Ucall Utrecht Centre for Accountability and Liability Law

Universiteit Utrecht

ZORGPLICHTEN VAN NEDERLANDSE ONDERNEMINGEN INZAKE INTERNATIONAAL MAATSCHAPPELIJK VERANTWOORD ONDERNEMEN

Een rechtsvergelijkend en empirisch onderzoek naar de stand van het Nederlandse recht in het licht van de *UN Guiding Principles*

Liesbeth Enneking
François Kristen
Kinanya Pijl
Tjalling Waterbolk
Jessy Emaus
Marjosse Hiel
Anne-Jetske Schaap
Ivo Giesen

Utrecht, december 2015

Dit onderzoek is verricht in opdracht van het WODC op verzoek van de Directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Veiligheid & Justitie en de Directie Juridische Zaken van het Ministerie van Buitenlandse Zaken.

© 2015 WODC, Ministerie van Veiligheid & Justitie. Auteursrechten voorbehouden.

VOORWOORD

Sportschoenen, benzine, koffie, smartphones. Veel van onze dagelijkse producten worden geproduceerd in het buitenland. Soms onder omstandigheden die wij hier in Nederland niet acceptabel zouden vinden. Dit roept ethische, politieke én juridische vragen op. Hoe ver reikt de maatschappelijke verantwoordelijkheid van Westerse ondernemingen die deze producten, veelal tegen lage kosten, laten produceren in minder ontwikkelde gastlanden en hier op de markt brengen? Rust er op hen een zorgplicht om te voorkomen dat hun eigen activiteiten, of die van hun lokale dochtermaatschappijen of toeleveranciers, resulteren in schade aan mens en milieu in de betreffende gastlanden? En als zulke schade ontstaat, onder welke omstandigheden kunnen deze internationaal opererende ondernemingen daarvoor dan in hun Westerse thuislanden aansprakelijk gesteld worden? Welke mogelijkheden bieden het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht en het straf(proces)recht om maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) te bevorderen in deze internationale context en redres te bieden bij schendingen van mens- en milieugerelateerde belangen?

In dit rapport wordt verslag gedaan van een onderzoek naar de vraag in hoeverre en op welke manier er in de Nederlandse wet en/of jurisprudentie een zorgplicht van Nederlandse vennootschappen ten aanzien van MVO is geregeld dan wel toegepast en in hoeverre de huidige stand van zaken zich verhoudt tot de *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* en de stand van zaken in de ons omringende landen. Daarbij wordt ook ingegaan op de invloed van deze juridische *status quo* op het vestigingsklimaat in die landen. Dit onderzoek is verricht in opdracht van het WODC op verzoek van de Directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Veiligheid & Justitie en de Directie Juridische Zaken van het Ministerie van Buitenlandse Zaken. Het onderzoek is op 1 december 2014 van start gegaan en op 1 december 2015 afgerond. De dataverzamelingsfase is op 1 september 2015 afgesloten. Dat betekent dat wetgeving, rechtspraak, literatuur en relevante ontwikkelingen van latere datum slechts incidenteel en waar mogelijk zijn meegenomen in dit rapport.

Het eerste hoofdstuk van dit rapport geeft een schets van de aanleiding van het onderzoek en van de opzet en afbakening daarvan en verkent kort het onderzoeksveld. In het tweede hoofdstuk wordt uitgebreid verslag gedaan van de bevindingen ten aanzien van de huidige stand van zaken op het gebied van het Nederlandse ondernemingsrecht, civiel aansprakelijkheidsrecht en straf(proce)recht. In het derde hoofdstuk zijn de bevindingen opgenomen ten aanzien van de huidige stand van zaken in het recht van vijf van de ons omringende landen (België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland). Het vierde hoofdstuk bevat de weergave van de bevindingen ten aanzien van een literatuurstudie en een beperkt aantal interviews met experts over de consequenties van de huidige stand van zaken in het recht van deze landen op het nationale vestigingsklimaat aldaar. In het vijfde hoofdstuk worden op grond van de eerste vier hoofdstukken overkoepelende bevindingen gepresenteerd en wordt afgesloten met een deels vooruitblikkende slotparagraaf.

Het onderhavige rapport is geschreven door Liesbeth Enneking (hoofdstukken 1 t/m 5 en eindredactie), François Kristen (hoofdstukken 2 t/m 5), Kinanya Pijl (hoofdstuk 4) en Tjalling Waterbolk (hoofdstukken 2 en 3). Aan delen van het rapport is meegeschreven door Jessy Emaus, Marjosse Hiel en Anne-Jetske Schaap en aan de eindredactie ervan is meegewerkt door Ivo Giesen. Alle auteurs zijn of waren verbonden aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (UCALL) van de Universiteit Utrecht.

De auteurs kregen zeer gewaardeerde ondersteuning van UCALL-studentassistenten Nathalie Steurrijs en Tess van der Linden, die hard gewerkt hebben aan het uitwerken van de interviewverslagen. Daarnaast zijn de auteurs in het eerste stadium van het onderzoek op weg geholpen door extern adviseurs Loes Lennarts en Erik Stam, beiden verbonden aan de Universiteit Utrecht. Lopende het onderzoek hebben zij verder medewerking gekregen van Victor van Campen, Jessica Eelman, Marjan

Groenouwe, Evelien de Kezel, Louise Vytopil en Thomas de Weers. Daarvoor zeggen wij hen allen op deze plaats zeer hartelijk dank.

Dank is uiteraard ook verschuldigd aan de zeer deskundige begeleidingscommissie waarmee bovendien zeer plezierig en professioneel werd samengewerkt. In de bijlagen bij dit onderzoek is een overzicht opgenomen van de leden van de begeleidingscommissie.

Last but certainly not least, the authors would like to extend their sincere gratitude to the 26 experts from Belgium, France, Germany, the Netherlands, the UK and Switzerland who were willing to participate in the interviews on the impact of regulation and case law in the field of international corporate social responsibility on the national investment climate. They have provided us not only with a wealth of information that has proven extremely useful in drafting this report, but also with an appreciation of the expertise on issues of international corporate social responsibility that exists in the six countries involved and, above all, a lot of inspiration.

Utrecht, december 2015

Mede namens de overige auteurs,

Liesbeth Enneking, François Kristen en Ivo Giesen
Utrecht Centre for Accountability and Liability Law

OVERZICHT

1 INLEIDING

1.1 AANLEIDING
1.2 ONDERZOEKSPROJECT
1.3 NADERE VERKENNING VAN HET ONDERZOEKSVELD
1.4 OPZET VAN HET ONDERZOEKSRAPPORT

2 NEDERLAND

2.1 INLEIDING
2.2 IMVO-GERELATEERDE JURIDISCHE PROCEDURES
2.3 VERPLICHTINGEN VAN HET BESTUUR EN DE RVC VAN EEN NEDERLANDSE ONDERNEMING IN HET KADER VAN (I)MVO EN DE ROL VAN CORPORATE GOVERNANCE
2.4 CIVIELRECHTELIJKE ZORGPLICHTEN VAN EEN NEDERLANDSE ONDERNEMING IN HET KADER VAN IMVO
2.5 STRAFRECHTELIJKE ZORGPLICHTEN VAN EEN NEDERLANDSE ONDERNEMING IN HET KADER VAN IMVO
2.6 CONCLUSIE

3 RECHTSVERGELIJKING

3.1 INLEIDING
3.2 BELGIË
3.3 DUITSLAND
3.4 FRANKRIJK
3.5 HET VERENIGD KONINKRIJK
3.6 ZWITSERLAND
3.7 CONCLUSIE

4 DE INVLOED VAN (I)MVO-REGELGEVING OP HET VESTIGINGSKLIMAAT

4.1 INLEIDING
4.2 THEORETISCH KADER
4.3 UITKOMSTEN INTERVIEWS
4.4 CONCLUSIE

5 OVERKOEPELENDE BESCHOUWINGEN

5.1 INLEIDING
5.2 DE JURIDISCHE STATUS QUO IN NEDERLAND IN HET LICHT VAN DE UN GUIDING PRINCIPLES
5.3 DE JURIDISCHE STATUS QUO IN NEDERLAND IN RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF EN IN HET LICHT VAN DE MOGELIJKE GEVOLGEN VOOR HET VESTIGINGSKLIMAAT
5.4 SLOT EN VOORUITBLIK

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord i
Overzicht v
Inhoudsopgave vii
Lijst van afkortingen xvii
Leesvervangende samenvatting xxv

1 INLEIDING 1

1.1 AANLEIDING 2

1.2 ONDERZOEKSPROJECT 6

1.2.1 Doel en vraagstelling 6

1.2.2 Methoden 7

- *Bronnenonderzoek* 7
- *Rechtsvergelijking* 7
- *Interviews* 7

1.2.3 Afbakening en duiding 8

- *Onderzochte rechtsgebieden* 8
- *MVO, IMVO en zorgplichten* 9
- *Object en omvang van de te beantwoorden onderzoeksvragen* 12
- *Omvang van de rechtsvergelijking* 13

1.3 NADERE VERKENNING VAN HET ONDERZOEKSVELD 14

1.3.1 (I)MVO en *global business regulation* 14

1.3.2 De UN Guiding Principles nader bezien 16

- *De plicht van de staat om mensenrechten te beschermen* 16
- *De verantwoordelijkheid van ondernemingen om mensenrechten te respecteren* 18
- *Herstel en/of verhaal voor slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen* 20
- *De juridische status en consequenties van de UN Guiding Principles* 21

1.3.3 Aansprakelijkheid voor schendingen van IMVO-gerelateerde Zorgplichten 23

- *De tendens richting foreign direct liability cases* 25
- *Foreign direct liability en verder* 27

1.4 OPZET VAN HET ONDERZOEKSRAPPORT 30

2 NEDERLAND 31

2.1 INLEIDING 32

2.2 IMVO-GERELATEERDE JURIDISCHE PROCEDURES 35

- *Procedures tegen Delft Instruments en medewerkers inzake leveranties nachtkijkers aan Irak* 35
- *Procedures tegen zakenman Van Anraat inzake betrokkenheid bij mensenrechtenschendingen in Irak* 36
- *Procedure tegen zakenman Kouwenhoven inzake illegale wapenleveranties en betrokkenheid bij oorlogsmisdrijven in Liberia* 37
- *Procedures tegen Trafigura inzake de dumping van afvalstoffen in Ivoorkust* 38
- *Procedures tegen Shell inzake olievervuiling in Nigeria* 42

2.3 VERPLICHTINGEN VAN HET BESTUUR EN DE RVC VAN EEN NEDERLANDSE ONDERNEMING IN HET KADER VAN (I)MVO EN DE ROL VAN CORPORATE GOVERNANCE 45

2.3.1 Inleiding 45

2.3.2 Relevante (I)MVO-gerelateerde normen 46

- *Algemene taakuitoefening en (I)MVO* 47
- *De Nederlandse Corporate Governance Code en (I)MVO* 50
- *Externe verslaglegging en (I)MVO* 52
- *Concernverhoudingen en IMVO* 54

2.3.3 Handhavingsmechanismen 55

- *Bestuurders- en commissarissenaansprakelijkheid* 56
- *De vernietiging van besluiten van organen van de vennootschap* 57
- *De Algemene Vergadering van Aandeelhouders* 59
- *Het enquêterecht* 59
- *Bestuurdersaansprakelijkheid wegens misleidende voorstelling van de toestand van de vennootschap in het jaarverslag* 61
- *Concernaansprakelijkheid* 62
- *Toerekening van kennis aan of tussen rechtspersonen* 66

2.3.4 Conclusie 67

2.4 CIVIELRECHTELIJKE ZORGPLICHTEN VAN EEN NEDERLANDSE ONDERNEMING IN HET KADER VAN IMVO 72

2.4.1 Inleiding 71

2.4.2 IPR-aspecten 71

- *Bevoegdheid* 73
- *Toepasselijk recht* 79
- *Erkenning en tenuitvoerlegging* 84

- *Extraterritorialiteit* 85

2.4.3 Zorgplichten en aansprakelijkheid 87

- *Aansprakelijkheid voor schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen* 88
- *IMVO-gerelateerde zorgplichten van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen* 93
- *Kwalitatieve aansprakelijkheid* 100
- *Andere relevante gronden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid* 107
- *Remedies* 109

2.4.4 Procedurele en praktische omstandigheden 111

- *Kosten* 112
- *Collectieve acties* 113
- *Bewijsgaring* 117

2.4.5 Conclusie 126

2.5 STRAFRECHTELIJKE ZORGPLICHTEN VAN EEN NEDERLANDSE ONDERNEMING IN HET KADER VAN IMVO 130

2.5.1 Inleiding 130

2.5.2 Betekenis van het straf(proces)recht 131

- *Materieel strafrecht* 131
- *Strafprocesrecht* 134

2.5.3 Rechtssubjecten en daderschapsconstructies 138

2.5.4 Zorgplichten 142

2.5.5 Rechtsmacht 144

- *Extraterritoriale rechtsmacht op grond van het nationaliteitsbeginsel* 144
- *Extraterritoriale rechtsmacht op grond van internationale verplichtingen* 145
- *Voorbeeld 1: mensenhandel* 146
- *Voorbeeld 2: internationale misdrijven* 147

2.5.6 Toerekening 148

2.5.7 Conclusie 151

2.6 CONCLUSIE 154

3 RECHTSVERGELIJKING 157

3.1 INLEIDING 158

3.2 BELGIË 160

3.2.1 Inleiding 160

3.2.2 IMVO-gerelateerde juridische procedures 163

- *Procedures tegen Total inzake betrokkenheid bij mensenrechtenschendingen in Myanmar* 163

3.2.3 Verplichtingen van bestuurders en commissarissen van Belgische vennootschappen in het kader van (I)MVO en de rol van corporate governance 164

- *Relevante (I)MVO-gerelateerde normen* 165
- *Handhavingsmechanismen* 167

3.2.4 Civielrechtelijke zorgplichten van Belgische ondernemingen in het kader van IMVO 169

- *IPR-aspecten* 170
- *Aansprakelijkheid voor schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen* 172
- *IMVO-gerelateerde zorgplichten van Belgische internationaal opererende ondernemingen* 176
- *Andere relevante gronden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid* 177
- *Remedies* 178
- *Procedurele en praktische omstandigheden* 179

3.2.5 Toegang tot de strafrechter 182

3.2.6 Conclusie 184

3.3 DUITSLAND 187

3.3.1 Inleiding 187

3.3.2 IMVO-gerelateerde juridische procedures 190

- *Procedure tegen Lidl inzake misleidende uitlatingen over werkomstandigheden in de productieketen* 190
- *Procedure tegen werknemers Lahmeyer inzake de bouw van de Merowedam in Sudan* 190
- *Procedure tegen manager Danzergroep inzake politiegeweld in de DRC* 191
- *Procedure tegen Kik inzake een fabrieksbrand in Pakistan* 192
- *Procedure tegen RWE inzake de gevolgen van klimaatverandering in Peru* 193

3.3.3 Verplichtingen van bestuurders en commissarissen van Duitse vennootschappen in het kader van (I)MVO en de rol van corporate governance 194

- *Relevante (I)MVO-gerelateerde normen* 194
- *Handhavingsmechanismen* 199

3.3.4 Civielrechtelijke zorgplichten van Duitse ondernemingen in het kader van IMVO 201

- *IPR-aspecten* 202
- *Aansprakelijkheid voor schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen* 205
- *IMVO-gerelateerde zorgplichten van Duitse internationaal opererende ondernemingen* 208
- *Andere relevante gronden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid* 210
- *Remedies* 212
- *Procedurele en praktische omstandigheden* 213

3.3.5 Toegang tot de strafrechter 215

3.3.6 Conclusie 218

3.4 FRANKRIJK 222

3.4.1 Inleiding 222

3.4.2 IMVO-gerelateerde juridische procedures 224

- *Procedure tegen Total inzake arbeidsrechtschendingen in Myanmar* 224
- *Procedure tegen Comilog inzake massaontslag in Gabon* 224
- *Procedures tegen Trafigura inzake de dumping van scheepsafval in Ivoorkust* 226
- *Procedure tegen Veolia en Alstom inzake de bouw van een spoorlijn in Jeruzalem* 226
- *Procedure tegen DLH inzake de aankoop van illegaal hout in Liberia* 227
- *Procedure tegen Amesys inzake mensenrechtenschendingen in Libië* 228
- *Procedure tegen Qosmos inzake mensenrechtenschendingen in Syrië* 229
- *Procedure tegen Samsung inzake misleidende uitlatingen over werkomstandigheden in de productieketen* 230
- *Procedure tegen Auchan inzake misleidende uitlatingen over werkomstandigheden in de productieketen* 230
- *Procedure tegen Vinci inzake mensenrechtenschendingen in Qatar* 231

3.4.3 Verplichtingen van bestuurders en commissarissen van Franse vennootschappen in het kader van (I)MVO en de rol van corporate governance 232

- *Relevante (I)MVO-gerelateerde normen* 233
- *Handhavingsmechanismen* 238

3.4.4 Civielrechtelijke zorgplichten van Franse ondernemingen in het kader van IMVO 242

- *IPR-aspecten* 242
- *Aansprakelijkheid voor schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen* 247
- *IMVO-gerelateerde zorgplichten van Franse internationaal opererende ondernemingen* 248
- *Andere relevante gronden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid* 252

- *Remedies* 255
- *Procedurele en praktische omstandigheden* 256

3.4.5 Toegang tot de strafrechter 258

3.4.6 Conclusie 260

3.5 HET VERENIGD KONINKRIJK 264

3.5.1 Inleiding 264

3.5.2 IMVO-gerelateerde juridische procedures 265

- *Procedure tegen RTZ Group inzake asbestblootstelling in Namibië* 265
- *Procedure tegen Thor Chemicals inzake blootstelling aan gevaarlijke stoffen in Zuid-Afrika* 266
- *Procedures tegen Cape en Gencor inzake asbestblootstelling in Zuid-Afrika* 267
- *Procedures tegen BP inzake oliewinning in Colombia* 268
- *Procedures tegen Trafigura inzake de dumping van afvalstoffen in Ivoorkust* 270
- *Procedures tegen Monterrico Metals en Rio Blanco Copper inzake politiegeweld in Peru* 271
- *Procedure tegen Anglo American SA inzake blootstelling aan kiezelstof in Zuid-Afrikaanse goudmijnen* 271
- *Procedure tegen Shell inzake olievervuiling in Nigeria* 272
- *Procedure tegen African Barrick Gold inzake politiegeweld in Tanzania* 273
- *Procedure tegen Tate & Lyle en T&L Sugars inzake profiteren van landroof in Cambodja* 274
- *Procedure tegen Vedanta Resources inzake milieuvervuiling in Zambia* 275
- *Procedure tegen Tonkili Iron Ore inzake mensenrechtenschendingen in Sierra Leone* 275

3.5.3 Verplichtingen van bestuurders en commissarissen van Engelse vennootschappen in het kader van (I)MVO en de rol van corporate governance 275

- *Relevante (I)MVO-gerelateerde normen* 277
- *Handhavingsmechanismen* 281

3.5.4 Civielrechtelijke zorgplichten van Engelse ondernemingen in het kader van IMVO 284

- *IPR-aspecten* 284
- *Aansprakelijkheid voor schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen* 288
- *IMVO-gerelateerde zorgplichten van Engelse internationaal opererende ondernemingen* 292
- *Andere relevante gronden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid* 296
- *Remedies* 297
- *Procedurele en praktische omstandigheden* 299

3.5.5 Toegang tot de strafrechter 301

3.5.6 Case studies materieel strafrecht 303

- *Bribery Act 2010* 303
- *Modern Slavery Act 2015* 306

3.5.7 Conclusie 308

3.6 ZWITSERLAND 313

3.6.1 Inleiding 313

3.6.2 IMVO-gerelateerde juridische procedures 315

- *Procedures tegen Nestlé inzake de moord op een vakbondsactivist in Colombia* 315
- *Procedure tegen Argor-Heraeus inzake verwerking van in de DRC gestolen goud* 316

3.6.3 Verplichtingen van bestuurders en commissarissen van Zwitserse vennootschappen in het kader van (I)MVO en de rol van corporate governance 317

- *Relevante (I)MVO-gerelateerde normen* 318
- *Handhavingsmechanismen* 322

3.6.4 Civielrechtelijke zorgplichten van Zwitserse ondernemingen in het kader van IMVO 323

- *IPR-aspecten* 323
- *Aansprakelijkheid voor schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen* 327
- *IMVO-gerelateerde zorgplichten van Zwitserse internationaal opererende ondernemingen* 329
- *Andere relevante gronden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid* 332
- *Remedies* 333
- *Procedurele en praktische omstandigheden* 333

3.6.5 Toegang tot de strafrechter 335

3.6.6 Materieelstrafrechtelijk uitstapje 336

3.6.7 Conclusie 337

3.7 CONCLUSIE 341

4 DE INVLOED VAN (I)MVO-REGELGEVING OP HET VESTIGINGSKLIMAAT 345

4.1 INLEIDING 345

4.2 THEORETISCH KADER 348

4.2.1 Inleiding 348

4.2.2 Factoren die van invloed zijn op het vestigingsklimaat 349

- *De Global Competitiveness Index van het World Economic Forum* 349
- *De Economist Intelligence Unit's Business Environment Ranking* 352

- *IMD World Competitiveness Index* 352
- *Fraser Institute's Economic Freedom Index* 353

4.2.3 De invloed van regelgeving op het vestigingsklimaat 353

- *Het ondernemingsrecht* 355
- *Het civiele aansprakelijkheidsrecht* 357
- *Het strafrecht* 358

4.2.4 De invloed van (I)MVO-gerelateerde regelgeving op het vestigingsklimaat 361

- *Negatieve invloed* 363
- *Positieve invloed* 363
- *Te verwaarlozen invloed* 366

4.2.5 Conclusie 368

4.3 UITKOMSTEN INTERVIEWS 370

4.3.1 Inleiding 370

4.3.2 Het nationale vestigingsklimaat in algemene zin 370

- *België* 371
- *Duitsland* 372
- *Frankrijk* 374
- *Nederland* 375
- *Het Verenigd Koninkrijk* 376
- *Zwitserland* 377

4.3.3 De invloed van IMVO-gerelateerde regelgeving en rechtspraak op het nationale vestigingsklimaat. 379

- *België* 380
- *Duitsland* 382
- *Frankrijk* 385
- *Nederland* 388
- *Het Verenigd Koninkrijk* 391
- *Zwitserland* 394

4.3.4 Synthese 397

4.4 CONCLUSIE 402

5 OVERKOEPELENDE BESCHOUWINGEN 405

5.1 INLEIDING 406

5.2 DE JURIDISCHE STATUS QUO IN NEDERLAND IN HET LICHT VAN DE UN GUIDING PRINCIPLES 410

5.2.1 DE UN GUIDING PRINCIPLES 410

5.2.2 (I)MVO-gerelateerde verplichtingen en de mogelijkheden tot handhaving daarvan op het gebied van het Nederlandse ondernemingsrecht 413

5.2.3 IMVO-gerelateerde verplichtingen en de mogelijkheden tot handhaving daarvan op het gebied van het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht 416

5.2.4 IMVO-gerelateerde verplichtingen en de mogelijkheden tot handhaving daarvan op het gebied van het Nederlandse straf(proces)recht 419

5.2.5 Discussie 423

- *De UN Guiding Principles en het Nederlandse ondernemingsrecht* 425
- *De UN Guiding Principles en het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht* 427
- *De UN Guiding Principles en het Nederlandse straf(proces)recht* 430

5.3 DE JURIDISCHE STATUS QUO IN NEDERLAND IN RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF EN IN HET LICHT VAN DE MOGELIJKE GEVOLGEN VOOR HET VESTIGINGSKLIMAAT 433

5.3.1 IMVO-gerelateerde verplichtingen en de mogelijkheden tot handhaving daarvan in rechtsvergelijkend perspectief 433

- *Het ondernemingsrecht* 433
- *Het civiele aansprakelijkheidsrecht* 434
- *Het strafprocesrecht* 436
- *Materieelstrafrechtelijke case studies* 438
- *IMVO-gerelateerde procedures: een overzicht* 439

5.3.2 De rol van het vestigingsklimaat 442

5.3.3 Discussie 445

5.4 SLOT EN VOORUITBLIK 450

Literatuurlijst 455
Begeleidingscommissie 477
Vragenlijst interviews Nederlandstalig 479
Vragenlijst interviews Engelstalig 487

AFKORTINGEN

Aant.
Aantekening
AC
Appeal Cases (Law Reports)
AFPS
Association France-Palestine Solidarité
A-G
Advocaat-Generaal
AG
Aktiengesellschaft
AktG
Aktiengesetz
All E.R.
All England Law Reports
APS
Amsterdam Port Services
Art.
Artikel
Artt.
Artikelen
ATS
Alien Tort Statute
AVA
Algemene Vergadering van Aandeelhouders
AVAS
Afwezigheid van alle schuld

BBC
British Broadcasting Company
BBP
Bruto binnenlands product
(B)BW
(Belgisch) Burgerlijk Wetboek
BERR
Department for Business Enterprise & Regulatory Reform
BGB
Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ
Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Brussel Ibis-Vo.
Brussel Ibis-Verordening (herschikking Brussel I-Verordening)
B.S.
Belgisch Staatsblad
BSCI
Business Social Compliance Initiative
BV
Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BVBA
Besloten Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (België)

BW
Burgerlijk Wetboek

CC
Code Civil
CNCDH
Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme
CO
Code Féderal Suisse des Obligations
COFRAC
Comité français d'accréditation
CPC
Code de procédure civile
CPP
Code de procédure pénal
CPR
Civil Procedure Rules
CPS
Crown Prosecution Service
CSR
Corporate Social Responsibility

DLH
Dalhoff, Larsen and Horneman
DPP
Director of Public Prosecution
DRC
Democratische Republiek Congo

EC
Europese Commissie
ECCHR
European Center for Constiutional and Human Rights
EEG
Europese Economische Gemeenschap
EER
Europese Economische Ruimte
EG
Europese Gemeenschap
EHRM
Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EIU
Economist Intelligence Unit
ESDN
European Sustainable Development Network
EU
Europese Unie
EU ETS
EU Emissions Trading Scheme

EVRM
Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
EWCA Civ
Court of Appeal Civil Division
EWHC
High Court of England and Wales

FCPA
Foreign Corrupt Practices Act

GCI
Global Competitiveness Index
GCR
Global Competitiveness Report
Ger. Wb.
Gerechtelijk Wetboek
GmbH
Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GS
Groene Serie
GW
Grondwet

HGB
Handelsgesetzbuch
HR
Hoge Raad
HvJ
Hof van Justitie

ICDO
Interdepartementale commissie voor duurzame ontwikkeling
IE-rechten
Intellectuele eigendomsrechten
ILO
International Labour Organization
IMD
Institute for Management Development
IMF
Internationaal Monetair Fonds
IMVO
Internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen
IPR
Internationaal privaatrecht
ISO
Internationale Organisatie voor Standaardisatie

JA
Jurisprudentie Aansprakelijkheid
JCP
Juris-Classeur Périodique
JOR
Jurisprudentie Onderneming en Recht

LCD
Loi fédérale contra la concurrence déloyale
LFDIP
Loi fédérale de droit international privé
Ltd.
Private limited company
LTO
Land- en Tuinbouw Organisatie

MKB
Midden- en Kleinbedrijf
M.nt.
Met noot van
MO
Mondeling overleg
MvA
Memorie van Antwoord
MVO
Maatschappelijk verantwoord ondernemen
MvT
Memorie van Toelichting

NAP
Nationaal Actieplan
NCPC
Nouveau Code de Procédure Civile
Ngo
Non-gouvernementele organisatie
NJ
Nederlands Juristenblad
NJV
Nederlandse Juristenvereniging
NjW
Nieuw Juridisch Weekblad
Nr.
Nummer
NRE
Nouvelles Regulations Economiques
NTBR
Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NV
Naamloze vennootschap

OESO
Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OK
Ondernemingskamer
OR
Obligationenrecht
Ov.
Overweging

p.
Pagina
Par.
Paragraaf
PbEU
Publicatieblad van de Europese Unie
Plc.
Public limited company
PLO
Palestinian Liberation Organization
POA
Prosecution of Offenders Act 1985

Q.B.
Queen's Bench (Law Reports)

RBS
Royal Bank of Scotland
R&D
Research and Development
RDS
Royal Dutch Shell
RGZ
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RI
Rechtspraak Insolventierecht
R.o.
Rechtsoverweging
Rome II-Vo.
Rome II-Verordening
RSE
Responsabilité sociale des enterprises
Rv
Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvB
Raad van Bestuur
RvC
Raad van Commissarissen
RvdW
Rechtspraak van de Week

S.
Section
SA
Société Anonyme
SAI
Social Accountability International
SARL
Société à responsabilité limitée
SPDC
Shell Petroleum Development Company of Nigeria
Sr
Wetboek van Strafrecht
SStPO
Schweizerische Strafprocessordnung
Stb.
Staatsblad
StPO
Strafprozessordnung
Sv
Wetboek van Strafvordering

T&C
Tekst & Commentaar
TCR
Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
TTIP
Transatlantic Trade & Investment Partnership

Ucall
Utrecht Centre for Accountability and Liability Law
UK
United Kingdom
UKFI
UK Financial Investments Ltd
UKSC
The Supreme Court
UN
United Nations
UN Guiding Principles / UNGP's
UN Guiding Principles on Business and Human Rights
UN policy framework
UN Policy Framework for Business and Human Rights
UNEP
United Nations Environment Programme
URN
Uniform Resource Names
UWG
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

VN
Verenigde Naties
VPS
Victim Personal Statement
VS
Verenigde Staten

WCOD
Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad
WED
Wet op de Economische Delicten
WIM
Wet Internationale Misdrijven
WIPR
Belgisch Wetboek van Internationaal Privaatrecht
WLR
Weekly Law Reports
WODC
Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum

ZGB
Schweizerische Zivilgesetzbuch
ZPO
Zivilprozessordnung

LEESVERVANGENDE SAMENVATTING

1. Inleiding

Sportschoenen, benzine, koffie, smartphones. Veel van onze dagelijkse producten worden geproduceerd in het buitenland. Soms onder omstandigheden die wij hier in Nederland niet acceptabel zouden vinden. Dit roept ethische, politieke én juridische vragen op. Hoe ver reikt de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de Westerse ondernemingen die deze producten in minder ontwikkelde landen laten produceren, veelal tegen lage kosten, en hier op de markt brengen? Rust er op hen een verplichting om te voorkomen dat hun eigen activiteiten, of die van hun lokale dochtermaatschappijen of toeleveranciers, resulteren in schade aan mens en milieu in de betreffende gastlanden? En als zulke schade ontstaat, onder welke omstandigheden kunnen deze internationaal opererende ondernemingen daarvoor dan in hun Westerse thuislanden aansprakelijk gesteld worden?

Het concept maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) geeft in de kern de gedachte weer dat ondernemingen bij hun streven naar winst rekening dienen te houden met mens en milieu. Het maatschappelijk, politiek en juridisch debat rond deze kwestie spitst zich met name toe op de vraag of van ondernemingen onder omstandigheden verwacht mag worden dat zij mens- en milieugerelateerde belangen (*people* en *planet*) vóór laten gaan op het ondernemingsbelang (*profit*). Deze kwestie speelt vooral waar het gaat om bedrijfsactiviteiten die door of voor in Westerse landen gevestigde internationaal opererende ondernemingen worden uitgevoerd in gastlanden waar normen op het gebied van arbeid, gezondheid & veiligheid, milieu en mensenrechten minder strikt zijn of minder strikt gehandhaafd worden dan in de thuislanden van de betreffende ondernemingen. Waar het gaat om deze kwestie van maatschappelijk verantwoord ondernemerschap in de internationale context wordt doorgaans gesproken van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen (IMVO).

In dit rapport wordt verslag gedaan van de zoektocht naar antwoorden op de vraag op welke manier en in hoeverre er in de Nederlandse wet en/of jurisprudentie een zorgplicht van Nederlandse vennootschappen ten aanzien van MVO is geregeld dan wel toegepast en in hoeverre de huidige stand van zaken wat dat betreft zich verhoudt tot de *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* en tot de stand van zaken in de ons omringende landen. Conform de nadruk die de laatste jaren niet alleen in Nederland maar ook op EU-niveau en in internationaal verband gelegd wordt op maatschappelijk verantwoord ondernemen in een internationale context, ligt de focus van dit onderzoek op zorgplichten van Nederlandse ondernemingen in het kader van IMVO. Het is juist in deze internationale context, waar het draait om de mogelijke negatieve gevolgen van de activiteiten van in Nederland gevestigde internationaal opererende ondernemingen – of van hun buitenlandse dochtermaatschappijen of ketenpartners – op mens en milieu in gastlanden, dat de meest prangende juridische vragen bestaan rond het bestaan en de reikwijdte van zorgplichten.

Deze probleemstelling is onderverdeeld in zeven onderzoeksvragen:

1. Hoe is geregeld in Nederlandse wetgeving en jurisprudentie en in de Nederlandse *Corporate Governance Code* dat het bestuur en de Raad van Commissarissen van een Nederlandse vennootschap voorschriften omtrent MVO bij hun afwegingen moeten betrekken?
2. Hoe is de civielrechtelijke aansprakelijkheid van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen voor betrokkenheid van hun buitenlandse dochtermaatschappijen of ketenpartners bij schendingen van MVO-normen geregeld in de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie?
3. Wat zijn de mogelijkheden om via het Nederlandse strafrecht de betrokkenheid van internationaal opererende ondernemingen bij schendingen van extraterritoriaal werkende MVO-normen te redresseren en hoe werkt dit door in het civiele recht?

4. Hoe worden de vragen 1, 2 en 3 beantwoord voor de ons omringende landen België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland?
5. Hoe kunnen de consequenties van deze regelgeving en jurisprudentie voor het vestigingsklimaat van ondernemingen in de genoemde landen worden ingeschat?
6. Hoe verhouden de huidige Nederlandse wetgeving en jurisprudentie zich tot de UN Guiding Principles?
7. Hoe verhouden de huidige Nederlandse wetgeving en jurisprudentie zich tot die in de genoemde landen, in het licht van de bevordering van de '*responsibility to respect*' conform de UN Guiding Principles en in het licht van de mogelijke gevolgen voor het vestigingsklimaat?

Voor de beantwoording van de eerste vier onderzoeksvragen is gebruikgemaakt van beproefde juridische onderzoeksmethoden, bestaande uit onderzoek van relevante regelgeving, jurisprudentie en literatuur, mede vanuit extern en intern rechtsvergelijkend perspectief. Voor de vijfde onderzoeksvraag is gebruikgemaakt van een qua opzet beperkte empirische studie, waarbij in elk van de onderzochte landen semi-gestructureerde interviews zijn afgenomen met verschillende experts op het gebied van (I)MVO-gerelateerde regelgeving en rechtspraak en de invloed daarvan op het nationale vestigingsklimaat. Een verdere methodologische uitwerking is opgenomen in hoofdstuk 1.

2. De UN Guiding Principles

De op het *Protect, Respect and Remedy*-beleidsraamwerk voor bedrijven en mensenrechten voortbouwende UN Guiding Principles vormen een gezaghebbend en internationaal zeer breed gedragen *soft law*-instrument. Dit rust op drie pijlers: 1) de verplichting van staten om te beschermen tegen bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen; 2) de verantwoordelijkheid van ondernemingen om negatieve gevolgen van door of voor hen verrichte activiteiten op de mensenrechten van derden te voorkomen, beperken en verhelpen; en 3) de noodzaak tot effectief herstel en/of verhaal voor slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen.

De UN Guiding Principles bevatten gedragsnormen voor zowel staten als ondernemingen met betrekking tot hetgeen van hen verwacht wordt waar het aankomt op het voorkomen en redresseren van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Daarbij roepen zij op zichzelf geen juridisch bindende verplichtingen in het leven voor de betreffende normadressaten. Zij bieden een reflectie van bestaande inzichten en juridische verplichtingen en hebben tot doel om die status quo te vertalen in concrete gedragsnormen, niet om nieuw recht te creëren. Dat betekent ook dat zij op bepaalde punten waar bestaande inzichten vooralsnog uiteenlopen noodzakelijkerwijs vaag blijven. Uit de brede aanvaarding van deze instrumenten mag afgeleid worden dat er tot op zekere hoogte internationale consensus bestaat over de gedragsnormen die erin zijn vastgelegd.

Eén van de kernpunten uit de UN Guiding Principles is dat op ondernemingen een zelfstandige verantwoordelijkheid rust om na te gaan of hun activiteiten risico's op mensenrechtenschendingen met zich brengen, om deze risico's zoveel mogelijk te voorkomen of te beperken en om eventuele schendingen te verhelpen. Deze *responsibility to respect* geldt ongeacht waar die activiteiten plaatsvinden en ongeacht de lokale wettelijke context. Zij kan zich ook uitstrekken tot de eventuele negatieve gevolgen op mensenrechtengebied die via zakelijke relaties van de onderneming rechtsreeks aan haar activiteiten, producten of diensten gelieerd zijn. De schaal en complexiteit van de middelen die een onderneming geacht wordt in te zetten om te voldoen aan haar *responsibility to respect* is enerzijds afhankelijk van zowel de omvang, sector, operationele context, eigendomsverhoudingen en structuur van de onderneming, als de ernst van de mogelijke mensenrechten-impact. Met name bij activiteiten in ingewikkelde operationele contexten waar het risico op betrokkenheid bij mensenrechtenschendingen groot is, wordt in dit verband veel verwacht.

In de UN Guiding Principles wordt gestipuleerd dat ondernemingen, conform hun omvang en operationele context, dienen te voorzien in beleidsmaatregelen en procedures om invulling te geven aan hun *responsibility to respect*. Deze omvatten in ieder geval: 1) een beleidscommitment inzake de verantwoordelijkheid om mensenrechten te eerbiedigen; 2) een procedure voor *due diligence* op mensenrechtengebied; 3) procedures gericht op het verhelpen van negatieve gevolgen op mensenrechtengebied die door de bedrijfsactiviteiten veroorzaakt of in de hand gewerkt zijn. De *due diligence*-procedure ziet allereerst op het in kaart brengen, het voorkomen en beperken, alsook – waar nodig – het verhelpen van negatieve effecten van de bedrijfsactiviteiten op de mensenrechten van derden. Daarnaast ziet zij op het afleggen van publieke verantwoording door ondernemingen over het gevoerde beleid ter beperking van negatieve gevolgen op mensenrechtengebied.

Naast deze verantwoordelijkheid voor ondernemingen staat een verplichting voor staten om bescherming te bieden tegen bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Deze *duty to protect* ziet op het respecteren, beschermen en realiseren van de mensenrechten van personen binnen het grondgebied en/of de jurisdictie van de staat. Daartoe dienen passende maatregelen getroffen te worden, in de vorm van effectieve beleidsmaatregelen, wet- en regelgeving en juridische procedures, gericht op het voorkomen, onderzoeken, bestraffen en verhelpen van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Daarnaast rust op staten een verplichting om duidelijk kenbaar te maken dat zij van alle ondernemingen binnen hun grondgebied en/of jurisdictie verwachten dat deze de mensenrechten van derden respecteren ook bij activiteiten die plaatsvinden in het buitenland. Er bestaat geen verplichting voor staten om maatregelen op te leggen ter bescherming van de mensenrechten elders; dit is echter ook niet per definitie verboden. Bij activiteiten van internationaal opererende ondernemingen in ingewikkelde operationele contexten elders, zoals conflictgebieden, dienen de thuislanden van die ondernemingen een meer actieve rol te vervullen.

De *state duty to protect* en de *corporate responsibility to respect* worden aangevuld door de noodzaak om te voorzien in effectieve remedies voor slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Bij het realiseren van *access to remedies* is enerzijds een rol weggelegd voor ondernemingen, die in het kader van hun *responsibility to respect* geacht worden te voorzien in effectieve klachtenmechanismen op operationeel niveau. Anderzijds ligt hier een rol voor staten, die in het kader van hun *duty to protect* geacht worden bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen te onderzoeken, te bestraffen en verhaal en/of herstel te bieden voor degenen die binnen hun grondgebied en/of jurisdictie getroffen worden door bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Zij dienen daartoe onder meer adequate toegang te garanderen voor deze slachtoffers tot gerechtelijke en buitengerechtelijke klachtenmechanismen. Zij dienen maatregelen te nemen om de effectiviteit van deze mechanismen te waarborgen en ervoor te zorgen dat er geen juridische, praktische of andere barrières bestaan die de gang naar de rechter beletten in legitieme zaken waar rechtsmiddelen essentieel zijn voor het verkrijgen van herstel en/of verhaal.

3. Hoe verhouden de huidige Nederlandse wetgeving en jurisprudentie zich tot de UN Guiding Principles?

Vanwege hun niet-bindende aard roepen de UN Guiding Principles op zichzelf geen juridische verplichtingen in het leven voor staten of voor ondernemingen. Er vloeit strikt genomen dus geen verplichting uit voort voor staten om ze om te zetten in nieuwe nationale wetgeving of door te voeren in bestaande nationale wetgeving. Daarnaast richten de Guiding Principles zich in de eerste plaats op de bescherming van mensenrechtenbelangen – alhoewel dit gezien wordt als een (zeer) ruim begrip – en niet zozeer op de bescherming van belangen op het gebied van bijvoorbeeld arbeid, gezondheid & veiligheid en milieu, die in de bredere MVO-context wel een rol spelen. En juist waar het gaat om IMVO-kwesties, dat wil zeggen schendingen van MVO-gerelateerde normen bij activiteiten door of voor

internationaal opererende ondernemingen in gastlanden, zijn de Guiding Principles terughoudend in het opleggen van verplichtingen aan de thuislanden van waaruit deze ondernemingen opereren.

Tegelijkertijd is de juridische impact van de UN Guiding Principles veel groter dan de niet-verbindende aard en de beperkte reikwijdte ervan wellicht doet vermoeden. Zij hebben sinds 2011 een sterke invloed uitgeoefend op andere IMVO-gerelateerde reguleringsinstrumenten. Sommige hiervan zijn ruimer van opzet dan de UN Guiding Principles zelf, zoals de OESO-Richtlijnen die het bredere scala aan IMVO-onderwerpen betreffen. Daarnaast zijn sommige van deze instrumenten juridisch sterker verplichtend dan de UN Guiding Principles zelf, zoals de EU-richtlijn niet-financiële informatie, de Engelse Modern Slavery Act, de Zwitserse wet inzake *private and military security companies* en de voorgestelde IMVO-gerelateerde wettelijke zorgvuldigheidsverplichtingen in Frankrijk en Zwitserland (waarover hierna meer). Verder werken zij door in de vele open normen die ons recht kent. Binnen het vennootschapsrecht kunnen zij een rol spelen bij een verdere verbreding van het begrip vennootschappelijk belang, maar zullen zij in de eerste plaats een *tool* vormen voor aandeelhouders en investeerders die vennootschappen bij de les willen houden op IMVO-gebied. Op het gebied van het civiele aansprakelijkheidsrecht hebben zij een belangrijke rol bij de invulling van wat op grond van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen verwacht mag worden van ondernemingen die (in)direct betrokken zijn bij activiteiten in gastlanden met een negatieve impact op mens en milieu.

Ook veel ondernemingen zelf stellen zich proactief op bij het implementeren van de verantwoordelijkheden die voortvloeien uit de UN Guiding Principles, zoals het invoeren van *due diligence*-procedures op mensenrechtengebied. Binnen sommige ondernemingen wordt dit reeds gezien als een *compliance*-kwestie of in ieder geval een kwestie van risicomanagement. Wel geldt hierbij, zo blijkt uit antwoorden op vragen hierover in het kader van de interviews, dat het hier met name gaat om een klein groepje voorlopers en dat er in alle onderzochte landen een grote achterhoede is van ondernemingen die weinig tot geen veranderingen hebben doorgevoerd naar aanleiding van de Guiding Principles. Dit leidt ertoe dat in alle landen wel stemmen opgaan van individuele voorlopers op IMVO-gebied voor een meer dwingend reguleringskader dat in ieder geval het nationale speelveld wat dit betreft weer gelijktrekt. In Nederland is vooralsnog gekozen voor de middenweg van het afsluiten van IMVO-convenanten met (bepaalde sectoren binnen) het bedrijfsleven waarin afspraken worden gemaakt over de te bereiken doelstellingen. Daarbij geldt als stok achter de deur de dreiging van meer dwingende regelgeving als hier niet aan voldaan wordt.

Gezien deze ontwikkelingen zijn er verschillende aandachtspunten waar het gaat om de mate waarin de huidige Nederlandse wetgeving en jurisprudentie op het gebied van het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht en het straf(proces)recht zich verhouden tot de UN Guiding Principles.

In algemene zin kan geconstateerd worden dat het Nederlandse recht vooralsnog geen wettelijke verplichting kent voor Nederlandse ondernemingen om de in het kader van de *responsibility to respect* opgestelde gedragsnormen te implementeren. Het gaat daarbij in ieder geval om: 1) een beleidscommitment inzake de verantwoordelijkheid om mensenrechten te eerbiedigen; 2) een procedure voor *due diligence* op mensenrechtengebied; 3) procedures gericht op het verhelpen van negatieve gevolgen op mensenrechtengebied die door de bedrijfsactiviteiten veroorzaakt of in de hand gewerkt zijn. Hoewel de niet-verbindende aard van de UN Guiding Principles met zich brengt dat een dergelijke verplichting strikt genomen niet ingevoerd hoeft te worden, gaat het hier wel om de kerncomponenten van de *responsibility to respect*. Daarbij wordt ook van staten verwacht dat zij ondernemingen van advies voorzien over passende methoden om de mensenrechten bij al hun activiteiten te respecteren, waaronder *due diligence* procedures, en aan te geven welke resultaten verwacht mogen worden.

De huidige aanpak via het meer consensueel ingestoken reguleringskader van de IMVO-convenanten betekent niet dat er geen behoefte bestaat, bijvoorbeeld op deelgebieden of met betrekking tot specifieke aandachtspunten, of kan ontstaan, bijvoorbeeld na evaluatie van de effectiviteit van de gekozen aanpak, aan een meer verplichtend wettelijk kader. Hierbij speelt ook een rol het belang van de bescherming van het concurrentievermogen, ook in nationaal verband, van ondernemingen die zich actief inspannen om te voldoen aan hetgeen van hen verwacht wordt in het kader van de *responsibility to respect* (zie hierover nader par. 5.3). Dit mede in verband met het feit dat uit de in het kader van dit onderzoek afgenomen interviews als algemeen beeld naar voren komt dat in de onderzochte landen vooralsnog door slechts een klein deel van de (internationaal opererende) ondernemingen concrete stappen gezet worden gericht op het implementeren van de *responsibility to respect*. Het lijkt dan ook van belang, mede met het oog op de rechtszekerheid en het bevorderen van een nationaal gelijk speelveld, om zowel de daadwerkelijke implementatie van de UN Guiding Principles op ondernemingsniveau verder in kaart te brengen, als de mogelijkheden tot en wenselijkheid van meer verbindende regelgeving op dit vlak.

De bestaande bepalingen op het gebied van het Nederlandse ondernemingsrecht, of, meer specifiek, het vennootschapsrecht, bieden zekere aanknopingspunten voor een verdere uitwerking van de Guiding Principles, in het bijzonder de *responsibility to respect* uit de tweede pijler. Zij zijn in beginsel van toepassing op alle Nederlandse vennootschappen, ongeacht waar deze hun activiteiten verrichten. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het vereiste dat bestuurders en commissarissen zich bij hun taakuitoefening dienen te richten naar het belang van de aan de vennootschap verbonden onderneming. Het begrip vennootschappelijk belang wordt in Nederland ruim geïnterpreteerd, in die zin dat het ook *stakeholders* als werknemers en crediteuren kan omvatten en dat het in beginsel ziet op het langetermijnbelang van de onderneming. Tegelijkertijd is het niet onbegrensd en ziet het naar haar aard in beginsel niet op de behartiging van de belangen van externe derden. Dit is slechts anders wanneer een verplichting om rekening te houden met dergelijke belangen voortvloeit uit de wet of uit de statuten van de vennootschap, of indien het in het belang van de onderneming is om daarmee wel rekening te houden.

In dit kader kan gewezen worden op de bepaling uit de UN Guiding Principles dat wetgeving met betrekking tot de exploitatie van ondernemingen, zoals het vennootschapsrecht, handvatten moet bieden aan (functionarissen van) ondernemingen voor de eerbiediging van de mensenrechten van derden en hieraan niet in de weg moeten staan. Dit is een aandachtspunt, aangezien op het gebied van het Nederlandse vennootschapsrecht het belang van de bescherming van mens en milieu in beginsel niet voorgaat op het ondernemingsbelang. Tenzij iets anders voortvloeit uit de wet of uit de statuten van de vennootschap, geldt dat *profit* vooropstaat en dat *people* en *planet* slechts een rol spelen voor zover zij daaraan bijdragen of daarmee te verenigen zijn. Dit heeft tot gevolg dat eventuele (I)MVO-gerelateerde verplichtingen voor bestuurders en commissarissen van Nederlandse vennootschappen in beginsel beperkt zijn tot die gevallen waarin het rekening houden met of het behartigen van de mens- en milieugerelateerde belangen van derden wettelijk verplicht is, op grond van de statuten toegestaan of vereist is, of in het belang is van de onderneming. Hoewel dat laatste soms het geval kan zijn, bijvoorbeeld bij (dreiging van) financiële en reputatieschade als gevolg van mogelijke (I)MVO-gerelateerde juridische procedures, zal dit lang niet altijd zo zijn.

Het vennootschapsrecht kent ook geen handhavingsmechanismen die het mogelijk maken voor derden die schade lijden als gevolg van de negatieve impact van de ondernemingsactiviteiten op mens of milieu om (functionarissen van) de vennootschap daarvoor aansprakelijk te stellen. Daarmee heeft het weinig te bieden waar het gaat om mogelijkheden voor slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen tot het verkrijgen van herstel en/of verhaal via gerechtelijke klachtenmechanismen in de zin van de derde pijler van de UN Guiding Principles. Handhaving van

eventuele (I)MVO-gerelateerde verplichtingen op het gebied van het ondernemingsrecht is dan ook grotendeels afhankelijk van de actiebereidheid van 'activistische' aandeelhouders en investeerders. Hoewel deze actiebereidheid gestaag lijkt toe te nemen, is net als voor het uitoefenen van invloed voor veel van de relevante instrumenten vereist dat de (groepen van) aandeelhouders die daarvan gebruik wensen te maken een bepaald gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. De enquêteprocedure, die ook ingesteld kan worden door bijvoorbeeld vakbonden of de advocaat-generaal in het algemeen belang, zou in theorie mogelijkheden kunnen bieden om in te grijpen bij ernstige en aanhoudende IMVO-normschendingen in het kader van de activiteiten in gastlanden door Nederlandse internationaal opererende ondernemingen en/of hun dochtermaatschappijen.

Tot op zekere hoogte vinden (I)MVO-gerelateerde onderwerpen ook naar huidig recht al uitwerking op het gebied van het ondernemingsrecht, met name in de vorm van de verplichting die onder bepaalde voorwaarden bestaat om in het jaarverslag te rapporteren over niet-financiële prestatie-indicatoren, met inbegrip van milieu- en personeelsaangelegenheden. Daarbij geldt echter wel dat ondernemingen op grond van de huidige Nederlandse regels omtrent verslaglegging niet hoeven te rapporteren over de mensenrechtenimpact van hun activiteiten. Dit verhoudt zich niet goed tot de bepaling in de UN Guiding Principles dat staten ondernemingen dienen aan te moedigen en waar nodig te verplichten om verslag te doen van de manier waarop zij omgaan met de impact van hun activiteiten op de mensenrechten van derden. Daarnaast is de werking van de bestaande transparantieverplichtingen in beginsel beperkt tot grote rechtspersonen en strekt zij zich dus niet uit tot middelgrote of kleine rechtspersonen. En tot slot hoeft op grond van huidig recht slechts transparantie betracht te worden ten aanzien van niet-financiële prestatie-indicatoren indien dit noodzakelijk is voor een goed begrip van de ontwikkeling, de resultaten of de positie van de onderneming.

De nieuwe EU-richtlijn niet-financiële informatie speelt een belangrijke rol in dit opzicht, omdat hierin de bestaande transparantieverplichtingen verbreed en verdiept worden en daarmee ook meer in lijn gebracht worden met de UN Guiding Principles. Op grond hiervan dienen bepaalde grote ondernemingen (waaronder beursgenoteerde bedrijven, banken en verzekeraars) te rapporteren over hun bedrijfsbeleid ten aanzien van milieu, sociale- en personeelsaangelegenheden, mensenrechten en de bestrijding van corruptie en omkoping. Daarnaast moet gerapporteerd worden over de resultaten van dat bedrijfsbeleid en dient aandacht besteed te worden aan de voornaamste risico's ten aanzien van deze onderwerpen en de manier waarop deze worden beheerst. Voert de onderneming geen beleid ten aanzien van één of meerdere van deze onderwerpen, dan moet een duidelijke en gemotiveerde verklaring worden opgenomen waarom zij dit niet doet (*comply or explain*). De lidstaten moeten de richtlijn uiterlijk op 6 december 2016 hebben geïmplementeerd in hun nationale wetgeving.

Interessant aan de nieuwe transparantierichtlijn is verder dat transparantie omtrent de impact van de ondernemingsactiviteiten op (I)MVO-gerelateerde belangen hierin als doel op zich gesteld wordt en niet slechts als iets dat ten doel staat aan inzicht in de ontwikkelingen, resultaten of positie van de onderneming. De precieze werking en impact ervan zal uiteindelijk echter mede afhangen van de manier waarop deze geïmplementeerd gaat worden in het nationale recht van de lidstaten, waaronder Nederland. Daarbij is onder meer van belang wat de mogelijkheden tot handhaving zijn van de gestelde transparantieverplichtingen. Hier is in Nederland vooral een rol weggelegd voor aandeelhouders en investeerders, maar tot op zekere hoogte ook voor andere belanghebbenden zoals ondernemingsraad, vakbonden, concurrenten, crediteuren en belangenorganisaties. Daarnaast kan, vanwege de strafbaarstelling van schending van transparantieverplichtingen via de Wet Economische Delicten, het Nederlandse openbaar ministerie strafvervolging instellen wegens niet-naleving van deze verplichtingen. Omdat het hier slechts een overtreding betreft, zullen de belangen bij vervolging echter minder groot zijn en zal een uiteindelijke veroordeling niet een sterk normerend effect hebben.

Tot slot is van belang dat in het ondernemingsrecht de beginselen van gescheiden rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid belangrijke uitgangspunten zijn, hetgeen betekent dat rechtspersonen in beginsel niet verantwoordelijk gehouden worden voor de gedragingen van andere rechtspersonen. Deze uitgangspunten gelden ook waar het gaat om vennootschappen die met elkaar verbonden zijn in concernverband; zij worden in rechte gezien als gescheiden entiteiten en kunnen slechts bij hoge uitzondering aansprakelijk gesteld worden voor schulden of gedragingen van andere groepsmaatschappijen. Dit betekent dat er naar de huidige stand van zaken in het ondernemingsrecht weinig plaats is voor de uitwerking van de bepaling uit de UN Guiding Principles dat de *responsibility to respect* van ondernemingen zich ook uitstrekt tot de eventuele negatieve gevolgen op mensenrechtengebied die via haar zakelijke relaties, zoals buitenlandse dochtermaatschappijen of ketenpartners, rechtstreeks aan haar activiteiten, producten of diensten gelieerd zijn.

Ook de bestaande bepalingen op het gebied van het civiele aansprakelijkheidsrecht bieden mogelijkheden voor de verdere uitwerking van de gedragsnormen uit de UN Guiding Principles, waaronder de *responsibility to respect*. Anders dan het ondernemingsrecht is het civiele aansprakelijkheidsrecht specifiek gericht op het beschermen van de belangen van derden tegen de schadelijke gevolgen die de activiteiten van (rechts)personen met zich brengen. Het kan in geval van schadeveroorzakende gebeurtenissen op initiatief van de benadeelden ingezet worden met het oog op het verkrijgen van vergoeding van de door hen geleden schade door de (rechts)personen die verantwoordelijk zijn voor die gebeurtenissen. Daarnaast biedt het, anders dan het ondernemingsrecht, wel mogelijkheden om ondernemingen die een bepaalde mate van invloed kunnen uitoefenen over de activiteiten van andere (rechts)personen of de gevolgen daarvan, in rechte aan te spreken wanneer die activiteiten schade aan mens en milieu tot gevolg (dreigen te) hebben.

Als zodanig speelt het civiele aansprakelijkheidsrecht een belangrijke rol waar het gaat om de derde-pijler verplichting voor staten om slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen toegang te geven tot herstel en/of verhaal middels gerechtelijke klachtenmechanismen. Daarnaast kan het tot op zekere hoogte ook een rol spelen in de eerste pijler van de UN Guiding Principles, aangezien het tegelijkertijd een reguleringsinstrument vormt dat op initiatief van de benadeelden kan worden ingezet om bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen te onderzoeken en te redresseren. In aanvulling daarop heeft het met de mogelijkheid tot het instellen van een aansprakelijkheidsvorderingen ter voorkoming van verdere of dreigende schade ook een directe preventieve werking. Indirect kunnen (de dreiging van) aansprakelijkheid en de daarmee samenhangende financiële en reputatieschade gedragsprikkels vormen voor ondernemingen om normconform te handelen. Ook in de tweede pijler heeft het een functie, aangezien civiele aansprakelijkheidsprocedures een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de implementatie en nadere uitwerking, van geval tot geval, van de *responsibility to respect*.

In de IMVO-context is van bijzonder belang dat het civiele aansprakelijkheidsrecht ook mogelijkheden biedt om (functionarissen van) ondernemingen aansprakelijk te stellen voor schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Deze open norm maakt het mogelijk om in procedures tegen Nederlandse ondernemingen met betrekking tot hun betrokkenheid bij activiteiten die geresulteerd hebben in schade aan mens en milieu, ook algemeen aanvaarde niet-wettelijke gedragsnormen, mee te nemen bij de beoordeling welke mate van zorg van de onderneming verwacht had mogen worden. Op die manier wordt de verantwoordelijkheid die op grond van de UN Guiding Principles rust op ondernemingen om na te gaan of hun activiteiten risico's op mensenrechtenschendingen met zich brengen en om deze risico's zoveel mogelijk te voorkomen of beperken, een factor die mede bepaalt of en in hoeverre de onderneming bij verwezenlijking van die risico's in rechte gehouden is om het als gevolg daarvan door derden geleden nadeel te redresseren.

In algemene zin geldt op grond van het civiele aansprakelijkheidsrecht dat van de onderneming meer, betere en duurdere voorzorgsmaatregelen verwacht mogen worden naarmate het redelijkerwijs voorzienbare risico op schending van de IMVO-gerelateerde belangen van derden groter is, zoals bij activiteiten in conflictgebieden, en/of de te verwachten schade ernstiger. Net als in de UN Guiding Principles wordt ook hier van ondernemingen verwacht dat zij zich proactief opstellen. Anders dan in het ondernemingsrecht is het op grond van het civiele aansprakelijkheidsrecht wél mogelijk om een onderneming verantwoordelijk te houden wordt voor schade veroorzaakt niet door haar eigen activiteiten maar door de activiteiten van anderen, zoals buitenlandse dochtermaatschappijen of ketenpartners. Daarbij is bepalend in hoeverre de met die activiteiten samenhangende risico's op schade aan mens en milieu voorzienbaar hadden kunnen zijn voor de onderneming en in hoeverre zij op grond van haar invloed op de betreffende actoren en activiteiten over *de facto* mogelijkheden had kunnen beschikken om die risico's te voorkomen of te beperken.

Ondanks de ruime mogelijkheden die het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht biedt voor de operationalisering en verdere uitwerking van de gedragsnormen uit de UN Guiding Principles, bestaat er nog geen rechtspraak waarin dit ook daadwerkelijk gebeurd is. Dit heeft enerzijds te maken met het feit dat de UN Guiding Principles een relatief recent fenomeen zijn. Anderzijds zijn er echter ook belemmeringen waar het aankomt op de potentiële rol die het aansprakelijkheidsrecht in dit opzicht kan spelen. Omdat het in de IMVO-context doorgaans gaat om ondernemingsactiviteiten die resulteren in schade aan mens of milieu in een gastland, is in de regel niet het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht maar dat van het gastland van toepassing. Op deze hoofdregel bestaan wel enkele uitzonderingen. Daarnaast worden de mogelijkheden voor benadeelden van IMVO-gerelateerde normschendingen om een civiele aansprakelijkheidsprocedure in te stellen voor de Nederlandse rechter sterk beperkt door praktische en procedurele drempels als hoge kosten, bewijsproblemen en beperkingen in de mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties.

Dit is een punt van aandacht gezien de nadruk in de UN Guiding Principles op de verplichting voor staten om te voorzien in effectieve remedies. Volgens de UN Guiding Principles dienen staten ervoor te zorgen dat er geen juridische, praktische of andere barrières bestaan die de gang naar de rechter voor benadeelden beletten in legitieme zaken waar rechtsmiddelen essentieel zijn voor het verkrijgen van herstel en/of verhaal. Hier ligt een duidelijke opdracht voor de Nederlandse overheid om in huidige en toekomstige procedures tegen Nederlandse internationaal operende ondernemingen inzake MVO-normschendingen in binnen- en buitenland goed in de gaten te houden of de Nederlandse regels van internationaal privaatrecht en/of burgerlijk procesrecht drempels met zich brengen voor eisers met legitieme claims. Daarbij geldt ook dat het eventueel uitblijven van (verdere) aansprakelijkheidsprocedures inzake IMVO-normschendingen in een tijd dat dit type procedures in de wereldwijd in opkomst is, een aanwijzing kan zijn dat de drempel te hoog is.

De behandeling van de mogelijkheden die het Nederlandse materieel strafrecht en het strafprocesrecht bieden om schendingen van (I)MVO-gerelateerde normen te kunnen redresseren, laat zien dat er veel en gevarieerde mogelijkheden zijn, ook al heeft de schending geheel of gedeeltelijk in het buitenland plaatsgevonden. Er bestaan veel commune en/of bijzondere strafbepalingen die zien op de bescherming van mens- en milieugerelateerde belangen en in dit verband verplichtingen aan ondernemingen opleggen.

De daderschapsconstructie voor rechtspersonen uit het Nederlandse strafrecht en de mogelijke uitleg en toepassing die daaraan in concernverband kan worden gegeven, maakt dat (I)MVO-gerelateerde normschendingen door buitenlandse dochtermaatschappijen van een Nederlandse moedermaatschappij toch binnen het bereik van de Nederlandse strafwet kunnen worden gebracht. Daarnaast kunnen ook via bepaalde strafbepalingen, zoals witwassen en deelneming aan een criminele organisatie, alsmede

via deelnemingsvormen als medeplichtigheid allerlei vormen van betrokkenheid van ondernemingen bij strafbare feiten gepleegd door andere (rechts)personen binnen de reikwijdte van de genoemde strafbepalingen worden gebracht. Verder kan het strafprocesrecht een eigenstandige rol vervullen doordat van een vervolging, en/of het openbaar terechtstaan en/of een veroordeling met een bestraffing een normerende werking kan uitgaan. Daarnaast kan het strafprocesrecht een civiele procedure zowel ondersteunen als aanvullen.

Via de genoemde strafbepalingen en de daderschapsconstructie voor ondernemingen wordt ook bescherming geboden aan mens- en milieugerelateerde belangen, waaronder de mensenrechten die centraal staan in de UN Guiding Principles. Deze strafbepalingen verschaffen tevens de krachtens het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel vereiste wettelijke basis om daders van schendingen ervan te kunnen bestraffen. Als zodanig speelt het Nederlandse strafrecht een belangrijke rol in de eerste pijler van de UN Guiding Principles, aangezien het een reguleringsinstrument vormt dat door de staat kan worden ingezet om bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen te onderzoeken en te redresseren. Voorts gaat van het enkele feit van strafbaarstelling van bepaalde gedragingen die een negatieve impact hebben op mens of milieu een sterke preventieve werking uit. Door normschendingen met straf te bedreigen wordt door de wetgever een standaard gezet die aangeeft wat van ondernemingen wordt verwacht in het kader van het respecteren van mensenrechten en het milieu. Doordat in het Nederlandse recht de strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevenden (feitelijk leidinggevenden, waaronder CEO's en managers) is gekoppeld aan het daderschap van de rechtspersoon, kunnen deze natuurlijke personen eveneens worden vervolgd voor hun leidinggeven aan verboden gedragingen binnen de sfeer van de onderneming.

In het kader van de *duty to protect* bepalen de UN Guiding Principles dat staten verplicht zijn tot het implementeren en handhaven van strafrechtelijke bepalingen inzake bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen die het mogelijk maken om de 'eigen' ondernemingen te vervolgen op grond van het actief nationaliteitsbeginsel, ongeacht waar het strafbaar feit is begaan. Voor een beperkt aantal Nederlandse strafbepalingen die ernstige mensenrechtenschendingen beogen tegen te gaan, is extraterritoriale rechtsmacht voorzien op grond van het actief nationaliteitsbeginsel. Het gaat dan om ambtsmisdrijven zoals ambtelijke corruptie, het laten verrichten van arbeid door ongewenste vreemdelingen, bepaalde, ernstige zedendelicten, alsook om de internationale misdrijven uit de Wet Internationale Misdrijven. Daarmee is voor die specifieke strafbepalingen reeds uitvoering gegeven aan de UN Guiding Principles. Die zien echter op een veel breder scala aan mensenrechtschendingen. Het is dan ook van belang om kritisch te bekijken of er in meer gevallen extraterritoriale rechtsmacht zou moeten worden gevestigd voor misdrijven die mensenrechtschendingen inhouden. Daarnaast zou, conform de UN Guiding Principles, meer inzet van het strafrecht kunnen worden overwogen ter daadwerkelijke handhaving van IMVO-gerelateerde wettelijke verplichtingen uit andere rechtsgebieden.

In Nederland ligt het initiatief voor een strafrechtelijke procedure bij het openbaar ministerie. Gelet op het beperkte aantal strafzaken lijkt het erop dat het openbaar ministerie in het licht van het prioriteren van de soorten zaken waarvoor de schaarse opsporing- en vervolgingsmiddelen worden ingezet, dan niet opteert voor het vervolgen van bedrijfsgerelateerde mensenrechtschendingen. Bestaande strafrechtelijke mogelijkheden blijven derhalve onbenut. Hier ligt een aandachtspunt in het licht van de UN Guiding Principles. Daaruit blijkt duidelijk dat met een toereikend wettelijk kader niet kan worden volstaan; het gaat ook om het daadwerkelijk onderzoeken, vervolgen en bestraffen van mensenrechtenschendingen en dat daar beleid op wordt gevoerd. Dat lijkt in Nederland voor het straf(proces)recht te ontbreken in de IMVO-context.

Gelet op de omstandigheid dat het openbaar ministerie in Nederland de exclusieve bevoegdheid heeft waar het gaat om vervolgingsbeslissingen, ligt het op de weg van het openbaar ministerie om hier

verandering in te brengen. Het kan het onderzoeken en het vervolgen van zaken waarin sprake is van schendingen van IMVO-normen hoger prioriteren en ook ambtshalve onderzoek instellen. De mogelijkheden voor benadeelden of ngo's om een beslissing tot niet-vervolging aan te vechten, zijn in het Nederlandse recht beperkt tot het indienen van een klacht bij het gerechtshof, dat deze beslissing slechts marginaal zal toetsen. Daarbij moet bedacht worden dat de UN Guiding Principles in het kader van de derde pijler staten ertoe verplichten om ervoor te zorgen dat openbaar aanklagers de middelen, expertise en steun krijgen die ze nodig hebben om conform de verplichtingen van de staat zelf onderzoek te doen naar de betrokkenheid van personen en bedrijven bij misstanden op mensenrechtengebied.

In het kader van de derde pijler van de UN Guiding Principles geldt dat het Nederlandse straf(proces)recht slechts een bescheiden rol speelt waar het gaat om de toegang van slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen tot herstel en/of verhaal middels gerechtelijke klachtenmechanismen. De rol van het slachtoffer is beperkt in het Nederlandse strafrecht. Het slachtoffer van IMVO-gerelateerde strafrechtelijke gedragingen door een onderneming kan zich voegen als benadeelde partij in een strafrechtelijke procedure die betrekking heeft op die feiten door een vordering ter vergoeding van die schade in te dienen. Aldus biedt het strafproces een betrekkelijk eenvoudige weg om zonder al te veel kosten en relatief snel een veroordeling tot betaling van schadevergoeding te verkrijgen. Een belangrijke beperking is evenwel dat de behandeling van deze vordering van de benadeelde partij naar Nederlands recht geen onevenredige belasting van het strafproces mag opleveren. Bij meer complexe schadeclaims zal dit echter al snel het geval zijn, wat betekent dat het slachtoffer zal worden gedwongen zijn toevlucht te zoeken tot het civiele aansprakelijkheidsrecht.

4. Rechtsvergelijking en vestigingsklimaat

Hoe verhoudt de Nederlandse juridische status quo zich tot die in de ons omringende landen, in het licht van bevordering van de *responsibility to respect* en in het licht van de mogelijke gevolgen voor het vestigingsklimaat?

In algemene zin kan gezegd worden dat Nederland in vergelijking met de andere onderzochte landen geen achterblijver is op het gebied van IMVO-gerelateerde regelgeving en rechtspraak, maar ook geen voorloper. Vooralsnog heeft de Nederlandse regering met de focus op MVO-convenanten met (bepaalde sectoren van) het bedrijfsleven gekozen voor een aanpak die aansluit bij de Nederlandse overlegcultuur. De mogelijkheid van het opleggen van meer dwingende regels aan Nederlandse internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van de mogelijk negatieve impact van door of voor hen verrichte activiteiten op mens en milieu in gastlanden, speelt daarmee op dit moment slechts een rol als stok achter de deur als op termijn zou blijken dat de gestelde doelen niet gehaald worden. Ook op grond van het huidige recht op het gebied van het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht of het strafrecht bestaat in Nederland vooralsnog geen algemene wettelijke verplichting voor Nederlandse ondernemingen om te voldoen aan de kernelementen van de *responsibility to respect* uit de UN Guiding Principles.

In verschillende van de ons omringende landen kent men op deelgebieden wel dergelijke verplichtingen of bestaan serieuze voorstellen voor het invoeren van een dergelijke verplichting ten aanzien van de bredere IMVO-context, die niet alleen ziet op mensenrechten maar ook op arbeid, gezondheid & veiligheid en milieu.

Zo kent men in Frankrijk met de Loi Grenelle II al langer verdergaande rapportageverplichtingen met betrekking tot de milieu-impact van ondernemingsactiviteiten, ook in concernverband. In het Verenigd

Koninkrijk is recent de Modern Slavery Act aangenomen, die een verdergaande rapportageverplichting kent met betrekking tot arbeidsuitbuiting in de productieketen. Verder is in Frankrijk recent veel discussie geweest rond een wetsvoorstel inzake een wettelijke zorgvuldigheidsverplichting (*devoir de vigilance*) voor grote Franse ondernemingen ten aanzien van de mens- en milieugerelateerde risico's die verbonden zijn aan de activiteiten van hun dochtervennootschappen, onderaannemers en leveranciers. Zwitserland heeft met de recente *Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger* een wet aangenomen die voor private militaire en beveiligingsbedrijven (PMSC's) en hun functionarissen en werknemers een wettelijke plicht bevat om directe deelneming aan vijandelijkheden in het buitenland en bepaalde ernstige mensenrechtenschendingen in dat kader te voorkomen. Daarnaast loopt in Zwitserland een burgerwetgevingsinitiatief ter invoering van een wettelijk verplichte '*responsabilité des entreprises*' voor Zwitserse ondernemingen die ziet op de impact op mens en milieu van hun eigen activiteiten en van de activiteiten van ondernemingen die onder hun controle staan.

De traditionele boodschap die vooral door koepelorganisaties die het bedrijfsleven vertegenwoordigen naar voren wordt gebracht met betrekking tot dit soort IMVO-gerelateerde wetgevingsinitiatieven is dat meer regeldruk op nationaal niveau ongewenst is, aangezien dit leidt tot hogere kosten en daarmee tot verslechtering van de internationale concurrentiepositie van het nationale bedrijfsleven. Daarbij geldt dat het in dit verband niet in de eerste plaats gaat om de concurrentie met lokale bedrijfjes uit minder ontwikkelde gastlanden, maar met de concurrentie met internationaal opererende ondernemingen uit andere Westerse en niet-Westerse thuislanden. Tegelijkertijd wordt door individuele ondernemingen, met name de voorlopers op IMVO-gebied, juist gewezen op de keerzijde van het verhaal, namelijk dat regelgeving, mits duidelijk en consistent, het nationale speelveld gelijktrekt en tegelijkertijd aanzet tot innovatie die op de lange termijn een concurrentievoordeel oplevert op het internationale speelveld. Daarbij is een belangrijke boodschap die uit de interviews naar voren komt dat in internationaal opzicht achterlopen op vergelijkbare landen met regelgeving soms grotere risico's op concurrentienadeel met zich kan brengen dan voorlopen.

Daarbij is ook van belang om op te merken dat er geen aanwijzingen zijn dat striktere regelgeving op IMVO-gebied een bepalende factor zou zijn voor internationaal opererende ondernemingen in de onderzochte landen bij hun investeringsbeslissingen. Wetgeving zoals ooit de Belgische Genocidewet en meer recent de Franse Loi Grenelle II, de Engelse Modern Slavery Act en de Zwitserse wetgeving met betrekking tot PMSC's hebben niet, althans naar het oordeel van de respondenten in deze qua opzet beperkte empirische studie, geleid tot herlokalisering van ondernemingen uit de betreffende landen naar andere thuislanden. Hetzelfde geldt voor de IMVO-gerelateerde voorstellen voor wetgeving die momenteel in Frankrijk en Zwitserland voorliggen. Hoewel de meningen op dit vlak wat verdeeld zijn, geeft ook het overgrote merendeel van de Nederlandse respondenten aan niet te geloven dat striktere regelgeving op IMVO-gebied, vergelijkbaar met de ontwikkelingen op dit gebied in de ons omringende landen, ervoor zou zorgen dat internationaal opererende ondernemingen Nederland zouden verlaten of zouden ontlopen. De vraag wordt zelfs opgeworpen of Nederland ondernemingen waarvoor dit wel een bepalende factor zou zijn, moet willen aantrekken dan wel vasthouden.

Uiteindelijk zijn er bij elk van de hier besproken IMVO-gerelateerde wetgevingsinitiatieven een aantal factoren die bepalend lijken te zijn voor enerzijds de te verwachten werkzaamheid ervan (dat wil zeggen: de effectiviteit ervan waar het met het oog op het gestelde doel) en anderzijds de 'verteerbaarheid' ervan voor het bedrijfsleven. Deze factoren omvatten onder meer de vraag voor welke ondernemingen de gestelde verplichtingen gelden (de horizontale reikwijdte) en de vraag in hoeverre zij zich ook uitstrekken binnen het concern of in de productieketen (de verticale reikwijdte). Daarnaast is van belang of het gaat om verplichtingen die uiteindelijk zien op de bescherming van mens- en milieugerelateerde belangen of om verplichtingen die uiteindelijk zien op de bescherming van het

ondernemingsbelang (het te beschermen belang). Verder is een belangrijke factor in hoeverre het gaat om de verplichtingen die duidelijk afgebakend zijn en/of die een zekere mate van flexibiliteit wat betreft de manier waarop de erin gestelde doelen nagestreefd kunnen worden door de bedrijven tot wie zij zich richten (de aard). En tot slot is telkens van belang op welke manier en door wie de gestelde verplichtingen gehandhaafd kunnen worden (de handhaving).

Opvallend is dat vrijwel alle voorbeelden van IMVO-gerelateerde regelgeving die is ingevoerd of waar momenteel over gesproken wordt in de ons omringende landen, (deels) in de vorm gegoten zijn van transparantieverplichtingen voor internationaal opererende ondernemingen inzake de impact van ondernemingsactiviteiten op mens en milieu. Relevant in dit kader is ook de reeds vermelde nieuwe EU-richtlijn niet-financiële informatie. Opmerkelijk is dat in de interviews nauwelijks gerefereerd is aan de mogelijke impact ervan op het vestigingsklimaat van de landen waar hij zal gaan gelden. Een verklaring hiervoor kan gelegen zijn in de *comply or explain*-status van de richtlijn, die ondernemingen wat ruimte geeft in het voldoen aan de opgelegde verplichting, of in het feit dat de richtlijn nog niet omgezet is in nationaal recht en dus nog niet echt realiteit is. Aannemelijker is wellicht echter dat ook meespeelt dat het een verplichting betreft die voor ondernemingen binnen alle EU-lidstaten gaat gelden, wat betekent dat het risico dat de verplichting concurrentienadeel oplevert ten opzichte van andere Europese ondernemingen veel kleiner is. Dit illustreert het voordeel van een Europese of in ieder geval multilaterale aanpak in deze context, waarbij wel gelijk aangetekend moet worden dat de mogelijkheden om te komen tot IMVO-regelgeving op EU-niveau overigens relatief beperkt zijn en dus geen echt alternatief kunnen bieden voor nationaalrechtelijke wetgeving en beleid op dit onderwerp.

Wat verder nog opgemerkt kan worden in dit verband, is dat er in de verschillende lidstaten wel discussie bestaat over de impact van de richtlijn op het nationale gelijke speelveld, gezien de beperkte horizontale reikwijdte ervan. Meer in het algemeen werpen dit soort transparantieverplichtingen in veel van de onderzochte landen de vraag op in hoeverre er ook iets verwacht mag worden van het midden- en kleinbedrijf. Zo is in het kader van de Modern Slavery Act bijvoorbeeld actief gelobbyd door het bedrijfsleven voor een lage toepassingsdrempel van de daarin opgenomen verplichtingen. De boodschap die daarin doorklinkt is dat in sommige gevallen de impact van dit soort reguleringsinstrumenten op de nationale concurrentiepositie van ondernemingen meer vragen lijkt op te roepen dan de impact ervan op de internationale concurrentiepositie.

Ook waar het gaat om IMVO-gerelateerde rechtspraak is Nederland geen achterblijver maar ook geen voorloper ten opzichte van de andere hier onderzochte landen. Met een totaal van 4 rechtszaken, waaronder twee civiele aansprakelijkheidszaken en twee strafzaken, bevindt Nederland zich in de achterhoede voor wat betreft het aantal hier aangebrachte claims. Met in ieder geval twee rechtszaken waarin het is gekomen tot een gemotiveerd gerechtelijk eindoordeel over de zorgplichten van internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van mens en milieu in gastlanden (de Nederlandse Shell Nigeria-zaak en de Trafigura-zaak, hoewel deze laatste na het hoger beroep geschikt is), bevindt Nederland zich echter wel weer in de voorhoede.

Het totaal van aangebrachte IMVO-gerelateerde procedures in de hier onderzochte landen sinds 1990 staat momenteel op 35, hoewel men afhankelijk van definities en telling ook op een wat kleiner of een veel groter aantal zou kunnen uitkomen. Van belang is echter dat de teller volgens de hier gehanteerde methode 15 jaar geleden nog maar op 5 stond, hetgeen wil zeggen dat het aantal procedures in absolute getallen wellicht best meevalt, maar procentueel enorm gestegen is. Er bestaat een internationale trend, niet alleen in Europa maar ook in andere Westerse landen, richting juridische procedures tegen internationaal opererende ondernemingen voor rechters in hun thuislanden naar aanleiding van schade aangericht aan mens en milieu in gastlanden. En hoewel dit zeker niet een ontwikkeling is die wordt toegejuicht door de aangesproken ondernemingen, worden deze juridische procedures door velen,

waaronder niet alleen ngo's en academici maar ook politici, beleidsmakers en tot op zekere hoogte ook mensen uit het bedrijfsleven zelf, gezien als een ontwikkeling die cruciaal is voor het verder ontwikkelen en in kaart brengen van de zorgplichten van ondernemingen in het kader van IMVO.

Interessant is dat deze procedures in sommige landen, zoals Nederland en Zwitserland, veel meer maatschappelijke en politieke discussie lijken op te roepen dan in andere landen, zoals Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk. Daarbij is opvallend dat juist in die landen waar ze veel discussie oproepen het aantal aangebrachte procedures zeer laag is, terwijl in die landen waar ze weinig discussie oproepen het aantal aangebrachte procedures veel hoger is, waarbij met name gedacht kan worden aan Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk. Ook is opvallend dat in het kader van deze discussie juist door (enkele) respondenten uit Nederland en in Zwitserland een negatief verband gelegd wordt tussen dit soort procedures en het nationale vestigingsklimaat, terwijl het overgrote merendeel van de respondenten aangeeft dat naar hun mening dit soort IMVO-gerelateerde juridische procedures geen invloed hebben op het vestigingsklimaat. Zoals opgemerkt kent geen van de respondenten concrete voorbeelden van ondernemingen die omwille van (de dreiging van) dit soort procedures het land verlaten hebben. Enkele respondenten, waaronder ook respondenten uit het bedrijfsleven, spreken zelfs van een positieve invloed.

Gaat het in meer algemene zin om het creëren van 'Amerikaanse toestanden' (dat wil zeggen: een rechtscultuur waarin te veel en te vlug wordt geclaimd) dan zijn er in meer landen respondenten die aangeven dat dit wellicht ongunstig zou kunnen zijn voor het vestigingsklimaat. Daarbij moet echter opgemerkt worden dat volgens de respondenten in geen van de onderzochte landen van een dergelijke claimcultuur sprake is. Dit is ook niet het beeld dat naar voren komt uit het rechtsvergelijkende onderzoek naar procedurele en praktische omstandigheden die van belang zijn voor de mogelijkheden voor benadeelden om civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures te initiëren tegen internationaal opererende ondernemingen naar aanleiding van IMVO-gerelateerde normschendingen. In vrijwel alle onderzochte landen, waaronder ook Nederland, vormen regels met betrekking tot de kosten van procederen, de mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties en/of de mogelijkheden tot bewijsgaring potentiële belemmeringen die toegang tot de rechter kunnen bemoeilijken of verhinderen in IMVO-gerelateerde juridische procedures, ook voor eisers met legitieme claims.

Daarmee geldt niet alleen voor Nederland maar ook voor veel van de andere hier onderzochte landen dat er wat betreft de in de UN Guiding Principles voorgestane toegang tot effectieve gerechtelijke verhaalsmogelijkheden een belangrijk verschil bestaat tussen wat er volgens de Guiding Principles mogelijk zou moeten zijn en wat er op grond van de huidige juridische status quo mogelijk is. Het enige land dat hierop in vergelijking met Nederland en de andere hier onderzochte landen een uitzondering vormt, is het Verenigd Koninkrijk. Opvallend is dat het juist de respondenten uit het Verenigd Koninkrijk zijn, waar zoals gezegd tot dusverre in verhouding het hoogste aantal civiele aansprakelijkheidsclaims is aangebracht, die geen negatief verband zien tussen IMVO-gerelateerde juridische procedures en het vestigingsklimaat en het zelfs zien als iets dat ondernemingen 'scherp' houdt.

In vergelijking met de andere onderzochte landen onderscheidt Nederland zich niet wat betreft de rol en de mogelijkheden van het strafrecht. Enkele buitenlandse strafrechtelijke regelingen kunnen als inspiratie dienen voor een verdere inzet van het Nederlandse strafrecht in de IMVO-context. Hierbij kan gedacht worden aan de extraterritoriaal werkende Bribery Act 2010, die een strafrechtelijke risico-aansprakelijkheid kent van ondernemingen die geen adequate maatregelen treffen ter voorkoming van actieve corruptie, aangevuld met een bij de wet voorziene mogelijkheid van een zgn. *due diligence defence*. Ook kan gedacht worden aan de Modern Slavery Act 2015 met diens *slavery and trafficking reparation order* die weinig procedurele belemmeringen kent en steeds ambtshalve moet worden overwogen. De eerdergenoemde Zwitserse wet inzake PMSC's bepaalt dat daarin neergelegde

verbodsbepalingen ook gelden voor ondernemingen die niet in Zwitserland zijn gevestigd, maar wel worden gecontroleerd door Zwitserse PMSC's. Ook stelt de wet voor de toepassing daarvan dochterondernemingen gelijk aan de moedermaatschappij.

Nederland is tot nu toe wel het enige land waar in een IMVO-gerelateerde strafzaak tegen een internationaal opererende onderneming een veroordeling gevolgd is. Net als in de andere onderzochte landen (behoudens het Verenigd Koninkrijk) kan het Nederlandse strafrecht daarnaast civiele procedures aanvullen en ondersteunen door middel van de mogelijkheid om als slachtoffer via het strafproces civiel schadeverhaal te realiseren, door bij te dragen aan concretisering van een zorgplicht doordat een strafbepaling van toepassing is en door de bewijskracht van een strafrechtelijke uitspraak in een civielrechtelijke procedure.

Toch wordt vooralsnog relatief weinig gebruik gemaakt van de mogelijkheden tot strafrechtelijk optreden tegen Nederlandse ondernemingen die betrokken zijn bij ernstige mensenrechten- of milieuschendingen elders. Zoals eerder vermeld, is dit een punt van aandacht in het licht van de UN Guiding Principles. Daarbij kan nog gewezen worden op het feit dat uit de interviews naar voren komt dat het straf(proces)recht van een land nauwelijks wordt meegenomen bij de vestigingsbeslissingen van internationaal opererende ondernemingen. Voorts kan de vraag gesteld worden in hoeverre een land ondernemingen die afgeschrokken worden door de striktheid van strafrechtelijke normen of handhaving, zou moeten willen aantrekken of behouden.

Relevant in dit verband is dat in verschillende van de andere landen meer mogelijkheden bestaan voor slachtoffers van IMVO-normschendingen en ngo's om zelf een strafprocedure te initiëren. Vermeldenswaard is vooral de Franse *action civile*. Hierbij moet echter opgemerkt worden dat hoewel deze mogelijkheid heeft geleid tot een aanzienlijk hoger aantal IMVO-gerelateerde strafprocedures in Frankrijk dan in Nederland, deze procedures vooralsnog uiteindelijk geen veroordelingen hebben opgeleverd. In een meerderheid van de gevallen heeft het Franse openbaar ministerie de strafvervolging gestaakt, al is in drie zaken daartegen bezwaar gemaakt door ngo's en lopen de betreffende procedures nog. Hoewel de *action civile* in theorie mogelijkheden biedt om de rol van het straf(proces)recht bij de verwezenlijking van de *responsibility to respect* te versterken, zou deze figuur een wezensvreemd element zijn binnen het systeem en de organisatie van de Nederlandse strafvordering.

Uit het gering aantal strafzaken en de afloop daarvan lijkt te mogen worden afgeleid dat voor alle onderzochte landen geldt dat het openbaar ministerie kennelijk geen prioriteit legt bij strafrechtelijke aanpak van schendingen van IMVO-normen. In al deze landen (behoudens het Verenigd Koninkrijk) is datzelfde openbaar ministerie evenwel ofwel de ingang tot het strafrecht, ofwel de partij die de vervolging moet overnemen na het initiatief daartoe door een private partij. Als gevolg daarvan blijft de rol van het strafrecht bij het handhaven van IMVO-gerelateerde strafbepalingen vooralsnog beperkt, zowel in Nederland als daarbuiten.

5. Slot

Binnen het Nederlandse recht bestaan op vele rechtsgebieden specifieke wettelijke normen die gericht zijn op het beschermen van mens en milieu tegen de schadelijke gevolgen van de activiteiten van ondernemingen in Nederland. Maar wat mag er verwacht worden van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen die activiteiten (laten) verrichten in minder ontwikkelde gastlanden waar de wettelijke bescherming van mens en milieu (aanzienlijk) minder strikt is?

Volgens de UN Guiding Principles rust er op staten een verplichting om duidelijk kenbaar te maken dat zij van alle ondernemingen binnen hun grondgebied en/of jurisdictie verwachten dat deze de

mensenrechten van derden respecteren ook bij activiteiten die plaatsvinden in het buitenland. Gaat het om activiteiten van internationaal opererende ondernemingen in moeilijke operationele contexten elders, zoals conflictgebieden, dan zijn de thuislanden van die ondernemingen gehouden tot het vervullen van een nog actievere rol. Op ondernemingen rust een zelfstandige verantwoordelijkheid om zoveel mogelijk te voorkomen dat hun activiteiten negatieve gevolgen hebben voor de mensenrechten van derden en om eventuele schendingen te verhelpen. Deze verantwoordelijkheid geldt ongeacht waar de activiteiten plaatsvinden en de lokale wettelijke context; zij strekt zich ook uit tot de negatieve gevolgen op mensenrechtengebied die via zakelijke relaties rechtstreeks aan de activiteiten, producten of diensten van de onderneming gelieerd zijn. Slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen dienen adequate toegang te hebben tot effectieve remedies, waaronder gerechtelijke klachtmechanismen.

Net als in de ons omringende landen bestaat in Nederland naar huidig recht geen specifiek geformuleerde wettelijke bepaling die ondernemingen verplicht om bij hun eigen activiteiten, of ten aanzien van die van hun dochtermaatschappijen of ketenpartners, zorgvuldigheid te betrachten jegens mens en milieu in gastlanden. Het algemene civiele aansprakelijkheidsrecht biedt benadeelden echter de mogelijkheid om bij reeds aangerichte schade of een concrete dreiging daarvan de betrokken ondernemingen daarvoor in rechte verantwoordelijk te houden. Dit soort civiele aansprakelijkheidsprocedures kunnen ook ingesteld worden tegen internationaal opererende ondernemingen in hun Westerse thuislanden, waaronder Nederland. Daarbij geldt echter dat hoewel het aantal IMVO-gerelateerde juridische procedures in de onderzochte landen de laatste twee decennia sterk is gestegen, het totale aantal zeer beperkt blijft. Dit onderstreept de noodzaak om, zoals ook gesteld wordt in de UN Guiding Principles, praktische en procedurele drempels weg te nemen die het de facto onmogelijk maken voor benadeelden met legitieme claims tegen Nederlandse internationaal opererende ondernemingen om deze voor de Nederlandse rechter te brengen.

Ook op het gebied van het strafrecht bestaan reeds mogelijkheden om ondernemingen verantwoordelijk te houden voor ernstige schendingen van mens en milieu, ook als deze plaatsvinden in het buitenland. In Nederland beslist in beginsel exclusief het openbaar ministerie tot vervolging en dat is anders dan in sommige van de ons omringende landen. Dit heeft in Nederland tot op heden geleid tot een klein aantal IMVO-gerelateerde strafzaken, waarin het in één geval tot een veroordeling van een internationaal opererende onderneming gekomen is. Vooralsnog lijkt een actief vervolgingsbeleid met betrekking tot de betrokkenheid van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen bij ernstige mensenrechten- en milieugerelateerde misstanden in gastlanden echter te ontbreken. Dit onderstreept de noodzaak om, zoals ook geïmpliceerd wordt door de UN Guiding Principles, ervoor te zorgen dat het Nederlands openbaar ministerie de middelen, expertise en steun heeft die nodig zijn om onderzoek te doen naar de betrokkenheid van personen en bedrijven bij misstanden op mensenrechtengebied.

Het civiele aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht zijn beide sterk gericht op handhaving achteraf tegen ondernemingen die zich onzorgvuldig dan wel laakbaar hebben gedragen waar het gaat om het voorkomen van een negatieve impact van de ondernemingsactiviteiten op mens en milieu. Zij spelen aldus een belangrijke rol bij het ter verantwoording roepen van ondernemingen die (op punten) slecht presteren waar het gaat om hun *responsibility to respect*. Daarnaast zal er echter juist ook aandacht besteed moeten worden aan de verantwoordelijk van ondernemingen om schade aan mens en milieu te voorkomen. De UN Guiding Principles bieden hiertoe vrij concrete handvatten, onder meer in de procedure voor *due diligence* op mensenrechtengebied die een kerncomponent is van de *responsibility to respect*. Vooralsnog lijkt het er echter op dat er in elk van de onderzochte landen slechts een zeer klein groepje voorlopers is die een dergelijke procedure ook daadwerkelijk geïmplementeerd hebben in het ondernemingsbeleid of daar althans mee bezig zijn.

Dit suggereert dat het in de rede ligt om verder te kijken naar de mogelijkheden van een meer verplichtend wettelijk kader als zou blijken dat de huidige op consensualiteit ingestoken benadering van de Nederlandse regering in de vorm van IMVO-convenanten te weinig concrete resultaten oplevert. Daarbij zou gedacht kunnen worden aan veranderingen op het gebied van het ondernemingsrecht, dat zekere aanknopingspunten biedt voor een verdere uitwerking van de *responsibility to respect*, bijvoorbeeld in de voortschrijdende transparantieverplichtingen op (I)MVO-gebied. Wel dient opgemerkt te worden dat een verplichting voor ondernemingen om (op *comply or explain*-basis) te rapporteren over de impact van hun activiteiten op mens en milieu nog niet hetzelfde is als een zorgplicht om een negatieve impact te voorkomen, alhoewel het daarmee wel verband kan houden zo blijkt ook uit het Franse wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance*.

Een inherente beperking van de rol van het ondernemingsrecht in deze context is dat dit rechtsgebied primair gericht is op het belang van de onderneming en niet op de belangen van buitenvennootschappelijke derden die schade lijden als gevolg van de activiteiten van de onderneming. Daarnaast biedt het weinig mogelijkheden waar het gaat om dat deel van de *responsibility to respect* dat ziet op een verantwoordelijkheid voor de activiteiten van bijvoorbeeld dochtermaatschappijen en ketenpartners. Omdat benadeelden in de IMVO-context geen toegang hebben tot de ondernemingsrechtelijke handhavingsmechanismen heeft het weinig toegevoegde waarde in het kader van de *access to (judicial) remedies*. De handhaving van eventuele (I)MVO-gerelateerde normen binnen het ondernemingsrecht blijft daarmee afhankelijk van de bereidheid hiertoe van activistische aandeelhouders en investeerders en, in ernstige gevallen van IMVO-normschendingen, bijvoorbeeld vakbonden of de advocaat-generaal via een enquêteprocedure.

De UN Guiding Principles maken duidelijk dat de keuze voor het betrachten van zorgvuldigheid ten aanzien van mens en milieu in gastlanden niet zomaar overgelaten kan worden aan ondernemingen zelf, die immers een ander doel hebben dan de bescherming van mens en milieu. Tegelijkertijd maken zij ook duidelijk dat ondernemingen zich niet kunnen verschuilen achter weinig strikte of weinig strikt gehandhaafde normen op het gebied van mensenrechten, milieu, gezondheid & veiligheid en arbeid in de gastlanden waar zij activiteiten verrichten, of achter het feit dat deze activiteiten niet door henzelf verricht worden maar door hun dochtermaatschappijen of ketenpartners. Verder kan het ter verantwoording roepen van ondernemingen voor schade aangericht aan mens en milieu in gastlanden niet slechts overgelaten worden aan Westerse aandeelhouders, investeerders en consumenten. In gevallen waarin er sprake is van daadwerkelijk nadeel voor mens en milieu moet er voor de benadeelden adequate toegang zijn tot rechtsmiddelen, ook in de thuislanden van de betrokken ondernemingen, zoals Nederland.

