uit de schending van een of meer van de rechten, verplichtingen of verbodsbepalingen uit hoofde van internationale verdragen of regelingen die in de bijlage van de richtlijn worden gespecificeerd.<sup>53</sup> De 'waardeketen' ziet op die activiteiten die verband

42. COM(2022) 71 def., Toelichting p. 1.

43. Zie nader: P. Verbruggen, 'New Liabilities in Global Value Chains': An Introduction', *European Journal of Risk Regulation* 2022, afl. 4, p. 541-547 (themanummer New Liabilities in Global Value Chains).

44. COM(2022) 71 def., Toelichting p. 1-2.

45. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf)

46. <http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>

47. De overheidsregulering die er op nationaal of Europees niveau was richtte zich hoofdzakelijk op openbaarmakingsverplichtingen voor beursgenoteerde bedrijven. Zie in detail: C. Villiers, 'New Directions in the European Union's Regulatory Framework for Corporate Reporting, Due Diligence and Accountability: The Challenge of Complexity', *European Journal of Risk Regulation* 2022, afl. 4, p. 548-566 en S.F.W. van den Bosch, *Business at Risk: The Governance and Disclosure of Sustainability Risks* (diss. Tilburg), 2022.

48. Het gaat hier bijvoorbeeld om wetgeving (voorstellen) in België, Duitsland, Frankrijk, Luxemburg, Nederland, Noorwegen en Zweden. Zie nader COM(2022) 71 def., p. 1 en A. Lafarre & B. Rombouts, 'Towards Mandatory Human Rights Due Diligence: Assessing Its Impact on Fundamental Labour Standards', *European Journal of Risk Regulation* 2022, afl. 4, p. 574-578.

49. COM(2022) 71 def., Toelichting p. 3 en considerans 14.

50. Voor een volledig overzicht van de due-diligence-verplichtingen, als ook de voorstellen op het terrein van corporate governance en strategie verwijzen wij naar S.B. Garcia Nelen, 'Het voorstel voor een Europese Corporate Sustainability Due Diligence-richtlijn', *Ondernemingsrecht* 2022/41, afl. 7, p. 265-270; J.E.S. Hamster, 'Het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn inzake passende zorgvuldigheid op het gebied van duurzaamheid: een kritische verkenning', *MvO* 2022, afl. 5-6, p. 151-156; A.J.F. Lafarre & G.J.H. van der Sangen, 'Passende zorgvuldigheid in internationale handelsketens: Een rechtseconomische reflectie op de voorgestelde Corporate Sustainability Due Diligence-richtlijn', *NtER* 2022, afl. 9/10, p. 236-238 en De Kluiver in dit themanummer.

51. COM(2022) 71 def., art. 4, zoals nader uitgewerkt in art. 5 t/m 11.

52. *Ibid.*, art. 1, onder c en art. 20 en 22.

53. *Ibid.*, art. 3, onder c en d jo. Bijlage. Voor mensenrechten betreft het onder meer de rechten die voortvloeien uit het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, Universele Verklaring van de rechten van de mens en verschillende conventies van de Internationale Arbeidsorganisatie. In het kader van ecologische duurzaamheid vermeldt de bijlage verschillende specifieke internationale milieunormen. Deze normen zien onder meer op handel in bedreigde dier- en plantensoorten en vormen van milieuschade veroorzaakt door vervuiling of afvalverwerking. Beschermingsnormen inzake klimaatverandering ontbreken.

houden met de productie van goederen of het leveren van diensten door een onderneming, daaronder begrepen productontwikkeling, -gebruik of -verwijdering, evenals de daarmee verband houdende activiteiten ontplooit door gevestigde zakelijke relaties.<sup>54</sup> Een 'zakelijke relatie' is geen dochteronderneming, maar een juridische entiteit ('partner') (i) met wie de onderneming een commerciële overeenkomst heeft of aan wie de onderneming financiering, verzekering of herverzekering verstrekt, of ii) die voor of namens de onderneming zakelijke transacties verricht met betrekking tot de producten of diensten van de onderneming.<sup>55</sup> De relatie wordt als 'vast' bestempeld indien zij, direct of indirect, duurzaam van aard is of waarvan wordt verwacht dat zij duurzaam zal zijn, gelet op de intensiteit of de duur van de relatie en mate van belang in de waardeketen.<sup>56</sup>

De due-diligence-verplichtingen behelzen inspanningsverplichtingen. Zij verplichten ondernemingen tot het nemen van 'passende maatregelen' waarvan redelijkerwijze kan worden verwacht dat zij 'in de omstandigheden van een specifiek geval zullen leiden tot preventie of beperking tot een minimum van de negatieve effecten', rekening houdende met de specifieke kenmerken van de waardeketen (zoals de betrokken sector of het geografische gebied) en de (contractuele) mogelijkheden van de onderneming om haar direct en indirecte zakelijke relaties te beïnvloeden.<sup>57</sup> Het richtlijnvoorstel wijkt daarmee af van hetgeen rechtbank Den Haag overwoog in de *Shell*-klimaatzaak ten aanzien van de verplichting van Shell om haar CO<sub>2</sub>-uitstoot binnen haar waardeketen te verminderen. De rechtbank nam daarin namelijk aan dat Shell een 'resultaatsverplichting' heeft voor haar groepsmaatschappij om de gestelde CO<sub>2</sub>-reductie te behalen. Voor haar zakelijke relaties, inclusief de eindgebruikers van Shell-producten, in de waardeketen bestaat een 'zwaarwegende inspanningsverplichting', zonder dat rekening wordt gehouden met de kenmerken van de keten.<sup>58</sup>

De due-diligence-verplichtingen gelden voor grote transnationale ondernemingen, dat wil zeggen bedrijven met meer dan 500 werknemers en een wereldwijde omzet van € 150 miljoen, of meer dan 250 werknemers en een wereldwijde omzet van € 40 miljoen mits deze omzet wordt behaald in zogenaamde risicosectoren (waaronder textiel, hout, voeding en mijnbouw).<sup>59</sup> Ook ondernemingen die overeenkomstig de wetgeving van een niet-EU-lidstaat zijn opgericht, moeten de verplichtingen tegen zich laten gelden indien zij aan bepaalde omzetwaarden voldoen.<sup>60</sup> Vermoedelijk vallen circa 13.000 ondernemingen binnen en 4.000 ondernemingen buiten

de EU binnen het toepassingsbereik van de richtlijn.<sup>61</sup>

MKB-ondernemingen vallen buiten dat bereik.<sup>62</sup> Toch kunnen mkb'ers als ketenpartners van een grote onderneming die wel binnen dat bereik valt, betrokken raken bij de uitvoering van due-diligence-verplichtingen. Dat gebeurt bijvoorbeeld wanneer de grote onderneming passende maatregelen moet treffen om negatieve effecten te voorkomen en te beëindigen.<sup>63</sup> De onderneming moet daartoe onder meer proberen zogenaamde 'contractuele garanties' te verkrijgen van een directe partner waarmee zij een gevestigde zakelijke relatie heeft.<sup>64</sup> Die garanties moeten ervoor zorgen dat de gedragscode die de onderneming voert en die door haar werknemers en dochterondernemingen moeten worden nageleefd, ook door de directe partner wordt nageleefd. Deze partner kan dergelijke garanties ook verder in de waardeketen van zijn eigen zakelijke partners verkrijgen door middel van zogenaamde

54. *Ibid.*, art. 3, onder g.

55. *Ibid.*, art. 3, onder e.

56. *Ibid.*, art. 3, onder f. Cf. art. 1 lid 1 moet ten minste één keer per jaar opnieuw worden beoordeeld of een zakelijke relatie als 'gevestigd' dient te worden beschouwd.

57. *Ibid.*, considerans 15. Het voorstel rept over "middelenverbintenissen". Dat is de letterlijke vertaling van het Franse *obligations des moyennes*, waaronder gewoonlijk inspanningsverplichtingen wordt verstaan.

58. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Shell*-klimaatzaak), 4.4.37-4.4.39. De zwaarwegende inspanningsverplichting heeft in de literatuur de meeste kritiek gekregen vanwege de onbestemdheid ervan. Zie bijv. E.H.P. Brans & M.W. Scheltema, 'Aansprakelijkheid Shell voor klimaatverandering. Een 'carbon major' geconfronteerd met een reductiebevel', *M en R* 2021, afl. 7, p. 563-566.

59. *Ibid.*, art. 2 lid 1 onder a en b. Onduidelijk is overigens of de omzetwaarden de geconsolideerde omzet betreffen. Zie Garcia Nelen 2022, p. 265.

60. *Ibid.*, art. 2 lid 2.

61. *Ibid.*, Toelichting p. 16.

62. MKB-ondernemingen worden in het voorstel 'kleine en middelgrote ondernemingen' (kmo's) genoemd. Uitsluiting van MKB-ondernemingen is een punt van discussie. Zie Lafarre & Van der Sangen 2022, p. 236 (verwijzend naar Shift Project, 'The EU Commission's Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive: SHIFT'S ANALYSIS', 2022 <https://shiftproject.org/resource/eu-csdd-proposal/shifts-analysis/>).

63. COM(2022) 71 def., art. 7 en 8.

64. *Ibid.*, art. 7 lid 2, onder b en art. 8 lid 3, onder c.

‘cascadeovereenkomsten’.<sup>65</sup> De directe en indirecte ketenpartners van grote ondernemingen kunnen mkb’ers zijn. Grote ondernemingen zijn verplicht doelgerichte en evenredige steun te verlenen aan een mkb’er waarmee een gevestigde zakelijke relatie bestaat, indien de naleving van de gedragscode zijn levensvatbaarheid bedreigt.<sup>66</sup> Ook moeten zij de kosten van de verificatie door een onafhankelijke derde partij van naleving van de contractuele garanties door de MBK-onderneming dragen.<sup>67</sup> Mochten deze maatregelen niet leiden tot het voorkomen, beperken of beëindigen van de negatieve effecten, zijn de ondernemingen afhankelijk van de ernst van deze effecten, gehouden hun zakelijke relaties op te schorten of geheel te beëindigen.<sup>68</sup>

Niet-naleving van de due-diligence-verplichtingen kan leiden tot bestuursrechtelijke maatregelen (inclusief geldboetes) opgelegd door de nationale toezichthouder.<sup>69</sup> Het CSDD-richtlijnvoorstel voorziet ook een grond voor civielrechtelijke aansprakelijkheid. Die aansprakelijkheid bestaat voor de schade die het gevolg is van een schending van de verplichtingen inzake de preventie en beëindiging van (potentiële) negatieve effecten die de onderneming heeft geïdentificeerd of zou moeten hebben geïdentificeerd.<sup>70</sup> Ondernemingen zijn echter niet aansprakelijk voor schade veroorzaakt door een negatief effect voortvloeiend uit de activiteiten van een *indirecte* partner ten aanzien van wie zij door middel van cascadeovereenkomsten de voornoemde contractuele garanties heeft verkregen. Deze uitsluiting lijdt echter uitzondering in geval niet redelijkerwijs kon worden verwacht dat de maatregel die feitelijk werd getroffen toereikend zou zijn om het negatieve effect te voorkomen, reduceren, beëindigen of de omvang ervan tot een minimum te beperken.<sup>71</sup>

Bij de beoordeling van de vraag of aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door indirecte partners kan worden aangenomen en, zo ja in welke mate, moet rekening worden gehouden met de inspanningen van de onderneming om te voldoen aan herstelmaatregelen die een toezichthouder haar oplegde en met haar samenwerking met andere entiteiten om de negatieve effecten in haar waardeketen aan te pakken.<sup>72</sup> Het voorstel legt nog een belangrijke voorrangregel van internationaal privaatrecht neer: indien het recht dat van toepassing is op een schadevergoedingsvordering niet het recht van een lidstaat is, wordt de vordering niettemin beheerst door de bepalingen van het recht van de lidstaat ter omzetting van de richtlijn.<sup>73</sup>

Tot slot worden ondernemingen ook verplicht een plan vast te stellen om te verzekeren dat hun bedrijfsmodel en strategie verenigbaar zijn met

de overgang naar een duurzame economie en met de beperking van de opwarming van de aarde tot 1.5 °C zoals neergelegd in de Overeenkomst van Parijs.<sup>74</sup> Indien klimaatverandering als risico geldt voor de onderneming dient zij emissiereductiedoelstellingen in haar plan op te nemen.<sup>75</sup> De richtlijn koppelt geen civielrechtelijke aansprakelijkheidsgrond voor schade die voortvloeit uit het niet opstellen of uitvoeren van het klimaatplan. Het is aan de nationale toezichthouders om de verplichting te handhaven.<sup>76</sup>