Daarnaast moet vanuit thuislanden, zoals Nederland, actief aangedrongen worden op verdere implementatie van de *responsibility to respect* door een bredere kring van ondernemingen, zo nodig middels meer dwingende regelgeving. Uiteraard moet daarbij gezocht worden naar een vorm die 'verteerbaar' is voor de betreffende ondernemingen en is samenwerking met andere Europese landen, waar soortgelijke ideeën bestaan, te verkiezen boven unilateraal handelen. Tegelijkertijd moet het belang van rechtszekerheid en het belang van een nationaal gelijk speelveld niet uit het oog verloren worden. Een actieve houding van ondernemingen waar het gaat om het implementeren van de *responsibility to respect* en het betrachten van zorgvuldigheid ten aanzien van mens en milieu in gastlanden moet aangemoedigd worden en niet 'bestraft' met een concurrentienadeel ten opzichte van ondernemingen uit hetzelfde land die achterblijven op dat gebied. Dit noopt ertoe om te kijken naar manieren om de grenzen van het huidige recht te verleggen waar het gaat om de zorgplichten van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van mens en milieu in gastlanden.

HOOFDSTUK 1 - INLEIDING

1.1 AANLEIDING

Sportschoenen, benzine, koffie, smartphones. Veel van onze dagelijkse producten worden geproduceerd in het buitenland. Soms onder omstandigheden die wij hier in Nederland niet acceptabel zouden vinden. Dit roept ethische, politieke én juridische vragen op. Hoe ver reikt de maatschappelijke verantwoordelijkheid van Westerse ondernemingen die deze producten, veelal tegen lage kosten, laten produceren in minder ontwikkelde gastlanden en hier op de markt brengen? Rust er op hen een verplichting om te voorkomen dat hun eigen activiteiten, of die van hun lokale dochtermaatschappijen of toeleveranciers, resulteren in schade aan mens en milieu in de betreffende gastlanden? En als zulke schade ontstaat, onder welke omstandigheden kunnen deze internationaal opererende ondernemingen daarvoor dan in hun Westerse thuislanden aansprakelijk gesteld worden?

Het concept maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) geeft in de kern de gedachte weer dat ondernemingen bij hun streven naar winst rekening dienen te houden met mens en milieu.[1] Het maatschappelijk, politiek en juridisch debat rond deze kwestie, zowel in Nederland als daarbuiten, spitst zich met name toe op die situaties waarin van ondernemingen verwacht mag worden dat zij mens- en milieugerelateerde belangen vóór laten gaan op hun eigen economische belang. In dit debat staat centraal de vraag in hoeverre op internationaal opererende ondernemingen een morele dan wel juridische verplichting rust om hun streven naar winstmaximalisatie (*profit*) niet ten koste te laten gaan van mens- en milieugerelateerde belangen (*people* en *planet*) in de landen waar zij productieactiviteiten (laten) uitvoeren.

Nu als gevolg van globalisering productieprocessen van ondernemingen in toenemende mate grensoverschrijdend worden, bijvoorbeeld omdat (half)producten worden afgenomen van buitenlandse leveranciers, of gewerkt wordt met buitenlandse dochtermaatschappijen en/of joint-venturepartners, rijst steeds vaker de vraag wat er in deze internationale context van ondernemingen verwacht wordt aan maatschappelijk verantwoord ondernemerschap. Deze kwestie speelt vooral waar het gaat om bedrijfsactiviteiten die door of voor in Westerse landen gevestigde internationaal opererende ondernemingen worden uitgevoerd in gastlanden waar normen op het gebied van arbeid, gezondheid & veiligheid, milieu en mensenrechten minder strikt zijn of minder strikt gehandhaafd worden dan in de thuislanden van de betreffende ondernemingen.

De laatste jaren is er zowel op nationaal als op internationaal niveau een veelheid aan initiatieven ontplooid om te trachten helderheid te scheppen in het grijze gebied van maatschappelijke verwachtingen en mogelijk daaruit voortvloeiende al of niet juridisch afdwingbare verplichtingen met betrekking tot internationaal verantwoord internationaal ondernemen (IMVO). Zo zijn er door veel verschillende organisaties op veel verschillende niveaus initiatieven ontplooid om internationale, niet-verbindende (*soft law*) richtlijnen voor grensoverschrijdend opererende ondernemingen op te stellen.[2] Voorbeelden zijn de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen[3] en de ISO 26000 MVO-richtlijnen[4], alsook de richtlijnen en gedragscodes die in verschillende 'hoog-risico' sectoren en bedrijfstakken tot stand zijn gebracht door samenwerkingsverbanden tussen overheden, bedrijven en

---

1 Het hierna volgende is deels ontleend aan: Enneking 2010.

2 Zie voor een overzicht van internationale MVO-richtlijnen en verdere verwijzingen bijvoorbeeld de Industry Canada website: <http://www.ic.gc.ca/eic/site/csr-rse.nsf/eng/h_rs00587.html>.

3 Organisation for Economic Co-operation and Development, 'OECD Guidelines for Multinational Enterprises', OECD Publishing (2011), <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>. Zie voor de Nederlandse vertaling: <http://www.oesorichtlijnen.nl/binaries/oeso-richtlijnen/documenten/brochure/201/12/8/brochure-oeso-richtlijnen/oeso-richtlijnen-nlse-vertaling-def-webversie.pdf>.

4 International Organization for Standardization, 'ISO 26000:2010 – Guidance on social responsibility', 2010, <http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.htm>.

maatschappelijk middenveld (*multi-stakeholder initiatives*)[5]. Verder kan gewezen worden op meer praktische initiatieven, zoals instrumenten die ondernemingen ondersteunen bij het identificeren van de IMVO-gerelateerde risico's die gepaard gaan met het opereren in specifieke landen en/of in specifieke sectoren.[6] Daarnaast gaan internationaal opererende ondernemingen steeds vaker zelf over tot het opstellen van gedragscodes waarin zij hun waarden en ambities op het gebied van (I)MVO kenbaar maken.[7]

Hoewel eerdere pogingen om in VN-verband te komen tot bindende normen inzake de verantwoordelijkheid van (internationaal opererende) ondernemingen met betrekking tot mensenrechten gestrand zijn[8], wordt er momenteel in VN-verband toch weer gekeken naar de mogelijkheden voor een verdrag met bindende normen op het gebied van bedrijven en mensenrechten.[9] Ook op nationaal niveau is er in verschillende Westerse landen wetgeving geïmplementeerd of voorgesteld waarin meer bindende normen zijn vastgelegd met betrekking tot bepaalde aspecten van IMVO. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan wetgeving gericht op het creëren van transparantie met betrekking tot arbeidsomstandigheden in de productieketen, zoals de California Transparency in Supply Chains Act en de Engelse Modern Slavery Act.[10] In bredere zin bestaan er talloze initiatieven die zich richten op transparantie met betrekking tot de praktijk en de problematiek van MVO en IMVO. Bekende voorbeelden zijn het Global Reporting Initiative[11], het Extractive Industries Transparency Initiative[12] en dichter bij huis de Nederlandse Corporate Governance Code, waarin bepalingen zijn opgenomen inzake het verstrekken van transparantie door (bepaalde) Nederlandse ondernemingen ten aanzien van de maatschappelijke aspecten van ondernemen.[13]

---

5 Zie bijvoorbeeld de op de grondstoffenindustrie gerichte *Voluntary Principles on Security and Human Rights*, <http://www.voluntaryprinciples.org/>, en de op de beveiligingssector gerichte *International Code of Conduct for Private Security Providers*, <http://icoca.ch/en/the_icoc>.

6 Zie bijvoorbeeld de instrumenten die in dit kader ontwikkeld zijn door het *Danish Institute for Human Rights*, waaronder instrumenten voor '*sector wide impact assessments*' waarmee de mogelijke en daadwerkelijke impact van specifieke bedrijfssectoren in een bepaalde geografische context in kaart gebracht kan worden en instrumenten voor '*human rights impact assessments*' waarmee de mogelijke en daadwerkelijke impact van de activiteiten van bepaalde ondernemingen op de mensenrechten van derden in kaart gebracht kan worden: <http://www.humanrights.dk/business-human-rights/highlighted>.

7 Zie reeds: Kolk & van Tulder 2002 en Jenkins 2001. Zie meer recent, bijvoorbeeld: Sethi 2011. Zie over de juridische (privaatrechtelijke) aspecten van dit soort gedragscodes: Beckers 2014 en Vytopil 2015.

8 Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003). Deze werden in augustus 2003 aangenomen door de UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights (resolutie 2003/16, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/L.11), maar werden niet aangenomen door de UN Commission on Human Rights, die onder meer stelde dat de voorgestelde normen "*no legal standing*" hadden (resolutie 2004/116, U.N.Doc. (UN Doc. E/CN.4/DEC/2004/116).

9 Draft Resolution for 'Elaboration of an international legally binding instrument on Transnational Corporations and other business enterprises with respect to Human Rights', A/HRC/26/L.22/Rev.1,24 (26 juni 2014).

10 Zie voor een overzicht van regelgeving en overige initiatieven op dit gebied in verschillende landen, waaronder België, Duitsland, Frankrijk, Nederland en het Verenigd Koninkrijk, het addendum bij het Ruggie-rapport van 2011 inzake Ruggie's *Corporate Law Project* ('Human rights and corporate law: trends and observations from a cross-national study conducted by the Special Representative', A/HRC/17/31/Add.2 (23 mei 2011)), alsook de bijbehorende landenrapporten en relevante updates, alle te vinden op de website van het Business Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/reports-on-corporate-law-tools-0>.

11 Het Global Reporting Initiative (GRI), dat haar internationale secretariaat in Amsterdam heeft, is een internationale organisatie die bedrijven, overheden en andere organisaties ondersteunt bij het inzicht krijgen in en rapporteren over de impact van ondernemingsactiviteiten op duurzaamheidskwesties als klimaatverandering, mensenrechten, corruptie, enz. Zie voor meer informatie de GRI-website: https://www.globalreporting.org>.

12 Het Extractive Industries Transparency Initiative (EITI) is een internationale organisatie die een standaard heeft opgesteld waaraan deelnemende landen moeten voldoen met het doel om meer transparantie te creëren over hun beleid ten aanzien van natuurlijke hulpbronnen. Zie voor meer informatie de EITI-website: <https://eiti.org/>.

13 De Nederlandse corporate governance code, die van toepassing is op grote Nederlandse beursvennootschappen, bevat principes en concrete bepalingen met betrekking tot goede *corporate governance* die de bij een vennootschap betrokken personen en partijen tegenover elkaar in acht zouden moeten nemen. Zie voor meer informatie de website van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code: <http://commissiecorporategovernance.nl/corporate-governance-code>.

De benoeming in 2006 van prof. John Ruggie tot Speciaal Vertegenwoordiger van de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties op het gebied van mensenrechten en grensoverschrijdende ondernemingen heeft in dit verband een belangrijke rol gespeeld. De rapporten die tussen 2006 en 2011 in het kader van dit mandaat zijn uitgebracht hebben een gezaghebbend semi-juridisch kader geschept voor de discussie over bedrijven en mensenrechtenschendingen.[14] De belangrijkste boodschap is dat zowel overheden als bedrijven een rol hebben bij het voorkomen en herstellen van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Op staten rust een plicht om bescherming te bieden tegen bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen (de '*state duty to protect*'), op ondernemingen rust een verantwoordelijkheid om te voorkomen dat hun activiteiten een negatieve uitwerking hebben op de mensenrechten van derden (de '*corporate responsibility to respect*') en zowel staten als ondernemingen hebben een rol bij het bieden van effectieve verhaalsmogelijkheden voor slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen (de noodzaak tot '*access to remedy*').

Deze boodschap vormt de kern van het in 2008 uitgebrachte *UN Policy Framework for Business and Human Rights* en de daarop voortbouwende *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* uit 2011, die tot doel hebben het Policy Framework verder te operationaliseren.[15] Eén van de kernconcepten uit de Guiding Principles is het concept '*human rights due diligence*'. Volgens de Guiding Principles dienen bedrijven te voorzien in beleidsmaatregelen en procedures die, conform hun omvang en operationele context, invulling geven aan hun verantwoordelijkheid om de mensenrechten van derden te eerbiedigen. Hieronder valt in ieder geval een procedure voor *due diligence* op mensenrechtengebied, die tot doel heeft om de impact van hun activiteiten op de mensenrechten van derden in kaart te brengen, te voorkomen en te beperken en om verantwoording af te leggen over de wijze waarop ze met die impact omgaan. Dit *due diligence*-concept vormt voor bedrijven één van de meest concrete aanwijzingen wat er nu precies van hen verwacht wordt in het kader van de '*corporate responsibility to respect*'.

Met het verschijnen van het UN Policy Framework en de bijbehorende Guiding Principles heeft ook de bredere discussie rond IMVO een belangrijke impuls gekregen. Zo werden bij de herziening van de OESO-richtlijnen in 2011 de Guiding Principles en in het bijzonder het *due diligence*-concept daarin verwerkt; datzelfde geldt voor de ISO 26000 MVO-richtlijnen. Dit heeft buiten twijfel gesteld dat zij ook in de bredere context van IMVO, waar het niet alleen gaat om de effecten van bedrijfsactiviteiten op de mensenrechten van derden, maar ook om belangen als gezondheid en veiligheid, arbeidsverhoudingen, milieu, corruptie, duurzaamheid, eerlijke handel, enz., het dominante beleidskader vormen.[16] Illustratief in dit verband is ook de hernieuwde strategie omtrent MVO van de Europese Commissie uit 2011, waarin ook de Europese Commissie zich committeerde aan de implementatie in EU-verband van de UN Guiding Principles.[17] Dat hieraan ook daadwerkelijk navolging wordt gegeven blijkt onder meer uit de eind

---

[14] Zie voor meer informatie en verdere verwijzingen de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/un-secretary-generals-special-representative-on-business-human-rights>.

[15] Zie, respectievelijk: 'Protect, Respect and Remedy: A framework for Business and Human Rights', Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, A/HRC/8/5 (7 april 2008) en 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework', Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, A/HRC/17/31 (21 maart 2011). Beide beleidsdocumenten zijn aangenomen door de *Human Rights Council*.

[16] 'De OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen' (Nederlandse vertaling), Ministerie van Buitenlandse Zaken (2011).

[17] EU Commission Communication 'A renewed strategy 2011-2014 for Corporate Social Responsibility', COM(2011) 681 final (25 October 2011). Zie, in meer detail: Enneking 2012(1), pp. 417-440. In een Commissie-document uit juli 2015 wordt nog eens bevestigd dat "[t]*he European Union* […] *recognises the UNGPs as a* [sic.] *"the authoritative framework" in addressing corporate social responsibility*". Zie 'Commission Staff Working Document on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights – State of Play', SWD(2015) 144 final (14 juli 2015), <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/11621/attachments/1/translations/en/renditions/native>.

september 2014 aangenomen EU-richtlijn met betrekking tot de openbaarmaking van niet-financiële informatie, op grond waarvan grote Europese ondernemingen verplicht worden om meer transparant te zijn over (onder meer) mensenrechten- en milieukwesties.[18]

In zijn Communicatie van 2011 riep de Commissie tevens de EU-lidstaten op tot het opstellen van Nationaal Actieplannen met voorstellen voor de implementatie op lidstaat-niveau van de UN Guiding Principles.[19] Verschillende lidstaten, waaronder Denemarken, Finland, Italië, Litouwen, Spanje en het Verenigd Koninkrijk, hebben inmiddels gehoor hebben gegeven aan deze oproep.[20] Dit geldt ook voor Nederland, waar de regering in december 2013 instemde met het door minister Ploumen voorgestelde Nederlandse Nationaal Actieplan bedrijfsleven en mensenrechten.[21] Hierin wordt ten aanzien van het huidige beleid aangegeven dat de Nederlandse regering reeds actief beleid voert om ervoor te zorgen dat het Nederlandse bedrijfsleven de mensenrechten van derden eerbiedigt en dat mensenrechtenschendingen door bedrijven, rechtstreeks of in hun keten, voorkomen worden. Tevens wordt aangegeven dat de regering verwacht dat bedrijven in het buitenland dezelfde normen nastreven op het gebied van MVO en mensenrechten als in Nederland, zeker wanneer die bedrijven opereren in een situatie van gebrekkige regelgeving en/of handhaving.[22]

Daarnaast worden in het Nederlandse Nationaal Actieplan de belangrijkste bevindingen gepresenteerd van interviews en consultatiebijeenkomsten gehouden met vertegenwoordigers van het bedrijfsleven, maatschappelijke organisaties, uitvoeringsorganisaties en andere experts. Hieruit is onder meer gebleken dat het voor bedrijven niet duidelijk is wat er van hen verwacht wordt qua *due diligence* in het kader van de op hen rustende verantwoordelijkheid om de mensenrechten (en, meer in algemene zin, de mens- en milieugerelateerde belangen) van derden te respecteren.[23] In dit kader is ook uit de consultaties naar voren gekomen dat er geen consensus bestaat over de vraag in hoeverre de zorgplicht van Nederlandse bedrijven ten aanzien van (I)MVO afdoende in de wet is geregeld, dan wel of een nadere explicitering daarvan nodig is.[24] Het is deze laatste kwestie die centraal staat in dit onderzoek, dat is verricht in opdracht van het WODC op verzoek van de Directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Veiligheid & Justitie en de Directie Juridische Zaken van het Ministerie van Buitenlandse Zaken.

---

18 EU Commission 'Proposal for a Directive amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large companies and groups', COM(2013)207 final (aangenomen door de Raad op 29 september 2014).

19 EU Commission Communication 'A renewed strategy 2011-2014 for Corporate Social Responsibility', COM(2011) 681 final (25 October 2011), p. 14.

20 Zie voor de stand van zaken en verdere verwijzingen de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/un-guiding-principles/implementation-tools-examples/implementation-by-governments/by-type-of-initiative/national-action-plans/icar-dihr-national-action-plans-project#136044>.

21 'Nationaal Actieplan bedrijfsleven en mensenrechten', Ministerie van Buitenlandse Zaken (april 2014), <www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/brochures/2014/05/28/nationaal-actieplan-bedrijfsleven-en-mensenrechten/nationaal-actieplan-bedrijfsleven-en-mensenrechten.pdf>.

22 *Id.*, p. 9.

23 *Id.*, p. 21-22.

24 *Id.*, p. 29.

1.2 ONDERZOEKSPROJECT

1.2.1 Doel en vraagstelling

Dit onderzoeksproject beoogt te voorzien in een antwoord op de in het Nederlandse Nationaal Actieplan opgeworpen vraag "*in hoeverre de zorgplicht van Nederlandse bedrijven ten aanzien van MVO afdoende in de wet is geregeld, dan wel of een explicitering nodig is*". In het Nationaal Actieplan werd voorts bepaald dat bij het onderzoek zouden moeten worden betrokken:

(i) de relevante Nederlandse regelgeving en jurisprudentie,
(ii) de situatie in vergelijkbare landen, en
(iii) (een inschatting van) de gevolgen van regelgeving voor bedrijven en het vestigingsklimaat in Nederland.

Deze politieke doelstelling is ten behoeve van dit onderzoeksproject vertaald in de volgende probleemstelling:

Op welke manier en in hoeverre is er in de Nederlandse wet en/of jurisprudentie een zorgplicht van Nederlandse vennootschappen ten aanzien van MVO geregeld dan wel toegepast en in hoeverre verhoudt de huidige stand van zaken wat dat betreft zich tot de UN Guiding Principles *en de stand van zaken in de ons omringende landen?*

Deze probleemstelling is onderverdeeld in de volgende zeven onderzoeksvragen:

1. Hoe is geregeld in Nederlandse wetgeving en jurisprudentie en in de Nederlandse Corporate Governance Code dat het bestuur en de RvC van een Nederlandse vennootschap voorschriften omtrent MVO bij hun afwegingen moeten betrekken?
2. Hoe is de civielrechtelijke aansprakelijkheid van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen voor betrokkenheid van hun buitenlandse dochterondernemingen en/of ketenpartners bij schendingen van MVO-normen geregeld in de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie, waaronder het internationaal privaatrecht?
3. Wat zijn de mogelijkheden om via het Nederlandse strafrecht de betrokkenheid van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen bij schending van MVO-normen met extraterritoriale werking uit de Nederlandse (straf)wetgeving door hun buitenlandse dochterondernemingen en/of ketenpartners te redresseren, en werken strafrechtelijke procedures en strafrechtelijk daderschap van deze ondernemingen door in het civiele recht?
4. Hoe worden de vragen 1, 2 en 3 beantwoord voor de ons omringende landen België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland?
5. Hoe kunnen de consequenties van deze regelgeving en jurisprudentie voor het vestigingsklimaat van bedrijven in de genoemde landen worden ingeschat?
6. Hoe verhouden de huidige Nederlandse wetgeving en jurisprudentie zich tot de UN Guiding Principles?
7. Hoe verhouden de huidige Nederlandse wetgeving en jurisprudentie zich tot die in de genoemde landen, in het licht van de bevordering van de '*responsibility to respect*' conform de UN Guiding Principles en in het licht van de mogelijke gevolgen voor het vestigingsklimaat?

1.2.2 Methoden

Bronnenonderzoek

Onderzoeksvragen 1 t/m 4 betreffen een juridisch inhoudelijk onderdeel van het onderzoek. Daarbij is gekeken naar het geldend recht in Nederland en de andere te onderzoeken landen binnen de voor beantwoording van de onderzoeksvraag meest relevante rechtsgebieden (het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht). Gegeven het doel en de vraagstelling van het onderzoeksproject is voor het uitvoeren van dit deel van het onderzoek gebruik gemaakt van beproefde juridische onderzoeksmethoden, bestaande uit onderzoek van relevante regelgeving, jurisprudentie en literatuur. Deze juridische bronnen zijn samengebracht tot een beknopte beschrijving in dit rapport van de huidige staat van het recht in Nederland en de andere te onderzoeken landen op het onderzoeksterrein. Waar mogelijk en relevant wordt melding gemaakt van nog aanhangige wetsvoorstellen en juridische procedures en van de daarin voorkomende juridische vragen, voor zover openbare stukken dat toestaan.[25] De uitkomsten van het juridisch inhoudelijk deel van het onderzoek zijn weergegeven in de hoofdstukken 2 (Nederland) en 3 (België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland) en dienen als basis voor de beantwoording van onderzoeksvragen 6 en 7 in hoofdstuk 5.

Rechtsvergelijking

Onderzoeksvraag 4 betreft een rechtsvergelijkend onderdeel van het onderzoek. De rechtsvergelijkende component van het onderzoek beperkt zich tot vijf Europese landen: België, Frankrijk, Duitsland, Verenigd Koninkrijk en Zwitserland. De belangrijkste reden voor deze keuze is terug te voeren op relevante ontwikkelingen waar het gaat om wetgeving dan wel jurisprudentie op het gebied van zorgplichten voor ondernemingen in het kader van IMVO. Relevante factoren waren verder: de verwachte beschikbaarheid van materialen en de toegang tot de primaire bronnen in een voor de onderzoekers begrijpelijke taal; het belang van een bepaalde jurisdictie als het om de vestiging van multinationals gaat; ervaring met relevante regelgeving die een impact zou kunnen hebben of bleek te hebben op het vestigingsklimaat; en de sociaal-maatschappelijke vergelijkbaarheid van de betreffende landen met Nederland. Voorts is ook rekening gehouden met de spreiding qua soorten rechtssystemen (het Germaanse, het Romanistische en het *Common Law* systeem zijn vertegenwoordigd). De uitkomsten van het rechtsvergelijkend deel van het onderzoek zijn weergegeven in hoofdstuk 3 en dienen als basis voor de beantwoording van onderzoeksvraag 7 in hoofdstuk 5.

Interviews

Onderzoeksvraag 5 betreft een beperkt opgezet empirisch onderdeel van het onderzoek. Hiervoor zijn per gekozen rechtsstelsel drie tot vijf interviews met experts afgenomen, in totaal 26 interviews. Het overgrote merendeel van deze interviews is telefonisch afgenomen, in het Engels en waar mogelijk in het Nederlands.

De deelnemers aan de interviews waren experts die betrokken zijn (geweest) bij het maatschappelijk en/of wetenschappelijk debat rond IMVO in het betreffende land, en/of die een visie hebben op de invloed van regelgeving en jurisprudentie op dat terrein op het nationale vestigingsklimaat. Mede met het oog op het verkennende karakter van het empirisch onderdeel van het onderzoek is ervoor gekozen om in elk land experts te interviewen die zich vanuit verschillende hoedanigheden (academicus;

[25] Daarbuiten zal niet zaakinhoudelijk op deze procedures worden ingegaan dan wel op de mogelijke uitkomsten daarvan worden vooruitgelopen.

koepelorganisatie bedrijfsleven; bedrijfsjurist; beleidsmaker; denktank/overig; ngo) met deze onderwerpen bezighouden. De selectie van deelnemers is tot stand gekomen op basis van de bestaande zakelijke netwerken van de deelnemers aan het onderzoeksteam, de interne en externe adviseurs en de begeleidingscommissie, in combinatie met een internet *search* naar sleutelfiguren in elk land op het betreffende onderwerp. De beoogde deelnemers kregen bij aanschrijven de toezegging dat de interviewverslagen geanonimiseerd zouden worden, zodat de daarin opgenomen antwoorden niet te herleiden zouden zijn tot specifieke personen en/of organisaties.

Ten behoeve van de interviews is een semi-gestructureerde vragenlijst opgesteld, zodat de verkregen data onderling vergelijkbaar zouden zijn, terwijl tegelijkertijd ruimte zou blijven voor het stellen van extra vragen als daartoe aanleiding was. De in totaal 16 interviewvragen zijn geformuleerd op basis van de bevindingen in het kader van het juridisch inhoudelijke deel van dit onderzoek (onderzoeksvragen 1 t/m 4) in combinatie met een beperkte literatuurstudie naar de consequenties van regelgeving en jurisprudentie op het vestigingsklimaat. De interviewvragen zijn onderverdeeld in vier thema's:

1. Het vestigingsklimaat in algemene zin in het betreffende land;
2. Het debat inzake internationaal maatschappelijk ondernemen in het betreffende land;
3. De ervaringen tot op heden met *due diligence* en transparantieverplichtingen op het gebied van IMVO van bedrijven in het betreffende land;
4. De invloed van IMVO-gerelateerde regelgeving en jurisprudentie op het vestigingsklimaat in het betreffende land.

Alle deelnemers kregen voorafgaand aan het interview de vragenlijst toegestuurd, met daarbij een korte introductie waarin werd ingegaan op het doel en de aanpak van de interviews. Diezelfde introductie en vragenlijst vormden ook de basis voor de interviews zelf, waarbij elke keer in beginsel alle 16 interviewvragen aan de orde gesteld werden. In de vragenlijst stonden daarnaast per interviewvraag een aantal deelvragen geformuleerd die gebruikt konden worden ter nadere invulling / concretisering / duiding van de vraag, maar die niet noodzakelijkerwijs als zodanig steeds in de interviews aan orde zijn gekomen. De aan de deelnemers toegezonden en bij de interviews gebruikte introductie en vragenlijst (Engelstalige en Nederlandstalige versie) zijn opgenomen als bijlage.

De interviews zijn alle (op één na, op verzoek van de deelnemer) opgenomen en getranscribeerd. De transcripten zijn vervolgens geanalyseerd. Daarbij zijn de gegevens op twee verschillende manieren gecategoriseerd: per land (België; Duitsland; Frankrijk; Nederland; Verenigd Koninkrijk; Zwitserland) en per vraag, waarbij in het verslag van de bevindingen de focus ligt op de vragen van thema's 1 en 4 (interviewvragen 1-2 en 13-16). De uitkomsten van het empirisch deel van het onderzoek zijn weergegeven in hoofdstuk 4 en dienen als basis voor de beantwoording van onderzoeksvraag 7 in hoofdstuk 5.

1.2.3 Afbakening en duiding

Onderzochte rechtsgebieden

Zoals ook al geconstateerd werd door Eijsbouts c.s. in de NJV-preadviezen over maatschappelijk verantwoord ondernemen uit 2010, kunnen MVO-normen voor ondernemingen in principe voortvloeien uit elk rechtsgebied dat betrekking heeft op *people*, *planet* of *profit*.[26] Het zou dan ook ondoenlijk zijn om binnen dit onderzoeksproject te trachten een uitputtend overzicht te geven van alle juridische normen waaruit zorgplichten voortvloeien voor Nederlandse ondernemingen ten aanzien van mens en

[26] Eijsbouts e.a. 2010, p. 18-19.

milieu in Nederland en daarbuiten. Een dergelijke exercitie zou bovendien weinig nuttig zijn, aangezien de in een specifiek geval toepasselijke (I)MVO-normen en bijbehorende zorgplichten telkens afhankelijk zullen zijn van het type onderneming, het type ondernemingsactiviteiten, de specifieke context waarbinnen die activiteiten plaatsvinden en de specifieke risico's voor mens en/of milieu die de betreffende activiteiten met zich brengen. Dit betekent dat het eerste deel van de probleemstelling ("*op welke manier en in hoeverre is er in de Nederlandse wet en/of jurisprudentie een zorgplicht van Nederlandse vennootschappen ten aanzien van MVO geregeld dan wel toegepast*") een nadere afbakening vergt.

In dit onderzoeksproject ligt de nadruk op drie rechtsgebieden: het ondernemingsrecht (meer specifiek: het vennootschapsrecht), het civiele aansprakelijkheidsrecht (meer specifiek: het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht of onrechtmatigedaadsrecht) en het strafrecht. Het zijn deze rechtsgebieden waaruit de meest relevante algemene zorgplichten voor ondernemingen in het kader van (I)MVO voortvloeien. Deze zorgplichten gelden in principe ongeacht welke specifieke (I)MVO-gerelateerde belangen (mensenrechten, milieu, arbeidsomstandigheden, gezondheid & veiligheid) in een concreet geval bescherming behoeven. Als zodanig vormen zij het algemene juridische kader voor zorgplichten voor Nederlandse ondernemingen ten aanzien van (I)MVO, een kader dat vervolgens in concrete gevallen verder ingekleurd kan worden aan de hand van juridische en maatschappelijke normen ter bescherming van meer specifieke (I)MVO-gerelateerde belangen.

Uiteraard vormen door de wetgever of rechter vastgestelde zorgplichten voor Nederlandse ondernemingen in het kader van (I)MVO slechts een (klein) deel van het palet van (I)MVO-regels en (I)MVO-beleidsinstrumenten waarmee Nederlandse ondernemingen te maken hebben of kunnen krijgen. Zo vormen op dit moment bijvoorbeeld de IMVO-convenanten die voor verschillende bedrijfssectoren ontwikkeld worden door de Nederlandse overheid in samenwerking met ondernemingen uit die sectoren, een zeer relevante ontwikkeling.[27] Gezien de beperkte opzet van dit onderzoek, dat niet bedoeld is als inventarisatie of evaluatie van het brede palet van bestaande of mogelijke reguleringsinstrumenten op het gebied van (I)MVO, zullen (I)MVO-gerelateerde regels en beleidsinstrumenten die buiten het veld vallen van (I)MVO-gerelateerde zorgplichten op het gebied van het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht, in dit rapport slechts sporadisch en waar relevant aan de orde komen.

MVO, IMVO en zorgplichten

Conform de nadruk die de laatste jaren niet alleen in Nederland maar ook op EU-niveau en in andere Westerse landen gelegd wordt op maatschappelijk verantwoord ondernemen in een internationale context, ligt de focus van dit onderzoek op zorgplichten van Nederlandse ondernemingen in het kader van IMVO. Het is juist in deze internationale context, waar het draait om de mogelijke negatieve gevolgen van de activiteiten van in Nederland gevestigde internationaal opererende ondernemingen – of van hun buitenlandse dochtermaatschappijen of ketenpartners – op mens en milieu in gastlanden, dat de meest prangende juridische vragen bestaan rond het bestaan en de reikwijdte van zorgplichten. Daarmee komt de focus ook te liggen op internationaal opererende ondernemingen, dat wil zeggen ondernemingen die delen van het productieproces of andere bedrijfsactiviteiten in het buitenland uitvoeren of laten uitvoeren door joint-venturepartners, dochtermaatschappijen, toeleveranciers, onderaannemers, enz.

[27] Zie hierover het SER-advies IMVO-Convenanten, nr. 2014/04 (25 april 2014), https://www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen/2010-2019/2014/imvo-convenanten.aspx>, dat door de Nederlandse regering is overgenomen (zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2014/15, 26485, nr. 197 en *Kamerstukken II* 2014/15, 26485, nr. 212).

Het begrip ondernemingen wordt daarbij in dit rapport gebruikt als synoniem voor 'rechtspersonen' of 'bedrijven'. Zien bepalingen alleen op specifieke typen rechtspersonen (zoals vennootschappen), dan wordt dit vermeld.

In deze internationale context rijzen naast vragen naar het bestaan en de omvang van zorgplichten voor de betreffende ondernemingen ook vragen naar de bevoegdheid van nationale rechters en het toepassingsbereik van het nationale recht. Verschillende van de voor dit onderzoek relevante zorgplichten, met name op het terrein van het ondernemingsrecht en van het civiele aansprakelijkheidsrecht, zien op de gevolgen van ondernemingsactiviteiten ongeacht waar die plaatsvinden. Zij kunnen dus van toepassing zijn ongeacht of het gaat om de bescherming van mens- en milieugerelateerde belangen in het thuisland van de onderneming (MVO) of om de bescherming van mens en milieu in gastlanden (IMVO). Op het gebied van het strafrecht, waar de werking van relevante bepalingen doorgaans sterker territoriaal beperkt is, ligt de focus op die zorgplichten die relevant zijn in de IMVO-context.

De aandacht in dit onderzoek gaat uit naar de bescherming van de belangen van derden in gastlanden tegen de mogelijke negatieve gevolgen van activiteiten die verricht worden door of voor in Nederland gevestigde internationaal opererende ondernemingen. Het gaat daarbij in het bijzonder om mensenrechtenbelangen, milieubelangen en gezondheid- en veiligheidsbelangen, zowel binnen de arbeidscontext (denk aan werknemers) als daarbuiten (denk aan omwonenden en lokale gemeenschappen). Tezamen worden deze belangen hier aangeduid als 'mens- en milieugerelateerde belangen' en de geschreven of ongeschreven normen die zien op de bescherming van de betreffende belangen als 'MVO-normen' of 'IMVO-normen' (afhankelijk van of het om lokaal geldende of in de internationale context geldende normen gaat). Schendingen van de betreffende normen in gastlanden als een direct of indirect gevolg van de bedrijfsactiviteiten van internationaal operende ondernemingen uit de hier onderzochte landen worden aangeduid als 'extraterritoriale (I)MVO-normschendingen'.

IMVO-gerelateerde bepalingen die de bescherming van mens en milieu in gastlanden niet primair of meer indirect als doel hebben, zoals sommige normen met betrekking tot corruptie, eerlijke mededinging, consumentenbelangen en belastingontwijking, worden in dit rapport in beginsel (enkele uitzonderingen daargelaten) buiten beschouwing gelaten.[28]

De (positieve) zorg voor de bescherming en de bevordering van mens- en milieugerelateerde belangen ligt in de eerste plaats bij de overheid van het land waar zij zich bevinden. Deze rol omvat mede de verantwoordelijkheid om ervoor te zorgen dat deze belangen niet geschonden worden als gevolg van de activiteiten van private actoren, zoals ondernemingen. Met het oog op deze verantwoordelijkheid kan de overheid zorgplichtbepalingen opstellen: wettelijke bepalingen die de betrokken actoren in algemeen gestelde bewoordingen verplichten om bij het verrichten van hun activiteiten zorg te betrachten ten aanzien van de betreffende belangen.[29] Op die wijze kan de (negatieve) zorg voor het voorkomen van het toebrengen van nadeel aan die belangen in meer of mindere mate tot een verantwoordelijkheid worden gemaakt van de private actoren die met hun activiteiten een risico op zulk nadeel in het leven roepen.[30]

---

[28] Zie hierover wel bijvoorbeeld de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen (*supra* noot 3), waarin achtereenvolgens aandacht is voor: mensenrechten; werkgelegenheid en arbeidsverhoudingen; milieu; bestrijding van corruptie, omkopingsverzoeken en afpersing; consumentenbelangen; wetenschap en technologie; mededinging; en belastingen.

[29] Definitie deels ontleend aan het rapport 'Ruimte voor Zorgplichten' van het Ministerie van Justitie (19 juli 2004), <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2004/07/19/rapport-ruimte-voor-zorgplichten>, p. 5.

[30] Zie uitgebreid en in algemene zin over de begrippen zorg en zorgplichten: Tjong Tjin Tai 2006, p. 43-100.

Binnen elk van de drie in dit rapport te bespreken rechtsgebieden zijn zorgplichtbepalingen te onderscheiden die verplichtingen in het leven roepen voor (functionarissen van) ondernemingen om bij het verrichten van hun activiteiten zorg te betrachten ten aanzien van de mens- en milieugerelateerde belangen van niet bij de onderneming betrokken derden. De rol die is weggelegd voor zorgplichten voor ondernemingen in het kader van (I)MVO verschilt echter sterk per rechtsgebied, in samenhang met de te onderscheiden specifieke aard van elk rechtsgebied.

Zo is het civiele aansprakelijkheidsrecht er in de kern op gericht om te bepalen onder welke omstandigheden een private actor die met zijn activiteiten nadeel toebrengt aan de belangen van derden, daarvoor in rechte verantwoordelijk gehouden kan worden en in hoeverre hij verplicht kan worden het aangerichte nadeel te herstellen. Met zijn open normen (redelijkheid, voorzienbaarheid, 'maatschappelijke zorgvuldigheid') heeft het een inherente flexibiliteit die het bij uitstek geschikt maakt om mee te bewegen met veranderende maatschappelijke ideeën over de juiste balans tussen handelingsvrijheid enerzijds en de bescherming van belangen van derden tegen de mogelijk schadelijke gevolgen van dat handelen (of niet-handelen) anderzijds. Deze open normen bieden de civiele rechter de mogelijkheid om, veelal achteraf, te bepalen welke mate van zorg in een concrete situatie ten aanzien van de belangen van de ander betracht had of zou moeten worden.[31]

Ook het ondernemingsrecht kent open normen en zorgplichtbepalingen. Een voor dit onderzoek belangrijk verschil is echter dat het ondernemingsrecht primair gericht is op de bescherming van de (langetermijn) belangen van de onderneming zelf en op de manier waarop de direct bij de onderneming betrokkenen (aandeelhouders, bestuurders, commissarissen en in sommige gevallen ook werknemers en crediteuren) zich tot de onderneming en tot elkaar verhouden. Daarmee verschilt het dus fundamenteel van het civiele aansprakelijkheidsrecht met zijn focus op de belangen van derden, een verschil dat (zo zal blijken) ook terug te vinden is in de mate waarin het ruimte biedt voor zorgplichten die zien op de bescherming van IMVO-gerelateerde belangen en voor de handhaving daarvan door de derden wiens belangen in het geding zijn.[32]

Het strafrecht ten slotte kent ook zorgplichtbepalingen, maar in veel minder ruime mate dan het civiele aansprakelijkheidsrecht en het ondernemingsrecht. Reden hiervoor is dat zorgplichten als gevolg van hun doorgaans open aard op gespannen voet kunnen staan met het materieelstrafrechtelijke legaliteitsbeginsel. Op grond daarvan geldt dat een onderneming slechts strafrechtelijk aansprakelijk gehouden kan worden voor schending van IMVO-normen wanneer met de laakbare gedraging alle bestanddelen van een reeds bestaande strafbepaling vervuld worden. De gedachte hierachter is dat het repressieve sanctiearsenaal van het strafrecht slechts ingezet mag worden tegen justitiabelen op basis van duidelijke wetsbepalingen waarin reeds ten tijde van de betreffende gedraging die gedraging strafbaar gesteld was.[33]

De nadruk ligt in dit onderzoek op IMVO-gerelateerde zorgplichten voor ondernemingen die zijn vastgelegd in of voortvloeien uit de wettelijke bepalingen en de jurisprudentie op het gebied van het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht en het straf(proces)recht van de te onderzoeken landen. De IMVO-context wordt echter gekenmerkt door een grote verscheidenheid aan rechtsbronnen die binnen deze context relevant kunnen zijn. Gedacht kan worden aan: normen die voortvloeien uit

---

[31] Zie in meer detail over de rol die het civiele aansprakelijkheidsrecht kan spelen bij het beschermen van IMVO-gerelateerde belangen: Enneking 2012(1). Zie ook bijvoorbeeld, met een nadruk op milieugerelateerde belangen: Enneking 2014(2).

[32] Zie bijvoorbeeld Assink 2010, p. 6-11, die stelt dat het ondernemingsrecht in wezen drait om "[…] *het ondersteunen van waardecreatie door economische bedrijvigheid in de vorm van ondernemerschap, met oog voor de belangen van de daarbij betrokkenen (de personen die (in)direct het bereiken van deze waardecreatie beïnvloeden of erdoor worden beïnvloed) en het tegengaan van waardevernietiging*" (p. 6-7).

[33] Vgl. bijvoorbeeld Kristen 2011, p. 320-321.

internationaal publiekrecht of Europees recht; wettelijke bepalingen ter bescherming van mensenrechtenbelangen, milieubelangen, gezondheid- en veiligheidsbelangen en werknemersbelangen in recht van het thuisland dan wel het recht van het gastland; ongeschreven recht op grond van gewoonte, gebruik of de maatschappelijke betamelijkheid; *soft law*-richtlijnen en gedragscodes; jurisprudentie, enz. Omdat een uitputtend overzicht van relevante juridische normen zoals gezegd het bestek van dit onderzoek te buiten gaat, wordt aan de uit deze rechtsbronnen voortvloeiende IMVO-normen aandacht besteed voor zover dat nodig is voor een goed begrip van de zorgplichten van ondernemingen op de hier onderzochte rechtsgebieden.

Object en omvang van de te beantwoorden onderzoeksvragen

In verband met de specifieke kenmerken van elk van de drie in dit onderzoek centraal staande rechtsgebieden, is het object en omvang van de te beantwoorden onderzoeksvraag voor elk rechtsgebied telkens net even anders.

Op het gebied van het ondernemingsrecht wordt onderzocht hoe is geregeld dat het bestuur en de Raad van Commissarissen van Nederlandse ondernemingen voorschriften omtrent (I)MVO bij hun afwegingen moeten betrekken (onderzoeksvraag 1). De focus ligt daarbij op de Nederlandse kapitaalvennootschappen: besloten vennootschappen (BV's) en naamloze vennootschappen (NV's). Er wordt dus gekeken naar relevante Nederlandse wettelijke regels op het gebied van het vennootschapsrecht omtrent de verplichtingen van bestuurders en commissarissen om (I)MVO-belangen bij hun afwegingen te betrekken. Daarnaast wordt aandacht besteed aan de invulling van die wettelijke regels in de Nederlandse jurisprudentie, alsook naar de Nederlandse Corporate Governance Code (onderzoeksvraag 3).

Op het gebied van het civiele aansprakelijkheidsrecht wordt onderzocht hoe de civielrechtelijke aansprakelijkheid is geregeld van Nederlandse ondernemingen voor schendingen van (I)MVO-normen. De focus ligt daarbij op de civielrechtelijke zorgplichten van in Nederland gevestigde internationaal opererende ondernemingen die direct of indirect – via hun buitenlandse dochterondernemingen en/of ketenpartners – betrokken (kunnen) raken bij schendingen van (I)MVO-normen in het buitenland (onderzoeksvraag 2). Er wordt dus gekeken worden naar relevante Nederlandse wettelijke regels op het gebied van het onrechtmatigedaadsrecht en naar de invulling daarvan in de Nederlandse jurisprudentie (onderzoeksvraag 3).

Gezien de focus op zorgplichten van Nederlandse ondernemingen ten aanzien van activiteiten in het buitenland, wordt daarnaast ook gekeken naar relevante bepalingen van internationaal privaatrecht. Het is immers niet vanzelfsprekend dat de zorgplichten van Nederlandse ondernemingen in een transnationale context beheerst worden door Nederlandse bepalingen van onrechtmatigedaadsrecht, of dat de Nederlandse rechter onder alle omstandigheden bevoegd is kennis te nemen van vorderingen tegen de betrokken ondernemingen wegens beweerdelijke schendingen van die zorgplichten. Verder wordt ook kort aandacht besteed aan relevante Nederlandse bepalingen op het gebied van het burgerlijk procesrecht, voor zover deze bepalend zijn voor de mogelijkheden voor derden uit gastlanden om een IMVO-gerelateerde civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure aan te brengen voor de Nederlandse rechter.

Op het gebied van het strafrecht wordt onderzocht wat de mogelijkheden zijn om via het strafrecht de betrokkenheid van Nederlandse ondernemingen bij schendingen van (I)MVO-normen te redresseren. De focus ligt daarbij op de strafrechtelijke zorgplichten van in Nederland gevestigde internationaal opererende ondernemingen die die direct of indirect – via hun buitenlandse dochterondernemingen en/of ketenpartners – betrokken (kunnen) raken bij schendingen van (I)MVO-normen in het buitenland.

Er wordt dus gekeken naar relevante wettelijke regels uit de Nederlandse strafwetgeving die onder omstandigheden ook in een transnationale context een rol kunnen spelen (onderzoeksvraag 4).

Gezien de mogelijkheid dat de strafrechtelijke route een alternatief voor of aanvulling op civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures kan vormen waar het gaat om de handhaving van zorgplichten voor Nederlandse ondernemingen in het kader van (I)MVO, wordt daarnaast ook aandacht besteed aan het strafprocesrecht. Onderwerpen die in dit kader aan de orde komen zijn de mogelijkheden die de strafrechtelijke procedure biedt aan belanghebbenden om deze zorgplichten te (doen) handhaven en de interactie tussen strafprocedures en civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures.

Omvang van de rechtsvergelijking

Bij de bespreking van en vergelijking met de juridische stand van zaken in de andere te onderzoeken landen (België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland) worden de verschillende onderzoeksvragen in beginsel alleen in hoofdlijnen behandeld. Dit houdt in dat allereerst aandacht besteed wordt aan de verplichtingen van bestuurders (en evt. commissarissen) van in die landen gevestigde kapitaalvennootschappen om (I)MVO-belangen bij hun afwegingen te betrekken, die voortvloeien uit wetgeving, jurisprudentie en corporate governance codes in de betreffende rechtsstelsels (onderzoeksvragen 2 en 5). Daarnaast wordt gekeken naar relevante wettelijke regels op het gebied van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht en naar de invulling daarvan in de jurisprudentie in de betreffende rechtsstelsels (onderzoeksvragen 3 en 5). Relevante bepalingen uit aanpalende rechtsgebieden, zoals het internationaal privaatrecht of burgerlijk procesrecht, worden in de rechtsvergelijking slechts op de meest relevante hoofdpunten meegenomen.

Wat betreft het strafrecht zal de rechtsvergelijking enerzijds bestaan uit een vergelijking van handhavingsmogelijkheden via het strafprocesrecht anderzijds uit een *quick scan* (dat wil zeggen: een verkenning) van materieelstrafrechtelijke normen in de wetgeving van de andere te onderzoeken rechtsstelsels die IMVO-zorgplichten in het leven roepen voor (functionarissen van) aldaar gevestigde internationaal opererende ondernemingen. Op basis van deze *quick scan* zullen in totaal twee buitenlandse materieelstrafrechtelijke bepalingen geïdentificeerd en uitgewerkt worden die interessante inzichten bieden in de inhoud en mogelijke toepassing van IMVO-gerelateerde strafrechtelijke zorgplichten. Andere materieelstrafrechtelijke bepalingen waaruit mogelijk zorgplichten voor internationaal opererende ondernemingen in het kader van (I)MVO zouden kunnen voortvloeien, alsmede de extraterritoriale reikwijdte van strafrechtelijke bepalingen en daderschapsconstructies in algemene zin, worden in de rechtsvergelijking buiten beschouwing gelaten.

1.3 NADERE VERKENNING VAN HET ONDERZOEKSVELD

1.3.1 (I)MVO en *global business regulation*[34]

Het concept maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) geeft in de kern de gedachte weer dat ondernemingen bij hun streven naar winst rekening dienen te houden met mens- en milieugerelateerde belangen. Oftewel: het verwerven van *Profit* mag niet ten koste gaan van *People* en *Planet*. Hoewel er veel geschreven is over de '*business case*' voor MVO, dat wil zeggen de mogelijkheid dat het rekening houden met deze belangen een winstgevende aangelegenheid kan zijn (bijvoorbeeld waar een bedrijf zich met succes richt op de verkoop van duurdere *fair trade* producten), spitst het maatschappelijk debat rond MVO zich met name toe op die situaties waarin van ondernemingen verwacht mag worden dat zij mens- en milieugerelateerde belangen vóór laten gaan op hun eigen economische belang. De volgorde van de zogenoemde '*triple bottom line*' (People, Planet, Profit) is dan ook niet toevallig zo gekozen.[35]

De invulling van wat maatschappelijk verantwoord ondernemerschap precies inhoudt, verschilt naar tijd en naar plaats. Zo stelde Milton Friedman in 1970 nog dat "[t]*he social responsibility of business is to increase its profits*".[36] De gedachte was dat de bescherming van mens- en milieugerelateerde belangen een taak is voor de overheid, die daar door middel van wetgeving en beleid uitvoering aan kan geven, en dat ondernemingen slechts gehouden zijn om zich bij hun streven naar winstmaximalisatie aan de door de wet gestelde grenzen te houden. De laatste decennia echter heeft de gedachte aan populariteit gewonnen dat het maatschappelijk mandaat dat ten grondslag ligt aan de mogelijkheid die ondernemingen gegund wordt om in alle vrijheid het eigen economisch belang na te streven (de zgn. '*social license to operate*'), als tegenprestatie een betrokkenheid bij diezelfde maatschappij vergt die verder gaat dan het respecteren van door de overheid opgelegde voorwaarden en juridische grenzen bij het nastreven van dat eigenbelang.[37] En daarmee is er in toenemende mate nadruk komen te liggen op het feit dat ondernemingen wel degelijk ook zelfstandige verantwoordelijkheden hebben waar het aankomt op maatschappelijk verantwoord ondernemerschap en dat deze verantwoordelijkheden verder gaan dan alleen het naleven van wettelijke verplichtingen.

Het MVO-concept speelt een belangrijke rol juist in de internationale context. In een globaliserende wereld wordt het steeds gemakkelijker en gebruikelijker voor ondernemingen om specifieke ondernemingsactiviteiten of delen van productieprocessen uit te besteden naar die landen waar deze het meest efficiënt en/of voordelig uitgevoerd kunnen worden. In sommige gevallen wordt dit bewerkstelligd door de activiteiten deels of geheel onder te brengen in lokale filialen of naar lokaal recht opgerichte dochtermaatschappijen, in andere gevallen worden ze op contractbasis deels of geheel uitbesteed aan lokale joint-venturepartners, toeleveranciers, onderaannemers, enz. De wettelijke grenzen aan de manier waarop de betreffende activiteiten uitgevoerd worden, zijn per land verschillend. Het resultaat is dat de grensoverschrijdende activiteiten van internationaal opererende ondernemingen bestreken worden door een lappendeken van verschillende regels en standaarden en zich daarmee naar hun aard deels onttrekken aan het nationale gezag van elke afzonderlijke staat. [38]

Deze ruime mogelijkheden tot het uitbesteden van ondernemingsactiviteiten naar het buitenland en tot het contracteren met ondernemingen uit het buitenland houden een *business opportunity* in, maar kunnen in sommige gevallen ook ethische dilemma's met zich brengen. Dit is vooral het geval waar het

---

[34] Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op: Enneking 2014(1); Enneking 2010. Zie in meer detail: Enneking 2012(1).
[35] Zie bijvoorbeeld: Elkington 1997.
[36] Friedman 1970.
[37] Zie in meer detail bijvoorbeeld: Eijsbouts e.a. 2010.
[38] Zie in meer detail en met verdere verwijzingen bijvoorbeeld: Enneking 2012, p. 9-26.

gaat om het uitbesteden naar of contracteren met ondernemingen uit landen waar veel minder strikte normen gelden ten aanzien van de mate waarin bij de uitoefening van bedrijfsactiviteiten rekening dient te worden gehouden met mens- en milieugerelateerde belangen van anderen. Want waar ligt in een dergelijk geval de grens tussen *good business sense* en het op ontoelaatbare wijze of in ontoelaatbare mate afschuiven van negatieve externe effecten op mens en milieu in de betrokken landen, waaronder ook toekomstige generaties?[39]

Vragen rond deze kwestie van *double standards* rijzen vooral waar het gaat om in Westerse landen gevestigde internationaal opererende ondernemingen die bedrijfsactiviteiten (laten) uitvoeren in minder ontwikkelde gastlanden, doorgaans via lokale dochtermaatschappijen en/of contractuele handelspartners. Want wat wordt er nu precies verwacht van internationaal opererende ondernemingen die direct of indirect betrokken zijn bij activiteiten in landen waar kinderarbeid, milieuschade, industriële incidenten, mensenrechtenschendingen, beroepsziekten, enz. zeer prevalent zijn en de overheid geen sterke rol kan of wil spelen bij de voorkoming daarvan? In hoeverre rust er in een dergelijk geval op de betrokken ondernemingen een verantwoordelijkheid om op te komen voor andere dan de eigen belangen, zelfs als dat op basis van lokale standaarden niet van hen verlangd wordt? En zelfs als dat ten koste gaat van de eigen winstmarges en daarmee de opbrengsten voor de eigen aandeelhouders, maar bijvoorbeeld ook van de verkoopprijzen, van pensioenuitkeringen en van de concurrentiepositie in (en daarmee ook de economische en handelsbelangen van) het thuisland?[40]

Dergelijke vragen naar het bestaan, de strekking en de omvang van verantwoordelijkheden voor ondernemingen in het kader van IMVO zijn niet makkelijk te beantwoorden. Lange tijd werd (I)MVO beschouwd als een kwestie van bedrijfsethiek, waarbij het zoveel mogelijk aan ondernemingen zelf moest worden overgelaten om te bepalen hoe dit concept geïnterpreteerd werd en in hoeverre en op welke manier het geïncorporeerd werd in het ondernemingsbeleid en de ondernemingspraktijk. Langzaam maar zeker echter begint de gedachte post te vatten bij beleidsmakers dat enige coördinatie of sturing 'van buiten' wenselijk en soms zelfs noodzakelijk is[41] Dit is mede het gevolg van de steeds actievere rol die ngo's en de media spelen in het onder de publieke (en politieke) aandacht brengen van misstanden in gastlanden en de betrokkenheid van Westerse ondernemingen daarbij. Voorbeelden zijn het Rana Plaza-incident in Bangladesh, milieuvervuiling in de Nigeriaanse Nigerdelta, kinderarbeid in Aziatische *sweatshops*, het Probo Koala-afvaldumpingsschandaal in Ivoorkust en mensenrechtenschendingen tegen vakbondsleiders in Midden-Amerika. Maar ook ondernemingen zelf, met name de voorlopers op het gebied van IMVO, geven aan dat zij belang kunnen hebben bij 'externe' regulering die bijdraagt aan het creëren van een *level playing field*.[42]

Het verbaast dan ook niet dat er in de laatste twee decennia naast de talloze initiatieven tot zelfregulering ook een veelheid aan internationale richtlijnen en gedragscodes tot stand gekomen is waarmee getracht wordt in dit kader richting te geven aan internationaal opererende ondernemingen.

---

[39] Zie hierover tegenwoordig zelfs met enige regelmaat The Economist, bijvoorbeeld: 'Digging itself out of a hole', *The Economist*, 15 maart 2014; 'Disaster at Rana Plaza', *The Economist*, 4 mei 2013; 'Good business; nice beaches', *The Economist*, 19 mei 2012.

[40] Zie over dit soort kwesties bijvoorbeeld: Enneking 2012(1), p. 401-416.

[41] Illustratief in dit verband is bijvoorbeeld de 'omschakeling' door de Europese Commissie in 2011 van een benadering van MVO als "*een begrip* [dat gebruikt wordt] *om aan te geven dat bedrijven in het kader van hun bedrijfsactiviteiten en in hun relaties met andere partijen vrijwillig aandacht aan sociale kwesties en het milieu schenken*" naar een benadering van MVO als "*de verantwoordelijkheid van bedrijven voor het effect dat ze op de samenleving hebben*", waarbij het nog steeds aan bedrijven is om het voortouw te nemen, maar waarbij overheden "*een ondersteunende rol spelen via een slimme mix van vrijwillige beleidsmaatregelen en – zo nodig – aanvullende regelgeving om bijvoorbeeld de transparantie te bevorderen, marktprikkels voor maatschappelijk verantwoord ondernemen te creëren en de verantwoordingsplicht van bedrijven te waarborgen*". EU Commission Communication 'A renewed strategy 2011-2014 for Corporate Social Responsibility', COM(2011) 681 final (25 October 2011), p. 7-9 (Nederlandse taalversie).

[42] Zie hierover meer uitgebreid hoofdstuk 4 van dit rapport.

De gemene deler van deze instrumenten is hun *soft law* karakter: deelname is in veel gevallen niet verplicht en er zijn doorgaans geen harde sancties op grond waarvan ondernemingen die de gestelde normen overtreden, aangesproken kunnen worden. Dit betekent dat hoewel deze instrumenten een cruciale rol spelen bij het nader concretiseren van de verantwoordelijkheden van ondernemingen in het kader van IMVO, zij tegelijkertijd weinig houvast bieden ten aanzien van de vraag of en in hoeverre deze maatschappelijke verantwoordelijkheden ook juridisch afdwingbare verplichtingen in het leven (kunnen) roepen voor de betrokken ondernemingen.[43]

Ook het '*Protect, Respect and Remedy*' beleidsraamwerk, dat de discussie over IMVO een belangrijke stap vooruit heeft gebracht, brengt geen 'harde' juridische normen tot stand. Wat het wel doet is een gezaghebbende visie bieden op de afbakening tussen staten en (internationaal opererende) ondernemingen van verplichtingen dan wel verantwoordelijkheden ten aanzien van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Deze afbakening komt tot uiting in de onderverdeling van deze verplichtingen en verantwoordelijkheden in drie pijlers: 1) de plicht van de staat om mensenrechten te beschermen; 2) de verantwoordelijkheid van ondernemingen om mensenrechten te respecteren; en 3) herstel en/of verhaal. Deze onderverdeling komt ook terug in de Guiding Principles, waarin de betreffende verplichtingen en verantwoordelijkheden nader worden uitgewerkt.[44] Deze uitwerking wordt in de volgende paragraaf op hoofdlijnen uiteen gezet.[45]

1.3.2 De UN Guiding Principles nader bezien[46]

De plicht van de staat om mensenrechten te beschermen

In de eerste pijler staat voorop dat staten gehouden zijn om de mensenrechten van personen binnen hun grondgebied en/of jurisdictie te respecteren, te beschermen en te realiseren. Dit brengt met zich dat op hen een plicht rust om bescherming te bieden tegen mensenrechtenschendingen door derden, waaronder ondernemingen. Om dit te bewerkstelligen dienen zij passende maatregelen te treffen, middels effectieve beleidsmaatregelen, wet- en regelgeving en juridische procedures, om mensenrechtenschendingen door private actoren te voorkomen, te onderzoeken, te bestraffen en te verhelpen.[47] Daarnaast moeten zij duidelijk kenbaar maken dat alle ondernemingen binnen hun grondgebied en/of jurisdictie geacht worden de mensenrechten van derden te respecteren bij al hun activiteiten, dus ook bij activiteiten die plaatsvinden in het buitenland.[48]

In het kader van deze '*duty to protect*' mag van staten verwacht worden dat zij een *smart mix* van (nationale en internationale, bindende en niet-bindende) maatregelen opstellen en uitwerken om

---

43 Er zijn veel mogelijke interpretaties van de concepten '*hard law*' en '*soft law*'. Volgens Abbott en Snidal wordt de 'hardheid' (of: 'zachtheid') van een regel bepaald door de mate van gedefinieerdheid van de regel, de mate van verbindendheid ervan en de vraag of de autoriteit om de regel te interpreteren en toe te passen is gedelegeerd aan een externe besluitvormer. Zij definiëren *hard law* als "[…] *legally binding obligations that are precise (or can be made precise through adjudication or the issuance of detailed regulations) and that delegate authority for interpreting and implementing the law*" en *soft law* als "[…] *legal arrangements* [that] *are weakened along one or more of the dimensions of obligation, precision, and delegation*". Zie Abbott & Snidal 2000, p. 421-422. Zie ook: Shaffer & Pollack 2010, p. 712-717..

44 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework', Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, A/HRC/17/31 (21 maart 2011) (hierna: UNGP's).

45 De hierna volgende uiteenzetting is geen uitputtende bespreking van de UN Guiding Principles, maar is gericht op die elementen die voor dit onderzoek relevant zijn.

46 Voor deze paragraaf is gebruik gemaakt van de Nederlandse vertaling van de *UN Guiding Prinziples* zoals opgenomen in 'Nationaal Actieplan bedrijfsleven en mensenrechten', Ministerie van Buitenlandse Zaken (april 2014), <www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/brochures/2014/05/28/nationaal-actieplan-bedrijfsleven-en-mensenrechten/nationaal-actieplan-bedrijfsleven-en-mensenrechten.pdf>, p. 45-94.

47 Beginsel 1 UNGP's.

48 Beginsel 2 UNGP's.

eerbiediging van mensenrechten door ondernemingen te bevorderen. Bestaande wetgeving die direct of indirect de eerbiediging van mensenrechten door ondernemingen regelt dient bovendien ook adequaat gehandhaafd te worden. Verder is van belang dat wetgeving met betrekking tot de oprichting en exploitatie van ondernemingen, zoals het vennootschapsrecht, (functionarissen van) ondernemingen handvatten biedt voor de eerbiediging van de mensenrechten en hieraan niet in de weg staat. Daarnaast mag van staten verwacht worden dat zij ondernemingen van advies voorzien over passende methoden om de mensenrechten bij al hun activiteiten te respecteren, waaronder *due diligence* op mensenrechtengebied, en aangeven welke resultaten van hen verwacht mogen worden.

Tot slot dienen ondernemingen door staten aangemoedigd en waar nodig verplicht te worden om verslag te doen van de manier waarop zij de impact van hun activiteiten op de mensenrechten van derden beperken. De wijze waarop verslag gedaan wordt kan variëren van een informele dialoog met betrokken stakeholders tot formele openbare verslaglegging. Met het oog op het waarborgen van zowel de toegankelijkheid als de juistheid van de informatie kunnen vorm en inhoud nader gepreciseerd worden via wetgeving of beleid. Een verplichting tot rapporteren kan met name relevant zijn wanneer de aard van de bedrijfsactiviteiten of de context waarin die verricht worden ernstige mensenrechtenrisico's inhouden. Daarnaast kunnen bijvoorbeeld prikkels tot zelfrapportage verstrekt worden door te bepalen dat deze meegewogen wordt in eventuele gerechtelijke of administratieve procedures.[49]

Staten worden geacht extra stappen te nemen om bescherming te bieden tegen mensenrechtenschendingen door ondernemingen die eigendom zijn van de staat, waarover de staat zeggenschap uitoefent, of die substantiële steun en diensten ontvangen van overheidsinstanties.[50] Daarnaast mag van hen verwacht worden dat zij adequaat toezicht uitoefenen wanneer zij overgaan tot privatisering of uitbesteding van diensten die van invloed kunnen zijn op het genot van mensenrechten en dat zij de eerbiediging van de mensenrechten door ondernemingen waarmee zij zakendoen, bevorderen.[51]

Van staten mag verwacht worden dat zij helpen voorkomen dat ondernemingen die opereren in conflictgebieden, welke doorgaans gekenmerkt worden door een verhoogd risico op ernstige mensenrechtenschendingen, betrokken raken bij misstanden. Hierbij is ook een rol weggelegd voor de thuislanden van internationaal opererende ondernemingen die activiteiten verrichten in conflictgebieden elders. Deze rol kan onder meer inhouden dat de betrokken staten de betreffende ondernemingen in een zo vroeg mogelijk stadium te helpen bij het identificeren, voorkomen en beperken van de risico's op betrokkenheid bij mensenrechtenschendingen in de betreffende gebieden en hen adequate ondersteuning te bieden bij de aanpak van die risico's.

Publieke steun en diensten dienen ontzegd te worden aan ondernemingen die betrokken raken bij ernstige mensenrechtenschendingen en die weigeren mee te werken aan de aanpak daarvan. Ook dienen de betrokken staten ervoor te zorgen dat hun beleid, wet- en regelgeving en handhavingsmaatregelen het verhoogde risico adequaat ondervangen en dat zij bij lacunes passende maatregelen treffen om het probleem op te lossen. Hier ligt ook een rol voor civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke aansprakelijkstelling van ondernemingen die binnen het eigen grondgebied of de eigen jurisdictie opereren of gevestigd zijn en die betrokken zijn bij ernstige mensenrechtenschendingen.[52]

---

[49] Beginsel 3 UNGP's.
[50] Beginsel 4 UNGP's.
[51] Beginselen 5 en 6 UNGP's.
[52] Beginsel 7 UNGP's.

Tot slot mag van staten verwacht worden dat zij in het kader van hun plicht om bescherming te bieden tegen bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen zorgdragen voor een coherent beleid op dat gebied. Dit houdt onder meer in dat ministeries, overheidsinstanties en andere publieke instellingen die zich bezighouden met het reguleren van ondernemingsactiviteiten, op de hoogte zijn van deze verplichtingen en deze bij de uitvoering van hun taken naleven.[53] Verder dienen staten ervoor zorg te dragen, bijvoorbeeld bij het afsluiten van investeringsverdragen of –contracten, dat zij intern voldoende beleidsruimte behouden om hun mensenrechtenverplichtingen na te komen.[54] En tot slot mag van staten verwacht worden dat zij ook op internationaal niveau, bijvoorbeeld in het kader van de samenwerking in internationale handelsorganisaties, een coherent beleid voeren op dit gebied en zich inzetten om een eerlijk internationaal speelveld voor eerbiediging van mensenrechten door ondernemingen te bevorderen.[55]

De verantwoordelijkheid van ondernemingen om mensenrechten te respecteren

In de tweede pijler staat voorop dat ondernemingen een zelfstandige verantwoordelijkheid hebben om ervoor te zorgen dat zij met hun activiteiten (waaronder zowel doen als nalaten valt) geen inbreuk maken op de mensenrechten van anderen en om eventuele negatieve gevolgen op mensenrechtengebied waarin zij een aandeel hebben, aan te pakken. Deze verantwoordelijkheid staat los van de verplichtingen voor staten op mensenrechtengebied en de mate waarin en wijze waarop daaraan door individuele staten invulling wordt gegeven. Het aanpakken van eventuele negatieve gevolgen op mensenrechtengebied houdt in dat ondernemingen maatregelen moeten nemen om deze gevolgen te voorkomen, te beperken en waar nodig te verhelpen.[56]

Deze '*responsibility to respect*' rust op ondernemingen ongeacht waar ze actief zijn en ongeacht de lokale wettelijke standaarden waar het aankomt op de bescherming van mensenrechten. Zij staat los van kwesties van juridische aansprakelijkstelling en handhaving, welke grotendeels bepaald blijven door nationaalrechtelijke bepalingen in de betrokken landen.[57] Wel geldt bij activiteiten in ingewikkelde operationele contexten, zoals conflictgebieden, waar het risico op medeplichtigheid aan ernstige mensenrechtenschendingen door andere actoren hoog is, dat dit risico als een *compliance*-kwestie behandeld zal moeten worden, gezien de toename van extraterritoriale juridische procedures tegen (functionarissen van) ondernemingen wegens betrokkenheid bij mensenrechtenschendingen in zulk verband.[58]

De verantwoordelijkheid van ondernemingen om de mensenrechten van anderen te eerbiedigen valt uiteen in twee aspecten. Enerzijds omvat zij een verantwoordelijkheid om te voorkomen dat zij met hun eigen activiteiten negatieve gevolgen voor de mensenrechten veroorzaken of in de hand werken en om dergelijke gevolgen te verhelpen wanneer deze zich voordoen. Anderzijds omvat zij een verantwoordelijkheid om zich in te spannen om negatieve gevolgen voor de mensenrechten die rechtstreeks gelieerd zijn aan hun activiteiten, producten of diensten via hun zakelijke relaties te voorkomen of te beperken, ook wanneer zij er zelf niet aan hebben bijgedragen.[59] Zij rust op alle ondernemingen, ongeacht hun omvang, sector, operationele context, eigendomsverhoudingen en structuur. Deze factoren zijn echter wel van invloed op de schaal en complexiteit van de middelen die

[53] Beginsel 8 UNGP's.
[54] Beginsel 9 UNGP's.
[55] Beginsel 10 UNGP's.
[56] Beginsel 11 UNGP's.
[57] Zie de toelichting bij beginsel 12 UNGP's.
[58] Beginsel 23 UNGP's.
[59] Beginsel 13 UNGP's. Onder zakelijke relaties wordt verstaan: "[…] *relaties met zakelijke partners, entiteiten in de waardeketen en alle andere al dan niet statelijke entiteiten die rechtstreeks verbonden zijn met de activiteiten, producten of diensten van het bedrijf*" (zie toelichting bij beginsel 13 UNGP's).

ondernemingen geacht worden in te zetten om aan hun verantwoordelijkheden in dit verband te voldoen. Hierbij speelt ook de ernst van de mogelijke mensenrechten-impact van hun activiteiten, in de zin van de schaal, reikwijdte en mate van omkeerbaarheid daarvan, een rol.[60]

Om invulling te geven aan hun verantwoordelijkheid om de mensenrechten van anderen te eerbiedigen, dienen ondernemingen, conform hun omvang en operationele context, te voorzien in beleidsmaatregelen en procedures. Deze omvatten in ieder geval: 1) een beleidscommitment inzake de verantwoordelijkheid om de mensenrechten te eerbiedigen; 2) een procedure voor *due diligence* op mensenrechtengebied waarmee zij de impact van hun activiteiten op de mensenrechten van anderen in kaart brengen, voorkomen en beperken en waarmee zij verantwoording afleggen over de wijze waarop ze met die impact omgaan; en 3) procedures die gericht zijn op het verhelpen van alle negatieve gevolgen op mensenrechtengebied die zij veroorzaken of in de hand werken.[61]

Er wordt dus ten eerste van ondernemingen verwacht dat zij hun commitment inzake de verantwoordelijkheid om de mensenrechten van anderen te eerbiedigen, vastleggen in een beleidsverklaring. Deze beleidsverklaring moet: a) door de hoogste echelons van de organisatie geaccordeerd zijn; b) opgesteld zijn op basis van relevante interne en/of externe expertise; c) aangeven wat de onderneming van haar medewerkers, zakelijke partners en andere direct met haar activiteiten, producten of diensten verbonden partijen verwacht op het vlak van de mensenrechten; d) voor iedereen beschikbaar zijn en bekendgemaakt worden aan alle medewerkers, zakelijke partners en andere betrokken partijen binnen en buiten de organisatie; en e) zich vertalen in operationele beleidsmaatregelen en procedures waarmee het commitment organisatiebreed wordt verankerd. Het is in beginsel aan de onderneming zelf om de vorm te bepalen van deze verklaring. De onderneming dient haar proactief onder de aandacht te brengen bij de bij haar activiteiten betrokken partijen en dient bij de interne communicatie omtrent de verklaring en gerelateerde beleidsmaatregelen en procedures aan te geven langs welke lijnen en hoe verantwoording zal worden afgelegd.[62]

Ten tweede wordt van ondernemingen verwacht dat zij overgaan tot *due diligence* op mensenrechtengebied met als doel om de negatieve gevolgen van hun activiteiten voor de mensenrechten van anderen in kaart te brengen, te voorkomen en te beperken en om verantwoording voor hun beleid dienaangaande af te leggen. Deze *due diligence* is een continu proces waarvan de complexiteit afhankelijk is van de omvang van de onderneming, het risico van ernstige gevolgen op mensenrechtengebied en de aard en context van de bedrijfsactiviteiten. Dit proces moet niet alleen gericht zijn op de negatieve gevolgen die de onderneming via de eigen activiteiten veroorzaakt of in de hand werkt, maar ook op de negatieve gevolgen die via haar zakelijke relaties rechtstreeks aan haar activiteiten, producten of diensten gelieerd zijn. Het omvat onder meer een beoordeling van feitelijke (reeds opgetreden) en potentiële gevolgen op mensenrechtengebied, een samenvoeging van bevindingen en invoering van passende maatregelen (maatregelen voor herstel en/of verhaal voor feitelijke gevolgen en preventieve of mitigerende maatregelen voor potentiële gevolgen), een adequate *follow-up* en een communicatie omtrent de aanpak van de negatieve gevolgen.[63]

Dit laatste aspect vraagt van ondernemingen om informatie over hun beleid ter beperking van negatieve gevolgen op mensenrechtengebied buiten de organisatie bekend te maken, met name wanneer zorgen worden geuit door of namens benadeelde *stakeholders*. Deze communicatie kan op allerlei manieren plaatsvinden, waaronder bijeenkomsten of overleg met betrokken *stakeholders*. Gaat het echter om

---

[60] Beginsel 14 UNGP's.

[61] Beginsel 15 UNGP's.

[62] Beginsel 16 UNGP's.

[63] Beginsel 17 UNGP's. Zie beginselen 18-21 UNGP's voor een verdere operationalisering van wat er in dit verband van ondernemingen verwacht mag worden.

activiteiten die risico's op ernstige gevolgen voor de mensenrechten van derden met zich brengen, ongeacht of deze verband houden met de aard van de activiteiten of de operationele context, dan mag van ondernemingen verwacht worden dat zij hierover middels een formele publieke rapportage verantwoording afleggen. Deze zou in ieder geval onderwerpen en indicatoren moeten bevatten die duidelijk maken hoe het bedrijf de betreffende (mogelijke) negatieve gevolgen identificeert en aanpakt.[64]

Ten derde wordt van ondernemingen verwacht dat zij, in gevallen waarin blijkt dat zij met hun activiteiten negatieve gevolgen voor de mensenrechten van derden veroorzaakt hebben of in de hand hebben gewerkt, (helpen) voorzien in herstel en/of verhaal via erkende procedures. Daarbij kan onder meer gedacht worden aan klachtenmechanismen op operationeel niveau voor personen die (mogelijk) nadelige gevolgen ondervinden van de activiteiten van de onderneming.[65]

Herstel en/of verhaal voor slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen

In de derde pijler staat voorop het belang van herstel en/of verhaal voor slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. In het kader van deze '*access to remedies*' is allereerst een rol weggelegd voor staten, die in het kader van hun plicht tot het bieden van bescherming tegen bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen gehouden zijn om deze te onderzoeken, te bestraffen en ongedaan te maken. Zij dienen hiertoe de nodige maatregelen te treffen om via gerechtelijke, administratieve, wetgevende of andere passende middelen te waarborgen dat degenen die binnen hun grondgebied en/of jurisdictie getroffen worden door dergelijke schendingen toegang hebben tot effectief herstel en/of verhaal. Staten dienen zorg te dragen voor gerechtelijke en buitengerechtelijke klachtenmechanismen waar slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen herstel en/of verhaal kunnen verkrijgen en de toegang daartoe te waarborgen door middel van informatie en steun aan potentiële klagers. In aanvulling op deze klachtenmechanismen van de staat mag ook van ondernemingen verwacht worden dat zij op operationeel niveau voorzien in oplossingen voor herstel en/of verhaal en in geschillenbeslechting in een vroeg stadium.[66]

Waar het gaat om gerechtelijke klachtenmechanismen mag van staten verwacht worden dat zij maatregelen treffen om de effectiviteit daarvan bij het bieden van herstel en/of verhaal voor bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen, te waarborgen. Zij dienen erop toe te zien dat er geen sprake is van corruptie binnen gerechtelijke procedures, van economische of politieke druk op rechtscolleges, of van verhindering van legitieme, vreedzame activiteiten van mensenrechtenactivisten in dit verband. Daarnaast dienen zij ervoor te zorgen dat zij geen barrières opwerpen die de gang naar de rechter beletten in legitieme zaken waar rechtsmiddelen essentieel zijn voor het verkrijgen van herstel en/of verhaal in deze context en dat zij bestaande juridische, praktische en andere relevante barrières waar mogelijk wegnemen. Dergelijke barrières worden veelal veroorzaakt of versterkt door de ongelijkheid tussen partijen bij gerechtelijke procedures in deze context waar het bijvoorbeeld gaat om financiële middelen, toegang tot informatie en expertise. Personen uit kwetsbare en gemarginaliseerde bevolkingsgroepen lopen extra risico om hierdoor achtergesteld te worden, hetgeen betekent dat hun rechten en specifieke behoeften in dit verband extra aandacht behoeven.

Van juridische barrières die een belemmering vormen voor de gerechtelijke behandeling van gerechtvaardigde procedures inzake bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen kan onder meer sprake zijn wanneer: a) de aansprakelijkheid zodanig verdeeld is onder de leden van een concern krachtens het nationale civiele recht en het nationale strafrecht dat verantwoordelijkheid gemakkelijker

[64] Beginsel 21 UNGP's.
[65] Beginsel 22 UNGP's.
[66] Beginsel 25 UNGP's.

ontlopen kan worden; b) eisers in het thuisland geconfronteerd worden met rechtsweigering en in eigen land geen toegang hebben tot de rechter, ongeacht de gegrondheid van de vordering; en c) de mensenrechten van bepaalde bevolkingsgroepen, zoals inheemse volken en migranten, minder juridische bescherming toekomt dan die van de algemene bevolking.

Van praktische en procedurele barrières die toegang tot verhaal en/of herstel via gerechtelijke procedures belemmeren kan onder meer sprake zijn wanneer: d) de kosten voor het instellen van een vordering ver uitstijgen boven het niveau om ongegrond procederen te ontmoedigen en/of niet tot een redelijk niveau kunnen worden beperkt via overheidssteun, marktmechanismen, enz.; e) eisers moeite hebben zich in rechte te laten vertegenwoordigen wegens een gebrek aan middelen of andere prikkels voor advocaten om hen op dit terrein bij te staan; f) effectief herstel en/of verhaal voor individuele eisers wordt belemmerd doordat er onvoldoende mogelijkheden zijn voor voeging van vorderingen of procesvoering door belangenbehartigers; en g) openbaar aanklagers onvoldoende middelen, expertise en steun krijgen om conform de verplichtingen van de staat zelf onderzoek te doen naar de betrokkenheid van personen en ondernemingen bij mensenrechtenschendingen.[67]

Van staten mag verwacht worden dat zij ook voorzien in administratieve, wetgevende en andere buitengerechtelijke klachtenmechanismen die een effectieve en adequate aanvulling op of vervanging van gerechtelijke klachtenmechanismen kunnen vormen.[68] Verder mag van hen verwacht worden dat zij de mogelijkheden exploreren om de toegang te bevorderen tot effectieve niet-statelijke klachtenmechanismen.[69] Hieronder vallen bijvoorbeeld ook de klachtenmechanismen op operationeel niveau die ondernemingen geacht worden op te zetten ten behoeve van personen of gemeenschappen die (mogelijk) nadelige gevolgen van hun activiteiten ondervinden. Het opzetten van of deelnemen aan dergelijke klachtenmechanismen maakt deel uit van hun verantwoordelijkheid om de mensenrechten van anderen te eerbiedigen en kan een rol spelen enerzijds bij het identificeren van mogelijke nadelige gevolgen van hun activiteiten op mensenrechtengebied en anderzijds bij het verhelpen daarvan.[70] Ook bij initiatieven door brancheorganisaties, stakeholdergroepen en andere samenwerkingsverbanden ter bevordering van de verantwoordelijkheid van ondernemingen op mensenrechtengebied moet voorzien worden in effectieve klachtenmechanismen.[71]

Tot slot geldt voor alle buitengerechtelijke klachtenmechanismen dat zij effectief dienen te zijn, in die zin dat ze legitiem, toegankelijk, voorspelbaar, onpartijdig en transparant zijn, alsook dat zij verenigbaar met de mensenrechten zijn en een bron voor verbetering vormen.[72]

De juridische status en consequenties van de UN Guiding Principles[73]

De UN Guiding Principles en het daaraan ten grondslag liggende UN policy framework on Business and Human Rights vormen zij een reguleringsinstrument dat gezaghebbend is en internationaal zeer breed gedragen wordt. Het gaat daarbij om een *soft law*-instrument dat op zichzelf geen nieuwe 'harde' juridisch bindende verplichtingen in het leven roept voor staten of voor ondernemingen. Dit kan ook afgeleid worden uit het feit dat de erin neergelegde gedragsnormen niet direct juridisch verbindend zijn voor de geadresseerde actoren, dat zij op verschillende cruciale (en vaak juist omstreden) punten vaag zijn en dat de autoriteit om deze normen te interpreteren en toe te passen niet gedelegeerd wordt aan

[67] Beginsel 26 UNGP's.
[68] Beginsel 27 UNGP's.
[69] Beginsel 28 UNGP's.
[70] Beginsel 29 UNGP's.
[71] Beginsel 30 UNGP's.
[72] Beginsel 31 UNGP's.
[73] Zie uitgebreid: Deva & Bilchitz 2015.

één specifieke externe besluitvormer.[74] De UN Guiding Principles kunnen niet geratificeerd worden door staten en zijn uitdrukkelijk niet opgesteld met het doel om nieuwe juridische verplichtingen creëren voor staten dan wel ondernemingen.[75]

Toch wil dat niet zeggen dat de naleving van de uit dit instrument voortvloeiende gedragsnormen voor staten en ondernemingen geschiedt op geheel vrijwillige basis; aan deze gedragsnormen kan op verschillende manier toch een verplichtend karakter toekomen.[76] Allereerst zijn de Guiding Principles deels afgeleid uit bestaande mensenrechtenverdragen waaruit voor de daarbij aangesloten staten doorgaans zelfstandige juridische verplichtingen voortvloeien om binnen hun territorium of jurisdictie bescherming te bieden tegen inbreuken op de daarin vastgelegde mensenrechten. Ter uitvoering van die verplichtingen zullen de betrokken staten doorgaans nationale wetgeving vastgesteld hebben die erop ziet om activiteiten van private actoren, zoals ondernemingen, die een mogelijke impact hebben op de mensenrechten van derden, te reguleren.[77]

Daarnaast kunnen de Guiding Principles als basis dienen voor de ontwikkeling door staten van nieuwe *hard law* instrumenten, op nationaal, regionaal of internationaal niveau. Zo is in Frankrijk bijvoorbeeld een voorstel aanhangig voor een wet die een verplichting in het leven roept voor bepaalde grote ondernemingen om een *plan de vigilance* op te stellen met als doel het identificeren en voorkomen van de verwezenlijking van de risico's voor mensenrechten, milieu, veiligheid en gezondheid die verbonden zijn aan hun activiteiten of aan die van hun dochtermaatschappijen of zakenpartners.[78] In het Verenigd Koninkrijk hebben zij mede als inspiratiebron gediend voor de bepaling in de recent aangenomen Modern Slavery Act die ziet op transparantie omtrent arbeidsuitbuiting in de productieketen.[79]

Ook op EU-niveau zijn de Guiding Principles verwerkt in verschillende richtlijnen en verordeningen die bindende juridische verplichtingen in het leven roepen voor de EU-lidstaten of, in enkele gevallen, rechtstreeks voor ondernemingen die in de EU gevestigd zijn of daar opereren.[80] Voorbeelden zijn een nieuwe Richtlijn die bepaalde grote ondernemingen verplicht om in hun jaarverslag informatie op te nemen over de effecten van hun activiteiten op onder meer milieu en mensenrechten en over hun beleid op dit gebied[81], alsook de EU Houtverordening die ondernemingen die hout(producten) op de Europese markt brengen verplicht een 'stelsel van zorgvuldigheidseisen' toe te passen om ervoor te zorgen dat zij geen illegaal gekapt hout invoeren en dit ook kunnen aantonen[82]. De Raad van Europa zal begin 2016 een aanbeveling publiceren die ziet op de implementatie en verdere ontwikkeling van de UN Guiding Principles in Europees verband.

---

[74] Vergelijk de definities van *hard law* en *soft law* van Abbott & Snidal 2000 en Shaffer & Pollack 2010, *supra* voetnoot 43.

[75] Zo ook de FAQ over de UN Guiding Principles van de UN Human Rights Office of the High Commissioner (<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQ_PrinciplesBussinessHR.pdf>), p. 8.

[76] Zie ook: Enneking 2012(1), p. 425-440.

[77] Vergelijk de FAQ over de UN Guiding Principles van de UN Human Rights Office of the High Commissioner (<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQ_PrinciplesBussinessHR.pdf>), p. 8-9.

[78] Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, no. 1528, 11 februari 2015. Zie nader par. 3.4.3.

[79] Art. 54 Modern Slavery Act 2015. Zie nader par. 3.5.3.

[80] Zie, voor een overzicht van maatregelen die op EU-niveau genomen zijn in het kader van de implementatie van de UN Guiding Principles: 'Commission Staff Working Document on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights – State of Play', SWD(2015) 144 final (14 juli 2015), <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/11621/attachments/1/translations/en/renditions/native>.

[81] 'Richtlijn 2014/95/EU van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen', *PbEU* L 330/1 (15 november 2014).

[82] 'Verordening (EU) Nr. 995/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 20 oktober 2010 tot vaststelling van de verplichtingen van marktdeelnemers die hout en houtproducten op de markt brengen', *PbEU* L 295/23 (12 november 2010). Zie voor context en uitleg van deze Houtverordening: Douma & van der Kooi 2014.

Op internationaal niveau hebben het UN policy framework en de bijbehorende Guiding Principles aanleiding gegeven tot pogingen om te komen tot een juridisch bindend internationaal verdrag op het gebied van bedrijven en mensenrechten.[83] In juni 2014 is door de UN Human Rights Council een resolutie aangenomen waarbij een Intergovernmental Working Group is opgesteld die de mogelijkheden hiertoe zal gaan verkennen; daarbij moet echter wel aangetekend worden dat het politieke steun hiervoor, zeker ook vanuit Europa, aanzienlijk minder sterk lijkt te zijn dan voor het UN policy framework en de Guiding Principles.[84]

Tegelijkertijd hebben de Guiding Principles een belangrijke invloed gehad op andere internationale *soft law* instrumenten, waarvan sommige breder en 'harder' zijn dan de Guiding Principles zelf. Een goed voorbeeld zijn de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen, waarin verschillende uit de Guiding Principles voortvloeiende gedragsnormen voor ondernemingen zijn overgenomen voor de bredere IMVO-context. Deze verbinden iets 'hardere' consequenties aan de niet-naleving van de erin opgenomen gedragsnormen, in de vorm van de mogelijkheid voor benadeelden om klachtenprocedures aan te brengen bij Nationaal Contactpunten van de OESO-richtlijnen in de aangesloten staten.[85]

Een andere manier waarop de 'zachte' gedragsnormen die voortvloeien uit de Guiding Principles kunnen 'verharden' tot juridisch bindende verplichtingen is via het gebruik ervan door ondernemingen zelf. Zo komt het in internationale handelsketens steeds vaker voor dat de verplichting tot naleving van dit soort gedragsnormen opgenomen wordt als (keten)beding in contracten gesloten door (Westerse) *retailers* met hun buitenlandse leveranciers en producenten.[86]

Maar ook los hiervan kan de vrijwillige naleving door ondernemingen van de gedragsnormen die voortvloeien uit de Guiding Principles juridische consequenties hebben, bijvoorbeeld waar ondernemingen hierover toezeggingen doen in (I)MVO-gedragscodes of in andere publieke uitlatingen. Blijkt de verstrekte informatie achteraf onjuist te zijn, in die zin dat de onderneming (of haar handelspartners) activiteiten verrichten op een manier die in strijd is met het gewekte vertrouwen omtrent de daarbij in acht te nemen gedragsnormen, dan kan dit mogelijk gekwalificeerd worden als misleidende reclame, als oneerlijke concurrentie, of (waar het gaat om een product dat op deze wijze aan de man is gebracht) als bedrog of dwaling bij het aangaan van een overeenkomst, met alle juridische gevolgen van dien.[87]

1.3.3 Aansprakelijkheid voor schendingen van IMVO-gerelateerde zorgplichten[88]

Een interessante ontwikkeling waar het gaat om het 'verharden' van 'zachte' verplichtingen op het gebied van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemerschap is de opkomst en snelle toename de laatste jaren van juridische procedures voor rechters in Westerse landen waarin

---

[83] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/binding-treaty>.

[84] UN Human Rights Council Resolutie A/HRC/26/L.22/Rev.1 (25 juni 2014). De resolutie werd voorgesteld door Ecuador met steun van Bolivië, Cuba, Zuid-Afrika en Venezuela. Twintig staten stemden voor, veertien staten – waaronder alle Europese staten die momenteel zitting hebben in de Human Rights Council – stemden tegen en dertien staten onthielden zich van stemming. Zie voor de uitslag: <http://blog.unwatch.org/wp-content/uploads/TNC-vote.pdf>.

[85] Organisation for Economic Co-operation and Development, 'OECD Guidelines for Multinational Enterprises', OECD Publishing (2011), <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>. Zie voor de Nederlandse vertaling: <http://www.oesorichtlijnen.nl/binaries/oeso-richtlijnen/documenten/brochure/201/12/8/brochure-oeso-richtlijnen/oeso-richtlijnen-nlse-vertaling-def-webversie.pdf>.

[86] Zie bijvoorbeeld: Rühmkorf 2015, p. 79-125. Zie ook: Vytopil 2015; Beckers 2014.

[87] Zie bijvoorbeeld: Rühmkorf 2015, p. 126-163. In verschillende van de hier onderzochte landen zijn op deze basis juridische procedures aangebracht. Zie hierna par. 1.3.3 en de beschrijvingen van IMVO-gerelateerde procedures in de verschillende landen in hoofdstuk 3.

[88] Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op: Enneking 2014(1) en Enneking (2010). Zie in meer detail: Enneking 2012(1).

internationaal opererende ondernemingen aangesproken worden op vermeende schendingen van IMVO-zorgplichten in gastlanden.

Zo zijn steeds meer voorbeelden van procedures waarbij ondernemingen worden aangesproken door ngo's op de beweerdelijke niet-naleving van toezeggingen over de in gastlanden te hanteren (minimum)standaarden in de praktijk ook daadwerkelijk gestand te doen. Een bekend voorbeeld is de procedure tegen Nike naar aanleiding van publieke uitlatingen van het bedrijf waarin het beschuldigingen over slechte arbeidsomstandigheden bij Nike's buitenlandse ketenpartners, weersprak. Volgens eiser Marc Kasky bevatten deze uitlatingen onjuiste informatie en lieten zij enkele cruciale feiten onbesproken, wat voor hem reden was om in 1998 voor de Californische rechter een claim in te dienen tegen Nike wegens strijd met Californische regels op het gebied van oneerlijke mededinging en misleidende reclame.[89] Een soortgelijke claim werd in april 2014 ingesteld voor een Franse rechter door een drietal ngo's tegen de Franse supermarktketen Auchan in verband met een reclamecampagne waarin het bedrijf uitlatingen had gedaan over het nastreven van goede werkomstandigheden in de productieketen. Aanleiding voor de procedure was het feit dat labels van één van Auchan's kledinglijnen waren aangetroffen in de ruïne van het Rana Plaza-gebouw in Bangladesh, dat in april 2013 als gevolg van een constructiefout instortte en daarmee een einde maakte aan de levens van duizenden contractarbeiders die op dat moment in het gebouw aan het werk waren.[90]

Een tweede categorie van procedures die de laatste jaren steeds actiever worden ingezet met het oog op het in rechte afdwingen van maatschappelijk verantwoordelijk gedrag door internationaal opererende ondernemingen, zijn de zogenoemde *foreign direct liability cases*. Het gaat hierbij om grensoverschrijdende civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen die worden aangebracht voor rechters in de Westerse thuislanden van de betrokken ondernemingen, naar aanleiding van schade veroorzaakt aan mens en milieu in minder ontwikkelde gastlanden.[91] Door middel van deze procedures trachten individuele eisers en gemeenschappen uit de betrokken gastlanden, veelal met de hulp van ngo's, om de betreffende ondernemingen aansprakelijk te stellen voor het nadeel dat zij met hun bedrijfsactiviteiten, veelal uitgevoerd door lokale dochtermaatschappijen of handelspartners, toebrengen aan de IMVO-gerelateerde belangen van de lokale bewoners.[92] Daarbij draait het in feite telkens om dezelfde vraag: onder welke omstandigheden kan de verantwoordelijkheid van internationaal opererende ondernemingen om zorg te betrachten ten aanzien van mens en milieu in de landen waar zij opereren (*duty to care*) zich ontwikkelen tot een rechtens afdwingbare IMVO-zorgplicht (*duty of care*)?[93]

---

[89] Nike verweerde zich met een beroep op het constitutionele recht op vrijheid van meningsuiting. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep werd de zaak verworpen. Deze uitspraken werden echter herroepen door het Californische Supreme Court, dat de uitlatingen van Nike classificeerde als '*commercial speech*', hetgeen minder bescherming op grond van het recht op vrijheid van meningsuiting toekomt dan '*non-commercial speech*'. De procedure werd uiteindelijk buiten de rechter om geschikt voor 1,5 miljoen dollar. Zie, voor meer informatie en verdere verwijzingen: <http://business-humanrights.org/en/nike-lawsuit-kasky-v-nike-re-denial-of-labour-abuses-0>.

[90] De aangesproken onderneming heeft in verweer onder meer gesteld dat zij geen orders geplaatst heeft bij fabrieken in het Rana Plaza gebouw en dat zij het slachtoffer is geworden van 'verborgen onderaanneming'. De Franse openbaar aanklager heeft in januari besloten de zaak niet te vervolgen. In juni 2015 is er een nieuwe klacht aangebracht tegen Auchan wegen oneerlijke handelspraktijken. Zie, voor meer informatie en verdere verwijzingen: <http://business-humanrights.org/en/auchan-lawsuit-re-garment-factories-in-bangladesh>. Zie ook nader par. 3.4.2.

[91] Zie uitgebreid over deze tendens en de juridische en maatschappelijke achtergronden en implicaties daarvan: Enneking 2012(1).

[92] Het hierna volgende is grotendeels ontleend aan: Enneking 2014(1).

[93] Vergelijk Drion in een Vooraf over rechterlijk activisme in de context van klimaatverandering: Drion 2007.

De tendens richting foreign direct liability cases

De opkomst van de tendens richting dit type procedures is nauw verbonden met de 'herontdekking' in de jaren '80 van de vorige eeuw van een Amerikaans federaal wetje uit 1789, de Alien Tort Statute (ATS).[94] Dit wetje bleek als juridische grondslag te kunnen dienen voor het aanbrengen door niet-Amerikanen ('*aliens*') van civiele aansprakelijkheidsprocedures voor Amerikaanse federale rechters naar aanleiding van internationale mensenrechtenschendingen gepleegd waar dan ook ter wereld. In eerste instantie leidde de herontdekking ervan voornamelijk tot procedures tegen staten en tegen al dan niet namens de staat handelende individuele actoren, zoals de Filipijnse oud-dictator Marcos en de Joegoslavische oorlogsmisdadiger Karadzic. Gaandeweg werd echter duidelijk dat het ook als juridische grondslag zou kunnen dienen voor civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen multinationale concerns die vermoed werden direct of indirect betrokken te zijn geweest bij internationale mensenrechtenschendingen in gastlanden.