### 3.3 Kritische reflectie

De voorgestelde CSDD-richtlijn zal indien aangenomen een krachtige stimulans zijn voor de grote onderneming die onder zijn bereik gaan vallen om risico’s voor de eerbiediging van mensenrechten en de bescherming van het milieu in hun waardeketens beter te reguleren. Zowel ecologische als sociale duurzaamheid zullen bij de richtlijn gebaat zijn. Onderzoek naar bestaande nationale due-diligence-verplichtingen toont reeds aan dat deze verplichtingen leiden tot duurzamer gedrag, met name bij ondernemingen die voorheen achterbleven in hun inspanningen

65. Het is gebruikelijk dat multinationale ondernemingen in commerciële contracten de verplichting aan de directe wederpartij opleggen dat deze laatste de regulering (incl. gedragscodes) waaraan hijzelf contractueel moet voldoen, ook oplegt aan zijn eigen leveranciers, en vervolgens die leveranciers aan hun leveranciers, enz. Om dat te bewerkstelligen worden kettingbedingen gebruikt. Het is onduidelijk of cascadeovereenkomsten op hetzelfde zien. Zie voor een inventarisatie: P. Verbruggen, ‘Private Regulatory Standards in Commercial Contracts: Questions of Compliance’, in H.-W. Micklitz, R. van Gestel & R. Brownsworth (red.), *Contract and Regulation: A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2017.

66. COM(2022) 71 def., art. 7 lid 2, onder d en art. 8 lid 3, onder e.

67. *Ibid.*, art. 7 lid 4, tweede alinea en art. 8 lid 5, tweede alinea.

68. *Ibid.*, art. 7 lid 5 en art. 8 lid 6.

69. *Ibid.*, art. 18 lid 4 en 5 jo. art. 20. Als er geen nieuwe autoriteit wordt ingesteld, lijkt van de bestaande toezichthouders de ACM de meest geëigende instantie de rol van nationale toezichthouder te vervullen.

70. *Ibid.*, art. 22 lid 1 jo. art. 6, 7 en 8.

71. *Ibid.*, art. 22 lid 2, eerste alinea.

72. *Ibid.*, art. 22 lid 2, tweede alinea.

73. *Ibid.*, art. 22 lid 5 en considerans 61. Op voet van art. 22 lid 4 zal deze voorrangregel naar verwachting niet reeds bestaande nationale wetgeving met een strengere aansprakelijkheidsregime voor niet-naleving van due-diligence-verplichtingen terzijde schuiven. Zie Hamster 2022, *op. cit.*, p. 157.

74. *Ibid.*, art. 15 lid 1.

75. *Ibid.*, art. 15 lid 2.

76. *Ibid.*, art. 17 lid 1.

ten aanzien van duurzaam ondernemen.<sup>77</sup> In die zin kan ook de CSDD-richtlijn een belangrijke bijdrage vormen voor de transitie naar een duurzamere economie. Dit veronderstelt wel dat de handhaving van de opgenomen due-diligence-verplichtingen voldoende effectief is. De onderstaande reflectie beperkt zich tot de vraag in hoeverre civiele aansprakelijkheid zoals vormgegeven in het richtlijnvoorstel aan die effectiviteit kan bijdragen.<sup>78</sup>

Het voorstel introduceert een grondslag voor de aansprakelijkheid van multinationale ondernemingen voor schade veroorzaakt door inbreuken op mensenrechten en milieunormen in hun waardeketens. De onderneming draagt aansprakelijkheid voor schade ontstaan door eigen handelen of door dat van dochterondernemingen, maar ook door dat van haar directe en indirecte zakelijke relaties. Het voorstel strekt daarmee nadrukkelijk verder dan de aansprakelijkheid binnen concernverhoudingen, een terrein dat vooralsnog door het nationale onrechtmatige daadsrecht wordt beheerst.<sup>79</sup> Die reikwijdte is wenselijk nu ondernemingen hun waardeketens niet langer slechts organiseren en aansturen via traditionele vennootschapsstructuren.<sup>80</sup> Tevens zijn de voorwaarden waaronder een multinationale onderneming aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door haar directe of indirecte ketenpartners nog maar weinig ontwikkeld in de jurisprudentie op nationaal niveau. De *Shell*-klimaatzaak is in die zin binnen de EU een zeldzaam geval.<sup>81</sup> Hoewel nationale wetgeving inzake due diligence-schadevergoedingsacties in de ene lidstaat mogelijk maakt, geldt dat niet voor andere lidstaten.<sup>82</sup> Gelet op deze diversiteit is een geharmoniseerd regime van civiele aansprakelijkheid voor schending van due-diligence-verplichtingen welkom.

Niettemin is het regime dat de CSDD-richtlijn voorstelt beperkt. Aansprakelijkheid bestaat slechts voor schade die het gevolg is van de schending van de verplichting om negatieve effecten te voorkomen en te beëindigen. Voor schade veroorzaakt door indirecte partners bestaat geen aansprakelijkheid indien de eerdergenoemde 'contractuele garanties' verkregen zijn.<sup>83</sup> De ratio voor het inbouwen van deze uitsluitingsgrond zal vermoedelijk zijn dat de onderneming zonder dergelijke garanties onvoldoende zeggenschap, controle of andersoortige invloed heeft ten aanzien van deze indirecte partners om hun aansprakelijkheid te rechtvaardigen. Hoe begrijpelijk de wens ook is om geen onbegrensde vorm van aansprakelijkheid te introduceren, wat de contractuele garanties precies zullen inhouden is voor nu onduidelijk. Ngo's reageerden dan ook uiterst kritisch op deze uitsluitingsgrond.<sup>84</sup>

De schrale troost voor nu is dat de Commissie niet-bindende modelcontracten zal opstellen om de garanties vast te leggen.<sup>85</sup>

Bezwaarlijk is verder te noemen dat het voorstel geen regels over verjarings- en vervalttermijnen, de vergoedbare schade en hoofdelijkheid behelst.<sup>86</sup> Bij afwezigheid van regels op deze en andere punten, geldt het recht dat de schadevergoedingsvordering beheerst (*lex causae*). Bij schendingen van mensenrechten of milieunormen binnen mondiale waardeketens zal dat in veel gevallen niet het recht zijn van een EU-lidstaat.<sup>87</sup> De voorrangregel van internationaal

77. Lafarre & Rombouts 2022, *op. cit.*, p. 583.

78. Zie voor kritiek op andere aspecten: Villiers 2022, *op. cit.*, Garcia Nelen 2022, *op. cit.*, Lafarre & Van der Sangen 2022, *op. cit.*, en Hamster 2022, *op. cit.*, alsmede diverse amendementen zoals voorgesteld door de Raad van Ministers (zie: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/nl/pdf>) en het Europese Parlement (<https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JUR>).

79. Zie daarover onder meer: G.J.H. van der Sangen & A.J.F. Lafarre, 'Transnationale ondernemingen en concernaansprakelijkheid. Beschouwingen naar aanleiding van de Shell/Nigeriazaken', *WPNR* 2021/7342 en 7343 en L. Smeehuijzen, 'Aansprakelijkheid van de moeder bij onrechtmatige daden van de dochter', *NJB* 2021/2813, p. 3190-3193.

80. Zie voor een duiding van deze 'governance' van waardeketens G. Gereffi, J. Humphrey & T. Sturgeon, 'The governance of global value chains', *Review of International Political Economy* 2005, afl. 1, p. 78-104.

81. Opgemerkt zij dat de Shell-klimaatzaak geen schadevergoedingsactie behelst. De rechtbank legt 'slechts' een bevel op aan Shell tot CO<sub>2</sub>-emissiereductie. Andere voorbeelden van schadevergoedingsacties (beide aanhangig) zijn Oberlandesgericht Hamm (Duitsland), 30 november 2017, I-5 U 15/17 (*Luciano Liuuya v. RWE AG*) en Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk), 10 maart 2021, *Begum v Maran (UK) Ltd* [2021] EWCA Civ 326.

82. Cf. COM(2022) 71 def., p. 15 (refererend aan de Franse en de Duitse due-diligence-wetgeving).

83. *Ibid.*, art. 22 lid 2, eerste alinea. De uitsluiting geldt echter niet indien het in de omstandigheden van het geval onredelijk was te verwachten dat de garanties adequaat zouden zijn om de schending te voorkomen.

84. Zie bijv. European Coalition for Corporate Justice, 'Dangerous gaps undermine EU Commission's new legislation on sustainable supply chains' 23 februari 2022, <https://corporatejustice.org/news/dangerous-gaps-undermine-eu-commissions-new-legislation-on-sustainable-supply-chains/> ('The text implies that companies could fulfil their obligations by adding certain clauses in their contracts with suppliers and offloading the verification process to third parties.'). Lafarre & Van der Sangen 2022, *op. cit.* wijzen op het gevaar met de afspraken 'safe havens' te creëren (p. 238).

85. COM(2022) 71 def., art. 12.

86. Vgl. het Parlement (voetnoot 78 *supra*), dat op deze punten amendementen voorstelt (mrs. 200-201).

87. De *Shell Nigeria*-zaken illustreren dit punt. Hof Den Haag, 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132, 133 en 134. Zie uitgebreid Van der Sangen & Lafarre 2021, Smeehuijzen 2021 en De Kluiver in dit nummer.



privaatrecht die het voorstel omvat maken dit niet anders.<sup>88</sup> Het gevolg is dat een vordering in die gevallen door meerdere rechtsstelsels beheerst zal worden.<sup>89</sup> Voorgaande procedures maakten duidelijk dat verjarings- en vervaltermijnen in niet-EU-lidstaten uiterst kort kunnen zijn en zo effectief schadevergoedingsvorderingen uitsluiten.<sup>90</sup> Voorts kan verwacht worden dat in toekomstige procedures getwist gaat worden over de vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking komt. Hoewel aannemelijk is te veronderstellen dat letsel en zaakschade veroorzaakt door een inbreuk op mensenrechten en milieunormen vergoedbaar zijn, is onzeker of zuivere vermogensschade (bijvoorbeeld geleden door zakenpartners) ook voor vergoeding in aanmerking komt. Nationale regels op dit terrein zijn notoir verschillend.<sup>91</sup>

Ook het ontbreken van een regeling van hoofdelijkheid (daaronder begrepen regels van regres) is een gemis dat raakt aan de effectiviteit van het voorstel. Aangezien het voorstel de aansprakelijkheid van dochterondernemingen of zakelijke relaties (direct of indirect) niet uitsluit,<sup>92</sup> kan de benadeelde wanneer zijn vorderingen slagen meerdere daders aanspreken ter vergoeding van zijn schade. Regels van hoofdelijkheid zorgen ervoor dat de benadeelde ieder van de daders voor het geheel kan aanspreken. De onderneming op wie de due-diligence-verplichtingen rust, zal naar verwachting ook de dader zijn die het meest solvabel is. Het is dan ook waarschijnlijk dat deze onderneming wordt aangesproken ter vergoeding van de schade. De *lex causae* kan echter bepalen dat deze onderneming conform regels van partiële aansprakelijkheid ('several liability') slechts aansprakelijk is voor een deel van de schade. Dat is in het bijzonder zo wanneer haar aandeel in de veroorzaking van de schade feitelijk beperkt is en haar dus slechts in geringe mate een verwijt valt te maken van de schade.<sup>93</sup> Zo kan het zijn dat de benadeelde overeenkomstig de regels van het richtlijnvoorstel de aansprakelijkheid van de dader vestigt, doch overeenkomstig de *lex causae* niet zijn gehele schade vergoed krijgt. Voor het gedeelte dat niet vergoed wordt, moet hij terecht bij de zakenpartner in de hoop dat die (of diens verzekeraar) verhaal biedt. Regels over hoofdelijkheid voor schade die is ontstaan door zelfstandige, onrechtmatige gedragingen van de onderneming en haar ketenpartners kunnen dergelijke situaties voorkomen.

Tot slot wordt opgemerkt dat het voorstel geen regels bevat inzake bewijs en collectieve acties. Beide onderwerpen worden aan de lidstaten overgelaten.<sup>94</sup> Wat betreft bewijs, zal de *lex fori*-kwesties van formeel bewijsrecht, zoals het toegestane bewijs en de rechterlijke waardering van

bewijs, beheersen. De *lex causae* zal daarentegen het materiele bewijsrecht, zoals wettelijke vermoedens en bijzondere regels inzake de bewijslastverdeling, bepalen.<sup>95</sup> In de praktijk is het bijzonder moeilijk gebleken voor benadeelden te slagen in het leveren van voldoende overtuigend bewijs over enerzijds de vermeende schending van mensenrechten of milieunormen, zoals eventueel neergelegd in gedragscodes, en anderzijds het causale verband tussen die schending en de door hen geleden schade.<sup>96</sup> Bovendien zijn de kosten gemoeid met het procederen tegen ondernemingen, daaronder begrepen een eventuele proceskostenveroordeling, een sta-in-de-weg voor benadeelden.<sup>97</sup> Hier zouden collectieve acties kunnen helpen.<sup>98</sup> De nationale procedurele regels voor dergelijke acties in de EU zijn op dit

88. G. van Calster, 'The European Commission's Corporate Sustainability Due Diligence proposal. Some thoughts on the conflict of laws', 25 maart 2021, <https://gavclaw.com/2022/03/25/the-european-commissions-corporate-sustainability-due-diligence-proposal-some-thoughts-on-the-conflict-of-laws/>.