Het California District Court was in 1997 het eerste federale gerecht dat rechtsmacht aannam over een op grond van de ATS aangebrachte *foreign direct liability claim* in een procedure tegen oliemaatschappij Unocal (nu Chevron) naar aanleiding van de beweerdelijke betrokkenheid van het bedrijf bij mensenrechtenschendingen gepleegd door het Birmese militaire regime in het kader van de aanleg van een gaspijpleiding.[95] Sindsdien zijn er op grond van de ATS veel meer *foreign direct liability claims* aangebracht voor Amerikaanse federale rechters tegen een brede kring van multinationals met hoofd- of nevenvestigingen in de VS. Hoewel de precieze aantallen onduidelijk zijn, wordt er in een artikel uit 2011 gesproken van rond de 150 procedures.[96] Daarbij moet aangetekend worden dat het aantal procedures waarin het daadwerkelijk is gekomen tot een daadwerkelijke einduitspraak over de vraag naar de aansprakelijkheid van de onderneming, vele malen kleiner is; het merendeel van deze procedures is ofwel in een vroeg stadium op procedurele punten afgewezen, ofwel buiten de rechter om geschikt.

De snelle toename sinds 1997 van dit type procedures voor Amerikaanse rechters werd mede in de hand gewerkt door de voor eisers in civiele aansprakelijkheidsprocedures relatief gunstige procedurele omstandigheden in de VS. Gedacht kan worden aan ruime mogelijkheden tot bewijsgaring in civiele procedures, *class actions*, vergoeding van advocatenkosten op een *no cure no pay*-basis en het feit dat de verliezende partij niet automatisch de kosten van zijn wederpartij hoeft te dragen.[97] Daarnaast maakten relatief liberale regels betreffende de rechtsmacht van Amerikaanse rechters over civiele claims tegen niet-Amerikaanse actoren het mogelijk om ook ATS-claims tegen buitenlandse multinationale concerns voor de Amerikaanse rechter te brengen.[98] Een bekend voorbeeld zijn de procedures voor de federale rechter in New York tegen Shell naar aanleiding van de beweerdelijke betrokkenheid van het concern bij mensenrechtenschendingen gepleegd in de jaren '90 door het Nigeriaanse militaire regime tegen milieuactivisten die protesteerden tegen de milieuvervuiling door oliewinningsactiviteiten in de Nigerdelta.[99]

---

94 28 U.S.C. §1350.

95 *Doe v. Unocal Corp.* 963 F.Supp. 880 (C.D.Cal., 1997). Zie voor meer informatie en verdere verwijzingen de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/unocal-lawsuit-re-myanmar>.

96 Drimmer & Lamoree 2011, p. 465.

97 Zie bijvoorbeeld: Stephens 2002.

98 Dit liberale regime is inmiddels overigens fors ingeperkt als gevolg van recente uitspraken van het Amerikaanse Hooggerechtshof. Zie in het bijzonder: *Goodyear Dunlop Tires Operations S.A v. Brown*, 131 S. Ct. 2846 (2011) en *Daimler AG v. Bauman et al.*, 134 S. Ct. 746 (2014).

99 Zie voor meer informatie en verdere verwijzingen de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/shell-lawsuit-re-nigeria-kiobel-wiwa>. In de eerste van deze procedures werd de rechtsmacht (*personal jurisdiction*) van de New Yorkse federale rechter over de Engels/Nederlandse onderneming gegrond op de aanwezigheid in de forumstaat van een *investor relation office* van een Shell-dochtermaatschappij. Zie nader: Enneking 2012(2).

Eén van deze ATS-procedures tegen Shell, de *Kiobel*-zaak, leidde medio 2013 tot een uitspraak van het *US Supreme Court* over de interpretatie en reikwijdte van de ATS die van grote invloed zou blijken te zijn op de tendens richting *foreign direct liability cases*. Drie jaar eerder had het New Yorkse Court of Appeals in dezelfde zaak een spraakmakende uitspraak gedaan, waarin zij te kennen gaf dat het idee dat rechtspersonen rechtstreeks aansprakelijk gesteld zouden kunnen worden voor schendingen van internationale (mensenrechten)normen naar haar mening niet voldoende steun vond binnen het internationale publiekrecht. Op grond hiervan concludeerde het Hof dat aansprakelijkheidsclaims tegen rechtspersonen – anders dan tegen individuen – per definitie niet binnen de reikwijdte van de ATS zouden kunnen vallen en dat de ATS-claims tegen Shell dus niet ontvankelijk waren.[100]

Deze uitspraak werd voorgelegd aan het US Supreme Court, dat de zaak aannam maar in de loop van de procedure de focus verschoof naar een andere, bredere kwestie, namelijk in hoeverre de ATS een grondslag biedt voor procedures die, net als de *Kiobel*-zaak, slechts zeer weinig aanknopingspunten hebben met de Amerikaanse rechtsorde.[101] Het Hooggerechtshof oordeelde uiteindelijk dat de ATS in beginsel geen grondslag biedt voor civiele aansprakelijkheidsclaims die betrekking hebben op extraterritoriale (dat wil zeggen: buiten de VS gepleegde) normschendingen, tenzij het gaat om procedures die "[…] *touch and concern the territory of the United States* […] *with sufficient force*".[102] Hiermee sloot het definitief de deur voor *foreign direct liability claims* op grond van de ATS tegen niet-Amerikaanse multinationals. Over de vraag of er onder omstandigheden wel nog ruimte bestaat voor soortgelijke claims tegen Amerikaanse multinationals bestaat vooralsnog onduidelijkheid, alhoewel recente (lagere) rechtspraak suggereert dat wel het geval kan zijn, mits er ook andere omstandigheden zijn die de procedure in verband brengen met de Amerikaanse rechtsorde.[103]

Hoewel de uitspraak van het US Supreme Court in de *Kiobel*-zaak de mogelijkheden tot het aanbrengen van *foreign direct liability claims* op basis van de ATS hoe dan ook in belangrijke mate heeft ingeperkt, heeft zij niet het eind betekend van de tendens richting dit type procedures.[104] Want hoewel het overgrote merendeel ervan tot dusverre is aangebracht op basis van de ATS, is de tendens niet beperkt gebleven tot claims op deze basis voor Amerikaanse federale rechters. Zij heeft zich de afgelopen twee decennia namelijk ook uitgebreid richting rechtbanken in de Amerikaanse staten en richting andere Westerse landen, waaronder Canada, Australië, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk, België en Zweden. Een bekend Europees voorbeeld is de civiele aansprakelijkheidsprocedure die werd ingesteld voor het Londense High Court door een grote groep Ivorianen tegen de internationale handelsonderneming Trafigura naar aanleiding van het gifdumpingsincident met de Probo Koala in 2006.[105]

Aangezien de ATS geen equivalent kent buiten het Amerikaanse federale rechtssysteem, wordt de juridische grondslag in deze procedures doorgaans gevonden in algemene beginselen van civiel aansprakelijkheidsrecht en de *tort of negligence* in het bijzonder. De nadruk ligt hier dan ook meestal niet op de vraag of de aangesproken onderneming direct of indirect betrokken is geweest bij internationale mensenrechtenschendingen, zoals in ATS-procedures typisch het geval is, maar op de

---

[100] *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111 (2nd Cir. (N.Y.) 2010).

[101] Zie over deze ontwikkelingen bijvoorbeeld: Enneking 2012(2).

[102] *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013).

[103] Zie bijvoorbeeld: *John Doe I et al. v. Exxon Mobil Corporation et al.*, United States District Court for the District of Columbia 6 juli 2015, Civil no. 01-1357 (RCL), <http://www.cohenmilstein.com/media/pnc/3/media.1803.pdf>. Zie ook bijvoorbeeld *Al Shimari v. CACI et al.*, United States Court of Appeals for the Fourth Circuit 30 juni 2014, No. 13-2162, <http://www.ca4.uscourts.gov/Opinions/Published/131937.P.pdf>. Zie ook par. 2.3.2.

[104] Zie nader: L.F.H. Enneking 2014(1), p. 49-51. Zie ook, bijvoorbeeld: Childress 2014.

[105] Zie voor meer informatie en verdere verwijzingen de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/trafigura-lawsuits-re-côte-d'ivoire>.

vraag of het handelen of nalaten van die onderneming strijd heeft opgeleverd met een zorgplicht (*duty of care*) die zij had ten opzichte van de derden in het gastland aan wiens mens- en milieugerelateerde belangen schade is toegebracht als gevolg van dat handelen of nalaten. Voor het bepalen van het bestaan en de omvang van een dergelijke zorgplicht zijn niet alleen relevant de gedragsnormen die voortvloeien uit lokale of internationale wettelijke bepalingen, maar ook ongeschreven gedragsnormen die bijvoorbeeld voortvloeien uit de ondernemingspraktijk in de betreffende branche en *soft law* normen op het gebied van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemerschap.[106] Op deze manier kunnen dus ook de uit de Guiding Principles voortvloeiende gedragsnormen in dit soort procedures een meer verplichtend karakter krijgen.

Foreign direct liability en verder

Met het aanbrengen in 2008 en 2009 van verschillende civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen Shell naar aanleiding van een aantal gevallen van olielekkage uit door Shell geëxploiteerde oliepijpleidingen in de Nigeriaanse Nigerdelta heeft het fenomeen van de *foreign direct liability cases* ook in Nederland haar intrede gedaan.[107] Deze en soortgelijke *foreign direct liability cases* in de ons omringende landen laten zien dat de mogelijkheden tot het instellen van dergelijke procedures wordt bepaald door meer factoren dan alleen de vraag of er sprake is van een schending door de betrokken onderneming(en) van een zorgplicht jegens de derden in het gastland.

Alvorens de aansprakelijkheidsvraag in materiële zin op deze wijze aan de orde kan komen, dienen eerst enige voorvragen beantwoord te worden. Het gaat om vragen van internationaal privaatrecht, namelijk (a) de vraag welke civiele rechter eigenlijk bevoegd is om over een geschil rond beweerdelijke schendingen van IMVO-zorgplichten door een internationaal opererende onderneming te beslissen en (b) de vraag op grond van welk recht die rechter moet bepalen of er in het concrete geval door de betreffende onderneming een dergelijke zorgplicht bestond en is geschonden en wat daarvan de juridische gevolgen zijn.

Daarnaast zijn er ook andere factoren die een belangrijke rol kunnen spelen bij de vraag in hoeverre internationaal opererende ondernemingen door middel van civiele aansprakelijkheidsprocedures ter verantwoording geroepen kunnen worden voor vermeende schendingen van IMVO-zorgplichten. Daarbij kan enerzijds gedacht worden aan de verdere materiële vereisten voor aansprakelijkheid (toerekening, causaliteit, relativiteit, enz.), die bepaald worden door het op de vordering toepasselijke recht. Anderzijds kan gedacht worden aan de praktische en procedurele omstandigheden in het land waar de procedure voor de rechter wordt gebracht, zoals de kosten van de procedure, de regels omtrent bewijsvergaring, de mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties, enz. Het algemene beeld daarbij is dat de praktische en procedurele omstandigheden voor eisers die trachten *foreign direct liability cases* aan te brengen voor civiele rechters buiten de VS minder gunstig zijn dan daarbinnen.

In combinatie met het feit dat (potentiële) eisers in dit soort procedures doorgaans een aanzienlijke achterstand hebben ten opzichte van de ondernemingen die zij in rechte willen aanspreken waar het gaat om beschikbare informatie, kennis en kunde, organisatiegraad en financiële middelen, kan dit in de praktijk drempels opleveren die de toegang tot de rechter in dit soort procedures ernstig kunnen bemoeilijken.[108] Dit is uiteraard met name het geval als het gaat om een procedures waarbij internationaal opererende ondernemingen in hun thuisland in rechte worden aangesproken door eisers uit een gastland waar zij activiteiten (doen) verrichten voor schendingen van IMVO-gerelateerde

[106] Zie hierover reeds: Lennarts 2003.

[107] Zie voor meer informatie en verdere verwijzingen de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/shell-lawsuit-re-oil-pollution-in-nigeria#c9354>. Zie nader par. 2.2.

[108] Zie in meer detail: Enneking 2013(2). Vergelijk ook de toelichting bij beginsel 26 UNGP's.

belangen als gevolg van de activiteiten aldaar. In veel van dit soort procedures zijn er echter sterke redenen voor de eisers om de gedaagde ondernemingen in het thuisland aan te spreken. Het gaat daarbij veelal om moeilijkheden bij verkrijgen van verhaal en/of herstel via gerechtelijke procedures in het gastland (bijvoorbeeld door het ontbreken van een eerlijke of adequate procedure, problemen bij het verkrijgen van toegang daartoe en/of problemen bij het handhaven van de uitkomsten daarvan) in combinatie met de wens om juist de in het thuisland gevestigde onderneming juist daar aan te spreken (bijvoorbeeld omdat dat de onderneming is die binnen de groep het beleid bepaalt of binnen de handelsketen de bedrijfspraktijk kan beïnvloeden).[109]

Gezien de soms moeilijk te slechten procedurele en praktische barrières waarmee potentiële eisers in *foreign direct liability cases* geconfronteerd worden (ook) in de Westerse landen waar zij deze willen aanbrengen, verbaast het niet dat eisers en ngo's in landen die daartoe mogelijkheden bieden hun toevlucht hebben genomen tot het aanhangig maken van strafrechtelijke procedures. Anders dan in een civiele procedure, waar het aan het licht brengen van relevante feiten en omstandigheden is overgelaten aan de bij het geding betrokken private partijen zelf, biedt een strafprocedure per slot van rekening de mogelijkheid tot de inzet van een met ruime bevoegdheden bekleed publiek opsporingsapparaat. Zo is in Frankrijk bijvoorbeeld tot op heden het overgrote merendeel van procedures tegen internationaal opererende ondernemingen voor beweerdelijke schendingen van IMVO-zorgplichten aangebracht voor de strafrechter (zie nader par. 3.4.2). Ook in Nederland zijn IMVO-gerelateerde strafprocedures aangebracht tegen Nederlandse internationaal opererende ondernemingen, waaronder een tweetal procedures tegen Nederlandse ondernemers in verband met hun beweerdelijke betrokkenheid bij mensenrechtenschendingen elders (zie nader par. 2.2).

Uit de hier besproken ontwikkelingen blijkt duidelijk dat het recht volop in ontwikkeling is waar het gaat om het bestaan, de inhoud en de omvang van zorgplichten van internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van de IMVO-gerelateerde belangen van derden in de gastlanden waar zij activiteiten (doen) uitvoeren. Benadeelde individuen en gemeenschappen die in eigen land geen toegang hebben tot adequaat herstel en/of verhaal vinden, veelal met de hulp van ngo's, steeds vaker de weg naar rechters in de Westerse thuislanden van de betrokken ondernemingen om dergelijke zorgplichten aldaar via civielrechtelijke of strafrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures in rechte af te dwingen (zie nader de beschrijvingen van IMVO-gerelateerde procedures in hoofdstukken 2 en 3). Ook op het gebied van het ondernemingsrecht, dat traditioneel primair gericht is op de belangen van de onderneming en de rol en positie van de direct bij de onderneming betrokkenen, komt steeds meer aandacht voor de vraag of en in hoeverre rekening gehouden moet worden met de (I)MVO-gerelateerde belangen van 'externe' derden (zie nader par. 2.3 en de ondernemingsrechtelijke paragrafen van hoofdstuk 3).

Deze ontwikkelingen spelen zich niet alleen in Nederland af, maar ook in de ons omringende landen, waaronder België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland. Ook hier hebben debatten over internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemerschap en de totstandkoming van de UN Guiding Principles geleid tot belangrijke maatschappelijke, politieke en juridische ontwikkelingen. In september 2013 presenteerde de Britse overheid een Nationaal Actieplan inzake Bedrijven en Mensenrechten en een herziene versie van het plan wordt nog in 2015 verwacht. Ook in Frankrijk, Zwitserland, Duitsland en België wordt gewerkt aan Nationaal Actieplannen op dit gebied (zie nader hoofdstuk 3).

In al deze landen zijn daarnaast ook interessante juridische ontwikkelingen gaande inzake de IMVO-zorgplichten van (functionarissen van) aldaar gevestigde internationaal opererende ondernemingen en

[109] Zie ook: Enneking 2012(1), p. 113-114.

aansprakelijkheid van diezelfde ondernemingen voor de schending daarvan. Zo is in het Verenigd Koninkrijk bijvoorbeeld interessante rechtspraak tot ontwikkeling gekomen omtrent de zorgplichten van moedermaatschappijen van concerns ten aanzien van derden wiens belangen geschaad (kunnen) worden door de activiteiten van hun dochtermaatschappijen (zie nader par. 3.5.4). Zowel in het Verenigd Koninkrijk als in Duitsland, Frankrijk en Zwitserland spelen momenteel verschillende interessante procedures met betrekking tot de verantwoordelijkheden van aldaar gevestigde ondernemingen in het kader van IMVO, waaronder bijvoorbeeld een procedures tegen een Duitse kledingproducent wegens ernstige veiligheidskwesties in de productieketen (zie nader par. 3.3.2, 3.4.2, 3.5.2 en 3.6.2).

Daarnaast bestaat in Frankrijk momenteel bijvoorbeeld veel discussie over een wetsvoorstel dat bepaalde grote ondernemingen verplicht om een '*plan de vigilance*' te implementeren met als doel het voorkomen van schade aan mensenrechten en milieu (zie nader par. 3.4.3). Ook in Zwitserland is sprake van mogelijk wetgevend optreden in de context van IMVO en zorgplichten, alhoewel een eerdere motie daartoe net niet het voldoende stemmen behaalde in het Zwitserse parlement. In reactie daarop is echter een privaat wetgevingsinitiatief gelanceerd, dat erop ziet om een wettelijke verplichting te introduceren inzake de verantwoordelijkheid van Zwitserse multinationals op IMVO-gebied (zie nader par. 3.6.3).[110] In België werd reeds in de jaren '90 een wet geïntroduceerd op grond waarvan Belgische rechters rechtsmacht aan konden nemen over ernstige mensenrechtenschendingen die zich waar dan ook ter wereld afgespeeld hadden, ook als er geen connecties bestonden met de Belgische rechtsorde. Deze wet bleek echter internationaal zodanig omstreden te zijn dat de Belgische regering zich genoodzaakt zag om deze sterk af te zwakken (zie nader par. 3.2.2).

Het zijn deze juridische ontwikkelingen die, met het oog op het beantwoorden van de onderzoeksvragen als omschreven in par. 1.2.1, in dit rapport aan een nader onderzoek onderworpen worden.

[110] Zie bijvoorbeeld: 'Mandatory human rights due diligence: developments in Europe', *CORE* website, <http://corporate-responsibility.org/mandatory-human-rights-due-diligence-developments-in-europe/>.

1.4 OPZET VAN HET ONDERZOEKSRAPPORT

In dit eerste hoofdstuk van dit rapport is een schets gegeven van de aanleiding van het onderzoek en van de opzet en afbakening daarvan en wordt het onderzoeksveld kort nader verkend. In het tweede hoofdstuk wordt uitgebreid verslag gedaan van de bevindingen ten aanzien van onderzoeksvragen 1 t/m 3, die zien op de huidige stand van zaken in het Nederlandse recht. In het derde hoofdstuk wordt verslag gedaan van de bevindingen ten aanzien van onderzoeksvraag 4, die ziet op de huidige stand van zaken in het recht van vijf van de ons omringende landen (België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland). In het vierde hoofdstuk wordt uitgebreid verslag gedaan van de bevindingen ten aanzien van onderzoeksvraag 5, die ziet op een inschatting op basis van een literatuurstudie en een beperkt aantal interviews met experts over de consequenties van de huidige stand van zaken in het recht van deze landen op het nationale vestigingsklimaat aldaar. In het vijfde hoofdstuk worden op grond van de bevindingen van de eerste vier hoofdstukken antwoorden geformuleerd op onderzoeksvragen 6 en 7 en wordt afgesloten met een deels vooruitblikkende slotparagraaf.

Het onderzoek is op 1 september 2015 afgesloten. Alle webreferenties waren geldig op deze datum. Wetgeving, rechtspraak, literatuur en relevante ontwikkelingen van latere datum zijn slechts waar mogelijk meegenomen in dit rapport.

HOOFDSTUK 2 - NEDERLAND

2.1 INLEIDING

Het onderwerp maatschappelijk verantwoord ondernemen heeft in Nederland al sinds eind jaren '90 een vaste plaats op de politieke en maatschappelijke agenda. Het allereerste stuk in het parlementaire 'MVO-dossier' is een brief over maatschappelijk verantwoord ondernemen uit april 1999 van de toenmalige Staatssecretaris van Economische Zaken aan de Tweede Kamer.[1] Uit de brief blijkt duidelijk dat de blik ook destijds al gericht was op de internationale dimensie van het onderwerp. Wat er ook uit blijkt is dat het officiële standpunt ten aanzien van de regulerende rol van de Nederlandse overheid op het gebied van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen (hierna ook: IMVO) destijds was dat regelgeving op dat terrein op internationaal niveau, bijvoorbeeld in VN-verband, tot stand zou moeten komen en dat de Nederlandse overheid zich daar actief voor zou inzetten. Volgens de betrokken bewindspersoon was het niet aan de Nederlandse overheid om op unilaterale basis aan (alleen) Nederlandse bedrijven voor te schrijven hoe zij zich in het buitenland zouden moeten gedragen.[2]

Inmiddels zijn we meer dan anderhalf decennium verder en staat hetzelfde onderwerp nog steeds op de politieke en maatschappelijke agenda in Nederland. Met de totstandkoming van het '*Protect, Respect and Remedy*' Policy Framework on Business and Human Rights in 2008 en de bijbehorende Guiding Principles in 2011[3] is de internationale regelgeving waar in 1999 reeds over gesproken werd er inderdaad gekomen, in de vorm van een *soft law* instrument met een specifieke focus op bedrijven en mensenrechtenschendingen. Dat instrument maakt duidelijk dat er op overheden een verplichting rust om mensenrechtenschendingen door binnen of vanuit hun grondgebied opererende ondernemingen te voorkomen en om slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen toegang te bieden tot herstel en/of verhaal, ook in een internationale context. In het Nationaal Actieplan dat de Nederlandse overheid naar aanleiding van deze ontwikkelingen heeft opgesteld, wordt onder meer de vraag opgeworpen in hoeverre de zorgplicht van Nederlandse bedrijven ten aanzien van (I)MVO afdoende in de wet is geregeld, dan wel of een nadere explicitering daarvan nodig is.[4]

Net zoals elders geldt in Nederland als uitgangspunt voor zowel natuurlijke personen als rechtspersonen dat zij geacht worden om zich bij hun activiteiten te houden aan de grenzen die gesteld worden door de wet (en de toepassing en verdere uitwerking daarvan door de rechter). Deze wettelijke regels kunnen gedragsnormen bevatten (of een basis vormen voor de ontwikkeling daarvan door de rechter) die gericht zijn op de bescherming van mens- en milieugerelateerde belangen tegen de mogelijke nadelige gevolgen van die activiteiten. In veel gevallen zullen dit soort normen betrekking hebben op gedragingen van (rechts)personen in Nederland en op de bescherming van mens en milieu in Nederland. In sommige gevallen kunnen zij echter ook zorgplichten inhouden voor Nederlandse internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van de mens- en milieugerelateerde belangen van derden in gastlanden die negatief beïnvloed kunnen worden door bedrijfsactiviteiten aldaar waar de betreffende ondernemingen direct of indirect bij betrokken zijn.

In veel gevallen zal een Nederlandse internationaal opererende onderneming slechts indirect, dat wil zeggen via buitenlandse dochtermaatschappijen en/of buitenlandse ketenpartners, betrokken zijn bij in

---

1 *Kamerstukken II* 1998/99, 26485, 1.

2 *Id.*, p. 3.

3 Zie, respectievelijk: 'Protect, Respect and Remedy: A framework for Business and Human Rights', Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, A/HRC/8/5 (7 april 2008) en 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework', Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, A/HRC/17/31 (21 maart 2011).

4 'Nationaal Actieplan bedrijfsleven en mensenrechten', Ministerie van Buitenlandse Zaken (april 2014), <www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/brochures/2014/05/28/nationaal-actieplan-bedrijfsleven-en-mensenrechten/nationaal-actieplan-bedrijfsleven-en-mensenrechten.pdf>, p. 29.

gastlanden gepleegde schendingen van (I)MVO-gerelateerde normen. Tegelijkertijd zijn rechtspersonen, vennootschappen en concerns slechts juridische constructies en zijn het uiteindelijk natuurlijke personen (veelal in een bepaalde hoedanigheid, zoals bestuurder, werknemer of vertegenwoordiger) die de beslissingen nemen en de activiteiten verrichten die een risico op nadeel aan de IMVO-gerelateerde belangen van derden met zich kunnen brengen. Dit roept de vraag op of en in hoeverre het gedrag van deze (meer) direct betrokken functionarissen of rechtspersonen toegerekend kan worden aan een Nederlandse internationaal opererende onderneming.

Naar Nederlands civiel recht geldt dat een gedraging (handelen dan wel nalaten) van een natuurlijke persoon die 'in het maatschappelijk verkeer als gedraging van de rechtspersoon heeft te gelden', kan worden toegerekend aan die rechtspersoon.[5] Of voldaan is aan dit criterium moet van geval tot geval worden beoordeeld. Dit zal vrijwel steeds zo zijn wanneer het gaat om gedragingen van (leden van) een orgaan van de rechtspersoon.[6] Gaat het om functionarissen die niet lid zijn van een orgaan van de rechtspersoon, dan wordt het antwoord op de vraag of hun handelingen kunnen worden toegerekend aan de rechtspersoon onder meer bepaald door hun positie van de betrokken functionarissen, hun gedragingen en de omstandigheden waaronder de gedragingen hebben plaatsgevonden.[7] Naar Nederlands strafrecht geldt een ander criterium dat in de praktijk in veel gevallen tot een zelfde uitkomst zal leiden (zie nader par. 2.5.3).
Naar Nederlands recht geldt ook dat rechtspersonen in beginsel niet verantwoordelijk zijn voor de activiteiten van andere rechtspersonen, zelfs niet als zij in concern- of ketenverband met elkaar verbonden zijn. Dit uitgangspunt komt tot uitdrukking in twee fundamentele beginselen van rechtspersonen- en vennootschapsrecht: het beginsel van (gescheiden) rechtspersoonlijkheid en het beginsel van beperkte aansprakelijkheid. Het eerste beginsel houdt in dat een rechtspersoon, net als een natuurlijk persoon, in beginsel alleen voor zijn eigen gedrag verantwoordelijk is en (waar het gaat om onrechtmatig gedrag) aansprakelijk gehouden kan worden. Het tweede beginsel houdt in dat de eigenaar / aandeelhouder van een vennootschap in beginsel niet met zijn hele vermogen in hoeft te staan voor de verplichtingen van de vennootschap, maar slechts tot het bedrag van zijn aandeel in de vennootschap. Zowel de constructie van de rechtspersoon als op zichzelf staand rechtssubject als de constructie van kapitaalvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid voor de vennoten danken hun bestaansrecht grotendeels aan de gedachte dat de maatschappij gebaat is bij de ontwikkeling van ondernemingsactiviteiten waaraan bepaalde – financiële – risico's kleven.[8]

In dit hoofdstuk wordt bekeken op welke manier en in hoeverre er in de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie zorgplichten van Nederlandse vennootschappen (hier ook wel aangeduid als ondernemingen, tenzij het normen betreft die specifiek op vennootschappen gericht zijn) ten aanzien van IMVO zijn geregeld en/of toegepast. De aandacht gaat daarbij uit naar IMVO-gerelateerde zorgplichten binnen drie specifieke rechtsgebieden: het Nederlandse ondernemingsrecht (meer specifiek: het vennootschapsrecht), het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht (meer specifiek: het

---

5 HR 6 april 1979, NJ 1980/34, m.nt. C.H.J. Brunner (Kleuterschool Babbel).

6 Zie nader: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/82; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/325-329; J.W. Hoekzema, Groene Serie Onrechtmatige Daad VIII.7.1.1.1-VIII.7.1.1.9. Hoewel over de precieze reikwijdte van het begrip 'orgaan' in de literatuur enige onduidelijkheid bestaat, kan in het geval van een BV in ieder geval gedacht worden aan de algemene vergadering van aandeelhouders, het bestuur en de raad van commissarissen. Zie bijvoorbeeld: Huizink 2011, p. 132-134. Zie nader J.W. Hoekzema, Groene Serie Onrechtmatige Daad VIII.7.1.3.2.1.

7 Zie, met verdere verwijzingen, Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/88 alsmede J.W. Hoekzema, Groene Serie Onrechtmatige Daad VIII.7.1.2.3, 7.1.3.3. Rechtspraak laat zien dat ook bijvoorbeeld het handelen van een werknemer die in feite op een vergelijkbaar niveau optreedt als een statutair directeur, of van een 'manager operations', onder omstandigheden in het maatschappelijk verkeer te gelden kunnen hebben als gedragingen van de betreffende rechtspersonen. Zie, respectievelijk: HR 3 november 1982, NJ 1983, 510, m.nt. J.M.M. Maeijer, Th.W. van Veen en HR 18 november 1994, NJ 1995/ 170, m.nt. J.M.M. Maeijer (Securicor).

8 Vergelijk bijvoorbeeld: Bartman & Dorresteijn 2013, p. 17-20, 290; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/834.

onrechtmatigedaadsrecht) en het Nederlandse strafrecht (meer specifiek: het materiële strafrecht). De beschrijving van de huidige stand van het Nederlandse recht binnen deze rechtsgebieden vindt plaats met verwijzing, waar relevant, naar lopende en afgesloten Nederlandse juridische procedures met betrekking tot extraterritoriale (I)MVO-normschendingen door Nederlandse internationaal opererende ondernemingen.

In het hiernavolgende wordt allereerst in kaart gebracht in hoeverre er in Nederland ondernemingsrechtelijke, aansprakelijkheidsrechtelijke of strafrechtelijke procedures zijn aangebracht tegen internationaal opererende ondernemingen voor schendingen van mens- en milieugerelateerde belangen in gastlanden (par. 2.2). Daarbij is gekeken naar IMVO-gerelateerde procedures die binnen deze beschrijving vallen en die aangebracht zijn voor Nederlandse rechters door derden uit gastlanden en/of belangenorganisaties van 1990 tot nu. Het overzicht van relevante procedures is indicatief; afhankelijk van de precieze definitie van relevante IMVO-gerelateerde juridische procedures kan het aantal relevante rechtszaken hoger liggen dan hier weergegeven.

Vervolgens wordt bekeken in hoeverre er (I)MVO-gerelateerde verplichtingen voortvloeien uit het Nederlandse vennootschapsrecht en de Nederlandse Corporate Governance Code voor bestuurders en commissarissen van Nederlandse vennootschappen (par. 2.3). Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen relevante (I)MVO-gerelateerde normen enerzijds en de mogelijkheden tot handhaving daarvan voor (I)MVO-stakeholders (slachtoffers van mens- en milieugerelateerde normschendingen en ngo's) anderzijds.

Dan wordt ingegaan op de vraag in hoeverre uit het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht zorgplichten voortvloeien voor Nederlandse internationaal opererende ondernemingen tot inachtneming van de IMVO-gerelateerde belangen van derden in gastlanden (par 2.4). Daarbij wordt ook stilgestaan bij de internationaal privaatrechtelijke bepalingen omtrent de rechtsmacht van Nederlandse rechters en het toepasselijke recht in civiele aansprakelijkheidsprocedures met een internationaal karakter, alsook bij procedurele en praktische omstandigheden die een rol kunnen spelen bij een IMVO-gerelateerde civiele aansprakelijkheidsprocedure voor een Nederlandse rechter.

Daarna wordt een indruk gegeven van de mogelijkheden die het Nederlandse strafrecht biedt om de betrokkenheid van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen bij schendingen van extraterritoriale (I)MVO-normschendingen te redresseren (par. 2.5). Daarbij wordt ook kort ingegaan op relevante aspecten van het Nederlandse strafprocesrecht.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie in par. 2.6.

2.2 IMVO-GERELATEERDE JURIDISCHE PROCEDURES

Procedures tegen Delft Instruments en medewerkers inzake leveranties nachtkijkers aan Irak[9]

Vanwege de Golfoorlog van 1990-1991 gold in 1991 een door de VN Veiligheidsraad ingesteld wapenembargo tegen Irak voor het leveren van wapens alsmede onderdelen en technologie voor het vervaardigen, het gebruiken en het opslaan van wapens.[10] Het Delftse technologiebedrijf Delft Instruments B.V. produceerde nachtkijkers met een warmtebeeldsysteem vervaardigd met Amerikaanse onderdelen zodat 's nachts doelwitten zouden kunnen worden gevonden en daartegen wapens zouden kunnen worden ingezet. Via haar Belgische dochteronderneming OIP Instrubel leverde Delft Instruments B.V. nachtkijkers aan het Iraakse regime. Dat gebeurde reeds voor de Golfoorlog. De Belgische dochteronderneming beschikte daartoe over een vergunning van de Belgische overheid. De leveranties van nachtkijkers gingen evenwel door na de aanvang van de Golfoorlog en ook na het instellen van het wapenembargo. Tijdens de Golfoorlog troffen Amerikaanse troepen de nachtkijkers van Delft Instruments B.V. aan in stellingen van de Iraakse regeringstroepen aan het front in Koeweit. Daarop stelden de Verenigde Staten een boycot in tegen Delft Instruments B.V. Als gevolg daarvan mocht Delft Instruments B.V. geen essentiële onderdelen meer uit de Verenigde Staten importeren en – aanvankelijk – ook geen niet-militaire producten exporteren naar de Verenigde Staten. Deze boycot trof Delft Instruments B.V. zwaar; het bedrijf leed miljoenenverliezen.

De economische controledienst (ECD) verdacht Delft Instruments B.V. van het overtreden van de In- en Uitvoerwet en stelde een strafrechtelijk onderzoek in.[11] Het openbaar ministerie besloot echter, na contact daarover met de minister van Justitie, Delft Instruments B.V. niet te vervolgen, om twee redenen. Allereerst leed Delft Instruments B.V. enorme verliezen wegens de Amerikaanse boycot en was het voortbestaan van de onderneming daardoor in gevaar en dientengevolge ook de werkgelegenheid van haar medewerkers. Ten tweede hadden de Verenigde Staten inmiddels strafrechtelijk onderzoek tegen Delft Instruments B.V. ingesteld en Nederland om originele dossierstukken verzocht, en Nederland wilde dit Amerikaanse strafrechtelijke onderzoek niet frustreren.[12] De beslissing niet te vervolgen was tegen de zin van leden van de Tweede Kamer die hierover kritische Kamervragen stelden.[13] De minister van Justitie liet de procureur-generaal bij het Hof Den Haag een onderzoek instellen naar de beslissing niet te vervolgen.[14]

De minister van Justitie besloot de beslissing van het openbaar ministerie tot het niet-vervolgen van Delft Instruments B.V. te respecteren, hoofdzakelijk vanwege de twee eerdergenoemde redenen om niet te vervolgen, en ondanks aandringen vanuit de Kamer om de beslissing te laten herzien. Verschillende Kamerleden vonden de leveranties van de nachtkijkers ondanks het wapenembargo een ernstige zaak en wilden dat de Nederlandse overheid door te vervolgen een signaal zou afgeven.[15] Diezelfde argumenten lagen aan de basis een motie waarbij om vervolging werd verzocht van de feitelijk leidinggevers van Delft Instruments B.V. die betrokken waren geweest bij de leveranties van de

---

9 Hoewel de procedure tegen Delft Instruments B.V. niet in het teken stond van schending van IMVO-normen, omdat zij speelde voor de opkomst van IMVO, biedt de zaak wel goed illustratiemateriaal en zou de strafzaak nu zonder meer in de sleutel staan van IMVO.

10 Par. 24, m.n. sub c, van Resolutie 687 (1991) van 3 juli 1991, <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/687%20%281991%29&Lang=E&Area=RESOLUTION>.

11 Kamervraag 433, *Kamerstukken II* 1990-1991, Aanhangsel, p. 879.

12 Zie Handelingen 15 oktober 1991, *Kamerstukken II* 1991-1992, Handelingen, p. 10-522-524.

13 O.m. Kamervraag 639, *Kamerstukken II* 1991-1992, Aanhangsel, p. 1341.

14 Kamervraag 718, *Kamerstukken II* 1991-1992, Aanhangsel, p. 1629.

15 Handelingen 15 oktober 1991, *Kamerstukken II* 1991-1992, Handelingen, p. 10-522; Handelingen 4 december 1991, *Kamerstukken II* 1991-1992, Handelingen, p. 33-2095-2100. Zie ook Brief van de minister van Justitie van 18 november 1991, *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 300 VI, nr. 26.

nachtkijkers. De minister van Justitie zegde daarop toe te laten onderzoeken of feitelijk leidinggevers van Delft Instruments B.V. konden worden vervolgd.[16] Dat leidde tot een vertrouwelijk rapport van de procureur-generaal bij het Hof Den Haag over de mogelijke betrokkenheid van medewerkers van Delft Instruments B.V.[17]

Het Nederlands openbaar ministerie besloot daarop de uitkomsten van het Amerikaanse strafrechtelijke onderzoek tegen Delft Instruments B.V. af te wachten, deels daartoe gedwongen omdat de Amerikanen Nederlandse dossiers over de zaak vasthielden. Dat Amerikaanse onderzoek leidde in juli 1992 tot een schikking, waarbij Delft Instruments B.V. 3,3 miljoen dollar moest betalen en een exportbeperking kreeg opgelegd voor haarzelf en haar Belgische dochteronderneming.[18] Het Nederlandse strafrechtelijke onderzoek wees vervolgens uit dat zes medewerkers van Delft Instruments B.V. direct betrokken waren geweest bij de leveranties van nachtkijkers aan Irak. De overtreden strafbepalingen waren de In- en Uitvoerwet en de Sanctiewet 1977. De bestuursvoorzitter erkende ook dat Delft Instruments B.V. via haar Belgische dochteronderneming de nachtkijkers had geleverd aan Irak.[19]

Het openbaar ministerie deed de zaken tegen deze medewerkers in 1994 af via een transactie (art. 74 Sr), waarbij de bestuursvoorzitter en een directeur de hoogste bedragen moesten betalen, te weten 75.000 gulden. Het openbaar ministerie koos voor het afdoen van de zaken via een transactie omdat Delft Instruments B.V. reeds veel (reputatie)schade had geleden en de werknemers lange tijd in onzekerheid hadden moeten verkeren over de afloop van hun strafzaak.[20] In 2007 hield Delft Instruments B.V. op te bestaan.[21]

Procedures tegen zakenman Van Anraat inzake betrokkenheid bij mensenrechtenschendingen in Irak

Eind 2004 werd de Nederlandse zakenman Frans van Anraat gearresteerd op verdenking van betrokkenheid bij de mensenrechtenschendingen die het regime van Saddam Hoessein in 1988 had gepleegd met het verrichten van gifgasaanvallen op Koerdische nederzettingen in Irak. In december 2005 werd hij door de Rechtbank Den Haag veroordeeld tot 15 jaar gevangenisstraf wegens medeplichtigheid aan oorlogsmisdrijven in Irak.[22] De Rechtbank achtte bewezen dat Van Anraat grote hoeveelheden grondstoffen voor gifgas had geleverd aan de Iraakse overheid, die gifgas inzette bij aanvallen op Koerdische nederzettingen in Irak waarbij duizenden mensen – veelal burgers – waren omgekomen of zwaar gewond geraakt. Het tweede tenlastegelegde feit, medeplichtigheid aan genocide, achtte de Rechtbank niet bewezen. In hoger beroep werd Van Anraat veroordeeld tot zeventien jaar gevangenisstraf.[23] In cassatie bleef deze veroordeling staan, maar werd de straf wegens tijdsverloop verminderd tot 16 jaar en 6 maanden.[24] Het Gerechtshof Den Haag bepaalde in november 2012 naar

---

16 Handelingen 15 oktober 1991, *Kamerstukken II* 1991-1992, Handelingen, p. 10-524-526; Handelingen 4 december 1991, *Kamerstukken II* 1991-1992, Handelingen, p. 33-2095-2102; Motie van het lid Rösenmuller, 4 december 1991, *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 300 VI, nr. 28.

17 Zie Kamervraag 520, *Kamerstukken II* 1993-1994, Aanhangsel, p. 1057.

18 Zie Kamervraag 720, *Kamerstukken II* 1992-1993, Aanhangsel, p. 1469-1470.

19 Zie Kamervraag 433, *Kamerstukken II* 1990-1991, Aanhangsel, p. 879.

20 Brief van de minister van Justitie van 26 mei 1994, *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 400 VI, nr. 42; Het Financieele Dagblad, 28 mei 1994.

21 Zie in algemene zin: 'Delft Instruments koopt strafzaak nachtkijkers af', De Volkskrant 28 mei 1994, beschikbaar op <http://www.volkskrant.nl/archief/delft-instruments-koopt-strafzaak-nachtkijkers-af~a379989/>; 'Delft Instruments', Wikipedia, <https://nl.wikipedia.org/wiki/Delft_Instruments>.

22 Rechtbank Den Haag 23 december 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AV6353.

23 Gerechtshof Den Haag 9 mei 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA4676.

24 Hoge Raad 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4822

aanleiding van een ontnemingsvordering door het OM dat Van Anraat ruim een half miljoen euro aan wederrechtelijk verkregen voordeel moest terugbetalen aan de Nederlandse staat.[25]

Reeds in eerste aanleg voegde een vijftiental slachtoffers zich als beledigde partij in de strafprocedure. De Rechtbank wees hun vorderingen toe, maar het Hof verklaarde de beledigde partijen niet-ontvankelijk in hun vorderingen op grond van de overweging dat deze niet voldoende eenvoudig van aard waren om binnen de strafprocedure afgedaan te kunnen worden.[26] Deze beslissing werd door de Hoge Raad bevestigd.[27] Na de strafrechtelijke veroordeling van Van Anraat stelden zeventien slachtoffers vier afzonderlijke civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures in, waarin zij vergoeding eisten van Van Anraat voor de schade die zij geleden hadden als gevolg van gifgasaanvallen door het regime van Sadam Hoessein. In april 2013 wees de Rechtbank Den Haag, met uitzondering van één vordering die verjaard was, alle vorderingen toe en veroordeelde Van Anraat tot het betalen van in totaal 400.000 euro schadevergoeding aan de slachtoffers.[28] Deze uitspraak werd in april 2015 bevestigd door het Hof Den Haag.[29]

Procedure tegen zakenman Kouwenhoven inzake illegale wapenleveranties en betrokkenheid bij oorlogsmisdrijven in Liberia

Kouwenhoven was een zakenman die met verschillende bedrijven actief was in Liberia. Via een van deze bedrijven, Oriental Timber Company (OTC), zou Kouwenhoven in de periode 2001-2003 wapeninvoer in Liberia mogelijk hebben gemaakt in strijd met internationale en nationale regels. Deze wapens werden door rebellen van Charles Taylor gebruikt in de strijd tegen burgers en militairen in het intern gewapende conflict. Voorts zou Kouwenhoven op verschillende wijzen betrokken zijn geweest bij het begaan van oorlogsmisdrijven door troepen van Taylor in Liberia en Guinee. Het ging onder meer om medeplichtigheid door het leveren van wapens, het beschikbaar stellen van personeel van OTC, het beschikbaar stellen van allerlei vervoermiddelen (helikopter(s), vrachtauto's, pick-up trucks etc.), en het beschikbaar stellen van goederen (geld, sigaretten, levensmiddelen, drugs etc.).

Voor beide groepen van strafbare feiten werd Kouwenhoven in Nederland vervolgd. Het verbod inzake de illegale wapeninvoer is te vinden in art. 2 lid 2 Sanctiewet 1977, jo. art. 2 Sanctieregeling Liberia 2001 en art. 2 Sanctieregeling Liberia 2002, waarbij de overtreding van dit verbod strafbaar is gesteld via art. 1 Wet op de economische delicten. De genoemde Sanctieregeling Liberia 2001 en die van 2002 strekken tot het uitvoeren van Resoluties van de VN Veiligheidsraad en gemeenschappelijke standpunten en verordeningen van de Europese Unie. De verschillende vormen van betrokkenheid bij het begaan van oorlogsmisdrijven door het regime van Taylor was strafbaar gesteld in de Wet Oorlogsmisdrijven (oud). Deze wet vestigde extraterritoriale rechtsmacht ingeval het om een Nederlandse dader ging die zich buiten Nederland schuldig maakte aan oorlogsmisdrijven. Op basis van deze wet had Nederland in deze zaak rechtsmacht op grond van het actief nationaliteitsbeginsel.

In eerste aanleg werd Kouwenhoven veroordeeld voor de illegale wapeninvoer, maar vrijgesproken voor diens vermeende betrokkenheid bij oorlogsmisdrijven.[30] In hoger beroep werd Kouwenhoven integraal vrijgesproken. Het hof stelde kort gezegd vast dat er onvoldoende objectief bewijs was dat daadwerkelijk wapens met de Antarctic Mariner, een schip dat toebehoorde aan OTC, zouden zijn

[25] Gerechtshof Den Haag, 14 november 2012, *LJN*: ECLI:NL:GHSGR:2012:BY3131. Dit oordeel werd in cassatie bevestigd: Hoge Raad 14 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2968.
[26] Gerechtshof Den Haag 9 mei 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA4676, r.o. 18.
[27] Hoge Raad 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4822, r.o. 13.5.
[28] Rechtbank Den Haag, 24 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:8087.
[29] Gerechtshof Den Haag, 7 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:725.
[30] Rb. Den Haag 7 juni 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AX7098.

vervoerd en dat de voorhanden zijnde getuigenverklaringen wisselend, tegenstrijdig, onderling moeilijk verenigbaar en deels onjuist waren en/of ongeloofwaardig waren.[31] Vervolgens ging het openbaar ministerie in cassatie tegen de beslissing van het hof tot afwijzing van het verzoek van de advocaat-generaal in hoger beroep om een tweetal getuigen volgens de regeling van de anonieme getuige bij de rechter-commissaris te horen. Dat waren twee getuigen waarvoor het openbaar ministerie pas tijdens de procedure in hoger beroep toestemming kreeg van het Sierra Leone Tribunaal om deze te horen, zij het onder de voorwaarde van anonimiteit. De Hoge Raad casseerde de uitspraak van het hof op het punt van de afwijzing van de vordering van de advocaat-generaal wegens een motiveringsgebrek. De zaak werd verwezen naar het Hof Den Bosch.[32] Aldaar is de zaak nog aanhangig blijkens gepubliceerde rechtspraak.[33]

Procedures tegen Trafigura inzake de dumping van afvalstoffen in Ivoorkust[34]

Op 19 augustus 2006 werd in de haven van Abidjan, Ivoorkust, een partij afvalstoffen ('*slops*') afkomstig van het schip de Probo Koala overgeladen op vrachtwagens van een klein lokaal afvalverwerkingsbedrijf (Compagnie Tommy). In plaats van ze te verwerken, stortte het afvalverwerkingsbedrijf de *slops* op verschillende locaties in en rondom Abidjan, waaronder op openbare vuilstortplaatsen. In de uren en dagen hierna ontwikkelden de omwonenden van deze locaties gezondheidsklachten, waaronder misselijkheid, diarree, braken, ademloosheid, hoofdpijn, huidaandoeningen en buikproblemen, die toegeschreven werden aan het gedumpte afval. In totaal zochten meer dan 100.000 mensen medische hulp voor hun klachten en waren er zestien mensen van wie het overlijden in verband gebracht werd met blootstelling aan het afval.

Reeds voordat de Probo Koala aankwam in Abidjan was enkele malen zonder succes geprobeerd om de *slops* in verschillende Europese havens af te geven. In Amsterdam werd een deel van de *slops* overgepompt naar een inzamelvaartuig van havenautoriteit *Amsterdam Port Services* (APS). Omdat de prijs voor de verwerking van het afval – naar aanleiding van gedeeltelijke analyse door APS van enkele monsters daarvan die uitwees dat de afvalstoffen zeer vervuild waren – echter veel hoger bleek uit te vallen dan men bereid was te betalen, werd opdracht geven de *slops* terug aan boord van de Probo Koala te pompen. Na nog enkele mislukte pogingen om de *slops* in Afrikaanse havens af te geven, vond men uiteindelijk in de haven van Abidjan het eerder genoemde afvalverwerkingsbedrijf bereid om de *slops* te lossen en te verwerken, tegen een aanzienlijk lagere prijs, met alle gevolgen van dien.[35]

Deze gebeurtenissen leidden tot een reeks aan juridische procedures in verschillende landen, waaronder Nederland.

In februari 2008 maakte het Nederlands Openbaar Ministerie bekend dat zij voornemens was om het Nederlandse Trafigura Beheer B.V., de in Nederland gevestigde holdingmaatschappij van de internationale petroleumhandelaar Trafigura, strafrechtelijk te vervolgen voor haar betrokkenheid bij

---

31 Hof Den Haag 10 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC6068.

32 HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8132.

33 Zie de laatste gepubliceerde beslissing over getuigen en onderzoekshandelingen Hof Den Bosch 9 september 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV0705.

34 Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/trafigura-lawsuits-re-côte-d'ivoire >.

35 Feiten ontleend aan: Rechtbank Amsterdam 23 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN2149, par. 5; Amnesty International & Greenpeace Nederland, 'The toxic truth 2012 – About a company called Trafigura, a ship called the Probo Koala, and the dumping of toxic waste in côte d'Ivoire', (25 september 2012), <http://www.greenpeace.org/international/Global/international/publications/toxics/ProboKoala/The-Toxic-Truth.pdf>; de Business & Human Rights Resource Centre website, <http://business-humanrights.org/en/trafigura-lawsuits-re-côte-d'ivoire>.

het Probo Koala-incident. Daarnaast werden ook een bestuurder van Trafigura Beheer B.V., een werknemer van Trafigura Ltd. (de Engelse dochtermaatschappij van Trafigura Beheer B.V. die een coördinerende rol speelde bij de activiteiten die leidden tot het Probo Koala-incident), de kapitein van de Probo Koala, APS en de gemeente Amsterdam in staat van beschuldiging gesteld voor hun respectievelijke rollen in het geheel.

De verschillende procedures werden voorgelegd aan de Rechtbank Amsterdam. Trafigura Beheer B.V. werd vervolgd voor drie feiten. Allereerst het uitvoeren van de slops met het schip Probo Koala vanuit Amsterdam naar Ivoorkust. Deze gedraging werd vervolgd als het overtreden van artikel 10.60 lid 5 Wet milieubeheer (hierna: Wmb). De overtreding van dit voorschrift is strafbaar gesteld via de Wet op de economische delicten, zie artikel 1a sub 2 WED jo. artikel 2 lid 1 WED. Artikel 10.60 lid 5 Wmb bepaalt in de kern genomen dat het verboden is afvalstoffen over te brengen in strijd met artikel 18 lid 1 Verordening (EEG) Nr. 259/93 inzake overbrenging van afvalstoffen.[36] Het genoemde artikel 18 lid 1 luidt: 'Uitvoer van afvalstoffen naar ACS-Staten is verboden.' Door deze verwijzing naar artikel 18 lid 1 Verordening (EEG) Nr. 259/93 inzake overbrenging van afvalstoffen in artikel 10.60 lid 5 Wmb is duidelijk dat de strafbare gedraging bestaat uit het overbrengen van afvalstoffen door het uitvoeren daarvan naar een ACS-Staat, in dit geval Ivoorkust. Voor dit feit volgde een bewezenverklaring en een veroordeling. In hoger beroep bevestigde het Hof Amsterdam deze bewezenverklaring en veroordeling.

Het tweede feit waarvoor Trafigura Beheer B.V. werd vervolgd betrof de feitelijke gedraging van het afleveren van de afvalstoffen door het overpompen van rond 250 m3 slops uit de tanks van de Probo Koala naar de tanks van het inzamelvaartuig van APS, de Main VII. Dit werd ten laste gelegd als het overtreden van het commune delict van artikel 174 Sr, bestaande uit kort gezegd het afleveren van de *slops* aan APS met verzwijging van hun schadelijke karakter. De Rechtbank Amsterdam kwam ook hier tot een bewezenverklaring en een veroordeling van Trafigura Beheer B.V. In hoger beroep kwam ook het Hof Amsterdam tot een goeddeels gelijkluidende bewezenverklaring van dit feit[37], en daarmee ook tot een veroordeling van Trafigura Beheer B.V.

Het derde feit waarvoor Trafigura Beheer B.V. werd vervolgd zag op het in een document in strijd met de waarheid opgeven dat de afvalstoffen in de tanks van de Probo Koala afkomstig zouden zijn geweest van het reinigen van ladingtanks en/of enkel uit benzine en water bestonden. Deze gedraging werd ten laste gelegd als het commune delict van valsheid in geschrift, artikel 225 Sr. De Rechtbank Amsterdam sprak Trafigura Beheer B.V. voor dit feit vrij, wat het Hof Amsterdam in hoger beroep bevestigde.

De Rechtbank Amsterdam legde voor het eerste en het tweede feit een geldboete van 1.000.000 euro op aan Trafigura Beheer B.V.[38] Het Hof Amsterdam handhaafde deze geldboete.[39] Zowel Trafigura Beheer B.V. als het Openbaar Ministerie gingen tegen deze veroordeling in cassatie. Hangende het cassatieberoep kwamen Trafigura Beheer B.V. en het Openbaar Ministerie overeen dat zij beiden het cassatieberoep zouden intrekken. Daar werd wel de voorwaarde aan verbonden dat Trafigura Beheer B.V. een bedrag van 300.000 euro aan het Openbaar Ministerie zou betalen ter vergoeding van het vermogen dat was verdiend met de illegale uitvoer van de *slops*. Het gevolg van het intrekken van het cassatieberoep was dat de veroordeling van Trafigura Beheer B.V. onherroepelijk werd.[40] Een vordering benadeelde partij die was ingesteld vanwege schade gelden in Ivoorkust als gevolg van het dumpen

[36] Verordening (EEG) Nr. 259/93 van de Raad van 1 februari 1993 betreffende toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de Europese Gemeenschap (hierna: Verordening (EEG) Nr. 259/93 inzake overbrenging van afvalstoffen).

[37] Het hof voegt alleen 'en met een extreme zuurgraad' aan de bewezenverklaring toe.

[38] Rechtbank Amsterdam 23 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN2149.

[39] Hof Amsterdam 23 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU9237.

[40] Zie Persbericht Functioneel Parket van 12 november 2012, 'Straf Trafigura definitief, topman transigeert', op <https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@30999/straf-trafigura/>.

van de slops werd in eerste aanleg meteen niet-ontvankelijk verklaard omdat deze schade niet rechtstreeks voortvloeide uit de feiten die Trafigura Beheer B.V. in Nederland ten laste waren gelegd.

Met betrekking tot de procedure tegen de bestuurder van Trafigura Beheer B.V., die volgens het OM feitelijk leiding gegeven zou hebben aan de uitvoer van de *slops* vanuit Amsterdam naar Ivoorkust, besliste de Rechtbank Amsterdam in 2008 op het door verdachte gemaakte bezwaar tegen de dagvaarding dat dit bezwaar gegrond was en dat verdachte buiten vervolging moest worden gesteld. Het Hof Amsterdam kwam (op andere gronden) tot dezelfde conclusie, maar de Hoge Raad casseerde deze uitspraak wegens een andere uitleg van een bestanddeel van de toepasselijke delictsomschrijving en wees de zaak terug naar het Hof Amsterdam. Dat hof verklaarde vervolgens het bezwaarschrift tegen de dagvaarding ongegrond, waarmee de weg vrij was voor een strafprocedure tegen de bestuurder van Trafigura Beheer B.V.[41] De bestuurder stelde cassatie in tegen de beslissing van het Hof Amsterdam. Vervolgens troffen hij en het Openbaar Ministerie een schikking door het betalen van een transactie. Er werd afgezien van het cassatieberoep als de bestuurder een geldbedrag van 67.000 euro zou betalen aan het Openbaar Ministerie. Dit bedrag is gelijk aan de maximale boete die op het feit staat.[42]

De werknemer van Trafigura Ltd. Werd voor de Rechtbank Amsterdam vervolgd voor feitelijk leidinggeven aan het medeplegen van het tweede feit en het derde feit die aan Trafigura Beheer B.V. ten laste zijn gelegd, te weten het afleveren van de *slops* aan APS met verzwijging van hun schadelijke karakter (art. 174 Sr) en de valsheid in geschrift (art. 225 Sr), zie hiervoor. De rechtbank veroordeelde de werknemer voor het tweede feit en sprak hem vrij voor het derde feit. De straf bestond uit een voorwaardelijke gevangenisstraf van zes maanden met een proeftijd van 2 jaar en een geldboete van 25.000 euro. Dit vonnis werd in hoger beroep door het Hof Amsterdam vernietigd, omdat de economische kamer van de Rechtbank Amsterdam niet bevoegd was om kennis te nemen van de strafzaak. Immers, als gevolg van een wijziging van de tenlastelegging waren twee commune delicten op de tenlastelegging overgebleven, en alleen de gewone kamer van de rechtbank is bevoegd daarvan kennis te nemen.[43] Het Openbaar Ministerie ging in cassatie tegen het arrest van het Hof Amsterdam. Hangende het cassatieberoep kwamen het Openbaar Ministerie en de werknemer overeen dat het Openbaar Ministerie het cassatieberoep zou intrekken onder de voorwaarde dat de medewerker een bedrag van 25.000 euro aan het Openbaar Ministerie zou betalen.[44]

De kapitein van de Probo Koala kreeg een voorwaardelijke gevangenisstraf van vijf maanden met een proeftijd van twee jaar opgelegd voor het voor het medeplegen van het afleveren van het afleveren van de *slops* aan APS met verzwijging van hun schadelijke karakter (art. 174 Sr) en voor het medeplegen van valsheid in geschrifte (art. 225 Sr).[45] Ter zake van APS en een bestuurder van APS kwam de Rechtbank Amsterdam tot een bewezenverklaring van het terugpompen van het gevaarlijke afval in de Probo Koala en kwalificeerde dit als een overtreding van artikel 10.37 Wmb. Een veroordeling bleef evenwel uit, omdat de rechtbank APS en een bestuurder van APS ontsloeg van alle rechtsvervolging wegens verontschuldigbare rechtsdwaling omdat zij mochten vertrouwen op de daartoe door de Gemeente Amsterdam verstrekte toestemming voor het terugpompen. In de strafzaak tegen APS bevestigde het Hof Amsterdam het vonnis van de rechtbank. Het arrest van het hof hield stand in

[41] Rechtbank Amsterdam 20 juni 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD4898; HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9263; Hof Amsterdam 30 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV2230.

[42] Zie Persbericht Functioneel Parket van 12 november 2012, 'Straf Trafigura definitief, topman transigeert', op <https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@30999/straf-trafigura/>.

[43] Rechtbank Amsterdam 23 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN2068, (gedeeltelijk) vernietigd en zelf afgedaan door Hof Amsterdam 1 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR0014.

[44] Persbericht Functioneel Parket van 12 november 2012, 'Straf Trafigura definitief, topman transigeert', op <https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@30999/straf-trafigura/>.

[45] Rechtbank Amsterdam 23 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN2193.

cassatie.[46] Het Openbaar Ministerie werd ten slotte niet-ontvankelijk verklaard in diens vervolging van de Gemeente Amsterdam, aangezien deze als openbaar lichaam strafrechtelijke immuniteit geniet.[47]

Achteraf heeft de voorzitter van het College van procureurs-generaal (de leiding van het openbaar ministerie) de affaire Trafigura aangemerkt als een geval waarin de overheid aanvankelijk niet heeft opgetreden "[…] *uit angst voor schadeclaims, uit vrees dat werkgelegenheid wordt aangetast of met onvoldoende oog voor de problematiek*".[48] Hier moest het openbaar ministerie wel tot vervolging overgaan, gelet op het algemeen belang dat met vervolging zou worden gediend. De internationale en nationale maatschappelijke verontwaardiging over de affaire die verstrekkende gevolgen heeft gehad voor de bevolking en het milieu in en rondom Abidjan, Ivoorkust, verlangde een passende overheidsreactie.[49]

In september 2009 werd door Stichting Greenpeace Nederland nog een klaagschrift ingediend bij het Gerechtshof Den Haag waarin het Hof verzocht werd om het Openbaar Ministerie te bevelen om ook vervolging in te stellen tegen Trafigura Beheer B.V. en andere, eerdergenoemde betrokkenen ten aanzien van de in Ivoorkust begane strafbare handelingen. Dat zou namelijk een overtreding van het commune misdrijf van artikel 173a Sr kunnen opleveren. In april 2011 werd dit beklag afgewezen door het hof, dat zowel de haalbaarheid van een vervolging in Nederland voor in Ivoorkust begane strafbare feiten als de opportuniteit daarvan in twijfel trok.[50]

In de nasleep van het Probo Koala-incident werden ook verschillende procedures gevoerd met betrekking tot het verkrijgen dan wel verstrekken van informatie over de toedracht daarvan. Zo werden door verschillende partijen verzoeken ingediend op grond van de Wet Openbaarheid Bestuur bij commissies en bestuursorganen die onderzoek hadden verricht naar de gebeurtenissen, zoals de Inspectie Verkeer en Waterstaat. De (gedeeltelijke) afwijzing hiervan leidde in een enkel geval tot verdere juridische stappen.[51] Daarnaast werden door het Openbaar Ministerie enkele stukken uit het strafdossier van de strafzaak tegen Trafigura verstrekt aan het Engelse advocatenkantoor Leigh Day, dat betrokken was bij een civiele aansprakelijkheidsprocedure voor het *High Court* in Londen naar aanleiding van het Probo Koala-incident, ingesteld tegen Trafigura door een groep van 30.000 Ivorianen (zie nader par. 3.5.2). Trafigura was van mening dat hiermee onrechtmatig gehandeld was jegens haar en stelde een kort geding in tegen de Nederlandse Staat. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag stelde Trafigura in het gelijk; deze uitspraak werd echter vernietigd door het Hof Den Haag, dat de vorderingen van Trafigura afwees, een beslissing die door de Hoge Raad bekrachtigd werd.[52]

---

46 Rechtbank Amsterdam 23 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN2106, bekrachtigd door Hof Amsterdam 23 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU9239 en HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2004 (APS) en Rechtbank Amsterdam ECLI:NL:RBAMS:2010:BN2185 (bestuurder APS).

47 Rechtbank Amsterdam 23 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN2052, bekrachtigd door Hof Amsterdam 23 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU9240 en HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:765.

48 Herman Bolhaar, 'Integriteit: 24 karaats of bladgoud?', Toespraak 29 januari 2014, <https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@32835/integriteit-24/>.

49 Of zoals het Functioneel Parket van het openbaar ministerie het heeft verwoord: 'Wereldwijd gelden regels over gevaarlijk afval. Deze regels moeten worden nageleefd en dat is in deze zaak niet gebeurd. Er zijn grote risico's genomen voor milieu en de volksgezondheid vanwege financieel gewin. Door de verdachten is niet gedacht aan het welzijn van andere mensen en aan de gevolgen voor het milieu. Het Functioneel Parket treedt op omdat die belangen geschonden zijn.', zie Functioneel Parket, 'Gevangenisstraffen en hoge geldboetes geëist in onderzoek Probo Koala', 21 juni 2010, zie <https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@28037/gevangenisstraffen/>.

50 Hof Den Haag 12 april 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ1012.

51 Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 12 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC6375.

52 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 4 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ6977, (gedeeltelijk) vernietigd door Hof Den Haag 23 november 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO4912, bekrachtigd door HR 20 april 2014, ECLI:NL:HR:2012:BV3436.

Ook werden er naar aanleiding van het Probo Koala-incident een tweetal civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures ingesteld voor de Nederlandse rechter. Allereerst een deelgeschilprocedure die begin 2014 werd ingesteld tegen Trafigura Beheer B.V., APS en de Gemeente Amsterdam door een Nederlandse stichting die optrad namens een groep Ivoriaanse slachtoffers van het incident. Inzet van de procedure was het verkrijgen van een rechterlijke uitspraak over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de gedaagden voor de letsel- en overlijdensschade die de slachtoffers geleden zeiden te hebben als gevolg van het incident. De Rechtbank Amsterdam wees het verzoek van de Stichting voor behandeling in een deelprocedure echter af, omdat hiermee naar haar oordeel voorbijgegaan werd aan het doel en de ratio van de deelgeschilprocedure nu er in casu, onder meer: 1) geen sprake was van een impasse in buitengerechtelijke onderhandelingen (van onderhandelingen tussen de verzoekers en Trafigura was geen sprake); 2) door de stichting het gehele geschil en niet slechts een deel daarvan aan de rechtbank was voorgelegd; en 3) de behandeling van het verzoek (mede daarom) een aanzienlijke investering in tijd, geld en moeite (waaronder deskundigenonderzoek) zou vergen.[53]

Ten slotte werd er in februari 2015 aangekondigd dat voor de Rechtbank Amsterdam een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure zou worden aangebracht tegen Trafigura Beheer B.V. namens een groep van 110.937 Ivorianen. Zij eisten dat Trafigura 2.500 euro schadevergoeding per persoon zou betalen voor de letsel- en vermogensschade en de immateriële schade die zij naar eigen zeggen geleden hadden als gevolg van het Probo Koala-incident, alsook dat Trafigura de achtergebleven vervuiling zou opruimen.[54] De eerste zitting in deze procedure heeft inmiddels plaatsgevonden en volgens de planning zou Trafigura in december 2015 moeten reageren op de stellingen van de slachtoffers.[55]

Procedures tegen Shell inzake olievervuiling in Nigeria[56]

In de loop van 2008 en 2009 werden door een viertal Nigeriaanse boeren en de Nederlandse ngo Milieudefensie verschillende civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures aangespannen voor de Rechtbank Den Haag tegen het in Nederland hoofdkantoor houdende Royal Dutch Shell (RDS) – inclusief haar rechtsvoorgangers – en haar in Nigeria gevestigde (klein)dochtermaatschappij Shell Petroleum Development Company of Nigeria SPDC).

De vorderingen hielden verband met een aantal olielekkages uit door Shell geëxploiteerde oliepijpleidingen nabij de dorpjes Oruma, Goi en Ikot Ada Udo in de Nigerdelta. Inzet van de eisers was in de eerste plaats het verkrijgen van een verklaring voor recht dat de gedaagde bedrijven onrechtmatig gehandeld hadden jegens hen en als zodanig (hoofdelijk) aansprakelijk waren voor de door hen als gevolg van de olielekkages geleden schade aan hun akkers en visvijvers. Daarnaast vroegen zij de Rechtbank om de gedaagde bedrijven een aantal rechterlijke geboden op te leggen, op straffe van een dwangsom, met betrekking tot onder meer het uitvoeren van achterstallig onderhoud, sanering van de vervuilde grond en waterbronnen en het opstellen van adequate *contingency plans* om de schade veroorzaakt door eventuele toekomstige olielekkages zoveel mogelijk te beperken.[57] De gedaagde

---

53 Rechtbank Amsterdam 10 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4063.

54 Zie bijvoorbeeld: '100,000 victims of Ivory Coast toxic spill launch Dutch suit', AFP 20 februari 2015, <http://news.yahoo.com/100-000-victims-ivory-coast-toxic-spill-launch-164550722.html>.

55 Zie bijvoorbeeld: 'Trafigura opnieuw voor Rechtbank Amsterdam', website De Haan Advocaten & Notarissen, <http://www.dehaanlaw.nl/nieuws/92839-trafigura-opnieuw-voor-rechtbank-amsterdam#>..

56 Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/shell-lawsuit-re-oil-pollution-in-nigeria>. Zie ook, voor een nadere bespreking: Enneking 2014(1); Van Hoek 2013; Enneking 2013(1).

57 Verschillende van de processtukken, waaronder de dagvaarding, zijn te vinden op de website van Milieudefensie: <https://milieudefensie.nl/shell-in-nigeria/rechtszaak/documenten>.

ondernemingen brachten hier onder meer tegenin dat zij naar Nigeriaans recht niet aansprakelijk gehouden konden worden voor de geleden schade aangezien deze het gevolg zou zijn van sabotage.

Al in 2009 bepaalde de Rechtbank dat zij bevoegd was om kennis te nemen niet alleen van de vorderingen tegen de in Nederland hoofdkantoor houdende moedermaatschappij RDS, maar ook van de vorderingen tegen de in Nigeria gevestigde (klein)dochtermaatschappij SPDC.[58] In een tweede tussenvonnis dat in september 2011 gewezen werd, wees de Rechtbank het merendeel van de door de eisers ingestelde incidentele vorderingen tot inzage in interne documenten van Shell met betrekking tot onder meer het onderhoud van de betreffende stukken pijpleiding en de interne gezagsrelatie tussen RDS en SPDC, af. Daarnaast bepaalde de Rechtbank dat de vorderingen beoordeeld dienden te worden aan de hand van Nigeriaans civiel aansprakelijkheidsrecht.[59]

Bij haar eindoordeel van 30 januari 2013 ging de Rechtbank er op grond van het aan haar voorgelegde feitenmateriaal vanuit dat de in het geding zijnde lekkages het gevolg waren van sabotage door derden, zoals betoogd door Shell, en niet van achterstallig onderhoud, zoals gesteld door de eisers. Dit, in combinatie met het feit dat naar Nigeriaans recht de exploitant van een oliepijpleiding in beginsel niet aansprakelijk is voor de schade die wordt aangericht door olielekkages die het gevolg zijn van sabotage, leidde ertoe dat de Rechtbank de vorderingen tegen SPDC afwees in alle procedures, op één na.[60] In deze laatste procedure oordeelde de Rechtbank dat SPDC aansprakelijk was voor de schade die omwonenden hadden geleden als gevolg van – naar werd aangenomen door sabotage veroorzaakte – olielekkages in 2006 en 2007 uit een achtergelaten stuk pijpleiding nabij het dorp Ikot Ada Udo. Volgens de Rechtbank had SPDC in dit specifieke geval haar *duty of care* jegens de omwonenden geschonden nu zij niet voldoende gedaan zou hebben om het risico op sabotage te beperken.[61]

Over de vraag of ook de in Nederland gevestigde moedermaatschappij RDS aansprakelijk gehouden kon worden voor de geleden schade op grond van schending van een eigen *duty of care* jegens de betrokken boeren oordeelde de Rechtbank in elk van de ingestelde procedures ontkennend. Volgens de Rechtbank kent het Nigeriaanse recht, net als het Engelse recht, in beginsel geen verplichting voor moedervennootschappen om te voorkomen dat hun (klein)dochtermaatschappijen met hun bedrijfsactiviteiten schade toebrengen aan anderen. Van bijzondere omstandigheden op grond waarvan een uitzondering gemaakt zou kunnen worden op deze hoofdregel was volgens de Rechtbank in de betreffende procedures geen sprake.[62]

Door beide partijen werd beroep ingesteld tegen het oordeel van de Rechtbank in de verschillende procedures. Op 18 december 2015 kwam het Hof Den Haag met een tussenarrest met betrekking tot een aantal deelaspecten van de geschillen met betrekking tot de drie gevallen van olielekkage. Het sprak zich daarbij onder meer uit over zijn bevoegdheid ten aanzien van de vorderingen tegen de Nigeriaanse dochtermaatschappij SPDC en over hernieuwde verzoeken van de eisers tot inzage in interne documenten van Shell. Daarnaast kwamen enkele meer specifieke punten aan de orde met

---

58 Rechtbank Den Haag 30 december 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK8616 (olielekkage Oruma), ECLI:NL:RBSGR:2010:BM1469 (olielekkage Ikot Ada Udo), ECLI:NL:RBSGR:2010:BM1470 (olielekkage Goi).

59 Rechtbank Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3529 (olielekkage Ikot Ada Udo), ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3535 (olielekkage Oruma), ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3538 (olielekkage Goi).

60 Rechtbank Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9845 (olielekkage Goi) en ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850 (olielekkage Oruma).

61 Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 4.38-4.46. Zie, voor een nadere bespreking: Enneking 2014(1); Van Hoek 2013; Enneking 2013(1).

62 Rb. Den Haag, 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9845 (olielekkage Goi), par. 4.30-4.39, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850 (olielekkage Oruma), par. 4.32-4.41 en ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 4.26-4.34. Zie, voor een nadere bespreking: Enneking 2014(1); Van Hoek 2013; Enneking 2013(1).

betrekking tot de ontvankelijkheid van Milieudefensie, de vorderingsgerechtigdheid van de verschillende Nigeriaanse eisers en, in één van de procedures, de geldigheid van de appeldagvaardingen.[63]

Met betrekking tot de bevoegdheidskwestie bevestigde het Hof dat de onderlinge samenhang tussen de vorderingen tegen de Nigeriaanse dochtermaatschappij en de vorderingen tegen de Nederlandse moedermaatschappij een gezamenlijke behandeling om redenen van doelmatigheid rechtvaardigde en dat op deze grond bevoegdheid kon worden aangenomen niet alleen over de vorderingen tegen RDS maar ook over de vorderingen tegen SPDC. [64] Met betrekking tot de kwestie omtrent bewijsverkrijging besliste het Hof dat er op dat moment onvoldoende aanleiding was om Shell te gelasten inzage te verlenen in documenten met betrekking tot het onderhoud van de betreffende stukken pijpleiding, omdat meer duidelijkheid over de schadeoorzaak zou kunnen worden verkregen door middel van een deskundigenonderzoek. Het Hof wees wel verschillende van de vorderingen van de eisers toe waarin gevraagd werd om inzage in documenten inzake de interne gezagsrelatie tussen RDS en SPDC.[65]

Het verzoek van de gedaagde ondernemingen tot het openstellen van tussentijds cassatieberoep werd door het Hof afgewezen, wat betekent dat de verschillende procedures eerst ten volle (her)beoordeeld zullen worden door het Hof alvorens een eventueel beroep in cassatie kan worden ingesteld.[66]

---

[63] Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (olielekkage Goi), ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 (olielekkage Ikot Ada Udo), ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (olielekkage Oruma).

[64] Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (olielekkage Goi), par. 3.1-3.8, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 2.1-2.8, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (olielekkage Oruma), par. 2.1-2.8.

[65] Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (olielekkage Goi), par. 6.1-6.12, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 (olielekkage Ikot Ada Udo), par 5.1-5.10, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (olielekkage Oruma), par. 5.1-5.12.

[66] Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (olielekkage Goi), par. 7.3, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 6.3, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (olielekkage Oruma), par. 6.3.

2.3 VERPLICHTINGEN VAN HET BESTUUR EN DE RVC VAN EEN NEDERLANDSE ONDERNEMING IN HET KADER VAN (I)MVO EN DE ROL VAN CORPORATE GOVERNANCE

2.3.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt bekeken of en in hoeverre het bestuur en de raad van commissarissen van een besloten vennootschap (BV) of een naamloze vennootschap (NV) verplicht zijn om bij de uitoefening van hun taak (I)MVO-gerelateerde belangen te betrekken.[67] Daarbij staat de interne organisatie van de vennootschap centraal. Deze organisatie bestaat uit diverse organen en personen: de Algemene Vergadering van Aandeelhouders (AVA) en aandeelhouders, het bestuur en bestuurders, en eventueel: de Raad van Commissarissen (RVC) en commissarissen. De verhoudingen tussen de vennootschap en deze organen alsmede tussen deze organen en personen onderling worden door eigen regels beheerst. Deze volgen in het bijzonder uit Boek 2 BW en de statuten van de vennootschap.

Als het gaat om verplichtingen van het bestuur en de raad van commissarissen van een vennootschap staat voorop dat de vennootschap rechtspersoon is; zij is zelfstandig deelnemer aan het rechtsverkeer en als zodanig drager van rechten en verplichtingen.[68] De vraag in hoeverre de regels van vennootschapsrecht het bestuur en de RVC verplichten om rekening te houden met (I)MVO-gerelateerde belangen, moet in beginsel worden onderscheiden van de vraag in hoeverre op de vennootschap een civielrechtelijke zorgplicht rust om rekening te houden met (I)MVO-gerelateerde belangen van derden; deze laatste vraag wordt beantwoord in paragraaf 2.4. Daarnaast moet opgemerkt worden dat veel van de in deze paragraaf beschreven vennootschapsrechtelijke leerstukken over de verplichtingen van bestuurders en commissarissen tot ontwikkeling zijn gekomen naar aanleiding van vragen over de impact van de vennootschap op haar naaste omgeving. Voor zover er in deze context al gesproken wordt over rekening houden met de mens- en milieugerelateerde belangen van derden, gaat het vaak om MVO-belangen in een nationale context.

Dat wil echter niet zeggen dat deze leerstukken niet ook, *mutatis mutandis*, van toepassing kunnen zijn in de internationale (IMVO) context. In beginsel zijn de Nederlandse regels van vennootschapsrecht van toepassing op alle vennootschappen die naar Nederlands recht zijn opgericht en hun statutaire zetel in Nederland hebben (twee factoren die in de regel samenvallen), ongeacht waar zij hun activiteiten uitoefenen.[69] Dat betekent dat zaken als de oprichting van de vennootschap, het bezit van rechtspersoonlijkheid, het inwendig bestel van de vennootschap, de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen jegens de vennootschap en de aansprakelijkheid van bijvoorbeeld aandeelhouders, bestuurders en commissarissen voor de handelingen waardoor de vennootschap wordt verbonden, beheerst worden door Nederlands vennootschapsrecht, ook als de vennootschap een internationaal opererende onderneming is.[70]

In deze paragraaf wordt allereerst ingegaan op de vraag uit welke regels van het ondernemingsrecht verplichtingen van het bestuur of de RVC kunnen worden afgeleid om rekening te houden met (I)MVO-gerelateerde belangen (par. 2.3.2). In beginsel kan nakoming van dergelijke verplichtingen slechts door de vennootschap en andere formeel bij de vennootschap betrokkenen worden afgedwongen. Het is niet vanzelfsprekend dat zij ook kunnen worden gehandhaafd door derden, waartoe het merendeel van de MVO-stakeholders kan worden gerekend. In sommige gevallen zijn derden echter ook in staat om de

[67] Bij de bespreking van hun verplichtingen op dit vlak, richten wij ons op het bestuur en de raad van commissarissen van kapitaalvennootschappen: de BV en de NV (hierna ook: vennootschap). De andere rechtspersonen laten wij buiten beschouwing.

[68] Art. 2:5 BW.

[69] Art. 10:117 jo. 10:118 BW.

[70] Vgl. art. 10:119 BW.

verplichtingen van het bestuur en de RVC te handhaven. De mogelijkheden hiertoe zullen besproken worden (par. 2.3.3), waarna deze paragraaf wordt afgesloten met een conclusie (par. 2.3.4).

2.3.2 Relevante (I)MVO-gerelateerde normen

Het bestuur en de RVC hebben ieder hun eigen taak binnen de vennootschap. Het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap[71]; de RVC heeft tot taak om toezicht te houden op het beleid en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming[72]. De vennootschap heeft met het bestuur en de RVC een duale structuur, ook wel aangeduid als *two-tier board*. Daarnaast bestaat er in Nederland sinds de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht op 1 januari 2013 ook een wettelijke grondslag voor de mogelijkheid om een Nederlandse vennootschap in te richten met een monistische structuur, ook wel *one-tier board*. In dat geval zijn er uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders die allen onderdeel zijn van één orgaan: het bestuur.[73]

Het niet in acht nemen door bestuurders en/of commissarissen van hun taak heeft uiteenlopende en verstrekkende gevolgen. Onbehoorlijke taakvervulling door bestuurders of commissarissen kan leiden tot aansprakelijkheid jegens de vennootschap.[74] In geval van faillissement heeft kennelijk onbehoorlijk bestuur of toezicht mogelijk aansprakelijkheid jegens de boedel tot gevolg.[75] Daarnaast kan de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure bijvoorbeeld oordelen dat sprake is van wanbeleid omdat bestuur en/of RVC bij het uitoefenen van hun taak hebben gehandeld in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap en daar gevolgen aan verbinden.[76] De Ondernemingskamer kan bovendien vaststellen welke individuele bestuurders en commissarissen verantwoordelijk zijn voor het wanbeleid in verband met een eventuele kostenveroordeling.[77] In beginsel kunnen slechts de vennootschap en, in het kader van het enquêterecht, bepaalde aandeelhouders zich beroepen op de verplichting van bestuur en RVC tot behoorlijke taakuitoefening (zie nader par. 2.3.3). Een tekortkoming in de taakuitoefening kan echter onder omstandigheden ook doorwerken in bestuurdersaansprakelijkheid jegens derden.[78]

Het wettelijk uitgangspunt is dat het bestuur en de RVC zich bij de uitoefening van hun taak primair dienen te richten naar het vennootschappelijk belang.[79] In het kader van dit onderzoek is van belang of en in hoeverre daarbij ruimte bestaat voor het meenemen van overwegingen van (I)MVO. Bij de beantwoording van deze vraag moet onderscheid worden gemaakt tussen het geval waarin een (I)MVO-gerelateerd belang verankerd is in de wet of statuten en het geval waarin dat niet het geval is. De taakuitoefening van het bestuur en de RVC wordt immers in ieder geval begrensd door de wet[80]; in het kader van (I)MVO kan men bijvoorbeeld denken aan milieuwetgeving. Voorts wordt de bevoegdheid van het bestuur en de RVC beperkt door de statutaire doelomschrijving.[81] Het is denkbaar dat de vennootschap in haar statutaire doelstelling heeft opgenomen dat het doel van de vennootschap mede het nastreven of bevorderen van maatschappelijke belangen omvat, zoals een gezonde leefomgeving.[82] In het hierna volgende wordt eerst besproken in hoeverre het vennootschappelijk belang ruimte biedt

---

71 Artikel 2:129 lid 1/239 lid 1 BW.
72 Artikel 2:140 lid 2/ 250 lid 2 BW.
73 Artikel 2:129a/239a BW.
74 Artikel 2:9 BW.
75 Artikel 2:138/248 BW.
76 Artikel 2:355 BW.
77 Artikel 2:354 BW.
78 Van Schilfgaarde e.a. 2013, rn. 48.
79 Art. 2:129/239 lid 5 en 2:140 lid 2/250 lid 2 BW. Dit begrip vormt een hoeksteen van het ondernemingsrecht, zie bijvoorbeeld Assink 2010, p. 37 e.v.
80 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/394; Van Schilfgaarde e.a. 2013, rn. 42.
81 *Ibid.*
82 Timmerman 2015.

voor het betrekken van niet in de wet of statuten verdisconteerde (I)MVO-gerelateerde belangen. Vervolgens wordt besproken in hoeverre verplichtingen tot het betrekken van dergelijke belangen kunnen voortvloeien uit de regels op het gebied van *corporate governance*, externe verslaglegging en, tot slot, concernverhoudingen.

Algemene taakuitoefening en (I)MVO

Bij de beantwoording van de vraag naar welk belang het bestuur en de RVC zich bij de vervulling van hun taak dienen te richten geldt als wettelijk uitgangspunt het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming.[83] De vraag rijst of daaruit kan worden afgeleid dat bij het bepalen van het belang van de vennootschap naast de belangen van de formeel bij de vennootschap betrokkenen, in het bijzonder de aandeelhouders, ook rekening moet worden gehouden met de belangen van andere *stakeholders*. In het internationale debat hieromtrent staan grofweg twee opvattingen tegenover elkaar: het *shareholder* model en het *stakeholder* model. In het Anglo-Amerikaanse *shareholder* model wordt het vennootschappelijk belang geacht samen te vallen met het belang van de aandeelhouders, die gezien worden als de eigenaren van de vennootschap, en is het aldus voornamelijk gericht op waardemaximalisatie voor de aandeelhouders. In het continentaal-Europese *stakeholder* model omvat het vennootschappelijk belang meer dan het maximaliseren van aandeelhouderswaarde en strekt het zich ook uit tot de belangen van andere *stakeholders*.[84]

Het Nederlandsrechtelijke begrip vennootschappelijk belang is diffuus en heeft daarom aanleiding gegeven voor diverse verschillen van inzicht omtrent de inhoud, reikwijdte, en rangorde van de deelbelangen binnen de vennootschap alsmede ten aanzien van de juridische aard van de norm.[85] De heersende leer is dat het vennootschappelijk belang een afgeleide is van de afweging van alle bij de vennootschap betrokken belangen.[86] Deze leer ligt in het verlengde van de zogenaamde institutionele opvatting van de vennootschap waarin de vennootschap wordt beschouwd als een instituut met een daaraan verbonden onderneming waarbij een ruime kring van personen – en dus niet alleen de aandeelhouders – belang heeft.[87] In 2014 heeft de Hoge Raad in het kader van een enquêteprocedure met betrekking tot een joint venture-vennootschap nader invulling gegeven aan het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. Hij stelt voorop dat het vennootschappelijk belang afhangt van de omstandigheden van het geval.[88] Is aan de vennootschap een onderneming is verbonden, dan bestaat het vennootschappelijk belang in beginsel uit het bevorderen van het bestendige succes van die onderneming.[89]

In de Nederlandse literatuur wordt de vraag of bij het bepalen van het belang van de vennootschap naast de belangen van de formeel bij de vennootschap betrokkenen ook rekening moet worden gehouden met de belangen van bijvoorbeeld werknemers en crediteuren van de vennootschap of met de vennootschap verbonden andere vennootschappen, in algemene zin bevestigend beantwoord.[90] Zo wordt algemeen onderkend dat als de vennootschap onderdeel is van een concern, het bestuur ook het

---

83 Art. 2:129/239 lid 5 en 2:140 lid 2/250 lid 2 BW.

84 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/394. Zie ook: Eijsbouts 2010, p. 47.

85 Zie voor een uitvoerig overzicht van deze discussie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/394; Eijsbouts 2010, p. 69-72. Zie ook: Heesakkers 2015.

86 Vgl. Assink 2010, p. 38; Timmerman 2009; Van Schilfgaarde e.a. 2013, rn. 4; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/395; Assink 2013, p. 940.

87 Zie over de institutionele opvatting en andere opvattingen over de aard van de vennootschap: Van Schilfgaarde e.a. 2013, rn. 2. Kritisch over de institutionele opvatting: Raaijmakers 2015.

88 HR 4 april 2014, NJ 2014, 286 m.nt. P. van Schilfgaarde, *ARO* 2014/71-74 (Cancun).

89 In de betreffende zaak ging het om het belang van de joint venture-vennootschap bij continuering van evenwichtige verhoudingen tussen haar aandeelhouders.

90 Timmerman ziet belangenpluralisme zelfs als een beginsel van geldend ondernemingsrecht, Timmerman 2009. Zie ook bijvoorbeeld: Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/394; Eijsbouts & Kemp 2012.

concernbelang bij de besluitvorming moet betrekken.[91] De vennootschap staat verder in een open verbinding met haar omgeving – daaronder begrepen de maatschappij waarin zij functioneert.[92] Deze opvatting klinkt ook door in de memorie van toelichting bij de Wet invoering Flex-BV waarin de wetgever overweegt dat de toepassing van de norm van het vennootschappelijk belang door het bestuur telkens een afweging vereist van de belangen *"van de verschillende betrokkenen, zoals (minderheids)aandeelhouders, crediteuren en werknemers."*[93] Een en ander kan bijvoorbeeld met zich brengen dat een bestuurder van een feitelijk insolvente vennootschap die enkel door een overname kan worden gered, mede in het licht van de belangen van de werknemers en de kredietverschaffer van de vennootschap, alles in het werk dient te stellen om de slagingskans van een overname te bevorderen.[94]

Meer omstreden is de bescherming van de belangen van meer indirecte belanghebbenden via de weg van het vennootschappelijk belang. Men kan denken aan bepaalde maatschappelijke, politieke of economische belangen, consumentenbelangen en (I)MVO-gerelateerde belangen zoals milieubelangen, de belangen van werknemers in de productieketen en de belangen van (potentiële) slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen.[95] Het is onduidelijk of en in hoeverre het belang van de vennootschap vergt dat het bestuur en de RvC rekening houden met dergelijke externe, buiten de vennootschap gelegen belangen. De wet biedt hiervoor geen aanknopingspunten[96] en rechtspraak waaruit blijkt dat het vennootschappelijk belang onder omstandigheden specifiek zou kunnen strekken tot bescherming van (I)MVO-gerelateerde belangen is ook niet voorhanden.

Meer in zijn algemeenheid heeft het ondernemingsrecht een andere functie dan de bescherming van (I)MVO-stakeholders. Men kan denken aan het faciliteren van ondernemerschap en het voortbestaan van een vennootschap en de daaraan verbonden onderneming.[97] Het ondernemingsrecht is daarmee niet het meest vanzelfsprekende kader om de bescherming van maatschappelijke belangen vorm te geven.[98] Assink merkt in dit verband op:

> "*Het ondernemingsrecht kan niet als zodanig zorgen voor waardecreëerend ondernemerschap.* […] *Het ondernemingsrecht kan op zichzelf evenmin zorgen voor een 'betere wereld'. Voor een groener milieu, verbetering van mensenrechten, vermindering van criminaliteit of economische vooruitgang van arme gebieden dienen andere wegen bewandeld te worden. Daarmee is overigens niet gezegd, dat dergelijke aandachtsgebieden geen rol kunnen spelen bij het ondernemerschap. Maar dan komen we terecht in het terrein van* maatschappelijk *verantwoord ondernemen, een ander onderwerp*".[99]

Dit neemt niet weg dat volgens sommige auteurs buitenvennootschappelijke belangen zoals de belangen van leveranciers, afnemers, de regionale gemeenschap of andere individuen of groepen die beïnvloed worden door de activiteiten, besluiten, beleid, of doelen van een vennootschap (en/of deze op hun beurt zelf beïnvloeden), een rol kan toekomen binnen het begrip vennootschappelijk belang.

---

91 Van Schilfgaarde e.a. 2013, rn. 5; Bartman & Dorresteijn 2013, X.5.4. Zie bijvoorbeeld OK 13 maart 2003, NJ 2003, 248 (Corus).

92 Van Schilfgaarde e.a. 2013, rn. 5; Assink 2013, p. 935-936; Timmerman 2015; Timmerman 2009.

93 Kamerstukken I 2011/12, 31058, E, p. 15; Kamerstukken II 2006/2007, 31058, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 3. Zie verder: Timmerman 2015.

94 Zie OK 29 oktober 2012, ARO 2012, 154 (Nijl Aircraft Docking).

95 Zie Van Schilfgaarde e.a. 2013, rn. 5; Assink 2015; Eijsbouts & Kemp 2012. Zie over het betrekken van algemene belangen bij de beoordeling van een internationale overname: Kemperink 2015.

96 Zo ook: Eijsbouts & Kemp 2012, p. 129.

97 Zie over de functie van het ondernemingsrecht, bijvoorbeeld: De Kluiver 2014; Assink 2010, p. 7; Timmerman 2006, nr. 11 e.v. Zie in internationaal en rechtsvergelijkend perspectief bijvoorbeeld: Hansmann & Kraakman 2009, p. 27.

98 Zie ook: Assink 2015.

99 Assink 2010, p. 22.

Een dergelijke bredere benadering van de bij de vennootschap betrokken *stakeholders* is ook te zien in de hierna nog te bespreken Nederlandse Corporate Governance Code.[100]

Hierbij moet echter opgemerkt worden dat hoewel het behartigen van de (I)MVO-gerelateerde belangen van derden in sommige gevallen ten goede kan komen aan de belangen van de meer direct bij de vennootschap betrokken *stakeholders* (waarop het vennootschappelijk belang primair of in ieder geval ook op ziet), het daar ook strijdig mee kan zijn. Gezien de aard en doelstellingen van het ondernemingsrecht in brede zin (en daarmee ook het vennootschapsrecht) lijkt het onwaarschijnlijk dat er in een dergelijke situaties op bestuurders of commissarissen een verplichting zou rusten om in het kader van het vennootschappelijk belang de belangen van (I)MVO-stakeholders te laten prevaleren over de belangen van de meer direct bij de vennootschap en daaraan verbonden onderneming betrokken belanghebbenden.

Mede op grond van artikel 2:8 BW dienen bestuurders en commissarissen bij hun taakuitoefening zorgvuldigheid te betrachten ten aanzien van (kenbare) belangen van derden, ook al maken deze niet als zodanig deel uit van het belang van de vennootschap.[101] In de reeds genoemde Cancun-beschikking benadrukt de Hoge Raad dat het bestuur van de vennootschap zorgvuldigheid dient te betrachten ten opzichte van de belangen van al degenen die bij de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming betrokken zijn:

> *"Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in artikel 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming betrokken zijn.* […] *Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad*".[102]

De beoordeling van de vraag of het bestuur op grond van deze norm zorgvuldigheid moet betrachten jegens (I)MVO-stakeholders zal steeds afhangen van de omstandigheden van het geval. Het betreffende belang zal in ieder geval voorzienbaar moeten worden beïnvloed door gedragingen van de vennootschap.[103]

De gedachte dat het bestuur en de RVC in het algemeen zorgvuldigheid moeten betrachten ten aanzien van belanghebbenden heeft de afgelopen jaren geresulteerd in de ontwikkeling van verschillende zorgplichten van vennootschappen en haar organen jegens derden.[104] De vraag of een belanghebbende formeel tot de kring van betrokkenen van de vennootschap behoort in de zin van artikel 2:8 BW, heeft door deze ontwikkeling in zekere mate aan relevantie ingeboet. De vennootschap en haar bestuurders zullen in het licht *"van de omstandigheden van het geval een zekere mate van zorg jegens anderen die*

---

[100] Zie bijvoorbeeld, met verdere verwijzingen: Eijsbouts & Kemp 2012, p. 129-130.

[101] In de literatuur is recent de vraag opgeworpen wat de verhouding is tussen enerzijds de norm van het vennootschappelijk belang en anderzijds de zorgvuldigheidsnorm die het bestuur mede op grond van 2:8 BW in acht dient te nemen. Kort gezegd komt de discussie neer op de vraag of zowel de norm van het vennootschappelijk belang als de zorgvuldigheidsnorm een zelfstandige rol hebben of dat de ene norm altijd in het licht van de andere moet worden bezien. Zie bijvoorbeeld: Verdam 2015.

[102] HR 4 april 2014, NJ 2014, 286 m.nt. Van Schilfgaarde, ARO 2014/71-74 (Cancun).