89. Zie voor een verdere analyse van aspecten van internationaal privaatrecht en suggesties om een stapeling van jurisdicties te voorkomen European Law Institute, *Business and Human Rights: Access to Justice and Effective Remedies*, 2022 [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Report\\_on\\_Business\\_and\\_Human\\_Rights.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Report_on_Business_and_Human_Rights.pdf), p. 43-61.

90. Zie bijv. Ontario Court of Appeal (Canada), 12 december 2018, *Das v. George Weston Limited*, 2018 ONCA 1053, waarin de vordering ter vergoeding van de schade geleden als gevolg van de instorting van het Rana Plaza-complex in Bangladesh effectief werd afgewezen vanwege het verlopen van de eenjarige vervaltermijn van het toepasselijke Bengalese recht.

91. M. Bussani & V. Palmer (red.), *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.

92. COM(2022) 71 def., art. 22 lid 3.

93. Zie voor het concept van partiële aansprakelijkheid: K. Maes, *Secundaire aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de reikwijdte van de zorgplicht van beheerders van private ruimten* (diss. Utrecht) 2020, p. 491 e.v. (als ook aangehaald in *Hamster* 2022, op. cit., p. 157).

94. COM(2022) 71 def., considerans 58 (betreffende bewijs).

95. Vgl. gerechtshof Den Haag, 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132, r.o. 3.1 (met verwijzing naar art. 3:10 BW).

96. European Coalition for Corporate Justice, *Suing Goliath: An Analysis of Civil Cases against EU Companies for Overseas Human Rights and Environmental Abuses*, 2021, <https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2021/09/Suing-Goliath-FINAL.pdf>, p. 77. Het Europees Parlement (voetnoot 78 *supra*) doet diverse voorstellen de bewijslast ten gunste van de benadeelden te wijzigen (amendement nrs. 200-201).

97. In de zaak *Das v. Weston* (zie voetnoot 90, *supra*) volgende in eerste aanleg een proceskostenveroordeling van ongeveer € 1.750.000,-. In hoger beroep werden deze kosten met 30% verminderd gelet op de 'public interest litigation'-component van de zaak. Zie 2018 ONCA 1053, r.o. 273.

98. European Law Institute 2022, *op. cit.*, p. 30-31.

moment echter niet voldoende algemeen dat ze schadevergoedingsvorderingen zoals mogelijk gemaakt onder het richtlijnvoorstel kunnen waarborgen.<sup>99</sup>

## 4. Productaansprakelijkheid

### 4.1 Achtergrond

Het derde en laatste wetgevingsvoorstel dat wij hier behandelen betreft de herziening van de Richtlijn Productaansprakelijkheid.<sup>100</sup> De richtlijn, geïmplementeerd in afdeling 6.3.3 van het BW, behoort tot oudste van kracht zijnde wetgeving van het Europees privaatrecht. Echter, sinds haar vaststelling in 1985 is de wijze van productie, distributie en gebruik van producten onder invloed van nieuwe digitale technologieën, waaronder artificiële intelligentie (AI), de expansie van mondiale waardeketens en de opkomst van bedrijfsmodellen voor de circulaire economie flink veranderd. Deze ontwikkelingen hebben geleid tot inconsistenties en rechtsonzekerheid. Een van de doelen van het voorstel dat de Commissie in september 2022 presenteerde ter herziening van de Richtlijn Productaansprakelijkheid is dan ook ervoor te zorgen dat de regels van productaansprakelijkheid 'rekening houden met de aard en de risico's van producten in het digitale tijdperk en de circulaire economie'.<sup>101</sup> Wat betreft de circulaire economie merkt het voorstel specifiek op dat het initiatieven binnen de Europese Green Deal en het actieplan voor een circulaire economie beoogt te versterken door consumenten een recht op vergoeding van schade als gevolg van ondeugdelijk 'gewijzigde producten' te verschaffen, en door de industrie de rechtszekerheid te bieden die nodig is om circulaire bedrijfsmodellen te omarmen.<sup>102</sup>

### 4.2 Voorstel

Wie het herzieningsvoorstel bestudeert, kan zich echter niet onttrekken aan de indruk dat de meeste voorgestelde wijzigingen zien op de *digitale* en niet de circulaire transitie van onze samenleving en economie. Zo brengt het voorstel onder andere software, waaronder AI, binnen het toepassingsbereik van de richtlijn door deze dienst onder het productbegrip van artikel 1 (art. 6:187 lid 1 BW) te scharen.<sup>103</sup> Vanwege deze uitbreiding wijzigen ook de categorieën van aansprakelijke personen (art. 6:187 lid 2 t/m 4 BW) en schade die voor vergoeding in aanmerking komen (art. 6:190 BW).<sup>104</sup> Ook introduceert het voorstel nieuwe regels voor het openbaar maken van bewijsmateriaal en een aantal bewijsvermoedens ten aanzien van de gebrekkigheid van producten en het causaal verband tussen die gebrekkigheid en de geleden schade.<sup>105</sup> Andere belangrijke wijzigingen zijn dat het voorstel er voor zorgt dat de benadeelde altijd een onderneeming in de EU kan aanspreken voor de schade

die hij lijdt als gevolg van een gebrekkig product dat rechtstreeks van een fabrikant buiten de EU werd gekocht,<sup>106</sup> en dat het voorstel zorgt voor een beter afstemming met het productveiligheidsrecht van de Unie.<sup>107</sup> Een voor Nederland belangrijke verandering is het voorstel dat personen die in de rechten van de benadeelde zijn gesubrogeerd (bijv. verzekeraars), ook gerechtigd zijn een vordering op voet van het aansprakelijkheidsregime van de richtlijn in te stellen.<sup>108</sup> Hiermee zou voor wat betreft vordering gestoeld op de implementatiewetgeving van de Richtlijn Productaansprakelijkheid een einde komen aan de 'Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten' van artikel 6:197 BW.

Om bij te dragen aan de duurzaamheidsdoelstellingen van de Unie, doet de Commissie één voorstel tot wijziging van de huidige Richtlijn Productaansprakelijkheid. Beoogd wordt dat iedere persoon die een reeds in de handel gebracht of in gebruik gesteld product wijzigt, als fabrikant wordt beschouwd voor zover de wijziging conform de toepasselijke Europese of nationale regels van productveiligheid als ingrijpend wordt gezien en de wijziging buiten de invloedssfeer van de oorspronkelijke fabrikant plaatsvindt (cf. artikel 7 lid 4). Een ingrijpende wijziging is bijvoorbeeld een wijziging van de origineel beoogde functies of prestaties van het product, waardoor de aard en omvang van de veiligheidsrisico's van het product veranderen als gevolg waarvan vervolgens de conformiteit van het product met de veiligheidsvoorschriften opnieuw

99. *Ibid.*, p. 33-34.

100. Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken PbEG 1985, L 210, laatst gewijzigd bij Richtlijn 1999/34/EG, PbEG 1999, L 141.

101. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake aansprakelijkheid voor producten met gebreken, 28 september 2022, COM(2022) 495 def., Toelichting p. 2. Zie tevens considerans 3.

102. *Ibid.*, Toelichting p. 5-6.

103. *Ibid.*, art. 4 lid 1. Zie tevens Toelichting p. 6 en considerans 12-13.

104. *Ibid.*, art. 6 lid 11 t/m 17 (aansprakelijke personen) en art. 4 lid 6 (schadesoorten).

105. *Ibid.*, art. 8 en 9. Zie tevens Toelichting p. 2 en considerans 3 en 30-35.

106. *Ibid.*, art. 7 lid 1 t/m 3 en lid 5-6. en 9. Zie tevens Toelichting p. 2 en considerans 27-28.

107. *Ibid.*, art. 6 lid 1 onder f en g, art. 7 en art. 9 lid 2, onder b. Zie tevens Toelichting p. 2-4 en 13, en considerans 4, 24, 27-28 en 33.

108. *Ibid.*, art. 5 lid 2, onder a.

beoordeeld moet worden.<sup>109</sup> Indien de aangesprokene echter kan aantonen dat de schade veroorzaakt is door een onderdeel van het product waarop de wijziging geen betrekking heeft, ontloopt hij aansprakelijkheid. Een bedrijf dat reparaties of andere verrichtingen uitvoert die geen ingrijpende wijzigingen zijn, blijft geheel buiten schot.<sup>110</sup>

### 4.3 Kritische reflectie

Met de voorgestelde wijziging beoogt de Commissie duidelijkheid te scheppen over de mogelijke aansprakelijkheid van natuurlijke en rechtspersonen die producten repareren, reviseren of bewerken om de levensduur van producten of hun componenten te verlengen. Het kan echter betwijfeld worden of *refurbishment* binnen het bereik van de beoogde wijziging valt. Onder *refurbishment* kan worden verstaan het reinigen, repareren, inspecteren en testen van producten en hun onderdelen waardoor de originele kwaliteit van het product wordt hersteld.<sup>111</sup> Het begrip kan echter ook inhouden: ‘het verbeteren of herstellen van presentaties en/of functionaliteit, of het laten conformeren aan toepasselijke technische standaarden en veiligheidsvoorschriften, als gevolg waarvan een volledig functioneel product wordt verkregen dat gebruikt kan worden voor tenminste het oorspronkelijke doel.’<sup>112</sup> Hoewel in de eerste definitie de *refurbisher* buiten het bereik van de herziene richtlijn zal vallen, kan dat niet met zekerheid gezegd worden indien de tweede definitie gehanteerd wordt. Het voorstel benoemt *refurbishment* in zijn geheel niet en daarom is het onduidelijk of de *refurbisher* binnen het toepassingsbereik van de nieuwe richtlijn valt. Ongeacht de normatieve vraag of *refurbishment* binnen dat bereik zou moeten vallen, zou het gelet op de rol die het speelt in de beleidsdocumenten van de Commissie betreffende circulariteit, de rechtszekerheid ten goede komen als *refurbishment* expliciet in de richtlijn wordt gedefinieerd. Zo wordt de verhouding tussen de fabrikant van het eindproduct en *refurbisher* duidelijk en kan beter een onderscheid worden gemaakt tussen gebreken in het oorspronkelijke product en het gewijzigde product.<sup>113</sup>

Vanuit het perspectief van ecologische duurzaamheid is het een gemiste kans dat het voorstel niet ingaat op andere aspecten van circulaire waardeketens die tot schade kunnen leiden. In dergelijke ketens kan een product niet eindigen bij een eindgebruiker, maar blijft het product of zijn onderdelen via *refurbishment*, hergebruik (*reuse*), herproductie (*remanufacturing*) en recycling in gebruik. De veiligheidsrisico's gemoeid met circulariteit hebben nog maar weinig aandacht van beleidsmakers en van academici gekregen. Onlangs werd in de academische literatuur de suggestie gedaan

dat ook het productaansprakelijkheidsrecht kan bijdragen aan de transitie naar circulaire waardeketens.<sup>114</sup> Hiertoe zouden wel de begrippen van ‘product’, ‘gebrek’ en ‘schade’ breder moeten worden geïnterpreteerd. Onder de huidige richtlijn zal de fabrikant van een eindproduct dat bij disassemblage of recycling een defect bevat dat letselschade of zaakschade tot gevolg heeft, hoogstwaarschijnlijk niet aansprakelijk zijn. Ten eerste is de schade niet ontstaan door het product zoals de fabrikant dat in het verkeer heeft gebracht (artikel 6:185 lid 1, onder a BW). Ten tweede ontstaat de schade niet in het kader van het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het product (artikel 6:186 BW). Ten derde is het de vraag of de natuurlijke persoon (bijv. een werknemer of vrijwilliger) die schade lijdt tijdens het recyclingproces als benadeelde een vordering op basis van afdeling 6.3.3 BW kan instellen.<sup>115</sup>

In een circulaire waardeketen, waarin het product een circulair productontwerp heeft, zal het product ook na het beoogde gebruik door de consument een beoogd doel van hergebruik – in welke vorm dan ook – hebben. Het is in die omstandigheden dus redelijkerwijs te verwachten dat het product of tenminste zijn onderdelen gerecycled worden. Schade die optreedt in dat

109. *Ibid.*, considerans 29. Zie specifiek Europese Commissie, ‘De Blauwe Gids van 2022: richtlijnen voor de uitvoering van de productvoorschriften van de EU’, *PbEU C* 247, 29 juni 2022, p. 1-152, onder par. 2.1. Zie tevens art. 12 van het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake algemene productveiligheid, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1025/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 87/357/EEG van de Raad en Richtlijn 2001/95/EG van het Europees Parlement en de Raad, 30 juni 2021, COM(2021) 346 def.