[103] Vgl. Assink 2013, p. 938-939: *"Een logische clausulering in dit verband vormt de kwalificatie, dat het in beginsel telkens moet gaan om gerechtvaardigde belangen waarop gedragingen van de vennootschap redelijkerwijs voorzienbaar en aanwijsbaar van invloed zijn of kunnen zijn; anders kan immers niet goed worden verlangd, dat het bestuur deze belangen betrekt in de besluitvorming en daarmee op gepaste wijze rekening houdt."*

[104] Timmerman 2009. Zie ook: Assink 2012, p. 277 e.v.

zich in de nabijheid van de vennootschap bevinden in acht dienen te nemen".[105] Van Schilfgaarde stelt in dit verband:

> *"Naar mijn mening mag inderdaad als norm voor het handelen van een ondernemer worden aanvaard dat hij mede oog heeft voor belangen buiten de eigen organisatie. Behalve aan het concernbelang kan men hierbij denken aan de belangen van de crediteuren, de toeleveranciers, de consument, eventueel de belangen van de streek of het land, onder omstandigheden meer abstracte belangen zoals die van de volkshuisvesting, het milieu, de gewenste sociale of maatschappelijke ontwikkeling, de werkgelegenheid, het behoud van de nationale identiteit, etc.* […] *In aanmerking komen in ieder geval slechts de buitenvennootschappelijke belangen, die door het doen en laten van de vennootschap merkbaar worden beïnvloed. De leidinggevende organen dienen zich te richten primair, zo zou ik het tenslotte willen formuleren, naar het vennootschapsbelang (de concernleiding naar het concernbelang), zulks evenwel met inachtneming van relevante externe belangen*".[106]

Ook hier moet er echter op gewezen worden dat er noch in de wet noch in de rechtspraak aanknopingspunten bestaan voor de gedachte dat het inmiddels heersende leer is dat de belangen van buitenvennootschappelijke derden, zoals leveranciers, bewoners van bepaalde gebieden en (I)MVO-stakeholders, onder de reikwijdte van art. 2:8 BW vallen. Het uitgangspunt blijft vooralsnog dat de kring van belanghebbenden waarop dit artikel ziet geen 'willekeurige' derden omvat, maar slechts een beperkte kring van personen (aandeelhouders, certificaathouders, commissarissen, bestuurders, obligatiehouders en wellicht leden van de ondernemingsraad).[107] De zorgvuldigheidsnorm brengt dus geen specifieke verplichting strekkende tot zorgvuldigheid ten aanzien van (I)MVO-gerelateerde belangen met zich mee. Dat er uit art. 2:8 BW geen algemene zorglichten voortvloeien in dit verband betekent overigens niet dat dergelijke zorgplichten niet uit andere bron kunnen voortvloeien, zoals de verbintenisrechtelijke redelijkheid en billijkheid (artt. 6:2 en 6:248 BW) of het onrechtmatigedaadsrecht (waarover nader par. 2.4).

Afsluitend kan vastgesteld worden dat de beantwoording van de vraag naar welke belangen het bestuur en de RVC zich dienen te richten bij de vervulling van hun taak, dient te geschieden aan de hand van twee open normen: het vennootschappelijk belang en een algemene zorgvuldigheidsnorm. Deze normen bieden weinig richting met betrekking tot de verhouding tussen IMVO-gerelateerde belangen en de taakuitoefening door bestuur en RVC. Hoewel het begrip vennootschappelijk belang ruimte biedt voor het meewegen van externe belangen, is de reikwijdte van het begrip in dat opzicht waarschijnlijk beperkt tot belangen van werknemers en schuldeisers. De zorgvuldigheidsnorm biedt ook ruimte voor de bescherming van de belangen van derden. De vraag welke verplichtingen uit deze norm kunnen worden afgeleid is steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De zorgvuldigheidsnorm biedt echter weinig houvast bij de beantwoording van de vraag hoe het bestuur en de RVC concreet met de belangen van IMVO-stakeholders moet omgaan. Bovendien speelt bij beide open normen de vraag of IMVO-stakeholders zich daarop kunnen beroepen (zie hierover nader par. 2.3.3).

De Nederlandse Corporate Governance Code en (I)MVO

Corporate governance is een term die volgens Van Schilfgaarde en Winter *"(…) het geheel aan regels en praktijken aanduidt dat binnen een vennootschap de zeggenschapsverhouding bepaalt tussen het bestuur, aandeelhouders en commissarissen en de wijze waarop over deze zeggenschapsuitoefening*

[105] Timmerman 2009.
[106] Van Schilfgaarde e.a. 2013, rn. 5.
[107] Zie onder meer Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* nr. 224.

verantwoording wordt afgelegd."[108] In de Nederlandse Corporate Governance Code zijn principes en *best practices* met betrekking tot goede corporate governance voor beursgenoteerde ondernemingen neergelegd.[109] De principes worden gezien als *"breed gedragen algemene opvattingen over goede corporate governance"*.[110] De *best practices* zijn uitwerkingen van deze principes.[111] De Corporate Governance Code is op zichzelf niet bindend, maar heeft wel verschillende juridische consequenties. Zo schrijft de wet voor dat beursvennootschappen in hun jaarverslag mededeling moeten doen over de naleving van de principes en *best practice* bepalingen uit de Corporate Governance Code volgens het beginsel van *comply or explain*.[112] Bovendien kunnen de beginselen en *best practices* uit de code van betekenis zijn bij de interpretatie van wettelijke regels, in het bijzonder open normen als de artikelen 2:8 en 2:9 BW.[113]

In de afgelopen jaren is veel aandacht besteed aan de wisselwerking tussen maatschappelijk verantwoord ondernemen en corporate governance.[114] In 2003, toen de Nederlandse Corporate Governance code door de toenmalige Commissie Tabaksblat werd vastgesteld, waren nog geen verwijzingen naar MVO in de code opgenomen. Bij de herziening van de code in december 2008 door de Commissie Frijns zijn echter bepalingen met betrekking tot MVO in de code geïntegreerd.[115] De gedachte dat tussen *corporate governance* en MVO een wisselwerking bestaat komt tot uitdrukking in de preambule, twee principes en één *best practice* van de Nederlandse Corporate Governance Code.

In de preambule wordt aangesloten bij de hierboven besproken opvatting dat de vennootschap in een open verbinding staat met belanghebbenden die direct of indirect de doelstellingen van de vennootschat beïnvloeden of daardoor worden beïnvloed, daaronder begrepen: *"werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, toeleveranciers, afnemers, de overheid en maatschappelijke groeperingen."*[116] Het bestuur en de RVC hebben een verantwoordelijkheid om de belangen van deze individuen en groeperingen bij het voeren van beleid af te wegen, waarbij het uitgangspunt doorgaans de continuïteit van de onderneming is.[117]

De verantwoordelijkheid voor de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten wordt in de code primair bij het bestuur gelegd.[118] Hiertoe bepaalt principe II.1 van de Code dat: *"Het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap, hetgeen onder meer inhoudt dat het verantwoordelijk is voor (…) de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen."* Dat betekent dat in het jaarverslag melding dient te worden gemaakt van de wijze waarop door het bestuur aandacht is besteed aan maatschappelijke aspecten van het ondernemen. Verder is het bestuur verantwoordelijk voor de naleving van alle wet- en regelgeving door de vennootschap alsmede voor het

---

108 Van Schilfgaarde e.a. 2013, rn. 10.

109 De reikwijdte van de Corporate Governance Code is in beginsel beperkt tot beursgenoteerde vennootschappen. Niettemin kan de code reflexwerking hebben op niet-beursgenoteerde vennootschappen. In de Versatel-beschikking achtte de Ondernemingskamer de code bijvoorbeeld van toepassing op een NV die inmiddels niet meer beursgenoteerd was, OK 27 september 2005 en 14 december 2005, *AA* 2006, jrg. 55, afl. 3, p. 198-207 (Versatel) m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers.

110 Nederlandse Corporate Governance Code, Preambule, nr. 4.

111 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/35.

112 Zie artikel 2:391 lid 5 BW juncto artikel 3 lid 1 van het Besluit van 23 december 2004 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag en artikel 2 van het Besluit van 10 december 2009 tot wijziging van het Besluit van 23 december 2004 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag (Stb. 747). Zie ook: Van Schilfgaarde e.a. 2013, rn. 10.

113 Zie De Roo 2015, p. 257 e.v. Voor een voorbeeld van de doorwerking van de Corporate Governance Code via open normen in het kader van het treffen van onmiddellijke voorzieningen in het enquêterecht, zie HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 m.nt. J.M.M. Maeijer (ABN-AMRO).

114 Zie Eijsbouts 2010, p. 55-58.

115 Zie Lambooij 2010, p 111-118.

116 Nederlandse Corporate Governance Code, Preambule, nr. 7.

117 Nederlandse Corporate Governance Code, Preambule, nr. 7 en 8.

118 Nederlandse Corporate Governance Code, Principe II.1.

beheersen van de risico's die aan ondernemingsactiviteiten zijn verbonden.[119] In dat kader dient het bestuur zorg te dragen voor de aanwezigheid van een op de vennootschap toegesneden en adequaat functionerend intern risicobeheersings- en controlesysteem.[120] Deze verantwoordelijkheid kan ook relevant zijn met betrekking tot IMVO-gerelateerde risico's. De verwezenlijking daarvan kan immers niet alleen leiden tot financiële schade, bijvoorbeeld door schadeclaims of handhaving door nationale autoriteiten, maar bovendien tot aanzienlijke reputatieschade.

De RVC richt zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van bij de vennootschap betrokkenen af. De RVC betrekt daarbij ook de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen.[121] In aanvulling hierop schrijft *best practice* principe III.1.6 voor dat het toezicht van de RVC op het bestuur onder andere de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen omvat.

De naleving van de Corporate Governance Code wordt (jaarlijks) onderzocht door de Monitoring Commissie Corporate Governance Code. De commissie over het boekjaar 2013 is van mening dat de kwaliteit van de naleving van de Code-bepalingen ten aanzien van MVO verbetering verdient, zo blijkt uit een recent rapport.[122] De Commissie verwacht van beursvennootschappen dat zij meer aandacht besteden aan MVO in hun RvB- en RvC-jaarverslagen, verduidelijken wat zij onder MVO verstaan en inzage geven in de wijze waarop MVO is geïntegreerd in de (lange termijn) bedrijfsstrategie. Uit het onderzoek blijkt dat slechts een klein aantal vennootschappen MVO daadwerkelijk in hun strategie heeft geïntegreerd en hierover rapporteert. De Commissie is van mening dat bij het merendeel van de vennootschappen de uiteenzetting van het MVO-beleid van vennootschappen onvoldoende is uitgewerkt. Ook rapporteert een aantal vennootschappen over het MVO beleid buiten het jaarverslag. Overigens maken vennootschappen vaak niet duidelijk wat zij verstaan onder MVO en blijkt de betekenis die vennootschappen aan MVO toekennen uiteen te lopen.[123] De Commissie adviseert herziening van de Code en acht het van belang om daarbij stil te staan bij de vraag welke rol de Code speelt ten aanzien van MVO en hoe de naleving van de Codebepalingen kan worden verbeterd.[124]

Externe verslaglegging en (I)MVO

Externe verslaglegging door vennootschappen en andere rechtspersonen is in Nederland geregeld in titel 9 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.[125] Onder externe verslaglegging kan worden verstaan de verplichting van de vennootschap om tegen aandeelhouders en derden verantwoording af te leggen over het gevoerde financiële en bedrijfseconomische beleid.[126] De wet maakt onderscheid tussen de jaarrekening, het jaarverslag en overige gegevens. Het bestuur is verantwoordelijk voor het opmaken van de jaarrekening inclusief het jaarverslag en de overige gegevens. Het wettelijk kader op het gebied van externe verslaglegging is gebaseerd op de

[119] Nederlandse Corporate Governance Code, Principe II.1.
[120] Nederlandse Corporate Governance Code, Best Practice II.1.3.
[121] Nederlandse Corporate Governance Code, Principe III.1.
[122] Monitoring Commissie Corporate Governance Code, Rapport monitoring boekjaar 2013, januari 2015, te raadplegen via <http://www.mccg.nl/?page=2522>.
[123] *Id.*, p. 27-29 en 40.
[124] *Id.*, p. 40.
[125] Artikel 2:360 BW.
[126] Zie Van Schilfgaarde e.a. 2013, rn. 99.

vierde[127] en zevende[128] EG-richtlijn. Deze richtlijnen zijn inmiddels ingetrokken en vervangen door Richtlijn 2013/34/EU.[129]

Middelgrote en grote rechtspersonen dienen een jaarverslag op te maken, om inzicht te geven in de toestand op balansdatum, over ontwikkelingen die zich gedurende het boekjaar bij de onderneming hebben afgespeeld en over de behaalde resultaten van de onderneming.[130] Artikel 2:391 lid 1 BW schrijft voor dat indien noodzakelijk voor een goed begrip van de ontwikkeling, de resultaten of de positie van de rechtspersoon en groepsmaatschappijen, het jaarverslag naast financiële ook niet-financiële prestatie-indicatoren, met inbegrip van milieu- en personeelsaangelegenheden, dient te vermelden.[131] Middelgrote rechtspersonen zijn van deze verplichting vrijgesteld.[132] Deze bepaling is geïmplementeerd naar aanleiding van de EU Moderniseringsrichtlijn en stuurt aan op het integreren van MVO in externe verslaglegging, zonder concrete indicatoren of vereisten te stellen.[133] Het voorschrift is bekritiseerd omdat de gepubliceerde informatie als gevolg van het vrijblijvende karakter en de vage terminologie van de regeling slecht vergelijkbaar is met informatie uit eerdere jaarverslagen en jaarverslagen van andere ondernemingen. Bovendien ontbreekt een mechanisme om de betrouwbaarheid van de gepubliceerde informatie te controleren, bijvoorbeeld door een onafhankelijke deskundige.[134]

Ten aanzien van het thema maatschappelijk verantwoord ondernemen en externe verslaglegging is in het bijzonder van belang dat op 6 december 2014 Richtlijn 2014/95/EU over niet-financiële informatie in werking is getreden.[135] De richtlijn verplicht grote ondernemingen jaarlijks openbaar te rapporteren hoe zij maatschappelijk verantwoord ondernemen in het beleid implementeren. De nieuwe richtlijn vergt van organisaties van openbaar belang (beursgenoteerde bedrijven, banken en verzekeraars) met meer dan 500 werknemers dat zij hun bedrijfsbeleid bekend maken ten aanzien van milieu, sociale- en personeelsaangelegenheden, mensenrechten en de bestrijding van corruptie en omkoping. Ten aanzien van deze onderwerpen dient de onderneming te rapporteren over het gevoerde beleid daaromtrent en de resultaten daarvan. Deze informatie dient verstrekt te worden in de mate waarin dit noodzakelijk is voor een goed begrip van de ontwikkeling, de resultaten en de positie van de onderneming, alsmede van de effecten van haar activiteiten. Verder moet aandacht worden besteed aan de voornaamste

---

127 Betreffende de enkelvoudige jaarrekening, zie: Vierde Richtlijn 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978.

128 Betreffende de geconsolideerde jaarrekening, zie: De Zevende Richtlijn (83/349/EEG) van de Raad van 13 juni 1983.

129 Richtlijn 2013/34/EU betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad.

130 Artikel 2:396 lid 7 BW en 2:397 jo. 2:391 BW.

131 Artikel 2:391 BW.

132 Artikel 2:397 lid 8 BW.

133 Zie artikel 1 lid 14 van Richtlijn 2003/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2003 tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG, 83/349/EEG, 86/635/EEG en 91/674/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, banken en andere financiële instellingen, en verzekeringsondernemingen.

134 Zie over deze kritiekpunten: Lambooy 2015, p. 288-289.

135 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. Daarnaast bestaan ook meer sectorspecifieke transparantieverplichtingen die betrekking hebben op maatschappelijk verantwoord ondernemen. Zo schrijft artikel 42 lid 1 Richtlijn 2013/34/EU voor dat de lidstaten grote ondernemingen die actief zijn in de winningsindustrie of in de houtkap van oerbossen verplichten om jaarlijks een verslag op te stellen en openbaar te maken over betalingen aan overheden. Zie ook artikel 1 (5) Richtlijn 2013/50/EU tot wijziging van Richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereglementeerde markt zijn toegelaten, Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en Richtlijn 2007/14/EG van de Commissie tot vaststelling van concrete uitvoeringsvoorschriften van een aantal bepalingen van Richtlijn 2004/109/EG.

risico's ten aanzien van de genoemde onderwerpen en de wijze waarop deze risico's worden beheerst. Tot slot moeten niet-financiële essentiële prestatie-indicatoren worden genoemd.[136]

De rapportageplicht is vormvrij en gebaseerd op het '*comply or explain*'-principe. Bedrijven kunnen gebruik maken van nationale, Europese en internationale richtlijnen voor rapportage, zoals de OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen, ISO 26000 en VN Global Compact. Ingevolge de richtlijn stelt ook de Commissie niet bindende richtsnoeren op met betrekking tot de methodologie van de rapportage.[137] Voor de omzetting van de richtlijn in wetgeving hebben lidstaten twee jaar de tijd. Naar verwachting dienen ondernemingen vanaf het financiële jaar 2017 aan de hand van deze nieuwe norm te rapporteren.[138]

Concernverhoudingen en IMVO

De discussie rond IMVO focust zich op dit moment met name op multinationals die zijn georganiseerd in de vorm van een concern met een holdingmaatschappij in een westers land – bijvoorbeeld Nederland – en verschillende (klein)dochtervennootschappen in het buitenland. Het komt in het kader van beweerdelijke schendingen van IMVO-normen namelijk nogal eens voor dat niet zozeer de moedervennootschap daarvoor primair verantwoordelijk is, maar een buitenlandse (klein)dochtervennootschap en/of de handelspartners daarvan.[139] Op grond van het beginsel van rechtspersoonlijkheid is de dochtervennootschap zelfstandig drager van rechten en plichten.[140] De moedervennootschap is daarvoor in beginsel niet aansprakelijk.[141] Hoewel de moedervennootschap en de dochtervennootschap juridisch gezien verschillende entiteiten zijn, is kenmerkend voor de structuur van een concern dat de moedervennootschap, afhankelijk van de concernstructuur, in meer of mindere mate invloed heeft op het doen en laten van haar dochtervennootschappen.[142]

Uit de rechtspraak blijkt dat de moedermaatschappij bevoegd kan zijn tot het geven van bindende instructies aan een dochtermaatschappij, mits dit zo bepaald is in de statuten van de dochtermaatschappij.[143] Los van een dergelijke instructiebevoegdheid wordt er in de rechtspraak aangenomen dat er een feitelijke, met de afhankelijkheidsverhouding gegeven instructiemacht van de moeder bestaat, die tot uitdrukking komt in de mogelijkheid om bestuurders van de dochter die zich niet houden aan de instructies van de moeder te schorsen, te ontslaan en te vervangen.[144]

In dit verband rijst de vraag of uit het ondernemingsrecht de regel kan worden afgeleid dat het bestuur en de RVC van een moedervennootschap onder omstandigheden verantwoordelijk zijn voor IMVO-beleid bij haar (buitenlandse) dochtervennootschappen. In de rechtspraak op het gebied van het enquêterecht wordt wel aangenomen dat de taak van het bestuur van de moedervennootschap van een concern zich mede uitstrekt tot de tot het concern behorende ondernemingen.[145] In de literatuur is op grond daarvan wel verdedigd dat (het bestuur van) moedervennootschappen een concernleidingsplicht zouden

---

136 Art. 1 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 uitvoerig over deze bepaling: Lambooy 2015, p. 289-294.

137 Art. 2 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.

138 Vgl. art. 4 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.

139 Zie uitgebreid bijvoorbeeld: Enneking 2012(1), p. 109-112; Enneking e.a. 2011. Zie ook par. 1.3.1.

140 Artikel 2:5 BW.

141 Artikel 2:64/175 BW.

142 Vergelijk ook de definitie van groep en groepsmaatschappij in artikel 2:24b BW.

143 HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (Sobi/Hurks). Zie hierover: Asser/Maeijer, Van Solinge en Nieuwe Weme 2-II* 2009/831.

144 Zie hierover: Asser/Maeijer, Van Solinge en Nieuwe Weme 2-II* 2009/832.

145 HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 m.nt. J.M.M. Maeijer (OGEM*)*.

hebben.[146] De rechtvaardiging daarvoor is gelegen in de economische werkelijkheid van een concern. De tot het concern behorende vennootschappen zijn organisatorisch met elkaar zijn verbonden en staan onder centrale leiding van de moedervennootschap.[147]

Naar Nederlands recht bestaat er geen wettelijke concernleidingsplicht. Neemt men toch het bestaan van een concernleidingsplicht aan, dan is het verdedigbaar dat het tot de taak van het bestuur van de moedervennootschap behoort om toezicht te houden op de maatschappelijke impact van de activiteiten haar dochtervennootschappen maatschappelijke belangen.[148] Het is de vraag of de concernleidingsplicht slechts geldt ten opzichte van de dochtervennootschap of dat derden die schade lijden ook rechten kunnen ontlenen aan deze regel.[149] Een vordering van een derde jegens de moedervennootschap of de bestuurder van de moedervennootschap zal normaal gesproken niet worden gebaseerd op schending van de concernleidingsplicht, maar op de regels van het commune onrechtmatigedaadsrecht.[150]

Een ander aspect van de eventuele verantwoordelijkheid van de moedervennootschap ten aanzien van het IMVO-beleid van haar dochtervennootschappen betreft de verplichting tot het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening. In de geconsolideerde jaarrekening wordt inzicht gegeven in de financiële gegevens van het hoofd van de groep, de dochtermaatschappijen in de groep, andere groepsmaatschappijen, andere rechtspersonen waarover het groepshoofd de centrale leiding heeft en waarover het 'een overheersende zeggenschap kan uitoefenen'.[151] Ten aanzien van groepsmaatschappijen waarvan de financiële gegevens in de jaarrekening zijn geconsolideerd, dient indien noodzakelijk voor een goed begrip van de ontwikkeling de resultaten of de positie van de vennootschap en haar groepsmaatschappijen in het jaarverslag melding te worden gemaakt van niet-financiële prestatie-indicatoren, met inbegrip van milieu- en personeelsaangelegenheden.[152]

2.3.3 Handhavingsmechanismen

Uit de vorige paragraaf volgt dat het weliswaar in theorie mogelijk is om uit het ondernemingsrecht verplichtingen af te leiden voor het bestuur en de RvC om rekening te houden met (I)MVO-gerelateerde belangen, maar dat de praktische invulling daarvan niet duidelijk is. Op zich biedt de open norm dat de taakuitoefening door bestuurders en commissarissen wordt begrensd door het vennootschappelijk belang en de zorgvuldigheid ruimte, maar de inhoud en reikwijdte van eventuele verplichtingen laten zich moeilijk bepalen. Voor het bestuur van beursvennootschappen geldt ingevolge de Corporate Governance Code een algemene verantwoordelijkheid voor het MVO-beleid van de vennootschap. Concreter is de verantwoordelijkheid van het bestuur voor de naleving van wet- en regelgeving die betrekking heeft op IMVO en de beheersing van de aan de ondernemingsactiviteiten verbonden risico's, ook als deze risico's IMVO-gerelateerd zijn. In concernverhoudingen is het voorts denkbaar dat (het

---

146 Zie bijvoorbeeld: Bartman & Dorresteijn 2013, IV.3; Huizink 2010, p. 17-19; Castermans & Van der Weide 2009, p. 29 e.v.

147 Vergelijk artikel 2:24b BW. Zie ook Van Schilfgaard e.a. 2013, rn. 12.

148 Zie over concernleiding en maatschappelijk verantwoord ondernemen: Huizink 2010, p. 25 e.v.

149 In bevestigende zin: Asser/Maeijer, Van Solinge en Nieuwe Weme 2-II* 2009/828; Bartman & Dorresteijn 2013, IV.3; Van der Sangen 2009.

150 HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Hurks II).

151 Artikel 2:406 lid 1 BW. Zie voor de definitie van dochtermaatschappij, artikel 2:24a BW. Daarnaast moeten de vennootschappen die deel uitmaken van de multinational ook zelf een jaarrekening of een vereenvoudigde versie daarvan opstellen. Dit hoeft niet indien de moedermaatschappij een zogenaamde '403-verklaring' (gebaseerd op art. 2:403 BW) voor een dochter- of groepsvennootschap heeft afgelegd. Dit houdt in dat de moedermaatschappij zich openbaar hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de schulden van laatstgenoemde(n) voor zover deze schulden uit rechtshandelingen voortvloeien, zie artikel 2:403 sub c, f, en g BW. Schulden die zijn ontstaan uit een schadeveroorzakende onrechtmatige daad vallen daar niet onder. Voor groepsmaatschappijen en dochtermaatschappijen opgericht naar buitenlands recht zal moeten worden bestudeerd wat het relevante nationale recht voorschrijft ten aanzien van publicatie van informatie door die maatschappij. Zie ook: Enneking e.a. 2011, p 546.

152 Artikel 2:391 lid 1 BW.

bestuur van) de moedervennootschap tot op zekere hoogte verantwoordelijk kan zijn voor de IMVO-impact van dochtervennootschappen. De meest concrete IMVO-gerelateerde verplichting in het ondernemingsrecht is dat het bestuur van grote vennootschappen in het jaarverslag indien relevant moet rapporteren over niet-financiële prestatie-indicatoren.

De vervolgvraag is wat IMVO-stakeholders kunnen doen als zij zich geconfronteerd zien met schendingen van eventuele verplichtingen. In andere woorden, in hoeverre biedt het ondernemingsrecht IMVO-stakeholders een ingang om deze verplichtingen af te dwingen. Die vraag staat in deze paragraaf centraal. Hierbij dient voorop gesteld te worden dat de mogelijkheden voor dergelijke stakeholders in het ondernemingsrecht inherent beperkt zijn vanwege het feit dat de meeste verplichtingen van bestuur en RVC gelden jegens de vennootschap, andere organen of aandeelhouders. Het ondernemingsrecht is nu eenmaal niet primair ingericht ter bescherming van de belangen van 'externe' belanghebbenden, zoals IMVO-stakeholders. In het navolgende worden, met inachtneming van deze vooropstelling, de volgende mogelijkheden voor handhaving van IMVO-verplichtingen van bestuur en RVC – en de daaraan voor IMVO-stakeholders verbonden beperkingen – behandeld: bestuurders- en commissarissenaansprakelijkheid, de vernietiging van besluiten van organen van de vennootschap, de Algemene Vergadering van Aandeelhouders, het enquêterecht, de handhaving van transparantieverplichtingen en concernaansprakelijkheid. De nadruk zal daarbij vooral, maar niet uitsluitend, liggen op vennootschapsrechtelijke of ondernemingsrechtelijke handhavingsmogelijkheden die openstaan voor (potentiële) slachtoffers van mens- en milieu-gerelateerde normschendingen en ngo's.

Bestuurders- en commissarissenaansprakelijkheid

In beginsel wordt het gevoerde beleid toegerekend aan de vennootschap.[153] Dat strookt met het beginsel dat de vennootschap een zelfstandig rechtssubject is.[154] In het geval dat de vennootschap betrokken raakt bij IMVO-schendingen ligt het dan ook voor de hand dat IMVO-stakeholders hun pijlen allereerst op de vennootschap zelf richten (zie hierover nader par. 2.4). Het is echter denkbaar dat IMVO-stakeholders ook bestuurders en/of commissarissen persoonlijk aansprakelijk willen stellen. Een dergelijke vordering zullen zij moeten baseren op art. 6:162 BW. De in Boek 2 BW geregelde aansprakelijkheidsvorderingen tegen bestuurders en/of commissarissen staan namelijk in beginsel niet voor hen open.[155]

Een vordering op grond van 6:162 BW jegens een bestuurder of commissaris die in hoedanigheid heeft gehandeld kan slechts worden toegewezen indien sprake is van ernstig verwijtbaar onrechtmatig handelen.[156] De ratio daarvoor is tweeledig.[157] In de eerste plaats betreft het een secundaire of zijdelingse aansprakelijkheid. De vennootschap behoort in beginsel aansprakelijk te zijn voor

[153] Zo kan de op 6 december 2014 in werking getreden Richtlijn 2014/95/EU over niet-financiële informatie bijvoorbeeld rekenen op steun vanuit de hoek van beleggingsorganisaties, die aangeven dat steeds meer institutionele beleggers MVO-informatie gebruiken bij het nemen van beleggingsbeslissingen. Volgens deze organisaties geeft de MVO-informatie die grote ondernemingen op grond van het richtlijnvoorstel moeten gaan publiceren beleggers de mogelijkheid om beter geïnformeerde beleggingsbeslissingen te nemen. Zie bijvoorbeeld: <http://eumedion.nl/nl/nieuws/beleggersorganisaties_roepen_op_tot_snelle_overeenstemming_over_richtlijnvoorstel__mvo-informatie_>.

[154] Artikel 2:5 BW.

[155] De vordering op grond van art. 2:9 betreft onbehoorlijke taakvervulling jegens de vennootschap en kan alleen door de vennootschap zelf worden ingesteld. De vordering op grond van art. 2:138/248 BW behelst een specifieke aansprakelijkheid voor kennelijk onbehoorlijk bestuur dat in belangrijke mate het faillissement heeft veroorzaakt. Deze vordering komt slecht toe aan de faillissementscurator.

[156] Verder zal de geschonden zorgvuldigheidsnorm ook nog moeten strekken tot bescherming van het belang van de eisende IMVO-stakeholder, art. 6:163 BW.

[157] Zie over deze rationales recentelijk HR 5 september 2014, NJ 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde (Tulip Air).

schadeveroorzakend bestuursbeleid en/of commissarissentoezicht. In de tweede plaats komt de ondernemer een ruime beoordelingsvrijheid toe om zijn onderneming tot bloei te laten komen. Het nemen van risico's is onderdeel van het ondernemerschap. In dit verband zou het onwenselijk zijn dat bestuurders zich te veel zouden laten leiden door defensieve overwegingen. Overigens kan men zich afvragen of deze beoordelingsvrijheid, die tot uitdrukking komt in het vereiste van ernstige verwijtbaarheid, ook geldt ten aanzien van bijvoorbeeld het risico dat als gevolg van de activiteiten van de onderneming mensenrechten worden geschonden.[158]

Naar aanleiding van het Spaanse Villa-arrest van de Hoge Raad[159] heeft in de literatuur de nodige discussie plaatsgevonden over de vraag of voor bestuurdersaansprakelijkheid altijd het vereiste van ernstige verwijtbaarheid geldt. In een meer recente uitspraak heeft de Hoge Raad dit arrest verduidelijkt.[160] Volgens de Hoge Raad gaat het om de vraag of het handelen van de bestuurder betrekking heeft op de vervulling van zijn taak. Men kan zich afvragen in hoeverre een handelen of nalaten met het faciliteren van mensenrechtenschendingen tot gevolg, als handelen binnen de taakvervulling kan worden aangemerkt. Het is verdedigbaar dat het handelen van de bestuurder niet alleen in zijn hoedanigheid als bestuurder van de vennootschap, maar ook persoonlijk jegens de slachtoffers als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Gaat deze theorie op, dan is voor het vestigen van de aansprakelijkheid dus niet vereist dat de 'bestuurder' een ernstig verwijt treft.

De vernietiging van besluiten van organen van de vennootschap

Op grond van artikel 2:15 lid 3 sub a BW is iemand die een redelijk belang heeft bij de naleving van een verplichting die niet wordt nagekomen, bevoegd een vordering in te stellen tot vernietiging van een besluit van een orgaan van de rechtspersoon. De gronden waarop de rechter mag beslissen of een besluit vernietigbaar is, zijn beperkt. Een besluit is vernietigbaar wegens strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die de totstandkoming van besluiten regelen, reglementen of de redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:8 BW worden geëist.

Het is om twee redenen de vraag in hoeverre de weg van artikel 2:15 lid 3 sub a BW een geschikte mogelijkheid biedt voor IMVO-stakeholders. In de eerste plaats is het de vraag of de vernietiging van een besluit een bruikbaar middel is voor IMVO-stakeholders. Hoewel onder omstandigheden verdedigbaar zou kunnen zijn dat IMVO-stakeholders een redelijk belang hebben bij het vernietigen van een besluit dat direct indruist tegen hun belangen, is het maar de vraag in hoeverre de weg van artikel 2:15 BW voor hen een aantrekkelijk rechtsmiddel is. De actie moet immers specifiek worden gericht op een besluit; het is niet mogelijk om beleid als zodanig te vernietigen.[161]

In de tweede plaats kan men zich afvragen of de gronden voor vernietiging van een besluit voldoende ruimte bieden voor vernietiging van een besluit dat tot gevolg heeft dat IMVO-gerelateerde belangen worden aangetast. In de literatuur wordt wel geopperd dat met name de route via artikel 2:8 BW een

---

[158] Naar aanleiding van het HR 23 november 2012, NJ 2013, 302 m.nt. P. van Schilfgaarde (Spaanse Villa) heeft in de literatuur de nodige discussie plaatsgevonden over de vraag of voor bestuurdersaansprakelijkheid altijd het vereiste van ernstige verwijtbaarheid geldt. In HR 5 september 2014, NJ 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde (Tulip Air) heeft de Hoge Raad dit arrest verduidelijkt. Volgens de Hoge Raad gaat het om de vraag of het handelen van de bestuurder betrekking heeft op de vervulling van zijn taak. Men kan zich afvragen in hoeverre een handelen of nalaten met het faciliteren van mensenrechtenschendingen tot gevolg, als handelen binnen de taakvervulling kan worden aangemerkt. Het is verdedigbaar dat het handelen van de bestuurder niet alleen in zijn hoedanigheid als bestuurder van de vennootschap, maar ook persoonlijk jegens de slachtoffers als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Gaat deze theorie op, dan is voor het vestigen van de aansprakelijkheid dus niet vereist dat de 'bestuurder' een ernstig verwijt treft.

[159] HR 23 november 2012, NJ 2013, 302 m.nt. P. van Schilfgaarde (Spaanse Villa).

[160] HR 5 september 2014, NJ 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde (Tulip Air).

[161] Zie Eijsbouts 2010, p. 80.

ingang voor IMVO-stakeholders kan zijn om besluiten te vernietigen.[162] Dit valt echter nog maar te bezien, gelet op het feit dat de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW in beginsel slechts geldt tussen de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken (zie nader par. 2.3.2).[163] Van Schilfgaarde en Winter zijn, met een beroep op de wetsgeschiedenis, helder: *"Strijd met de redelijkheid en billijkheid tegenover andere personen dan zij die krachtens de wet of de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken kan niet leiden tot de vernietiging van dat besluit."*[164]

Het is echter mogelijk dat een aandeelhouder, bijvoorbeeld een ngo of een institutionele belegger met het oog op zijn achterban, handelt vanuit bepaalde overtuigingen over hoe de vennootschap zou moeten omgaan met de IMVO-gerelateerde belangen van derden en aldus als IMVO-stakeholder kan worden aangemerkt. Deze 'activistische (IMVO-)aandeelhouders' treden steeds vaker op de voorgrond.[165] Voorbeelden hiervan zijn onder andere het 'Bangladesh-akkoord' en de 'Investor Statement on Climate Change'.[166] Tevens heeft pensioenbeheerder PGGM eind 2014 bekend gemaakt niet langer te willen investeren in verschillende Israëlische banken vanwege de financiële steun die zij geven aan Israëlische nederzettingen in Palestijnse gebieden.[167] Een van de meest recente voorbeelden is de aankondiging van het nieuwe beleid van ABP. Bedrijven zullen opnieuw moeten 'solliciteren' naar een plek in de beleggingsportefeuille waarbij hun IMVO-beleid centraal staat.[168]

De schuivende aandacht van aandeelhouders naar een meer verantwoord IMVO-beleid heeft gevolgen voor het bedrijfsleven. Deze gevolgen kunnen tweeledig zijn. Allereerst kunnen de besluiten van organen van een vennootschap omtrent het IMVO-beleid zwaarder mee gaan wegen in de beoordeling van potentiële investeerders / aandeelhouders om al dan niet te investeren in een onderneming. Daarnaast kunnen activistische IMVO-aandeelhouders in bepaalde gevallen wel voldoen aan de eerder genoemde criteria van artikel 2:15 en 2:8 BW en hebben zij als zodanig, anders dan de (potentiële) slachtoffers van mens- en milieu-gerelateerde normschendingen en ngo's waar in deze paragraaf de nadruk op ligt, in theorie de mogelijkheid om besluiten van organen van de vennootschap te vernietigen. Dit kan met name het geval zijn indien het een besluit betreft dat ingaat tegen de IMVO-doelstellingen die geformuleerd zijn door de vennootschap zelf.[169] Praktijkvoorbeelden ontbreken echter vooralsnog.

Dergelijke doelstellingen worden, mede door de schuivende aandacht van investeerders, steeds gebruikelijker. Met name institutionele beleggers worden daarom ook wel gezien als het scharnier tussen de maatschappij en bedrijven.[170] Zo zijn Nederlandse banken, in samenwerking met de overheid, vakbonden en ontwikkelingsorganisaties, voornemens om afspraken te maken over mensenrechten. Het doel is om een convenant op te stellen zodat actie wordt ondernomen indien een bank of klant betrokken is bij mensenrechtenschendingen.[171] De wisselwerking tussen de belangen van investeerders /

---

162 Zie bijvoorbeeld: Eijsbouts 2010, p. 80; Steins Bisschop 2004, p. 78 e.v.

163 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/307.

164 Van Schilfgaarde e.a. 2013, rn. 96 (onder 2).

165 Zie bijvoorbeeld, met een focus op pensioenfondsen: Verstappen 2011.

166 Zie <www.globalinvestorcoalition.org> en <www.schonekleren.nl>.

167 Zie 'Vragen en antwoorden rond uitsluiting Israëlische banken', PGGM-website (13 februari 2014), <https://www.pggm.nl/wat-vinden-we/Paginas/Vragen-en-antwoorden-rond-uitsluiting-Isra%C3%ABlische-banken.aspx>.

168 Zie 'ABP presenteert nieuw beleid verantwoord beleggen', ABP-website (14 oktober 2015) <https://www.abp.nl/over-abp/actueel/nieuws/abp-presenteert-nieuw-beleid-verantwoord-beleggen.aspx>.

169 Vgl. HR 13 juli 2007, NJ 2007/434. Dit arrest, dat niet ziet op de IMVO-context, geeft een duidelijk beeld van de mogelijke goedkeurings- en vernietigingsbevoegdheden die aandeelhouders hebben met betrekking tot bestuursbesluiten. Deze bevoegdheden kunnen voorvloeien uit het ongeschreven recht en bestaan onder omstandigheden zelfs wanneer het nemen van het besluit binnen de bevoegdheden van het bestuur lag.

170 Zie in deze zin bijvoorbeeld: Scheepens & Rinnooy Kan 2008, p. 29.

171 Zie bijvoorbeeld T. Daling, 'Banken willen actie tegen schendingen mensenrechten', *FD* online (22 november 2015), <http://fd.nl/ondernemen/1128280/banken-willen-actie-tegen-schendingen-mensenrechten>.

aandeelhouders en de belangen van ondernemingen kan er met andere woorden voor zorgen dat IMVO-doelstellingen worden gesteld door ondernemingen en dat deze ook worden afgedwongen.

De Algemene Vergadering van Aandeelhouders

De bovengenoemde activistische (IMVO-)aandeelhouders hebben in het ondernemingsrecht ook de beschikking over andere mogelijkheden om het IMVO-beleid binnen de vennootschap aan de orde te stellen. Zo kunnen zij bijvoorbeeld gebruik maken van hun zeggenschapsrechten zoals het recht om algemene vergaderingen bij te wonen, daarin het woord te voeren en het stemrecht uit te oefenen.[172] Daarnaast kunnen zij een onderwerp op de agenda van de aandeelhoudersvergadering van een NV laten plaatsen, mits dat verzoek ondersteund wordt door één of meer houders van aandelen die alleen of gezamenlijk ten minste 3% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen (een drempel die in de statuten lager gesteld kan worden).[173]

In theorie biedt dit mogelijkheden om IMVO-beleid van de vennootschap te beïnvloeden; in de praktijk zal de 3%-drempel in veel gevallen moeilijk te halen zijn. Dit komt mede door verschillende belemmeringen die aandeelhouders kunnen ondervinden, zoals het door de vennootschap niet in staat worden gesteld om op afstand te stemmen, het niet kunnen communiceren met andere aandeelhouders en de complexiteit om aan te kunnen tonen dat een collectiviteit van aandeelhouders tezamen wel voldoende stemmen heeft om de 3% drempel te kunnen halen.[174] Daarbij moet echter gelijk aangetekend worden dat ook voor institutionele beleggers, die in sommige gevallen een groter deel van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, de IMVO-gerelateerde prestaties van de bedrijven waarin zij investeren langzaam maar zeker steeds belangrijker lijken te worden.[175] Tot slot hebben activistische (IMVO-)aandeelhouders uiteraard de mogelijkheid om het IMVO-beleid te beïnvloeden door de dialoog aan te gaan met de Raad van Bestuur en/of de Raad van Commissarissen.[176]

Het enquêterecht

Een enquêteverzoek kan worden ingesteld wanneer er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid of juiste gang van zaken binnen een vennootschap.[177] Daarbij dient te worden bedacht dat het enquêterecht er niet is voor de beslechting van zuiver vermogensrechtelijke geschillen, zoals de vraag of een bestuurder aansprakelijk is. Het enquêterecht strekt tot sanering, herstel van verhoudingen, transparantie en vaststelling wie verantwoordelijk is voor wanbeleid.[178]

Niet iedereen is bevoegd om een enquêteverzoek in te stellen. Deze mogelijkheid staat enerzijds open voor de vennootschap zelf en anderzijds voor bepaalde aandeelhouders, voor werknemers via vakorganisaties en voor de advocaat-generaal om redenen van algemeen belang.[179] Als het enquêteverzoek wordt toegewezen, dan worden rapporteurs benoemd die het onderzoek zullen uitvoeren.[180] Het is vervolgens aan de Ondernemingskamer om op basis daarvan te beoordelen of sprake

[172] Art. 2:117 BW.
[173] Art. 2:114a BW.
[174] Scheepens & Rinnooy Kan 2008, p. 31-34.
[175] Art. 2:114a BW.
[176] Scheepens & Rinnooy Kan 2008, p. 15.
[177] Artikel 2:350 lid 1 BW.
[178] Asser/Maeijer, Van Solinge en Nieuwe Weme 2-II* 2009/728.
[179] Artikel 2:346 en 2:347 BW. Het is mogelijk dat hen deze bevoegdheid toekomt op grond van een overeenkomst of de statuten, maar het ligt niet voor de hand dat de vennootschap de enquetebevoegdheid aan stakeholders heeft toegekend en diens aandeelhouders dat zouden willen. Zie Eijsbouts 2010, p. 78-79.
[180] Artikel 2:350 lid 4 BW.

is geweest van wanbeleid.[181] Is dat het geval, dan kan de Ondernemingskamer op verzoek voorzieningen treffen die zij op grond van het onderzoek geraden acht.[182] Overigens kunnen indieners van het enquêteverzoek bij hun verzoek reeds aan de Ondernemingskamer vragen om onmiddellijke voorzieningen te treffen voor ten hoogste de duur van het onderzoek.[183] Deze onmiddellijke voorzieningen kunnen vérstrekkend zijn.[184]

Mede gelet op de verantwoordelijkheid die de Corporate Governance Code legt op het bestuur om bij de taakuitoefening aandacht te besteden aan maatschappelijke aspecten van het ondernemen, biedt het enquêterecht in theorie een mogelijkheid voor IMVO-stakeholders om beursvennootschappen te dwingen om rekening te houden met IMVO-gerelateerde belangen.[185] Daarbij moeten twee kanttekeningen worden geplaatst. In de eerste plaats is de toegang tot het enquêterecht beperkt tot een bepaalde kring belanghebbenden. Een enquêteprocedure kan geëntameerd worden door de advocaat-generaal bij het Amsterdamse Hof (die daarbij in het algemeen belang handelt), aandeel- en certificaathouders van de vennootschap, bepaalde vakorganisaties, de vennootschap zelf (te weten het bestuur of de Raad van Commissarissen van de vennootschap of de niet-uitvoerende bestuurders), degenen die daar op grond van de statuten of een overeenkomst met de vennootschap toe bevoegd zijn en, in geval van faillissement, de curator.[186]

Hoewel typische IMVO-stakeholders ((potentiële) slachtoffers van mens- en milieu-gerelateerde normschendingen en ngo's) geen directe toegang hebben tot de enquêteprocedure, bestaan er dus in beginsel wel mogelijkheden voor bijvoorbeeld activistische (IMVO-)aandeelhouders, vakbonden of de advocaat-generaal om op deze wijze twijfel aan het IMVO-beleid van de vennootschap aan de kaak te stellen. Daarbij geldt voor aandeelhouders wel de drempelvoorwaarde van artikel 2:346 lid 1 BW dat zij een bepaald deel van het geplaatst kapitaal moeten vertegenwoordigen.[187] Voor de advocaat-generaal geldt dat er sprake moet zijn van redenen van algemeen belang die nopen tot het entameren van een dergelijke procedure door de advocaat-generaal; of dit het geval is hangt onder meer af van "*de ruime kring van betrokkenen bij de onderneming, het belang van de rechtsvordering en de mogelijke voorbeeldfunctie van een uitspraak van de OK*".[188] Een praktijkvoorbeeld van een enquêteprocedure met betrekking tot IMVO-belangen heeft zich vooralsnog echter niet voorgedaan.

Als dergelijke misstanden plaatsvinden bij een buitenlandse dochtervennootschap dan loopt men echter aan tegen de tweede kanttekening die moet worden geplaatst bij de inzet van het enquêterecht bij IMVO-gerelateerde kwesties. De territoriale reikwijdte van het enquêterecht is beperkt. Een enquêteprocedure kan slechts worden verzocht ten aanzien van een Nederlandse vennootschap. Veelal zullen misstanden echter niet bij de in Nederland gevestigde holdingmaatschappij plaatsvinden, maar bij een buitenlandse dochter. De onderzoekers mogen wel – indien zij dat nodig achten – gegevens verzamelen omtrent nauw verbonden rechtspersonen.[189] Het begrip nauw verbonden rechtspersoon kan ook zien op buitenlandse dochters. De Ondernemingskamer kan de onderzoeker daartoe zo nodig

[181] Artikel 2:355 lid 1 BW.
[182] Artikel 2:356 BW.
[183] Artikel 2:349a lid 2 BW.
[184] Van Schilfgaarde e.a. 2013, rn. 118.
[185] Zie in dezelfde zin: Eijsbouts 2010, p. 76-80. Zie ook OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71 m.nt. J.M.M. Maeijer (Batco) en Bartman & Dorresteijn 2013, X.5.3.
[186] Artt. 2:345-347 BW. Zie ook Bartman & Dorresteijn 2013, p. 332-350.
[187] Indien een 'activistische IMVO-aandeelhouder' niet voldoende aandelen houdt om een enquêteprocedure te starten, kan hij door de Ondernemingskamer onder omstandigheden toch als belanghebbende worden gezien. Hof Amsterdam 6 januari 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AR8831.
[188] Zie Van Schilfgaarde e.a. 2013, rn. 117.
[189] Artikel 2:351 lid 2 BW.

machtigen.[190] De Ondernemingskamer mag deze gegevens betrekken bij de beantwoording van de vraag of sprake is van wanbeleid bij de moeder.[191]

Bij de huidige stand van zaken zijn de mogelijkheden voor IMVO-stakeholders om het enquêterecht in te zetten in beginsel dus beperkt, enerzijds omdat slachtoffers van mens- en milieu-gerelateerde normschendingen en ngo's geen toegang hebben tot de enquêteprocedure en anderzijds omdat de Ondernemingskamer geen voorzieningen kan treffen ten aanzien van buitenlandse dochtervennootschappen van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen.[192] Toch bestaan er wel enige mogelijkheden voor een rol van het enquêterecht in deze context. Zo kan de Ondernemingskamer bijvoorbeeld een bestuurder of commissaris benoemen bij de moedermaatschappij, wat het mogelijk maakt om via het aandeelhouderschap van de moeder invloed uit te oefenen op het IMVO-beleid bij de dochter. Hoewel er geen rechtspraak bestaat waarin dit daadwerkelijk gebeurd is in het kader van de IMVO-context, zou dit in theorie mogelijkheden kunnen bieden in geval van ernstige en aanhoudende IMVO-normschendingen in het kader van de activiteiten van de dochter.

Daarnaast kan het zo zijn dat een onderneming een activistische (IMVO-)aandeelhouder heeft die wel voldoet aan de drempelvoorwaarde van artikel 2:346 lid 1 BW. De vervolgvraag is dan of een beleid of besluit dat in strijd is met de IMVO-gerelateerde belangen van derden onderwerp kan zijn van een enquêteprocedure. Het uitgangspunt in de literatuur lijkt te zijn dat dit in beginsel niet mogelijk is als hiervoor niet een voldoende wettelijke basis is. De bepaling uit de Corporate Governance Code dat bestuurders en commissarissen aandacht dienen te besteden aan maatschappelijke aspecten van het ondernemen wordt gezien als een onvoldoende algemeen aanvaard inzicht om zonder meer te kunnen leiden tot een enquêteprocedure bij schending daarvan; dit zou in strijd zijn met de rechtszekerheid.[193] Eén en ander kan echter bijvoorbeeld anders liggen in het geval dat een onderneming een beslissing neemt die in strijd is met het door de vennootschap zelf opgestelde IMVO-beleid. In dat geval zou een dergelijk besluit mogelijk in strijd kunnen zijn met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap en als zodanig wanbeleid kunnen constitueren.[194] Praktijkvoorbeelden ontbreken echter vooralsnog.

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens misleidende voorstelling van de toestand van de vennootschap in het jaarverslag

Bepaalde vennootschappen zijn, zoals gezegd, verplicht om in hun jaarverslag te rapporteren over aspecten van maatschappelijk verantwoord ondernemen. Dat roept de vraag op of bestuurders aansprakelijk kunnen zijn als de in het jaarverslag vermelde informatie misleidend is. Tegenover bestuurders kan een dergelijke vordering worden gebaseerd op de artikelen 2:139 en 2:249 BW. Deze bepalingen kunnen ook worden ingeroepen door derden die schade hebben geleden als gevolg van de misleiding. De getroffen derden zullen overigens over het algemeen een atypische groep IMVO-stakeholders zijn: aandeelhouders en investeerders. Het is denkbaar dat zij schade lijden in de vorm van waardevermindering van hun aandelen die het gevolg is van bijvoorbeeld een milieuschadeclaim, terwijl zij de aandelen hebben gekocht in de veronderstelling dat de vennootschap op een verantwoorde wijze met IMVO-gerelateerde belangen omgaat.

---

[190] Men kan zich overigens afvragen in hoeverre een machtiging van de Ondernemingskamer om inlichtingen in te winnen bij buitenlandse vennootschappen daadwerkelijk afgedwongen kan worden dan wel stuit op praktische bezwaren, zie Bartman & Dorresteijn 2013, X.3.

[191] HR 13 mei 2005, *JOR* 2005, 147 m.nt. M.W. Josephus Jitta (Zeelandia).

[192] Dit is niet onopgemerkt gebleven in de literatuur. Zo schrijven Bartman en Holtzer dat het mogelijk wenselijk is om organisaties die collectieve belangen (zoals IMVO-belangen) behartigen toe te laten tot het enquêterecht: Bartman & Holtzer 2010.

[193] Zie bijvoorbeeld Van Schilfgaarde 2013, p. 381 en Kuijpers 2004, p. 680.

[194] Zie bijvoorbeeld Eijsbouts 2010, p. 72. Vgl. ook: OK 21 juni 1979, NJ 1980, 73 m.nt. Maeijer (Batco).

Daarnaast kan de Ondernemingskamer op vordering van belanghebbenden (waaronder aandeelhouders, ondernemingsraad en vakbonden maar ook bijvoorbeeld concurrenten, crediteuren en belangenorganisaties) die van mening zijn dat het jaarverslag niet aan de wettelijke vereisten voldoet, bepalen dat het wordt ingericht volgens zijn aanwijzingen.[195] Verder kan, vanwege de strafbaarstelling van schending van transparantieverplichtingen via de Wet op de Economische Delicten, het Nederlandse openbaar ministerie strafvervolging instellen wegens niet-naleving van deze verplichtingen.[196] Omdat het hier slechts een overtreding betreft zullen de belangen bij vervolging echter minder groot zijn en zal een uiteindelijke veroordeling ook niet een sterk normerend effect hebben.[197]

Concernaansprakelijkheid

Voorts is het denkbaar dat IMVO-stakeholders een aandeelhouder van de vennootschap aansprakelijk willen stellen. Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan aansprakelijkheid van een moedervennootschap voor de schulden (of gedragingen) van een dochtervennootschap. In het ondernemingsrecht ontbreekt voor dergelijke aansprakelijkheid echter een directe wettelijke grondslag.[198] In theorie zou het in de rechtspraak ontwikkelde leerstuk van doorbraak van aansprakelijkheid hier een rol zou kunnen spelen. In de praktijk wordt een beroep hierop echter slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden gehonoreerd, zoals hieronder nader besproken wordt, wat betekent dat IMVO-stakeholders voor een dergelijke actie in de praktijk aangewezen zullen zijn op de regels van het onrechtmatigedaadsrecht (waarover nader par. 2.4.3).

Waar het gaat om de toerekening van (onrechtmatige) gedragingen van de ene rechtspersoon aan de andere rechtspersoon in concernverband is de vennootschapsrechtelijke literatuur en jurisprudentie specifiek gericht op het leerstuk van de doorbraak van aansprakelijkheid (ook wel: *piercing the corporate veil* of *veil piercing*). Dit betreft een in de jurisprudentie ontwikkelde constructie waarbij vennootschappen binnen een concern (meestal een moedermaatschappij en een dochtermaatschappij) met elkaar vereenzelvigd worden, in die zin dat het identiteitsverschil tussen beide terzijde gesteld wordt en de ene groepsmaatschappij aansprakelijk gesteld wordt voor de schulden of, in bredere zin, de gedragingen van een andere groepsmaatschappij. De vraag om het toepassen van een dergelijke constructie speelt voornamelijk in gevallen waarin crediteuren van de ene concernvennootschap (meestal de dochtermaatschappij) hun schulden niet (meer) kunnen verhalen op die vennootschap en op zoek gaan naar mogelijkheden om deze schulden in plaats daarvan te verhalen op een andere concernvennootschap (meestal de moedermaatschappij).[199]

Het leerstuk van doorbraak van aansprakelijkheid is omstreden, aangezien het inbreuk maakt op het beginsel van (gescheiden) rechtspersoonlijkheid en het beginsel van beperkte aansprakelijkheid. Het verbaast dan ook niet dat de Hoge Raad tot dusverre zeer terughoudend is geweest in het vereenzelvigen van verschillende vennootschappen in concernverband met het oog op het bieden van verhaalsextensie aan de crediteuren van een groepsmaatschappij – buiten die gevallen waarin daarvoor

[195] Zie art. 2:447 BW e.v.

[196] Zie art. 1 onder 4 WED.

[197] Vgl. Corstens/Borgers 2014, p. 600-601.

[198] Een voorbeeld van een grondslag voor concernaansprakelijkheid in het ondernemingsrecht is de aansprakelijkheid op grond van een in artikel 2:403 lid 1 sub f BW bedoelde verklaring van de moeder ten aanzien van dochters in het kader van een geconsolideerde jaarrekening. Deze vorm van aansprakelijkheid ziet echter alleen op uit rechtshandelingen van de dochter voortvloeiende schulden en is dus niet relevant in het kader van IMVO. Dergelijke 'schulden' zullen immers in de regel voortvloeien uit feitelijke handelingen.

[199] Zie nader bijvoorbeeld: Bartman & Dorresteijn 2013, p. 289-330; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme, 2-II* 2009/834-845; Lennarts 1999.

een wettelijke basis bestaat.[200] Dat doorbraak van aansprakelijkheid in dit soort situaties echter niet geheel onmogelijk is laat het *Krijger/Citco*-arrest zien, waarin de Hoge Raad stelde: "[…] *dat van het identiteitsverschil tussen twee door dezelfde persoon beheerste rechtspersonen misbruik kan worden gemaakt*" en "[…] *dat hetgeen met zodanig misbruik* [wordt] *beoogd* […] *in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd*".[201] Uit het *Rainbow*-arrest blijkt echter dat de Hoge Raad uitzonderlijke omstandigheden verlangt, wil een beroep op vereenzelviging kunnen slagen; in de regel zal een dergelijk misbruik volgens de Hoge Raad "*moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht*". Voor doorbraak van aansprakelijkheid (in de zin van het volledig wegdenken van het identiteitsverschil) is slechts onder uitzonderlijke omstandigheden plaats.[202]

De vraag rijst in welke uitzonderlijke gevallen het nog wel mogelijk is om de moedermaatschappij van een concern aansprakelijk te stellen voor de schulden (of, in bredere zin: gedragingen) van haar dochtermaatschappij. Een minimumvereiste is verwevenheid tussen de twee, bijvoorbeeld omdat zij één en dezelfde persoon als aandeelhouder en bestuurder hebben en/of dezelfde activiteiten ontplooien. Algemene factoren waar naar gekeken zou kunnen worden om de mate van verwevenheid tussen moeder en dochter te beoordelen zijn (de intensiteit van) de juridische betrekkingen, de beleidsmatige en 'culturele' banden en de organisatorische betrekkingen tussen beide, alsook het personeelsbeleid, de ideële banden, de commerciële raakvlakken, de financiële en fiscale betrekkingen en samenwerking op het vlak van technologie en *R&D*. Aanwijzingen voor een nauwe verwevenheid zouden kunnen voortvloeien uit bijvoorbeeld de mate waarin de moeder zich inmengt in de dagelijkse gang van zaken bij de dochter, het gezamenlijk gebruikmaken van één kantoor dan wel van dezelfde toeleveranciers, dienstverleners, aannemers, enz., het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening, de mate waarin de moeder namens de dochter contracteert, het bestaan van 'dubbelrollen' voor bestuurders of ander kaderpersoneel, het mede namens de andere vennootschap ondertekenen van berichtgeving.[203]

De enkele verwevenheid is op zichzelf echter onvoldoende grond voor vereenzelviging; er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden die de vereenzelviging rechtvaardigen. Welke de bijzondere omstandigheden zijn die aanleiding kunnen geven voor vereenzelviging van moeder- en dochtermaatschappij is afhankelijk van de concrete feiten en omstandigheden van het geval en dus moeilijk in algemene zin te zeggen. Een belangrijke (maar niet beslissende) factor kan zijn het feit dat de moedermaatschappij krachtens aandelenbezit beslissende zeggenschap kan uitoefenen in de dochter. Andere elementen die een rol kunnen spelen zijn: vermogensvermenging, opgewekte schijn van (mede)gebondenheid of bevoegdheid, toezeggingen, wets- of rechtsontduiking, misbruik van vennootschapsrecht dan wel het verschuilen achter de rechtspersoonlijkheid en de statutaire doelomschrijvingen van de betrokken vennootschappen.[204] In die gevallen dat er gronden zijn voor

---

[200] Een wettelijke basis kan bijvoorbeeld gevonden worden in de artt. 2:138/248 BW inzake bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement van de venootschap als gevolg van onbehoorlijk bestuur en art. 2:11 inzake de bestuurder-rechtspersoon; zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/836.

[201] HR 9 juni 1995, NJ 1996/213 (Krijger/Citco), r.o. 3.3.

[202] HR 13 oktober 2000, NJ 2000/698, m.nt. J.M.M. Maeijer (Rainbow). In het betreffende arrest ziet de Hoge Raad echter geen reden voor vereenzelviging: "*Het door het Hof geconstateerde misbruik bestaat hierin dat De Wit met het doen eindigen van de ondernemingsactiviteiten van Démarrage en het doen voortzetten van dezelfde activiteiten door Rainbow, naar 's Hofs oordeel geen ander oogmerk had dan de fiscus als crediteur te benadelen, en wel door het verijdelen van (verder) verhaal van de Ontvanger op het vermogen van Démarrage. Een dergelijke op benadeling van een bepaalde crediteur gerichte handelswijze is onrechtmatig jegens deze crediteur en verplicht dan ook de (rechts)personen die voor deze handelwijze verantwoordelijk zijn, tot vergoeding van de schade welke die crediteur als gevolg daarvan lijdt. Dit betekent echter niet dat de omvang van deze schade zonder meer gelijk is aan het bedrag van de vordering waarvan men het verhaal wilde verijdelen. Reeds hierom is een vereenzelviging als door het Hof in het onderhavige geval voor mogelijk wordt gehouden, een vorm van redres die te ver gaat*".

[203] Deze voorbeelden zijn mede geïnspireerd op: Van Rooij 1990.

[204] Zie nader en met verdere verwijzingen naar jurisprudentie: Bartman & Dorresteijn 2013, p. 295-302.

vereenzelviging en er bovendien (een krasse vorm van) misbruik gemaakt is van het identiteitsverschil tussen de twee vennootschappen kan er reden zijn voor doorbraak van aansprakelijkheid in de zin van het aannemen van aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor de schulden (en, in bredere zin: de gedragingen) van de dochtermaatschappij.[205]

Van belang om te vermelden is dat lagere rechters iets minder terughoudend lijken te zijn dan de Hoge Raad waar het gaat om het aannemen van doorbraak van aansprakelijkheid in concernverband.[206] Maeijer e.a. stellen zelfs dat directe doorbraak van aansprakelijkheid in het verleden "*veel te ruimhartig*" aanvaard is in verschillende uitspraken ter zake van schade wegens bodemverontreiniging.[207] De Hoge Raad zelf echter heeft de mogelijkheid van doorbraak van aansprakelijkheid in het kader van milieuaansprakelijkheid op grond van enkel de nauwe verwevenheid tussen de aan te spreken onderneming en haar bedrijfsvoorganger, verworpen.[208] Ook in de arbeidsrechtelijke context worden zo nu en dan vorderingen ingesteld op grond van doorbraak van aansprakelijkheid door werknemers van (failliete) dochtermaatschappijen tegen moedermaatschappijen (met het oog op bijvoorbeeld het verkrijgen van niet-uitbetaald loon, vakantiegeld en ontslagvergoeding en/of naleving van met de dochter gemaakte afspraken), maar deze vorderingen worden niet snel toegekend.[209]

De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State lijkt daarentegen weer een minder streng criterium aan de dag te leggen voor vereenzelviging: daarvoor is plaats in bestuursrechtelijke zaken "[…] *wanneer vaststaat dat de belangen van de één identiek zijn aan de belangen van de ander en daarover voor andere betrokkenen in het rechtsverkeer geen enkele onduidelijkheid of onzekerheid kan bestaan*"; misbruik van het identiteitsverschil is niet vereist.[210] Ook op verschillende andere rechtsgebieden, zoals het belastingrecht en het mededingingsrecht lijkt het vereenzelvigingsleerstuk ruimhartiger te worden toegepast dan in het civiele recht.[211] Daarnaast is het volgens Bartman en Dorresteijn aannemelijk dat vereenzelviging eerder zal worden toegepast waar het gaat om het voorkomen van de omzeiling van dwingende rechtsplichten, dan waar het gaat om het vestigen van aansprakelijkheid.[212]

In de literatuur wordt wel gepleit voor een minder terughoudende opstelling ten aanzien van doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen, in het bijzonder in gevallen waar het gaat om de mogelijkheden tot verhaal niet zozeer van contractuele schuldeisers van de dochtermaatschappij, maar van zgn. *involuntary creditors* zoals slachtoffers van een door de dochter gepleegde onrechtmatige daad. Sommige auteurs pleiten er zelfs voor dat met betrekking tot internationale groepsverbanden het huidige systeem, dat als uitgangspunt heeft de eigen verantwoordelijkheid van de afzonderlijke juridische entiteiten, verlaten zou moeten worden ten gunste van een benadering waarin de groep gezien wordt als één economische eenheid waarin iedere deelnemer in beginsel verantwoordelijk gehouden kan worden voor de gedragingen van de andere deelnemers.[213] Hieraan ligt ten grondslag de gedachte dat de traditionele noties van gescheiden rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid zich slecht verhouden tot de huidige werkelijkheid van sterk geïntegreerde

---

[205] Zie nader en met verdere verwijzingen naar jurisprudentie: Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/835.

[206] Zie voor enkele voorbeelden van geslaagde beroepen op vereenzelviging voor lagere rechters sinds het *Rainbow*-arrest bijvoorbeeld: Bartman & Dorresteijn 2013, p. 297.

[207] Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/836.

[208] HR 3 november 1995, NJ 1996, 215, m.nt. J.M.M. Maeijer (Roco/De Staat).

[209] Vgl. bijvoorbeeld HR 1 december 2000, *JAR* 2001/12 (Fugro/Kenkhuis) en Hof Den Bosch 21 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX5646.

[210] Hof Arnhem 4 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX6589.

[211] Zie voor de benadering van het doorbraak van aansprakelijkheid-leerstuk door het Europees Hof van Justitie op het gebied van het mededingingsrecht bijvoorbeeld: Europees Hof van Justitie, zaak C-97/08, 2009 E.C.R. I-8237 (Azko Nobel NV v. Commission), par. 55, 58-62.

[212] Bartman & Dorresteijn 2013, p. 302.

[213] Zie bijvoorbeeld: Eijsbouts 2010. Zie ook, uitgebreid: Dearborn 2009; Blumberg 2001.

(internationale) groepsverbanden, alsook de realisatie dat het te makkelijk is geworden om de concernstructuur te gebruiken om de legitieme aanspraken van derden wiens belangen geschonden zijn als gevolg van de concernactiviteiten, te frustreren.[214]

Een dergelijk systeem van (*multinational) enterprise liability* zou in de praktijk een vorm van strikte aansprakelijkheid kunnen inhouden voor de moedermaatschappij van een multinationaal concern voor schadelijke consequenties van de concernactiviteiten aangezien deze binnen haar risicosfeer liggen en zij er profijt van heeft.[215] Het leerstuk heeft echter vooralsnog maar zeer beperkt ingang gevonden in wetgeving en rechtspraak in westerse landen, waaronder Nederland. Desalniettemin is en blijft het een onderwerp dat, in het kader van de nationale en internationale discussies over internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen en over bedrijven & mensenrechtenschendingen, hoog op het verlanglijstje van maatschappelijke belangenorganisaties staat. In de afwezigheid tot dusverre van concrete juridische aanknopingspunten in dit verband en gezien de zeer terughoudende benadering van het hier besproken leerstuk van doorbraak van aansprakelijkheid, lijkt het erop dat de mogelijkheden om gedragingen van een dochtermaatschappij in groepsverband toe te rekenen aan haar moedermaatschappij echter vooralsnog gezocht moeten worden in het civiele aansprakelijkheidsrecht en niet in het rechtspersonenrecht of het vennootschapsrecht.

Tot slot zij hier opgemerkt dat de (beperkte) mogelijkheid tot het aansprakelijk stellen van een moedermaatschappij voor gedragingen van haar dochter op grond van het vennootschapsrechtelijke leerstuk van doorbraak van aansprakelijkheid strikt gescheiden moet worden van de in par. 2.4.3 te bespreken mogelijkheden om te komen tot aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van het civiele aansprakelijkheidsrecht (in het bijzonder de onrechtmatigedaadsbepaling van art. 6:162 BW). Stelplicht en bewijslast verschillen aanzienlijk bij beide constructies. Zo zal de eiser bij een doorbraak-vordering moeten aantonen dat er sprake is van een zodanig uitzonderlijk misbruik van het identiteitsverschil tussen moeder en dochter, dat dit een doorbraak op grond van vereenzelviging rechtvaardigt. Wordt het beroep op vereenzelviging toegewezen, dan is de omvang van de schade in beginsel gegeven (want gelijk aan de schuld van de dochter) en rust op de eisende partij geen bijzondere stelplicht of bewijslast meer ten aanzien van de causaliteit. Lennarts spreekt in dit verband van de 'botte bijl' van de doorbraak van aansprakelijkheid (vereenzelviging) versus het 'fileermes' van de onrechtmatige daad.[216]

Daarnaast kan het verschil in grondslag leiden tot de toepasselijkheid van verschillende regels van internationaal privaatrecht en daarmee tot verschillende uitkomsten voor wat betreft de rechterlijke bevoegdheid en het toepasselijk recht. Alhoewel een op het onrechtmatigedaadsrecht gestoelde vordering tegen de moedermaatschappij in beginsel beheerst zal worden door de *lex loci delictus* en de *lex loci damni* meer in het bijzonder (zie nader par. 2.4.2), rijst de vraag of datzelfde geldt voor een op het vennootschapsrechtelijke leerstuk van doorbraak van aansprakelijkheid gestoelde vordering. Wordt een dergelijke vordering wellicht beheerst door de *lex societatis*? Alhoewel hier niet echt duidelijkheid over bestaat in de literatuur, lijkt dit op het eerste gezicht een voor de hand liggende oplossing.[217] Recente rechtspraak van het Europees Hof van Justitie in het kader van de bevoegdheidsbepalingen van de Brussel I-Verordening lijkt daarentegen echter te suggereren dat vorderingen waarbij getracht wordt een bestuurder en een aandeelhouder aansprakelijk te stellen voor de schulden van een vennootschap, ongeacht de specifieke grondslag, wellicht beoordeeld dienen te worden op basis van de

[214] Zie nader en met verdere verwijzingen: Enneking 2012, p. 184-186.
[215] Van Rooij 1990, p. 189.
[216] Lennarts 1999 p. 173-243.
[217] Zie bijvoorbeeld, met verdere verwijzingen: Lennarts 1999 p. 329-333, 362-364.

lex loci delicti, meer in het bijzonder de plaats waar de bedrijfsactiviteiten zijn verricht en de schulden zijn aangegaan.[218]

Toerekening van kennis aan of tussen rechtspersonen

Tot slot kan in deze context nog relevant zijn de mogelijkheid van toerekening van kennis aan of tussen rechtspersonen. Allereerst rijst in dit kader de vraag wanneer de kennis van de functionaris van een rechtspersoon geldt als de kennis van die rechtspersoon zelf. Hiervoor geldt in beginsel hetzelfde als voor de in par. 2.1 al besproken toerekening van gedragingen; geldt de kennis van de functionaris in het maatschappelijk verkeer als kennis van de rechtspersoon, dan kan zij aan de rechtspersoon toegerekend worden als 'eigen' kennis.[219] Of de kennis van een functionaris in een concreet geval in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft als de kennis van de rechtspersoon hangt af van alle omstandigheden van het geval.

Welke omstandigheden relevant zijn blijft onduidelijk aangezien de Hoge Raad in dit verband nog geen duidelijke regel heeft geformuleerd. In beginsel mag daarbij als uitgangspunt genomen worden dat de kennis van een (lid van een) orgaan van een rechtspersoon vrijwel steeds aan de rechtspersoon kan worden toegerekend, zeker als het gaat om (een lid van) het bestuur van een vennootschap. Hetzelfde kan gezegd worden ten aanzien van kennis van personen die geen deel uitmaken van een orgaan van de rechtspersoon, maar feitelijk tot de bedrijfsleiding horen, zoals de feitelijke bestuurders en de leden van het *senior management*.[220] Een verdere omstandigheid die volgens Verbunt en Van den Heuvel toerekening van wetenschap van een functionaris meer waarschijnlijk kan maken, is het feit dat "[…] *de wetenschap betrekking heeft op risico's die derden lopen die daar niet op bedacht zijn en dat ook niet hoeven te zijn, terwijl de risico's waaraan die derden worden blootgesteld samenhangen met ondernemingsactiviteiten waarbij de rechtspersoon een eigen belang heeft*".[221]

Wat betreft de toerekening aan de rechtspersoon van kennis van andere functionarissen blijft er veel afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Katan heeft aan de hand van rechtspraak en literatuur een vuistregel ontwikkeld voor 'standaardgevallen', dat wil zeggen gevallen waarin de functionaris die kennis draagt die van belang is voor de rechtsverhouding tussen de rechtspersoon en een derde in zekere mate betrokken is bij die rechtsverhouding. In dergelijke gevallen mag de kennis van de functionaris in beginsel toegerekend worden aan de rechtspersoon als de functionaris mede als taak of verantwoordelijkheid heeft om actie te ondernemen naar aanleiding van die kennis.[222] Asser/Maeijer & Kroeze lijken een ander vertrekpunt te kiezen dan het onderscheid tussen organen en andere functionarissen; ruime of terughoudende toerekening van kennis hangt af van de strekking van de norm waarvoor een kenniselement is vereist.[223]

Vervolgens rijst de vraag of er ook andere mogelijkheden zijn om kennis toe te rekenen aan of tussen rechtspersonen, in het bijzonder waar het gaat om toerekening van kennis tussen of aan verschillende vennootschappen in concernverband. Tjittes noemt allereerst in algemene zin de mogelijkheid dat een organisatie 'eigen' wetenschap heeft die bijvoorbeeld besloten ligt in het aanvaarden van bepaalde

---

[218] Europees Hof van Justitie 18 juli 2013, zaak C-147/12 (Öfab v. Frank Koot, Evergreen Investments B.V.). Zie voor een verdere bespreking van deze uitspraak: Van Hoek 2013.

[219] Zie nader: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/93.

[220] Zie bijvoorbeeld: Verbunt & Van den Heuvel 2007, p. 216-219; Tjittes 2001, p. 39-44.

[221] Verbunt & Van den Heuvel 2007, p.218.

[222] Relevant (of, in ieder geval: meest relevant) zijn dus: 1) de kennis van de functionaris, 2) de betrokkenheid van de functionaris bij het te beoordelen aspect van de rechtsverhouding en 3) de taak van de functionaris om naar aanleiding van de relevante informatie maatregelen te nemen, al dan niet bestaand uit het doorgeven van de informatie aan een beslissingsbevoegde functionaris. Zie nader en met verdere verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie: Katan 2014.

[223] Zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/93.

gebruikelijke gedragingen; "[f]*eiten die tijdens het normale productieproces in het kader van een normale bedrijfsvoering plaatsvinden, worden naar verkeersopvattingen geacht bekend te zijn bij de onderneming*" en hoeven niet via een functionaris aan de organisatie toegerekend te worden.[224] Daarnaast is volgens Lennarts sterk in opkomst "[…] *de gedachte dat complexe organisaties waarin arbeidsdeling plaatsvindt ervoor moeten zorgen dat kennis niet versplinterd raakt, maar dat zij behoorlijk wordt gemanaged, dat zij in goede banen wordt geleid*".[225] Volgens Tjittes hangen de concrete eisen die gesteld mogen worden aan het informatiemanagement binnen de organisatie enerzijds af van de omvang van de organisatie en de mate van professionaliteit en anderzijds van de aard en ernst van de kenbare gevaren van de activiteit.[226]

Ook binnen concernverhoudingen vindt onder omstandigheden toerekening van kennis plaats, bijvoorbeeld van een dochtermaatschappij aan haar moeder in het kader van een doorbraak-vordering of in het kader van een onrechtmatigedaadsvordering waarbij de moeder aansprakelijk gesteld wordt voor schade veroorzaakt door de activiteiten van haar dochter (zie hierover par. 2.4.3).[227] Hier lijkt vooral grond voor te bestaan in gevallen dat de moeder zich intensief bemoeit of bemoeid heeft met de gang van zaken bij de dochter. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de moeder een dubbelrol vervult door naast de aandeelhoudersrol ook de rol van feitelijk bestuurder van de dochter op zich te nemen. Lennarts voorspelt dat de gedachte van zorgvuldig kennismanagement binnen complexe organisaties met name voor het aannemen van kennis bij concernvennootschappen een steeds grotere rol zal gaan spelen.[228]

2.3.4 Conclusie

Wat zijn naar Nederlandse wetgeving en jurisprudentie de verplichtingen van het bestuur en de RvC van een Nederlandse onderneming in het kader van (I)MVO? Het antwoord op deze vraag ligt besloten in het ondernemingsrecht, meer specifiek in het vennootschapsrecht van Boek 2 BW en de Nederlandse Corporate Governance Code. Van belang is dat het ondernemingsrecht als rechtsgebied primair ziet op de bescherming van de (langetermijn) belangen van de onderneming zelf en op de manier waarop de direct bij de onderneming betrokkenen (aandeelhouders, bestuurders, commissarissen en in sommige gevallen ook werknemers en crediteuren) zich verhouden tot de onderneming en tot elkaar. Het biedt een juridisch kader waarbinnen ondernemingen in beginsel zoveel mogelijk vrij gelaten worden en waar mogelijk gefaciliteerd worden om de eigen economische belangen na te streven. Toch is er ook binnen het ondernemingsrecht wel oog voor de impact die economische activiteiten kunnen hebben op de omgeving, waarbij in deze context dan in het bijzonder gedacht wordt aan werknemers, crediteuren, het milieu en de maatschappij, veelal in een nationale context.

De taak van het bestuur van een vennootschap is om de vennootschap te besturen; de taak van de raad van commissarissen is om toezicht te houden op het beleid en de algemene gang van zaken in de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Bij de uitoefening van hun onderscheiden taken dienen zij zich primair te richten naar het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. De grenzen van de bevoegdheden die hun toekomen bij het uitoefenen van hun taken

---

[224] Tjittes 2001, p. 45.

[225] Lennarts 2002.

[226] Zie nader: Tjittes 2001, p. 45-48.

[227] Zie bijvoorbeeld: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NLGHARL:2014:6766, *JOR* 2014/265. Het betreft een geval waarin een moedervennootschap en een dochtervennootschap aansprakelijk worden gesteld door een crediteur van de dochtervennootschap. De moedervennootschap heeft deelgenomen aan een kartel en de autoriteiten hebben de moedervennootschap naar aanleiding daarvan een boete opgelegd. De crediteur van de dochtervennootschap stelt als gevolg van de prijsafspraken schade te hebben geleden. De vraag die in de procedure voorligt is of de kennis over de kartelafspraken bij de moeder ook aan de dochtervennootschap kan worden toegerekend. Het hof beantwoordt deze vraag bevestigend.

[228] Lennarts 2002, p. 64-68, 70.

zijn enerzijds gelegen in de statutaire doelomschrijving van de vennootschap en anderzijds in de wet. De vennootschap wordt geacht om minimaal één maal per jaar verantwoording en rekenschap af te leggen over de gang van zaken aan de aandeelhoudersvergadering. Deze heeft op zijn beurt onder meer de bevoegdheid om bestuurders te benoemen en te ontslaan en om de statuten te wijzigen.

In hoeverre bestaat binnen deze structuur de mogelijkheid of zelfs de verplichting voor bestuurders en commissarissen om hun acties en besluiten in het kader van hun taken binnen de vennootschap af te stemmen op de belangen van niet bij de onderneming betrokken derden, zoals IMVO-stakeholders, in het bijzonder waar deze belangen niet parallel lopen aan het belang van de onderneming? Dat is de vraag waar het hier uiteindelijk om draait. De verplichting voor bestuurders en commissarissen om zich bij de uitvoering van hun taken aan de wet te houden betekent dat zij de mens- en milieugerelateerde belangen van derden in acht moeten nemen voor zover de wettelijke regels die op hun activiteiten van toepassing zijn dat voorschrijven. Maar in gevallen dat het gaat om activiteiten in situaties waarvoor geen duidelijk wettelijk kader bestaat, zoals veelal het geval zal zijn in de IMVO-context (zie par. 1.3.1) rijst de vraag hoe ver zij moeten en mogen gaan om dergelijke belangen te ontzien of zelfs te bevorderen, zeker als dit nadelig is of kan zijn voor de meer direct bij de vennootschap betrokken *stakeholders* ten aanzien waarvan zij wel een wettelijke taak hebben.

Aanwijzingen zijn te vinden in de discussie over de uitleg van het begrip vennootschappelijk belang, in de algemene zorgvuldigheidsnorm van art 2:8 BW, in de Nederlandse Corporate Governance Code en in de wettelijke bepalingen met betrekking tot externe verslaglegging.

Het begrip vennootschappelijk belang zoals dat wordt geïnterpreteerd in Nederlandse rechtspraak en literatuur biedt in beginsel ruimte tot het meewegen van externe belangen. De reikwijdte van de externe belangen die hiervoor in aanmerking komen, is in de praktijk echter waarschijnlijk beperkt tot de belangen van werknemers en schuldeisers. Voor een bredere uitleg die ook de belangen van (meer externe) IMVO-stakeholders zou kunnen omvatten, zoals lokale omwonenden, lokale werknemers van dochtermaatschappijen of zakenpartners, lokale gemeenschappen, het lokale milieu, bestaan (vooralsnog) weinig aanwijzingen.

Uit de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 2:8 BW vloeit voort dat bestuurders en commissarissen bij de uitvoering van hun taken zorgvuldigheid dienen te betrachten ten aanzien van de (kenbare) belangen van derden, zelfs als deze niet als zodanig deel uitmaken van het belang van de vennootschap. In het kader van deze norm zijn de laatste jaren in de rechtspraak verschillende zorgplichten ontwikkeld van vennootschappen en hun organen jegens derden. Hoewel het in eerste instantie alleen ging om de belangen van derden die bij de aan de vennootschap verbonden onderneming betrokken zijn, lijkt dit criterium inmiddels verruimd te zijn.

De vraag welke verplichtingen uit deze algemene zorgvuldigheidsnorm kunnen worden afgeleid, is steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Ook hier moet er echter op gewezen worden dat er noch in de wet noch in de rechtspraak aanknopingspunten bestaan voor de gedachte dat het inmiddels heersende leer zou zijn dat de belangen van buitenvennootschappelijke derden, zoals leveranciers, bewoners van bepaalde gebieden en (I)MVO-stakeholders, onder de reikwijdte van art. 2:8 BW vallen. Het uitgangspunt blijft vooralsnog dat de kring van belanghebbenden waarop dit artikel ziet geen 'willekeurige' derden omvat, maar slechts een beperkte kring van personen, onder wie bijvoorbeeld aandeelhouders, certificaathouders, commissarissen, bestuurders, obligatiehouders en wellicht leden van de ondernemingsraad.

De Nederlandse Corporate Governance Code bevat principes en *best practices* met betrekking tot goede corporate governance voor beursgenoteerde ondernemingen. De Code is niet bindend, maar heeft wel

enkele juridische consequenties, zoals de verplichting voor beursvennootschappen om in hun jaarverslag mededeling te doen over de naleving ervan volgens het *comply or explain* principe. Relevant voor de (I)MVO-context is dat bestuurders en commissarissen volgens de Code een verantwoordelijkheid hebben om bij het voeren van beleid ook de belangen van onder meer werknemers, de overheid en maatschappelijke groeperingen te betrekken. Het uitgangspunt hierbij is en blijft wel de continuïteit van de onderneming zelf. Interessant is verder nog de op bestuurders rustende verantwoordelijkheid voor beheersing van de risico's die aan de ondernemingsactiviteiten zijn verbonden; hierbij kan ook gedacht worden aan IMVO-gerelateerde risico's, die immers tot schadeclaims of handhaving door nationale autoriteiten kunnen leiden, alsmede tot aanzienlijke reputatieschade. Opgemerkt dient echter te worden dat de commissie die toeziet op de naleving van de Code recent heeft aangegeven dat in de praktijk slechts een klein aantal vennootschappen MVO daadwerkelijk in de strategie heeft geïntegreerd en hierover rapporteert en dat bij de meeste vennootschappen de uiteenzetting van MVO-beleid onvoldoende is uitgewerkt. Zij adviseert herziening van de Code met aandacht voor de vraag welke rol de code speelt ten aanzien van MVO en hoe de naleving ervan kan worden verbeterd.

Wat betreft externe verslaglegging geldt dat grote rechtspersonen in hun jaarverslag naast financiële ook niet-financiële prestatie-indicatoren (waaronder milieu- en personeelsaangelegenheden) dienen te vermelden, voor zover dat noodzakelijk is voor een goed begrip van de ontwikkeling, de resultaten of de positie van de rechtspersoon en groepsmaatschappijen. De regeling, die gebaseerd is op EU-regelgeving, stelt geen concrete indicatoren of vereisten, wat betekent dat de resultaten moeilijk meetbaar of vergelijkbaar zijn. Bovendien ontbreekt een mechanisme om de betrouwbaarheid van de gepubliceerde informatie te controleren, zoals een onafhankelijk deskundige.

Vanaf (naar verwachting) januari 2017 zullen grote ondernemingen op basis van een nieuwe EU-richtlijn verplicht zijn jaarlijks openbaar te rapporteren over hun bedrijfsbeleid ten aanzien van milieu, sociale en personeelsaangelegenheden, mensenrechten en de bestrijding van corruptie en omkoping. Daarbij moet ook aandacht besteed worden aan de resultaten van dat beleid, de voornaamste risico's ten aanzien van deze onderwerpen, de manier waarop deze risico's worden beheerst en niet-financiële essentiële prestatie-indicatoren. Deze informatie dient verstrekt te worden in de mate waarin dit noodzakelijk is voor een goed begrip van de ontwikkeling, de resultaten en de positie van de onderneming, alsmede van de effecten van haar activiteiten. De rapportageplicht is vormvrij en gebaseerd op het *comply or explain* principe.

Uit sommige van de hier besproken instrumenten in theorie mogelijkheden voortvloeien voor (zeer beperkte) verplichtingen voor het bestuur en de RvC van Nederlandse vennootschappen om rekening te houden met MVO-gerelateerde belangen, zoals bijvoorbeeld de belangen van werknemers. In de praktijk is de rol van deze instrumenten in de MVO-context en zeker in de IMVO-context vooralsnog echter zeer beperkt als gevolg van het ontbreken van concrete wettelijke normen en/of jurisprudentie die duidelijkheid bieden over het al dan niet bestaan en de omvang van eventuele verplichtingen op dit gebied. Een belangrijke uitzondering is de nieuwe EU-richtlijn inzake transparantie over niet-financiële prestatie-indicatoren, die specifiek aandacht heeft voor de effecten van de activiteiten van bepaalde grote vennootschappen op mens en milieu.

Daarnaast geldt dat het ondernemingsrecht IMVO-stakeholders slechts in heel beperkte mate mogelijkheden biedt om deze (veelal dus vage) verplichtingen af te dwingen. Dit hangt samen met het feit dat het ondernemingsrecht niet primair is ingericht ter bescherming van de belangen van 'externe' belanghebbenden, zoals (potentiële) slachtoffers van mens- en milieugerelateerde normschendingen en ngo's. In beginsel gelden de meeste van de verplichtingen voor het bestuur en de RvC jegens de vennootschap, andere organen of aandeelhouders, wat dus betekent dat zij zich slechts lenen voor

handhaving door deze partijen (bijvoorbeeld: activistische aandeelhouders). Slechts een zeer beperkt aantal van de bestaande handhavingsmogelijkheden leent zich voor gebruik door IMVO-stakeholders.

Allereerst is er de mogelijkheid om een bestuurder of commissaris op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk te stellen voor schadelijk bestuursbeleid en/of commissarissentoezicht. Voor aansprakelijkheid op deze grondslag geldt in deze context echter een strenge maatstaf; een dergelijke vordering is slechts toewijsbaar indien aannemelijk gemaakt kan worden dat er sprake is van ernstig verwijtbaar onrechtmatig handelen van de aangesproken bestuurder of commissaris. Daarnaast is er de mogelijkheid dat iemand die een redelijk belang heeft bij de naleving van een verplichting die niet wordt nagekomen, een vordering instelt tot vernietiging van een besluit van een orgaan van de rechtspersoon. De gronden waarop een besluit vernietigd kan worden zijn echter beperkt en niet toegesneden op de IMVO-context. Bovendien zal vernietiging van een specifiek besluit (beleid kan op deze grond niet in kwestie gesteld worden) vaak geen afdoende rechtsmiddel zijn voor benadeelden in de IMVO-context (waar het veelal gaat om gevallen van personenschade, zaakschade en milieuschade).

Voorts kan nog gedacht worden aan het handhavingsmechanisme van het enquêterecht, dat in gevallen waarin gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken binnen een vennootschap kan strekken tot sanering, herstel van verhoudingen, transparantie en vaststelling wie verantwoordelijk is voor wanbeleid. Alhoewel het enquêterecht in theorie, in combinatie met de 'zachte' verplichtingen uit de Corporate Governance Code, een mogelijkheid biedt voor IMVO-stakeholders om beursvennootschappen te dwingen om rekening te houden met IMVO-gerelateerde belangen, kunnen slechts een beperkt aantal partijen een enquêteverzoek instellen. Het gaat om de vennootschap zelf, bepaalde aandeelhouders, werknemers via vakorganisaties en de advocaat-generaal om redenen van algemeen belang.

Daarnaast is de werking van het enquêterecht beperkt in een internationale context, aangezien een dergelijke procedure slechts verzocht kan worden ten aanzien van een Nederlandse vennootschap. Dit neemt niet weg dat de Ondernemingskamer onder omstandigheden bijvoorbeeld gegevens omtrent het IMVO-beleid van een buitenlandse dochter zou kunnen betrekken bij de beantwoording van de vraag of sprake is van wanbeleid bij de moeder. Hoewel geen voorzieningen getroffen kunnen worden ten aanzien van buitenlandse dochtervennootschappen, bestaan er wel mogelijkheden voor de Ondernemingskamer om indirect invloed uit te oefenen op het IMVO-beleid bij een dochter, bijvoorbeeld door benoeming van een bestuurder of commissaris bij de moedermaatschappij. Dit zou in theorie mogelijkheden kunnen bieden in geval van ernstige en aanhoudende IMVO-normschendingen in het kader van de activiteiten van de dochter. Er is geen rechtspraak voorhanden die laat zien dat iets dergelijks al eens gebeurd is met het oog op de bescherming van IMVO-gerelateerde belangen.

Tot slot bestaat er nog de mogelijkheid om bestuurders aansprakelijk te stellen als de in het jaarverslag vermelde informatie omtrent maatschappelijk verantwoord ondernemen misleidend is. Hierop kan een beroep gedaan worden door derden die schade hebben geleden als gevolg van de misleiding. Dit zullen echter doorgaans geen typische IMVO-stakeholders zijn, maar bijvoorbeeld aandeelhouders die schade lijden in de vorm van waardevermindering van hun aandelen als gevolg van betrokkenheid bij een IMVO-schandaal van een vennootschap die in het jaarverslag pretendeert op een verantwoorde manier met IMVO-risico's om te gaan. Daarnaast kan door een ruimere kring van belanghebbenden nakoming van transparantieverplichtingen afgedwongen worden via een vordering daartoe bij de Ondernemingskamer. Ook bestaat er in theorie de mogelijkheid tot strafrechtelijk ingrijpen wegens niet-naleving van transparantieverplichtingen; in de praktijk zal het belang om hiertoe over te gaan klein zijn omdat het slechts een overtreding betreft en een uiteindelijke veroordeling daarom niet een sterk normerend effect zal hebben.

Al met al kan gezegd worden dat er uit het Nederlandse vennootschapsrecht slechts weinig concrete verplichtingen voortvloeien voor bestuurders en commissarissen van Nederlandse vennootschappen om rekening te houden met de IMVO-gerelateerde belangen van derden waar dat niet reeds verplicht is op grond van lokale wettelijke normen ter bescherming van mens en milieu tegen de mogelijke negatieve effecten van bedrijfsactiviteiten. Daarnaast zijn de handhavingsmogelijkheden in deze context voor IMVO-stakeholders zeer beperkt. De beste mogelijkheden lijken momenteel gelegen te zijn in de mogelijkheid voor 'activistische IMVO-aandeelhouders' om via hun zeggenschapsrechten het vennootschapsbeleid op het gebied van IMVO te beïnvloeden. Daarbij geldt echter wel dat voor bijvoorbeeld het agenderen van onderwerpen geldt dat dit ondersteund moet worden door aandeelhouders die ten minste 3% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Bij grote beursvennootschappen is dit een drempel die alleen voor grote institutionele beleggers haalbaar lijkt te zijn.

Waar het gaat om zorgplichten van bestuurders en commissarissen jegens buitenlandse IMVO-stakeholders kunnen onder omstandigheden nog relevant zijn de specifieke normen en handhavingsmogelijkheden die bestaan binnen de context van concernverhoudingen. In veel gevallen gaat het in IMVO-verband immers om de eventuele negatieve gevolgen van bedrijfsactiviteiten in gastlanden, die daar veelal worden uitgevoerd door lokale dochtermaatschappijen of handelspartners van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen. Uitgangspunt is hier echter dat zowel de moedermaatschappij als haar (buitenlandse) dochtermaatschappijen zelfstandige dragers zijn van rechten en plichten.

Hoewel het concern in economisch opzicht vaak één geheel vormt, zijn de verschillende rechtspersonen binnen het concern juridisch gezien gescheiden entiteiten die in beginsel niet aansprakelijk gesteld kunnen worden voor elkaars schulden of gedragingen. Hoewel door sommige auteurs wel wordt aangenomen wordt dat op (het bestuur van) een moedervennootschap een concernleidingsplicht rust, is twijfelachtig of derden ook rechten zouden kunnen ontlenen aan een dergelijke verplichting. Wat betreft rapportageverplichtingen kan in deze context nog gewezen worden op het feit dat de moedermaatschappij die een geconsolideerde jaarrekening moet opstellen, daarin onder omstandigheden ook melding zal moeten maken van milieu- en personeelsaangelegenheden die noodzakelijk zijn voor een goed begrip van de ontwikkeling, de resultaten of de positie van de moeder en van haar dochtermaatschappijen.

Met betrekking tot handhavingsmogelijkheden in concernverband geldt dat vorderingen op grond van het ondernemingsrechtelijke leerstuk van doorbraak van aansprakelijkheid in de praktijk slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden gehonoreerd worden. Dat betekent dat IMVO-stakeholders die een moedermaatschappij van een multinationaal concern aansprakelijk willen stellen voor schade aangericht aan mens- en milieugerelateerde belangen elders, in beginsel aangewezen zijn op bijvoorbeeld de mogelijkheden die het algemene onrechtmatigedaadsrecht (art. 6:162 BW) daartoe biedt (waarover nader par. 2.4.3). Interessant is daarbij nog wel de mogelijkheid van toerekening van kennis van bijvoorbeeld een dochtermaatschappij aan haar moeder, bijvoorbeeld in gevallen dat de moeder zich intensief bemoeit of bemoeid heeft met de gang van zaken bij de dochter.

2.4 CIVIELRECHTELIJKE ZORGPLICHTEN VAN EEN NEDERLANDSE ONDERNEMING IN HET KADER VAN IMVO

2.4.1 Inleiding

Zoals besproken in hoofdstuk 1, worden rechters in Westerse landen de laatste jaren steeds vaker geconfronteerd met zgn. '*foreign direct liability claims*', waarin de vraag naar de civielrechtelijke zorgplichten van internationaal opererende ondernemingen in het kader van IMVO centraal staat. Met het aanbrengen door Nigeriaanse boeren en Milieudefensie van de in par. 2.2 besproken procedure tegen Shell voor de rechtbank in Den Haag, heeft de wereldwijde tendens richting dit type procedures ook in Nederland zijn intrede gedaan. In deze paragraaf wordt besproken hoe de civielrechtelijke aansprakelijkheid van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen voor hun betrokkenheid bij schendingen van IMVO-normen, geregeld is in de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie.