110. COM(2022) 495 def., considerans 29.

111. Zie bijv. M.W. Bijloo, ‘Refurbished goederen & onderdelen, en herstel en vervanging op grond van artikel 7:21 BW’, *Contracteren* 2022, afl. 4, p. 138 en European Law Institute, *ELI’s Feedback on the European Commission’s Proposal for a Revised Product Liability Directive*, 2022, [https://europeanlaw-institute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Feedback\\_on\\_the\\_EC\\_Proposal\\_for\\_a\\_Revised\\_Product\\_Liability\\_Directive.pdf](https://europeanlaw-institute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_on_the_EC_Proposal_for_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf), p. 17.

112. International Resource Panel, *Re-defining Value – The Manufacturing Revolution. Remanufacturing, Refurbishment, Repair and Direct Reuse in the Circular Economy*, United Nations Environment Programme, Nairobi, Kenya 2018, p. 25 (onze vertaling).

113. Zie ook European Law Institute, *op. cit.*, p. 17.

114. V. Ulfbeck, ‘From Linear to Circular Value Chains: A Role for Tort Liability in Recycling Practices?’, *European Journal of Risk Regulation*, afl. 4, p. 603-617.

115. *Ibid.*, p. 607-612.

proces als gevolg van een productontwerp dat recycling onveilig maakt, zou in dat geval voor vergoeding in aanmerking moeten komen. Iedere visie op dit punt ontbreekt vooralsnog in het herzieningsvoorstel en moet volgens ons als een gemis worden beschouwd.

### 5. Synthese en conclusie

In deze bijdrage bespraken wij drie recente Europese wetgevingsvoorstellen op het brede terrein van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Hoewel de voorstellen zeer verschillende materie behelzen, omvatten zij alle drie nieuwe dwingendrechtelijke verplichtingen voor ondernemingen betreffende duurzaamheid waarvan de overtreding door het aansprakelijkheidsrecht gesanctioneerd kunnen worden. Die verplichtingen vullen elkaar aan daar waar ondernemingen zich in mondiale waardeketens bewegen. De voorgestelde CSDD-richtlijn regelt de wijze waarop multinationale ondernemingen in zakelijke verhoudingen de (potentieel) negatieve effecten van hun activiteiten voor mensenrechten en milieu moeten beheersen. Indien zij voldoen aan de voorgestelde due-diligence-verplichtingen, eventueel met hulp van derde partijen zoals keurings- en certificeringsinstellingen, zullen zij ook beter in staat zijn de 'duidelijke, objectieve en verifieerbare' uitlatingen te doen over de maatschappelijke en milieueffecten van hun producten, merk of bedrijf in handelspraktijken gericht op consumenten zoals de Richtlijn OHP dat verlangt. Mochten die uitlatingen het product zelf betreffen, wordt de richtlijn productaansprakelijkheid relevant. Onjuiste of incomplete informatie over de kwaliteit of het gebruik van het product kan immers leiden tot de gebrekkigheid van het product. De richtlijn ziet op risico's die uitgaan van het product zelf en niet, zoals de CSDD-richtlijn, op risico's voor mensenrechten en milieu veroorzaakt door productieactiviteiten in waardeketens. Zo bezien liggen de drie voorstellen in elkaars verlengde en kunnen zij gezamenlijk een bijdrage leveren aan duurzamere waardeketens.

Binnen de wetgevingsvoorstellen voeren de verplichtingen inzake ecologische duurzaamheid de boventoon. Het voorstel tot wijziging van de Richtlijn OHP beoogt met name misleiding door milieucclaims te verbieden door nieuwe handelspraktijken gericht op vermeende milieueffecten toe te voegen aan de lijst van verboden praktijken. Verwarrend genoeg ziet het begrip 'duurzaamheid' in dit voorstel echter niet op ecologische duurzaamheid, maar op de levensduur van het aangeboden goed.<sup>116</sup> Sociale duurzaamheid komt slechts aan de orde daar waar handelaren verplicht worden correcte en duidelijke informatie te verschaffen over de beweerde maatschap-

pelijke effecten van hun producten. In het voorstel wordt onder sociale duurzaamheid onder meer verstaan 'arbeidsomstandigheden, liefdadigheidsbijdragen of dierenwelzijn'.<sup>117</sup> In het voorstel tot herziening van de richtlijn productaansprakelijkheid is deze sociale dimensie van duurzaamheid geheel afwezig. Zij vormt daarentegen wel een fundamenteel punt in het CSDD-richtlijnvoorstel, waarin de borging van risico's voor zowel mensenrechten als milieu in waardeketens centraal staat. In dat voorstel bestaat er dus een zekere balans tussen beide vormen van duurzaamheid. Sociale duurzaamheid is anders dan in het richtlijnvoorstel inzake OHP specifiek gericht op mensenrechtenbescherming en veiligheid; zij omvat geen andere aspecten, zoals bijv. dierenwelzijn of diversiteit, participatie en sociale cohesie. De vorm van duurzaamheid die wordt nagestreefd verschilt dus per wetgevingsvoorstel.

Bij alle drie de voorstellen lijkt het civiele aansprakelijkheidsrecht een beperkte rol te (kunnen) gaan spelen in het bewerkstelligen van de geformuleerde duurzaamheidsdoelstellingen. Voor zover de op te leggen verplichtingen aan die doelstellingen beantwoorden, staan diverse praktische obstakels in de weg aan de handhaving van die verplichtingen via het aansprakelijkheidsrecht. Voor het voorstel van de richtlijn OHP geldt dat de weging van enerzijds de kosten van een civiele procedure en de beperkte gevallen waarin schadevergoeding wegens oneerlijke handelspraktijken beschikbaar is en anderzijds de kosteloze handhaving door de RCC en ACM, maakt dat het aansprakelijkheidsrecht slechts in uitzonderlijk gevallen in stelling zal worden gebracht. Voor de CSDD-richtlijn geldt dat naast de kosten van procederen tegen een multinationale onderneming ook cruciale kwesties van internationaal privaatrecht en bewijs een sta-in-de-weg zullen zijn. Wij verwachten dan ook dat de in het voorstel voorziene bestuursrechtelijke toezichthouders de hoofdmoot van de handhavingsactiviteiten zullen uitoefenen. Wij zien wel een goede mogelijkheid dat benadeelden, gelijk het Europese mededingingsrecht, zogenaamde 'follow-on schadeclaims' zullen instellen indien een toezichthouder een schending van de relevante