Aangezien het in het hier besproken type civiele aansprakelijkheidsprocedures doorgaans gaat om (beweerdelijke) schendingen van IMVO-normen gepleegd in het buitenland door buitenlandse dochterondernemingen en/of ketenpartners van de betrokken Nederlandse ondernemingen (zie nader par. 1.3), komt ook het internationaal privaatrecht (IPR) om de hoek kijken. Een Nederlandse rechter zal in een dergelijke zaak immers slechts toekomen aan de vraag naar de civielrechtelijke zorgplichten van een Nederlandse onderneming in het kader van IMVO als hij rechtsmacht heeft ten aanzien van de aan hem voorgelegde vordering en als hij daarop Nederlands aansprakelijkheidsrecht moet toepassen. Daarnaast wordt de haalbaarheid van dit type procedures in belangrijke mate bepaald door de procedurele en praktische omstandigheden in het land waar zij worden aangebracht.

In deze paragraaf wordt tegen de achtergrond van civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures inzake schendingen van (I)MVO-normen gepleegd in het buitenland (hierna: extraterritoriale (I)MVO-normschendingen) allereerst ingegaan op de IPR-aspecten van dit type procedures (par. 2.4.2), zorgplichten en aansprakelijkheid van internationaal opererende ondernemingen voor eigen onrechtmatig gedrag (par. 2.4.3) en procedurele en praktische omstandigheden die in deze procedures veelal een belangrijke rol spelen (par. 2.4.4). Vervolgens wordt kort aandacht besteed aan enkele alternatieve gronden voor aansprakelijkheid die in de IMVO-context een rol kunnen spelen (par. 2.4.5). De paragraaf wordt afgesloten met een conclusie (par. 2.4.6).

2.4.2 IPR-aspecten[229]

Als een civiele aansprakelijkheidsprocedure die voor de Nederlandse rechter gebracht wordt niet alleen aanknopingspunten heeft met de Nederlandse rechtsorde maar ook met één of meer buitenlandse rechtsordes, bijvoorbeeld omdat het gaat om schade veroorzaakt buiten Nederland en/of omdat de procespartijen niet allen in Nederland gevestigd zijn, doet dit vragen rijzen naar enerzijds de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter en anderzijds de internationale geldingspretenties van het Nederlandse recht. Voor de oplossing van dit soort kwesties moet in beginsel gekeken worden naar het internationale bevoegdheidsrecht en het conflictenrecht zoals dat vastgelegd is in het nationale recht van de aangeroepen rechter. Vooral in de EU-context echter zijn verschillende internationale instrumenten tot stand gebracht met geünificeerde regels omtrent de IPR-aspecten van geschillen over privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen met een internationaal karakter. In Nederland geldt dat IPR-bepalingen uit voor Nederland bindende internationale en EU-regelingen in beginsel voor gaan op onze nationale (commune) IPR-bepalingen.[230]

[229] De tekst in deze paragraaf is grotendeels ontleend aan: Enneking 2014(2). Zie ook: Enneking 2012(1), p. 140-164, 205-229, 298-307, 318-327.

[230] Vgl. art. 10:1 BW, art. 1 Rv.

Een Nederlandse rechter die geconfronteerd wordt met een civiele aansprakelijkheidsprocedure inzake extraterritoriale MVO-normschendingen zal allereerst ambtshalve moeten toetsen of hij op grond van de voor Nederland geldende regels van internationaal bevoegdheidsrecht überhaupt bevoegd is om kennis te nemen van de zaak.[231] Komt hem op grond van die regels rechtsmacht toe, dan heeft hij (anders dan bijvoorbeeld zijn Amerikaanse collega's) in beginsel geen discretionaire bevoegdheid om af te zien van de uitoefening daarvan, bijvoorbeeld op grond van de overweging dat de procedure naar zijn mening beter door een rechter in een ander land afgedaan zou kunnen worden (*forum non conveniens*).[232] Bij de beoordeling van de procedure zal de Nederlandse rechter wat betreft procedurele aangelegenheden kijken naar het Nederlandse (burgerlijk proces)recht.[233] Dit betekent dat met de keuze om een civiele aansprakelijkheidsprocedure inzake schending van buitenlandse MVO-normen aan de Nederlandse rechter voor te leggen, ook een keuze wordt gemaakt voor Nederlandse regels ten aanzien van bijvoorbeeld proceskosten en bewijsverkrijging. Een dergelijke keuze kan het verloop en de uitkomst van het soort procedures dat hier centraal staat in belangrijke mate bepalen (zie nader par. 2.4.4).

Om vast te stellen welke materieelrechtelijke regels hij moet toepassen om te komen tot een oordeel over de in het geding zijnde aansprakelijkheidsvraag zal de Nederlandse rechter, wederom ambtshalve, moeten kijken naar de in Nederland geldende regels van internationaal conflictenrecht. Anders dan de hier te bespreken regels van internationaal bevoegdheidsrecht, die een beperkt formeel toepassingsgebied hebben[234], hebben de hier te bespreken regels van internationaal conflictenrecht een universeel formeel toepassingsgebied, wat betekent dat zij kunnen verwijzen naar zowel eigen (Nederlands) als enig vreemd (buitenlands) recht. Wijzen de toepasselijke conflictenrechtelijke regels vreemd recht aan als het toepasselijke recht, dan zal de rechter dat ambtshalve moeten toepassen.[235] Hij is in beginsel zelf verantwoordelijk voor het vaststellen van de inhoud van het vreemde recht, maar kan daarbij de hulp inroepen van gespecialiseerde instituten als het Internationaal Juridisch Instituut of van de bevoegde autoriteiten van het andere land; daarnaast kan hij partijen verzoeken inlichtingen over het buitenlandse recht te verschaffen. Dit neemt echter niet weg dat de verplichting tot vaststellen van de inhoud van het vreemde recht bij de rechter blijft liggen en dat de partijen dus niet verplicht kunnen worden om de inhoud van dat recht als feit te bewijzen.[236]

Bevoegdheid

Wordt een civiele aansprakelijkheidsprocedure inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen tegen een onderneming aangebracht voor de Nederlandse rechter, dan zal deze om te bepalen of hij rechtsmacht heeft eerst nagaan of de gedaagde onderneming woonplaats heeft in een EU-lidstaat in de zin van de herschikte Brussel I-Verordening (Brussel Ibis-Vo).[237] Is dat het geval, dan valt de procedure

---

[231] Art. 10:2 BW.

[232] Ten aanzien van procedures die binnen het (hierna verder te bespreken) Brussel I-regime vallen, heeft het Europese Hof van Justitie duidelijk aangegeven dat de rechters in de lidstaten niet (meer) vrijstaat om een vordering ten aanzien waarvan bevoegdheid bestaat af te wijzen op grond van *forum non conveniens*: HvJ EG 1 maart 2005, nr. C-281/02, NJ 2007/369 (Owusu / Jackson). In het Nederlandse commune bevoegdheidsrecht was deze mogelijkheid reeds komen te vervallen. Zie Ibili 2007. Zie ook: Enneking 2012, p. 140-145.

[233] Art. 10:3 BW.

[234] Hiermee wordt bedoeld dat zij slechts vaststellen of de aangeroepen rechter uit één van de bij het bevoegdheidsscheppende wetgevingsinstrument aangesloten staten bevoegd is en zich niet uitspreken over de bevoegdheid van rechters uit staten die daarbij niet aangesloten zijn.

[235] Art. 10:2 BW.

[236] Zie uitgebreid: Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/325, 334-335 (X.E. Kramer, H.L.E. Verhagen).

[237] Verordening (EU) Nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking). Deze Verordening vervangt sinds 10 januari 2015 de (voor bevoegdheid grotendeels gelijkluidende) Verordening (EG) nr. 44/2001 van de raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van

binnen het ruimtelijk toepassingsbereik daarvan en zal de bevoegdheidsvraag in beginsel moeten worden opgelost aan de hand van de regels van de Brussel Ibis-Vo. omtrent rechterlijke bevoegdheid in burgerlijke en handelszaken.[238] De Verordening hanteert een ruim woonplaats-begrip waar het gaat om vennootschappen en rechtspersonen, nu ervan uitgegaan wordt dat deze woonplaats hebben op de plaats van ofwel hun statutaire zetel, ofwel hun hoofdbestuur, ofwel hun hoofdvestiging.[239]

Op grond van de hoofdregel van de Brussel Ibis-Vo. heeft de Nederlandse rechter in beginsel rechtsmacht over elke civiele aansprakelijkheidsclaim die wordt ingesteld tegen een onderneming met woonplaats (dus: statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging) in Nederland.[240] Het feit dat een rechter in een ander land op grond van de daar geldende bepalingen van internationaal bevoegdheidsrecht wellicht ook bevoegdheid zou kunnen aannemen over de vordering, doet hier in beginsel niet aan af. Dit is slechts anders indien de partijen bij het geschil in onderlinge overeenstemming de rechter(s) van een andere EU-lidstaat hebben aangewezen als exclusief bevoegd om daarvan kennis te nemen[241], of indien er sprake is van een gelijkluidende procedure die reeds aanhangig is voor een gerecht in een andere EU-lidstaat[242].

Gaat het om een civiele aansprakelijkheidsvordering inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen tegen een onderneming die geen woonplaats (dus: statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging) heeft in Nederland maar wel in een andere EU-lidstaat, dan kan de Nederlandse rechter op grond van de Brussel Ibis-Vo. in een beperkt aantal gevallen toch rechtsmacht aannemen.[243]

Dit is bijvoorbeeld het geval als het gaat een vordering uit onrechtmatige daad waarbij het schadetoebrengende feit zich in Nederland heeft voorgedaan of dreigt voor te doen.[244] In geval van een zgn. grensoverschrijdende onrechtmatige daad waarbij de schadeveroorzakende handeling zich in Nederland heeft voorgedaan maar de schade in een ander land is ingetreden of waarbij de schadeveroorzakende handeling zich elders heeft voorgedaan maar de schade in Nederland is ingetreden, kan de Nederlandse rechter in beide gevallen bevoegdheid aannemen. In theorie roept dit interessante vragen op naar de mogelijkheden om de IMVO-zorgplichtschendingen die centraal staan in *foreign direct liability cases* te lokaliseren in de Europese thuislanden van de betrokken internationaal opererende ondernemingen.[245] In de praktijk is de relevantie van deze bevoegdheidsgrond in het kader van dit soort IMVO-gerelateerde juridische procedures echter beperkt.

---

beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L12/1. Zie voor een overzicht van de rol van deze Verordening in de bedrijven en mensenrechten-context ook: 'Commission staff working document on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights – State of play', SWD(2015) 144final (14 juli 2015), <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2015/EN/10102-2015-144-EN-F1-1.PDF>, p. 24-25.

238 Een vordering valt in ieder geval binnen het (materieel, formeel en temporeel) toepassingsbereik van de Brussel Ibis-Verordening als het gaat om een burgerlijke zaak tegen een verweerder die woonplaats heeft in een Brussel I-lidstaat en de vordering is ingesteld na 10 januari 2015. Vgl. artt. 4-6 en 63 Brussel Ibis-Vo. Gaat het om een vordering ingesteld tussen 1 maart 2001 en 10 januari 2015 dan valt deze onder het (voor wat bevoegdheid grotendeels gelijkluidende) regime van de Brussel I-Verordening. Vgl. artt. 2-4 en 66 Brussel I-Vo.

239 Art. 63 Brussel Ibis-Vo. (art. 66 Brussel I-Vo.).

240 Art. 4 lid 1 jo. 63 Brussel Ibis-Vo. (art. 2 lid 1 jo. 66 Brussel I-Vo.).

241 Art. 25 Brussel Ibis-Vo. (art. 23 Brussel I-Vo.). De bevoegdheid van de Nederlandse rechter kan alleen op deze manier opzijgezet worden als de uitdrukkelijke forumkeuze voldoet aan de in de betreffende bepaling(en) gestelde vereisten.

242 Art. 29 Brussel Ibis-Vo. (art. 27 Brussel I-Vo.). Het moet gaan om vorderingen tussen dezelfde partijen die hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten.

243 Artt. 7-9 Brussel Ibis-Vo. (artt. 5-7 Brussel I-Vo).

244 Art. 7 lid 2 Brussel Ibis-Vo. (art. 5 lid 3 Brussel I-Vo).

245 Er is sinds het Bier/Mines de Potasse-arrest een uitgebreid bestand met rechtspraak van het Europees Hof van Justitie tot ontwikkeling gekomen rond deze lokalisatiekwestie in procedures met betrekking tot grensoverschrijdende onrechtmatige daden, zoals gevallen van grensoverschrijdende milieuvervuiling; zie nader hieronder bij de bespreking van de Rome II-Vo.

Dit heeft als reden dat de vorderingen in deze zaken worden doorgaans ingesteld tegen Europese internationaal opererende ondernemingen in de landen waar zij gevestigd zijn; in een dergelijk geval bestaat reeds rechtsmacht op grond van de hoofdregel van de Brussel Ibis-Vo. en hoeft niet meer gekeken te worden naar aanvullende bevoegdheidsgronden. Daarnaast worden veelal ook niet-Europese dochtermaatschappijen en ketenpartners aangesproken; deze vorderingen vallen echter buiten het formeel toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Vo., wat betekent dat deze aanvullende bevoegdheidsgrond niet aan de orde komt omdat de bevoegdheidsvraag beantwoord moet worden aan de hand van het commune internationale bevoegdheidsrecht van het land van de rechter. Deze aanvullende bevoegdheidsgrond zou slechts kunnen leiden tot bevoegdheid van de Nederlandse rechter als het zou gaan om een *foreign direct liability claim* tegen een in een andere EU-lidstaat gevestigde onderneming die in Nederland een onrechtmatige gedraging begaan heeft die tot schade aan IMVO-gerelateerde belangen in het gastland geleid heeft. Een dergelijke situatie is echter niet heel erg voor de hand liggend en heeft zich in de praktijk dan ook nog niet voorgedaan.

Verder zou in theorie ook de Nederlandse (straf)rechter internationale bevoegdheid kunnen aannemen over een civiele aansprakelijkheidsvordering die voortvloeit uit een strafbaar feit waarvoor in Nederland vervolging is ingesteld.[246] In de praktijk echter is deze mogelijkheid niet relevant nu de Nederlandse strafrechter voeging van de benadeelde partij in het strafgeding moet afwijzen als de civiele claim een onevenredige belasting van de strafzaak vormt.[247] Dit zal gezien hun complexiteit bij het hier besproken type civiele aansprakelijkheidsprocedures vrijwel altijd het geval zijn. De Nederlandse rechter is ook bevoegd als er een vestiging (filiaal, agentschap, enz.) van de aangesproken onderneming in Nederland gelegen is, mits het geschil de exploitatie van die vestiging betreft.[248]

Daarnaast kan de Nederlandse rechter zich ook bevoegd verklaren ten aanzien van een dergelijke aansprakelijkheidsvordering tegen een onderneming met woonplaats in een andere EU-lidstaat indien deze vordering zo nauw verbonden is met een andere vordering tegen een in Nederland woonachtige gedaagde dat een goede rechtsbedeling vraagt om gelijktijdige behandeling en berechting van de vorderingen teneinde onverenigbare beslissingen te voorkomen.[249] En tot slot heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht ten aanzien van een aansprakelijkheidsvordering tegen een in een EU-lidstaat woonachtige onderneming als de partijen een forumkeuze maken voor de Nederlandse rechter. Het kan daarbij zowel gaan om een uitdrukkelijke forumkeuze die bij schriftelijke overeenkomst (of bij schriftelijk bevestigde mondelingen overeenkomst) is gesloten, als om een stilzwijgende forumkeuze. Van het laatste is sprake indien de gedaagde onderneming verschijnt in de procedure voor de Nederlandse rechter met een ander doel dan enkel het betwisten van de bevoegdheid daarvan.[250]

Gaat het om een civiele aansprakelijkheidsvordering inzake extraterritoriale MVO-normschendingen tegen een onderneming die geen woonplaats heeft in Nederland en ook niet in een andere EU-lidstaat, dan valt de procedure in beginsel buiten het ruimtelijk toepassingsbereik van de Brussel Ibis-Vo.[251] In

---

[246] Art. 7 lid 3 Brussel Ibis-Vo. (art. 5 lid 4 Brussel I-Vo.).

[247] Art. 361 lid 3 Sv.

[248] Art. 7 lid 5 Brussel Ibis-Vo. (art. 5 lid 5 Brussel I-Vo.). Gedacht kan worden aan de situatie dat de onrechtmatige daad voortvloeit uit de werkzaamheden van de vestiging. Vgl. HvJ EG 22 november 1978, zaak C-33/78, NJ 1979, 595 (Somafer / Saar-Ferngas).

[249] Art. 8 lid 1 Brussel Ibis-Vo. (art. 6 lid 1 Brussel I-Vo.).

[250] Uitdrukkelijke forumkeuze: art. 25 Brussel Ibis-Vo. (art. 23 Brussel I-Vo.). Stilzwijgende forumkeuze: art. 26 Brussel Ibis-Vo. (art. 24 Brussel I-Vo.).

[251] Datzelfde geldt voor de voorgangers van de Brussel Ibis-Vo., te weten de Brussel I-Vo. (ook wel: de EEX-Verordening) en het EEX-Verdrag. In het kader van de Brussel I-herschikking is wel discussie geweest over uitbreiding van het formeel toepassingsgebied ervan. Zie over de relevantie hiervan voor de bedrijven en mensenrechten-context: 'Commission staff working document on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights – State of play', SWD(2015) 144final (14 juli 2015), <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2015/EN/10102-2015-144-EN-F1-1.PDF>, p. 24-25.

dat geval moet aan de hand van het commune Nederlandse internationale bevoegdheidsrecht bepaald worden of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft over de betreffende vordering.[252] De hoofdregel van ons commune bevoegdheidsrecht is echter grotendeels gelijk aan die van de Brussel I-Verordening (de Nederlandse rechter is bevoegd als de gedaagde woonplaats of gewone verblijfplaats in Nederland heeft) en zal dus in het hier besproken type zaken doorgaans niet veel toevoegen.[253]

Enkele van de andere commune bevoegdheidsgronden kunnen echter wel relevant zijn, zoals de bepaling die het mogelijk maakt voor de Nederlandse rechter om rechtsmacht aan te nemen over een civiele aansprakelijkheidsvordering tegen een buiten de EU gevestigde onderneming, indien de vordering ziet op een onrechtmatige daad die zich geheel of deels in Nederland heeft voorgedaan of dreigt voor te doen.[254] Verder kent ook ons commune bevoegdheidsrecht een bepaling op grond waarvan de Nederlandse rechter die in een civiele procedure tegen meerdere gedaagden rechtsmacht heeft ten aanzien van één van die gedaagden, ook rechtsmacht kan aannemen over de andere in hetzelfde geding betrokken gedaagden. Als voorwaarde geldt dat tussen de vorderingen tegen de verschillende gedaagden "[…] *een zodanige samenhang bestaat, dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen*".[255]

Daarnaast heeft de Nederlandse rechter ook rechtsmacht indien de partijen bij het geschil door middel van een schriftelijke overeenkomst een uitdrukkelijke forumkeuze hebben gemaakt voor de Nederlandse rechter; voorwaarde is wel dat er sprake is van een redelijk belang van de partijen bij diens rechtsmacht.[256] Omgekeerd mag een Nederlandse rechter die aan één van de andere bepalingen van commuun internationaal bevoegdheidsrecht rechtsmacht ontleent deze niet uitoefenen indien de partijen bij schriftelijke overeenkomst de rechter van een andere staat hebben aangewezen als exclusief bevoegde rechter ten aanzien van het geschil.[257] Ook kan de Nederlandse rechter bevoegdheid ontlenen aan een stilzwijgende forumkeuze, waarbij de gedaagde in de procedure is verschenen en niet uitsluitend of mede diens rechtsmacht heeft betwist; voorwaarde is ook hier dat er sprake moet zijn van een redelijk belang van partijen bij diens rechtsmacht.[258]

Tot slot kan in uitzonderingsgevallen de *forum necessitatis*-bepaling uit het Nederlandse commune bevoegdheidsrecht nog een grondslag vormen voor rechtsmacht van de Nederlandse rechter over een civiele aansprakelijkheidsvordering inzake extraterritoriale MVO-normschendingen tegen een onderneming die geen woonplaats heeft in Nederland en ook niet in een andere EU-lidstaat.[259] Deze bepaling maakt het de Nederlandse rechter mogelijk om bij wijze van uitzondering bevoegdheid aan te nemen ten aanzien van een procedure die slechts zeer weinig aanknopingspunten heeft met de Nederlandse rechtsorde. Voorwaarde hiervoor is dat het ofwel geheel onmogelijk is om die procedure buiten Nederland voor een rechter te brengen, ofwel onaanvaardbaar zou zijn van de eiser te vergen dat hij deze aan het oordeel van een rechter van een vreemde staat onderwerpt; in het laatste geval moet de zaak wel enige verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer vertonen.[260] Deze bepaling kan bijvoorbeeld relevant zijn in gevallen waarin de eisers geen (werkelijke) toegang hebben tot een rechter

[252] Artt. 1-14 Rv.

[253] Art. 2 Rv.

[254] Art. 6 sub e Rv. In deze context zou inspiratie ontleend kunnen worden aan het in Europees verband tot ontwikkeling gekomen ruime bestand met rechtspraak rond lokalisatiekwesties in procedures met betrekking tot grensoverschrijdende onrechtmatige daden, zie *supra* voetnoot 239.

[255] Art. 7 lid 1 Rv.

[256] Art. 8 lid 1 jo. lid 5 Rv. Zie over het redelijk belang-vereiste bijvoorbeeld: HR 1 februari 1985, NJ 1985/698, m.nt. J.C. Schultsz (Piscator) en *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 3 (MvT), p. 38.

[257] Art. 8 lid 2 jo. lid 5 Rv.

[258] Art. 9 lid 1 Rv.

[259] Zie nader over de mogelijke rol van *forum necessitatis* in de context van IMVO-gerelateerde aansprakelijkheidsprocedures voor Europese nationale rechters: Roorda & Ryngaert 2015.

[260] Art. 9 sub b en c Rv.

in het land waar de extraterritoriale MVO-normschending plaats heeft gevonden, bijvoorbeeld omdat in het betreffende land burgeroorlog woedt of omdat zij daar niet kunnen rekenen op een eerlijke procedure.[261]

Box 1 Bevoegdheid in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak[262]

In de civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen Shell die in 2006/2007 voor de Rechtbank Den Haag werden aangespannen door Nigeriaanse boeren en Milieudefensie stond de bevoegdheid van de Rechtbank over de vordering tegen de Brits/Nederlandse moedermaatschappij Royal Dutch Shell (RDS) niet ter discussie. Aangezien het hoofdkantoor van RDS in Nederland gevestigd is (en dat ook was ten tijde van het aanbrengen van de vorderingen) stond buiten twijfel dat de vorderingen tegen deze moedermaatschappij binnen het toepassingsbereik van de Brussel I-Vo.[263] vielen en dat op grond daarvan de Nederlandse rechter bevoegd was ten aanzien van deze vorderingen.[264]

Wat wel ter discussie stond in eerste aanleg en opnieuw in hoger beroep, was de vraag naar de rechtsmacht van de Nederlandse rechter over de vorderingen tegen de Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappij Shell Petroleum Development Company of Nigeria (SPDC). Deze kwestie valt buiten het toepassingsbereik van de Brussel I-Vo. aangezien SPDC een in Nigeria gevestigde rechtspersoon is en geen statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging heeft (of had ten tijde van het aanbrengen van de vorderingen) in één van de Brussel Ibis-Vo. lidstaten. De bevoegdheidsvraag inzake de vorderingen tegen SPDC moest dus beoordeeld worden aan de hand van het commune Nederlandse internationale bevoegdheidsrecht.

Als grondslag voor rechtsmacht van de rechtbank over SPDC voerden eisers aan dat een zodanige samenhang zou bestaan tussen de vorderingen tegen de Nederlandse moedermaatschappij en haar Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappij, dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling – en dus rechtsmacht van de Rechtbank Den Haag ook over de vorderingen tegen SPDC – zouden rechtvaardigen.[265] Door de gedaagde ondernemingen werd betwist dat er van een zodanige samenhang sprake was. Verder stelden zij dat de vorderingen tegen de onderscheiden gedaagden verschillende rechtsgrondslagen hadden en dat voor SPDC niet voorzienbaar was dat zij in Nederland voor de rechter zou worden opgeroepen. Zij stelden bovendien dat eisers misbruik maakten van procesrecht door op voorhand kansloze vorderingen in te stellen tegen de Nederlandse moedermaatschappij met als enig doel het creëren van rechtsmacht over de vorderingen tegen de Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappij.

De enige andere voor deze procedure relevante connectie van SPDC met de Nederlandse rechtsorde was het concernverband tussen de Nigeriaanse Shell-(klein)dochtermaatschappij en haar Nederlandse moedermaatschappij en de daarmee samenhangende formele of feitelijke banden tussen beide rechtspersonen. Dit is echter een connectie die in beginsel noch binnen het Brussel I-regime noch binnen het commune Nederlandse internationale bevoegdheidsrecht een zelfstandige grond oplevert voor rechtelijke bevoegdheid in civiele aansprakelijkheidsprocedures.[266]

[261] Vgl. bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag, 21 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV9748, waarin een in Egypte geboren eiser die tussen 1999 en 2007 in Libië ten onrechte in detentie heeft gezeten en aldaar is gefolterd, in Nederland een civiele aansprakelijkheidsprocedure aanbrengt tegen zijn folteraars, die geen bekende woonplaats hebben in Nederland of daarbuiten.

[262] Het hierna volgende is grotendeels ontleend aan: Enneking 2013(1); Enneking (2010).

[263] Dit is de voorloper van de hiervoor besproken Brussel Ibis-Vo. De twee regelingen zijn op de hier relevante punten hetzelfde.

[264] Art. 2 jo. 60 lid 1 Brussel I-Vo.

[265] Art. 7 lid 1 Rv.

[266] In de praktijk is dit een lastige(r) kwestie die nauw samenhangt met de specifieke juridische basis waarop de procedure wordt aangebracht. Zie bijvoorbeeld Lennarts 1999, p. 291-327. Omdat in de IMVO-context relevante procedures doorgaans worden

Bij haar uitspraak van 30 december 2009 inzake het bevoegdheidsincident verwierp de Rechtbank Den Haag de stellingen van de gedaagde ondernemingen met betrekking tot haar (on)bevoegdheid om kennis te nemen van de vorderingen tegen SPDC. De Rechtbank was van mening dat slechts bij hoge uitzondering sprake kan zijn van misbruik van procesrecht en was er niet van overtuigd dat de vorderingen van eisers tegen RDS als volstrekt ondeugdelijk of volstrekt kansloos aan te merken waren. Het instellen van deze vorderingen door de eisers leverde naar het oordeel van de Rechtbank dus geen misbruik van procesrecht op. Daarnaast was zij van mening dat de vorderingen tegen RDS en SPDC, gezien het feit dat zij hetzelfde feitencomplex betroffen, wel degelijk een zodanige samenhang vertoonden dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigden.[267]

Hiermee werd de vraag naar de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter zowel ten aanzien van de Nederlandse moedermaatschappij als ten aanzien van de Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappij door de Rechtbank dus bevestigend beantwoord. Daarmee was het laatste woord over deze kwestie echter nog niet gesproken. De bevoegdheidskwestie ten aanzien van de vorderingen tegen SPDC was ook in hoger beroep één van de belangrijkste twistpunten.[268] Dit is wellicht niet verwonderlijk, aangezien de bevestiging door de Rechtbank Den Haag dat het mogelijk is om civiele aansprakelijkheidsprocedures inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen aan te brengen voor Nederlandse rechters tegen niet alleen Nederlandse internationaal opererende ondernemingen maar ook hun buitenlandse dochtermaatschappijen (en/of handelspartners), de vrees kan oproepen dat meer soortgelijke procedures zullen volgen.

Bij uitspraak van 18 december 2015 bevestigde het Hof Den Haag de beslissing van de Rechtbank dat de Nederlandse rechter op grond van art. 7 lid 1 Rv. bevoegd is om kennis te nemen van de vorderingen tegen de Nigeriaanse dochtermaatschappij[269] gezien de samenhang tussen deze vorderingen en de vorderingen tegen de Nederlandse moedermaatschappij, welke ook volgens het Hof een gezamenlijke behandeling om redenen van doelmatigheid rechtvaardigt. Het Hof neemt hierbij in aanmerking:

"*(i) dat tussen de als hoofdelijke medeschuldenaren een concernrelatie bestaat, waarbij het doen en (na)laten van SPDC als concernvennootschap een grote rol speelt bij de beoordeling van een eventuele aansprakelijkheid/gehoudenheid van RDS als top-holding; (ii) dat de tegen hen ingestelde eis gelijkluidend is en (iii) dezelfde feitelijke grondslag heeft, in die zin dat het om dezelfde lekkage gaat, terwijl (iv) het debat over de feiten zich in belangrijke mate toespitst op vragen als hoe die lekkage is ontstaan en of voldoende is gedaan om deze te voorkomen en de gevolgen ervan ongedaan te maken, in welk verband (v) mogelijk nader onderzoek*

aangebracht op grond van het civiele aansprakelijkheidsrecht (zie nader par. 1.3.3) en niet op grond van bijvoorbeeld het ondernemingsrecht (zie nader par. 2.3.3), worden deze nuances hier verder buiten beschouwing gelaten. Vgl. ook Lennarts 2003.

[267] Rb. Den Haag 30 december 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK8616 (olielekkage Oruma), par. 3.1-3.8, Rb. Den Haag 24 februari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM1469 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 3.1-3.8, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM1470 (olielekkage Goi), par. 3.1-3.8. Zie nader: Enneking 2013(1); Van Hoek 2013, p. 483-485; Enneking 2010. Zie ook Rb. Den Haag 1 december 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BU3521 (olielekkage Ikot Ada Udo), waarin een door de gedaagde ondernemingen opgeworpen litispendentie-verweer (inhoudende dat er in een eerdere procedure voor de Nigeriaanse rechter over dezelfde kwestie reeds uitspraak gedaan zou zijn) verworpen werd door de Rechtbank.

[268] Zie de Memorie van Grieven van Shell d.d. 7 oktober 2014, p. 9-47, full-tekst beschikbaar op: <https://milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/shell-rechtszaak-memorie-van-grieven-van-shell-in-hoger-beroep>. Zie ook Memorie van Antwoord van Milieudefensie c.s. d.d. 23 december 2014, p. 5-21, full-tekst beschikbaar op: <https://milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/shell-rechtszaak-memorie-van-antwoord-op-grieven-van-shell-fase-1>.

[269] Ook in hoger beroep stond de bevoegdheid ten aanzien van de vorderingen tegen de Nederlandse moedermaatschappij niet ter discussie, vgl. Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (inzake olielekkages nabij Goi), par. 3.9 en ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (inzake olielekkages nabij Oruma), par. 2.9.

geïndiceerd is, (vi) welk onderzoek, ter voorkoming van uiteenlopende bevindingen en beoordelingen, het beste bij één rechter kan worden geconcentreerd […]".[270]

Het Hof verwerpt de stelling van de gedaagden dat de toets die zou moeten worden aangelegd is of er een mogelijkheid bestaat dat de vorderingen tegen RDS kunnen worden toegewezen, een mogelijkheid die volgens de gedaagden niet bestaat. Volgens het Hof ligt deze toets besloten in het samenhangvereiste van art. 7 lid 1 Rv en is er geen sprake van een 'evidente kansloosheid' van de vorderingen tegen de moedermaatschappij en (dus) ook niet van misbruik van procesrecht.[271] Ook de tegenwerping dat het voor SPDC niet voorzienbaar zou zijn geweest dat zij voor een andere dan de Nigeriaanse rechter c.q. voor de Nederlandse rechter zou worden gedagvaard, wordt verworpen door het Hof. Het Hof overweegt in dit verband:

"[T]*egen de achtergrond van (i) de al langer gaande ontwikkelingen op het gebied van de* foreign direct liability claims […]*, met daarbij gevoegd (ii) de vele olielekkages die zich jaarlijks voordeden bij de oliewinning in Nigeria, (iii) de juridische procedures die daarover sedert jaar en dag (volgens Shell al meer dan 60 jaar) worden gevoerd, (iv) de problemen die deze olielekkages teweegbrengen voor mens en milieu en (v) de toegenomen aandacht voor dergelijke problemen, moet het voor RDS als hoofd en voor SPDC als operationeel onderdeel van het Shell-concern redelijkerwijs voorzienbaar zijn geweest dat op den duur de pijlen ook op RDS zouden kunnen worden gericht, waarbij dan SPDC, die al meermalen in Nigeria in rechte was betrokken, ook wel eens zou kunnen worden opgeroepen voor een gerecht met bevoegdheid ten aanzien van RDS*".[272]

Tot slot wijst het Hof er nog op dat een eenmaal aangenomen bevoegdheid (in dit geval op grond van art. 7 lid 1 Rv.) niet komt te vervallen als de 'ankervordering' (in dit geval de vordering tegen de Nederlandse moedermaatschappij) ongegrond blijkt.[273]

Toepasselijk recht

Wordt een civiele aansprakelijkheidsprocedure inzake extraterritoriale MVO-normschendingen tegen een onderneming aangebracht voor de Nederlandse rechter en acht deze zich bevoegd daarover te oordelen, dan zal hij vervolgens moeten bepalen aan de hand van welk (aansprakelijkheids)recht beoordeeld dient te worden of de vordering moet worden toegewezen of niet. Gaat het om een vordering die betrekking heeft op een schadeveroorzakende gebeurtenis die zich heeft voorgedaan op of na 11 januari 2011, dan zal hij voor het antwoord op die vraag moeten kijken naar het conflictenrechtelijk regime van de Rome II-Verordening (hierna: Rome II-Vo.).[274]

---

[270] Zie Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (olielekkage Goi), par. 3.3, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 2.3, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (olielekkage Oruma), par. 2.3.

[271] Zie Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586, par. 3.2 en 3.7, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586, par. 2.2 en 2.7, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588, par. 2.2 en 2.7. Het Hof stelt in dit verband onder meer: "*Want als al op voorhand duidelijk is dat de vorderingen tegen RDS (de zogenoemde 'ankervorderingen') evident kansloos en om die reden onmogelijk toewijsbaar zijn, is slecht voorstelbaar dat redenen van doelmatigheid niettemin een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen. Dit geval van 'evidente kansloosheid' doet zich evenwel niet voor, nu niet al op voorhand valt uit te sluiten dat op een moedervennootschap onder omstandigheden aansprakelijkheid kan rusten voor schade als gevolg van een doen of (na)laten van een (klein)dochtervennootschap*".

[272] Zie Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586, par. 3.6, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587, par. 2.6, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588, par. 2.6. Het Hof wijst daarbij – terzijde – ook op het feit dat ook voor de Engelse rechter een procedure heeft gespeeld tegen Shell in verband met olielekkages in Nigeria (waarover nader par. 3.5.2).

[273] Zie Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586, par. 3.8, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587, par. 2.8, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588, par. 2.8. Het Hof stelt in dit verband: "*De in art. 7 lid 1 Rv bedoelde samenhang moet aanwezig zijn op het tijdstip waarop de procedure in de eerste aanleg aanhangig wordt gemaakt; een dan op die grond bestaande internationale bevoegdheid kan, behoudens bijzondere, hier niet aan de orde zijnde omstandigheden, tijdens de loop vande procedure niet meer wijzigen. Een andere opvatting komt in strijd met het zgn.* perpetuatio fori*-beginsel (vg. Hof Den Haag 30 november 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BP3078)"*.

[274] Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *PbEU* 2007, L 199/40. Een vordering valt in beginsel binnen het (materieel,

Als hoofdregel van de Rome II-Vo. geldt dat toepasselijk is het recht van het land waar de directe schade zich heeft voorgedaan (in gevallen van letsel- of zaakschade wil dat bijvoorbeeld zeggen: waar het letsel of de materiële schade is opgelopen), ongeacht waar de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht waar de indirecte gevolgen van die gebeurtenis zich voordoen.[275] Deze hoofdregel wordt opzijgezet in gevallen waarin degene wiens aansprakelijkheid in het geding is en degene die schade geleden heeft beide gewone verblijfplaats hebben in hetzelfde land; in dat geval is het recht van het land van hun beider gewone verblijfplaats van toepassing.[276] Zowel de hoofdregel als deze zgn. 'gevolgenexceptie' kunnen opzijgezet worden indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een ander land; in dat geval is het recht van het land waarmee deze kennelijk nauwere band bestaat, van toepassing.[277] Nu deze twee excepties slechts bij uitzondering een rol spelen, betekent dit dat het toepasselijke recht in civiele aansprakelijkheidsprocedures inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen doorgaans het recht zal zijn van het (gast)land waar de IMVO-normschendingen schade aan mens en milieu tot gevolg hebben.[278]

De Rome II-Vo. kent een aantal bepalingen die voor bijzondere gevallen een uitzondering maken op de hoofdregel. De meest relevante daarvan in de context van het type procedures dat hier centraal staat is de bijzondere regel betreffende niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit milieuschade of uit letsel-, zaak- of vermogensschade als gevolg van milieuschade. Deze regel ziet specifiek op in het kader van de bevoegdheid reeds aangehaalde fenomeen van de grensoverschrijdende onrechtmatige daad, dat wil zeggen de onrechtmatige daad waarbij de schadeveroorzakende handeling in het ene land heeft plaatsgevonden (het *Handlungsort*) en de schade in een ander land is ingetreden (het *Erfolgsort*).[279] Is er sprake van een grensoverschrijdende onrechtmatige daad die resulteert in (letsel-, zaak- of vermogensschade als gevolg van) milieuschade, dan biedt de bijzondere regel inzake milieudelicten de persoon die schadevergoeding vordert de mogelijkheid om te kiezen voor toepassing van het recht van het *Handlungsort* in plaats van het op grond van de hoofdregel toepasselijke recht van het *Erfolgsort*.[280]

De gedachte achter de bijzondere regel inzake milieudelicten is dat nu de eiser doorgaans zal kiezen voor het rechtsstelsel dat het hoogste beschermingsniveau biedt, op deze manier een zo hoog mogelijk niveau van milieubescherming bereikt wordt. De Europese Commissie merkt in dit verband op:

---

formeel en temporeel) toepassingsbereik van de Rome II-Vo. als het gaat om een (internationale) vordering op basis van een niet-contractuele verbintenis in een burgerlijke of handelszaak die betrekking heeft op een schadeveroorzakende gebeurtenis die zich heeft voorgedaan op of na 11 januari 2009; het door de Verordening aangewezen recht is van toepassing ongeacht of dit het recht van een lidstaat of van een niet-lidstaat is. Vgl. artt. 1, 3 en 31 Rome II-Vo. en ook (inzake het temporele toepassingsgebied) HVJ EU 17 november 2011, zaak C-412/10 (*Deo Antoine Homawoo/GMF Assurances SA*). Zie voor een overzicht van de rol van deze Verordening in de bedrijven en mensenrechten-context ook: 'Commission staff working document on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights – State of play', SWD(2015) 144final (14 juli 2015), <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2015/EN/10102-2015-144-EN-F1-1.PDF>, p. 25-26.

275 Art. 4 lid 1 Rome II-Vo. Vgl. ook preambule par. 16-17.

276 Art. 4 lid 2 Rome II-Vo.

277 Art. 4 lid 3 Rome II-Vo. Hierin staat ook te lezen dat een dergelijke kennelijk nauwere band met een ander land met name zou kunnen berusten op een reeds eerder bestaande, nauw met de onrechtmatige daad samenhangende betrekking tussen partijen, zoals een overeenkomst.

278 Zie in meer detail: Enneking 2012(1), p. 160-164, 214-223; Enneking 2008, p. 295-302. Vgl. ook: Van Calster 2013, p. 239-240; Castermans & Van der Weide 2009, p. 36-41.

279 Art. 4 lid 3 Rome II-Vo. Hierin staat ook te lezen dat een dergelijke kennelijk nauwere band met een ander land met name zou kunnen berusten op een reeds eerder bestaande, nauw met de onrechtmatige daad samenhangende betrekking tussen partijen, zoals een overeenkomst.

280 Art. 7 Rome II-Vo.

> "*Considering the Union's more general objectives in environmental matters, the point is not only to respect the victim's legitimate interests but also to establish a legislative policy that contributes to raising the general level of environmental protection, especially as the author of the environmental damage, unlike other torts or delicts, generally derives an economic benefit from his harmful activity*".[281]

Zeker gezien de achterliggende gedachte van optimale milieubescherming lijkt deze regel mogelijkheden te bieden voor (potentiële) eisers in civiele aansprakelijkheidsprocedures inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen die resulteren in (letsel-, zaak- of vermogensschade als gevolg van) milieuschade. Deze mogelijkheden zijn vooral interessant wanneer het (aansprakelijkheids)recht van het thuisland van waaruit de aangesproken onderneming haar internationale activiteiten aanstuurt meer bescherming biedt dan dat van het gastland waar die activiteiten geleid hebben tot schade aan mens en milieu.[282]

Uiteraard vergt een beroep op de bijzondere regel inzake milieudelicten wel dat de eisers aannemelijk kunnen maken dat de (letsel-, zaak- of vermogensschade als gevolg van) milieuschade in het gastland een (direct) gevolg is van schadeveroorzakend handelen of nalaten van de betrokken onderneming dat (in ieder geval deels) in het thuisland gelokaliseerd kan worden.[283] Daarbij kan aangehaakt worden bij de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie rond de kwestie van de lokalisatie van de plaats waar de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft plaatsgevonden (*loci delicti commissi*) die sinds het *Mines de Potasse*-arrest[284] tot ontwikkeling is gekomen in het kader van de rechterlijke bevoegdheid bij grensoverschrijdende onrechtmatige daden, zoals grensoverschrijdende milieuvervuiling.[285] Interessant is ook de suggestie dat naar analogie met het ruime begrip '*operator*' in de Europese Richtlijn Milieuaansprakelijkheid[286] de beslissing van het hoofdkantoor van een internationaal opererende onderneming die leidt tot milieuschade elders, gekwalificeerd zou kunnen worden als de schadeveroorzakende gebeurtenis.[287] Het gebruik van deze bijzondere regel inzake milieudelicten in toekomstige *foreign direct liability cases* zou, gezien de maatschappelijke en economische belangen die met deze procedures gemoeid zijn, mogelijk (bijvoorbeeld naar aanleiding van prejudiciële vragen hieromtrent door nationale rechters) kunnen leiden tot interessante nieuwe rechtspraak van het Europees Hof van Justitie over de interpretatie en reikwijdte van deze regel.[288]

Het op grond van de regels van de Rome II-Vo. als toepasselijk aangewezen recht bepaalt of, op basis waarvan en in hoeverre de gedaagde onderneming aansprakelijk gesteld kan worden voor de schade aan mens en milieu veroorzaakt door extraterritoriale (I)MVO-normschendingen. Het toepasselijke recht bepaalt allereerst wat de vereisten zijn voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.[289] Daarnaast bepaalt ook andere zaken, zoals de vraag of een (rechts)persoon aansprakelijk gesteld kan worden op

---

[281] *Explanatory Memorandum* bij het Commissievoorstel voor de Rome II-Verordening, COM(2003) 427, p. 19.

[282] Zie in meer detail: Otero García-Castrillón 2011 p. 568-572; Enneking 2008. Zie ook: Enneking 2012, p. p. 152-164, 214-228, 322-327.

[283] Als eisers dit inderdaad aannemelijk kunnen maken is er verder geen enkele reden om aan te nemen dat de bijzondere bepaling inzake milieudelicten geen rol zou kunnen spelen in dit type procedures. Zo ook: Van Hoek 2013, p. 487; Van Calster 2013, p. 240. Anders: Castermans & Van der Weide 2009, p. 39.

[284] HvJ EG 30 november 1976, zaak C-21/76, NJ 1977, 494, m.nt. JCS (Bier/Mines de Potasse). In deze zaak ging het over grensoverschrijdende milieuvervuiling, waarbij bovenstroomse lozingen van afvalzouten in de Rijn door het Franse bedrijf Mines de Potasse leidde tot milieuschade voor de Nederlandse benedenstroomse gebruikers van het (vervuilde) Rijnwater.

[285] Zie hierover bijvoorbeeld nader en met verdere verwijzingen: Van Calster 2013, p. 92-99.

[286] Richtlijn 2004/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade, *Pb EU* L 143 (30 april 2004), p. 56-75.

[287] Zie Otero García-Castrillón 2011, p. 571. Zie hierover ook Van Calster 2013, p. 174.

[288] Een intensiever en door het HvJ gesanctioneerd gebruik, ook in de IMVO-context, van de bijzondere regel inzake milieudelicten kan weer consequenties hebben voor de aantrekkelijkheid van Europese nationale fora waar het gaat om het aanbrengen van toekomstige *foreign direct liability cases*.

[289] Vgl. art. 15 Rome II-Vo. sub a.

grond van een specifieke hoedanigheid of relatie met de schadeveroorzakende actoren of activiteiten (kwalitatieve aansprakelijkheid), het bestaan, de aard en de begroting van de schade, de personen die naast (of in plaats van) het slachtoffer gerechtigd zijn tot schadevergoeding, en verjaringstermijnen. Ook de vraag naar de maatregelen die de rechter, binnen de grenzen van zijn procesrechtelijke bevoegdheid, kan treffen om letsel of schade te voorkomen, te beperken of te laten vergoeden (waaronder niet alleen het toekennen van schadevergoeding maar ook bijv. rechterlijke geboden om iets te doen of juist na te laten) wordt bestreken door het op de vordering toepasselijke materiële recht (*lex causae*).[290] Ook bewijsrechtelijke kwesties die nauw verbonden zijn met het materiële recht, zoals wettelijke bewijsvermoedens en de verdeling van het bewijsrisico, vallen onder de *lex causae*.[291] Deze bestrijkt echter niet meer procedurele kwesties, zoals de bewijsvoering (waaronder de mogelijkheden tot bewijsverkrijging) en de rechtspleging, welke zoals eerder besproken beheerst worden door het recht van de forumstaat (*lex fori*).[292]

Bij de beoordeling van het gedrag van de persoon wiens aansprakelijkheid in het geding is moet rekening gehouden worden met de veiligheidsvoorschriften en gedragsregels die van kracht waren op de tijd en de plaats van de schadeveroorzakende handelingen.[293] Gedacht kan worden niet alleen aan uit formele en lagere wetgeving voortvloeiende voorschriften en regels, maar ook aan uit de rechtspraak of praktijk voortvloeiende gedragsnormen, waaronder mogelijk ook uit algemene zorgvuldigheidsnormen afgeleide gedragsregels.[294] Daarnaast laat het toepasselijke recht onverlet de toepassing van bepalingen van bijzonder dwingend recht van de forumstaat.[295] Het betreft hier bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moeten worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt.[296] In uitzonderingsgevallen kan (een deel van) het toepasselijke vreemde recht buiten toepassing gelaten worden als de toepassing ervan strijd zou opleveren met de fundamentele beginselen en waarden van de rechtsorde ('openbare orde') van de forumstaat.[297] Alledrie deze bepalingen kunnen, afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het individuele geval, relevant zijn in het hier centraal staande type civiele aansprakelijkheidsprocedures.[298]

Tot slot kan het door de verwijzingsregels van de Rome II-Verordening aangewezen recht buiten toepassing gesteld worden door een rechtskeuze van de partijen.[299] Partijen zijn in beginsel vrij om ieder gewenst rechtsstelsel te kiezen, maar vereist is dat de rechtskeuze (dat wil zeggen: de wilsovereenstemming die tussen partijen bestaat over het gekozen recht) uitdrukkelijk gedaan wordt of voldoende duidelijk blijkt uit de omstandigheden van het geval. De rechtskeuze zet in beginsel zowel de dwingende als de aanvullende regels van het objectief (dat wil zeggen: zonder de rechtskeuze)

---

290 Art. 15 Rome II-Vo. Zie nader Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/1124-1133.

291 Art. 21 lid 1 Rome II-Vo. Zie ook: Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/983.

292 Art. 1 lid 3 Rome II-Vo.

293 Art. 17 Rome II-Vo.

294 Zie nader Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/325, nr. 1117-1121, waar in dit verband onder meer wordt opgemerkt dat het "[…] *het niet* [is] *uitgesloten dat rekening kan worden gehouden met een algemene zorgvuldigheidsnorm die deel uitmaakt van het recht van het land waar de gedraging heeft plaatsgevonden, ook al is dat rechtsstelsel niet toepasselijk*". Zie ook Otero García-Castrillón 2011, p. 574-575.

295 Art. 16 Rome II-Vo.

296 Vgl. art. 9 lid 1 Rome I-Verordening.

297 Art. 26 Rome II-Vo. Hierbij kan bijvoorbeeld ook gedacht worden aan vreemde rechtsregels die strijdig zijn met het geschreven of ongeschreven volkenrecht. Zie nader: Strikwerda 2012, p. 51-57. Ook bepalingen van vreemd recht die leiden tot het toekennen van niet-compensatoire of punitieve schadevergoeding (zoals in de VS wel gebruikelijk is) worden in continentaal Europa doorgaans gezien als strijdig met de openbare orde in deze zin en dus buiten toepassing gelaten. Vgl. Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/325, nr. 1123.

298 Zie nader: Enneking 2012, p. 218-223, 325-326; Enneking 2008.

299 Art. 14 lid 1 Rome II-Vo. Zie nader Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/325, nr. 1102-1112.

toepasselijke recht opzij. Dit is slechts anders wanneer alle aanknopingspunten van de vordering uit onrechtmatige daad ten tijde van de schadeveroorzakende handeling in één land gelegen zijn en een keuze gemaakt wordt voor het recht van een ander land; in dat geval kunnen de dwingendrechtelijke bepalingen van het recht van het eerste land niet opzijgezet worden. Een zelfde bepaling geldt voor de situatie waarin alle aanknopingspunten in EU-lidstaten gelegen zijn een keuze gemaakt wordt voor het recht van een niet-EU-lidstaat; in dat geval kunnen eventuele de dwingendrechtelijke bepalingen van EU-recht niet opzijgezet worden.[300]

Box 2 Toepasselijk recht in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak[301]

De vorderingen in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak hebben betrekking op verschillende gevallen van olielekkage die tussen 2004 en 2007 hebben plaatsgevonden en daarmee buiten het temporeel toepassingsgebied van de Rome II-Vo. vallen. Om te bepalen welk recht toepasselijk is op de civiele aansprakelijkheidsvorderingen van de eisers, werd door de Rechtbank Den Haag daarom gekeken naar de commune Nederlandse regels van internationaal conflictenrecht en meer in het bijzonder naar de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad (WCOD) uit april 2001.

De eisers hadden hun vorderingen in eerste instantie gebaseerd op Nederlands (aansprakelijkheids)recht, maar de toepasselijkheid daarvan werd door gedaagden betwist. De Rechtbank Den Haag bepaalde op grond van het WCOD-regime, dat op hoofdlijnen gelijk is aan het Rome II-regime, dat Nigeriaans recht van toepassing was op zowel de vorderingen tegen de Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappij SPDC als die tegen de Engels/Nederlandse (groot)moedermaatschappij RDS. De vorderingen tegen SPDC betroffen immers een vermeende onrechtmatige daad die geheel (zowel de schadeveroorzakende handeling als de inwerking van de schade) in Nigeria had plaatsgevonden, terwijl de vorderingen tegen RDS een vermeende onrechtmatige daad betroffen die, los van de vraag waar deze was gepleegd, in Nigeria schadelijk had ingewerkt.[302] Aangezien hieromtrent niets gesteld of bewezen was, zag de Rechtbank geen reden om af te wijken van dit verwijzingsresultaat op grond van het internationaal privaatrechtelijke openbare orde-beginsel of voorrangsregels van Nederlands recht.[303]

De beslissing van de Rechtbank ten aanzien van het op de vorderingen toepasselijke recht riep in hoger beroep weinig vragen op. Tussen partijen bestond inmiddels overeenstemming dat het Nigeriaanse recht in beginsel van toepassing was, met uitzondering van de procesrechtelijke kwesties, die op grond van Nederlands recht als de *lex fori* beoordeeld dienden te worden.[304] Eén in dit verband relevant twistpunt dat ook in hoger beroep aan de orde kwam was de ontvankelijkheid van mede-eiseres Milieudefensie, die haar vorderingsrecht gebaseerd had op de Nederlandsrechtelijke collectieve actiebepaling van art. 3:305a BW. Volgens gedaagden was dit niet mogelijk omdat het hier niet een regel van Nederlands procesrecht maar een materieelrechtelijke bepaling zou betreffen, die dus niet van toepassing zou zijn nu de vorderingen beoordeeld dienen te worden naar Nigeriaans recht.[305]

---

[300] Art. 14 lid 2 resp. lid 3 Rome II-Vo.

[301] Zie ook: Van Hoek 2013, p. 486-487.

[302] Art. 3 lid 1 jo. lid 2 WCOD.

[303] Rechtbank Den Haag 30 januari 2013, *LJN*: ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9845 (olielekkage nabij Goi), r.o. 4.9-4.10; Rechtbank Den Haag 30 januari 2013, *LJN*: ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850 (olielekkage nabij Oruma), r.o. 4.9-4.10; Rechtbank Den Haag 30 januari 2013, *LJN*: ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854 (olielekkage nabij Ikot Ada Udo), r.o. 4.8-4.9.

[304] Zie Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (olielekkage Goi), par. 1.3, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 1.5, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (olielekkage Oruma), par. 1.3.

[305] Zie de Memorie van Grieven van Shell d.d. 7 oktober 2014, p. 84-85, full-tekst beschikbaar op: <https://milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/shell-rechtszaak-memorie-van-grieven-van-shell-in-hoger-beroep>. Zie ook Memorie van Antwoord van Milieudefensie c.s. d.d. 23 december 2014, p. 21-23, full-tekst beschikbaar op:

Het Hof wees deze tegenwerping echter van de hand en bepaalde dat art. 3:305a BW wel degelijk van toepassing was in de drie geschillen en een geldige basis vormde voor de zelfstandige vorderingen van belangenorganisatie Milieudefensie.[306] Het overwoog in dit verband onder meer:

"*Voor de ontvankelijkheid van een eisende partij is in het algemeen vereist dat deze een eigen, rechtstreeks belang bij de ingestelde rechtsvordering heeft (vgl. art. 3:296, 302 en 303 BW). Art. 3:305a BW vormt hierop een aanvulling in die zin dat een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een vordering kan instellen indien deze strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van anderen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. Deze mogelijkheid tot collectieve actie heeft zowel een materiële als een processuele zijde. Wat de materiële kant betreft kan worden gedacht aan de vraag of bij schending van de door de stichting/vereniging behartigde (milieu)belangen een materiële aanspraak bestaat, bijvoorbeeld op grond van een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad. Deze vraag wordt, evenals die van de gegrondheid/toewijsbaarheid, beantwoord aan de hand van het recht dat de (onrechtmatige daad-)vordering beheerst, dat wil zeggen de* lex causae*. Of – en zo ja, in hoeverre en op welke wijze – dat vorderingsrecht, behalve door of namens de gerechtigde, ook via een collectieve actie in rechte geldend kan worden gemaakt, moet naar Nederlands internationaal privaatrecht echter worden gekwalificeerd als een vraag van procesrecht, waar de* lex fori processus *– dus Nederlands recht – op van toepassing is*".[307]

Ook het door de gedaagde ondernemingen aangevoerde argument dat de collectieve actiemogelijkheid van art. 3:305a BW niet bedoeld zou zijn voor behartigen door een Nederlandse belangenorganisatie van een zuiver lokaal buitenlands belang dat geen enkele band met de Nederlandse rechtssfeer heeft, werd door het Hof net als door de Rechtbank van de hand gewezen.[308]

Erkenning en tenuitvoerlegging

Het moge duidelijk zijn dat de relevantie van de vraag naar uit de Nederlandse wet voortvloeiende civielrechtelijke zorgplichten van Nederlandse ondernemingen in het kader van IMVO in belangrijke mate bepaald wordt door internationaal privaatrechtelijke aspecten, in het bijzonder de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter en de toepasselijkheid van Nederlands recht. Een IPR-aspect dat nauw samenhangt met de bevoegdheidskwestie is de vraag naar de erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland van een veroordelend vonnis gewezen door een vreemde rechter (denk aan een door de Nigeriaanse rechter tegen Shell gewezen vonnis waarvan in Nederland erkenning of tenuitvoerlegging gezocht wordt[309]). Het feit dat dit in de (niet EU-)context van het type civiele aansprakelijkheidszaken dat hier centraal staat niet vanzelfsprekend is (zoals in het hierna volgende kort uiteen zal worden gezet) en als zodanig tot aanvullende juridische geschillen kan leiden betekent immers dat extra belang toekomt aan de plaats waar de procedure wordt aangebracht.

Wat betreft veroordelende vonnissen die in het buitenland gewezen zijn geldt dat deze in beginsel niet in Nederland ten uitvoer gelegd kunnen worden tenzij zij in Nederland uitvoerbaar zijn krachtens een

<https://milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/shell-rechtszaak-memorie-van-antwoord-op-grieven-van-shell-fase-1>. Zie hierover: Van Hoek 2013, p. 487-488.

[306] Zie Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (olielekkage Goi), par. 4.1-4.4, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 3.1-3.4, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (olielekkage Oruma), par. 3.1-3.4.

[307] Zie Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (olielekkage Goi), par. 4.2, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 3.2, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (olielekkage Oruma), par. 3.2.

[308] Zie Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (olielekkage Goi), par. 4.4, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 3.4, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (olielekkage Oruma), par. 3.4.

[309] Deze kwestie speelt ook op een enkel punt in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak, zie Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (olielekkage Goi), par. 5.3 met betrekking tot de erkenning in Nederland van een uitspraak in een door de vader van één van de eisers in Nigeria aangebrachte procedure tegen SPDC.

verdrag of krachtens de wet.[310] De erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland van vonnissen in burgerlijke en handelszaken uit andere EU-lidstaten is geregeld in de Brussel Ibis-Vo., die als uitgangspunt heeft de automatische erkenning en tenuitvoerlegging in de Brussel Ibis-lidstaten van beslissingen gewezen in andere Brussel Ibis-lidstaten.[311] In de context van civiele aansprakelijkheidsprocedures inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen zal het echter vaak gaan om de vraag naar erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen gewezen door nationale rechters buiten de EU (denk aan vonnissen in procedures (mede) tegen Nederlandse ondernemingen gewezen in het gastland of in de VS). Aangezien Nederland slechts partij is bij een zeer beperkt aantal verdragen met landen buiten de EU waarin de erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen in burgerlijke en handelszaken geregeld wordt[312], zal in deze context doorgaans teruggevallen moeten worden op het commune recht inzake erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen.

Als hoofdregel geldt dat in die gevallen waarin geen sprake is van een verdrag of een wettelijke bepaling op grond waarvan een vonnis van een buitenlandse rechter in Nederland ten uitvoer gelegd kan worden, de procedure in beginsel opnieuw aangebracht zal moeten worden voor de Nederlandse rechter om een in Nederland geldige executoriale titel te verwerven.[313] In de praktijk zal de rechter echter nagaan of het buitenlandse vonnis voldoet aan de door het Nederlandse commune IPR gestelde eisen voor erkenning van vreemde vonnissen. Naar de huidige stand van het commune IPR geldt hierbij als uitgangspunt dat een buitenlands vonnis, ongeacht zijn aard en strekking, wordt erkend indien aan vier minimumvereisten is voldaan, namelijk dat de buitenlandse rechter zich op een internationaal aanvaarde grond bevoegd heeft verklaard, dat het vreemde vonnis tot stand is gekomen na een behoorlijke rechtspleging, dat erkenning ervan niet in strijd met de Nederlandse openbare orde en dat erkenning ervan niet onverenigbaar is met een eerder gewezen Nederlands of buitenlands vonnis.[314]

Voldoet het vreemde vonnis aan deze vereisten, dan zal de Nederlandse rechter het dictum van de vreemde rechter overnemen en een verdere behandeling van de zaak achterwege laten; zijn vonnis in deze (dat formeel gezien dus een Nederlands vonnis is maar inhoudelijk een 'vreemd' vonnis blijft) vormt dan de executoriale titel die nodig is om het hier in Nederland ten uitvoer te kunnen leggen. Voldoet het vreemde vonnis niet aan deze vereisten, dan komt het niet in aanmerking voor erkenning en dus ook niet voor tenuitvoerlegging in Nederland. De eisers zullen in dat geval een nieuwe procedure moeten entameren voor de Nederlandse rechter, waarin deze over zal gaan tot een (hernieuwde) behandeling ten gronde van het geding. Daarbij kan wel tot op zekere hoogte bewijskracht ontleend worden aan het vreemde vonnis.[315]

Extraterritorialiteit

De vorderingen in civiele aansprakelijkheidsprocedures inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen omvatten soms ook rechterlijke geboden of verboden ten aanzien van lopende of toekomstige activiteiten die geheel of gedeeltelijk gelokaliseerd zijn in het gastland. Zo verzochten de eisers in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak de rechter bijvoorbeeld onder meer om geboden op te leggen, op straffe van een dwangsom, met betrekking tot (deels) in het buitenland te verrichten activiteiten door Shell, zoals onderhoud aan pijpleidingen in het gastland, sanering van vervuilde grond en waterbronnen aldaar en het opstellen van *contingency plans* ter beperking van de schade van

[310] Art. 431 lid 1 jo. 985 Rv.
[311] Artt. 36-57 Brussel Ibis-Vo.
[312] Zie bijvoorbeeld Strikwerda 2012, p. 283-284.
[313] Art. 431 lid 2 Rv.
[314] Vgl. bijvoorbeeld HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2838 en Rechtbank Utrecht 9 juni 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM7168 (A/Spectranetics).
[315] Zie nader Strikwerda 2012, p. 273-281.

eventuele toekomstige olielekkages aldaar. De vraag rijst wat de mogelijkheden voor dergelijke vorderingen zijn voor zover zij zich richten op activiteiten die zich niet in Nederland maar in het buitenland afspelen en hoe zij zich verhouden tot algemene internationaal publiekrechtelijke leerstukken als soevereiniteit en territorialiteit.

Over de juridische mogelijkheden voor dergelijke grensoverschrijdende gebods- en verbodsacties bestaat weinig duidelijkheid in (Nederlandse) rechtspraak en literatuur. Vooral in het kader van (dreigende) schendingen van intellectueel eigendomsrechten is de laatste jaren rechtspraak over dit onderwerp tot ontwikkeling gekomen.[316] In de literatuur en rechtspraak op het gebied van het intellectueel eigendomsrecht lijkt als uitgangspunt genomen te worden dat als de Nederlandse rechter bevoegd is ten aanzien van een aansprakelijkheidsprocedure met een internationaal karakter, hij in beginsel ook de mogelijkheid heeft om in dat kader een grensoverschrijdend gebod of verbod op te leggen.[317] Ook hier zal vervolgens echter doorgaans de vraag rijzen op welke manier en (daarmee samenhangend) door welke rechter handhavend kan worden opgetreden tegen de eventuele schending van een dergelijke uitspraak, een kwestie die nauw verbonden is met de mogelijkheden tot erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen in het land waar de activiteiten plaatsvinden ten aanzien waarvan het gebod of verbod is uitgesproken. Een andere vraag die rijst in dit verband is in hoeverre inzichten hierover uit de context van het intellectueel eigendomsrecht, een rechtsgebied dat sterk ingebed is in onderwerp-specifieke regelgeving en verdragen, zich laat extrapoleren naar de context van civielrechtelijke aansprakelijkheid voor extraterritoriale (I)MVO-normschendingen.

Interessant aan deze kwesties is dat zij zich afspelen op het grensvlak tussen burgerlijk procesrecht, internationaal privaatrecht en internationaal publiekrecht. Want het opleggen en mogelijk ook handhaven door de Nederlandse rechter in een civiele aansprakelijkheidsprocedure van een gebod of verbod ten aanzien van activiteiten die zich geheel of grotendeels in het buitenland afspelen met de bedoeling IMVO-normschendingen aldaar te voorkomen, staat gelijk aan het uitoefenen van extraterritoriale jurisdictie.[318] Nu is het uitoefenen van rechtsprekende extraterritoriale jurisdictie in beginsel volkenrechtelijk toelaatbaar en ook internationaal geaccepteerd, mits de procedure voldoende connecties heeft met de forumstaat. De mate van acceptatie van deze vorm van extraterritoriale jurisdictie hangt nauw samen niet alleen met het feit dat de aangeroepen rechter op grond van de voor hem geldende regels van internationaal bevoegdheidsrecht doorgaans slechts rechtsmacht zal aannemen over een procedure indien deze voldoende connecties heeft met de forumstaat, maar ook met het feit dat hij op grond van de voor hem geldende regels van internationaal conflictenrecht een dergelijke procedure doorgaans zal beoordelen op grond van het recht van het land waarmee deze de meeste aanknopingsfactoren heeft.[319]

---

[316] Zie bijvoorbeeld: Van Engelen 2013. Zie ook: HR 24 november 1989, NJ 1992, 404 (Interlas), m.nt. Verkade. De Hoge Raad stelde hierin met betrekking tot een vordering tot een verbod van inbreuk op een Benelux-merkrecht dat zich zou uitstrekken tot gedragingen in België en Luxemburg: "*In het algemeen is er geen reden om aan te nemen dat er voor zulk een veroordeling geen plaats is wanneer het gaat om een verplichting — eventueel een verplichting naar vreemd recht — die buiten Nederland moet worden nagekomen. Een meer beperkte opvatting als door het onderdeel verdedigd vindt geen steun in het recht en zou in een tijd van toenemende internationale contacten tot het voor de praktijk onwenselijke resultaat leiden dat in geval van onrechtmatige daden met een internationaal karakter — zoals aantasting van intellectuele eigendomsrechten en ongeoorloofde mededinging in meer landen of grensoverschrijdende milieuvervuiling — de Nederlandse gelaedeerde genoopt zou kunnen worden zich in alle betrokken landen tot de rechter te wenden*".

[317] Zie bijvoorbeeld: A.W. Jongbloed, GS artikel 296 Boek 3 BW, par. 10.

[318] Extraterritoriale jurisdictie begint waar de jurisdictie niet meer gegrond kan worden op het territorialiteitsbeginsel, omdat de (rechts)personen, zaken rechtsverhoudingen of gebeurtenissen waarover rechtsmacht wordt uitgeoefend niet meer voldoende aanknopingspunten hebben met de jurisdictie uitoefenende staat en in feite nauwer verbonden zijn met één of meer andere staten. Zie, met verdere verwijzingen: Enneking 2007 p. 120 e.v. Zie ook: Enneking 2012(1), p. 463-494.

[319] Zie, met verdere verwijzingen: Enneking 2007 p. 120 e.v. en vergelijk Permanent Hof van Internationale Justitie 7 september 1927, *PCIJ* Serie A, No. 10 (S.S. "Lotus"), waarin door het Hof bepaald werd dat "*Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain*

Het uitoefenen van wetgevende extraterritoriale jurisdictie, dat wil zeggen het opstellen door een nationale wetgever van specifieke gedragsnormen ten aanzien van bepaalde activiteiten in het buitenland (of bepaalde buitenlandse actoren) waaraan zij zich in de toekomst dienen te houden, is in beginsel ook volkenrechtelijk toelaatbaar.[320] Dit kan internationaal echter op meer weerstand stuiten dan het uitoefenen van rechtsprekende extraterritoriale jurisdictie, aangezien in een dergelijk geval in feite eenzijdig het eigen recht van toepassing wordt verklaard op zaken die zich grotendeels in het buitenland afspelen. Dit zal vooral het geval zijn wanneer een nationale wetgever extraterritoriaal werkende gedragsnormen opstelt gericht op buitenlandse actoren of activiteiten met betrekking tot onderwerpen ten aanzien waarvan de staat waar zij gevestigd zijn of plaatsvinden zelf een belang bij heeft om (andere) gedragsnormen te stellen, normen die gestoeld zijn op een andere afweging tussen handelingsvrijheid enerzijds en belangenbescherming anderzijds.[321]

Het uitoefenen van extraterritoriale handhavende jurisdictie, tot slot, gaat nog een stapje verder en kan, afhankelijk van door wie, waar en tegen wie wordt gehandhaafd, volkenrechtelijk problematisch zijn.[322] Op dit uitgangspunt zijn echter uitzonderingen mogelijk. Een voorbeeld is het geval waarin de handhaving plaatsvindt door of met toestemming van de staat waar de activiteiten plaatsvinden (denk aan de eerder genoemde mogelijkheden tot erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen). Een ander voorbeeld is het geval waarin de handhaving wordt uitgevoerd in de extraterritoriale jurisdictie uitoefenende staat zelf, zoals door de inzet van pressiemiddelen als het weigeren van vergunningen, subsidies en contracten en het instellen van handelssancties om te bewerkstelligen dat de in het buitenland opererende normadressaten de extraterritoriale gedragsnormen naleven en/of dat de staten waarin zij opereren zich ten aanzien daarvan inschikkelijk opstellen.[323] In dat laatste geval wordt dan wel gesproken van territoriale maatregelen met extraterritoriale effecten.[324]

2.4.3 Zorgplichten en aansprakelijkheid

Is een rechter bevoegd om kennis te nemen van een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een Nederlandse internationaal opererende onderneming voor vermeende schendingen van IMVO-zorgplichten elders en is Nederlands recht van toepassing op de vordering, dan zal deze doorgaans beoordeeld worden aan de hand van het onrechtmatigedaadsrecht uit boek 6 BW. Daar geldt op basis van de artt. 6:162 en 6:163 BW als hoofdregel dat aansprakelijkheid kan intreden wanneer aan vijf vereisten is voldaan: onrechtmatigheid, toerekenbaarheid (schuld), relativiteit, causaliteit en schade.[325] Zoals aan het eind van deze paragraaf verder besproken zal worden, is het bewijsrechtelijke uitgangspunt daarbij dat het aan de eisers in de procedure is om de aanwezigheid van deze elementen te stellen en te bewijzen.[326] Een gedraging is in beginsel onrechtmatig als deze strijd oplevert met een subjectief recht of met een wettelijke plicht, of als deze in strijd is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.[327]

---

cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable".

[320] *Ibid.*

[321] Zie nader Enneking 2007, p. 136-146.

[322] Vgl. Permanent Hof van Internationale Justitie 7 september 1927, *PCIJ* Serie A, No. 10 (S.S. "Lotus"), waarin ook werd bepaald dat: "[..] *the first and foremost restriction impsed by international law upon a State is that – failing the existence of a permissive rule tot he contrary – it may not exercise its power in any from in the territory of another State*".

[323] Zie in meer detail: Enneking 2007, p. 123-125.

[324] Zie uitgebreid over extraterritoriale jurisdictie, ook op het gebied van het civiele aansprakelijkheidsrecht, en over het concept van territoriale rechtsmacht met extraterritoriale effecten: Zerk 2010.

[325] Art. 6:162 jo. 6:163 BW.

[326] Vgl. art. 150 Rv.

[327] Art. 6:162 lid 2 BW.

Bestaat er een wettelijk (*hard law*) kader dat duidelijke, vooraf vastgelegde gedragsnormen bevat met betrekking tot de in geding zijnde activiteiten en de mate waarin daarbij rekening gehouden moet worden met mens- en milieugerelateerde belangen, dan levert de overtreding van die normen in beginsel onrechtmatigheid op.[328] Een voorbeeld is de schending van een norm uit het Wetboek van Strafrecht die ziet op de bescherming van mens of milieu en specifiek is toegesneden op de kwestie die aan de orde is. Tegelijkertijd geldt echter ook dat activiteiten die conform geldende wettelijke normen zijn uitgevoerd onder omstandigheden nog steeds onrechtmatig kunnen zijn, als zij naar maatstaven van ongeschreven recht als maatschappelijk onzorgvuldig gezien worden. Schadeveroorzakende gedragingen die in strijd zijn met wettelijke normen kunnen dus (mits ook voldaan is aan de vereisten van toerekenbaarheid, causaliteit en relativiteit) leiden tot civielrechtelijke aansprakelijkheid, maar datzelfde kan onder omstandigheden ook gelden voor schadeveroorzakende gedragingen die geen strijd opleveren met wettelijke normen. In het laatste geval zal dan wel aangetoond moeten worden dat de betreffende gedragingen in strijd zijn met ongeschreven regels van maatschappelijk betamelijk gedrag.

Aansprakelijkheid voor schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen[329]

Zoals ook al eerder besproken werd (zie par. 1.3), worden *foreign direct liability claims* – grensoverschrijdende civielrechtelijke aansprakelijkheidsvorderingen tegen internationaal opererende ondernemingen inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen – in veel gevallen gebaseerd op beweerdelijke schendingen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, ook wel aangeduid als schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen of schendingen van een zorgplicht (*duty of care*). Dit hangt mede samen met het feit dat nationale wettelijke regels die specifiek zijn toegesneden op de grensoverschrijdende activiteiten van internationaal opererende ondernemingen en de mogelijke impact daarvan op mens en milieu elders, zeer schaars zijn. Daar komt bij dat het juist in deze context veelal gaat om activiteiten die verricht worden in gastlanden waar lokale wettelijke normen inzake de bescherming van mens en milieu tegen de nadelige gevolgen van die activiteiten niet altijd even strikt zijn.[330] In deze context ligt het meer voor de hand om een civiele aansprakelijkheidsvordering te baseren op een beweerdelijke schending van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen.

Een vordering inzake beweerdelijk geschonden ongeschreven zorgvuldigheidsnormen biedt de mogelijkheid om de rechter in het licht van alle relevante feiten en omstandigheden te laten beoordelen (het gaat hier om een juridisch rechtvaardigheidsoordeel[331]) of een bepaald handelen of nalaten onzorgvuldig was in het licht van de daarmee gepaard gaande risico's voor de mens- en milieugerelateerde belangen van derden.[332] Om dat te kunnen doen zal de rechter zoveel mogelijk aansluiting zoeken bij objectieve aanknopingspunten. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan:

> "[…] *verdrags-, richtlijn- en wetsbepalingen die betrekking hebben op gedragingen waarmee de gedraging, waarvan de onrechtmatigheid wordt ingeroepen, verwantschap vertoont; algemene rechtsbeginselen en rechtsovertuigingen; gebruiken of op codes, ereregels e.d. berustende regelingen die in een bepaalde sector van het maatschappelijk verkeer gelding hebben; en de vergelijking met verwante gevallen, waarover in eerdere jurisprudentie reeds is beslist, of die aan de verbeelding van de*

[328] Zie in meer detail bijvoorbeeld Spier e.a. 2015, p. 31-36.
[329] Deze paragraaf is deels gebaseerd op Enneking 2014(3) en Enneking 2012(1), p. 229-244. Zie ook Enneking 2007, p. 58-78.
[330] Zo ook bijvoorbeeld Van Dam 2008, p. 17-21.
[331] Van Dam 2000, p. 175.
[332] Vgl. bijvoorbeeld: Asser 6-IV nrs. 74-80; Spier e.a. 2015, p. 47-48.

rechter ontspruiten en waarvan de oplossing zich met meer evidentie aan hem opdringt dan met de te berechten casus het geval is".[333]

Ook bij een vordering op grond van een beweerdelijke schending van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen spelen relevante wettelijke normen dus een rol. Anders dan bij een vordering op grond van een beweerdelijke schending van een wettelijke plicht zijn zij echter slechts deel van een groter geheel van objectieve aanknopingspunten die in aanmerking genomen worden om te bepalen of een gedraging onrechtmatig was, of niet.[334]

Hoewel het uitvoeren van een risicovolle activiteit op zichzelf niet onrechtmatig is, kan het dit wel worden indien de mate van waarschijnlijkheid van het intreden van het risico in combinatie met de ernst van de mogelijke schade zo groot is dat de actor naar maatstaven van maatschappelijke zorgvuldigheid voorzorgsmaatregelen had moeten treffen of zich zelfs geheel van de gedraging had moeten onthouden. Bij het bepalen wat van hem verwacht had mogen worden in dit opzicht wordt ook rekening gehouden met de mogelijkheden tot en de kosten van het nemen van voorzorgsmaatregelen en met de aard en het maatschappelijk nut van de gedraging. Het is niet zo dat elke schade aan enig belang van een ander tegen alle kosten voorkomen zou moeten worden; dit zou economische activiteiten onmogelijk maken. Van belang is vooral in hoeverre het risico op nadeel aan de belangen van derden als gevolg van de activiteiten voorzienbaar is voor de degene die ze verricht en in hoeverre de realisatie van dat risico vermijdbaar is, mede gezien de daarmee gepaard gaande kosten en de aard en het nut van de activiteit.[335] In algemene zin gelden daarbij strengere zorgvuldigheidsnormen voor activiteiten die typerend zijn voor de moderne geïndustrialiseerde samenleving en die een risico op letsel- of zaakschade voor derden met zich brengen.[336]

Uiteindelijk draait de mogelijkheid van aansprakelijkheid dus om de vraag of de internationaal opererende onderneming voldoende zorg heeft betracht ten aanzien van de risico's op nadeel voor anderen die voortvloeien uit zijn gedragingen. Eén van de factoren die de omvang van de in een concrete situatie te betrachten zorg bepalen is de bezwaarlijkheid (kosten, tijd en moeite) van de te nemen voorzorgsmaatregelen.[337]

Het kan daarbij zowel gaan om eenmalige als om voortdurende maatregelen (denk aan het verrichten van onderzoek of onderhoud en het houden van toezicht). Is onduidelijk of bepaalde activiteiten een risico op nadeel voor derden inhouden, dan mag onder omstandigheden van de onderneming verwacht worden dat zij daarnaar onderzoek verricht, afhankelijk van de ernst en omvang van het mogelijke risico

---

[333] Zie hierover bijvoorbeeld: Asser 6-IV nr. 76. Een vergelijking met de regels en normen zoals die in het buitenland gelden, zou natuurlijk mogelijk zijn, maar de rechtspraak is op zijn zachtst gezegd zeer terughoudend daarmee. Via conclusies van de A-G's kunnen dergelijke normen wellicht enige invloed uitoefenen maar de rechter zal deze niet zelf benoemen als inspiratiebron.

[334] Datzelfde geldt, *mutatis mutandis*, voor beweerdelijke schendingen van subjectieve rechten, die in de regel slechts een zelfstandige basis voor onrechtmatigheid kunnen vormen waar het gaat om vrij precies en concreet geformuleerde subjectieve rechten, zoals een octrooirecht of een auteursrecht (in tegenstelling tot bijvoorbeeld een recht op lichamelijke integriteit of een recht op een schoon leefmilieu. Zie in meer detail hierover bijvoorbeeld Spier e.a. 2015, p. 37-45, die in dit verband onder meer opmerken: "*Naarmate het subjectieve recht vager en algemener omschreven is zal meer een beroep moeten worden gedaan op een belangenafweging waarbij ongeschreven normen een belangrijke rol zullen spelen.* […] *Naarmate het verband tussen de te beoordelen gedraging en de inbreuk op het subjectieve recht echter directer en sterker is, zal het feit van de inbreuk een grotere en soms doorslaggevende rol spelen bij het uiteindelijke onrechtmatigheidsoordeel over de gedraging*" (p. 39).

[335] Dit zijn de factoren die voortvloeien uit het Kelderluik-arrest van de Hoge Raad, het Nederlandse standaardarrest waar het gaat om zorgplichten voor derden die mogelijk schade kunnen leiden als gevolg van risicovolle activiteiten: HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, m.nt. Scholten. Vgl. bijvoorbeeld Spier e.a 2015, p. 49-52. Zie met een focus op de context van bedrijven en mensenrechten: Van Dam 2008, p. 58-63. Zie ook, in algemene zin: Van Dam 2000, p. 173-219; Van Dam 1989.

[336] Vgl. Van Dam 2000, p. 166-167.

[337] Zie in algemene zin bijvoorbeeld: Spier e.a. 2015, p. 49-59; Van Dam 2000, p. 191-192, 203-219. Zie specifiek met betrekking tot de bedrijven en mensenrechten-context Van Dam 2008, p. 55 e.v.

en de bezwaarlijkheid van het te verrichten onderzoek. Bij een mogelijk risico op ernstige gezondheidsschade zal zij zich niet snel kunnen beroepen op de bezwaarlijkheid van onderzoek of op de afwezigheid (of: het gebrek aan eenduidigheid, denk aan de klimaatproblematiek[338]) van wetenschappelijk bewijs omtrent de risico's.[339] Bestaat er onduidelijkheid over de aard en omvang van het mogelijke risico dan kan er een observatieplicht bestaan. Verder mag onder omstandigheden van de onderneming verwacht worden dat zij bij het nemen van voorzorgsmaatregelen ook rekening houdt met eventueel onzorgvuldig gedrag van de mogelijke benadeelden zelf, mede afhankelijk van hun mogelijkheden om het risico adequaat in te schatten en te vermijden. Kan het risico niet op een andere wijze worden beperkt, dan is de onderneming op zijn minst gehouden om de mogelijke benadeelden ervoor te waarschuwen dan wel erover te informeren.[340]

Bestaan er in de sector of bedrijfstak van de aangesproken onderneming specifieke opvattingen en gebruiken met betrekking tot de manier waarop de in het geding zijnde activiteiten uitgevoerd zouden moeten worden (mede) met het oog op het voorkomen van nadeel aan de IMVO-gerelateerde belangen van derden, dan bieden die relevante aanknopingspunten voor de rechter. Hierbij is ook een (steeds) belangrijke(r) rol weggelegd voor private regelgeving zoals een door een brancheorganisatie of de onderneming zelf opgestelde IMVO-gedragscode, aangezien dit "[…] *een brugfunctie kan vervullen tussen wat in bepaalde sectoren van de maatschappij aan kennis, ervaring en inzichten van de direct betrokkenen leeft, en de regel die in die sector moet functioneren*".[341] Ook het bestaan van een op de betreffende activiteiten toepasselijk *soft law* kader kan in belangrijke mate richting geven aan het rechterlijk oordeel welke mate van zorgvuldigheid verwacht had mogen worden van de aangesproken onderneming ten aanzien van de in het geding zijnde activiteiten. Gedacht kan worden aan door internationale organisaties ontwikkelde richtlijnen zoals de UN Guiding Principles of de OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen, maar ook bijvoorbeeld aan door overheden in samenwerking met ondernemingen en ngo's ontwikkelde richtlijnen zoals de specifiek voor de grondstoffenindustrie ontwikkelde Voluntary Principles on Security and Human Rights.[342]

Artikel 6:162 BW betreft een regel van schuldaansprakelijkheid, dat wil zeggen dat op grond van deze algemene regel een actor in beginsel slechts aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door zijn eigen onzorgvuldige gedrag. Het kan daarbij in beginsel zowel gaan om een handelen als om een nalaten.[343] Voorop staat dat het risico dat bepaalde activiteiten nadelige gevolgen zouden hebben kunnen voor de belangen van derden zowel kenbaar als vermijdbaar moet zijn geweest voor de degene die aansprakelijk gesteld wordt voor die gevolgen.[344] In beginsel wordt bij het beoordelen van kenbaarheid en vermijdbaarheid van het risico op nadeel aan de belangen van derden als gevolg van de in het geding zijnde activiteit een objectieve maatstaf gehanteerd. Relevant is dus niet of de betrokken onderneming het nadeel dat is veroorzaakt door zijn handelen of nalaten kon voorzien en vermijden, maar of een redelijk handelende onderneming met een soortgelijke positie, kennis en capaciteiten het had kunnen voorzien en vermijden.[345] Dit is slechts anders wanneer het gaat om een zgn. zuiver nalaten, dat wil zeggen een gevaar of risico voor het ontstaan waarvan de betrokken actor direct noch indirect

[338] Vgl. De Jong & Enneking 2014.
[339] Vgl. Spier e.a. 2015, p. 14-17, 51.
[340] Vgl. Spier e.a. 2015, p. 5152; Giesen 2005(1).
[341] Zie nader: Asser-Vranken Algemeen deel *** 2005/86-94.
[342] Zie in algemene zin over de rol van alternatieve regelgeving in het privaatrecht: Giesen 2007, met verwijzingen naar rechtspraak. Zie recenter nog HR 18 april 2014, NJ 2015/204 (Achmea/Rijnberg) over de gedragscode van een verzekeraar, waarover uitvoerig: Menting 2015. Zie specifiek met betrekking tot de bedrijven en mensenrechten-context: Van Dam 2008, p. 41-54 e.v.
[343] Zie over de kwestie van aansprakelijkheid voor nalaten bijvoorbeeld: Giesen 2005(2), p. 47-74; Giesen 2004; Van Dam 2000, p. 263-264, 446-452; Van Dam 1995. Zie, met een focus op de IMVO-context: Enneking 2012, p. 238-239.
[344] Van Dam 2000, p. 250-275.
[345] Zie bijvoorbeeld: Spier e.a. 2015, p. 50-51. Vgl. ook Van Dam 2008, p. 56 en zie in meer detail: Van Dam 2000, p. 258-275.

verantwoordelijk is maar dat deze niet beëindigd heeft waar deze dat wel gekund had. In dat geval kan hij slechts aansprakelijk gehouden worden voor de nadelige gevolgen van het intreden van dat risico voor zover hij dat ook daadwerkelijk kon voorzien en kon vermijden.[346]

Interessant in dit kader is de door Ruggie geformuleerde verantwoordelijkheid voor internationaal opererende ondernemingen om *human rights due diligence* te verrichten, een norm die met de herziening van de OESO-Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen is uitgebreid naar de bredere IMVO-context (zie nader par. 1.3.2). Deze norm houdt in feite in dat ondernemingen een proactieve houding aan moeten nemen waar het gaat om het in kaart brengen in hoeverre hun eigen activiteiten en die van hun handelspartners kunnen resulteren in schendingen van de mensenrechten van derden, uiteraard met als doel om dit waar mogelijk te voorkomen.[347] Alhoewel het hier gaat om een beginsel dat in de praktijk verder uitgewerkt zal moeten worden, kan deze *soft law* verantwoordelijkheid in toekomstige *foreign direct liability cases* juist waar het gaat om kenbaarheid en vermijdbaarheid een concreet hard randje krijgen. Zij maakt het per slot van rekening lastiger voor internationaal opererende ondernemingen om zonder nadere toelichting te stellen dat zij de negatieve impact op mens of milieu van activiteiten waar zij direct of indirect bij betrokken waren, niet hadden kunnen of moeten voorzien.[348]

Het schuldvereiste van art. 6:162 lid 3 BW ziet op de meer specifieke vraag of de onrechtmatige gedraging verweten kan worden aan de actor die voor de nadelige gevolgen van die gedraging aansprakelijk wordt gesteld, in dit geval dus de aangesproken onderneming. Er moet sprake zijn van schuld in de zin van verwijtbaarheid van de dader, of de gedraging moet op grond van de verkeersopvattingen of op grond van de wet aan hem toe te rekenen zijn. Daarbij geldt dat het ontbreken van de mogelijkheid om een onrechtmatige daad toe te rekenen aan de dader eerder uitzondering dan regel is. Doorgaans is met de onrechtmatigheid van de gedraging ook de verwijtbaarheid van dat gedrag aan de dader gegeven en in die gevallen dat dit niet zo is, bestaat nog de mogelijkheid dat de gedraging desondanks aan de dader wordt toegerekend op grond van de verkeersopvattingen of op grond van de wet.[349]

Volgens het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW wordt schade die het gevolg is van normschendend gedrag slechts vergoed als de benadeelde, de door hem geleden schade en de wijze van intreden van de schade onder het beschermingsbereik van de geschonden norm vallen.[350] Dit betekent dat een onderneming jegens (een) derde(n) alleen aansprakelijk zal zijn voor een handelen of nalaten in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, indien hij op de belangen van die derde bedacht had moeten zijn. Gaat het om een actief handelen van de onderneming met een mogelijke impact op de veiligheidsbelangen van de derde(n), dan zal al snel van de onderneming verwacht worden dat deze op die belangen bedacht is. Roepen de activiteiten een risico op personen- of zaakschade in het leven, dan is daarbij in beginsel niet vereist dat de onderneming bekend was met de concrete belangen van de concrete benadeelde(n). Gaat het om een nalaten van de onderneming, dat wil zeggen een risico dat in het leven geroepen is niet door de onderneming zelf maar bijvoorbeeld door een derde (zoals een dochtermaatschappij of handelspartner) of door de natuur, dan zal het relativiteitsvereiste een hogere drempel inhouden.[351] In de praktijk is de relativiteitsvraag, dus de vraag of de aansprakelijk gestelde actor bij zijn activiteiten bedacht had moeten zijn op de belangen van de benadeelde, vooral een middel

[346] Het standaardarrest met betrekking tot zuiver nalaten is HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 (Struikelende broodbezorger). Zie ook bijvoorbeeld: Spier e.a. 2015, p. 58-59.

[347] Principles 17-21 UN Guiding Principles.

[348] Vgl. Van Dam 2008, p. 55-56.

[349] Vgl. Spier e.a. 2015, p. 78-84. Zie ook bijvoorbeeld: Van Dam 2000, p. 275-284.

[350] Zie in meer detail bijvoorbeeld: Spier e.a. 2015, p. 68-76.

[351] Zie bijvoorbeeld: Giesen 2005(2), p. 168-170; Van Dam 2000, p. 299-301; Zie in dit verband ook HR 7 mei 2004, NJ 2006/281 (Duwbak Linda) en HR 13 april 2007, NJ 2008/576, m.nt. Vranken (Iraanse vluchtelinge).

voor de rechter om de reikwijdte van de in het geding zijnde aansprakelijkheid op rechtspolitieke gronden af te grenzen.[352]

Waar het gaat om aansprakelijkheidsprocedures op basis van beweerdelijke schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen zullen de elementen relativiteit en schuld doorgaans verdisconteerd zijn in de specifieke formulering van de beweerdelijk geschonden maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen die aan de vordering ten grondslag gelegd worden.[353] Om tot aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW te leiden moet er echter in beginsel ook sprake zijn van schade en van een oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige gedraging en die schade. Wat als rechtens relevante schade wordt gezien is verder uitgewerkt in afdeling 10 van boek 6 BW; zowel vermogensschade (schade in het vermogen van de benadeelde) als nadeel dat niet uit vermogensschade bestaat (immateriële schade) kunnen voor vergoeding in aanmerking komen.[354] Gaat het om een vordering die niet strekt tot schadevergoeding maar tot een rechterlijk gebod of verbod, dan is het voldoende als er sprake is van een voldoende reële dreiging van schade.[355] Een oorzakelijk verband tussen onrechtmatige gedraging en schade wordt aangenomen te bestaan als de schade zonder de onrechtmatige daad niet zou zijn ingetreden (*condicio sine qua non*, zoals afgeleid uit art. 6:162 BW)) en de schade naar redelijkheid is toe te rekenen aan het handelen van de laedens (art. 6:98 BW).[356]

Zoals eerder al aangegeven is het in beginsel aan de eisende partij in een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure om de feiten en rechten die zij aan haar vorderingen ten grondslag legt, te stellen en te bewijzen.[357] Zijn de benodigde feiten en omstandigheden niet bewezen, dan ontstaat er een *non liquet* situatie en veronderstelt het recht dat zij zich niet hebben voorgedaan.[358] Op deze hoofdregel kunnen onder bepaalde omstandigheden uitzonderingen bestaan. Voor wat betreft de stelplicht geldt bijvoorbeeld dat de rechter gestelde feiten die niet of onvoldoende betwist worden in beginsel als vaststaand zal aannemen en dat feiten of omstandigheden van algemene bekendheid en/of algemene ervaringsregels geen bewijs behoeven (art. 149 Rv). Voor wat betreft de bewijsrisicoverdeling geldt dat een afwijkende bewijsrisicoverdeling kan voortvloeien uit geschreven of ongeschreven rechtsregels of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid. Hoewel een zuivere omkering van de bewijslast slechts zelden voorkomt, gebeurt dat wel af en toe.[359] Vaker echter wordt er in de praktijk gebruik gemaakt van bewijsvermoedens – waarbij een ontbrekend feit wordt afgeleid uit een vaststaand feit – en de mogelijkheid tot het opleggen van een aanvullende stelplicht aan de wederpartij, bijvoorbeeld waar die laatste aansprakelijk gesteld wordt voor een (beroeps)fout en (dus bij uitstek) over deskundigheid en gegevens beschikt.[360] Die redenering wordt gebruikt in procedures tegen artsen, notarissen, werkgevers, maar ook de overheid als wegbeheerder.[361]

Meer specifiek betekent dit dat het in beginsel aan de eisende partij in een civiele aansprakelijkheidsprocedure inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen is om aan te tonen dat de gedaagde onderneming een onrechtmatige daad gepleegd heeft of, meer specifiek, dat zij ongeschreven regels van maatschappelijke zorgvuldigheid geschonden heeft.[362] Is de onrechtmatige

---

[352] Van Dam 2000, p. 169-171.
[353] Vgl. Spier e.a. 2015, p. 75-76, 83; Van Dam 2000, p. 167-169.
[354] Artt. 6:95 en 6:96 BW.
[355] Art. 3:296 BW. Zie ook bijvoorbeeld: Van Nispen 2009, p. 42-43.
[356] Zie bijvoorbeeld: Van Nispen 2009, p. 43.
[357] Art. 150 Rv.
[358] Zie bijvoorbeeld: Giesen 2001, p. 75 e.v.
[359] Zie HR 20 januari 2006, NJ 2006/78 (B./Interpolis).
[360] Zie, voor meer detail over stelplicht en bewijslast in het Nederlands burgerlijk procesrecht en met verdere verwijzingen naar rechtspraak, bijvoorbeeld: Snijders e.a. 2011, p. 230-247. Zie nader over de bewijsrisicoverdeling, in rechtsvergelijkend perspectief: Giesen 2009 en Giesen 2001.
[361] Daarover indringend HR 14 april 2014, NJ 2014/368 (Reaal/Deventer).
[362] Vgl. bijvoorbeeld HR 9 april 2010, JA 2010/66 (BHR/Loyens & Loeff).

gedraging bewezen, dan wordt over het algemeen verondersteld dat deze gedraging toegerekend kan worden aan de aangesproken partij, wat betekent dat het aan deze laatste is om het ontbreken van schuld (kennen en kunnen) aan te tonen.[363] Datzelfde gold lange tijd voor het relativiteitsvereiste (voor zover de bewijslast ten aanzien van feiten daar een rol speelt; het betreft veeleer de 'argumentatielast'[364]), maar uit rechtspraak van de Hoge Raad is af te leiden dat het bewijsrisico ten aanzien van relativiteit toch geacht wordt bij de eisende partij te liggen.[365] Daarnaast zal de eiser moeten bewijzen dat er sprake was van schade, in de zin van feitelijk nadeel, en van causaliteit, in de zin van een oorzakelijk verband tussen de geleden schade en de onrechtmatige gedraging.[366] Hierbij is van belang dat waar het gaat om de overtreding van een geschreven of ongeschreven veiligheidsnorm, dat wil zeggen een norm die strekt tot voorkoming van een specifiek gevaar voor het ontstaan van schade, en door deze overtreding dat gevaar in het algemeen aanmerkelijk is vergroot en zich *in concreto* ook heeft verwezenlijkt, daarmee het oorzakelijk verband tussen die overtreding en de schade in beginsel vaststaat. Het is in zo'n geval dan aan de wederpartij om het niet-bestaan van causaal verband aannemelijk te maken (tegenbewijs leveren).[367]

IMVO-gerelateerde zorgplichten van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen

Zoals hierboven beschreven zal een rechter bij zijn beslissing om in een concrete situatie het bestaan en de eventuele schending van een zorgplicht aan te nemen ook aansluiting zoeken bij precedenten met betrekking tot soortgelijke situaties. Vanwege hun relatieve noviteit en (daarmee) grensverleggende aard zal dat niet altijd gemakkelijk zijn in het type aansprakelijkheidsprocedures dat hier centraal staat. Zoals eerder reeds gesteld, is het aantal *foreign direct liability cases* dat wereldwijd is aangebracht inmiddels sterk stijgend, maar is het aantal zaken waarin het ook daadwerkelijk is gekomen tot een inhoudelijk oordeel omtrent het bestaan en de inhoud van zorgplichten voor de aangesproken onderneming(en) ten aanzien van de mens- en milieugerelateerde belangen van derden in het gastland, heel beperkt.

Dit maakt de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van januari 2013, waarin een inhoudelijk oordeel geveld wordt over zowel de op (groot)moedermaatschappij Royal Dutch Shell als de op haar Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappij rustende zorgplichten (zie box 3), zowel nationaal als internationaal zeer relevant. Daarbij dient echter gelijk opgemerkt te worden dat in deze uitspraak de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de gedaagde ondernemingen beoordeeld werd naar Nigeriaans (en, indirect, Engels) recht. Hoewel veel van de relevante leerstukken in grote lijnen overeenkomen met leerstukken uit het Nederlandse recht, biedt de uitspraak dus geen specifieke aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag naar het bestaan en de inhoud en omvang van IMVO-gerelateerde zorgplichten naar Nederlands onrechtmatigedaadsrecht.[368] Deze vraag blijft daarmee vooralsnog onbeantwoord in de Nederlandse rechtspraak.

Dit betekent niet dat er naar huidig Nederlands onrechtmatigedaadsrecht geen zorgplichten zouden kunnen bestaan voor Nederlandse internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van de IMVO-gerelateerde belangen van derden in de gastlanden waarin zij activiteiten (laten) verrichten.[369]

---

[363] Zie bijvoorbeeld: Van Dam 2000, p. 284-286.

[364] Zie nader Giesen 2001.

[365] Vgl. bijvoorbeeld HR 10 november 2006, *RvdW* 2006/1058 (Astrazaneca/Amicon).

[366] Zie in meer detail: Asser 6-II, nrs. 13-46 en 47-97, respectievelijk. Zie ook Giesen & Maes 2014, over de bewijsmoeilijkheden op dat vlak en manieren om daarmee om te gaan.

[367] Vgl. HR 29 november 2002, NJ 2004/304 (TFS en P&O/NS) en HR 29 november 2002, NJ 2004/35, m.nt. DA (Kastelijn/Gemeente Achterkarspelen). Zie hierover bijvoorbeeld: Spier e.a. 2015, p. 270-276; Jansen 2009, p. 47-48.

[368] Vgl. Enneking 2012(1), p. 229-244.

[369] Zie, voor een nadere uitwerking van de te betrachten zorgvuldigheid van internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van dochtermaatschappijen: Van Dam 2008, p. 63-70.

Toekomstige *foreign direct liability cases* waarop Nederlands aansprakelijkheidsrecht van toepassing is zullen meer duidelijkheid moeten verschaffen over de uitwerking van de specifieke Nederlandse vereisten voor aansprakelijkheid in dit verband. Desondanks kan op grond van bestaande rechtspraak en literatuur en voortbouwend op het hiervóór besprokene wel een algemeen beeld geschetst worden van hoe de vraag naar IMVO-gerelateerde zorgplichten op grond van Nederlands onrechtmatigedaadsrecht zou kunnen worden beantwoord.

Zoals eerder al aangegeven is één van de vragen waarnaar in de context van *foreign direct liability cases* veel aandacht uitgaat, is in hoeverre op de moedermaatschappij van een multinationaal concern een zorgplicht kan rusten jegens derden die schade hebben geleden als gevolg van de activiteiten van haar (klein)dochtermaatschappijen in gastlanden.[370] De beweerdelijke schending van een IMVO-gerelateerde zorgplicht door de moedermaatschappij van een multinationaal concern kan gelegen zijn in een actief handelen van de moeder, bijvoorbeeld wanneer zij actief betrokken is geweest bij het opzetten en/of naar het buitenland verplaatsen van een productieproces waarvan zij wist of redelijkerwijs had moeten weten dat dit tot schade voor mens en milieu in het gastland zou kunnen leiden. Zoals ook gesteld werd in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak, zal de IMVO-normschending doorgaans echter gelegen zijn in een beweerdelijk nalaten van de moedermaatschappij om voldoende toezicht te houden op en/of in te grijpen in activiteiten van een lokale dochter waarvan de moeder had kunnen weten dat zij ernstige risico's met zich brachten voor mens en milieu in het gastland

Het gaat bij dit soort vorderingen om de vraag naar civielrechtelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor haar eigen onrechtmatige gedragingen en niet om doorbraak van aansprakelijkheid (zie hierover par. 2.3.2). Dit betekent dat zij dus in beginsel geen strijd opleveren met twee van de hoekstenen van het vennootschapsrecht, te weten het beginsel van gescheiden rechtspersoonlijkheid (op grond waarvan twee ondernemingen – ook binnen een concern – in rechte gezien worden als van elkaar losstaande rechtssubjecten met eigen rechten en verplichtingen) en het beginsel van beperkte aansprakelijkheid (op grond waarvan een aandeelhouder in een vennootschap – ook als die aandeelhouder zelf een vennootschap is – enkel aansprakelijk is voor de schulden van die vennootschap tot het bedrag van zijn inbreng). Wel zal het zoals aangegeven veelal gaan om aansprakelijkheid van de moeder voor risico's die verbonden zijn aan activiteiten die zij niet zelf uitgevoerd heeft, maar die uitgevoerd zijn door lokale dochtermaatschappijen, al dan niet in samenwerking met lokale contractpartners. Aansprakelijkheid dus voor risico's die zij zelf niet in het leven geroepen heeft, maar die in het leven geroepen zijn door een andere groepsmaatschappij.[371]

Het zal in een concrete procedure uiteindelijk aan de civiele rechter zijn om te oordelen over het bestaan en de schending van zorgplichten in een 'nieuwe' situatie waarover in de rechtspraak nog maar weinig duidelijkheid bestaat. De rechter heeft daarbij een rechtsvormende taak, omdat het aan hem is om aan de hand van een variëteit aan juridische en maatschappelijke aanknopingspunten de inhoud van de juridische norm vast te stellen en het in het geding zijnde gedrag van de aansprakelijkgestelde onderneming daaraan te toetsen.[372] Wel kan aansluiting gezocht worden bij de algemene aanknopingspunten die de bestaande Nederlandse jurisprudentie op het gebied van het civiele

[370] Voor aansprakelijkstelling op grond van art. 6:162 BW maakt in principe niet uit wie van de betrokken ondernemingen kan worden aangemerkt als primaire dader en wie een meer secundaire rol heeft gespeeld bij het veroorzaken van de schade. Alle actoren wiens gedragingen in meer of minder mate bijgedragen hebben aan de als gevolg van de extraterritoriale (I)MVO-normschendingen geleden schade kunnen daarvoor naar Nederlands onrechtmatigedaadsrecht in beginsel aansprakelijk gesteld worden. De rechter zal vervolgens in het kader van zijn overwegingen met betrekking tot causaliteit vaststellen of de gedragingen in kwestie voldoende nauw verbonden zijn met de veroorzaakte schade om in rechte aangemerkt kunnen worden als de oorzaak daarvan en als zodanig tot aansprakelijkheid te leiden. Zie in algemene zin: Giesen 2005, p. .37-45. Zie ook bijvoorbeeld het ICJ Report Corporate Complicity & Legal Accountability, Vol. 3, Civil Remedies, Geneva: 2008.

[371] Zie nader: Enneking 2012, p. 229-244.

[372] Zie in algemene zin bijvoorbeeld: Asser/Vranken Algemeen deel***.

aansprakelijkheidsrecht biedt voor wat betreft (on)zorgvuldig gedrag en de toerekening daarvan aan concrete (rechts)personen. Daarbij kan allereerst gedacht kan worden aan rechtspraak met betrekking tot aansprakelijkheid voor personenschade[373], welke beoordeeld wordt conform de zogenoemde Kelderluik-factoren uit het gelijknamige arrest van de Hoge Raad.[374] Andere relevante aanknopingspunten kunnen, afhankelijk van de concrete feiten en omstandigheden van het te beoordelen geval, voortvloeien uit rechtspraak met betrekking tot bijvoorbeeld de zorgplichten van werkgevers jegens hun werknemers, de aansprakelijkheid voor blootstelling aan asbest, de aansprakelijkheid van toezichthouders, enz.

De rechter zal moeten bezien of de moeder met haar eigen gedragingen een zorgplicht heeft geschonden die op haar rustte jegens derden (werknemers van de dochter, omwonenden, lokale gemeenschappen, enz.) in het gastland. Dat doet hij door te kijken naar enerzijds de ernst en omvang van het aan de activiteiten verbonden risico en anderzijds de in het licht van de aard en het nut van de activiteiten en de bezwaarlijkheid van het treffen van voorzorgsmaatregelen te verwachten mate van zorg van de moedermaatschappij.

In beginsel is daarbij niet relevant of de gedragingen van de moeder te kwalificeren zijn als een doen of als een nalaten ten aanzien van risico's die in het leven zijn geroepen door de natuur, de benadeelde of een derde zoals de dochter. Het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht maakt namelijk geen principieel onderscheid tussen beide, zolang aangetoond kan worden dat de aangesproken partij een bijzondere relatie heeft met de (rechts)persoon of roerende zaak die de schade veroorzaakt heeft, met de onroerende zaak waar de schade plaatsgevonden heeft, of met de benadeelde.[375] Gaat het om risicovolle activiteiten die zijn uitgevoerd door een lokale dochtermaatschappij, dan kan een dergelijke bijzondere relatie voortvloeien uit de groepsrelatie tussen beide, bijvoorbeeld als de moeder zich intensief bemoeit of bemoeid heeft met het beleid bij of activiteiten van de dochter.[376] Maar een bijzondere band kan onder omstandigheden ook bestaan tussen de moeder en een lokale contractpartner of tussen de moeder en de plek waar de schade heeft plaatsgevonden of het voorwerp dat de schade veroorzaakt is. In dit laatste verband kan bijvoorbeeld gedacht worden aan door of voor het concern geëxploiteerde oliepijpleidingen, fabrieken of mijnen.[377] Is van een dergelijke bijzondere relatie geen sprake, dan wordt aansprakelijkheid voor (in dat geval: zuiver) nalaten doorgaans slechts onder bijzondere voorwaarden aangenomen.[378]

Verder zal er sprake moeten zijn van kenbaarheid en vermijdbaarheid van het risico voor de moeder, waarbij in beginsel een objectieve toetsingsmaatstaf wordt gehanteerd. Was het risico kenbaar en vermijdbaar geweest voor een redelijk bekwame en redelijk handelende moedermaatschappij van een soortgelijke groep bij vergelijkbare activiteiten? Uitgangspunt hierbij is dat van de moeder verwacht mag worden dat zij beschikt over de kennis en kunde die passen bij de rol die zij speelt in het maatschappelijk verkeer en dat zij haar organisatie zodanig ingericht heeft dat deze kennis en kunde op de juiste tijd en plaats beschikbaar zijn en gebruikt worden.[379] Risico's die ten tijde van het intreden van het nadeel op grond van de stand van de wetenschap en techniek voor niemand kenbaar of vermijdbaar waren of zijn, zullen de moeder in beginsel niet aangerekend worden. Tegelijkertijd geldt echter dat onvermijdelijke risico's toch aan de moeder toegerekend kunnen worden als zij het ontstaan van de risicovolle situatie had kunnen vermijden door bijvoorbeeld in een eerder stadium

[373] Zo ook: Van Dam 2008, p. 57-58.
[374] Zie HR 5 november1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik).
[375] Zie nader: Enneking 2012(1), p. 238-239. Vgl. Van Dam 2000, p. 299-301.
[376] Zie in meer detail bijvoorbeeld: Van Andel 2006.
[377] *Id.*, p. 439-452.
[378] Vgl. HR HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 (Struikelende broodbezorger). Zie ook: Enneking 2012, p. 238-239.
[379] Vgl. Van Dam 2000, p. 267-275.

voorzorgsmaatregelen te treffen, of wanneer het ontstaan van de risicovolle situatie op grond van de wet of de verkeersopvattingen voor haar rekening komt.[380]

Uiteindelijk zal bij de beantwoording van de vraag of de moedermaatschappij in een concreet geval een zorgplicht jegens derden in het gastland heeft geschonden in verband met activiteiten die zij daar liet verrichten, van groot belang zijn in hoeverre de moedermaatschappij betrokken was of had kunnen zijn bij de betreffende activiteiten in het gastland. Het gaat daarbij om de vraag of de moeder *de facto* kennis had van, betrokken was bij en/of zeggenschap had over de uitvoering door de dochtermaatschappij van de risicovolle activiteiten in het gastland.[381] Of dit het geval is, zal van zaak tot zaak beoordeeld moeten worden aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. Een algemene regel is hierover niet te geven; duidelijkheid over de omstandigheden waaronder een zorgplicht bestaat voor de moedermaatschappij ten aanzien van de mens- en milieugerelateerde belangen van derden in het gastland zal op basis van rechtspraak over dit onderwerp tot ontwikkeling moeten komen. Hierbij kan, tot op zekere hoogte, aansluiting gezocht kunnen worden bij bestaande rechtspraak in de context van de aansprakelijkheid van moedermaatschappijen die nalaten zich de belangen aan te trekken van schuldeisers van hun dochters.

In een reeks van uitspraken sinds het Osby-arrest uit 1981 is door de Hoge Raad bepaald dat wanneer een moedermaatschappij nalaat zich de belangen aan te trekken van schuldeisers van haar dochter, dit onder omstandigheden een onrechtmatige daad van de moedermaatschappij ten opzichte van die schuldeisers kan opleveren.[382] Daarbij kan het feit dat de moedermaatschappij over het algemeen meer inzicht heeft in het beleid, de activiteiten en ook de financiële positie van haar dochter dan een willekeurige derde, een rol spelen bij de vraag of de moeder wist of behoorde te weten dat haar gedragingen benadeling van de crediteuren van haar dochter tot gevolg zou kunnen hebben. Bemoeit de moedermaatschappij zich zeer intensief met de dagelijkse gang van zaken bij haar dochtermaatschappij, dan kunnen op haar extra zorgplichten komen te rusten ten aanzien van die crediteuren of andere derden die bij de dochtermaatschappij betrokken zijn. Het onrechtmatig gedrag van de moedermaatschappij hoeft daarbij niet noodzakelijkerwijs een actief handelen te betreffen; ook onrechtmatig stilzitten van de moeder (ook wel aangeduid als falend toezicht) kan leiden tot aansprakelijkheid.[383]

In deze arresten wordt de door de moedermaatschappij in acht te nemen maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm telkens toegespitst op het concrete geval; het is dan ook moeilijk om er algemene regels uit af te leiden. Voor zover dat wel kan, zijn deze regels nauw verbonden met de specifieke vennootschapsrechtelijke context waarin de procedures zich afspelen, namelijk benadeling van crediteuren van de dochter door de moedermaatschappij, waarbij deze laatste in veel gevallen zelf één van de crediteuren is. Deze lijn van arresten kan dan ook niet zonder meer als aanknopingspunt genomen worden voor aansprakelijkheid van ondernemingen voor extraterritoriale (I)MVO-normschendingen. In die context gaat het immers doorgaans om heel andere derden – namelijk zgn. *involuntary creditors* uit onrechtmatige daad in plaats van contractuele crediteuren – en heel andere soorten van schade – namelijk letselschade en milieuschade in plaats van financiële schade. Daarbij moet overigens wel gelijk aangetekend worden dat soortgelijke zorgplichten van moedermaatschappijen

[380] Vgl. Van Dam 2000, p. 255-258.

[381] Zie reeds Lennarts 2003 en Van Rooij 1990.

[382] Onder meer: HR 25 september 1981, NJ 1982/443 (Osby/LVM); HR 19 februari 1988, NJ 1988/487 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Albada-Jelgersma II*); HR 18 november 1994, NJ 1995/170 m.nt. J.M.M. Maeijer (*NBM/Securicor*); HR 12 juni 1998, NJ 1998/727 m.nt. Van den Ingh (*Coral/Stalt*); HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 m.nt. Faber/Bartman (*Sobi/Hurks*); HR 11 september 2009, *JOR* 2009/309 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Comsys*). Zie uitgebreid bijvoorbeeld: Asser/Maeijer, Van Solinge en Nieuwe Weme 2-II*, 2009/839 e.v.; Lennarts 1999, p. 185-213.

[383] Zie nader bijvoorbeeld: Bartman & Dorresteijn 2013, p. 303-330; Van Andel 2006; Lennarts 1999, p. 185-186.

in de Nederlandse rechtspraak ook worden aangenomen in een meer arbeidsrechtelijke context, ten opzichte van werknemers van hun dochtermaatschappijen.[384]

Uiteindelijk zijn er uit de Osby-lijn van zaken wel conclusies uit te trekken die ook relevant zijn voor de context waarbinnen het type procedures dat hier centraal staat zich afspeelt.[385] Voorop staat dat deze lijn van zaken duidelijk maakt dát het naar Nederlands civiel aansprakelijkheidsrecht mogelijk is dat een moedermaatschappij zorgplichten heeft ten opzichte van derden die op een bepaalde manier in verband staan met haar dochtermaatschappij. Schending van deze zorgplichten door een handelen of nalaten van de moedermaatschappij die leidt tot (financieel of ander) nadeel voor die derden, kan dan leiden tot aansprakelijkheid van de moedermaatschappij. Daarbij zal in verband met de concernrelatie tussen moeder en dochter, waardoor de moeder over het algemeen meer inzicht in de dochter zal hebben dan een willekeurige derde, vaak eerder dan in andere gevallen aangenomen kunnen worden dat de moeder wist of had moeten weten van (het risico op) dat nadeel. Hoe meer de moedermaatschappij zich bemoeit of bemoeid heeft met de dagelijkse gang van zaken bij de dochter, met name die activiteiten waarin het risico gelegen was dat zich verwezenlijkt heeft, hoe verder de zorgplichten gaan die op de moeder komen te rusten en hoe eerder mag worden aangenomen dat de moeder op de hoogte was van het risico dat in die activiteiten school en de mogelijke gevolgen daarvan voor derden. Bij intensieve bemoeienis kan niet-ingrijpen van de moeder bij schadeveroorzakende activiteiten van haar dochter, verwijtbaar zijn ten opzichte van derden.[386]

Een ander punt van belang is dat recentere zaken binnen (of gelieerd aan) de Osby-lijn van zaken laten zien dat er in gevallen dat de moedermaatschappij zich overheersend en bepalend heeft gemengd in de gang van zaken bij de dochter, sprake kan zijn van een verlichting van de bewijslast voor de benadeelden ten aanzien van het causaal verband en de wetenschap van benadeling bij de moeder.[387] Kan de eisende partij aantonen dat er sprake was van een intensieve beleidsbemoeienis van de moeder bij haar dochtermaatschappij, hetgeen eventueel aannemelijk gemaakt kan worden met verwijzing naar een hechte concernstructuur, dan kan wetenschap van de dochter omtrent de mogelijk nadelige gevolgen van haar activiteiten voor derden toegerekend worden aan de moeder (vergelijk ook par. 2.3.2).[388] Dit soort mogelijkheden is van groot belang waar het gaat om civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen voor extraterritoriale (I)MVO-normschendingen, aangezien bewijsperikelen juist in die context een obstakel kunnen vormen (zie hierover par. 2.4.4).[389]

Naar buitenlands civiel aansprakelijkheidsrecht bestaat er al wel enige rechtspraak waarin de zorgplicht van een moedermaatschappij voor schade aan mens en milieu aangericht als gevolg van de activiteiten van haar dochtermaatschappij verder is uitgewerkt (waarover nader hoofdstuk 3). Deze kwestie kwam zoals aangegeven ook aan de orde in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak (zie nader box 3). Daarnaast dringt zich de vraag op in hoeverre het hier beschrevene toepassing vindt buiten de concern-context, dus waar het gaat om de aansprakelijkheid van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen

---

[384] Zie bijvoorbeeld: Hof Leeuwarden 6 december 2011, *RI* 2012/34, waarin de (groot)moedermaatschappij van een concern aansprakelijk gehouden wordt voor het niet totstandkomen van een sociaal plan bij faillissement van één van haar (klein)dochtermaatschappijen. Het Hof overweegt onder meer: "*Waar in de jurisprudentie wordt erkend dat een zekere zorgplicht van de moedermaatschappij jegens de schuldeisers van de dochtermaatschappij bestaat in het geval dat voorafgaand sprake is geweest van een intensieve beleidsbemoeienis, geldt dit in die omstandigheden zeker voor de personeelsleden die in dienst zijn van een tot het concern behorende onderneming*" (par. 20).

[385] Zie ook: Enneking e.a. 2011.

[386] Zie uitgebreid: Bartman & Dorresteijn 2013, p. 303-321. Zie ook bijvoorbeeld: Enneking 2012(1), p. 235-238; Enneking e.a. 2011; Lennarts 2003; Lennarts 1999.

[387] Vgl. bijvoorbeeld HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 (Van Waning/Van der Vliet). Zie nader, met verdere verwijzingen naar jurisprudentie: Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/840.

[388] Bartman & Dorresteijn 2013, p. 319.

[389] Zie bijvoorbeeld: Enneking, Giesen e.a., p. 554-555.

voor IMVO-normschendingen in het kader van activiteiten die zijn uitgevoerd door buitenlandse ondernemingen tot wie zij (direct of indirect) in een contractsrelatie in plaats van in een concernrelatie staan. Gedacht kan worden aan aansprakelijkheid voor schade aangericht als gevolg van de activiteiten van (onder)aannemers in gastlanden door wie zij hun voedselproducten of kleding laten fabriceren of activiteiten verricht door lokale overheidsbedrijven of beveiligingsbedrijven met wie zij samenwerkingsverbanden aangaan of van wie zij diensten betrekken.[390]

Zoals aangegeven gaat het in het hier besproken type civiele aansprakelijkheidsprocedures niet om de vraag naar eventuele formele betrekkingen tussen ondernemingen, maar om de vraag of een internationaal opererende onderneming *de facto* kennis had van, betrokken was bij en/of zeggenschap heeft over activiteiten in het gastland die het risico op nadeel aan de IMVO-gerelateerde belangen van derden met zich brengen. Dat betekent dat de hier beschreven uitgangspunten in beginsel, *mutatis mutandis*, ook van toepassing zijn buiten concernverhoudingen. Zerk stelt in dit verband:

> "*Companies can also control each other in other ways. Franchising and distribution agreements will often contain very detailed provisions as to how the contracted-out business is to be run, the performance of which is closely monitored by the grantor of the franchise or distribution rights. The need to manage risks associated with a long-term supply agreement may lead to a purchaser being given rights to be consulted on and to participate in certain of its supplier's business decisions, arguably another form of 'control'. 'Control' relationships may exist even in the absence of any express provisions in a contract: relative bargaining positions, surrounding market conditions such as the availability of alternative resources or suppliers, and the practicalities of enforcing laws and agreements may all affect the dynamics of commercial relationships*".[391]

Zo is het zeker niet ondenkbaar dat een detailhandelaar onder omstandigheden veel meer invloed kan uitoefenen op arbeidsomstandigheden bij zijn buitenlandse leveranciers, zeker als hij hun enige afnemer is, dan een (groot)moedermaatschappij binnen een groot multinationaal concern dat kan op de ondernemingspraktijk van een (klein)dochtermaatschappij die partner is in een grote *joint venture* in het gastland.[392] In een dergelijk geval is er geen reden waarom er op de detailhandelaar onder omstandigheden niet net als op de moedermaatschappij van een multinationaal concern een zorgplicht zou kunnen komen te rusten ten aanzien van derden in het gastland die schade zouden kunnen leiden als gevolg van de voor de detailhandelaar uitgevoerde activiteiten. Hoewel hierover nog geen rechtspraak bestaat, zijn in de ons omringende landen al wel civiele aansprakelijkheidsprocedures aangebracht waarin dit aan de orde wordt gesteld (zie bijvoorbeeld de beschrijving van de procedure tegen Kik in par. 3.3.2).

Box 3 Aansprakelijkheid en zorgplichten in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak[393]

De eisers in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak stellen de in Nederland gevestigde (groot)moedermaatschappij Royal Dutch Shell (RDS) en de in Nigeria gevestigde (klein)dochtermaatschappij Shell Petroleum Development Company of Nigeria (SPDC) hoofdelijk aansprakelijk voor de door hen als gevolg van olielekkages geleden schade. Op grond van de eerder

[390] Zie, voor een nadere uitwerking van de te betrachten zorgvuldigheid van internationaal opererende ondernemingen i) ten aanzien van zakenpartners, ii) bij de inkoop van diensten, iii) bij de inkoop van zaken, iv) bij de verkoop van diensten en v) bij de verkoop van zaken: Van Dam 2008, p. 70-87.

[391] Zerk 2006, p. 53.

[392] Vgl. bijvoorbeeld: Phillips 2016, 481-488; Van Dam 2008; Zerk 2006, p. 52-53.

[393] Het hierna volgende is grotendeels ontleend aan: Enneking 2013(1).

besproken overwegingen omtrent toepasselijk recht (zie box 2) was de rechtbank gehouden om de inhoudelijke merites van beide civielrechtelijke aansprakelijkheidsvorderingen te beoordelen op grond van Nigeriaans (aansprakelijkheids)recht. Daarnaast moest zij er bij haar eindoordeel op grond van de aan haar voorgelegde feiten van uitgaan dat de in het geding zijnde olielekkages het gevolg waren van sabotage door derden, zoals betoogd door de gedaagden, en niet van achterstallig onderhoud, zoals gesteld door de eisers.

In haar eindvonnis van 30 januari 2013 wees de Rechtbank in vier van de in totaal vijf procedures de vorderingen tegen SPDC af. De rechtbank overwoog met betrekking tot de vraag of SPDC aansprakelijk was jegens de Nigeriaanse boeren voor het ontstaan van de olielekkages op grond van de *tort of negligence* dat *operators* van pijpleidingen (zoals SPDC) "[…] *naar Nigeriaans recht niet een algemene* duty of care *hebben tegenover de omwonenden van hun oliepijpleidingen en olie installaties om sabotage daarvan te voorkomen*". Volgens de Rechtbank was anderzijds naar Nigeriaans recht ook niet uitgesloten dat een *operator* in een specifiek geval aansprakelijk gehouden kan worden voor schade veroorzaakt als gevolg van sabotage van een oliepijpleiding, wanneer "[…] *deze in een specifieke situatie onvoldoende heeft gedaan om het risico van sabotage van een specifieke oliepijpleiding of olie installatie te beperken*".

Naar het oordeel van de rechtbank bleek in de betreffende gevallen echter niet van bijzondere omstandigheden die een specifieke *duty of care* van SPDC jegens de betrokken boeren zouden rechtvaardigen. In geen van deze gevallen kon gezegd worden dat SPDC met het gebruik van de verschillende stukken pijpleiding een bijzonder risico in het leven had geroepen of had laten voortbestaan dat door derden kon worden misbruikt. Verder had SPDC in deze gevallen het algemene risico op sabotage slechts tegen een zeer hoge prijs (verder) kunnen beperken of uitsluiten. Ook de andere vorderingen tegen SPDC, waaronder de vermeende aansprakelijkheid van het bedrijf op grond van de *tort of negligence* voor het niet adequaat reageren op de olielekkages en het niet naar behoren saneren van de vervuilde akkers en visvijvers, werden door de Rechtbank van de hand gewezen.[394]

Met betrekking tot de vijfde procedure, die betrekking had op de schade veroorzaakt door twee olielekkages in 2006 en 2007 uit een achtergelaten stuk pijpleiding (een *wellhead*) nabij het dorp Ikot Ada Udo, kwam de rechtbank echter tot een ander oordeel. Volgens de Rechtbank was SPDC in dit specifieke geval wél aansprakelijk voor de schade aangericht aan de visvijvers en akkers van de eisers als gevolg van de lekkages, nu het de desbetreffende *wellhead* onvoldoende beveiligd had achtergelaten waardoor deze eenvoudig (met een paar slagen van een Engelse sleutel) opengedraaid kon worden. Dit leidde tot het oordeel dat SPDC niet voldoende gedaan had om het risico op sabotage te beperken en als zodanig haar *duty of care* jegens de omwonenden geschonden had.[395]

Over de vraag of ook de in Nederland gevestigde moedermaatschappij RDS aansprakelijk gehouden kon worden voor de geleden schade op grond van schending van een eigen *duty of care* jegens de betrokken boeren oordeelde de rechtbank in elk van de ingestelde procedures ontkennend. Volgens de rechtbank kent het Nigeriaanse recht, net als het Engelse recht, "[…] *geen algemene* duty of care *om te voorkomen dat derden schade toebrengen aan anderen*", waaruit volgt "[…] *dat ook moedervennootschappen zoals RDS naar Nigeriaans recht in het algemeen geen verplichting hebben om te voorkomen dat hun (klein)dochtervennootschappen zoals SPDC door hun bedrijfsactiviteiten schade toebrengen aan anderen*". Op deze hoofdregel volgens de rechtbank onder bijzondere omstandigheden een uitzondering gemaakt zou kunnen worden, vergelijkbaar met de door de rechtbank aangehaalde Engelse zaak *Chandler v. Cape* waarin de moedermaatschappij van een asbest-concern aansprakelijk gehouden werd

[394] Zie Rechtbank Den Haag, 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9845 (olielekkage Goi), par. 4.41-4.60 en ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850 (olielekkage Oruma), par. 4.43-4.62.

[395] Rechtbank Den Haag, 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 4.38-4.46.

voor gezondheidsschade opgelopen door een werknemer van één van haar dochters als gevolg van blootstelling aan asbeststof.[396] Van dergelijke omstandigheden was volgens de rechtbank in deze zaak echter geen sprake.[397]

Hoewel het Gerechtshof Den Haag in zijn uitspraak van 18 december 2015 de (naar Nigeriaans recht te beoordelen) aansprakelijkheidsvraag nog niet behandelde, wijdde het enige woorden aan de merites van de door de eisers ingestelde vorderingen tegen de moedermaatschappij in reactie op het door de gedaagde ondernemingen opgeworpen bevoegdheidsverweer dat deze vorderingen 'evident kansloos' zouden zijn.[398] Het Hof overwoog in dit verband onder meer:

"*In aanmerking nemende de voorzienbaar ernstige gevolgen van olielekkages voor onder meer het milieu ter plaatse van een potentiële lekkagebron valt niet op voorhand uit te sluiten dat van de moedervennootschap in een dergelijk geval verwacht mag worden dat zij zich de belangen bij het voorkomen van lekkages aantrekt (dat er met andere woorden een* duty of care *bestaat* […]*), eens temeer indien zij een speerpunt heeft gemaakt van het voorkomen van milieuschade door activiteiten van de concernvennootschappen en tot op zekere hoogte actieve bemoeienis heeft met en sturing geeft aan de bedrijfsvoering van die vennootschappen, waarmee overigens niet gezegd wil zijn dat zonder die aandacht en bemoeienis een schending van de zorgplicht ondenkbaar is en een verwijtbaar negeren van bedoelde belangen nimmer tot aansprakelijkheid kan leiden.*"

Het Hof vervolgde:

"*Dat er volgens Shell geen uitspraken van Nigeriaanse rechters zijn waarin concernaansprakelijkheid op deze grond is aanvaard maakt het voorgaande niet anders. Daarmee is immers niet gezegd dat het Nigeriaanse recht per definitie geen aanknopingspunten biedt voor een onder (die) omstandigheden aan te nemen (schending van de) zorgplicht van de moedervennootschap, ook niet in het kader van het opruimen van de vervuiling en het voorkomen van herhaling*".

Met betrekking tot de *Chandler v. Cape*-uitspraak overwoog het Hof:

"*Dat laatstbedoelde uitspraak – waarin niet is uitgesloten dat ook andere omstandigheden dan welke in die zaak aan de orde waren kunnen leiden tot een* duty of care *voor de moedervennootschap – in een geval als hiervoor geschetst in geen enkel opzicht precedentwerking kan hebben (ten nadele van RDS) staat niet op voorhand vast* […]".[399]

Kwalitatieve aansprakelijkheid

Naast de algemene regel van schuldaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW voorziet het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht met het oog op een beperkt aantal specifieke verhoudingen en/of situaties in verschillende gronden voor kwalitatieve aansprakelijkheid. De redenen voor het wettelijk verankeren van dergelijke risicoaansprakelijkheden lopen uiteen, maar houden over het algemeen verband met de gedachte dat eventuele schade voor risico dient te komen van de risicoaansprakelijke partij, bijvoorbeeld omdat deze in de beste positie is om het risico op schade in te schatten en te beheersen, of omdat deze het profijt trekt van de risicovolle activiteit.[400]

---

[396] *Chandler v Cape plc* [2012] EWCA Civ 525. Zie ook par. 6.4.

[397] Zie Rechtbank Den Haag, 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9845 (olielekkage Goi), par. 4.30-4.39, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850 (olielekkage Oruma), par. 4.32-4.41, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 4.26-4.34.

[398] Zie Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (olielekkage Goi), par. 3.2, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 2.2, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (olielekkage Oruma), par. 2.2.

[399] *Ibid.*

[400] Het gaat hier met name om afdelingen 2 en 3 van titel 3 boek 6 BW (art. 6:169 e.v.). Zie uitgebreid: Spier e.a. 2015, p. 89/135.

Op grond van deze specifieke, in de wet vastgelegde risicoaansprakelijkheden, kan een actor aansprakelijk gesteld worden voor schade ook als die niet het gevolg is van zijn eigen onrechtmatige gedragingen. Kenbaarheid en vermijdbaarheid van het risico op schade voor derden bij de actor is dan niet vereist; relevant is slechts dat de aansprakelijk te stellen (rechts)persoon in een bepaalde hoedanigheid staat tot een ander of tot een bepaalde zaak staat.[401] Zo kunnen werkgevers onder omstandigheden aansprakelijk kunnen zijn voor schade toegebracht aan derden door hun ondergeschikten.[402] Verder kunnen bezitters of bedrijfsmatige gebruikers van roerende zaken, zoals gevaarlijke stoffen, onder omstandigheden aansprakelijk worden gehouden voor de door die zaken veroorzaakte schade, terwijl producenten aansprakelijk kunnen worden gesteld voor in het verkeer gebrachte gebrekkige producten.[403] Deze risicoaansprakelijkheden zullen echter slechts incidenteel, afhankelijk van de specifieke feiten en omstandigheden van het concrete geval, van toepassing zijn in de context van de aansprakelijkheid van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen voor extraterritoriale (I)MVO-normschendingen.

Het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht kent verschillende gronden voor kwalitatieve aansprakelijkheid die, afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het concrete geval, relevant kunnen zijn waar het gaat om het aansprakelijk stellen van een internationaal opererende onderneming voor extraterritoriale (I)MVO-normschendingen.

Op grond van art. 6:170 lid 1 BW kan een werkgever onder omstandigheden aansprakelijk gesteld worden voor de fouten van zijn ondergeschikten. Deze kwalitatieve aansprakelijkheid moet onderscheiden worden van de mogelijkheid dat de onderneming voor een eigen onrechtmatige daad aansprakelijk gehouden wordt voor gedragingen van zijn functionarissen die op grond van het maatschappelijk verkeer-criterium als eigen gedragingen aan de onderneming toegerekend worden. Het belangrijkste verschil tussen beide benaderingen is dat aansprakelijkheid op grond van art. 6:170 BW alleen maar mogelijk is als de ondergeschikte een eigen, hem toerekenbare onrechtmatige daad gepleegd heeft in de zin van art. 6:162 BW.

Is er sprake van een rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgrond aan de kant van de ondergeschikte, dan kan aansprakelijkheid van de werkgever voor de betreffende gedragingen niet gegrond worden op art. 6:170 BW, maar slechts op art. 6:162 BW, voor zover gezegd kan worden dat de gedragingen van de ondergeschikte in het maatschappelijk verkeer te gelden hebben als gedragingen van de werkgever. Datzelfde geldt voor de situatie dat de werkgever de ondergeschikte opdracht heeft gegeven tot het begaan van de onrechtmatige daad; ook in dat geval kan alleen de onderneming aansprakelijk gesteld worden, niet op grond van art. 6:170 BW maar op grond van art. 6:162 BW.[404] Is echter voldaan aan de vereisten van art. 6:170 BW, dan brengt het kwalitatieve karakter van de aansprakelijkheid met zich dat de onderneming voor de door de ondergeschikte gemaakte fout aansprakelijk gesteld kan worden, ongeacht of zij ook aansprakelijk gesteld zou kunnen worden voor eigen (al dan niet toegerekende) onrechtmatige gedragingen op grond van art. 6:162.

---

[401] Vgl. Spier e.a. 2015, p. 89-90. Zie ook Van Dam 2000, p. 287-294. Hieruit blijkt dat het onderscheid tussen fout- en risicoaansprakelijkheid niet altijd zo scherp is; er bestaan veel tussenvormen, zoals bijvoorbeeld foutaansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast.

[402] Art. 6:169 en 6:170 BW. Vergelijk ook art. 6:171 BW (aansprakelijkheid voor '*independent contractors*') en 6:172 BW (aansprakelijkheid voor vertegenwoordigers).

[403] Art. 6:175 en 6:185 e.v. BW. Vergelijk ook art. 6:173 BW (aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaak), 6:174 BW (aansprakelijkheid voor gebrekkige opstal) en 6:176 (aansprakelijkheid voor verontreiniging door stortplaats).

[404] Zie nader: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/95; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, 2011/190; T&C Lankhorst, art. 6:170 BW, 2013.

Met betrekking tot het wettelijk begrip ondergeschikte is reeds lang geleden bepaald door de Hoge Raad dat het gaat om personen "[…] *die hetzij krachtens hun doorgaande verhouding tot de werkgever, hetzij omdat zij onder zijn leiding of op zijn bepaalde aanwijzing handelen, niet zelfstandig optreden*". Beslissend is of de ondergeschikte zijn werkzaamheden volgens aanwijzing van de werkgever moet uitvoeren, in die zin dat deze laatste op elk gewenst moment kan ingrijpen en de ondergeschikte kan bevelen dat hij zijn taak op andere wijze moet uitvoeren. Binnen het begrip 'ondergeschikten' van art. 6:170 BW vallen in ieder geval personen ten aanzien van wie een juridische gezagsverhouding bestaat, waarbij het ook mogelijk is dat een ondergeschikte tegelijkertijd met meerdere 'werkgevers' in een dergelijke gezagsverhouding staat.[405] Te denken valt aan werknemers in de zin van art. 7:610 BW, dat ook personen die behoren tot het hoger personeel (bijv. fabrieksdirecteur) en bestuurders van een vennootschap omvat.

Ook ten aanzien van personen die niet in dienst zijn bij het bedrijf kan een juridische gezagsverhouding bestaan die deze personen bestempelt als 'ondergeschikten' in de zin van art. 6:170 BW. Van doorslaggevend belang blijft dat de vennootschap hen op grond van die ondergeschiktheidsrelatie kan bevelen om werkzaamheden voor de vennootschap te verrichten en instructies kan geven ten aanzien van de uitvoering van die werkzaamheden. Aannemers en onderaannemers zijn in beginsel niet te beschouwen als ondergeschikten in de zin van dit artikel en datzelfde geldt voor personen die op grond van een overeenkomst van opdracht of dienstverlening werkzaamheden voor de vennootschap verrichten.[406]

Voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:170 lid 1 BW is verder vereist dat er voldoende verband bestaat tussen de fout van de ondergeschikte en de aan hem opgedragen taak. Is de aansprakelijk te stellen entiteit een bedrijf, dan wordt een dergelijk functioneel verband in beginsel geacht aanwezig te zijn als: 1) de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en 2) degene in wiens dienst de ondergeschikte stond uit hoofd van de desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.[407] Voor wat betreft de kans-eis geldt dat de opgedragen taak de kans op een fout door de ondergeschikte objectief, volgens statistische ervaringsregels, moet hebben verhoogd. Deze test dient niet restrictief te worden opgevat; alle betrokken omstandigheden die in verband staan met de dienstbetrekking zijn hierbij relevant.[408] Voor wat betreft de zeggenschaps-eis geldt dat er sprake moet zijn van juridische zeggenschap over de taak. Deze zal over het algemeen ontbreken wanneer de werknemer een geweldsmisdrijf pleegt, zelfs als dat binnen werktijd plaatsvindt.[409] Functioneel verband kan, afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval, wél aanwezig geacht worden als de ondergeschikte met gebruik van de middelen of de gelegenheid die de opgedragen werkzaamheden hem verschaffen, dood, letsel of ander nadeel bij een derde veroorzaakt.[410]

Naast de kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten van art. 6:170 BW kan op grond van art. 6:171 BW ook aansprakelijkheid gevestigd worden voor een fout van een niet-ondergeschikte. Het

---

[405] HR 16 april 1943, NJ 1943, 352.

[406] Zie nader en met verwijzingen naar jurisprudentie: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, 2011/183-185; T&C Lankhorst, art. 6:170 BW, 2013 aant. 2.b.; Lubach 2005, p. 189; Oldenhuis 1998, p. 40.

[407] Zie nader: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, 2011/187-188.

[408] HR 30 oktober 2009, NJ 2010, 52 (Blomaard/Gemeente Utrecht).

[409] T&C Lankhorst, art. 6:170 BW, 2013, aant. 2.c.

[410] Zie HR 12 februari 2010, RvdW 2010/307 (Creditcard fraude), een procedure waarin het ging om creditcardfraude gepleegd door een werknemer binnen het bedrijf waar hij werkte door het onrechtmatig verhogen van bestedingslimieten. De Hoge Raad overwoog hier: "*De fout is begaan met gebruikmaking van zaken, gegevens en bescheiden die door Peha aan [betrokkene 3] ter beschikking zijn gesteld. Er is derhalve sprake van het door artikel 6:170 lid 1 BW vereiste functioneel verband. Nu aan de vereisten van genoemd artikel is voldaan, is PeHa aansprakelijk voor de door Visa als gevolg van de fout van [betrokkene 3] geleden schade. Visa moet in de positie worden gebracht waarin zij zou verkeren als de fout van [betrokkene 3] niet had plaatsgevonden*.

betreft hier een risicoaansprakelijkheid van de opdrachtgever voor fouten van niet-ondergeschikten die zij begaan bij de uitvoering van bedrijfsgerelateerde werkzaamheden.[411] De ratio achter deze bepaling is tweeledig. Allereerst mag het voor de benadeelde in verband met zijn verhaalsmogelijkheden geen verschil maken of zijn schade is veroorzaakt door een ondergeschikte of een niet-ondergeschikte van de opdrachtgever. Ten tweede wordt hiermee de anders op de benadeelde rustende bewijslast weggenomen waar het gaat om het achterhalen van de exacte arbeidsverhoudingen. De aansprakelijkheid ziet immers op verzekerbare bedrijfsrisico's die zonder een dergelijke risicoaansprakelijkheid aan de niet-ondergeschikten zouden worden toegerekend, waarmee de onderneming wel profijt zou genieten van de werkzaamheden maar niet bij zou hoeven dragen aan de bijkomende risico's.[412]

Voor aansprakelijkheid op basis van art. 6:171 BW is allereerst vereist dat de gezagsverhouding, zoals die wel aanwezig dient te zijn bij art. 6:170 BW, ontbreekt. De bepaling ziet daarmee bijvoorbeeld op aanneming van werk; zo is zij bijvoorbeeld toegepast in een geval waarin een bloembollenkweker aan een ander bedrijf opdracht gegeven had de bollen met bestrijdingsmiddel te bespuiten en dat andere bedrijf bij de uitvoering van die opdracht een toerekenbare onrechtmatige daad pleegde jegens een derde.[413] Daarnaast ziet de bepaling echter ook op tweedegraads verhoudingen zoals met een onderaannemer, ondervervoerder en onderbewaarnemer; de opdrachtgever kan dus niet alleen aansprakelijk gesteld worden voor fouten van de opdrachtnemer zelf, maar ook voor diens ondergeschikten en eventueel door de opdrachtnemer ingeschakelde niet-ondergeschikte (onder)opdrachtnemers.[414]

Het verschil tussen art. 6:170 en 6:171 zit hem in het werkgeversgezag en de aanwijzingsbevoegdheid, waarbij de mogelijke 'dwingendheid' van de instructies, zoals de werkgever deze binnen bepaalde marges kan geven, belangrijk is.[415] Hierbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen materiële aanwijzingen en formeel-organisatorische situaties, die veelal zien op economische afhankelijkheid.[416] Wel moet ook bij art. 6:171 BW sprake zijn van een toerekenbare onrechtmatige daad van de opdrachtnemer/uitvoerder. Indien de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer wettelijk gelimiteerd is voor een bepaald feit, geldt deze limiet eveneens voor de opdrachtgever.[417] De fout moet in functioneel verband zijn begaan, wat betekent dat het dient te gaan om uitbestede werkzaamheden ter uitoefening van het bedrijf van de opdrachtgever. Het moet dus expliciet gaan om de deelneming aan de bedrijfsuitvoering van de opdrachtgever.[418] Of een activiteit tot de bedrijfsuitvoering van de opdrachtgever gerekend kan worden, is afhankelijk van het criterium 'eenheid van de onderneming'.[419]

Risicoaansprakelijkheid van de opdrachtgever op basis van art. 6:171 BW bestaat dus slechts indien de benadeelde de dader en de opdrachtgever als een eenheid van onderneming beschouwt. Bij duidelijk

---

411 Zie nader Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/96,

412 T&C Lankhorst, art. 6:171 BW, 2013.

413 HR 18 juni 2010, NJ 2010, 389 (Koeman/Sijm Agro).

414 Zie nader en met verdere verwijzingen naar jurisprudentie: T&C Lankhorst, art. 6:171 BW, 2013; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, 2011/200.

415 Lubach 2005, p. 205 en 207.

416 Lubach 2005, p. 205 en 208.

417 HR 11 mei 2001, NJ 2001, 631 (EMO/Witchin).

418 HR 21 december 2001, NJ 2002, 75 (Stoeterij De Kraal). Zie ook: *Kamerstukken II* nr. 6 p. 729 (MvA).

419 Zie Lubach 2005, p. 276-279, die stelt dat de volgende factoren hierbij een rol (kunnen) spelen: 1) uiterlijke kenmerken en/of omstandigheden (i.e. bedrijfskleding, materiaal met reclame etc); 2) de locatie en/of het tijdstip van de werkzaamheden (fysiek begrensde ruimte, vast of terugkerend tijdstip waarop de werkzaamheden worden verricht); 3) de aard van de werkzaamheden (is er een sterke onderlinge samenhang tussen de werkzaamheden van de hulppersoon en de bedrijfsactiviteiten van de opdrachtgever, is er sprake van normale ondersteunende activiteiten of een zodanig gespecialiseerde taak dat er geen samenhang meer is met de hoofdactiviteit van het bedrijf).

afgescheiden activiteiten ontbreekt een dergelijke eenheid.[420] Hoewel deze vorm van aansprakelijkheid in verband met het bedrijfscriterium nogal restrictief is, heeft de Hoge Raad de mogelijkheden voor aansprakelijkheid op deze basis recent iets verruimd door het begrip 'eenheid van onderneming' wat ruimer te nemen.[421] Centraal staat niet meer de mogelijke verwarring bij de benadeelde ten aanzien van de vraag wie de schade heeft veroorzaakt op basis van de uiterlijke eenheid van opdrachtgever en niet-ondergeschikte, maar of er een eenheid van ondernemingsactiviteiten is in die zin dat het gaat om werkzaamheden die de bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever ondersteunen.[422] Het is daarbij echter nog de vraag of van deze eenheid slechts sprake is waar het gaat om werkzaamheden ter uitvoering van de '*core business*' van een onderneming, of dat er een bredere interpretatie van eenheid van de onderneming dient te worden aangenomen. Hieromtrent is nog geen standpunt ingenomen door de Hoge Raad.

Art. 6:172 BW vestigt een risicoaansprakelijkheid voor de vertegenwoordigde voor fouten van zijn vertegenwoordiger, zonder dat hiertoe een disculpatiemogelijkheid bestaat.[423] Het bepaalt dat indien een gedraging van een vertegenwoordiger ter uitoefening van de hem als zodanig toekomende bevoegdheden een fout jegens een derde inhoudt, de vertegenwoordigde jegens die derde aansprakelijk is. Voor de toepasselijkheid van art. 6:172 BW is vereist dat de handelende de hoedanigheid van vertegenwoordiger bezit; hierbij is niet van belang of de vertegenwoordiging berust op een rechtshandeling dan wel op de wet. Daarnaast is vereist dat de vertegenwoordiger een hem toerekenbare onrechtmatige daad heeft begaan. Voorts moet hij de fout begaan hebben bij (binnen) de uitoefening van de hem als vertegenwoordiger toekomende bevoegdheden.[424]

Het artikel functioneert als vangnet voor de situatie dat een vertegenwoordiger noch ondergeschikt is, noch als bedrijf werkzaam is, situaties die (grotendeels) bestreken worden door de hiervóór besproken artikelen. Zonder een uitdrukkelijk wettelijk voorschrift om aansprakelijkheid in dit soort situaties te vestigen, zou de bewijslast erg zwaar kunnen zijn voor degene die de vertegenwoordigde aansprakelijk wil stellen voor de fouten van zijn vertegenwoordiger. Hierbij moet aangetekend worden dat in een situatie waarin de fout begaan is door een (lid van een) orgaan van een vennootschap als vertegenwoordiger van die vennootschap, aansprakelijkheid van de vennootschap dient te worden gevestigd op grond van art. 6:162 door toerekening van de gedragingen als eigen gedragingen aan de vennootschap op grond van het maatschappelijk verkeers-criterium.[425] In dat geval is het niet noodzakelijk dat de gedragingen een fout (toerekenbare onrechtmatige daad) van de vertegenwoordiger opleveren, zolang ze eenmaal toegerekend aan de vennootschap maar een fout van die laatste opleveren.

Bij aansprakelijkheid op grond van art. 6:172 BW moet het allereerst gaan om een constructie waarbij sprake is van vertegenwoordiging krachtens volmacht of wettelijke vertegenwoordiging. Daarnaast moet er een fout (een eigen, toerekenbare onrechtmatige daad) gemaakt zijn door de vertegenwoordiger in de uitoefening van de hem als zodanig toekomende bevoegdheden. Aangezien het de taak is van de vertegenwoordiger om handelingen te verrichten voor en in naam van de

---

420 *Kamerstukken II* nr. 6, p. 729-730 (MO).

421 Vgl. HR 18 juni 2010, NJ 2010, 389 (Koeman/Sijm Agro), in navolging van HR 21 december 2001, NJ 2002, 75 (Delfland/Stoeterij).

422 T&C Lankhorst, art. 6:171 BW, 2013, aant. 3. Dit standpunt is ook bevestigd in lagere rechtspraak zoals Hof 's-Gravenhage 15 juni 2010, *JA* 2010/107 (X/Duinwaterbedrijf Zuid-Holland) en Hof 's-Hertogenbosch 16 juni 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI8702 (X/Stichting Woongoed 2-Duizend).

423 Zie nader: Oldenhuis & Kolder 2012, p. 20-21.

424 Zie nader en met verdere verwijzingen naar jurisprudentie: F.T. Oldenhuis, Groene Serie Onrechtmatige Daad bij art. 172 boek 6 BW, par. 4-5; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/201.

425 T&C Lankhorst, art. 6:172 BW, 2013, aant. 1 en 3; F.T. Oldenhuis, Groene Serie Onrechtmatige Daad, art. 172 boek 6 BW, aant. 4.

vertegenwoordiger en het daarbij veelal gaat om rechtshandelingen, is art. 6:172 BW in de eerste plaats van belang in gevallen dat de vertegenwoordiger een onrechtmatige daad pleegt (bedrog, misleiding) bij het verrichten van een rechtshandeling voor de vertegenwoordigde (bijvoorbeeld het sluiten van een contract). Ook in gevallen dat het (nog) niet gaat om een rechtshandeling kan art. 6:172 BW echter een rol spelen, zoals in het geval dat de vertegenwoordiger onrechtmatig handelt bij de onderhandelingen over een overeenkomst.[426] Wel moet de zinsnede dat de fout moet zijn gemaakt 'ter uitoefening van de hem als zodanig toekomende bevoegdheden' restrictief worden uitgelegd; dit brengt mee dat aansprakelijkheid van de vertegenwoordigde op grond van art. 6:172 BW ontbreekt indien er geen vertegenwoordigingsbevoegdheid was, maar de derde wel die bevoegdheid heeft aangenomen en dit ook redelijkerwijs mocht doen.[427]

Een belangrijk verschil tussen de 6:172-constructie en de constructie waarbij de vennootschap op grond van het maatschappelijk verkeer-criterium zelfstandig aansprakelijk gehouden wordt uit hoofde van art. 6:162 BW voor gedragingen van een functionaris als haar eigen gedragingen, is dat het in het laatste geval niet per sé hoeft te gaan om gedragingen die een toerekenbare onrechtmatige daad van de functionaris zelf inhouden. Daarnaast moet in het oog gehouden worden dat de vertegenwoordigings-constructie in beginsel ziet op het voor en in naam van de vertegenwoordigde verrichten van rechtshandelingen door de vertegenwoordiger, hetgeen betekent dat het bij aansprakelijkheid van de vennootschap op grond van 6:172 BW moet gaan om een toerekenbare fout die de vertegenwoordiger in de uitoefening van die taak (d.w.z. bij het verrichten van een rechtshandeling voor en in naam van de moeder) maakt. Aansprakelijkheid op grond van 6:162 BW daarentegen kan zien op zowel rechtshandelingen als feitelijke handelingen verricht door de functionaris.

Art. 6:175 BW vestigt een kwalitatieve aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, dat wil zeggen stoffen met zodanige eigenschappen dat zij een bijzonder gevaar van ernstige aard opleveren voor personen of zaken. Bij deze basis voor aansprakelijkheid hoeft deze niet herleid te worden tot een toerekenbare onrechtmatige daad van de aansprakelijk te stellen vennootschap of van een ondergeschikte, een niet-ondergeschikte of een vertegenwoordiger van die vennootschap. Eén van de grondslagen van art. 6:175 BW is de gedachte dat het, nu hier gaat om stoffen waarvan de kenmerkende gevaren zich weliswaar zelden voordoen maar zeer omvangrijke schade teweeg kunnen brengen als zij zich verwezenlijken, onaanvaardbaar zou zijn als de gevolgen niet zouden worden gedragen door de onderneming wier activiteiten tot de ramp hebben geleid.[428]

Artikel 6:175 lid 1 stelt kwalitatief aansprakelijk degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf een stof gebruikt of onder zich heeft, terwijl van deze stof bekend is dat zij zodanige eigenschappen heeft, dat zij een bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen of zaken oplevert, en dat gevaar zich verwezenlijkt. Het 'onder zich hebben' in de zin van deze bepaling moet begrepen worden als het feitelijk onder zich hebben dan wel het feitelijk in de macht hebben van de gevaarlijke stof; het doet er daarbij niet toe of de gebruiker de stof houdt voor zichzelf of voor een ander.[429] Onder degene die een bedrijf uitoefent wordt mede begrepen elke rechtspersoon die de stof in de uitoefening van zijn taak gebruikt of onder zicht heeft, aldus de tweede zin van lid 1. Volgens de derde zin levert een stof in elk geval een 'bijzonder gevaar van ernstige aard' op als zij ontplofbaar, oxyderend, ontvlambaar, licht

[426] Zie nader, met verdere verwijzingen naar jurisprudentie: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, 2011/201-203.

[427] HR 11 maart 2011, NJ 2012, 388, m.nt. Verstappen (Hypotheekadviseur). Oldenhuis & Kolder 2012, p. 20-21.

[428] E. Bauw. Groene Serie Onrechtmatige daad, artikel 175 boek 6 BW, aant. 6.

[429] De zinsnede moet ruim worden geïnterpreteerd, aldus de Tweede Nota van Wijziging, "[…] *in het bijzonder met het oog op toekomstig gebruik of met het oog op afvoering als afval*". Zie, met verdere verwijzingen: E. Bauw. Groene Serie Onrechtmatige daad, artikel 175 boek 6 BW, aant. 10.

ontvlambaar dan wel vergiftig of zeer vergiftig is volgens de criteria en methoden vastgesteld krachtens art. 9.2.3.1 lid 3 Wet milieubeheer.[430]

Lid 4 geeft een uitzondering op de in lid 1 neergelegde hoofdregel (en ook op de in lid 2 en 3 geformuleerde uitzonderingen daarop): is de schade een gevolg van verontreiniging met de stof van lucht, water of bodem, dan rust de aansprakelijkheid uit het eerste lid op degene die bij aanvang van de tot verontreiniging leidende gebeurtenis door artikel 6:175 BW als aansprakelijke persoon werd aangewezen. Uitgangspunt van deze regel is dat de kwalitatieve aansprakelijkheid rust op degene die de stof onder zich had op het moment van de vervuiling (dat is: het moment dat de stof het milieu in werd gebracht), waaronder degene die de stof ergens dumpt of loost.[431] Aansprakelijkheid op grond van art. 6:175 BW treedt slechts in als bekend is dat de stof zodanige eigenschappen bezit dat zij een bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen of zaken oplevert. De vraag rijst echter hoe ruim dit criterium dient te worden opgevat. Niet vereist is dat de beroeps- of bedrijfsmatige gebruiker het gevaar kende of behoorde te kennen; volgens de Memorie van Toelichting is het voldoende dat er bekendheid bestaat "[…] *in de kring van hen die in het maatschappelijk verkeer met de betreffende stof te maken hebben*".[432] Volgens Bauw en Brans gaat het daarbij niet alleen om kennis die bestaat bij bedrijven van gelijke omvang in de branche waartoe de gebruiker behoort, maar kan ook kennis die bestaat bij grotere bedrijven in die branche de gebruiker worden toegerekend.[433]

Art. 6:175 BW schept een systeem waarbij de aansprakelijkheid de stof volgt. Dit wil echter niet zeggen dat andere bedrijfsmatige gebruikers van de stof, die de stof op het moment van het in het milieu brengen niet onder zich hebben, niet meer aansprakelijk gehouden kunnen worden. Zij kunnen aansprakelijk blijven op grond van de meer algemene zorgplichten die voortvloeien uit art. 6:162 BW, met dien verstande dat bij een beroep op dat artikel wel zal moeten worden aangetoond dat er sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad van het betreffende bedrijf. Daarbij geldt in beginsel ook dat aansprakelijkheid alleen gevestigd kan worden als het aan de stof inherente gevaar bij de bezitter of gebruiker bekend was of behoorde te zijn. Dit kenbaarheidsvereiste is echter in sterke mate geobjectiveerd, in die zin dat beslissend is of het aansprakelijk te stellen bedrijf op het moment waarop de schadelijke gedragingen plaatsvonden op grond van de wetenschap voorzorgsmaatregelen had moeten nemen, waarbij als uitgangspunt geldt dat er voor het bedrijf een reële mogelijkheid moet hebben bestaan om van de stand van de wetenschap kennis te nemen.[434]

Tot slot kan hier nog een kanttekening geplaatst worden bij de mogelijkheid om op basis van de kwalitatieve aansprakelijkheid voor de bedrijfsmatig gebruiker van gevaarlijke stoffen te komen tot toerekening binnen concernverband. In beginsel rust deze aansprakelijkheid op diegene die de betreffende gevaarlijke stoffen gebruikt, bezit of onder zich heeft in de uitoefening van zijn beroep of zijn bedrijf. Opgemerkt dient echter te worden dat er bij de invoering van deze kwalitatieve aansprakelijkheid wel is voorgesteld om de activiteiten van verschillende vennootschappen binnen hetzelfde concern als activiteiten van één bedrijf te beschouwen, wanneer tussen die activiteiten voldoende technische, functionele of organisatorische bindingen bestaan. Als reden hiervoor werd aangegeven dat aan de regeling voor kwalitatieve aansprakelijkheden en haar achterliggende gedachte elke betekenis ontnomen zou kunnen worden door gevaarlijke bedrijfsactiviteiten in financieel zwakke vennootschappen onder te brengen.[435] De toenmalige Minister van Justitie was echter van mening dat

---

[430] Zie, in meer detail: E. Bauw. Groene Serie Onrechtmatige daad, artikel 175 boek 6 BW, aant. 28.

[431] Zie, met verdere verwijzingen: E. Bauw. Groene Serie Onrechtmatige daad, artikel 175 boek 6 BW, aant. 11, 18.

[432] *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3.

[433] Zie nader: E. Bauw. Groene Serie Onrechtmatige daad, artikel 175 boek 6 BW, aant. 27.

[434] Zie, met verdere verwijzingen: E. Bauw. Groene Serie Onrechtmatige daad, artikel 175 boek 6 BW, aant. 37.

[435] Zie, onder meer: Wessels 1989, p. 56. Zie ook: Eindverslag bij Aanvulling van de Boeken 3,6 en 8 Nieuw BW met regels betreffende de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en verontreiniging van lucht, water of bodem, *Kamerstukken II* 1991/92, 21 202, nr. 8, p.4.

er geen plaats was voor een dergelijke ruime interpretatie van de regeling inzake kwalitatieve aansprakelijkheden.[436] Dit neemt echter niet weg dat de rechter de achterliggende gedachte van deze kwalitatieve aansprakelijkheid een rol zou kunnen laten spelen bij het bepalen van de inhoud van een op de moedermaatschappij rustende zelfstandige zorgplicht.[437]

Andere relevante gronden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid

Het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht kent voorts een aantal bepalingen die betrekking hebben op aansprakelijkheid op grond van ongeoorloofde mededinging. Waar het gaat om aansprakelijkheid van internationaal opererende ondernemingen voor extraterritoriale (I)MVO-normschendingen zijn vooral de regeling met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken (artt. 6:193a-j BW) en de regeling met betrekking tot misleidende en vergelijkende reclame (artt. 6:194-196 BW) relevant. Beide regelingen zijn grotendeels gebaseerd op Europeesrechtelijke regelgeving en liggen grotendeels in elkaars verlengde.[438] De eerstgenoemde regeling heeft als doel de bescherming van consumenten op de Europese interne markt tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen; de laatstgenoemde heeft een beperkter toepassingsgebied en ziet slechts op reclame die onrechtmatigheid is jegens personen die handelen in het kader van beroep of bedrijf.[439]

Hiermee wordt wel ook gelijk de inherente beperking van de rol van deze bepalingen in de IMVO-context blootgelegd; een beroep erop is voorbehouden aan consumenten en concurrenten die schade lijden als gevolg van (bijvoorbeeld) misleidende uitlatingen door een internationaal opererende ondernemingen over arbeidsomstandigheden in de productieketen. Voor eventuele benadeelden uit gastlanden die als gevolg daarvan schade lijden zijn deze bepalingen dus slechts indirect relevant, namelijk voor zover zij het mogelijk maken voor consumenten en/of concurrenten om onzorgvuldig gedrag van internationaal opererende ondernemingen dat in strijd is met hetgeen zij in bijvoorbeeld gedragscodes of publieke uitlatingen hebben toegezegd, aan de kaak te stellen. De regeling biedt daarmee geen rechtstreekse mogelijkheid tot herstel en/of verhaal voor slachtoffers van IMVO-normschendingen.

In de regeling omtrent oneerlijke handelspraktijken staat voorop dat een handelaar onrechtmatig handelt jegens een consument wanneer hij een handelspraktijk verricht die oneerlijk is. Daarvan is sprake wanneer hij i) handelt in strijd met de eisen van een professionele toewijding en ii) het vermogen van een gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar is beperkt of kan worden beperkt, waardoor die laatste een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. Een handelspraktijk is in het bijzonder oneerlijk wanneer deze misleidend of agressief is.[440]

Met name de categorie misleidende handelspraktijken kan relevant zijn in de IMVO-context, zo blijkt ook uit procedures in de ons omringende landen zoals de procedure tegen Lidl inzake misleidende uitlatingen over werkomstandigheden in de productieketen (zie nader par. 4.2). Naar Nederlands recht wordt het verstrekken van feitelijk onjuiste of misleidende informatie ten aanzien van de herkomst van het product bestempeld als een misleidende handelspraktijk, mits dit ertoe leidt dat de gemiddelde consument een besluit neemt (of kan nemen) over een overeenkomst dat hij anders niet had genomen. Een handelspraktijk wordt ook gekwalificeerd als misleidend als de handelaar aangeeft dat hij aan een

[436] Nota naar aanleiding van eindverslag bij Aanvulling van de Boeken 3,6 en 8 Nieuw BW met regels betreffende de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en verontreiniging van lucht, water of bodem, *Kamerstukken II* 91-92, 21 202, nr. 9, p.8.

[437] Schoonbrood-Wessels 1991. Zie hierover ook het Eindverslag en de Nota naar aanleiding van het eindverslag, *supra* voetnoten 65 en 66, resp.

[438] Zie nader: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/305-307.

[439] Zie nader: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/308.

[440] Art. 6:193b BW. Vgl. ook bijvoorbeeld: Vytopil 2015; Duivenvoorde 2014.

gedragscode gebonden is maar concrete en kenbare verplichtingen die zijn opgenomen in die gedragscode niet naleeft, mits de gemiddelde consument daardoor een besluit neemt (of kan nemen) over een overeenkomst dat hij anders niet had genomen.[441]

Ook een misleidende omissie wordt aangemerkt als een misleidende handelspraktijk.[442] Hieronder valt bijvoorbeeld ook de zgn. 'prospectus-aansprakelijkheid' ten opzichte van particuliere beleggers, waarmee bedoeld wordt de aansprakelijkheid voor misleidende informatie verschaft in een prospectus bij een emissie van financiële producten, op grond waarvan potentiële beleggers bijvoorbeeld obligaties of aandelen aanschaffen die ze anders niet zouden hebben aangeschaft.[443] Daarnaast zijn er een aantal handelspraktijken ('zwarte lijst') die onder alle omstandigheden als misleidend gezien worden. Daaronder vallen onder meer de situaties dat de handelaar ten onrechte beweert aan een gedragscode gebonden te zijn en daarnaar te handelen, dat hij zonder de daarvoor vereiste toestemming een vertrouwens-, kwaliteits- of soortgelijk label aanbrengt, dat hij ten onrechte beweert dat een gedragscode door een publieke of andere instantie is erkend, en dat hij ten onrechte beweert dat een handelaar of product door een openbare of particuliere instelling is aanbevolen, erkend of goedgekeurd.[444]

Mede gezien het groeiend belang en gebruik van gedragscodes en keurmerken in de IMVO-context kunnen de hier genoemde bepalingen onder omstandigheden een basis vormen voor civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen voor extraterritoriale (I)MVO-normschendingen. Wordt er door of namens de consument een vordering ingesteld tegen de handelaar op grond van beweerdelijke misleidende handelspraktijken, dan kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de rechtmatige belangen van de bij het geding betrokkenen, de bewijslast ter zake van de materiële juistheid en volledigheid van de verstrekte informatie op de handelaar komen te rusten. Bij een dergelijke omkering van de bewijslast hoeven de eisers dan slechts te stellen dat en waarom de in het geding zijnde handelspraktijken onrechtmatig zijn, maar hoeven dit niet te bewijzen. Komt in de procedure vast te staan dat de handelaar zich schuldig heeft gemaakt aan misleidende handelspraktijken, dan is hij aansprakelijk voor de daardoor ontstane schade, tenzij hij kan bewijzen dat de onrechtmatige gedraging hem niet toe te rekenen is. Daarnaast heeft de consument de mogelijkheid om de overeenkomst die tot stand is gekomen als gevolg van een misleidende handelspraktijk, te laten vernietigen.[445]

Ook de regeling omtrent misleidende en vergelijkende reclame, met name de bepalingen omtrent misleidende reclame, kunnen relevant zijn in de IMVO-context, waarbij nogmaals aangetekend moet worden dat de regeling sinds de introductie van art. 6:193a BW beperkt is tot misleidende reclame die onrechtmatig is jegens personen die handelen in de uitoefening van een bedrijf. Er is sprake van misleidende reclame als degene die goederen of diensten aanbiedt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf (of degene die handelt ten behoeve van iemand die goederen of diensten aanbiedt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf), een mededeling openbaar maakt of openbaar laat maken die in één of meer opzichten misleidend is, bijvoorbeeld ten aanzien van de herkomst of wijze van

---

441 Art. 6:193c lid 1 sub b en lid 2 sub b BW, respectievelijk.

442 Art. 6:193d-f BW. Het gaat hierbij om een "[…] *handelspraktijk waarbij essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen*". Vgl. art. 6:193d lid 2 BW.

443 Vgl. bijvoorbeeld HR 27 november 2009, *LJN*: ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201, m.nt. Du Perron (*WorldOnline*).

444 Art. 6:193g BW.

445 Art. 6:193j BW.

vervaardigen ervan.[446] Hierbij worden geen beperkingen gesteld aan de wijze van openbaar (doen) maken; het kan gaan om alle manieren waarop iets ter kennis gebracht wordt aan het publiek.[447]

Ook bij een procedure op grond van misleidende reclame is er de mogelijkheid tot omkering van bewijslast, mits de vordering wordt ingesteld tegen iemand die de inhoud en inkleding van de mededeling geheel of ten dele heeft bepaald of doen bepalen. Komt vast te staan dat diegene onrechtmatig gehandeld door misleidende mededelingen openbaar te (doen) maken, dan vindt er ook een tweede omkering van bewijslast plaats. Het is dan niet aan de eisers maar aan de gedaagde om te bewijzen dat de als gevolg van zijn onrechtmatige gedragingen ontstane schade niet aan zijn schuld te wijten en ook niet op andere grond voor zijn rekening komt.[448] Komt vast te staan dat er sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad op deze basis die aan een ander schade heeft toegebracht of dreigt toe te brengen, dan kan de rechter op vordering van de eiser het openbaar (laten) maken van de misleidende reclame verbieden of degene die de mededeling openbaar (laat) maken veroordelen tot het openbaar (laten) maken van een rectificatie van die mededeling.[449]

Remedies

In een civiele aansprakelijkheidsprocedure op grond van onrechtmatige daad kunnen naar Nederlands recht verschillende dingen gevorderd worden. Is aan alle voorwaarden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van art. 6:162 (of één van de alternatieve gronden voor aansprakelijkheid) voldaan, dan treedt in beginsel van rechtswege een verbintenis tot schadevergoeding in. De vaststelling van de omvang van deze verbintenis tot schadevergoeding vindt plaats aan de hand van de bepalingen van art. 6:95BW e.v. Het is op basis van art. 3:296 echter ook mogelijk om een vordering strekkende tot een rechterlijk gebod of verbod in te stellen; in dat geval is schade aan de kant van de eisende partij niet nodig, maar is het voldoende dat er sprake is van een voldoende reële dreiging van schade.[450] Daarnaast maakt art. 3:302 BW het voor een direct betrokkene bij de in geding zijnde rechtsverhouding mogelijk om een verklaring van recht te vorderen omtrent die rechtsverhouding.[451]

In civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen voor extraterritoriale (I)MVO-normschendingen kunnen, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, al deze remedies een rol spelen. Zo vorderen de eisers in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak in de eerste plaats een verklaring voor recht dat de gedaagde bedrijven onrechtmatig gehandeld hebben jegens hen en als zodanig (hoofdelijk) aansprakelijk zijn voor de door hen als gevolg van de olielekkages geleden schade aan hun akkers en visvijvers. Een directe vordering tot schadevergoeding is niet mogelijk in verband met het feit dat zij hun vorderingen, vanwege het feit dat belangenorganisatie Milieudefensie optreedt als mede-eiseres, ingesteld hebben op grond van de collectieve actie van art. 3:305a BW, waarbij dit (vooralsnog) uitgesloten is (zie nader par. 2.4.4). Wel kunnen de benadeelde boeren bij toewijzing van hun vorderingen in een vervolgprocedure op individuele basis schadevergoeding eisen.

Zowel vermogensschade (schade in het vermogen van de benadeelde) als nadeel dat niet uit vermogensschade bestaat (immateriële schade) komen in beginsel voor vergoeding in aanmerking.[452]

---

[446] Art. 6:194 BW.
[447] Zie nader: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/316.
[448] Art. 6:195 BW.
[449] Art. 6:196 BW.
[450] Zie bijvoorbeeld Jansen 2009, p. 43.
[451] Zie nader: T.E. Deurvorst, GS Onrechtmatige Daad, II.1.2.2.
[452] Art. 6:95 BW.

Bij vermogensschade kan bijvoorbeeld gedacht worden aan kosten om een beschadigde of verloren zaak te laten repareren of te vervangen, ziektekosten, inkomensderving, begrafeniskosten, enz. Het omvat zowel geleden verlies als gederfde winst; verder kan het bijvoorbeeld ook kosten die gemaakt zijn om de omvang van de schade te beperken, omvatten.[453] Vermogensschade wordt in beginsel volledig vergoed. Bij immateriële schade kan bijvoorbeeld gedacht worden aan pijn, smart, gederfde levensvreugde, enz. Dit type schade wordt slechts naar billijkheid vergoed en voor zover de wet hierop recht geeft.[454]

Schadevergoeding wordt in beginsel voldaan in geld, maar kan op vordering van de benadeelde ook in een andere vorm toegekend worden.[455] In beginsel komt alleen die schade voor vergoeding in aanmerking die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de aansprakelijk gestelde partij berust dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.[456] Ook factoren als de mate van schuld en de mate van voorzienbaarheid kunnen in dit kader relevant zijn. Daarbij geldt bijvoorbeeld dat schade door dood of verwonding eerder toegerekend zal worden dan zaakschade.[457] Is er sprake van schending van een geschreven of ongeschreven verkeers- of veiligheidsnorm (dat wil zeggen een norm die strekt tot voorkoming van ongevallen) dan wordt doorgaans een zeer ruime toerekening gerechtvaardigd geacht.[458] Levert de schadeveroorzakende gedraging niet alleen schade maar ook voordeel op voor de benadeelde, dan zal dit voordeel voor zover redelijk in mindering gebracht worden op de schadevergoeding.[459] Is de schade deels ook toe te schrijven aan omstandigheden die aan de benadeelde zijn toe te rekenen, dan hoeft de aansprakelijk gestelde partij in beginsel dat deel van de schade niet te vergoeden.[460]

In aanvulling op hun vordering voor een verklaring voor recht, vorderen de eisers in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak ook een aantal rechterlijke geboden, op straffe van een dwangsom, met betrekking tot onder meer het uitvoeren van achterstallig onderhoud, sanering van de vervuilde grond en waterbronnen, en het opstellen van adequate *contingency plans* om de schade veroorzaakt door eventuele toekomstige olielekkages zoveel mogelijk te beperken.[461] De mogelijkheid tot het vorderen van een rechterlijk verbod of bevel kan van groot belang zijn in situaties waarin (verder) onrechtmatig gedrag dreigt en dit met behulp van een verbod of bevel voorkomen kan worden.[462] In beginsel komt een dergelijke vordering op grond van art. 3:296 BW voor toewijzing in aanmerking als er sprake is van onrechtmatig gedrag van gedaagde jegens de eisers, als dit gedrag dreigt te geschieden of er vrees is voor herhaling en als de eisers voldoende belang hebben bij hun vordering. Voor oplegging van een verbod of bevel op deze basis is dus geen schade vereist en ook toerekenbaarheid van de onrechtmatige gedraging aan de aansprakelijk gestelde persoon is niet vereist. Daarnaast is het ook mogelijk om een dergelijke vordering in te stellen ten aanzien van een onrechtmatig handelen of nalaten dat nog niet heeft plaatsgevonden.[463]

---

[453] Art. 6:96 BW.

[454] *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 2. Zie, met verwijzing naar het wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting daarbij: <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2015/07/20/wetsvoorstel-affectieschade-bij-tweede-kamer-ingediend>.

[455] Art. 6:103 BW.

[456] Art. 6:98 BW.

[457] Zie nader: Spier e.a. 2015, p. 276-278.

[458] Zie nader: Spier e.a. 2015, p. 280-283.

[459] Art. 6:100 BW.

[460] Art. 6:101 BW.

[461] Verschillende van de processtukken, waaronder de dagvaarding, zijn te vinden op de website van Milieudefensie: <https://milieudefensie.nl/shell-in-nigeria/rechtszaak/documenten>.

[462] T.E. Deurvorst, GS Onrechtmatige Daad, II.1.2.1.1.2.

[463] *Id.*, II.1.2.1.2.1.

Het opleggen van een verbod of bevel veronderstelt dat op de gedaagde zelf een rechtsplicht rust om iets te doen, niet te doen of te geven. Daarbij is wel mogelijk dat het verbod of bevel ziet op onrechtmatige gedragingen van de gedaagde die erin gelegen zijn dat hij toelaat of bevordert dat anderen iets doen of nalaten, een situatie die zoals eerder besproken veelal aan de orde zal zijn waar het gaat om de civielrechtelijke aansprakelijkheid van (moedermaatschappijen van) internationaal ondernemingen die risicovolle activiteiten laten uitvoeren in gastlanden door lokale dochtermaatschappijen of contractpartners.[464] In de regel zal het verbod of bevel ter zake van dreigend onrechtmatig handelen of nalaten toegewezen worden door de rechter, behoudens een aantal uitzonderingen.[465] Eén van die uitzonderingen is dat de rechter een vordering tot een verbod van een bepaalde onrechtmatige gedraging kan afwijzen als de gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld.[466] Eenmaal opgelegd, kan een rechterlijk gebod of verbod op verschillende manieren afgedwongen worden, namelijk door middel van reële executie, door middel van een verbeurde dwangsom en door middel van tenuitvoerlegging van lijfsdwang.[467]

In civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen voor extraterritoriale (I)MVO-normschendingen kan het gaan om geboden en verboden die (deels) betrekking hebben op activiteiten buiten Nederland. Hoewel het in beginsel mogelijk is om gebods- en verbodsacties in te stellen ook in grensoverschrijdende kwesties[468], kunnen extraterritoriaal werkende rechterlijke geboden of verboden vragen oproepen van zowel fundamentele als praktische aard (zie ook part. 2.4.2).

2.4.4 Procedurele en praktische omstandigheden

Is een Nederlandse rechter bevoegd om kennis te nemen van een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een internationaal opererende onderneming voor vermeende schendingen van IMVO-gerelateerde zorgplichten, dan is Nederlands recht als de *lex fori* toepasselijk op procedurele kwesties zoals de mogelijkheden tot bewijsverkrijging en de rechtspleging.[469] Zoals reeds aangegeven in par. 1.3.3 zijn het juist de procedurele en praktische omstandigheden in het land waar de procedure wordt aangebracht die zeer bepalend kunnen zijn voor de mogelijkheden voor benadeelden uit gastlanden om via *foreign direct liability cases* herstel en/of verhaal te krijgen voor het nadeel dat zij als gevolg van die schendingen geleden hebben. Dit hangt nauw samen met het feit dat zij in dit soort procedures doorgaans een aanzienlijke achterstand hebben ten opzichte van de ondernemingen die zij in rechte willen aanspreken waar het gaat om beschikbare informatie, kennis en kunde, organisatiegraad en financiële middelen.[470]

De drie meest belangrijke potentiële procedurele en praktische drempels voor potentiële eisers in dit type aansprakelijkheidsprocedures voor de Nederlandse rechter zijn de kosten die gemoeid zijn moet procederen, de mogelijkheden tot het verkrijgen van bewijs en de mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties.[471] Daarbij moet voorop gesteld worden dat in procedures voor de Nederlandse rechter een ondergrens gesteld wordt door art. 6 EVRM, waarin het recht op een eerlijk proces is vastgelegd. Hoewel de geografische reikwijdte van de bepalingen van het EVRM in beginsel beperkt is tot het grondgebied van de lidstaten, zijn de procedurele rechten die zijn vastgelegd in art. 6 EVRM in principe

[464] *Id.*, II.1.2.1.2.4.
[465] *Id.*, II.1.2.1.
[466] Art. 6:168 BW.
[467] Zie, met verdere verwijzingen: T.E. Deurvorst, GS Onrechtmatige Daad, II.1.2.1.4.1.
[468] T.E. Deurvorst, GS Onrechtmatige Daad, II.1.2.1.3.11.
[469] Art. 1 lid 3 Rome II-Vo.
[470] Zie in meer detail: Enneking 2013(2), p. 134-135; Enneking 2012(1), p. 114-116. Vergelijk ook de toelichting bij beginsel 26 UNGP's.
[471] Zie uitgebreid: Enneking 2012(1), p. 187-202, 252-265.

van toepassing op alle procedures die voor rechters in de lidstaten aangebracht worden, ongeacht de nationaliteit van de partijen en ongeacht waar de in geding zijnde activiteiten hebben plaatsgevonden.[472]

Art. 6 verplicht de EVRM-lidstaten om ervoor te zorgen dat potentiële eisers in gerechtelijke procedures een effectieve en daadwerkelijke toegang hebben tot de rechter.[473] Het vormt met name een ondergrens waar het gaat om de lengte (duur) en waar het gaat om de kosten van procedures. Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bijvoorbeeld bepaald dat de lidstaten verplicht onder omstandigheden verplicht kunnen zijn om gesubsidieerde rechtsbijstand te bieden aan partijen in civiele procedures.[474] Daarnaast verplicht het de lidstaten ook om ervoor te zorgen dat hun nationale regels omtrent bewijsvoering in de praktijk niet strijdig zijn met het beginsel van gelijkheid der wapenen (*equality of arms*) dat voortvloeit uit art. 6 EVRM.[475] Daarbij moet echter aangetekend worden dat in alle gevallen een mate van discretie gelaten wordt aan de lidstaten voor wat betreft de manier waarop zij deze resultaten bereiken; niet alle beperkingen van de toegang tot de rechter of de gelijkheid der wapenen zijn automatisch in strijd met het EVRM.

Kosten[476]

De kosten die verbonden zijn aan het procederen voor de Nederlandse civiele rechter kunnen in algemene zin een drempel zijn voor het aanbrengen van civiele procedures en zijn tot op zekere hoogte ook als zodanig bedoeld, teneinde een overbelasting van het rechtssysteem te voorkomen. De kosten van civielrechtelijke procedures in Nederland omvatten onder meer griffierechten voor het starten van een procedure bij de rechter, deurwaarderskosten voor het dagvaarden van de wederpartij, advocatenkosten en in sommige gevallen reis- en verblijfkosten voor getuigen en deskundigen. Daar komt bij dat advocatenkosten in Nederland in beginsel op uurbasis berekend worden en uitkomstafhankelijke beloningsovereenkomsten voor advocaten in beginsel niet toegestaan zijn (met uitzondering van een nu lopend experiment).[477] Daarnaast is er ook nog een financieel risico verbonden aan civiele procedures voor de Nederlandse rechter, aangezien het gebruikelijk is in Nederland dat de verliezende partij in een civiele procedure veroordeeld wordt tot betaling van deel van de (proces)kosten van de winnende partij.[478]

Gezien het feit dat het bij civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen vrijwel altijd zal gaan om zeer complexe en daarmee ook langdurige procedures waarbij het inhuren van een advocaat noodzakelijk zal zijn, vormen de kosten van procederen een serieuze drempel in deze context. Dat betekent dat de mogelijkheden om een dergelijke procedure aan te brengen voor de Nederlandse rechter sterk afhankelijk zal zijn van de vraag of het mogelijk is voor de (potentiële) eisers om op de één of andere manier een tegemoetkoming te krijgen in de kosten. Hoewel Nederland veel minder bekend is met het fenomeen van *public interest litigation* dan sommige andere landen, bijvoorbeeld de VS, en dus ook het bijbehorende apparaat van in algemeenbelangprocedures gespecialiseerde belangenorganisaties,

---

472 Zie nader over toepassing van het EVRM in civiele procedures met internationale aspecten: Van Hoek 2008.

473 Zie nader over de rol van art. 6 EVRM in de Nederlandse civiele procedure: Asser Procesrecht/Giesen 1 2015; Smits 2008. Zie ook bijvoorbeeld EHRM 21 februari 1975, 18 *E.C.H.R.* (Ser. A) 1975 (Golder v. United Kingdom)

474 EHRM 9 oktober 1979, 32 *E.C.H.R.* (Ser. A) 1979 (Airey v. Ireland), p. 15: "[a]*rticle 6 § 1 may sometimes compel the State to provide for the assistance of a lawyer when such assistance proves indispensable for an effective access to court either because legal representation is rendered compulsory, as is done by the domestic law of certain Contracting States for various types of litigation, or by reason of the complexity of the case*".

475 Vgl. EHRM 27 oktober 1993, [1993] *E.C.H.R.* 49 14448/88, par. 33: "[…] *as regards litigation involving opposing private interests, 'equality of arms' implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent*".

476 Het hierna volgende is grotendeels ontleend aan: Enneking 2012(1), p. 256-258.

477 Zie in meer detail bijvoorbeeld: Snijders 2011, p. 131 e.v.

478 Art. 237 Rv.

advocatenkantoren en *law clinics* ontbeert, zijn er ontwikkelingen die suggereren dat er een groeiende interesse bestaat in het bevorderen van bredere maatschappelijke belangen (in eigen land of elders) via dit type procedures.[479]

Zeker in de context van *foreign direct liability cases* blijft de kostendrempel echter een lastige barrière om te slechten. Hoewel het in Nederland onder omstandigheden mogelijk is voor onvermogende eisers in civiele procedures om een beroep te doen op gesubsidieerde rechtsbijstand[480], kan de toegang daartoe beperkt zijn voor eisers in dit type procedures als gevolg van de complexiteit en internationale aard ervan[481]. Dit leidde tot vragen vanuit de Tweede Kamer omtrent de noodzaak tot het invoeren van een rechtsbijstandsfonds voor buitenlandse benadeelden van extraterritoriale (I)MVO-normschendingen door Nederlandse internationaal opererende ondernemingen.[482] In het kader van een onderzoek naar de mogelijkheden hieromtrent werd door de Raad voor de Rechtsbijstand aangegeven dat het adequaat financieren van procedures die zo complex en veelomvattend zijn een zware belasting van het beschikbare budget vormt.[483]

Het kabinet gaf echter in een reactie op het rapport aan niet over te willen gaan tot de invoering van een dergelijk rechtsbijstandsfonds, gezien het feit dat uit het onderzoek ook gebleken was dat reguliere gesubsidieerde rechtsbijstand voor buitenlandse gedupeerden van dochters van Nederlandse moederbedrijven in Nederland via de Raad voor de Rechtsbijstand niet uitgesloten is en in de praktijk benut werd. In de Nederlandse Shell Nigeria-zaak was het inderdaad mogelijk voor de Nigeriaanse boeren om een beroep te doen op gesubsidieerde rechtsbijstand in Nederland. Verdere argumenten die werden aangevoerd ter afwijzing van een rechtsbijstandsfonds waren dat dit type claims niet anders behandeld zou moeten worden dan andere typen claims en dat eventuele inspanningen in dit opzicht gericht zouden moeten zijn op het verbeteren van toegang tot het recht in gastlanden.[484]

Collectieve acties[485]

Een andere factor die doorgaans een belangrijke rol speelt in civiele aansprakelijkheidsprocedures inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen is de vraag in hoeverre het recht van de forumstaat het instellen van collectieve acties mogelijk maakt. In gevallen dat er sprake is van schade aangericht aan een groot aantal benadeelden (zoals bijvoorbeeld het geval was in de procedures tegen Trafigura naar aanleiding van het gifdumpingsincident met de Probo Koala in Ivoorkust) biedt de mogelijkheid voor deze benadeelden om hun claims te bundelen in een groepsactie (ook wel: massaschadeclaim) een belangrijke manier om de hoge kosten (en belasting voor de rechterlijke macht) die gepaard zouden gaan met het individueel instellen en laten beoordelen van alle afzonderlijke vorderingen, drastisch in te perken. In gevallen dat er sprake is van schade aangericht aan niet op individuele personen terug te voeren, meer ideële of algemene belangen biedt de mogelijkheid voor maatschappelijke belangenorganisaties om een algemeenbelangactie in te stellen een belangrijke manier om de betreffende belangen te beschermen tegen inbreuk daarop door private actoren (waaronder ondernemingen).

---

[479] Zie nader over de opkomst van *public interest litigation* in Nederland: Van den Broek & Enneking 2014; Enneking & De Jong 2014.

[480] Vgl. art. 18(2) Grondwet, die uitvoering krijgt in de Wet op de Rechtsbijstand.

[481] Zie bijvoorbeeld: International Commission of Jurists, 'Access to justice: human rights abuses involving corporations', rapport Nederland (2010), <www.icj.org/dwn/img_prd/A2J-Netherlands.pdf>, p. 33-35.

[482] Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II* 2009/10, 26 485, 91 (Motie Voordewind).

[483] Zie: J.P. De Poorter, D. Van den Brule (MMG Advies), 'Een Nederlands rechtsbijstandsfonds voor vermeende gedupeerden van milieu- en mensenrechtenschendingen', 25 februari 2011, addendum bij *Kamerstukken II* 2010/11, 26485, 105.

[484] *Kamerstukken II* 2010/11, 26 485, 105.

[485] Deze paragraaf is grotendeels ontleend aan: Enneking 2014(3); Van den Broek & Enneking 2014; Enneking & De Jong 2014.

Collectieve acties, een begrip dat zowel groepsacties als algemeenbelangacties omvat, zijn de laatste decennia een steeds grotere rol gaan spelen binnen het Nederlandse burgerlijk procesrecht. De Hoge Raad wees in 1986 een baanbrekend vonnis in de Nieuwe Meer-zaak door te bepalen dat belangenorganisaties, *in casu* drie milieuverenigingen, een civielrechtelijke procedure konden aanbrengen ter bevordering van bredere maatschappelijke belangen, namelijk het doen staken van het onrechtmatig storten door de gemeente Amsterdam van bagger uit de Amsterdamse grachten in een nabijgelegen meer.[486] Sinds de inwerkingtreding in 1994 van art. 3:305a BW, waarmee het collectieve actierecht voor belangenorganisaties in civielrechtelijke procedures een wettelijke grondslag kreeg, is het aantal collectieve acties sterk gestegen.[487] Het gaat daarbij echter vooral om een toename van groepsacties ter behartiging van vermogensbelangen van bijvoorbeeld effectenbezitters, verzekerden en aandeelhouders. Het aantal algemeenbelangacties is, op verschillende procedures inzake vrouwen-, vluchtelingen- en dierenrechten en milieubelangen na, vooralsnog beperkt gebleven.

Art. 3:305a BW biedt voor dergelijke algemeenbelangacties een belangrijk en, waar het gaat om procedures met betrekking tot MVO-normschendingen die niet resulteren in een aantoonbare schending van private belangen (bijvoorbeeld in geval van milieuschade), onmisbaar aanknopingspunt. Blijkens de Memorie van Toelichting (MvT) bij het wetsvoorstel voor art. 3:305a is het niet noodzakelijk dat de personen ten behoeve van wiens belangen de belangenorganisatie een collectieve actie instelt ook zelf een rechtsvordering toekomt; het gaat immers veelal om "*de diffuse belangen van vele burgers, d.w.z. belangen waarvan niet op voorhand duidelijk is wie bij aantasting daarvan schade ondervindt*". De MvT voegt hieraan toe:

> "*De belangen die zich voor bundeling in een collectieve vordering lenen, kunnen vermogensbelangen betreffen, maar ook meer ideëel getinte belangen. Met de actie kan opgekomen worden voor belangen die mensen rechtstreeks raken, of die mensen zich vanuit een bepaalde overtuiging hebben aangetrokken*".[488]

Het lastige aan het introduceren van de mogelijkheid om een civielrechtelijke procedure te initiëren ter bescherming of bevordering van een publiek belang is natuurlijk dat er in veel gevallen verschil van mening zal bestaan over de vraag wat het na te streven 'publieke' belang precies inhoudt en wat de bescherming daarvan vergt, mede in het licht van met het betreffende belang strijdige private of andersoortige publieke belangen.[489] Zo staan de milieubelangen waarvoor de eisers in procedures als de Nederlandse Shell Nigeria-zaak bescherming trachten af te dwingen, niet alleen in contrast met de micro-economische belangen van de direct dan wel indirect betrokken bedrijven (Shell respectievelijk andere multinationals met activiteiten in gastlanden die risico's voor mens en milieu aldaar met zich brengen), maar ook met de macro-economische belangen en handelsbelangen van en wellicht zelfs internationale betrekkingen tussen de betrokken landen (Nederland en Nigeria).[490]

Aan de mogelijkheid om een algemeenbelangactie in te stellen doet een dergelijke 'multidimensionale' belangenstrijd (die altijd in zekere mate een rol zal spelen) volgens de wetgever in beginsel niet af:

> "*Bij de meer ideëel getinte belangen doet het daarbij niet ter zake dat niet ieder lid van de samenleving evenveel waarde aan deze belangen hecht. Mogelijk is zelfs dat de belangen waarvoor men met de procedure wenst op te komen, in botsing komen met*

[486] HR 17 juni 1986, NJ 1987/743 (Nieuwe Meer).
[487] Zie bijvoorbeeld: GS Vermogensrecht, artikel 305a Boek 3 BW (hierna: GS 3:305a BW), par. 2.
[488] *Kamerstukken II* 1991-92, 22 486, nr. 3, p. 22.
[489] Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Spier bij HR 8 juni 2007, *JA* 2007/123, m.nt. WvB.
[490] Zie nader: Enneking 2012(2). Zie ook: Enneking 2012(1), p. 363-381.