116. Zie voetnoot 22, *supra*.

117. COM(2022) 143 def., considerans 3.

due-diligence-verplichtingen heeft geconstateerd.<sup>118</sup> Daar hebben de hoge proceskosten en complexiteit van het bewijs van een inbreuk op de rechtsregels geleid tot een specifieke sequentie in procedures van bestuurs- en civielrechtelijke aansprakelijkheid.<sup>119</sup>

Afgezien van proceskosten, bewijslastverdeling en vraagstukken van internationaal privaatrecht, bestaan er in de voorstellen ook onduidelijkheden ten aanzien van de inhoud en reikwijdte van de nieuwe verplichtingen waarvan de schending tot aansprakelijkheid kan leiden. De verplichting in de CSDD-richtlijn voor onderneming om ‘contractuele garanties’ te verkrijgen bij directe gevestigde zakelijke relaties is daar een sprekend voorbeeld van.<sup>120</sup> Maar ook de vraag of een refurbisher binnen het bereik van de herziene richtlijn productaansprakelijkheid valt, beperkt de potentie van het voorstel tot een nieuwe richtlijn productaansprakelijkheid om bij te dragen aan het duurzaamheidsstreven van de EU. Zonder een duidelijke afbakening van zorgplichten zal het aansprakelijkheidsrecht slechts een beperkte sturende rol kunnen vervullen in het bewerkstelligen van dat streven.

Tot slot kan worden betwijfeld of de voorstellen inzake OHP en productaansprakelijkheid voldoende zijn om duurzamer consumentengedrag en meer circulaire waardeketens werkelijk te stimuleren. Wat betreft OHP blijft de Commissie koersen op het juist en zo volledig mogelijk informeren over de kenmerken van de aangeboden producten, zodat consumenten een geïnformeerd en weloverwogen besluit kunnen nemen over hun aankoop. Dit informatieparadigma alleen zal niet leiden tot duurzame keuzes van de consument. Voor een overgang naar een circulaire economie is een discussie over de verantwoordelijkheden en plichten van consumenten ook noodzakelijk,<sup>121</sup> waarbij de vraag op tafel ligt of het consumentenrecht een rol heeft in het ‘consuminderen’.<sup>122</sup> Ook de voorgestelde regels inzake productaansprakelijkheid lijken tekort te schieten in de ambitie om een circulaire economie te bevorderen. De wijzigingen zijn toegespitst op de aansprakelijkheid van de persoon die een reeds op de markt beschikbaar product ‘ingrijpend’ wijzigt, zonder te duiden of en in hoeverre refurbishment daaronder valt. In de praktijk belangrijkere processen van afvalafhandeling en recycling lijken buiten het regime te blijven. Waar de Commissie grote stappen vooruitzet om de richtlijn voor wat betreft digitalisering bij de tijd te brengen, doet ze dat niet voor circulariteit. In die zin brengen de voorstellen inzake OHP en productaansprakelijkheid niet de fundamentele veranderingen teweeg die nodig zijn om circulariteit te realiseren.

Onzes inziens zit dat veranderende potentieel veeleer in de dwingende (voorstellen tot) wetgeving gericht op productontwerp. Zo presenteerde de Commissie op dezelfde dag dat het voorstel tot wijziging van de OHP verscheen ook haar voorstel tot de Ecodesignverordening.<sup>123</sup> Dat voorstel legt een kaderwet neer voor het invoeren van vereisten voor het ecologische ontwerp van producten, onder andere voor verbetering van hun levensduur, herbruikbaarheid, verbeterbaarheid en reparerbaarheid, energie-efficiëntie en gehalte aan gerecycled materiaal.<sup>124</sup> Ook op andere terreinen ontwikkelt de Unie wetgeving voor duurzamere producten en productiemethoden.<sup>125</sup> De wetgevingsvoorstellen inzake OHP en productaansprakelijkheid vallen deze meer disruptieve initiatieven bij. Zonder deze initiatieven blijven zijn naar ons idee slechts aanpassingen in de marge.

118. Zie afd. 6.3.3B (art. 6:193k t/m 6:193t BW, Schending van mededingingsrecht).

119. De bewijslast zal in het geval van het voorstel tot wijziging van de richtlijn OHP geen noemenswaardig probleem opleveren voor consumenten. Handelaren worden op grond van artikel 6 lid 2 van de richtlijn verplicht hun milieueclaims met duidelijke, objectieve en verifieerbare informatie te baseren. Tevens geldt dat op basis van de nieuwe zwarte lijst een handelaar onrechtmatig handelt indien hij een generieke milieueclaim zoals ‘milieuvriendelijk’, ‘milieubewust’, ‘groen’ of ‘ecologisch verantwoord’ gebruikt zonder daarbij te kunnen aantonen dat zijn product de erkende voortreffelijke milieuprestaties die relevant zijn voor de claim bezit. In beide gevallen rust de bewijslast dus op de handelaar.

120. Zie tekst bij voetnoten 83-84, *supra*.

121. H.-W. Micklitz, ‘Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy’, *Journal of European Consumer and Market Law* 2019, afl. 6, p. 229-237.

122. C.M.D.S. Pavillon, ‘Dwingend consumentenrecht en de overgang naar een circulaire economie: het mes snijdt aan twee kanten’, *AA* 2022, afl. 7-8, p. 582 en E. Terrynt, ‘Consumentenrecht anno 2022: van silo- naar systeemdenken’, *TvC* 2022, afl. 5, p. 218.

123. Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende de totstandbrenging van een kader voor het vaststellen van vereisten inzake ecologisch ontwerp voor duurzame producten en tot intrekking van Richtlijn 2009/125/EG, 30 maart 2022, COM(2022) 142 def. De Ecodesignrichtlijn wordt uitgebreid en heeft niet langer slechts betrekking op energieverbruikende producten.

124. *Ibid.*, considerans 5.

125. In juni 2022 steunde het Europees Parlement bijvoorbeeld het voorstel van de Commissie om vanaf 2035 geen CO<sub>2</sub>-uitstoot van nieuwe auto’s en bestelwagens meer te hebben (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0556&from=EN>). In november 2022 presenteerde de Commissie beleidsregels om het gebruik van verpakkingsmateriaal te reduceren en het hergebruik en de recycling ervan te stimuleren ([https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/ip\\_22\\_7155](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/ip_22_7155)).