> *de ideeën en opvattingen van andere groeperingen in de samenleving. Dit op zichzelf zal een collectieve actie niet in de weg staan".*[491]

De vraag is natuurlijk echter wel in hoeverre er van de civiele rechter verwacht kan worden dat hij zich in een procedure die draait om meer dan de private belangen van de bij het geschil betrokken partijen, rekenschap geeft van de achterliggende belangen en 'bredere' (maatschappelijke) context en deze mee laat wegen in zijn eindoordeel. Hoewel het bij de Hoge Raad inmiddels wel mogelijk is om in het kader van een prejudiciële vraag een expert of maatschappelijke groepering om een visie te vragen[492], lijkt dit met name voor lagere rechters nog niet te bewerkstelligen te zijn. Uiteindelijk heeft de civiele rechter in vergelijking met bijvoorbeeld zijn strafrechtelijke collega's slechts beperkte mogelijkheden tot het verrichten van zelfstandig onderzoek naar feiten en omstandigheden die gezien de bredere context en implicaties van een procedure relevant kunnen zijn.[493]

Art. 3:305a BW stelt een aantal voorwaarden waaraan voldaan moet zijn, wil de belangenorganisatie die collectieve belangen of groepsbelangen via de civiele rechter beoogt te bevorderen, ontvankelijk zijn. De organisatie moet een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid zijn, waarvan uit de statuten blijkt dat zij de belangen behartigt ter bescherming waarvan zij de vordering instelt en die enige mate van representativiteit heeft.[494] Rechters zullen doorgaans niet al te strikt zijn bij het interpreteren van de statuten in deze context, vooral wanneer de door de organisatie ingestelde collectieve actie beantwoordt aan het doel waarvoor art. 3:305a BW in het leven is geroepen, te weten het bewerkstelligen van een meer effectieve en efficiënte bescherming van collectieve en groepsbelangen en een vermindering van het aantal claims.[495] Daarnaast moet het gaan om gelijksoortige belangen van andere personen die zich lenen voor bundeling in een collectieve actie.[496]

Verder dient de belangenorganisatie, alvorens zich tot de rechter te wenden, een poging te hebben gedaan om het gevorderde door overleg te bereiken. Bovendien moeten de belangen van degenen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld voldoende zijn gewaarborgd met de rechtsvordering. Dit laatste vereiste is in januari 2014 toegevoegd in reactie op zorgen over de toename van massaschade-claims door *ad hoc* organisaties die meer gericht zijn op het realiseren van eigen opbrengsten dan op het realiseren van schadevergoeding voor de slachtoffers.[497] Dit punt lijkt minder relevant waar het gaat om algemeenbelangacties, alhoewel ook daar dus vragen kunnen rijzen in verband met representativiteit. Het feit dat een belangenorganisatie een algemeenbelangactie aanbrengt ter bevordering van belangen die voor andere maatschappelijke actoren minder belangrijk zijn of zelfs in strijd zijn met hun overtuigingen, betekent niet dat de vordering niet aangebracht mag worden. Deze omstandigheid kan echter wel gevolgen hebben voor de mogelijkheid dat de vordering ook daadwerkelijk wordt toegewezen.[498]

Een belangrijke beperking van de collectieve actiebepaling van 3:305a BW is dat een vordering op deze basis niet kan strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld.[499] Hier lijkt echter verandering in te gaan komen met het voorontwerp voor een wetsvoorstel afwikkeling massaschade dat recent in

---

[491] Kamerstukken II 1991-92, 22 486, nr. 3, p. 22.
[492] Vgl. art. 393 Rv.
[493] Vergelijk ook: Asser/Vranken Algemeen deel**** 2014/68- 70.
[494] Het laatstgenoemde vereiste van representativiteit, dat onlangs is toegevoegd, is vooral gericht op massaschadeclaims en lijkt minder relevant voor de hier aan de orde zijnde algemeenbelangacties; zie ook Enneking & De Jong 2014, p. 1550.
[495] Groene Serie Vermogensrecht, artiel 305a Boek 3 BW, par. 14.
[496] Art. 3:305a BW lid 1.
[497] Art. 3:305a BW lid 2.
[498] MvT 22486, p. 22.
[499] Art. 3:305a BW lid 3.

consultatie is geweest.[500] Het doel van het wetsvoorstel is om een efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade te bevorderen, zonder daarmee een toename van ongefundeerde of lichtvaardige massaclaims, en daarmee een ongewenste claimcultuur, in de hand te werken. De voorgestelde collectieve schadevergoedingsprocedure is er vooral op gericht partijen zoveel mogelijk, onder regie van de rechter, tot een gezamenlijke afwikkeling van een massaschadeclaim te komen door middel van een collectieve vaststellingsovereenkomst.[501] Hiermee wordt aansluiting gezocht bij Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade, die het onder zekere voorwaarden mogelijk maakt om een buitengerechtelijke schikking tussen partijen ten aanzien van de vergoeding van als gevolg van een gebeurtenis door meerdere personen geleden schade algemeen verbindend te laten verklaren ten aanzien van alle personen aan wie de schade is veroorzaakt.[502]

Het wetsontwerp voor het nieuwe art. 3:305a BW introduceert een aantal verscherpte ontvankelijkheidseisen waaraan een collectieve schadevergoedingsactie moet voldoen. Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat de invoering van de collectieve schadevergoedingsactie zou leiden tot een onevenredige belasting van het Nederlandse rechtsstelsel en de in de procedure betrokken partijen. Ook hier speelt weer de vrees voor een ongewenste claimcultuur; hoewel dergelijke acties de toegang tot het recht vergroot voor benadeelden die om redenen van kosten of tijd geen individuele vorderingen kunnen instellen, kunnen zij ook tot uitwassen leiden zoals *blackmail settlements*, langslepende en kostbare procedures, polarisatie van standpunten en reputatieschade. Een aanvullende waarborg die ook zeer relevant is voor de context van civiele aanprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen voor extraterritoriale (I)MVO-normschendingen, is de in het wetsontwerp voorziene introductie van een *scope rule*. Deze beoogt ervoor te zorgen dat de collectieve schadevergoedingsactie alleen openstaat voor procedures die een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer hebben en dus geen aanleiding geeft voor *forum shopping*, aangezien "[e]*en dergelijke ontwikkeling* […] *een negatief effect* [zou] *kunnen hebben op de belasting van de rechterlijke macht en het Nederlandse vestigingsklimaat*".[503]

De benodigde voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer bestaat als: 1) de aangesproken partij in Nederland haar woonplaats of gewone verblijfplaats heeft; of 2) het merendeel van de personen tot bescherming van wier belangen de vordering strekt hun gewone verblijfplaats in Nederland hebben; of 3) de gebeurtenis(sen) waarop de vordering betrekking heeft zich in Nederland heeft (hebben) voorgedaan.[504] Dit betekent dat de in het wetsontwerp voorziene regeling in ieder geval collectieve schadevergoedingsacties voor de Nederlandse rechter zou toelaten waar het gaat om civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen in Nederland gevestigde internationaal opererende ondernemingen. Hoe op grond van de voorziene regeling omgegaan zou moeten worden met *foreign direct liability claims* waarin niet alleen een Nederlandse onderneming maar ook haar buitenlandse dochtermaatschappij of zakenpartner(s) worden aangesproken voor schadeveroorzakende activiteiten in het gastland, blijft vooralsnog onduidelijk. Het is dus nog maar de vraag hoe deze regeling zou uitwerken in een zaak als de Nederlandse Shell Nigeria-zaak, waarin wel bevoegdheid aangenomen kan

[500] Zie de in 2011 aangenomen motie-Dijksma (Kamerstukken II 2011/12, 33000, 14), die uitgewerkt is tot een voor ontwerp voor een wetsvoorstel waarin een wijziging van lid 3 voorzien is die collectieve schadevergoedingsacties wél mogelijk maakt.

[501] Zie de Memorie van Toelichting bij de consultatieversie juli 2014 van 'Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken', bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 31762, nr. 3.

[502] Artt. 7:907-910 BW.

[503] Memorie van Toelichting bij de consultatieversie juli 2014 van 'Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken', bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 31762, nr. 3, p. 12-13.

[504] Memorie van Toelichting bij de consultatieversie juli 2014 van 'Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken', bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 31762, nr. 3, p. 24-25.

worden over de vorderingen tegen zowel de Nederlandse moedermaatschappij als de buitenlandse dochtermaatschappij, maar op grond van deze bepalingen wellicht geen collectieve schadevergoedingsactie mogelijk zou zijn tegen die laatste.

Box 4 Praktische en procedurele omstandigheden in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak: collectieve acties

Het Hof Den Haag deed in haar tussenarrest van 18 december 2015 enkele uitspraken over de ontvankelijkheid van Milieudefensie, die op grond van art. 3:305a BW als mede-eiser optreedt in het geding.[505] Het Hof bepaalde in dit verband onder meer, naast de in par. 2.4.2 reeds besproken overwegingen ten aanzien van het op 3:305a BW toepasselijke recht:

"Geen *absolute voorwaarde voor ontvankelijkheid bij een actie ex 3:305a BW – ook niet in de huidige, op 1 juli 2013 in werking getreden versie, is dat het gevorderde niet langs een andere weg kan orden bereikt; in het onderhavige geval bijvoorbeeld via een groepsactie van alle leden van de Goi-gemeenschap of een* representative action*, gevoerd door een aantal van die leden ten behoeve van zichzelf en van anderen. Voorwaarde is* wel *dat de vordering strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen. Aan die eis is voldaan indien de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvordering strekt zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd. Op die wijze kan immers in één procedure geoordeeld worden over de door de rechtsvordering aan de orde gestelde geschilpunten en vorderingen, zonder dat daarbij de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele belanghebbenden* […] *behoeven te worden betrokken, althans het debat domineren en/of de afloop ervan bepalen*".

Het Hof vervolgde:

"*Onjuist, althans onvoldoende onderbouwd, is voorts het verweer van Shell dat de milieubelangen van degenen die door de onderhavige lekkage zijn getroffen onvoldoende gewaarborgd zijn bij het optreden door Milieudefensie; de voorwaarde dat de belangen van de vertegenwoordigde personen 'voldoende gewaarborgd' dienen te zijn is bedoeld als handvat om de ontvankelijkheid kritisch te kunnen beoordelen in die gevallen waarin getwijfeld wordt aan de motieven voor het instellen van een collectieve actie. Dit voorkomt dat claimstichtingen het collectief actierecht gebruiken om hun eigen commercieel gedreven motieven na te streven. Daarbij is het niet zo dat een organisatie met geen of slechts een geringe achterban onder de kring der direct belanghebbenden per definitie niet aan deze voorwaarde kan voldoen. De parlementaire geschiedenis noemt als voorbeeld de Consumentenbond, die in een collectieve actie de rechter vraagt een oneerlijke handelspraktijk te verbieden. Dat doet zij dan ten behoeve van iedere consument die potentieel door deze handelspraktijk getroffen zou kunnen worden. Ook indien het aantal van deze consumenten dat feitelijk lid is van of aangesloten bij de Consumentenbond slechts een kleine minderheid is zal er niet aan getwijfeld worden dat de belangen van deze grotere groep consumenten voldoende gewaarborgd zijn. Voor twijfel aan het uiteindelijke doel van Milieudefensie om ter plaatse een schoner milieu te bewerkstelligen bestaat evenmin aanleiding; het verder opruimen van (mogelijk) nog bestaande en het voorkomen van nieuwe olieverontreinigingen is daar dienstig aan*".[506]

Bewijsgaring[507]

Op grond van de hoofdregel inzake bewijsvoering in het Nederlandse burgerlijk procesrecht zal de partij die een civiele aansprakelijkheidsprocedure instelt voor de Nederlandse rechter tegen een internationaal opererende onderneming in verband met de beweerdelijke betrokkenheid van die onderneming bij

[505] Zie Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (olielekkage Goi), par. 4.1-4.4, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 3.1-3.4, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (olielekkage Oruma), par. 3.1-3.4.

[506] Zie Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (olielekkage Goi), par. 4.4, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 3.4, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (olielekkage Oruma), par. 3.4.

[507] Het hierna volgende is grotendeels ontleend aan: Enneking 2013(2).

extraterritoriale MVO-normschendingen, dit ook moeten bewijzen. Zowel de stelplicht als het bewijsrisico voor wat betreft de door de eisende partij gestelde feiten en/of rechten ligt in beginsel bij die partij zelf. Slaagt de eiser er niet in deze feiten en/of rechten afdoende te stellen en, waar nodig, te bewijzen dan loopt hij het risico dat de vordering wordt afgewezen.[508] Partijen mogen in principe met gebruikmaking van alle middelen bewijs proberen te leveren van hun stellingen.[509] De belangrijkste in de wet genoemde bewijsmiddelen omvatten zowel schriftelijk bewijs geleverd door middel van akten en vonnissen[510], alsook bewijs geleverd door middel van getuigenverhoren[511], gerechtelijke deskundigenberichten[512] en gerechtelijke plaatsopnemingen.[513] De wet laat de waardering van het aangeleverde bewijsmateriaal in beginsel over aan het oordeel van rechter.[514]

Een onderwerp dat doorgaans van groot belang is in civiele aansprakelijkheidsprocedures inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen is de kwestie van bewijsgaring: welke mogelijkheden biedt het Nederlands burgerlijk procesrecht de eisende partij in een aansprakelijkheidsprocedure om beschikking te krijgen over bewijsmateriaal dat zij zou willen gebruiken om haar stellingen te bewijzen, maar dat zij niet zelf onder zich heeft? De huidige regeling omtrent de zogenoemde bijzondere exhibitieplicht (ook wel: inzagerecht) is neergelegd in art. 843a Rv. Op grond hiervan kan een partij bij een privaatrechtelijk geding onder bepaalde omstandigheden inzage, afschrift of uittreksel vorderen van bescheiden die haar wederpartij (of een niet bij het geding betrokken derde) te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft.[515] Dit artikel vormt een uitzondering op de hoofdregel binnen het Nederlands burgerlijk procesrecht dat iemand onder hem rustende bescheiden niet aan een ander ter inzage hoeft af te geven.[516]

Onder bescheiden waarvan inzage kan worden gevorderd vallen niet alleen gegevens op papier (zoals akten), maar ook gegevens op andere gegevensdragers zoals film, foto of cd-rom.[517] In de context van civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen voor extraterritoriale (I)MVO-normschendingen kan daarbij bijvoorbeeld gedacht worden aan IMVO-gerelateerde *due diligence* rapportages die ondernemingen op grond van de UN Guiding Principles en de OESO Richtlijnen geacht worden op te stellen (voor zover deze niet al op voorhand in de openbaarheid gebracht zijn).[518] Daarnaast kan bijvoorbeeld gedacht worden aan documenten die betrekking hebben op de schadeveroorzakende activiteiten, alsook aan documenten die licht werpen op de interne gezagsstructuren of anderszins de onderlinge verhoudingen tussen de bij de in geding zijnde activiteiten betrokken ondernemingen, of aan documenten met betrekking het door de aangesproken ondernemingen gevoerde mensenrechten- en milieubeleid.[519]

De partij die een beroep wil doen op 843a Rv kan dit doen door middel van een zelfstandige vordering in een afzonderlijke procedure en bij wijze van incident tijdens een reeds lopende procedure.[520] Hoewel het uitgangspunt is dat waarheidsvinding plaatsvindt gedurende het verloop van een civiele

---

508 Artt. 149 en 150 Rv.
509 Art. 152 lid 1 Rv.
510 Artt. 156-160 Rv.
511 Artt. 163-185 Rv.
512 Artt. 194-200 Rv.
513 Art. 201 Rv.
514 Art. 152 lid 2 Rv.
515 Zie uitvoerig over de in dit artikel vervatte exhibitieplicht (of: inzagerecht): Ekelmans 2010; Sijmonsma 2010.
516 Zie bijvoorbeeld T&C Rv, Boek3, Titel 7, Afd. 1, Art. 843a, aantekening 1a.
517 Zie bijvoorbeeld T&C Rv, Boek3, Titel 7, Afd. 1, Art. 843a, aantekeningen 2c en 5.
518 Zie, met verdere verwijzingen naar rechtspraak: Lambooy 2010, pp. 330-331.
519 Vergelijk de Nederlandse Shell Nigeria-zaak; zie verder box 4.
520 Vergelijk bijvoorbeeld Sijmonsma 2010, p. 225. Zie ook HR 8 juni 2012, *LJN* BV8510 (Abu Dhabi Islamic Bank/ABN Amro N.V.) en HR 6 oktober 2006, *LJN* AX7774.

procedure[521], bestaat er de mogelijkheid om voorafgaand aan de procedure te vragen om rechterlijke tussenkomst ten behoeve van preprocessuele waarheidsvinding, bijvoorbeeld door middel van een verzoek aan de rechter om een voorlopig getuigenverhoor te houden of om de wederpartij te gelasten inzage te geven in bepaalde stukken op grond van art. 843a Rv. In theorie bieden dergelijke middelen tot preprocessuele waarheidsvinding de partijen en met name de eisers in een civiel geding de mogelijkheid om hun positie beter in te schatten, waaronder hun kansen op een succesvolle procedure en de vraag tegen wie het geding moet worden aangespannen.[522]

Om toegewezen te worden, moet een partij-vordering tot inzage op grond van art. 843a Rv voldoen aan drie voorwaarden.

Als eerste voorwaarde voor toekenning door de rechter van een vordering op grond van art. 843a Rv geldt dat de aanvrager een rechtmatig belang bij inzage, uittreksel of afschrift van de betreffende akten of bescheiden moet hebben. Van belang is hier of één van de partijen een onredelijk voordeel zou genieten of de andere partij een onredelijk nadeel zou lijden doordat de opgevraagde stukken niet als bewijsmiddel ter beschikking komen. Het doel van deze voorwaarde is met name om zogenoemde '*fishing expeditions*' (dat wil zeggen: het opvragen van een zeer brede selectie van documenten waarvan een partij vermoedt dat de wederpartij daarover beschikt en dat zij mogelijk steun zouden kunnen geven aan de stellingen van de aanvrager) te voorkomen.[523] Deze worden geassocieerd met het Amerikaanse systeem van *pre-trial discovery*, dat met zijn ruime mogelijkheden tot bewijsgaring voor eisers in civiele procedures ook mogelijkheden tot misbruik in zich draagt.[524] Dit wordt in Nederland door velen gezien als een aanjager van ongewenste 'Amerikaanse toestanden' (een rechtscultuur waarin te veel en te vlug wordt geclaimd).[525]

In sommige gevallen geeft de wet zelf een bijzondere aanspraak op bescheiden. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de wettelijke bepaling dat de werknemer overlegging mag verlangen van administratiegegevens van de werkgever voor zover de hoogte van zijn loon afhankelijk is van die gegevens.[526] In andere gevallen zal het oordeel of er in een concrete zaak sprake is van een rechtmatig belang geheel overgelaten zijn aan de rechter. Een duidelijke lijn in de rechtspraak bestaat vooralsnog niet op dit punt; sommige rechterlijke uitspraken zijn ruimhartiger waar het gaat om het aannemen van

---

521 Zie, in meer detail: De Bock 2011, pp. 139-143.

522 Zie De Bock 2011, pp. 139-142, die zich een voorstander betoont van preprocessuele waarheidsvinding. Vergelijk ook HR 24 maart 1995, NJ 1998, 414, waarin de Hoge Raad houdt ten aanzien van de (eveneens preprocessuele) mogelijkheid om gebruik te maken van een voorlopig getuigenverhoor: "*Het voorlopig getuigenverhoor, zoals dat in de art. 214 e.v. is geregeld, beoogt niet alleen mogelijk te maken dat spoedig na het plaatsvinden van omstreden feiten daaromtrent getuigenverklaringen kunnen worden afgelegd alsmede te voorkomen dat bewijs verloren gaat; het strekt óók en vooral ertoe belanghebbenden bij een eventueel naderhand bij de burgerlijke rechter aanhangig te maken geding degene die het aanspannen daarvan overweegt, degene die verwacht dat het tegen hem zal worden aangespannen, dan wel een derde die anderszins bij dat geding belang heeft de gelegenheid te bieden vooraf opheldering te verkrijgen omtrent de (hun wellicht nog niet precies bekende) feiten, zulks teneinde hen in staat te stellen hun positie beter te beoordelen, met name ook ten aanzien van de vraag tegen wie het geding moet worden aangespannen*" (r.o. 3.4.4).

523 Zie, met verdere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur: Sijmonsma 2010, p. 118.

524 Zie nader: Enneking 2013(2).

525 In gelijke zin: Ekelmans 2010, pp. 26-27. Zie over de vrees voor Amerikaanse toestanden en een claimcultuur in Nederland, bijvoorbeeld: *Kamerstukken II* 1998/99, 26 630, nr. 1. Zie ook reeds: Bauw e.a. 1999. Opgemerkt moet echter worden dat niet iedereen bevreesd is voor Amerikaanse toestanden; zie bijvoorbeeld: T. Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: Wie is er bang voor Amerikaanse toestanden' (2005), beschikbaar op <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=3683>.

526 Art. 7:619 Burgerlijk Wetboek. Vergelijk bijvoorbeeld HR 6 oktober 2006, *LJN* AX7774, r.o. 3.3.2-3.3.3, waarin de Hoge Raad onder meer overweegt: "*Hier is sprake van een geval waarin [eiser] overeenkomstig art. 7:619 BW het recht heeft van [verweerder] overlegging te verlangen van zodanige bewijsstukken als hij nodig heeft om de gegevens vast te stellen voor de bepaling van zijn aanspraak op achterstallig loon. Uit een en ander volgt dat [eiser] een rechtmatig, want uit art. 7:619 BW voortvloeiend, belang had om op de voet van art. 843a Rv. overlegging van het vaartijdenboek van [verweerder] te verlangen, zonder gehouden te zijn te stellen, laat staan in voldoende mate, 'dat hij in redelijkheid slechts bewijs zou kunnen leveren aan de hand van in het bezit van [verweerder] zijnde gegevens*".

een rechtmatig belang bij inzage van bescheiden op grond van 843a Rv dan andere. Duidelijk is wel dat als de hoofdvordering in het geding naar het oordeel van de rechter geen kans van slagen heeft, de rechter een vordering tot verstrekking van bescheiden niet zal toewijzen.[527]

Als tweede voorwaarde voor toewijzing van een partij-vordering tot inzage op grond van art. 843a Rv geldt dat de eiser of verzoeker inzage, uittreksel of afschrift moet vorderen van *bepaalde* akten of bescheiden. Dit betekent dat de opgevraagde bescheiden voldoende concreet moeten worden omschreven; ook dit vereiste dient ter voorkoming van de al eerder genoemde '*fishing expeditions*'.[528] In de kern gaat het er bij dit vereiste om "[...] *dat in het licht van de vordering voldoende duidelijk is om welke bescheiden het gaat en om welke reden zij van belang zijn en dat de plicht om inzage te geven niet verder strekt dan noodzakelijk is*".[529] Alhoewel niet helemaal eenduidig, lijkt de heersende opvatting in rechtspraak en literatuur te zijn dat niet vereist is dat de inhoud van de betreffende bescheiden bekend is bij de partij die inzage daarvan vordert.[530]

Ten derde moeten de akten of bescheiden waarvan inzage, uittreksel of afschrift wordt gevorderd betrekking hebben op een rechtsbetrekking waarbij de aanvrager zelf (of zijn rechtsvoorganger) partij is.[531] Hieronder valt ook de rechtsbetrekking die naar aanleiding van een (beweerdelijke) onrechtmatige daad ontstaat tussen het slachtoffer en de beweerdelijke dader.[532] Bestaande jurisprudentie laat geen duidelijke lijn zien met betrekking tot de precieze invulling van dit vereiste. In de literatuur wordt wel verdedigd dat het begrip rechtsbetrekking in deze context ruim uitgelegd zou moeten worden, wat in zou houden dat een partij ook inzage kan vorderen van bescheiden die nodig zijn om te bewijzen dát er sprake is geweest van onrechtmatig handelen.[533]

Daarnaast is er een aantal gronden waarop degene die over de betreffende bescheiden beschikt of ze onder zijn berusting heeft, de gevorderde inzage, afschrift of uittreksel van die bescheiden kan weigeren. Wanneer daarvoor gewichtige redenen bestaan, mag degene die over de betreffende bescheiden beschikt of ze onder zijn berusting heeft de gevorderde inzage, afschrift of uittreksel weigeren.[534]

Een zodanige reden kan gelegen zijn in de vertrouwelijkheid van de betreffende gegevens en daarmee samenhangende belangen als privacy, vertrouwelijkheid in een relatie met een derde, staatsveiligheid, of bedrijfseconomische belangen. Naast dergelijke vertrouwelijke gegevens zal ook van medische of financiële gegevens niet onder alle omstandigheden inzage verschaft te hoeven worden.[535] In de praktijk echter wordt een beroep op gewichtige redenen niet snel gehonoreerd. Redenen als de bescherming van een concurrentiepositie of het feit dat de betreffende stukken informatie verschaffen die de andere partij kan gebruiken in de procedure zijn bijvoorbeeld niet noodzakelijkerwijs voldoende gewichtig om een weigering tot inzage te billijken. Het is aan de partij die zich beroept op het bestaan van gewichtige redenen voor weigering van inzage om aannemelijk te maken dat in het concrete geval het belang van

---

527 Zie bijvoorbeeld, met verwijzingen naar relevante rechtspraak, Ekelmans 2010, pp. 87-95; Sijmonsma 2010, pp. 117-132.

528 Zie, bijvoorbeeld: Sijmonsma, p. 142.

529 Sijmonsma 2010, p. 142.

530 Zie, met verwijzingen naar relevante rechtspraak: Sijmonsma 2010, pp. 141-148; Ekelmans 2010, pp. 95-100.

531 Algemeen wordt aangenomen dat het niet nodig is dat beide bij het geschil betrokken partijen ook partij zijn bij de bedoelde rechtsbetrekking maar dat het voldoende is dat één van hen betrokken is bij deze rechtsbetrekking. Zie ook: Ekelmans 2011, p. 348.

532 Artikel 843a lid 1. Zie verder T&C Rv, Boek 3, Titel 7, Afd. 1, Art. 843a, aantekeningen 2-4. Zie, voor een uigebreidere bespreking van de gestelde vereisten en met verwijzingen naar relevante rechtspraak: Ekelmans 2010, pp. 87-100; Sijmonsma 2010, pp. 117-157.

533 Zie, met verwijzingen naar relevante rechtspraak en literatuur: Sijmonsma 2010, pp. 148-157, 169-172.

534 Artikel 843a lid 4. Zie verder T&C Rv, Boek 3, Titel 7, Afd. 1, Art. 843a, aantekening 3.

535 Zie, met verdere verwijzingen naar relevante rechtspraak: Sijmonsma 2010, pp. 183-194 en, met een focus op vertrouwelijkheid, Ekelmans 2010, pp. 101-159.

geheimhouding van de betreffende gegevens zwaarder moet wegen dan het belang bij waarheidsvinding.[536] Ook mag degene die over de betreffende bescheiden beschikt inzage, afschrift of uittreksel van die stukken weigeren als verstrekking onnodig is voor een behoorlijke rechtsbedeling, bijvoorbeeld als het bewijs van de uit het stuk blijkende feiten of omstandigheden ook redelijkerwijs op een andere manier verkregen kan worden. In de literatuur bestaat de nodige kritiek op deze specifieke weigeringsgrond, mede omdat deze niet bestaat ten aanzien van andere mogelijke bewijsmiddelen, zoals getuigenverhoor.[537] In de praktijk is de betekenis van deze bepaling echter beperkt.[538]

Het is aan de rechter om de verschillende belangen tegen elkaar af te wegen en er daarbij voor te zorgen dat geen van de partijen een onredelijk voordeel geniet dan wel een onredelijk nadeel lijdt door het al of niet in de procedure ter beschikking komen van de opgevraagde stukken als bewijsmiddel.[539] Als gevolg van de partijautonomie (vgl. art. 24 Rv) is de rechter niet bevoegd om een vordering tot exhibitie ambtshalve af te wijzen wanneer deze niet wordt weersproken door de wederpartij van de aanvragende partij.[540] Weigert een partij op grond van 843a bescheiden te verstrekken ook waar daar naar het oordeel van de rechter op grond van deze uitzonderingen geen reden voor is, dan kan de rechter aan de weigering de gevolgtrekking verbinden die hij geraden acht. Hierbij kan niet alleen gedacht worden aan gevolgtrekkingen met betrekking tot bijvoorbeeld de bewijslast van de weigerende partij, de beoordeling van zijn verweer, of de tot hem te betalen proceskosten, maar ook, in uitzonderlijke gevallen, aan het opleggen van een dwangsom of lijfsdwang door de rechter.[541]

Opgemerkt moet worden dat het in artikel 6 EVRM neergelegde recht op een eerlijk proces ('*fair trial*') een rol kan spelen in deze procesrechtelijke context. Dit artikel schept immers onder meer een verplichting voor de EVRM-lidstaten om ervoor zorg te dragen dat hun nationale procesrechtelijke regels met betrekking tot bewijslast en bewijsverkrijging niet in strijd zijn met het uit artikel 6 EVRM voorvloeiende beginsel van gelijkheid der wapenen ('*equality of arms*'). Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft in dit kader bepaald dat waar het aankomt op het civiele procedures die draaien om met elkaar tegenstrijdige private belangen dit beginsel met zich brengt dat "[...] *each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent*".[542]

Hierbij moet echter direct opgemerkt worden dat artikel 6 EVRM de EVRM-lidstaten veel beoordelingsruimte laat bij het bepalen hoe dit resultaat (het zodanig inrichten van de regels omtrent bewijsrecht en bewijsverkrijging dat strijd met het beginsel van gelijkheid der wapenen in civiele procedures voorkomen wordt) bereikt moet worden. Niet alle beperkingen van het beginsel van *equality of arms* zijn automatisch in strijd met art. 6 EVRM; het enkele feit dat de ene partij over meer bewijsmiddelen kan beschikken dan de andere levert niet automatisch strijd op met dit artikel. Daarnaast is het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in beginsel terughoudend waar het aankomt op het toepassen van art. 6 EVRM op regels van bewijsrecht in nationale civiele procedures. Hoewel vooral in letselschadezaken voor de Nederlandse rechter al wel vaker pogingen zijn gedaan om op grond van artikel 6 EVRM te pleiten voor een (algemene) verplichting tot *disclosure* voor partijen in een civiel geding, is twijfelachtig of dit artikel ook daadwerkelijk kan dienen als zelfstandige grondslag voor een

536 Zie bijvoorbeeld Ekelmans, pp. 137-140, die vaststelt dat het zwaarwegende maatschappelijke belang bij waarheidsvinding weegt doorgaans zwaarder dan het belang bij geheimhouding.
537 Zie, in meer detail en met verdere verwijzingen naar relevante rechtspraak: Sijmonsma 2010, pp. 26-29, 194-198.
538 Zie, met verwijzingen naar verdere literatuur, Ekelmans 2012, pp. 49-50.
539 Zie bijvoorbeeld T&C Rv, Boek 3, Titel 7, Afd. 1, Art. 843a, aantekening 3.
540 Zie T&C Rv, Boek 3, Titel 7, Afd. 1, Art. 843a, aantekening 3f. Zie ook HR 6 oktober 2006, NJ 2006, 547.
541 Zie, in meer detail en met verdere verwijzingen naar relevante rechtspraak: Ekelmans 2010, pp. 215-222.
542 Dombo Beheer v. The Netherlands, [1993] E.C.H.R. 49 14448/88 (27 October 1993), par. 33.

ruimere aanspraak op bewijsmateriaal dat ter beschikking staat van anderen dan de verzoekende partij.[543]

Ondanks de hiervoor vermelde vrees voor misbruik van het inzagerecht bij een te ruime wettelijke opzet of rechterlijke interpretatie daarvan, is men sinds een paar jaar ook in Nederland de mogelijkheid aan het onderzoeken om de regeling van 843a Rv uit te breiden. Deze tendens is mede ingegeven door een in het kader van een fundamentele herbezinning van het Nederlands burgerlijk procesrecht geformuleerd voorstel tot invoering van een op het Engelse recht geïnspireerde verplichte '*disclosure of documents*' ook in het Nederlandse recht, zowel in als voorafgaand aan een procedure.[544] Dit voorstel speelt op zijn beurt in op een in de Nederlandse rechtspraktijk gevoelde behoefte aan een rechtsmiddel dat het mogelijk maakt om in een vroegtijdig stadium de wederpartij te kunnen dwingen inzage te verschaffen in bewijsmateriaal waar zij de beschikking over heeft.[545] Het sluit bovendien aan bij recente Europese bepalingen over *disclosure* in de richtlijn handhaving IE-rechten, alsook bij de voorstellen van de Europese Commissie in deze richting ter bevordering van private handhaving van het mededingingsrecht.[546]

De suggestie tot uitbreiding van het Nederlandse regeling inzake bewijsgaring in civiele procedures is na uitbrengen van het rapport opgepakt door de toenmalige Minister van Justitie en ter verdere beoordeling voorgelegd aan de Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht, die op haar beurt een schets heeft gemaakt voor een nieuw, ruimer artikel omtrent bewijsgaring.[547] In navolging hierop is in november 2011 een wetsvoorstel tot verbetering van de wettelijke regeling van het inzagerecht ingediend (een eerdere versie werd eind 2010 ter consultatie overgelegd). Dit wetsvoorstel maakt geen gebruik van de hier genoemde adviezen, maar bouwt voort op de huidige wettekst van 843a Rv en de in het kader van dat artikel gewezen jurisprudentie. Het biedt daarmee weinig nieuws en leidt in ieder geval niet tot een noemenswaardige verruiming van het inzagerecht zoals dat momenteel in de Nederlandse rechtspraak reeds wordt toegepast.[548] Toch zal hier een globaal overzicht gegeven worden van de inhoud en strekking van (de meest relevante aspecten van) de voorgestelde wetswijziging.

Het wetsvoorstel maakt voor wat betreft uitoefening van het inzagerecht een duidelijk(er) onderscheid tussen vorderingen tot inzage buiten rechte (dat wil zeggen: buiten de rechter om) en vorderingen tot inzage in rechte (dat wil zeggen: met rechterlijke tussenkomst); de materiële vereisten voor beide figuren blijven echter ook onder het voorgestelde nieuwe regime grotendeels gelijk. Voor wat betreft vorderingen tot inzage in rechte wordt een verder onderscheid gemaakt tussen enerzijds het inroepen van het inzagerecht in een afzonderlijke, daarop toegespitste verzoekschriftprocedure (welke ingesteld kan worden zowel voordat de procedure in de hoofdzaak aanhangig is gemaakt als daarna) en anderzijds het inroepen van het inzagerecht in het kader van een al lopende procedure.[549]

---

543 Zie in meer detail en ontkennend met betrekking tot deze vraag: Ekelmans 2010, pp. 52-58. Zie ook Sijmonsma 2010, pp. 160-161. Zie ook met betrekking tot deze kwestie, die vooral een rol speelt als het gaat om inzage in medisch dossiers, bijvoorbeeld: Deen 2010.

544 Zie Asser, Groen, Vranken & Tzankova 2006, pp. 71-75.

545 Zie Asser, Groen, Vranken & Tzankova 2006, p. 72.

546 Zie, respectievelijk: 'Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten', PbEU L195/16 (2 juni 2004) en 'Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels', COM(2008) 165 final (2 april 2008).

547 Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht, 'Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken', *TCR* 2008, afl. 4. Zie voor een uitgebreide beschrijving en kritische bespreking: Sijmonsma 2010, pp. 79-95.

548 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 079. Zie voor een uitgebreide bespreking Ekelmans 2012. Zie ook, met betrekking tot de eerdere, eind 2010 ingediende versie van het wetsvoorstel tot wijziging van art. 843a Rv: Ekelmans 2011.

549 Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 079, nr. 2: Voorstel van Wet (hierna: wetsvoorstel), artikelen 162a, 162b en 162c, respectievelijk. Zie ook *Kamerstukken II* 2011/12, 33 079, nr. 3: Memorie van Toelichting (hierna: MvT), pp. 3-4.

De vereisten voor een rechtmatig beroep op het inzagerecht (rechtmatig belang, voldoende bepaaldheid bescheiden en het bestaan van een rechtsbetrekking) zoals deze reeds gelden op grond van de wet en jurisprudentie blijven grotendeels ongewijzigd.[550] Onder het voorgestelde regime blijven degenen die de betreffende bescheiden tot hun beschikking hebben in beginsel verplicht daarvan inzage, afschrift of uittreksel te verschaffen, tenzij: 1) zij zich kunnen beroepen op een verschoningsrecht of een wettelijke geheimhoudingsplicht; of 2) gewichtige redenen zich daartegen verzetten.[551] Wel wordt geschrapt de huidige bepaling dat inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden geweigerd mag worden als verstrekking onnodig is voor een behoorlijke rechtsbedeling. De wetgever beoogt daarmee duidelijk te maken dat het inzagerecht niet slechts een *ultimum remedium* is, maar op gelijke voet staat met andere bewijsmiddelen, zoals het (voorlopig) getuigenverhoor en het (voorlopig) deskundigenbericht.[552] Bij vorderingen tot inzage die in rechte gedaan worden, komt de rechter een zekere discretionaire bevoegdheid toe om het beroep al dan niet te honoreren; het verzoek mag onder omstandigheden worden afgewezen wanneer toewijzing strijd zou opleveren met de goede procesorde, wanneer daartegen andere zwaarwichtige bezwaren bestaan, of wanneer het misbruik van recht behelst.[553]

Tot slot is nog van belang te vermelden dat het wetsvoorstel ook een wettelijke verplichting bevat voor de procespartij die informatie tot zijn beschikking heeft gekregen op grond van een partij-vordering tot inzage om deze informatie geheim te houden. Deze verplichting tot geheimhouding kan worden versterkt met een dwangsom en schending ervan kan leiden tot strafrechtelijke sancties.[554] Ook onder het huidige wettelijke regime op dit gebied bestaat reeds de mogelijkheid om in bepaalde gevallen geheimhouding overeen te komen of te bewerkstelligen; onder de voorgestelde nieuwe regeling zou een geheimhoudingsplicht echter de regel worden ten aanzien van alle verstrekte bescheiden (en niet slechts ten aanzien van bepaalde, als vertrouwelijk aan te merken gegevens). In de literatuur is kritiek geleverd op deze bepaling, onder meer vanwege het feit dat zij strijdig lijkt te zijn met het uitgangspunt dat civiele procedures in beginsel openbaar en vrij toegankelijk zijn.[555]

Het wetsvoorstel tot aanpassing voor het inzagerecht ligt inmiddels alweer geruime tijd stil. In 2014 berichtte de toenmalige Minister van Justitie de Tweede Kamer dat hij voor het inzagerecht relevante ontwikkelingen in het bewijsrecht wilde afwachten alvorens verder te denken over het inzagerecht. Daarbij speelde ook een rol dat er vanuit verschillende fracties kritische vragen waren gekomen over het wetsvoorstel. Daarin werd onder meer benadrukt "[…] *dat de voorgestelde regeling voldoende duidelijk moet zijn zodat de rechtspraktijk afdoende rechtszekerheid wordt geboden en waarborgen moet omvatten zodat geen wettelijke basis wordt geboden voor zogenoemde «*fishing expeditions*» of een claimcultuur*".[556] De verdere behandeling van het wetsvoorstel heeft sindsdien stilgelegen.

---

[550] Zie MvT pp. 9-11. De wetgever geeft aan dat de verdere invulling van het begrip rechtmatig belang verder in de praktijk zal moeten gebeuren, aan de hand van de begrippen proportionaliteit en subsidiariteit (p. 11).

[551] Zie artikel 162a lid 2 wetsvoorstel en MvT pp. 11-13.

[552] Zie MvT pp. 2-3.

[553] Zie MvT p. 13. Waar het gaat om vorderingen tot inzage buiten rechte bestaat niet een overeenkomstige discretionaire bevoegdheid bij de aangesproken partij. Zie Ekelmans 2012, pp. 51-52.

[554] Het voorstel beoogt daartoe een sub c toe te voegen aan het reeds in art. 29 lid 1 Rv neergelegde mededelingenverbod, op grond waarvan het aan partijen verboden zou worden om mededelingen te doen aan derden omtrent inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden die aan een partij zijn verschaft op grond van een partij-vordering tot inzage; zie artikel IA wetsvoorstel. Zie MvT pp. 8-9.

[555] Zie Ekelmans 2012, pp. 54-55.

[556] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 079, nr. 6.

Box 4 Praktische en procedurele omstandigheden in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak: bewijsgaring

De kwestie van bewijsgaring speelde en speelt nog steeds een bepalende rol in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak.

In maart 2010 diende de advocaat van de eisers in deze zaken met betrekking tot alle drie de vorderingen een verzoek ex art. 843a Rv in tot inzage (en, waar na inzage gewenst, afschrift en uittreksel) van bepaalde akten en bescheiden die de gedaagde ondernemingen te hunner beschikking of onder hun berusting zouden hebben. Enerzijds betrof het verzoek bescheiden die betrekking hebben op de oorzaak en gevolgen van de olielekkages en de respons daarop vanuit de gedaagde ondernemingen (bijvoorbeeld stukken m.b.t. de aanleg, vervanging, technische specificaties en inspecties van de betreffende pijpleidingen en m.b.t. de gevolgen van de lekkages en het opruimen van de gelekte olie). Anderzijds betrof het verzoek bescheiden die betrekking hebben op het gevoerde milieubeleid binnen en de onderlinge verhoudingen tussen de gedaagde ondernemingen, alsook op de rol van Shell binnen de joint venture in het kader waarvan de Nigeriaanse oliewinningsactiviteiten plaatsvinden (bijvoorbeeld stukken m.b.t. het interne beleid t.a.v. olielekkages, m.b.t. de interne bevoegdheden van RDS t.a.v. het beleid en de activiteiten van haar dochtermaatschappij SPDC en m.b.t. de zeggenschap, bevoegdheden, verantwoordelijkheden en taken van SPDC binnen de joint venture).[557]

Bij (tussen)vonnis 14 september 2010 besliste de rechtbank Den Haag met betrekking tot de exhibitie-incidenten in de verschillende procedures dat het verzoek tot inzage van bepaalde (beweerdelijk) onder RDS of SPDC berustende bescheiden op vrijwel alle punten afgewezen werd.[558] De belangrijkste grond die de rechtbank aanvoerde in haar uitspraken (die nagenoeg hetzelfde waren voor de verschillende procedures) voor haar beslissing om het verzoek tot inzage door de eisers af te wijzen was dat de eisers geen rechtmatig belang hadden bij hun vordering tot exhibitie, in de zin van bewijsbelang.[559]

Volgens de rechtbank was er sprake van bewijsbelang: "[…] *indien een bewijsstuk kan bijdragen aan het onderbouwen en/of aantonen van een voor de te beoordelen vorderingen relevante, mogelijk doorslaggevende stelling, die voldoende concreet is onderbouwd en voldoende concreet is betwist*".[560] Naar de mening van de rechtbank ontbrak dit bewijsbelang ten aanzien van de bescheiden waarvan inzage werd gevorderd met het oog op het bewijzen van de stellingen dat de olielekkages door slijtage/gebrekkig onderhoud van de pijpleidingen zijn ontstaan, aangezien de rechtbank meende dat de eisers de stellingen van Shell dat de olielekkages door sabotage zijn veroorzaakt, (vooralsnog) onvoldoende gemotiveerd weersproken hadden. Als gevolg daarvan moest de rechtbank deze laatste stellingen (vooralsnog) voor juist houden, hetgeen volgens de rechtbank betekende dat de eisers op dit

[557] Zie de Milieudefensie website voor de tekst van het exhibitieverzoek: <http://milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/incidentele-conclusie-tot-exhibitie>.

[558] Rechtbank 's-Gravenhage, 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3529 (olielekkage Ikot Ada Udo), ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3535 (olielekkage Oruma), ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3538 (olielekkage Goi). Opgemerkt moet worden dat de Rechtbank in de procedure m.b.t. de olielekkage nabij Goi de incidentele vordering toewees waar zij betrekking had op door opdrachtnemers van SPDC opgestelde rapporten m.b.t. de opruim- en herstelwerkzaamheden, aangezien de vordering t.a.v. deze documenten niet betwist wordt door Shell.

[559] Daarnaast bepaalde de rechtbank met betrekking tot verschillende bescheiden waarvan het bestaan betwist is door Shell dat niet voldoende aannemelijk was geworden dat Shell c.s. beschikking zouden hebben over de betreffende bescheiden. Zie bijvoorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage, 14 september 2010, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3535 (olielekkage Oruma), par. 4.11-4.12.

[560] *Id.*, par. 4.6.

punt in de procedure geen rechtmatig belang hadden bij stukken die licht werpen op de onderhoudstoestand van de pijpleiding.[561]

Een soortgelijke redenering paste de rechtbank toe ten aanzien van de bescheiden waarvan inzage wordt gevorderd met het oog op het bewijzen van de stellingen omtrent het beleid en zeggenschap binnen het Shell-concern. Wat die stellingen betreft, was de rechtbank van mening dat de eisers (vooralsnog) onvoldoende aannemelijk gemaakt hebben dat op grond van Nigeriaans recht aansprakelijkheid kan bestaan van RDS dan wel SPDC.[562] Deze laatste overweging hing samen met het feit dat de eisers hun stellingen in de oorspronkelijke dagvaarding gebaseerd hadden op Nederlandse regels van aansprakelijkheidsrecht, terwijl de rechtbank in haar uitspraak van 14 september 2010 tot het (voorlopige) oordeel was gekomen dat het in de hoofdzaken materieel toepasselijke recht het Nigeriaanse recht is.[563]

Ten slotte wees de rechtbank een beroep van de eisers op het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende beginsel van *equality of arms* (zie verder onder 5.10) af. De rechtbank overwoog daartoe dat art. 843a Rv een uitwerking vormt van dat beginsel en dat de in dat artikel gestelde beperkende bepalingen verenigbaar zijn met art. 6 EVRM en het *equality of arms* principe, "[...] *behoudens (mogelijk) indien sprake is van buitengewone omstandigheden*". Volgens de rechtbank was echter onvoldoende gesteld of gebleken dat van zodanige buitengewone omstandigheden sprake zou zijn in deze zaken.[564]

Op 18 december deed het Hof Den Haag in een tussenarrest ook een eerste uitspraak over de in hoger beroep opnieuw door de eisers ingestelde vordering tot inzage in bepaalde documenten van de gedaagde ondernemingen op grond van art. 843a Rv. Deels ging het daarbij om documenten waarmee de eisers aannemelijk wilden maken dat niet sabotage maar achterstallig onderhoud de oorzaak was van de in het geding zijnde olielekkages. Volgens het Hof kon in de betreffende fase van het hoger beroep niet als vaststaand worden aangenomen dat sabotage de oorzaak was van deze lekkages. Omdat naar de mening van het Hof meer duidelijkheid over de schadeoorzaak zou kunnen worden verkregen door middel van een deskundigenonderzoek, besliste het Hof desondanks dat er op dat moment onvoldoende aanleiding was om Shell te gelasten inzage te verlenen in documenten met betrekking tot het onderhoud van de betreffende stukken pijpleiding.[565]

Met betrekking tot de vorderingen tegen de Nederlandse moedermaatschappij vorderden de eisers daarnaast documenten die zij zouden kunnen gebruiken ter onderbouwing van hun stelling dat de moedermaatschappij zich bewust was van de vele olielekkages in Nigeria en de gebrekkige opruimwerkzaamheden van haar Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappij en desondanks naliet om die dochter te bewegen daar wat aan te doen. Volgens het Hof hadden de eisers hun rechtmatige bewijsbelang bij de door hen in dit kader gevorderde inzage in documenten van Shell voldoende toegelicht en daarom wees het de vorderingen van de eisers in dit verband waar mogelijk (niet alle documenten bleken te bestaan) toe. In reactie op het bezwaar van Shell dat een aantal van de bescheiden bedrijfsvertrouwelijke informatie zouden bevatten bepaalde het Hof dat dit geen reden was om inzage te weigeren. Het besliste dat de betreffende stukken ter inzage moesten worden gelegd bij

[561] *Id.*, par. 4.8-4.10.
[562] *Id.*, par. 4.13-4.15.
[563] *Id.*, par. 4.3.
[564] *Id.*, par. 4.16.
[565] Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (olielekkage Goi), par. 6.1-6.5, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 (olielekkage Ikot Ada Udo), par 5.1-5.2, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (olielekkage Oruma), par. 5.1-5.5.

een notaris(kantoor) en dat slechts de advocaten van de partijen, eventuele gerechtsdeskundigen en de leden van de kamer van het Hof daarvan kennis zouden mogen nemen.[566]

2.4.5 Conclusie

Wat zijn naar Nederlandse wetgeving en jurisprudentie de zorgplichten van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen in het kader van IMVO? Het antwoord op deze vraag ligt besloten in het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht, meer specifiek in het onrechtmatigedaadsrecht van boek 6 BW. Van belang is dat het civiele aansprakelijkheidsrecht als rechtsgebied primair ziet op de bescherming van derden tegen elk op geld waardeerbaar nadeel dat zij hebben geleden als gevolg van gedragingen van anderen, voor zover die gedragingen strijdig zijn met wettelijke normen, subjectieve rechten of ongeschreven regels van maatschappelijke betamelijkheid. Open normen als redelijkheid, voorzienbaarheid en 'maatschappelijke zorgvuldigheid' maken het de rechter mogelijk om, tegen de achtergrond van heersende maatschappelijke ideeën over zorgvuldig gedrag, per geval de juiste balans te vinden tussen handelingsvrijheid enerzijds en de bescherming van belangen van derden tegen nadeel als gevolg van dat handelen (of niet-handelen) anderzijds.

In een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure tegen een internationaal opererende onderneming naar aanleiding van beweerdelijke IMVO-normschendingen in het kader van activiteiten die zij in het buitenland uitgevoerd heeft of heeft laten uitvoeren, wordt de rechter in feite gevraagd om achteraf te bepalen welke mate van zorg betracht had moeten worden door de onderneming jegens de mens- en milieugerelateerde belangen van derden in het gastland. Alvorens aan dit oordeel toe te komen zal de rechter in verband met het internationale karakter van de vordering echter twee voorvragen moeten beantwoorden: is hij bevoegd om te oordelen en zo ja, naar welk nationaal systeem van civiel aansprakelijkheidsrecht dient hij dan de vordering te beoordelen? Daarnaast spelen in een dergelijke procedure nog allerlei andere procedurele en praktische kwesties een rol, zoals bijvoorbeeld de vraag wie welke kosten moet betalen in het kader van de procedure, of een belangenorganisatie een vordering mag indienen namens één of meerdere benadeelden en hoe degenen die een dergelijke procedure instellen toegang kunnen krijgen tot bewijsmateriaal dat in handen is van de aangesproken onderneming of een derde.

De vragen naar rechterlijke bevoegdheid en toepasselijk recht worden beantwoord aan de hand van de regels van internationaal privaatrecht die gelden in het land waar de procedure voor de rechter wordt gebracht. Uitgangspunt in Nederland is dat de Nederlandse rechter bevoegdheid mag aannemen over procedures die worden aangebracht tegen ondernemingen die in Nederland hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging hebben. Hoewel de Nederlandse rechter dus in de regel rechtsmacht zal aannemen over aansprakelijkheidsvorderingen tegen in Nederland gevestigde internationaal opererende ondernemingen, is dat niet automatisch het geval waar het gaat om aansprakelijkheidsvorderingen tegen de in (niet-EU) gastlanden gevestigde dochtermaatschappijen of zakenpartners van die ondernemingen. Onder omstandigheden kan ook bevoegdheid bestaan ten aanzien van deze laatste categorie vorderingen, bijvoorbeeld als de vordering een zodanige samenhang vertoont met een vordering tegen een Nederlandse onderneming dat het met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken efficiënt is om beide gezamenlijk te behandelen, of als de eisers in het gastland geen toegang hebben tot een eerlijke, met waarborgen omklede rechtsgang.

[566] Zie Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (olielekkage Goi), par. 6.6-6.12, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 5.3-5.10, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (olielekkage Oruma), par. 5.6-5.12.

In de Nederlandse Shell Nigeria-zaak, die momenteel voorligt bij het Hof Den Haag, bestond veel discussie over de gronden voor bevoegdheid van de Nederlandse rechter in *foreign direct liability claims*. Het Hof Den Haag heeft recent het eerdere oordeel van de rechtbank bevestigd dat rechtsmacht aangenomen kan worden niet alleen over de vorderingen tegen de in Nederland gevestigde moedermaatschappij van het Shell-concern, maar ook over de vorderingen tegen haar in Nigeria gevestigde (klein)dochtermaatschappij. Grondslag voor bevoegdheid over die laatste vorderingen is hun nauwe samenhang met de vorderingen tegen de moedermaatschappij. Deze uitspraak is van groot belang niet alleen voor de gedaagde ondernemingen maar ook voor andere in Nederland gevestigde internationaal opererende ondernemingen, omdat zij wellicht tot gevolg kan hebben dat er meer procedures tegen hen aangebracht zullen worden voor Nederlandse rechters in verband met beweerdelijke IMVO-normschendingen gepleegd in het kader van de activiteiten in gastlanden van hun buitenlandse dochtermaatschappijen of ketenpartners.

Is de Nederlandse rechter bevoegd om te oordelen over een civielrechtelijke aansprakelijkheidsvordering tegen een Nederlandse internationaal opererende onderneming, dan zal hij die vordering in beginsel beoordelen aan de hand van de regels van aansprakelijkheidsrecht van het land waar de schade is ingetreden, wat in dit soort gevallen altijd het gastland zal zijn. Dit recht bepaalt niet alleen de grond en de omvang van de aansprakelijkheid, maar ook bijvoorbeeld de begroting van de schade, de maatregelen die de rechter kan treffen om schade te voorkomen, verjaringstermijnen en kwesties van bewijsrisicoverdeling. Gaat de procedure om activiteiten die geresulteerd hebben in (letsel- of vermogensschade als gevolg van) milieuschade in het gastland, dan kunnen de eisers de rechter vragen om Nederlands recht toe te passen op de vordering, mits zij aannemelijk kunnen maken dat de schadeveroorzakende gebeurtenis zich (deels) in Nederland heeft voorgedaan, bijvoorbeeld omdat daar de beslissingen zijn genomen die geleid hebben tot de schade. Er bestaat tot op heden nog geen duidelijkheid in de rechtspraak over de vraag hoe de rechter met een dergelijk verzoek zou moeten omgaan. Tot slot dient hier nog vermeld te worden dat de Nederlandse rechter voorrang moet geven aan eventuele Nederlandse regels van bijzonder dwingend recht die op de betreffende situatie van toepassing zijn en dat hij in uitzonderingsgevallen het buitenlandse recht (deels) buiten toepassing kan laten waar het strijd oplevert met fundamentele normen en waarden binnen de Nederlandse rechtsorde.

Is Nederlands recht van toepassing op de vordering, dan komt de Nederlandse rechter toe aan de vraag in hoeverre op grond van regels en rechtspraak op het gebied van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht gezegd kan worden dat de aangesproken internationaal opererende onderneming zich onrechtmatig heeft gedragen jegens derden in het gastland met betrekking tot activiteiten dit zij daar uitvoert of laat uitvoeren. Deze beoordeling zal in veel gevallen achteraf plaatsvinden, omdat een civiele aansprakelijkheidsvordering pas ingesteld kan worden op het moment dat er al schade is ontstaan aan de mens- en milieugerelateerde belangen van de benadeelden, of op het moment dat er een reële dreiging is dat zulke schade zal ontstaan. De onrechtmatigheid zal in *foreign direct liability cases*, die zich veelal afspelen in een context waar concrete wettelijke normen ontbreken of niet heel strikt zijn, doorgaans gelegen zijn in beweerdelijke schendingen van ongeschreven regels van maatschappelijk zorgvuldig gedrag. Aanknopingspunten voor wat op grond van deze ongeschreven regels in een concrete situatie verwacht had mogen worden van de aangesproken onderneming kunnen bijvoorbeeld voortvloeien uit (inter)nationale wettelijke bepalingen die soortgelijke gedragingen reguleren, rechtsbeginselen en rechtsovertuigingen, gebruiken of op gedragscodes berustende regels die in de betreffende sector gelden. Hier is dus een belangrijke rol weggelegd voor de vele IMVO-gerelateerde *soft law*-normen en zelfreguleringsinstrumenten die de afgelopen jaren opgesteld zijn.

Aanknopingspunten kunnen ook voortvloeien uit de vergelijking met verwante gevallen waarover reeds door een rechter is beslist. Er bestaat echter tot dusverre geen rechtspraak over de vraag onder welke

omstandigheden een Nederlandse internationaal opererende onderneming op grond van Nederlands onrechtmatigedaadsrecht aansprakelijk gehouden kan worden voor schendingen van zorgplichten in het kader van IMVO. De vraag die in deze context tot dusverre het meest aan de orde is gesteld in de context van *foreign direct liability cases*, is in hoeverre op de moedermaatschappij van een multinationaal concern een zorgplicht kan rusten jegens derden die schade hebben geleden als gevolg van de activiteiten van haar dochtermaatschappijen in gastlanden. Hoewel in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak wel degelijk een uitspraak is gedaan over de IMVO-gerelateerde zorgplichten van de aangesproken Nederlandse moedermaatschappij van het Shell-concern en van haar Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappij, schept deze uitspraak geen precedent naar Nederlands recht, aangezien zij werd gewezen op basis van het op de vordering toepasselijke Nigeriaans aansprakelijkheidsrecht.

Tot op zekere hoogte kan aangeknoopt worden bij rechtspraak die is gewezen in de context van zorgplichten van moedermaatschappijen jegens crediteuren van haar dochtermaatschappijen in situaties waarin voor de moeder voorzienbaar had kunnen zijn dat die (financieel) benadeeld zouden kunnen worden. Hieruit blijkt onder meer dat een moedermaatschappij die zich intensief bemoeid heeft met het beleid van haar dochter maar vervolgens niet ingrijpt om de benadeling van de betrokken derden te voorkomen, aansprakelijk gesteld kan worden voor de als gevolg daarvan door die derden geleden schade. Hoewel het in de bestaande rechtspraak gaat om voorkoming van nadeel aan de financiële belangen van derden in een zakelijke context, geeft zij aanwijzingen over wanneer op moedermaatschappijen van (multinationale) concerns zorgplichten kunnen komen te rusten ten aanzien van derden die (financieel of niet-financieel) nadeel lijden als gevolg van de activiteiten van haar (klein)dochtermaatschappijen. Deze aanwijzingen zijn relevant in het kader van het type civiele aansprakelijkheidsprocedures dat hier centraal staat, ook waar deze betrekking hebben op de aansprakelijkheid van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen voor schendingen van IMVO-zorgplichten in het kader van activiteiten verricht door ondernemingen in gastlanden tot wie zij in een directe of indirecte contractsrelatie in plaats van tot een concernrelatie staan.

Om tot aansprakelijkheid te leiden is zal naast een schending van een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm ook sprake moeten zijn van toerekenbaarheid van die schending aan de aangesproken internationaal opererende onderneming. Hierbij gaat het om kennen en kunnen: had de onderneming kunnen voorzien dat de in geding zijnde activiteiten een risico op nadeel van de belangen voor derden in zich droegen en had zij iets kunnen doen om dat nadeel te voorkomen? Met de toenemende nadruk (onder meer vanuit de UN Guiding Principles) op de verantwoordelijkheid van ondernemingen om zich rekenschap te geven van de mogelijk nadelige impact van hun eigen activiteiten en die van hun zakenrelaties op mens en milieu komt de lat hier langzaam maar zeker hoger te liggen voor ondernemingen. Om tot aansprakelijkheid te kunnen leiden zal er voorts sprake moeten zijn van zijn schade en van een oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige gedraging en die schade. Daarnaast moet de geleden schade onder het beschermingsbereik van de geschonden norm vallen; met name dit laatste vereiste kan een middel zijn voor de rechter om de reikwijdte van de in het geding zijnde aansprakelijkheid op rechtspolitieke gronden af te grenzen.

Het is in beginsel aan de eisende partij in een civiele aansprakelijkheidsprocedure inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen om aan te tonen dat de gedaagde internationaal opererende onderneming een IMVO-gerelateerde zorgplicht heeft geschonden. Is de onrechtmatige gedraging bewezen, dan wordt toerekenbaarheid veelal aangenomen te bestaan, zodat het aan de gedaagde partij is om het ontbreken van schuld (kennen en kunnen) aan te tonen. Het is in beginsel wel weer aan de eisende partij om aan te tonen dat er sprake is van relativiteit, schade en causaliteit, met voor wat dit laatste vereiste betreft een uitzondering als het gaat om de overtreding van een geschreven of ongeschreven norm die specifiek strekt tot bescherming tegen een gevaar op het ontstaan van schade dat zich ook daadwerkelijk heeft verwezenlijkt. Uit geschreven of ongeschreven rechtsregels of uit de eisen van

redelijkheid en billijkheid kan een afwijkende bewijsrisicoverdeling voortvloeien. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een omkering van de bewijslast, maar meer gangbaar zijn het gebruik van (al dan niet wettelijk vastgelegde) bewijsvermoedens en de mogelijkheid tot het opleggen van een aanvullende stelplicht van de wederpartij, bijvoorbeeld waar deze laatste aansprakelijk gesteld wordt voor gedragingen met betrekking waartoe zij bijzondere deskundigheid en gegevens beschikt.

Verder zijn er naast de algemene onrechtmatigedaadsbepaling van art. 6:162 BW nog een aantal alternatieve gronden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid die in bijzondere gevallen, afhankelijk van de concrete feiten en omstandigheden een rol kunnen spelen waar het gaat om aansprakelijkheid van internationaal opererende ondernemingen voor schendingen van IMVO-zorgplichten. Gedacht kan worden aan de risicoaansprakelijkheden van boek 6 BW (bijvoorbeeld van de bedrijfsmatige gebruikers van gevaarlijke stoffen), maar ook aan aansprakelijkheid voor oneerlijke mededinging (wat onder meer misleidende handelspraktijken en misleidende reclame omvat). In dit laatste geval zullen het echter niet de benadeelde IMVO-belanghebbenden uit het gastland zijn die op die basis een vordering kunnen instellen, maar consumenten of andere ondernemingen die misleid zijn als gevolg van bijvoorbeeld mededelingen van de aangesproken onderneming dat deze zich houdt aan een IMVO-gedragscode.

Al met al kan gezegd worden dat het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht zeker mogelijkheden biedt voor de ontwikkeling, via rechterlijke besluitvorming in civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen voor extraterritoriale (I)MVO-normschendingen, van zorgplichten van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen in het kader van IMVO. Het Nederlandse schadevergoedingsrecht biedt in geval van aansprakelijkheid verschillende remedies, waaronder schadevergoeding en de mogelijkheid tot het opleggen van een rechterlijk gebod of verbod. Daarbij moet echter aangetekend worden dat het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht en daarmee het Nederlandse schadevergoedingsrecht echter lang niet altijd van toepassing zal zijn in dit type zaken. Daarnaast staat of valt de rol die het civiele aansprakelijkheidsrecht in deze context kan spelen met de mogelijkheden die benadeelden hebben om hun zaak voor de rechter te brengen. Deze worden enerzijds bepaald door de vraag of de rechter bevoegdheid mag aannemen over hun vorderingen en anderzijds door de procedurele en praktische omstandigheden in het land waar zijn hun vorderingen willen aanbrengen.

Het zijn met name deze procedurele en praktische omstandigheden, waaronder de kosten van procederen, collectieve actiemogelijkheden en de kwestie van bewijsverkrijging, die de (eerste) *bottleneck* vormen in *foreign direct liability cases*. De Nederlandse Shell Nigeria-zaak is hiervan een goed voorbeeld. Reden hiervoor is de ongelijkheid der wapenen waar het gaat om kennis, toegang tot relevante informatie, organisatiegraad en financiële armslag die doorgaans bestaat in dit soort zaken tussen de eisende partijen en de gedaagde internationaal opererende ondernemingen. Hoewel het civiele aansprakelijkheidsrecht dus in theorie goede handhavingsmogelijkheden biedt voor derden wiens IMVO-gerelateerde belangen geschonden zijn als gevolg van activiteiten door of voor Nederlandse internationaal opererende ondernemingen, zijn deze in de praktijk juist voor hen vaak slecht toegankelijk. Dit doet de vraag rijzen welke mogelijkheden het strafrecht biedt om IMVO-gerelateerde zorgplichtschendingen door Nederlandse internationaal opererende ondernemingen te sanctioneren. Deze mogelijkheden komen aan de orde in de volgende paragraaf.

2.5 STRAFRECHTELIJKE ZORGPLICHTEN VAN EEN NEDERLANDSE ONDERNEMING IN HET KADER VAN IMVO

2.5.1 Inleiding

Internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen wordt niet snel in verband gebracht met het strafrecht. Het is evenwel een misvatting dat het strafrecht geen rol van betekenis zou kunnen spelen bij handhaving van (I)MVO standaarden. Het strafrecht biedt juist verschillende mogelijkheden.

Ten eerste kan het strafrecht ten opzichte van het civiele recht een eigenstandige rol vervullen. Die rol kan bestaan uit een andere manier om de schending van een IMVO-norm in rechte vast te stellen dan wel om slachtoffers van schending van een IMVO-norm genoegdoening te geven. Daarmee kan het strafrecht de schending van een IMVO-norm redresseren en tegelijkertijd een normerende functie hebben. Wordt een Nederlandse onderneming namelijk veroordeeld en haar straffen en/of maatregelen opgelegd, dan kunnen daarmee de traditionele strafdoelen worden gediend: leedtoevoeging, generale en speciale preventie en reparatie. Het strafrecht kan daarmee een passende overheidsreactie op een schending van een IMVO-norm leveren. Voor slachtoffers van een schending van een IMVO-norm kan de genoegdoening worden gevonden in de omstandigheid dat de Nederlandse onderneming is veroordeeld en gestraft. Maar de genoegdoening kan ook zijn gelegen in het via het strafrecht verkrijgen van een financiële vergoeding van de schade veroorzaakt door de schending van de IMVO-norm. Wil het strafrecht inderdaad deze eigen rol kunnen vervullen, dan is voorwaarde dat de schending van de IMVO-norm strafbaar is gesteld doordat deze binnen de reikwijdte van een delictsomschrijving kan worden gebracht, al dan niet met gebruikmaking van algemene daderschapsconstructies als het daderschap van de rechtspersoon en een strafrechtelijke zorgplicht.

Ten tweede kan het strafprocesrecht het civiele recht aanvullen. Wordt namelijk een schending van een IMVO-norm strafrechtelijk vervolgd, dan kan degene die rechtstreeks schade heeft geleden als gevolg van het ten laste gelegde feit zich in het strafproces voegen als benadeelde partij door een vordering ter vergoeding van die schade in te dienen. Aldus kan het slachtoffer via het strafproces en op een betrekkelijk eenvoudige manier en zonder al te veel kosten schadevergoeding trachten te verkrijgen. Dat bespaart hem een gang naar de civiele rechter.

Ten derde kan het strafrecht een civiele procedure in het kader van IMVO ondersteunen. Die ondersteunende rol laat zich uitsplitsen in twee varianten: i) als een schending van een IMVO-norm strafbaar is gesteld, kan dat bijdragen aan de invulling van een civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm, en ii) als vervolgens een Nederlandse onderneming strafrechtelijk worden vervolgd voor overtreding van die strafbaarstelling dan kan de uitkomst van een strafrechtelijke procedure meewerken in de bewijsvoering van de civiele procedure.

Genoemde mogelijkheden en hun variabelen komen in deze paragraaf aan bod. Zij liggen besloten in de onderzoeksvraag die in de onderhavige paragraaf centraal staat:

"Wat zijn de mogelijkheden om via het strafrecht de betrokkenheid van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen bij schending van MVO-normen met extraterritoriale werking uit de Nederlandse (straf)wetgeving door hun buitenlandse dochterondernemingen te redresseren, en werken strafrechtelijke procedures en strafrechtelijk daderschap van deze ondernemingen door in het civiele recht?".

In deze onderzoeksvraag gaat het allereerst om de betekenis die het Nederlands strafrecht kan hebben ingeval een Nederlandse internationaal opererende onderneming een IMVO-norm schendt. Die

betekenis kan worden gevonden op het niveau van zowel het materieel strafrecht als het strafprocesrecht. Par. 2.5.2 werkt deze betekenis verder uit.

De vraag naar het daderschap van Nederlandse ondernemingen als bedoeld in de onderzoeksvraag ziet op de gevallen waarin en de voorwaarden waaronder een dergelijke onderneming als dader van een strafbaar feit kan worden aangemerkt, waarbij dat strafbare feit dan ziet op de schending van een IMVO-norm (of een onderdeel daarvan). In par. 2.5.3 wordt ingegaan op de verschillende daderschapsconstructies waarmee een Nederlandse onderneming binnen de werkingssfeer van de Nederlandse strafwet kan worden gebracht. Daarmee wordt dieper ingegaan op de mogelijkheden die het materieel strafrecht biedt.

Uit de bespreking van diverse strafbaarstellingen en daderschapsconstructies zal volgen dat het Nederlands strafrecht diverse algemene en bijzondere zorgplichten kent. Deze zorgplichten verdienen apart aandacht tegen de achtergrond van de doelstelling van dit onderzoek, namelijk in hoeverre de zorgplicht van Nederlandse ondernemingen ten aanzien van IMVO afdoende in de wet is geregeld, dan wel of een nadere explicitering daarvan aangewezen is. In par. 2.5.3 komen de zorgplichten aan bod.

Uit de centrale onderzoeksvraag volgt ten slotte een belangrijke beperking. Deze paragraaf behandelt de strafrechtelijke mogelijkheden in Nederland. Het gaat om Nederlandse ondernemingen wier gedragingen binnen de werkingssfeer van de Nederlandse strafwet kunnen worden gebracht. Vervolgens kunnen zij in Nederland strafrechtelijk worden vervolgd, waarbij dan voor slachtoffers van die gedragingen via het strafproces financiële vergoeding van hun schade kan worden verkregen dan wel dat een strafrechtelijke veroordeling mee kan werken in de bewijsvoering van een civiele procedure. Daarmee is niet gezegd dat het dan steeds moet gaan om gedragingen die binnen het Nederlandse territoir vallen te situeren. Het strafrecht kent een aantal gronden op basis waarvan gedragingen begaan in het buitenland toch binnen de Nederlandse jurisdictie kunnen worden gebracht. Deze gevallen en gronden voor extraterritoriale rechtsmacht zullen in par. 2.5.5 de revue passeren. Deze paragraaf sluit af met een conclusie gericht op de mogelijkheden die het Nederlandse straf(proces)recht biedt in het kader van het beschermen van IMVO-normen (par. 2.5.7).

2.5.2 Betekenis van het straf(proces)recht

Materieel strafrecht

Het Nederlands strafrecht is een daadstrafrecht. De gedraging staat centraal. Voor het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid is vereist dat een bepaalde gedraging binnen de werkingssfeer van een strafbepaling kan worden gebracht. Dat volgt uit het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sr. Dit beginsel vindt tevens erkenning in het internationale recht, waarbij voor het Nederlandse strafrecht vooral het legaliteitsbeginsel van artikel 7 EVRM en de rechtspraak daarover van het EHRM van belang is.[567] Het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel stelt eisen aan de inhoud en de status van een strafbepaling. Zo verlangt artikel 1 Sr dat de strafbepaling 'bij wet' is voorzien, hetgeen de wet in formele zin als de wet in materiële zin omvat.[568] Voorts dient de delictsomschrijving de verboden gedraging voldoende duidelijk en precies te omschrijven, zo volgt uit het lex certa-vereiste. Daarbij is het gebruik van open begrippen toelaatbaar. De maatstaf is of een burger op basis van de tekst van de delictsomschrijving de inhoud van de daarin neergelegde norm kan vaststellen, zodat hij met die norm bekend kan zijn en er vervolgens zijn gedrag daarop kan afstemmen.[569] De burger is dan in staat om te

[567] Zie voor een standaardarrest van het EHRM waarin de deelnormen van het materieelstrafrechtelijke legaliteitsbeginsel van art. 7 EVRM aan bod komen, EHRM 17 september 2009, appl.no. 10249/03, Scoppola v. Italy No. 2.
[568] Zie o.m. De Hullu 2015, p. 85; Kristen 2011, p. 321.
[569] De Hullu 2015, p. 86, 94-98; Kristen 2011, p. 320.

kiezen tussen normconform gedrag of juist overtreding van de norm. Aldus verzet het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel zich niet tegen het gebruik van open normen, of zelfs een algemene zorgvuldigheidsnorm.

Het gebruik van open normen in het materieel strafrecht is inmiddels gemeengoed. Open normen hebben immers enige voordelen. Een open norm geeft flexibiliteit om de strafbepaling te kunnen toepassen op door de wetgever niet voorziene gevallen of op gevallen ingegeven door technologische ontwikkelingen.[570] De lange, complexe weg van het wetgevingsproces kan worden vermeden, en voorkomen wordt dat een geval ten onrechte straffeloos blijft. Voorts staat een open norm toe de betekenis daarvan in de concrete omstandigheden van het geval, in combinatie met de concrete normadressaat, vast te stellen.[571] Daarnaast kan door het gebruik van een open norm een complexe delictsomschrijving worden vermeden. Die complexiteit kan zijn gelegen in een niet zo duidelijke omschrijving van de verboden gedraging en/of in een opsomming van een variëteit aan gedragingen die weer afbreuk kunnen doen aan de algemene duidelijkheid.[572] Een open norm behoeft uit de aard der zaak invulling in de voorliggende strafzaak. Het is aan de rechter om de inhoud van de norm in het concrete geval te bepalen. Hiertoe kan een zorgplicht functioneel zijn. De zorgplicht bepaalt dan in de context van de desbetreffende delictsomschrijving de strafrechtelijke aansprakelijkheid; zij is aansprakelijkheid vestigend. Over de band van een dergelijke zorgplicht kan een schending van een IMVO doorwerken en daarmee de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een Nederlandse onderneming bepalen. Zie verder par. 2.5.4.

Uiteraard heeft het gebruik van open normen ook keerzijden. Aangezien een open norm in het concrete geval nadere invulling behoeft, kan een open norm leiden tot rechtsonzekerheid. Een burger of onderneming kan op basis van de tekst van de strafbepaling niet onmiddellijk zelf vaststellen wat de inhoud van de norm is waar hij/zij zich aan dienen te houden. Volgens de Hoge Raad verlangt immers het lex certa-vereiste dat 'de burger moet kunnen weten ter zake van welke gedragingen hij kan worden gestraft'.[573] De kenbaarheid van de norm is dan in het geding. En daarmee zijn burgers en ondernemingen beperkt in hun mogelijkheden hun gedrag af te stemmen op de norm. Dat doet vervolgens afbreuk aan de normerende werking van het strafrecht. Voorts wordt de rechter door het gebruik van een open norm gedwongen om in het concrete geval de inhoud van de norm vast te stellen. Daarmee bepaalt de rechter in wezen de strafrechtelijke aansprakelijkheid in het individuele geval. Daarbij dient hij zich te houden aan de deelnorm van het materieelstrafrechtelijke legaliteitsbeginsel dat hij de strafbepaling niet te extensief interpreteert. Die deelnorm ziet op de verhouding tussen rechter en wetgever. Het gebruik van een open norm kan die relatie onder spanning zetten en daarmee ook de waarborg die is gelegen in het wetsbegrip en de rechtsstaatgedachte.[574]

Het strafrecht kent in relatie tot IMVO verschillende soorten strafbepalingen die gedragingen strafbaar stellen die kunnen worden beschouwd als schending van een IMVO-norm. Daarbij moet worden onderscheiden tussen commune strafbepalingen te vinden in het Wetboek van Strafrecht en strafbepalingen die voor bepaalde sectoren gelden, de zogenoemde bijzondere of sectorale strafbepalingen. Deze laatste zijn in een bijzondere wet geregeld, waarbij het mogelijk is dat die wet eigen voorschriften kent inzake dwangmiddelen, sancties, en rechtsmiddelen. De betrokken of de te beschermen rechtsgoederen en/of rechtsbelangen kunnen een dergelijk, eigen regime vergen.[575] Voor elk van beide categorieën geldt dat er strafbepalingen zijn die specifieke gedragingen beschrijven en

[570] Zie o.m. EHRM 17 september 2009, appl.no. 10249/03, Scoppola v. Italy No. 2, par. 100.
[571] Kristen 2011, p. 334.
[572] Zie HR 31 oktober 2000, NJ 2001, 14, r.o. 3.4 (Krulsla).
[573] HR 31 oktober 2000, NJ 2001, 14, r.o. 3.4 (Krulsa).
[574] Kristen 2011, p. 324.
[575] De Hullu 2015, p. 84.

strafbaar stellen en strafbepalingen die werken met een zorgplichtconstructie, waarbij in de strafbepaling een zorgplicht is neergelegd. Hierna geven wij enkele voorbeelden van commune en bijzondere strafbepalingen met een specifiek omschreven gedraging. In par. 2.5.4 bespreken wij voorbeeld van commune en bijzondere strafbepalingen met een zorgplicht.

Voorbeelden van commune strafbepalingen met een specifieke gedraging in de IMVO-context zijn de anti-corruptiebepalingen. Deze zijn vervat in de artikelen 177, 178, 363, 364 en 328ter Sr en zijn recentelijk geactualiseerd en verruimd.[576] Hierin zijn actieve en passieve omkoping van ambtenaren en private personen strafbaar gesteld. Andere voorbeelden zijn artikel 173a Sr en artikel 174 Sr. Artikel 173a Sr stelt strafbaar het opzettelijk en wederrechtelijk een stof op of in de bodem, in de lucht of in het oppervlakte water brengen. En artikel 174 Sr ziet op het verkopen, te koop aanbieden, afleveren of uitdelen van waren die schadelijk zijn voor het leven of de gezondheid en daarbij het schadelijk karakter van die waren verzwijgt. Beide strafbepalingen beschermen rechtsgoederen die ook in de IMVO-context aan de orde kunnen zijn. Zo is Trafigura Beheer B.V. onder meer veroordeeld wegens overtreding van artikel 174 Sr vanwege het afleveren van de ernstig vervuilde *slops* aan Amsterdam Port Services (zie par. 2.2).

Een voorbeeld van een bijzondere strafbepaling die een rechtsgoed in de IVMO-context beschermt en een specifieke gedraging verbiedt is artikel 10.2 Wet milieubeheer. Deze bepaling verbiedt het zich ontdoen van afvalstoffen door deze – al dan niet in verpakking – buiten een inrichting te storten, anderszins op of in de bodem te brengen of te verbranden. Overtreding van dit voorschrift is uit hoofde van artikel 1a WED een economisch delict en daarmee een strafbaar feit. Een ander voorbeeld van een bijzondere strafbepaling is artikel 10.60 lid 5 Wet milieubeheer, het tweede feit waarvoor Trafigura Beheer B.V. is veroordeeld (zie par. 2.2).

Ten slotte zijn er nog twee commune strafbepalingen die door hun algemene toepassingsbereik ook bruikbaar kunnen zijn binnen de IMVO-context: de strafbaarstellingen inzake witwassen (art. 420bis-420ter Sr) en de strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie (art. 140 Sr). Ingevolge de vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat voor strafbaarheid ingevolge witwassen niet vast hoeft komen te staan wie welk misdrijf waar dan ook en wanneer dan ook heeft begaan om het delictsbestanddeel 'afkomstig uit enig misdrijf' bewezen te kunnen verklaren, kunnen de strafbaarstellingen van witwassen ook worden toegepast ter zake van misdrijven die in het buitenland zijn begaan.[577] Voorwaarden zijn wel dat de witwasgedraging in Nederland valt te situeren en dat het buitenlandse feit naar Nederlands recht een misdrijf is.[578] Is daaraan voldaan naast de overige delictsbestanddelen kan een Nederlandse moedermaatschappij in Nederland strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor een indirecte schending van een IMVO-norm in de sfeer van een buitenlandse dochteronderneming.[579]

Voor artikel 140 Sr geldt iets soortgelijks. Doordat het voor de toepassing van artikel 140 Sr geen verschil maakt waar de organisatie valt te situeren en het grondfeit ook in het buitenland kan zijn begaan, kan de strafbepaling ook worden toegepast op een Nederlandse moedermaatschappij. Voorwaarden zijn wel dat de deelnemingsgedraging in Nederland is te situeren, dat de organisatie een duurzaam en gestructureerd samenwerkingsverband is, en dat die organisatie het oogmerk heeft tot het plegen van misdrijven. Het gaat dan om twee situaties: a) de moedermaatschappij stuurt de

[576] De verruiming vond plaats bij wet van 19 november 2014 (*Stb*. 2014, 445), in werking getreden op 1 januari 2015 (*Stb*. 2014, 513), en had tot doel de mogelijkheden te vergroten om financieel-economische criminaliteit aan te pakken.

[577] Aldus Kristen 2010, p. 149-151.

[578] Kristen 2010, p. 150.

[579] Zie voor een uitgebreide bespreking van de delictsbestanddelen van de strafbaarstelling van witwassen en de daaraan gekoppelde mogelijkheden in de IMVO-context Kristen 2010, p. 146-151.

dochteronderneming aan tot het begaan van het misdrijf of de misdrijven, en b) de moedermaatschappij faciliteert het plegen van misdrijven, bijvoorbeeld in de vorm van het verschaffen van feitelijke voorzieningen, zoals vervoermiddelen en/of financiële ondersteuning.[580]

Strafprocesrecht

Een strafzaak kan op een aantal manieren aanvangen. Degene die slachtoffer is geworden van een strafbaar feit kan aangifte doen (art. 161 Sv). Slachtoffer is dan degene die vermogensschade of ander nadeel heeft ondervonden als rechtstreeks gevolg van een strafbaar feit (art. 51a lid 1 Sv). Een rechtspersoon kan met een slachtoffer worden gelijkgesteld. Wel geldt ook hier de voorwaarde dat de rechtspersoon rechtstreeks schade heeft geleden, dat wil zeggen dat zij wordt getroffen in een belang dat wordt beschermd door de toepasselijke strafbepaling.[581] Dit maakt dat belangenbehartigers met rechtspersoonlijkheid als ngo's mogelijk als slachtoffer kunnen worden aangemerkt, mits zij aan de genoemde voorwaarde voldoen. Daarbij moet wel worden bedacht dat strafbepalingen over het algemeen niet de belangen van derde-belanghebbenden beschermen.[582]

Dergelijke derde-belanghebbenden kwalificeren in die gevallen dan niet als slachtoffer en komen daarmee niet de rechten toe die het Wetboek van Strafvordering aan slachtoffers toekent, zoals de mogelijkheid van het zich voegen in het strafproces als benadeelde partij met een vordering tot schadevergoeding (zie ook hierna). Die derde-belanghebbenden kunnen wel aangifte doen. Iedereen kan namelijk aangifte doen van het strafbare feit waarvan hij kennis draagt (art. 161 Sv). Met de aangifte start een strafzaak omdat de politie bij wie de aangifte is gedaan, zal moeten beslissen of zij tot opsporing overgaat. Voorts moet de politie de aangifte moet insturen naar het openbaar ministerie (art. 152 jo. art. 155, art. 156 of art. 157 Sv). Dat moet vervolgens een beslissing nemen over de aangifte: wat wordt het verloop van het opsporingsonderzoek en – vervolgens, na sluiting van het voorbereidend onderzoek – zal er worden vervolgd? (zie art. 159 en art. 167 Sv).

Voorts kan een strafzaak aanvangen doordat de politie of het openbaar ministerie door proactief optreden kennis krijgen van een strafbaar feit. Dat proactief optreden kan bestaan in het toepassen van repressieve controle, i.e. activiteiten gericht op het ontdekken van mogelijke strafbare feiten.[583] Daartoe kunnen wettelijke controlebevoegdheden worden aangewend. Daarnaast kunnen politie en openbaar ministerie kennis krijgen van strafbare feiten doordat zij toezichtsbevoegdheden aanwenden, doordat bestuursorganen hun toezichtsinformatie doorspelen, en/of zij informatie langs andere wegen ontvangen (zoals CIE-informatie, AIVD-informatie, Meld Misdaad Anoniem).

Over elke strafzaak die ter kennis van het openbaar ministerie is gekomen en waarbij het voorbereidend onderzoek is afgesloten, moet het openbaar ministerie de beslissing nemen of het al dan niet vervolging instelt. Het openbaar ministerie beschikt over de exclusieve bevoegdheid tot vervolgen (vervolgingsmonopolie, art. 124 RO). Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering is uitdrukkelijk beslist, om een veelheid van redenen, dat in Nederland het slachtoffer of een vereniging ter bescherming van bepaalde belangen geen vervolgingsrecht toekomt.[584]

Op grond van het opportuniteitsbeginsel (art. 167 Sv) beslist de officier van justitie of hij vervolgt, voor welke feiten en voor welke delicten (strafbepalingen). Daarbij wordt uitgegaan van de zgn. positieve toepassing van het opportuniteitsbeginsel: strafbare feiten worden niet vervolgd, tenzij er redenen van

[580] Zie Kristen 2010, p. 151-154.
[581] Zie art. 51a lid 1 Sv jo. art. 361 lid 2 sub b Sv en *Kamerstukken II* 2004/05, 30 143, nr. 3, p. 9-10 (MvT).
[582] *Kamerstukken II* 2004/05, 30 143, nr. 3, p. 9 (MvT).
[583] Zie Corstens/Borgers 2014, p. 297.
[584] Zie *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 54-55 (MvT) en in het kort Corstens/Borgers 2014, p. 86.

algemeen belang zijn die maken dat vervolging noodzakelijk is. In het kader van de vervolgingsbeslissing moet de officier van justitie derhalve de haalbaarheid en de gewenstheid van de vervolging beoordelen. De beoordeling van de haalbaarheid verlangt een anticiperend oordeel van de officier van justitie: wat zal de rechter naar verwachting beslissen in het kader van het rechterlijk beslissingsschema van artikelen 348 en 350 Sv? Is er bijvoorbeeld onvoldoende bewijsmateriaal verkregen in het voorbereidend onderzoek, zodat het in de lijn der verwachtingen ligt dat de rechter zal vrijspreken wegens gebrek aan bewijs?

De gewenstheid van de vervolging ziet op de opportuniteit daarvan. Zijn er inderdaad redenen van algemeen belang die nopen tot een vervolging? In dat verband moet de officier van justitie een redelijke en billijke belangenafweging maken tussen alle in aanmerking komende belangen.[585] Die belangen kunnen onder meer zijn het nastreven van de verwezenlijking van een of meer traditionele strafdoelen (leedtoevoeging, generale en speciale preventie en reparatie) en daarmee een passende overheidsreactie op een strafbaar feit geven, het dienen van belangen van slachtoffers (genoegdoening), het aan de kaak stellen van bepaald gedrag, het uitvoering geven aan bepaalde internationale verplichtingen, capaciteitsoverwegingen, financiële overwegingen etc.

In de IMVO-context kan een aantal argumenten worden onderscheiden dat pleit voor vervolging van een schending van een IMVO-norm. Wanneer die schending van een IMVO-norm een aantasting van een strafrechtelijk beschermd mensenrecht betreft, dan moet het uitgangspunt zijn dat in beginsel wordt vervolgd. Uit hoofde van het EVRM rust namelijk op staten de positieve verplichting om te komen tot een effectieve strafrechtelijke handhaving van strafbepalingen die mensenrechten beschermen.[586] Ook *principle* 25 van de UN Guiding Principles beschouwt strafrechtelijke handhaving van schending van mensenrechten in IMVO-context als één van de remedies. In de toelichting wordt namelijk expliciet genoemd dat strafrechtelijke sancties gerealiseerd door optreden door strafvorderlijke overheid en door de strafrechter opgelegd een effectieve remedie kunnen zijn.

Aan de genoemde strafdoelen kunnen ook argumenten voor vervolging worden ontleend. Een vervolging met als doel bewuste leedtoevoeging laat een onderneming voelen dat zij een IMVO-norm heeft geschonden. Het strafproces bewerkstelligt namelijk dat een verdachte met heel zijn wezen openbaar terechtstaat en verantwoording moet afleggen.[587] Tegelijkertijd kan daarmee de speciale preventie worden gediend: de vervolging die uitmondt in een veroordeling kan de onderneming weerhouden van een nieuwe schending van een IMVO-norm. Ook de generale preventie wordt gediend. De samenleving ervaart dat de schending van een IMVO-norm niet zonder gevolgen blijft. Daarmee heeft een vervolging en vervolgens het strafproces een normerende functie.

Ten slotte kan vervolging leiden tot een forum waar slachtoffers van schending van een IMVO-norm hun rechten als slachtoffer kunnen uitoefenen. Daarbij moet allereerst worden gedacht aan de mogelijkheid dat een slachtoffer zich als benadeelde partij voegt in het strafproces met diens vordering tot schadevergoeding (zie hierna). Ten tweede kunnen vooral natuurlijke personen die slachtoffer zijn hun spreekrecht uitoefenen tijdens het strafproces en daarmee uitdrukking geven aan de impact die de schending van de IMVO-norm op hun leven heeft (art. 302, 336-337 Sv).[588]

---

585 Zie Corstens/Borgers 2014, p. 597-600.

586 Zie o.a. EHRM 7 januari 2010, appl.no. 25965/04, para. 218-219, 285-289 (Rantsev v. Cyprus and Russia). Zie ook o.m. Van Kempen 2008.

587 Kristen 2008, p. 318-320.

588 De regering acht het moeilijk voorstelbaar dat rechtspersonen gebruik maken van het spreekrecht, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 143, nr. 3, p. 10 (MvT).

Uiteraard zijn er ook argumenten die pleiten tegen een vervolging. Een vervolging van een onderneming wegens een schending van een IMVO-norm past niet bij een benadering waarin de naleving van IMVO-normen wordt beschouwd als een eigen verantwoordelijkheid van ondernemingen en waarbij geen rol is weggelegd voor de overheid. Voorts kan een vervolging van een onderneming verschillende, soms verstrekkende gevolgen hebben voor die onderneming. De beslissing tot vervolging, al dan niet in combinatie met het openbaar terechtstaan, kan door de aard, de mate en de intensiteit van media-aandacht voor de strafzaak leiden tot reputatieschade voor de onderneming, omzet- en winstderving, en mogelijk zelfs bijdragen aan de ondergang van een onderneming en daarmee verlies van werkgelegenheid (vgl. de afwegingen van het openbaar ministerie in de strafzaak tegen Delft Instruments, par. 2.2). De onderneming kan vervolgens geen bijdrage meer leveren aan de maatschappelijke welvaart, ook een aspect van (internationaal) maatschappelijk verantwoord ondernemen.[589]

Daarnaast moet het openbaar ministerie rekening houden met een keerzijde van vervolging, namelijk dat deze zich tegen het openbaar ministerie en de overheid keert. Ondernemingen zijn vaak in de gelegenheid zich te voorzien van (communicatie-)adviseurs en deskundige rechtsbijstand. De vervolgingsbeslissing en het politieel en justitieel optreden kan onder vuur komen te liggen, en wel zodanig dat het perspectief kantelt. Niet de onderneming maar politie en justitie komen in de beklaagdenbank terecht. In de media kunnen kritische geluiden naar voren komen tegen de vervolging en de werkwijze van politie en justitie, bijvoorbeeld dat dat schade voor de onderneming zou veroorzaken. Eindigt een strafzaak vervolgens niet in een veroordeling, dan kan daarin een bevestiging van de kritiek op politie en justitie worden gezien. Dat kan het gezag en het vertrouwen in de overheid en in het strafrecht aantasten. Eindigt een strafzaak wel met een onherroepelijke veroordeling, dan kan de strafrechter de publiciteit over een strafzaak en de gevolgen daarvan voor een onderneming bij het bepalen van de strafmaat meenemen als een strafverminderende omstandigheid.[590] Zo merkt het Hof Amsterdam in diens strafmotivering in de strafzaak tegen Trafigura Beheer B.V. op: 'Van de golf van negatieve publiciteit en de schade die dat met betrekking tot het imago van Trafigura heeft te weeg gebracht, geeft het hof zich rekenschap evenals van de positieve bijdrage in de vorm van Trafigura Foundation (opgericht in november 2007) aan het mondiaal welzijn.'[591]

Ten slotte zijn er diverse praktische bezwaren tegen vervolging. Schaarste aan capaciteit en middelen van het openbaar ministerie dwingen het openbaar ministerie, mede in het licht van andere gelegde en/of gewenste prioriteiten, zoals de aanpak van illegale hennepteelt, tot het maken van keuzes. Voorts kan het openbaar ministerie de verwachting hebben dat het niet of zeer moeilijk zal zijn om toereikend bewijsmateriaal te verkrijgen. Dat speelt zeker in de IMVO-context waar gedragingen in het buitenland plaats hebben gevonden. Het kan, al naar gelang het land dat het betreft, moeilijk of onmogelijk zijn bewijsmateriaal in dat land te (laten) verzamelen, vanwege onvermijdelijke rechtshulpperikelen en strafvorderlijke complicaties, zoals het kunnen horen van in het buitenland verblijvende getuigen. Daarbij moet worden bedacht dat het openbaar ministerie ook nog eens is beperkt in het verkrijgen van kennis van strafbare feiten die in ondernemingsverband in het buitenland zijn begaan.[592]

Besluit de officier van justitie niet te vervolgen (of stil te zitten), dan kunnen rechtstreeks belanghebbenden het correctiemechanisme van de artikel 12 Sv-procedure aanwenden. Bij het hof wordt dan geklaagd over de beslissing niet vervolgen. Indien het hof zich bevoegd acht en de klacht

[589] Zie Kristen 2010, p. 179-180.

[590] Zie Kristen 2007, verslag doend van een onderzoek naar de doorwerking van media-aandacht voor een strafzaak in de strafmaat en de strafmotivering in strafzaken beoordeeld door rechtbanken, waarbij in 58% van de gevonden vonnissen de media-aandacht als strafverminderende omstandigheid is erkend.

[591] Hof Amsterdam 23 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU9237.

[592] Zie Kristen 2010, p. 180-181.

ontvankelijk is dient het hof zowel de haalbaarheid als de opportuniteit van de vervolgingsbeslissing te toetsen. Waar bij de haalbaarheid een volledige toetsing mogelijk is, past bij de opportuniteit een marginale toetsing. In de praktijk pleegt het hof een marginale toetsing van de opportuniteit aan te houden.[593] Al naar gelang de uitkomst van de toetsing, beveelt het hof de vervolging van het feit waarop het beklag betrekking heeft (art. 12i lid 1 Sv). Het hof kan ook een specifieke vervolgingsdaad bevelen, zoals dagvaarding (art. 12i lid 3 Sv). Wil een klager ontvankelijk zijn in zijn klacht, dan dient hij te kwalificeren als rechtstreeks belanghebbende in de zin van art. 12 lid 1 Sv. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is dat degene die door het achterwege blijven van een vervolging is getroffen in een belang dat hem bepaaldelijk aangaat.[594] Daartoe zijn in de eerste plaats slachtoffers te rekenen. In de tweede plaats kunnen dat belangenverenigingen als ngo's zijn, mits zij rechtspersoon zijn en hun (statutaire) doelstellingen en feitelijke werkzaamheden zich tamelijk specifiek richten op bescherming van het belang dat door de beslissing tot niet vervolgen rechtstreeks wordt getroffen.[595]

Vindt eenmaal vervolging plaats, dan biedt het strafprocesrecht allereerst een andere manier om de schending van een IMVO-norm in rechte vast te stellen of om slachtoffers van schending van een IMVO-norm genoegdoening te geven. Leidt namelijk het strafproces tegen een onderneming tot een veroordeling en worden daartegen straffen en/of maatregelen opgelegd, dan kunnen daarmee de traditionele strafdoelen zijn gediend: leedtoevoeging, generale en speciale preventie en reparatie. Daarmee kan het strafrecht de schending van een IMVO-norm redresseren en tegelijkertijd een normerende functie hebben (zie hiervoor). Het strafrecht kan daarmee een passende overheidsreactie op een schending van een IMVO-norm leveren. Voor slachtoffers van een schending van een IMVO-norm kan de genoegdoening worden gevonden in de omstandigheid dat de onderneming is veroordeeld en gestraft. Door te straffen wordt immers bewust leed toegevoegd en het feit vergolden[596] en daarmee wordt uitdrukking gegeven aan de laakbaarheid van de gedraging.

Maar de genoegdoening kan ook zijn gelegen in het via het strafprocesrecht verkrijgen van een financiële vergoeding van de schade veroorzaakt door de schending van de IMVO-norm. Deze financiële vergoeding kan in beginsel langs twee wegen worden verkregen. Allereerst kan het slachtoffer dat rechtstreeks schade heeft geleden door het strafbare feit zich als benadeelde partij voegen in het strafproces met een vordering benadeelde partij, artikel 51f lid 1 Sv. De strafrechter zal de vordering beoordelen aan de hand van de maatstaven die gelden voor een onrechtmatige daad. Daarbij moet voldoende aannemelijk worden dat de benadeelde partij de schade heeft geleden. Mocht evenwel de behandeling van de vordering een onevenredige belasting voor het strafproces opleveren, zie artikel 361 Sv, dan verklaart de strafrechter de vordering geheel of niet ontvankelijk. De benadeelde partij kan vervolgens haar vordering aanhangig maken bij de burgerlijke rechter.

Hier ligt een belangrijke beperking in de IMVO-context. Wanneer bij de beoordeling van de vordering benadeelde partij zich feitelijke en/of juridische complicaties aandienen en de strafrechter niet zonder nader onderzoek tot een beoordeling van de vordering kan komen, zal de strafrechter de beoordeling van de vordering als een onevenredige belasting van het strafproces beschouwen en de vordering daarom niet-ontvankelijk verklaren. Zo heeft het Hof Den Haag in de Van Anraat-zaak de vorderingen van de benadeelde partijen niet ontvankelijk verklaard op de grond dat de vorderingen niet eenvoudig van aard zijn, dat de vorderingen benadeelde partijen een accessoir karakter hebben en dat het strafproces niet moet worden belast met ingewikkelde civiele zaken. Dit oordeel hield stand bij de Hoge Raad.[597]

---

[593] Corstens/Borgers 2014, p. 625-626.
[594] HR 7 maart 1972, NJ 1973/35.
[595] Art. 12 lid 2 Sv; Corstens/Borgers 2014, 622-623; Van der Leij, aant. 17-19 op art. 12, in: Melai/Groenhuijsen e.a.
[596] Leedtoevoeging is het voornaamste strafdoel, zie De Hullu 2015, p. 6-7.
[597] HR 30 juni 2009, NJ 2009/481, r.o. 13.

Wanneer de strafrechter de vordering van de benadeelde partij wel geheel of gedeeltelijk toewijst, dan kan hij voor het toegewezen deel tevens de schadevergoedingsmaatregel van artikel 36f Sr opleggen. In de regel pleegt de strafrechter dat ook te doen. Het gevolg is dat de veroordeelde aan de Staat het bedrag moet betalen dat aan schadevergoeding aan het slachtoffer is toegewezen (art. 36f lid 1 Sv). De Staat is belast met de executie van de schadevergoedingsmaatregel en kan daartoe politie en justitie inzetten. Wordt er geheel of gedeeltelijk betaald door de veroordeelde, dan keert de Staat dat onmiddellijk uit aan het slachtoffer (art. 36f lid 1 Sv). Natuurlijke personen die slachtoffer zijn van bepaalde gewelds- en zedenmisdrijven alsmede mensenhandel komen na acht maanden in aanmerking voor een voorschot van de Staat, indien de veroordeelde niet of niet geheel heeft betaald.[598] Aldus kan een slachtoffer betaling van (een deel van) zijn vordering verkrijgen, zonder dat hij last heeft van executieperikelen.

Ten tweede is het onder bijzondere omstandigheden mogelijk dat de strafrechter ingeval van voorwaardelijke strafoplegging van een deel van de gevangenisstraf bepaalt dat als bijzondere voorwaarde geldt dat de verdachte een som geld aan het slachtoffer betaalt ter vergoeding van diens schade, zie artikel 14c lid 2 sub 1 Sr. Deze mogelijkheid staat alleen open bij een veroordeling van een natuurlijk persoon tot een gevangenisstraf, en is derhalve geen optie bij een onderneming.

Ten slotte kan het strafprocesrecht een civiele procedure ondersteunen doordat een onherroepelijk geworden strafrechtelijke veroordeling na een procedure die op tegenspraak is gevoerd krachtens artikel 161 Rv dwingende bewijskracht heeft voor het bewijs van het feit dat bewezen is verklaard en waarvoor is veroordeeld. Deze dwingende bewijskracht verlicht de bewijsvoering van de onrechtmatigheid in een civiele onrechtmatige daadsactie. De civiele rechter moet namelijk het veroordelende vonnis als bewijsmiddel accepteren. Dat betekent dat hij daaraan een zekere bewijskracht moet toekennen, en derhalve de lezing van de feiten die gesteund wordt door het betreffende (dwingende) bewijsmiddel als waar moet accepteren (art. 151 lid 1 Rv). Niettemin staat tegenbewijs vrij, zie art. 151 lid 2 Rv. Let wel, de dwingende bewijskracht geldt alleen voor de bewezen verklaarde feiten, niet voor andere onderdelen van het vonnis, zoals de strafmotivering.

2.5.3 Rechtssubjecten en daderschapsconstructies

Bij Nederlandse ondernemingen als bedoeld in dit onderzoek gaat het om rechtspersonen in de zin van artikel 2:3 BW.[599] In het strafrecht kunnen strafbare feiten worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen, zie artikel 51 lid 1 Sr. Daarmee is de rechtspersoon een rechtssubject in het strafrecht.[600] Met de rechtspersoon in artikel 51 lid 1 Sr is bedoeld de rechtspersoon van Boek 2 BW.[601] Artikel 51 lid 3 Sr kent een uitbreiding van het rechtspersoonsbegrip doordat het daarmee gelijkstelt de (stille of openbare) vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, zoals een vennootschap onder firma, maatschap, rederij en doelvermogen. Het begrip 'begaan' in artikel 51 lid 1 Sr duidt erop dat rechtspersonen niet slechts pleger van een strafbaar feit kunnen zijn, maar ook deelnemer aan een strafbaar feit.[602]

---

[598] Besluit van 24 juli 2010, houdende vaststelling van het Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel, *Stb*. 2010, 311.

[599] Het ligt niet voor de hand dat een internationaal opererende onderneming de rechtsvorm heeft van een eenmanszaak. Om die reden blijft in het navolgende de eenmanszaak en het daderschap van de eenmanszaak op grond van functioneel daderschap onbesproken. Het is evenwel niet ondenkbaar dat een eenmanszaak internationaal opereert. In het arrest waarin de Hoge Raad de criteria voor functioneel daderschap formuleert, gaat het om een eenmanszaak die als klein exportbedrijf ijzerdraad naar het buitenland exporteert, zie HR 23 februari 1954, NJ 1954/378 (m.nt. Röling).

[600] De Hullu 2015, p. 118.

[601] Gritter 2007, p. 41; De Hullu 2015, p. 122.

[602] Zie HR 29 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7619 (Rederij viskotter).

Om te kunnen vaststellen of een Nederlandse onderneming een strafbaar feit heeft begaan, heeft de Hoge Raad met het zgn. Drijfmest-arrest een beoordelingskader verschaft.[603] Voor het daderschap van de rechtspersoon is in de eerste plaats vereist dat de gedraging die een schending van een IMVO-norm behelst redelijkerwijs aan de rechtspersoon kan worden toegerekend. Voor de invulling van de maatstaf van redelijke toerekening in de concrete omstandigheden van het geval geeft de Hoge Raad een beoordelingsfactor en een oriëntatiepunt onder gelijktijdige erkenning dat geen algemene regel valt te geven. De beoordelingsfactor is de aard van de gedraging, het oriëntatiepunt is of de gedraging in de sfeer van de rechtspersoon heeft plaatsgevonden dan wel daarin is verricht. Is aan dit sfeercriterium voldaan, dan is in beginsel toerekening van de gedraging aan de rechtspersoon mogelijk. Vervolgens werkt de Hoge Raad het sfeercriterium uit in een niet-limitatieve opsomming van omstandigheden die niet steeds alle aanwezig hoeven te zijn en evenmin een dwingende volgorde impliceren:

- Een handelen of nalaten van iemand die uit hoofde van een dienstbetrekking of uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon;
- De gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon;
- De gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf, en:
- De rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging.

Met deze laatste omstandigheid heeft de Hoge Raad een algemene zorgvuldigheidsnorm gegeven die zowel daderschapsvestigend als daderschapuitsluitend kan werken.[604] Zie ook par. 2.5.4.

Steeds zal aan de hand van het Drijfmest-beoordelingskader moeten worden nagegaan of een Nederlandse onderneming als rechtspersoon als dader van een strafbaar feit kan worden aangemerkt. Bij een vervolging van een Nederlandse onderneming zal het de strafrechter zijn die in het licht van het strafdossier en het verhandelde ter terechtzitting in de concrete omstandigheden van het geval moet beoordelen of een gedraging, inhoudende een schending van een IMVO-norm, redelijkerwijs aan de onderneming kan worden toegerekend.[605] De besproken criteria zijn open, flexibel, niet-cumulatief en niet-dwingend. Zij laten ruimte voor toepassing in gevallen waarin sprake is van schending van een IMVO-norm. Immers, vaak zal de fysieke pleger van de gedraging een werknemer of een opdrachtnemer zijn die voor de onderneming werkzaamheden verricht zodat het objectieve criterium van de dienstbetrekking of het uit andere hoofde werkzaam zijn, al snel is vervuld.

Bij schendingen van IMVO-normen die een structureel karakter hebben, kan voorts sprake zijn van een gedraging die past in de normale bedrijfsvoering. Kennelijk is dan die verboden gedraging zo ingebed in het productieproces, de bedrijfscultuur en/of bedrijfsvoering, dat de gedraging moet worden geacht te behoren tot de normale gang van zaken binnen het bedrijf. Denk in dit verband aan de zaak tegen Delft Instruments B.V. waar het ging om zes medewerkers die betrokken waren bij meerdere leveranties van nachtkijkers aan Irak en Jordanië (zie par. 2.2). Bij een dergelijke structurele schending van IMVO-normen zal dikwijls ook zijn voldaan aan het dienstigheidscriterium; de onderneming heeft er dan baat bij dat de verboden gedraging plaatsvindt. Zij zal de gedraging minst genomen oogluikend toestaan

[603] HR 21 oktober 2003, NJ 2006/328 (Drijfmest). Zie hierover o.m. Gritter 2007, p. 47-49; Kristen 2010, p. 134-138; De Hullu 2015, p. 170-176.

[604] Of de criteria ook daderschapsuitsluitend kunnen werken, bestaat overigens nog geen eensluidend oordeel in de literatuur.

[605] Zie voor een uitwerking van de vier omstandigheden in het Drijfmest-arrest de literatuur genoemd in de voorgaande noot, met vele verwijzingen naar andere bronnen.

omdat die leidt tot een financieel of een ander voordeel. Ten slotte zullen de IJzerdraad-criteria van beschikken en aanvaarden vrij gemakkelijk toepasbaar zijn.[606]

De strafrechter kan ook aanvullende criteria formuleren om de algemene maatstaf van de redelijke toerekening te concretiseren in een IMVO-context. Daarmee bevat het Drijfmest-beoordelingskader 'ruime mogelijkheden' of een 'breed en open kader' om te komen tot daderschap van ondernemingen.[607] Mogelijk is in de IMVO-context een dergelijke aanvulling te vinden in het internationale karakter van de normen. Deze zijn immers breed gedragen, zij behoren tot de minimumbescherming die staten zouden moeten bieden en zij zijn algemeen bekend bij internationaal opererende ondernemingen, althans gemakkelijk toegankelijk voor die ondernemingen.

Daar bovenop kan het, al naar gelang de toepasselijke delictsomschrijving, noodzakelijk zijn om vast te stellen of de rechtspersoon het door de delictsomschrijving vereiste opzet of culpa heeft gehad ten tijde van het begaan van de strafbare gedraging. Dit vergt een tweede toerekeningsmoment. Die toerekening kan bestaan uit het projecteren van de geestesgesteldheid van natuurlijke personen actief binnen of voor de onderneming en die op enigerlei wijze zijn betrokken bij of kennis dragen van de verboden gedraging op de onderneming. Kennis- en wilselementen van die natuurlijke personen kunnen worden 'bijeengeharkt'. Tezamen moet dat een zodanige hoeveelheid aan weten en willen opleveren dat dit kan gelden als opzet van de rechtspersoon. Evenzo bij culpa, maar dan zonder de wilscomponent. Bij dit bijeenharken van opzet of culpa kan rekening worden gehouden met: *i*) de aard en de inhoud van het tenlastegelegde delict, *ii*) de organisatie van de rechtspersoon, *iii*) de omvang van de rechtspersoon, *iv*) de verdeling van taken en verantwoordelijkheden, *v*) de soort functie en positie die de desbetreffende natuurlijke personen binnen of voor de onderneming hebben.[608] Is de vereiste mentale toestand aanwezig bij bestuurders (of vennoten), dan is er eerder reden voor toerekening.[609] Een andere wijze om opzet of culpa van de rechtspersoon vast te stellen is dat te doen rechtstreeks op het niveau van de rechtspersoon. Opzet of culpa bij de rechtspersoon kan blijken uit bestuursbesluiten en/of bedrijfspolitiek en/of feitelijke werkwijze. Alsdan ligt in de organisatie en het functioneren van de onderneming de vereiste geestesgesteldheid besloten.[610]

Naast het zijn van dader van een strafbaar feit, kan een Nederlandse onderneming ook deelnemer aan een strafbaar feit zijn. Alsdan is de onderneming niet degene die zelf alle bestanddelen van de toepasselijke delictsomschrijving vervult, maar die een bijdrage levert aan dat strafbare feit. Er is met andere woorden sprake van deelneming aan dat feit. De aard, de omvang en de intensiteit van de betrokkenheid bepalen welke deelnemingsvorm van toepassing is: medeplegen, uitlokking, doen plegen of medeplichtigheid. Deze deelnemingsvormen hebben alle hun wettelijke en jurisprudentiële toepassingsvoorwaarden. Het voert te ver deze voorwaarden in het bestek van dit rapport te bespreken.[611] Hierna, in par. 2.5.5, zal nog worden ingegaan om de mogelijkheden om via deelneming een Nederlandse onderneming binnen de werkingssfeer van de Nederlandse strafwet te brengen voor gedragingen die hebben plaatsgevonden in het buitenland.

Binnen ondernemingen is vaak een veelheid van natuurlijke personen actief. Daarbij zijn twee categorieën personen te onderscheiden. Ten eerste kan het gaan om personen die het strafbare feit fysiek plegen. Met hun gedraging vervullen zij alle bestanddelen van de toepasselijke

---

606 Zie voor een uitgebreidere bespreking Kristen 2010, p. 134-137.

607 De Hullu 2015, p. 176 resp. Mevis in zijn noot onder het Drijfmest-arrest.

608 Zie HR 15 oktober 1996, NJ 1997/109 (Gezondheidscertificaat); Van Strien 1996, p. 76-77, 88-90; Gritter 2007, p. 66-70; De Hullu 2015, p. 279-280.

609 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 655, nr. 5, p. 2; HR 1 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AP8469, r.o. 3.8.3 (SE Fireworks).

610 Zie o.m. Van Strien 1996, p. 91-93; De Hullu 2015, p. 281.

611 Verwezen zij naar handboeken als De Hullu 2015, p. 432-499.

delictsomschrijving. Zij zijn dan daders van het strafbare feit. Het zijn ook deze gedragingen van de fysieke plegers van het strafbare feit op grond waarvan de gedraging aan de rechtspersoon kan worden toegerekend. De fysieke plegers kunnen in alle rangen en standen van de onderneming worden gevonden; van een werknemer in het productieproces tot een hooggeplaatste leidinggevende, zoals een *chief executive officer*. Ten tweede kunnen natuurlijke personen die hebben bijdragen aan het strafbaar feit door daaraan leiding (of opdracht) te geven op grond van feitelijk leidinggeven strafrechtelijk aansprakelijk zijn. Is namelijk vastgesteld dat een strafbaar feit is begaan door de rechtspersoon[612], kan ingevolge artikel 51 lid 2 sub 2 Sr ook de feitelijk leidinggever[613] aan de verboden gedraging van de onderneming strafrechtelijk worden vervolgd. Het maakt geen verschil of de baten van de verboden gedraging al dan niet aan hem toegevallen.[614]

Voor strafbaarheid wegens feitelijk leidinggeven moet zijn voldaan aan de jurisprudentiële criteria voor het daderschap van feitelijk leidinggevers. Die houden kort gezegd in dat van strafbaar feitelijk leidinggeven sprake is als ten minste "[…] *de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van deze* [verboden] *gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen*".[615] Hieruit volgt dat wat De Hullu aanduidt als de gevallen van 'horen, zien en zwijgen'[616] onder omstandigheden kan leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van de leidinggevende. Een leidinggevende die persoonlijk op de hoogte is van het strafbare feit dat binnen de onderneming heeft plaatsgevonden en dat een schending van een IMVO-norm behelst, zonder dat hij kennis behoeft te hebben elke specifieke gedraging[617], en vervolgens niet ingrijpt door zijn medewerker(s) op te dragen de verboden gedraging te staken, althans zich niet uitdrukkelijk daartegen uit te spreken en geen andere feitelijk leidinggever aanwijst als verantwoordelijk persoon voor het tegengaan van de verboden gedragingen, voldoet aan de genoemde criteria. Deze leidinggevende laat door zijn houding en gedrag zien dat hij kennis draagt van de aanmerkelijke kans dat de verboden gedraging in de onderneming plaatsvindt en dat hij dat bewust aanvaardt.

Diezelfde leidinggevende kan overigens vaak op grond van een andere daderschapsconstructie strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld. Hij kan namelijk in veel gevallen ook als functioneel dader aansprakelijk zijn. De grond daarvoor is gelegen in de functionele verantwoordelijkheid van die ander voor de gedraging van de fysieke pleger. De leidinggevende heeft een zodanige functie, positie of hoedanigheid ten opzichte van de fysieke pleger dat hem de gedraging kan worden toegerekend. Daartoe moet dan worden vastgesteld of de functionele dader vermocht beschikken over het plaatsvinden van de verboden gedraging en werden die gedragingen door hem aanvaard of plachten zij door hem te zijn aanvaard. Daarbij geldt dat van een dergelijk aanvaarden ook sprake kan zijn ingeval de functioneel dader niet de zorg heeft betracht die in redelijkheid van de hem kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging.[618] Aldus omvat functioneel daderschap ook

---

[612] Het niet vervolgen van de rechtspersoon of diens vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging belet niet de veroordeling van de feitelijk leidinggever, zie HR 6 april 1999, NJ 1999/633. Vgl. ook HR 21 oktober 1986, NJ 1987/362.

[613] Daarnaast kent art. 51 lid 2 sub 2 Sr het opdracht geven. Ook dat is een vorm van leidinggeven, zij het dat die zich moet manifesteren als een instructie van een daartoe feitelijk bevoegde aan anderen tot het plegen van de verboden gedraging. De kwalificatie als opdracht geven is inwisselbaar voor die van feitelijk leidinggeven, zie HR 16 december 1986, NJ 1987/321, r.o. 6.1 (Slavenburg II); HR 1 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AP8469, r.o. 3.3.1 (SE Fireworks). In de rechtspraktijk ligt het zwaartepunt bij feitelijk leidinggeven, zodat het opdracht geven in dit bestek onbesproken kan blijven.

[614] HR 21 oktober 1986, NJ 1987/362, r.o. 5.4; HR 18 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7261.

[615] HR 16 december 1986, NJ 1987/321, r.o. 5.1.1 (Slavenburg II); HR 15 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5551, r.o. 2.4.

[616] De Hullu 2015, p. 506.

[617] Maar wel dat diens kennis over de strafbare feiten rechtstreeks verband houdt met de strafbare feiten die hem als feitelijk leidinggever worden aangewreven, zie HR 16 december 1986, NJ 1987/321, r.o. 5.1.2 (Slavenburg II).

[618] Hetgeen volgt uit de combinatie van HR 23 februari 1954, NJ 1954/378 (IJzerdraad) en HR 21 oktober 2003, NJ 2006/328 (Drijfmest), zie o.m. Gritter 2009, p. 13-25; De Hullu 2015, p. 159-167. Daarbij wordt aangenomen dat de algemene zorgplicht

strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens nalaten. Functioneel daderschap is evenwel niet in alle gevallen toepasbaar. Er zijn delicten die zelf reeds een functionele variant bevatten, zoals het 'doen verkopen' en daarmee de functionele dader meteen insluiten als dader.[619] En bij kwaliteitsdelicten moet de normadressaat van de strafbepaling een bepaalde kwaliteit bezitten, zoals 'werkgever', zodat functioneel daderschap dan is uitgesloten omdat de functionele dader niet over de vereiste kwaliteit beschikt.[620]

Afsluitend kan worden geconstateerd dat wanneer een gedraging binnen een Nederlandse onderneming en inhoudende een schending van een IMVO-norm plaatsvindt deze gedraging kan leiden tot het daderschap van de Nederlandse onderneming als rechtspersoon, tot het daderschap van natuurlijke personen als feitelijk leidinggever of functioneel dader, en tot daderschap vanwege fysiek plegen.

2.5.4 Zorgplichten

Voor zowel commune strafbepalingen als bijzondere strafbepalingen geldt dat zij een bepaald omschreven gedraging kunnen hebben die is gekoppeld aan een zorgplicht. Die zorgplicht bevat doorgaans 'een vrij algemeen geformuleerde, tot de (rechts)persoon gerichte (zorg)verplichting die een bepaalde verantwoordelijkheid van de (rechts)persoon markeert.'[621] Deze *zorgplichtbepalingen* komen in het commune als in het bijzondere strafrecht voor. In het commune strafrecht gaat het evenwel om strafbepalingen die in de IMVO-context geen betekenis hebben.[622] Dat is wel het geval bij strafbepalingen in het bijzonder strafrecht. Een klassiek voorbeeld van een zorgplichtbepaling in het bijzonder strafrecht is artikel 13 Wet bodembescherming. Ingevolge deze strafbepaling rust op degene die handelingen verricht die de bodem verontreinigen of aantasten, de zorgplicht om "[…] *alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd, teneinde die verontreiniging of aantasting te voorkomen, dan wel indien die verontreiniging of aantasting zich voordoet, de verontreiniging of de aantasting en de directe gevolgen daarvan te beperken en zoveel mogelijk ongedaan te maken*".

Daarnaast kent het strafrecht zorgplichten in de sfeer van strafbepalingen en daderschapsconstructies. Dit zijn – meer algemene – *zorgplichten* die bepalend zijn voor de werkingssfeer van een strafbepaling of daderschapsconstructie. Het commune strafrecht kent met de culpoze delicten een belangrijke categorie van strafbepalingen waarin een zorgplicht besloten ligt. Dit zijn strafbepalingen die schuld in de zin van culpa als subjectief bestanddeel hebben. In de rechtspraktijk wordt er bij culpa vaak gesproken van 'een min of meer grove of aanmerkelijke schuld' waarvan de kern lijkt te liggen in 'verwijtbare aanmerkelijke onvoorzichtigheid'.[623] Om de verboden gedraging en daarmee strafrechtelijke aansprakelijkheid te voorkomen had de dader anders moeten handelen (wanneer dit ook mogelijk was).

---

die in het Drijfmest-arrest is geformuleerd, ook geldt bij functioneel daderschap, zie o.m. Gritter 2009, p. 13; De Hullu 2015, p. 162.

619 Zie De Hullu 2015, p. 165.

620 Zo volgt uit HR 2 juni 1992, NJ 1992/754; De Hullu 2015, p. 165.

621 Voor de algemene definitie is het Advies van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten inzake zorgplichtbepalingen uit 1990 behulpzaam. Wij hebben de daarin gegeven definitie voor dit onderzoek 'functioneel opgesplitst' en enigszins aangepast. Wellicht dat de definitie van de Werkgroep Zijlstra de zorgplichtbepaling nog wat inzichtelijker maakt, namelijk: 'een gedragsnorm die i) zich niet uitsluitend tot de overheid richt, ii) die verplicht tot het betrachten van zorg voor een bepaald, door de wetgever geformuleerd belang, iii) die zodanig algemeen geformuleerd is dat voor de normadressaat verscheidene, zelf te kiezen, rechtmatige gedragsalternatieven openstaan, en iv) waarvan het de bedoeling is deze langs publiekrechtelijke weg te handhaven.' Voor wat betreft de strafrechtelijke zorgplicht kunnen wij hier nog aan toevoegen dat deze als zodanig neergelegd dient te zijn in een strafbepaling.

622 De strafbepalingen met een letterlijke plicht tot zorg zijn artt. 402 Sr, 425 sub 2, 427 sub 2 en 471 lid 1 sub 1 Sr, waarbij alleen art. 402 Sr een misdrijf is. De andere bepalingen zijn overtredingen. Zie voor meer Keupink 2011, p. 96.

623 Zie bijvoorbeeld HR 17 september 2002, NJ 2002/549 en De Hullu 2015, p. 264 en HR 17 september 2002, NJ 2002/549.

De dader heeft daarmee een plicht tot het in acht nemen van een bepaalde graad van zorgvuldigheid.[624] Een voorbeeld van een culpoze strafbepaling die relevant kan zijn in de IMVO-context is artikel 307 Sr (dood door schuld).[625] Ook kunnen culpoze brandstichting (art. 158 Sr) en culpoze bodemverontreiniging (art. 173b Sr) worden genoemd.

Naast culpoze delicten roepen omissiedelicten en oneigenlijke omissiedelicten ook zorgplichten in het leven. Bij omissiedelicten vormt het niet voldoen aan een bepaalde verplichting – een nalaten – de strafbare gedraging. Van de normadressaat wordt verwacht dat hij optreedt indien dat naar maatschappelijke maatstaven redelijkerwijs van hem kan worden verlangd.[626] De zorgplicht volgt uit de passief omschreven gedraging.[627] Bij oneigenlijke omissiedelicten gaat het om een strafbepaling met een actief omschreven strafbare gedraging die uiteindelijk wordt begaan door een nalaten. Ook hier dwingt een rechtsplicht tot handelen.[628] Illustratief is doodslag (art. 287 Sr). Hoewel dit delict actief is omschreven (iemand opzettelijk van het leven beroven) kan doodslag ook door een nalaten worden begaan (bijvoorbeeld door niet verlenen van medische zorg aan een ernstig zieke partner).[629]

Verder komen zorgplichten voor bij daderschapsconstructies. Dat betreft in de eerste plaats het daderschap van de rechtspersoon van artikel 51 Sr. In par. 2.5.3 is reeds aan bod gekomen dat een rechtspersoon op basis van een schending van een zorgplicht kan worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit.[630] Die algemene zorgplicht kan worden ingevuld door IMVO-normen. Wel dient er uiteraard aan de overige bestanddelen van de delictsomschrijving te zijn voldaan. Tegelijkertijd kan de algemene zorgplicht ook daderschapuitsluitend werken. Wanneer een rechtspersoon wel de vereiste zorg heeft betracht, dan kan niet worden gezegd dat die rechtspersoon de verboden gedraging heeft aanvaard. Hij heeft immers door het treffen van allerlei maatregelen, zoals bijvoorbeeld een toezichtsmechanisme, willen voorkomen dat binnen de rechtspersoon verboden gedragingen plaatsvinden. Dus kan de rechtspersoon niet als dader worden aangemerkt. In de tweede plaats komen zorgplichten voor in de sfeer van deelneming en op het niveau van strafuitsluitingsgronden. Hier moet worden vermeld de strafuitsluitingsgrond 'afwezigheid van alle schuld' (AVAS). Indien een rechtssubject immers de maximaal of in redelijkheid te vergen zorg ter vermijding van het begaan van strafbare feiten heeft betracht, kan een beroep op de strafuitsluitingsgrond AVAS slagen.[631] In het navolgende zullen wij geen aandacht meer besteden aan de AVAS omdat dit daderschapuitsluitend is en dit rapport zich richt op de mogelijkheden om daderschap te kunnen vestigen.

---

[624] Deze mate van zorgvuldigheid die in acht moet worden genomen is mede afhankelijk van Garantenstellungen. Zie De Hullu 2015, p. 265.

[625] Deze bepaling beschermt onder andere het mensenrecht op leven. Zie voor een toepassing in de context van een onderneming Rechtbank Amsterdam 12 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6194. De rechtbank veroordeelde een aannemer voor dood door schuld omdat hij een op hem rustende zorgplicht niet in acht had genomen waardoor het slachtoffer is komen te overlijden aan een koolstofmonoxidevergiftiging veroorzaakt door een verstopping van het rookgasafvoerkanaal van de kachel met puin van sloopwerkzaamheden. Die zorgplicht bestond er in dat de aannemer er op had moeten toezien of tijdens en na afloop van de sloopwerkzaamheden het rookgasafvoerkanaal nog goed functioneerde.

[626] Zie De Hullu 2015, p. 77-79.

[627] Klassieke voorbeelden zijn art. 450 Sr (het nalaten van hulpverlening bij levensgevaar) en art. 255 Sr (het in een hulpeloze toestand laten van een hulpbehoevende voor wie men verantwoordelijk is).

[628] Hoewel deze rechtsplicht van 'buiten' het strafrecht kan komen en bijvoorbeeld kan zitten in de relationele verhouding tussen de verdachte en het slachtoffer (bijvoorbeeld ouder-kindrelatie of partnerrelatie), is het wel de (formulering van de) strafbepaling die de zorgplicht in het leven roept.

[629] Zie Rechtbank Dordrecht 3 maart 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AS8646.

[630] HR 21 oktober 2003, NJ 2006/328 (Drijfmest).

[631] Voor meer informatie, zie De Hullu 2015, p. 360 e.v.

2.5.5 Rechtsmacht

Wil een Nederlandse onderneming als rechtssubject onder de Nederlandse strafwet vallen, dan dient Nederland rechtsmacht te hebben. Deze rechtsmacht is van oudsher gekoppeld aan staatssoevereiniteit en is als zodanig afhankelijk van de staatsgrenzen. Bij schending van IMVO-normen zal de gedraging vaak geheel of gedeeltelijk buiten het Nederlands territoir zijn te situeren. Als deze gedraging valt toe te rekenen aan een Nederlandse onderneming (zie par. 2.5.3 en 2.5.6), dan moet Nederland rechtsmacht hebben om die Nederlandse onderneming te kunnen vervolgen.

De artikelen 2-8d Sr in combinatie met het Besluit internationale verplichtingen extraterritoriale rechtsmacht (hierna: het Besluit)[632] en enkele artikelen in bijzondere regelingen bepalen wanneer Nederland rechtsmacht heeft.[633] Het uitgangspunt voor het vestigen van rechtsmacht is het territorialiteitsbeginsel (art. 2 Sr): indien het strafbare feit wordt begaan op Nederlands grondgebied kan er een strafrechtelijke actie worden ingesteld. Het maakt hiervoor niet uit in hoeverre er andere banden met Nederland zijn, zolang de 'locus delicti' maar in Nederland te situeren is. Hierbij dient opgemerkt te worden dat het bepalen van de locus delicti, op meerdere manieren mogelijk is. Bij het vaststellen van de plaats waar een strafbaar feit is gepleegd, gaat het immers niet alleen om de plaats van de feitelijke gedraging, maar ook kunnen de plaats van de werking van het instrument (de plaats van het instrument dat door de dader wordt gebruikt bij het plegen van een misdrijf), het intreden van het gevolg en voor deelnemers de plaats van deelneming relevant zijn.[634] Ook indien de locus delicti niet in Nederland ligt, bestaat de mogelijkheid dat de Nederlandse strafwet gelding heeft. Er is dan sprake van extraterritoriale rechtsmacht. Aanknopingspunten voor extraterritoriale rechtsmacht staan in de artikelen 3 tot en met 8c Sr. Twee voor dit onderzoek relevante aanknopingspunten werken wij hieronder nader uit.

Extraterritoriale rechtsmacht op grond van het nationaliteitsbeginsel

Begaat een Nederlandse onderneming een strafbaar feit in het buitenland, dan kan rechtsmacht worden aangenomen op grond van het nationaliteitsbeginsel (art. 7 lid 1 Sr).[635] Hetzelfde geldt voor een Nederlandse functionaris. Er geldt wel een aanvullend vereiste: het vereiste van dubbele strafbaarheid. De onderneming kan alleen in Nederland worden vervolgd als er sprake is van een strafbaar feit dat in Nederland als misdrijf wordt aangemerkt en in het land waar het is begaan ook strafbaar is gesteld. Opmerking verdient dat het feit in het andere land niet per definitie hetzelfde misdrijf (of zelfs een misdrijf) hoeft op te leveren, zolang in de kern hetzelfde rechtsgoed wordt beschermd en op het feit straf is gesteld.[636] Daarnaast is niet van belang of de (rechts)persoon naar het recht van het desbetreffende land daadwerkelijk kan worden vervolgd of strafbaar is. Noch is van belang of een onderneming in het andere land überhaupt wel strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld; het strafbare feit als zodanig is doorslaggevend.[637]

---

[632] Besluit internationale verplichtingen extraterritoriale rechtsmacht, *Stb*. 2014, 47, in combinatie met de recente wijziging door het Besluit van 15 mei 2015 tot wijziging van het Besluit internationale verplichtingen extraterritoriale rechtsmacht in verband met de implementatie van de rechtsmachtbepalingen van enkele verdragen alsmede enkele andere wijzigingen, *Stb*. 2015, 182.

[633] Naast de algemene regelingen (art. 2-8d Sr) en het Besluit, zijn er ook in enkele bijzondere regelingen rechtsmacht grondslagen neergelegd. Zo kan worden gewezen op art. 3 WED, art. 13 Opiumwet, art. 4 WMSr, art. 73 AWR en art. 2 WIM.

[634] Zie De Hullu 2015, p. 143.

[635] Extraterritoriale rechtsmacht ziet ook op rechtspersonen. Bij rechtspersonen gaat men bij het bepalen van de nationaliteit doorgaans wel uit van de werkelijke vestigingsplaats en niet – zoals bij natuurlijke personen inmiddels ook gebruikelijk is – van een vaste woon- of verblijfplaats. Zie Demeersseman 1986, p. 53-57; De Hullu 2015, p. 147.

[636] Zie bijv. HR 4 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0451, r.o. 3.8; De Hullu 2015, p. 149.

[637] Zie HR 18 oktober 1988, NJ 1989/496; HR 12 februari 1991, NJ 1991/528; HR 18 december 2001, NJ 2002/300.

Als het delict dat de Nederlandse onderneming heeft begaan in Nederland een misdrijf is, maar niet strafbaar is gesteld in het land waar het is begaan, kan de onderneming alleen in uitzonderlijke gevallen in Nederland worden vervolgd. Rechtsmacht moet dan op een ander aanknopingspunt kunnen worden gegrond. Een van de mogelijk aanknopingspunten voor het vestigen van rechtsmacht zonder dubbele strafbaarheid biedt art. 7 lid 2 Sr. Bij de misdrijven omschreven in lid 2 geldt de Nederlandse strafwet onder andere voor de *Nederlandse* onderneming die in het buitenland een strafbaar feit begaat, ook als het feit in het land zelf niet strafbaar is gesteld. Dit gaat om een aantal specifieke misdrijven. In de IMVO-context zijn bijvoorbeeld art. 197a Sr (mensensmokkel), de in art. 7 lid 2 sub c Sr genoemde zedenmisdrijven, genitale verminking en meisjesbesnijdenis (via art. 300 tot en met 303 Sr) of dwang (art. 284 Sr) relevant.

Uit de notitie 'Dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht' kan worden afgeleid dat er bijzondere redenen moeten zijn om een uitzondering te maken op het dubbele strafbaarheidsvereiste.[638] Daartoe bestaat alleen ruimte als aan drie voorwaarden is voldaan:

1. "In de praktijk moet komen vast te staan dat het ontbreken van dubbele strafbaarheid aan vervolging in Nederland in de weg zou staan, terwijl die vervolging niettemin wenselijk is.
2. De bijzondere redenen voor het loslaten van het vereiste zijn vervolgens gelegen in de aard van het desbetreffende feit. Slechts feiten die in Nederland als ernstige strafbare feiten worden aangemerkt, kunnen daarvoor in aanmerking komen. Het onbestraft laten van Nederlanders die deze feiten plegen, zou in strijd zijn met de Nederlandse rechtsorde. Daarbij kan worden gedacht aan feiten die onze rechtsorde ernstig schokken, zoals feiten die een inbreuk maken op de menselijke waardigheid (bijvoorbeeld de lichamelijke integriteit).
3. Het gaat om feiten die niet alleen in Nederland, maar ook in veel landen als ernstige strafbare feiten worden aangemerkt."

Extraterritoriale rechtsmacht op grond van internationale verplichtingen

Internationale verplichtingen kunnen een aanknopingspunt opleveren voor het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht. Artikel 6 Sr biedt dan de formeel wettelijke basis. Uitwerking vindt plaats via het Besluit internationale verplichtingen extraterritoriale rechtsmacht. Dat Besluit noemt de strafbepalingen waarvoor en voorwaarden waaronder Nederland rechtsmacht heeft op grond van internationale verplichtingen. Voor een aantal van deze strafbepalingen geldt geen vereiste van dubbele strafbaarheid, mits de verdachte zich in Nederland bevindt. Andere strafbepalingen genoemd in het Besluit vergen wel dubbele strafbaarheid. Voorts stelt het Besluit voor veel strafbepalingen aanvullende voorwaarden.[639]

Als een verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie (bijvoorbeeld EU of VN) niet tot het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht verplicht, maar de mogelijkheid tot het creëren van Nederlandse rechtsmacht toch wenselijk wordt geacht, dienen de bepalingen daartoe in een aparte wet neer te worden gelegd. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de misdrijven van het Statuut van Rome. Een aparte wettelijke regeling van rechtsmacht is opgenomen in de Wet Internationale Misdrijven (WIM).

Hieronder werken wij een tweetal voorbeelden van relevante strafbepalingen in de IMVO-context uit. Tevens bezien wij hoe voor deze bepalingen rechtsmacht gevestigd kan worden.

---

[638] *Kamerstukken II* 2003/04, 29 451, nr. 1.

[639] De reden hiervoor kan zijn dat er andere rechtsmachtbeginselen ten grondslag liggen aan de verplichting tot het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht, zoals het beschermingsbeginsel, het passief nationaliteitsbeginsel of het passief domiciliebeginsel. Zo kan bijvoorbeeld de voorwaarde worden gesteld dat er sprake dient te zijn van (een) Nederlands slachtoffer(s) alvorens de onderneming strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.

Voorbeeld 1: mensenhandel

Het eerste voorbeeld van een strafbepaling die relevant is in de (I)MVO-context en waarvoor rechtsmacht mede via het Besluit wordt gevestigd, is het verbod op mensenhandel van artikel 273f Sr. Mensenhandel is kort samengevat het dwingen – in ruime zin – van mensen om zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van diensten of om eigen organen beschikbaar te stellen.[640] Mensenhandel is gericht op uitbuiting. Uit artikel 273f lid 2 Sr blijkt dat onder uitbuiting ook valt gedwongen of verplichte arbeid of diensten, met inbegrip van bedelarij, slavernij en met slavernij te vergelijken praktijken. Het gaat hierbij om 'tewerkstelling onder dwang of het maken van misbruik van een afhankelijke positie van een persoon die onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs geen andere keuze heeft dan in een toestand van uitbuiting te geraken.'[641] Als voorbeeld in de wetsgeschiedenis wordt hierbij een extreem lange werkweek tegen onevenredig lage betaling onder slechte werkomstandigheden genoemd.[642] De delictsomschrijving van artikel 273f Sr bevat veel open termen en omvat daardoor een groot aantal ruim omschreven gedragingen. Met name artikel 273f lid 1 sub 4 en 6 Sr maken dat vele soorten gedragingen in diverse omstandigheden als mensenhandel kunnen worden gekwalificeerd.[643] Aldus heeft de wetgever aan de rechtspraak overgelaten om een nadere invulling aan de delictsomschrijving te geven. Dit heeft echter nog niet tot een eenduidige lijn geleid. Zo wordt ten aanzien van artikel 273f lid 1 sub 4 Sr zowel een restrictieve als een extensieve benadering gehanteerd.[644]

De reikwijdte en vereisten voor het vestigen van rechtsmacht voor artikel 273f Sr worden in meerdere artikelen van het Besluit uitgewerkt. Dit vanwege de opzet van het Besluit (per gremium en niet per delict).[645] Op grond van artikel 4 lid 4 van het Besluit valt de Nederlander die zich schuldig maakt aan dit delict onder de Nederlandse strafwet en is dubbele strafbaarheid niet vereist. Deze bepaling maakt de overige artikelen overigens overbodig. Dit betekent dat een (functionaris van een) Nederlandse onderneming op grond van het Besluit in Nederland kan worden vervolgd voor mensenhandel waar dan ook gepleegd.

Vanwege de ruime opzet van het artikel en de extraterritoriale reikwijdte (de Nederlander of Nederlandse onderneming is ook strafbaar indien het delict in het buitenland wordt begaan) biedt artikel 273f Sr 'ruime mogelijkheden' in de IMVO-context. Hieronder volgt een voorbeeld van een zaak waar de delictsgedraging weliswaar in Nederland is gesitueerd, maar deze zaak illustreert waar 'mogelijkheden' in de internationale context kunnen liggen.

---

640 Het behoud van de lichamelijke en geestelijke integriteit en persoonlijke vrijheid staan bij de strafbaarstelling van mensenhandel voorop. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 291, nr. 3, p. 2.

641 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 291, nr. 3, p. 18.

642 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 291, nr. 3, p. 18.

643 Op grond van art. 273f lid 1 sub 4 Sr valt hier tevens degene onder die een ander met een van de onder genoemde middelen dwingt of beweegt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van arbeid of diensten of zijn organen beschikbaar te stellen dan wel onder de onder sub 1 genoemde omstandigheden enige handeling onderneemt waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor beschikbaar stelt tot het verrichten van arbeid of diensten of zijn organen beschikbaar stelt. Op grond van art. 273f lid 1 sub 6 Sr is degene die opzettelijk voordeel trekt uit de uitbuiting van een ander ook strafbaar aan mensenhandel.

644 Zoals rechtspraak, onder andere over art. 273f lid 1 sub 4 Sr, laat zien is de delictsomschrijving erg ruim en kunnen een groot aantal gedragingen als mensenhandel worden gekwalificeerd. Wel staat vast dat (oogmerk van) uitbuiting geen onderdeel uitmaakt van de delictsomschrijving van art. 273f lid 1 sub 4 Sr. Ook is bepaald dat het opzet in sub 6 slechts ziet op het trekken van voordeel uit de uitbuiting en niet op de uitbuiting zelf. Voor een nadere uiteenzetting, zie Lestrade & Rijken 2014; Esser & Dettmeijer-Vermeulen 2014.

645 De artikelen zijn: art. 2 lid 2, art. 3 lid 1 onderdeel a, art. 3 lid 1 onderdeel b, art. 3 lid 3, art. 4 lid 4, art. 4 lid 5.

[Box 1] ECLI:NL:GHARN:2011:BQ9861

In deze zaak had verdachte samen met zijn broers illegalen uit India in dienst die zij hadden geworven bij de Sikh-tempel in Amsterdam. Deze illegalen hadden grote schulden, spraken geen van allen Nederlands en hadden geen identiteitspapieren. Zij werkten in de fabriek van verdachte en zijn broers doorgaans zes dagen in de week, vaak meer dan 8 uur per dag en tegen een loon dat ver onder het wettelijk minimum lag. Ook was het werk dat zij verrichtten naar Nederlandse maatstaven zwaar. In hoger beroep stond het Hof Arnhem onder andere voor de vraag of verdachte zich schuldig had gemaakt aan mensenhandel met het oogmerk van uitbuiting (zoals vereist voor art. 273f lid 1 sub 1 Sr). Hierbij overwoog het hof dat verdachte wist van de voormelde feiten en omstandigheden. Doordat hij deze mensen vanuit de Sikhtempel meenam en ze liet werken in de fabriek, stond volgens het hof vast dat verdachte misbruik had gemaakt ´van uit de feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht en dat hij misbruik heeft gemaakt van de kwetsbare positie waarin de slachtoffers verkeerden.´ Over het bestanddeel uitbuiting oordeelde het hof in navolging van de Hoge Raad[646] dat ´de vraag of - en zo ja, wanneer – er sprake is van 'uitbuiting' (…) is niet in algemene termen te beantwoorden, maar is sterk verweven met de omstandigheden van het geval. Bij de beantwoording van die vraag komt (…) onder meer betekenis toe aan de aard en duur van de tewerkstelling, de beperkingen die zij voor de betrokkene meebrengt, en het economisch voordeel dat daarmee door de tewerksteller wordt behaald.' Belangrijk is ook dat het hof oordeelt dat de in de Nederlandse samenleving geldende maatstaven als referentiekader dienen te worden gehanteerd bij het beoordelen van de bovengenoemde factoren. Uiteindelijk oordeelt het hof dat verdachte zich inderdaad schuldig had gemaakt aan mensenhandel als bedoeld in artikel 273f Sr.[647]

Voorbeeld 2: internationale misdrijven

De Wet Internationale Misdrijven (WIM) stelt de internationale misdrijven genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, oorlogsmisdrijven, foltering en gedwongen verdwijning strafbaar en kent een eigen regeling van rechtsmacht. Nederland heeft op grond van art. 2 WIM rechtsmacht wanneer de verdachte zich in Nederland bevindt, wanneer het feit is begaan tegen een Nederlander of wanneer het is begaan door een Nederlander. Indien een van de internationale misdrijven door een (functionaris van een) Nederlandse onderneming wordt begaan, is geen dubbele strafbaarheid vereist. De (functionaris van de) Nederlandse onderneming valt onder de Nederlandse strafwet en kan in Nederland worden vervolgd. De WIM kent daarmee extraterritoriale rechtsmacht voor de internationale misdrijven.

Box 2: Van Anraat

De zaak-Van Anraat betreft een Nederlandse zakenman die in Nederland is veroordeeld voor medeplichtigheid aan oorlogsmisdrijven die het Iraakse regime in Irak heeft begaan. Zie voor een beschrijving van de zaak par. 2.2. Art. 3 sub 1 Wet Oorlogsmisdrijven (oud) vestigde rechtsmacht van Nederland op grond van het universaliteitsbeginsel om Van Anraat in Nederland te kunnen berechten.

646 HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7097.

647 Verdachte was in eerste aanleg art. 273f lid 1 sub 1en/of lid 6 Sr ten laste gelegd. De rechtbank had zich beperkt tot de vraag of er - kort gezegd - sprake was van misbruik van een zwakkere/kwetsbare positie aangezien noch uit het dossier, noch uit het onderzoek ter terechtzitting, was gebleken van dwang, (dreiging met) een of meer feitelijkheden of misleiding. Naar het oordeel van de rechtbank was er sprake van misbruik van een kwetsbare positie maar ontbrak het oogmerk van uitbuiting, Rechtbank Zwolle-Lelystad, 29 april 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BD0846. Het Hof oordeelde anders. In hoger beroep was overigens aan verdachte ten laste gelegd dat hij art. 273f lid 1 sub 1 en/of 4 Sr zou hebben overtreden. Zie voor de uitspraak Hof Arnhem 29 juni 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ9861.

Daardoor gold niet het vereiste van dubbele strafbaarheid. Een vergelijkbare regeling kent thans art. 2 WIM; ook die bepaling gaat uit van universele rechtsmacht.

2.5.6 Toerekening

Bij de bespreking van het daderschap van een Nederlandse onderneming (in par. 2.5.3) is reeds naar voren gekomen dat het centrale criterium daartoe is of de gedraging[648] inhoudende een schending van een IMVO-norm redelijkerwijs aan de rechtspersoon kan worden toegerekend. Dit criterium is door de Hoge Raad vastgesteld voor een zgn. enkelvoudige verhouding, te weten een situatie waarin moet worden beoordeeld of een verboden gedraging van een of meer natuurlijk personen kan worden toegerekend aan een rechtspersoon. In de rechtspraak is het Drijfmest-beoordelingskader tot op heden steeds toegepast in enkelvoudige verhoudingen. De wetgever en de literatuur gaan ook daarvan uit.[649] Kristen heeft als eerste betoogd dat het Drijfmest-beoordelingskader zich leent voor toepassing in concernverhoudingen. Dat betoog heeft steun gevonden in de literatuur.[650] Ook het Hof Arnhem lijkt die ruimte te zien.[651] In de voorgestane benadering is voorstelbaar dat langs twee wegen een gedraging die heeft plaatsgevonden op het niveau van een dochteronderneming aan de moedermaatschappij wordt toegerekend. Daarbij staan de voorgestane toerekeningsconstructies toe dat onder omstandigheden ook toerekening aan de moedermaatschappij kan plaatsvinden van een gedraging die valt te situeren in de onderneming van een buitenlandse dochtermaatschappij. Kort samengevat komt de benadering op het volgende neer.[652]

Volgens de eerste route dient de verboden gedraging die door fysieke plegers binnen of voor de dochteronderneming is verricht op de gebruikelijke wijze met toepassing van het Drijfmest-beoordelingskader aan de dochteronderneming te kunnen worden toegerekend. Daarop volgt een tweede toerekeningsmoment. De aan de dochteronderneming toegerekende gedraging wordt toegerekend aan de moedermaatschappij. Hier wordt een gedraging van de ene rechtspersoon aan de andere rechtspersoon toegerekend, waarbij ook hier als centraal criterium de redelijke toerekening geldt. De wijze waarop die toerekening zou kunnen plaatsvinden, is via het Drijfmest-beoordelingskader. Dat biedt daartoe namelijk ruimte:

i) doordat het kader alleen ziet op toerekening van gedragingen, zonder onderscheid naar wie de steller van die gedraging is,
ii) het een open en flexibel kader biedt, omdat het werkt met het oriëntatiepunt van een gedraging binnen de sfeer van de rechtspersoon, en
iii) welk sfeercriterium kan worden ingevuld door vier enuntiatieve, niet-cumulatieve omstandigheden, waarbij het dienstigheidscriterium, de (aangevulde) IJzerdraad-criteria en, onder omstandigheden, het bedrijfsvoeringscriterium ook in concernverhoudingen toepassing kunnen vinden.

Het gevolg van dit getrapte systeem van toerekening is dat het beginsel van rechtspersoonlijkheid van artikel 2:5 BW wordt doorkruist. Eén van de gevolgen van dit beginsel is namelijk dat een rechtspersoon

[648] De gedraging kan omvatten een handelen, een nalaten, en het in stand laten van een verboden toestand. Hierna wordt kortheidshalve alleen gesproken over de gedraging.
[649] Zie Kristen 2010, p. 156 met nadere verwijzingen.
[650] Zie Van Strien 2010; Lopik 2015; Reker 2015 en met terughoudendheid, De Hullu 2015, p. 175.
[651] Hof Arnhem 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT6907. In deze zaak is de vraag of een gedraging van een werknemer van een dochteronderneming redelijkerwijs ook aan de moedermaatschappij kan worden toegerekend. Het hof ziet daartoe geen grond omdat niet is komen vast te staan dat de gedraging van de werknemer voor de moedermaatschappij was verricht en informatie over de concrete onderlinge verhouding tussen dochteronderneming en moedermaatschappij ontbreekt. De enkele omstandigheid dat de dochteronderneming een 100% dochter is, is onvoldoende.
[652] Zie voor een uitgebreide beschrijving Kristen 2010, p. 157-172.

exclusief aansprakelijk is voor eigen gedragingen en daaruit voortkomende schade. Een rechtspersoon is een zelfstandig drager van rechten en plichten die op een vergelijkbare wijze als een natuurlijk persoon deelneemt aan het maatschappelijk en economisch verkeer. Een moedermaatschappij is ingevolge dit beginsel van rechtspersoonlijkheid in beginsel slechts aansprakelijk voor eigen gedragingen, niet voor die van haar dochteronderneming.

Gedragingen van de dochtermaatschappij kunnen derhalve in het ondernemingsrecht in beginsel niet worden toegerekend aan de moedermaatschappij in die zin dat de moedermaatschappij civielrechtelijk aansprakelijk is voor die gedragingen en de gevolgen daarvan.[653] Om die reden dient een beperkende voorwaarde te gelden voor het toerekenen van een aan de dochteronderneming reeds toegerekende gedraging aan de moedermaatschappij. Een dergelijke toerekening is alleen redelijk te oordelen wanneer sprake is van misbruik van rechtspersoonlijkheid en de moedermaatschappij om die reden kan worden vereenzelvigd met haar dochteronderneming.[654] Als er namelijk sprake is van misbruik van rechtspersoonlijkheid, dan wordt het maatschappelijk belang miskend dat met artikel 2:5 BW wordt gediend, en kan het handelen van de moedermaatschappij als onverantwoord ondernemen worden aangemerkt.[655]

Voor de bepaling of sprake is misbruik van rechtspersoonlijkheid, zijn de factoren bruikbaar die bij de behandeling van de vereenzelviging in concernverhoudingen aan bod zijn gekomen (zie par. 2.4.5 onder Toerekenen binnen concernverband). Te denken valt aan factoren als de moedermaatschappij is bestuurder van haar 100% dochteronderneming, de moedermaatschappij bepaalt het beleid van de dochteronderneming, de jaarrekening is geconsolideerd, er is sprake van nauwe verwevenheid tussen moeder en dochter, bijvoorbeeld tot uitdrukking komend in het gebruik van dezelfde naam en adresgegevens, en de moedermaatschappij laat risicovolle of zelfs verboden gedragingen 'uitzakken' in de dochteronderneming om (mogelijke) aansprakelijkheden te ontlopen. Daarbij komt bij dat er in het strafrecht eerder dan in het ondernemingsrecht ruimte zou moeten zijn voor vereenzelviging. Het strafrecht is immers autonoom ten opzichte van het civiele recht, het doel en de strekking van een strafbepaling worden gefrustreerd wanneer de moedermaatschappij niet via toerekening van de verboden gedraging onder de reikwijdte van de strafbepaling kan worden gebracht. Een moedermaatschappij zou zich niet aan strafrechtelijke handhaving moeten kunnen onttrekken door een verboden gedraging in haar onderneming door te schuiven naar een (eventueel daartoe op te richten) dochteronderneming.[656]

De tweede route houdt in dat de verboden gedraging van de fysieke pleger(s) die bij de dochteronderneming valt te situeren rechtstreeks aan de moedermaatschappij wordt toegerekend. Er wordt als het ware buiten de dochteronderneming 'om' gegaan. De gedraging(en) van natuurlijke personen ergens in het concern gesteld, worden dan aangemerkt als gedraging(en) van de moedermaatschappij. Dat vergt wel dat er een zelfstandige connectie tussen de fysieke pleger(s) en de moedermaatschappij moet bestaan die een dergelijke toerekening redelijk maakt. Sterker nog, om de toerekening van de gedraging van de fysieke pleger(s) direct aan de moedermaatschappij redelijk te laten zijn, is vereist dat de moedermaatschappij zelf iets doet of nalaat. Een loutere toerekening op grond van het feit dat moeder en dochter nauw verweven zijn, een economische eenheid zijn, en dat

[653] Zie voor het beginsel van rechtspersoonlijkheid en diens gevolgen o.m. Van Dongen 1995, p. 1-4; Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 69; Asser-Maeijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, nrs. 11, 839.

[654] Zie Kristen 2010, p. 158-162.

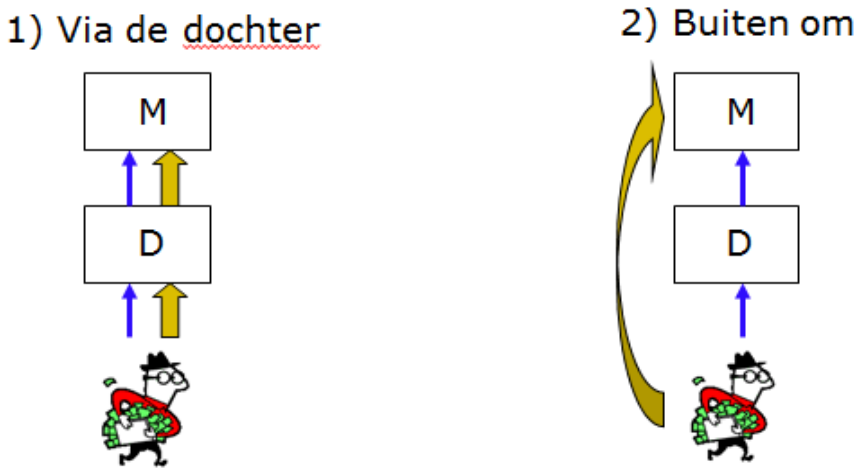
[655] Vgl. A-G Bakels in zijn conclusie (ov. 3.15) voor HR 7 november 1997, NJ 1998/629 (Kandel/Koolhaas Verzekeringen); Timmerman 2000, p. 154.

[656] Kristen 2010, p. 162.

de moeder zeggenschap heeft over de dochter, zou in strijd komen met het beginsel van rechtspersoonlijkheid.[657]

Het Drijfmest-beoordelingskader kan worden gebruikt om voor het rechtstreeks toerekenen van gedragingen van fysieke pleger(s) aan de moedermaatschappij. Zij het dat die toepasselijkheid vooral mogelijk is bij kleine concerns, waarbij bijvoorbeeld sprake is van één onderneming, een personele unie op bestuurdersniveau, en de moedermaatschappij directe bemoeienis heeft met en invloed heeft op de ondernemingsactiviteiten die binnen de dochteronderneming plaatsvinden.[658] Voor grotere concerns bestaat de mogelijkheid een maatstaf te hanteren die in het civiele recht tot ontwikkeling is gekomen (zie par. 2.4.5). Wanneer de verboden gedraging van de fysieke plegers – die zich op het niveau van de dochteronderneming bevinden – in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als gedraging van de moedermaatschappij, kan zij aan de moeder worden toegerekend.[659] Maar evenals bij de eerste route dienen er bijzondere omstandigheden te zijn die een dergelijke toerekening redelijk moeten maken. Het moet gaan om situaties van misbruik van rechtspersoonlijkheid, zie hiervoor. Anders bergt het maatschappelijk verkeer-criterium het gevaar in zich dat het in al zijn abstractheid en generaliserend vermogen neerkomt op het toedelen van strafrechtelijke aansprakelijkheid.[660]

Ter verduidelijking geven wij de beide toerekeningsroutes in concernverhoudingen nog even grafisch weer:



Beide toerekeningsconstructies laten een extraterritoriale toepassing toe. Dat wil zeggen dat daderschap van de Nederlandse moedermaatschappij in Nederland kan worden gevestigd voor een verboden gedraging die in de sfeer van een buitenlandse dochteronderneming valt te situeren. Het is namelijk voorstelbaar dat een gedraging binnen de onderneming van de buitenlandse dochteronderneming zo is verbonden met de in Nederland gevestigde moedermaatschappij dat het redelijk moet worden geoordeeld dat die gedraging aan de moedermaatschappij wordt toegerekend, bijvoorbeeld op grond van een samenstel van de hiervoor besproken factoren. Echter, bij dergelijke grensoverschrijdende benadering spelen een twee kwesties. Ten eerste kan de feitelijke afstand tussen moedermaatschappij en dochteronderneming groot zijn. Dat kan de toerekening op een van beide geschetste manieren bemoeilijken. Ten tweede is de vraag naar welk recht moet worden beoordeeld of een gedraging aan

[657] Kristen 2010, p. 166-169.
[658] Zie Kristen 2010, p. 167-168.
[659] Aldus toegepast het maatschappelijk verkeer-criterium uit HR 6 april 1979, NJ 1980/34 (Kleuterschool Babbel). Zie hierover o.m. Asser-Van der Grinten 2-I, nrs. 145-150; Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nrs. 113, 115; Timmerman 2000, p. 120-122, 125-129.
[660] Kristen 2010, p. 169.

een in het buitenland gevestigde dochteronderneming redelijkerwijs kan worden toegerekend. Verschillende gronden pleiten er voor dat dit aan de hand van het Nederlands recht moet worden beoordeeld.[661] Of een Nederlandse strafrechter over zal gaan op een erkenning van een extraterritoriale toepassing, is nog ongewis. Want naast de twee genoemde complicaties speelt ook nog dat het Drijfmest-beoordelingskader niet volledig toepasbaar is op een dergelijke casus. Alleen de omstandigheid van het dienstigheidscriterium kan een rol van betekenis vervullen, omdat dit niet territoir gebonden is.[662]

2.5.7 Conclusie

Het strafrecht biedt verschillende mogelijkheden om de naleving van IMVO-normen te bevorderen. Die mogelijkheden liggen allereerst op het vlak van het materieel strafrecht. Commune strafbepalingen als die inzake anti-corruptie, bodemverontreiniging en witwassen, omvatten gedragingen die een schending van een IMVO-norm behelzen. Dat betekent dat het openbaar ministerie voor deze delicten kan vervolgen, en dat het derhalve aankomt op het vervolgingsbeleid in dezen. Voorts kent het materieel strafrecht een variëteit aan bijzondere strafbepalingen die gedragingen omvatten die kunnen worden aangemerkt als schendingen van IMVO-normen. Deze bijzondere strafbepalingen zijn onder meer te vinden in sectorale wetgeving. Een voorbeeld levert de milieuwetgeving, met bijvoorbeeld artikel 10.2 Wet milieubeheer, dat via artikel 1a Wet op de economische delicten strafbaar stelt het zich wederrechtelijk ontdoen van afvalstoffen. Overigens, bijzondere strafbepalingen en commune strafbepalingen kunnen elkaar overlappen wat betreft werkingssfeer. Zo bestrijkt artikel 173b Sr als commune strafbepaling ook gedragingen die onder artikel 10.2 Wet milieubeheer vallen. Aldus zijn in het strafrecht diverse schendingen van IMVO-normen strafbaar gesteld. Dit gegeven is van belang omdat daarmee een norm is gesteld die kan worden gebruikt voor het invullen van een algemene zorgplicht in het civiele recht, bijvoorbeeld in het kader van een onrechtmatige daadsactie. Aldus kan de omstandigheid dat bepaalde gedragingen in het strafrecht strafbaar zijn gesteld, meewerken voor het concretiseren van algemene zorgplichten in het civiele recht.

Bij de vormgeving van bijzondere en commune strafbepalingen wordt in het strafrecht gebruik gemaakt van zorgplichten. Centraal onderdeel van de delictsomschrijving is dan een zorgplicht, die algemeen van aard, dan wel meer specifiek van aard kan zijn. Dergelijke strafbepalingen hebben wij aangeduid als zorgplichtbepalingen. Voorbeelden van een algemene zorgplichtbepaling is de eerdergenoemde strafbaarstelling van culpoze bodemverontreiniging van artikel 173b Sr. De open norm van culpa behelst een algemene zorgplicht, die in een concrete strafzaak tegen de achtergrond van de concrete omstandigheden van het geval nadere invulling krijgt. Er zijn evenwel ook zorgplichtbepalingen met een meer specifieke zorgplicht. Een relevant voorbeeld in dit verband levert artikel 13 Wet bodembescherming. Deze strafbepaling kent de zorgplicht om ingeval van bodemverontreiniging alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs kunnen worden gevergd om de verontreiniging zoveel mogelijk ongedaan te maken. Ook hier zien we een overlap tussen een commune en een bijzondere strafbepaling, namelijk artikel 173b Sr versus artikel 13 Wet bodembescherming, die beide een zorgplicht inhouden, zij het wel een verschillende zorgplicht. Aldus is ook duidelijk dat het strafrecht zorgplichten kent waarvan de niet inachtneming van die zorgplicht kan leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Ingevolge de algemene daderschapsconstructie van artikel 51 Sr waaruit volgt dat rechtspersonen strafbare feiten kunnen begaan, kunnen rechtspersonen kwalificeren als dader van de bovengenoemde strafbepalingen. Nederlandse ondernemingen die zich op Nederlands territoir schuldig maken aan overtreding van deze strafbepalingen kunnen derhalve in Nederland worden vervolgd. Voor het

[661] Kristen 2010, p. 170-171.
[662] Zie verder Kristen 2010, p. 170-171.

vaststellen van dit daderschap dient het beoordelingskader van het zgn. Drijfmest-arrest te worden gevolgd. De essentie daarvan is dat de gedraging(en) van natuurlijke personen die de schending van een IMVO-norm constitueren redelijkerwijs aan de rechtspersoon moeten kunnen worden toegerekend. Een belangrijk oriëntatiepunt daarbij is of die gedragingen hebben plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon. Ter uitwerking van dit oriëntatiepunt heeft de Hoge Raad een set van vier enuntiatieve, niet-cumulatieve omstandigheden gegeven. Eén van die omstandigheden omvat een algemene zorgplicht. Een rechtspersoon wordt geacht gedragingen van natuurlijke personen te hebben aanvaard indien hij niet de zorg heeft betracht die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging. Hier kent het strafrecht een algemene zorgplicht die daderschapsvestigend is. Tegelijkertijd is diezelfde zorgplicht ook daderschapuitsluitend. Heeft namelijk een rechtspersoon wel de vereiste zorg betracht, dan kan niet worden gezegd dat die rechtspersoon de verboden gedraging heeft aanvaard, en dus kan de rechtspersoon niet als dader worden aangemerkt.

De genoemde daderschapsconstructie om Nederlandse ondernemingen binnen de werkingssfeer van een strafbepaling te kunnen brengen, vindt in het strafrecht vooralsnog uitsluitend toepassing in enkelvoudige verhoudingen. Dat wil zeggen er is een verboden gedraging van een of meer natuurlijke personen die wordt toegerekend aan een rechtspersoon. In deze paragraaf is betoogd dat en vervolgens ook gedemonstreerd hoe het criterium van de redelijke toerekening ook toepassing kan vinden in concernverhoudingen. Twee toerekeningsroutes zijn onderscheiden waarmee een gedraging die een schending van een IMVO-norm behelst en die heeft plaatsgevonden binnen of voor de onderneming van een dochteronderneming aan een Nederlandse moedermaatschappij kan worden toegerekend. Aldus kan worden bereikt dat een Nederlandse moedermaatschappij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor schendingen van IMVO-normen op het niveau van haar dochteronderneming. Uiteraard dienen dan wel alle delictsbestanddelen van de toepasselijke strafbepaling te zijn vervuld. Al naar gelang de concrete delictsomschrijving kan dan vereist zijn dat moet blijken van opzet of culpa van de rechtspersoon. Daartoe is dan een tweede toerekeningsmoment vereist. Ook dat kan langs twee wegen geschieden. Allereerst kan de geestesgesteldheid aanwezig bij natuurlijke personen die zijn betrokken bij de verboden gedraging worden 'bijeengeharkt' en vervolgens worden toegerekend als de kennis en de wil van de rechtspersoon. Ten tweede kan blijken van rechtstreeks op het niveau van de rechtspersoon aanwezige geestesgesteldheid, bijvoorbeeld kenbaar uit bestuursbesluiten en/of bedrijfspolitiek en/of feitelijke werkwijze.

Indien eenmaal is vastgesteld dat een Nederlandse onderneming kan worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit, dan staat artikel 51 lid 2 Sr toe dat ook de natuurlijke personen die leiding hebben gegeven aan het begaan van de strafbare feiten, als feitelijk leidinggevers kunnen worden vervolgd naast of in plaats van de rechtspersoon. Het leiding geven kan daarbij bestaan uit zowel het actief bevorderen dat het strafbaar feit plaatsvindt, als het door 'horen, zien en zwijgen', dus de facto stilzitten met een bepaalde wetenschap in relatie tot (soortgelijke) feiten. Aldus kunnen allerlei soorten leidinggevenden, variërend van CEO's, middenmanagers, eerstelijnsmanagers tot personen die geen formele leidinggevende positie hebben, binnen het bereik van de strafwet worden gebracht.

Aldus is geschetst dat bescherming van IMVO-normen via het strafrecht mogelijk is en dat het strafrecht ook toepassing kan vinden op een Nederlandse onderneming die de moedermaatschappij is van een concern. Tevens is hiermee aangegeven dat het strafrecht verschillende soorten zorgplichten kent. De combinatie van de strafbepalingen, de algemene regels inzake rechtsmacht, de daderschapsconstructies, en de zorgplichten maakt dat het strafrecht ook extraterritoriale werking kan hebben voor gevallen waarin de schending van de IMVO-norm valt te situeren bij een buitenlandse dochteronderneming. De twee uitgewerkte toerekeningsroutes om verboden gedragingen binnen of voor de dochteronderneming aan de Nederlandse moedermaatschappij toe te kunnen rekenen, staan ook toe dat gedragingen die in de onderneming van een buitenlandse dochteronderneming zijn te

situeren, aan de Nederlandse moedermaatschappij kunnen worden toegerekend. Die zou daarmee in Nederland kunnen worden vervolgd voor schending van IMVO-normen binnen of voor haar buitenlandse dochteronderneming. Voorts kent het strafrecht een aantal strafbepalingen die door hun vormgeving en daaraan gegeven uitleg in de rechtspraak ook extraterritoriale werking kunnen hebben. Zij omvatten dan gedragingen in het buitenland die via die strafbepaling aan de Nederlandse rechter kunnen worden voorgelegd. Ten slotte zijn er strafbepalingen waarbij bij wet is voorzien in extraterritoriale rechtsmacht, zoals de internationale misdrijven van de Wet Internationale Misdrijven, die daardoor ook betrokkenheid bij buitenlandse schendingen van IMVO-normen binnen de werkingssfeer van de Nederlandse strafwet brengen.

Als eenmaal langs die hier geschetste lijnen van materieel strafrecht aansprakelijkheid van Nederlandse ondernemingen wegens schending van IMVO-normen in Nederland of daarbuiten kan worden gevestigd, dan kan vervolgens het strafprocesrecht ofwel een eigenstandige rol vervullen ofwel doorwerken in het civiele recht. Het kan het civiele recht zowel aanvullen als ondersteunen.

Door schendingen van IMVO-normen strafrechtelijk te adresseren kan het strafrecht een eigenstandige rol naast het civiele recht vervullen. Een vervolging en berechting, al dan niet uitmondend in een veroordeling van een onderneming, kan een passende overheidsreactie opleveren op de schending. Passend, omdat daarmee een of meer strafdoelen worden gerealiseerd: leedtoevoeging, generale en speciale preventie en reparatie. Het verboden gedrag is in een openbaar strafproces aan de kaak gesteld, een rechter heeft dat veroordeeld en de dader is gestraft. Het strafrecht kan daarmee een normerende functie vervullen. En het kan slachtoffers van schending van een IMVO-norm immateriële genoegdoening verschaffen.

De aanvullende werking van het strafprocesrecht ziet op het dienen van de belangen van slachtoffers. Indien een schending van een IMVO-norm strafrechtelijk wordt vervolgd, dan kan degene die rechtstreeks schade heeft geleden als gevolg van het ten laste gelegde feit zich in het strafproces voegen als benadeelde partij door een vordering ter vergoeding van die schade in te dienen. Aldus biedt het strafproces een betrekkelijk eenvoudige weg om zonder al te veel kosten een veroordeling tot betaling van schadevergoeding te verkrijgen. Een belangrijke beperking is evenwel dat de behandeling van deze vordering benadeelde partij geen onevenredige belasting van het strafproces mag opleveren. Want dan kan de strafrechter de vordering benadeelde partij niet ontvankelijk verklaren. De benadeelde partij zal vervolgens toevlucht moeten zoeken in het civiele recht. Wordt de vordering benadeelde partij daarentegen toegewezen, dan pleegt de strafrechter die te ondersteunen door oplegging van de schadevergoedingsmaatregel.

Ten slotte kan het strafprocesrecht het civiele recht ondersteunen. Die ondersteunende werking kan tweeërlei zijn. Allereerst kan de omstandigheid dat een bepaalde schending van een IMVO-norm een strafbaar feit oplevert meewerken in de concretisering van een algemene civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm. Wanneer vervolgens voor dat strafbare feit wordt vervolgd en een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling is gevolgd, dan leveren de bewezenverklaarde feiten in het strafrechtelijke vonnis of arrest krachtens de regel van artikel 161 Rv dwingende bewijskracht van die feiten in een civiele procedure.

2.6 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is beschreven wat de huidige stand van het Nederlandse recht (zowel wetgeving als rechtspraak) is waar het gaat om de zorgplichten van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van IMVO (dat wil zeggen: de juridisch afdwingbare verantwoordelijkheden van Nederlandse bedrijven ten aanzien van mens en milieu in de gastlanden waar zij opereren). Gekeken is naar normen en handhavingsmogelijkheden in drie verschillende rechtsgebieden, te weten het Nederlandse ondernemingsrecht, het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht en het Nederlandse strafrecht. Het algemene beeld dat uit deze beschrijving naar voren komt, is dat er in alledrie de rechtsgebieden mogelijkheden bestaan, maar dat deze mogelijkheden ook grenzen kennen die de vraag oproepen in hoeverre de IMVO-gerelateerde zorgplichten van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen afdoende genormeerd zijn en (vooral) gehandhaafd kunnen worden.

Het Nederlandse ondernemingsrecht biedt in principe de meeste mogelijkheden om de houding van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen jegens derden die mogelijk nadeel ondervinden van hun activiteiten, te beïnvloeden. Het rechtsgebied is echter primair gericht op het belang van de onderneming zelf en is daarmee slecht toegerust op normstelling die primair gericht is op bescherming van de belangen van 'externe' derden waar dit ten koste gaat van het belang van de onderneming. Daarnaast en in lijn daarmee zijn de handhavingsmogelijkheden die het ondernemingsrecht biedt veelal niet direct toegankelijk voor derden wiens IMVO-belangen geschonden (dreigen te) worden als gevolg van de activiteiten van de onderneming.

Het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht is wel primair toegesneden op de bescherming van de belangen van derden tegen de nadelige effecten van de activiteiten van anderen. Het biedt in theorie mogelijkheden voor de ontwikkeling van zorgvuldigheidsnormen voor Nederlandse internationaal opererende ondernemingen jegens derden wiens IMVO-belangen in het geding zijn, maar die normstelling geschiedt conform de aard van het rechtsgebied wel veelal achteraf, als de schade al aangericht is. Uitzondering hierop zijn de mogelijkheden om bij dreigende schade te vragen om rechterlijke geboden en verboden. Nadeel blijft wel dat het gaat om rechterlijke normstelling die (doorgaans) sterk toegesneden zal zijn op de specifieke feiten en omstandigheden van het concrete aan de rechter voorgelegde geval. Dat wil echter niet zeggen dat een dergelijke van-geval-tot-geval benadering niet ook gaandeweg kan leiden tot de ontwikkeling van meer algemene leidraden met betrekking tot de zorgplichten van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen in het kader van IMVO.

De grootste belemmering van de mogelijkheden die het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht biedt in deze context, wordt echter gevormd door het feit dat de inzet ervan als normerings- en handhavingsmechanisme sterk afhankelijk is van de vraag of het überhaupt van toepassing is op een procedure die betrekking heeft op een internationale context. Daarnaast zal het in de praktijk vaak slecht toegankelijk zijn voor derden wiens IMVO-belangen geschonden (dreigen te) worden als gevolg van de activiteiten van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen. Kwesties als de hoge kosten van procederen, beperkingen in de mogelijkheden om collectief te procederen en beperkingen in de mogelijkheden om bewijs te verkrijgen, zorgen ervoor dat er juist in deze context voor benadeelden een enorme drempel kan zijn die het hen onmogelijk maakt om hun zaak überhaupt aan een civiele rechter voor te leggen.

Het Nederlandse strafrecht kan hierbij wel deels uitkomst bieden, aangezien het hier in principe de overheid is die met alle tot haar beschikking staande financiële en opsporingsmogelijkheden (die veel ruimer zijn dan in civiele procedures) de handhaving van geschonden IMVO-gerelateerde zorgplichten op zich kan nemen. Voorwaarde is wel dat de schending van een IMVO-norm onder reikwijdte van een

strafbepaling kan worden gebracht. Het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel verlangt dat. Uit het onderzoek komt naar voren dat er een reeks strafbepalingen is, al dan niet met een algemene of specifieke zorgplicht, dat zich hiertoe leent. Deze strafbepalingen zijn te vinden in het commune en het bijzondere strafrecht. Via het daderschap van de rechtspersoon kunnen ondernemingen binnen de reikwijdte van die strafbepalingen worden gebracht. In dat verband is ook betoogd dat een moedermaatschappij strafrechtelijk aansprakelijk kan zijn voor strafbare gedragingen binnen haar (buitenlandse) dochteronderneming.

Het aantal strafbepalingen dat zich ook uitstrekt tot gedragingen die zich buiten Nederland afspelen is echter beperkt. Het gaat dan om specifieke strafbepalingen met extraterritoriale rechtsmacht, zoals de internationale misdrijven, of om een zeer beperkt aantal strafbepalingen met extraterritoriale werking, zoals witwassen. Nog belangrijker is dat voor het toepassen van deze strafrechtelijke mogelijkheden het openbaar ministerie de exclusieve bevoegdheid tot vervolgen heeft en vooralsnog alleen in een paar heel specifieke gevallen tot vervolging is overgegaan. De argumenten voor en tegen vervolging zijn geïnventariseerd en het lijkt erop dat beleidsmatige en praktische bezwaren een flink gewicht in de schaal leggen en de balans doen doorslaan naar een niet actief vervolgingsbeleid. Een aspect dat de IMVO-context in dit verband kleurt, is dat de Nederlandse strafvorderlijke overheid bij schendingen van IMVO-normen in het buitenland afhankelijk is van de medewerking van het gastland voor het verkrijgen van bewijsmateriaal.

De hier beschreven mogelijkheden maar ook beperkingen die het Nederlandse recht kent op het gebied van het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht waar het gaat om het opleggen en handhaven van zorgplichten voor Nederlandse internationaal opererende ondernemingen in het kader van IMVO, maken het lastig om zonder meer een uitspraak te doen over de toereikendheid van de huidige *status quo* in het licht van de UN Guiding Principles. Om te komen tot een antwoord op de in dit rapport centraal staande onderzoeksvraag zal dan ook niet alleen gekeken worden naar de manier waarop de zorgplicht van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van IMVO in Nederland is geregeld en wordt toegepast, maar ook nog naar relevante overeenkomsten en verschillen op dit gebied met het geldende recht in de ons omringende landen. Dit is de kwestie die in het volgende hoofdstuk aan bod komt.

HOOFDSTUK 3 - RECHTSVERGELIJKING

3.1 INLEIDING

Niet alleen in Nederland maar ook in de ons omringende landen staat het onderwerp maatschappelijk verantwoord ondernemen op de maatschappelijke en politieke agenda. Ook in deze landen hebben de totstandkoming van de UN Guiding Principles en incidenten zoals het instorten van het Rana Plaza gebouw in Bangladesh gezorgd voor een focus op MVO in de internationale context. Net als in Nederland zijn in België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland Nationale Actieplannen totstandgekomen waarin beleidslijnen worden uitgezet met betrekking tot (I)MVO en bedrijven en mensenrechten. In al deze landen zijn daarnaast ook juridische procedures voorgelegd aan nationale rechters, veelal (deels) op grond van nationaal recht, met betrekking tot beweerdelijke IMVO-normschendingen door internationaal opererende ondernemingen of door hun dochtermaatschappijen of ketenpartners in gastlanden. Ook hier rijzen vragen naar de juridische aspecten van IMVO en meer in het bijzonder naar de zorgplichten van internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van mens en milieu in gastlanden waar zij activiteiten (doen) uitvoeren.

In dit hoofdstuk wordt bekeken wat de juridische stand van zaken is in de ons omringende landen (België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland) wat betreft de zorgplichten van (internationaal opererende) ondernemingen in het kader van (I)MVO. Per land worden voor de drie hier centraal staande rechtsgebieden verschillende onderwerpen besproken die op grond van de analyse van het Nederlandse recht in hoofdstuk 2 als relevant aangemerkt kunnen worden. Daarbij wordt in beginsel alleen gekeken naar hoofdlijnen, tenzij het gaat om wetgevingsinitiatieven, wettelijke regels of rechtspraak die specifiek in verband gebracht worden met de IMVO-context. Wat betreft de rechtsvergelijking op het gebied van het strafrecht geldt dat een rechtsvergelijkende bespreking van voor de IMVO-context relevante materieel strafrechtelijke bepalingen buiten het bestek van dit onderzoek valt. De focus zal hier liggen op het strafprocesrecht. Daarnaast zullen in totaal twee op grond van een *quick scan* geïdentificeerde buitenlandse materieelstrafrechtelijke bepalingen uitgewerkt worden die interessante inzichten bieden in de inhoud en mogelijke toepassing van IMVO-gerelateerde strafrechtelijke zorgplichten. Het betreft hier specifieke bepalingen uit twee Engelse wetten, de UK Bribery Act en de Modern Slavery Act. Dit wordt gecomplementeerd met een zgn. 'materieelstrafrechtelijk uitstapje' over een recent in werking getreden Zwitserse wet inzake betrokkenheid bij mensenrechtenschendingen door private militaire en beveiligingsbedrijven.

Allereerst wordt voor elk land in een inleidende paragraaf een beknopt overzicht gegeven van het debat rond IMVO in het betreffende land. De daarin opgenomen informatie is mede ontleend aan de in het kader van dit onderzoek afgenomen interviews met experts uit de betreffende landen. Daarna wordt voor elk van de onderzochte landen in kaart gebracht in hoeverre er daar ondernemingsrechtelijke, aansprakelijkheidsrechtelijke of strafrechtelijke procedures zijn aangebracht tegen internationaal opererende ondernemingen voor schendingen van mens- en milieugerelateerde belangen in gastlanden. Gekeken is naar IMVO-gerelateerde procedures die binnen deze beschrijving vallen en die aangebracht zijn door derden uit gastlanden en/of belangenorganisaties van 1990 tot nu. Het overzicht van relevante procedures is indicatief en blijft enigszins aan de oppervlakte, omdat het in veel landen lastig bleek om concrete informatie over de onderzochte procedures, zoals processtukken en soms zelfs rechterlijke uitspraken, boven tafel te krijgen. Zeker met betrekking tot oudere zaken of zaken die zijn geëindigd in een buitengerechtelijke schikking is er vaak weinig informatie beschikbaar. Het is dan ook mogelijk dat het aantal relevante rechtszaken in de onderzochte landen hoger ligt dan hier weergegeven.

Vervolgens wordt bekeken in hoeverre er (I)MVO-gerelateerde verplichtingen voortvloeien uit het ondernemingsrecht en de corporate governance code van het betreffende land voor bestuurders en commissarissen van (internationaal opererende) ondernemingen in dat land. Dan wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het civiele aansprakelijkheidsrecht van het betreffende land zorgplichten tot

inachtneming van de IMVO-gerelateerde belangen van derden kent voor internationaal opererende ondernemingen in dat land. Daarna wordt kort beschreven welke mogelijkheden het strafprocesrecht van het betreffende land kent om een civiele of ondernemingsrechtelijke procedure te kunnen ondersteunen of aan te vullen ingeval gedragingen van ondernemingen in dat land tevens vallen binnen de reikwijdte van strafbepalingen die zien op schendingen van IMVO-gerelateerde normen. Elke paragraaf wordt afgesloten met een korte conclusie.

3.2 BELGIË

3.2.1 Inleiding[1]

Bij de beantwoording van de vraag wat het Belgische beleid ten aanzien van maatschappelijk verantwoord ondernemen is, moet rekening worden gehouden met de complexe bestuurlijke werkelijkheid van het land. België wordt immers zowel op federaal als op regionaal niveau bestuurd. Op beide niveaus worden verschillende MVO-initiatieven ontplooid.[2] Het federale beleid ten aanzien van maatschappelijk verantwoord ondernemen vindt zijn oorsprong in het Tweede Federaal Plan Duurzame Ontwikkeling uit 2004 waarin de noodzaak van maatschappelijk verantwoord ondernemen wordt benadrukt.[3] Dit beleid past binnen het streven van de federale overheid naar een duurzame samenleving. In 2013 is dit streven neergelegd in een langetermijnvisie waarin de ambitie tot uitdrukking wordt gebracht dat België tegen 2050 '*een inclusieve samenleving met een beschermd leefmilieu, met een economie aangepast aan de economische, sociale en ecologische uitdagingen en met een maatschappelijk verantwoordelijke federale overheid'* is.[4] De voorbereiding en uitvoering van het federale MVO beleid ligt in handen van de Interdepartementale commissie voor duurzame ontwikkeling (ICDO).[5]

Het federale beleid beoogt met name vrijwillige MVO initiatieven door ondernemingen te bevorderen. Het beleidskader wordt primair gevormd door een tweetal documenten uit 2006. Ten eerste is het 'Federaal Actieplan voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen in België' van belang.[6] De doelstelling van dit document is om ondernemingen aan te moedigen om MVO in hun bedrijfsvoering te integreren. Ten tweede moet worden gewezen op het 'Referentiekader MVO in België' dat beoogt bij te dragen aan een coherente visie, definitie en taal omtrent MVO.[7] MVO wordt in het Referentiekader gedefinieerd als "*een proces waarbij ondernemingen vrijwillig streven naar verbetering op bedrijfs- en maatschappelijk vlak door op systematische wijze economische, milieu- en sociale overwegingen op een geïntegreerde en coherente manier in de gehele bedrijfsvoering op te nemen, waarbij overleg met stakeholders of belanghebbenden van de onderneming deel uitmaakt van dit proces*".[8] Het federale MVO-beleid heeft na 2006 niet stilgestaan. Zo is de werking van bovenstaande documenten in 2009 uitvoerig met stakeholders geëvalueerd, hetgeen geleid heeft tot een update van het Actieplan MVO in 2010.[9]

Momenteel wordt er gewerkt aan een Belgisch Nationaal Actieplan Bedrijven en Mensenrechten, alsook aan een hernieuwing van het Federaal Actieplan Maatschappelijke Verantwoordelijkheid uit 2006.[10] Het doel van het Belgische Nationaal Actieplan is om de naleving van de mensenrechten te verankeren in de bedrijfsvoering van ondernemingen. Het Actieplan, dat opgesteld wordt over de verschillende

---

1 De informatie in deze subparagraaf is deels ontleend aan de interviews die in het kader van dit onderzoek afgenomen zijn bij verschillende Belgische experts (in het bijzonder de antwoorden op de vragen gesteld in het kader van thema 2: IMVO in België).

2 Zie, voor meer informatie: <www.mvovlaanderen.be> en <www.rse.wallonie.be>.

3 Zie: Federaal Plan inzake Duurzame Ontwikkeling 2004-2008, 24 september 2004, Actie 31, p. 88.

4 Vgl. <http://ifdd.belgium.be/nl/inhoud/langetermijnvisie-voor-duurzame-ontwikkeling>.

5 Vgl. <http://ifdd.belgium.be/nl>, <http://www.icdo.belgium.be/nl> en <http://5015.fedimbo.belgium.be/nl>.

6 Zie Federaal Actieplan voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen in België, ICDO, 25 oktober 2006, <http://www.mv.belgium.be/sites/5015.fedimbo.belgium.be/files/encart/attachments/federaal_actieplan_mvo.pdf>.

7 Referentiekader Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen in België, ICDO, 29 maart 2006, <http://www.mv.belgium.be/sites/5015.fedimbo.belgium.be/files/encart/attachments/mvo_referentie_kader.pdf>.

8 Referentiekader Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen in België, ICDO, 29 maart 2006, p. 13.

9 Zie nader de website 'Maatschappelijke Verantwoordelijkheid' van de Interdepartementale Commissie voor Duurzame Ontwikkeling: <http://www.mv.belgium.be/nl/politiek-kader/federaal>.

10 Zie, met verdere verwijzingen : <http://www.rs.belgium.be/nl/instrumenten/nationaal-actieplan-bedrijven-en-mensenrechten-federaal-actieplan-maatschappelijke-vera>.

beleidsdomeinen heen en in samenwerking met de gewesten, zal niet beperkt zijn tot de invloed van bedrijfsactiviteiten op de mensenrechten van derden, maar ook ingaan op andere aspecten van (I)MVO, zoals eerlijke arbeidsomstandigheden.[11] Tussen april en augustus 2014 heeft er in dit kader een stakeholderbevraging plaatsgevonden, waaruit een aantal aandachtspunten en voorstellen van acties is voortgekomen.[12] Op basis hiervan is op administratief niveau een voorontwerp gemaakt dat is voorgelegd aan de regio's Vlaanderen, Wallonië en Brussel. Na de zomer van 2015 zal er een consultatie plaatsvinden met de stakeholders over het voorstel voor het Belgische Nationaal Actieplan; de doelstelling is om het voorstel voor eind 2015 ter goedkeuring voor te leggen aan de Belgische overheden op de verschillende niveaus.

Los van deze beleidsinitiatieven is er in de maatschappelijke en politieke discussie in België de laatste jaren verschillende malen aandacht geweest voor incidenten die zien op de internationale dimensie van MVO. Zo heeft de Belgische baggerindustrie, alsook de Belgische openbare kredietverzekeraar Delcredere, onder vuur gelegen wegens de betrokkenheid bij baggerwerkzaamheden in het kader van de aanleg van een haven in het Russische noordpoolgebied. Een dossier omtrent de beweerdelijke niet-naleving van de OESO-Richtlijnen in dit kader is in 2013 door Greenpeace voorgelegd aan het Belgische Nationaal Contactpunt van de OESO-richtlijnen.[13] Daarnaast zijn er ook aantijgingen geweest van betrokkenheid bij zandroof voor de Filipijnse kust[14] en bij milieuschendingen in het kader van de bouw van een haven in India[15]. Verder heeft het Belgische Nationaal Contactpunt zich verschillende keren gebogen over klachten tegen Belgische bedrijven uit de mijnbouwsector in verband met hun beweerdelijke betrokkenheid bij IMVO-normschendingen in de Democratische Republiek Congo, een voormalige Belgische kolonie.[16]

Verder heeft het Rana Plaza-incident in Bangladesh in 2013 net als in andere Westerse landen ook in België veel stof doen opwaaien en gezorgd voor vragen omtrent de betrokkenheid van Belgische bedrijven bij het voorval.[17] In datzelfde jaar ontstond enige commotie naar aanleiding van het jaarlijkse rapport van Richard Falk, speciale VN-rapporteur voor de situatie van de mensenrechten in de bezette Palestijnse gebieden sinds 1967, aan de Algemene Vergadering van de VN, waarin (niet voor de eerste keer) nadruk werd gelegd op de betrokkenheid van Belgische bank Dexia NV, via haar dochtermaatschappij Dexia Israël, bij de financiering van de illegale kolonies in de Palestijnse gebieden. Ook de Belgische overheid, sinds 2013 meerderheidsaandeelhouder van Dexia NV, werd geïmpliceerd en gewezen op het feit dat ook zij in rechte verantwoordelijk gesteld zou kunnen worden voor in dit kader door haar bank veroorzaakte schade.[18] Nog recenter zijn de debatten rond de vraag of de uit

---

[11] Zie bijvoorbeeld, met verwijzing naar parlementaire stukken: G. Türan, 'België maakt eindelijk werk van Nationaal Actieplan Bedrijven en Mensenrechten', 9 mei 2015, <http://www.gulerturan.be/artikel/parlementsenaat/belgie-maakt-eindelijk-werk-van-nationaal-actiepla/>.

[12] Zie voor meer informatie: 'Het NAP Bedrijven & Mensenrechten', slideshow van presentatie stand van zaken actieplan bedrijven en mensenrechten door Dieter Vander Beke (Belgian Federal Institute for Sustainable Development), 9 februari 2015, <http://www.slideshare.net/FIDO_COMM/30-d-2220141209bedrijvenmrdietervanderbeke>.

[13] Zie voor de uitspraak van het Belgische Nationaal Contactpunt over deze kwestie: <http://economie.fgov.be/nl/binaries/Greenpeace_JDN_fin_20140924_nl_tcm325-255810.pdf>.

[14] Zie bijvoorbeeld: S. Franssen, 'De nul gaat de strijd aan met P-Magazine na aantijgingen van zandroof', *De Wereld Morgen* online, 24 januari 2014, <http://www.dewereldmorgen.be/artikels/2014/01/24/de-nul-gaat-de-strijd-aan-met-p-magazine-na-aantijgingen-zandroof>.

[15] Zie voor de uitspraak van het Belgische Nationaal Contactpunt over deze kwestie: <http://economie.fgov.be/nl/binaries/OECDguidelines_greenpeaceIndia_20110311_tcm325-119858.pdf>.

[16] Zie de lijst van uitspraken van het Belgische Nationaal Contactpunt: <richtlijnen_multinationals/Nationaal_Contactpunt_Belgie/berichten/#.Vidbk34rKUk>.

[17] Het Belgische Nationaal Contactpunt heeft over deze kwestie een rapport geschreven en aanbevelingen gedaan: <http://economie.fgov.be/nl/binaries/rapport_en_aanbeveling_NCP_OESO-richtlijnen_veiligheid_kledingsector_Bangladesh_tcm325-241611.pdf>.

[18] UN General Assembly, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories, A/68/376, 10 september 2013, <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/296CF21249B48B5B85257C0D00684C44>. Zie over

India afkomstige kasseien van grijze natuursteen, die in België in tal van steden gebruikt zijn, een product zijn van kinderarbeid[19] en rond de Belgische klimaatzaak, waarin een grote groep van eisers door middel van een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure tracht een meer doelmatig klimaatbeleid af te dwingen bij de Belgische overheid[20].

In het Belgische wetgevingsbeleid heeft het concept maatschappelijk verantwoord ondernemen tot op heden slechts een beperkte rol gespeeld. Een wettelijke regel die specifiek betrekking heeft op MVO is de uit Europese regelgeving voortvloeiende verplichting voor bepaalde ondernemingen om in hun jaarverslag te rapporteren over niet-financiële prestatie-indicatoren.[21] Ook voor pensioenfondsen en collectieve beleggingsfondsen bestaan in België transparantieverplichtingen ten aanzien van de vraag of zij rekening houden met sociale, ethische en leefmilieuaspecten bij hun beleggingsstrategieën, maar de impact hiervan is beperkt.[22] Verder kan nog gewezen worden op de Wet op de sociaal verantwoorde productie uit 2002, waarmee door de Belgische overheid een sociaal label in het leven is geroepen voor producten waarvan aangetoond kan worden dat in de gehele productieketen de ILO-normen zijn gerespecteerd.[23] Hierover werd bij de in het kader van dit onderzoek afgenomen interviews echter opgemerkt dat hoewel deze wet op papier veelbelovend is, zij in de praktijk tot op heden niet heel veel teweeg gebracht heeft. Tot slot kan in dit kader niet onvermeld blijven de Belgische Genocidewet uit 1993, die het mogelijk maakte om in België vervolging in te stellen, niet alleen tegen natuurlijke personen maar ook tegen rechtspersonen (zie par. 3.2.2), van ernstige mensenrechtenschendingen gepleegd waar ook ter wereld voor zover zij internationale misdrijven opleverden (genocide, misdrijven tegen de mensheid, en oorlogsmisdrijven). Deze Genocidewet is in 2003 afgeschaft en de extraterritoriale reikwijdte van de erin opgenomen strafbaarstellingen van internationale misdrijven zijn drastisch ingeperkt.[24]

In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de wijze waarop IMVO-gerelateerde verplichtingen voor Belgische internationaal opererende ondernemingen tot uitdrukking komen in het Belgische ondernemingsrecht en het Belgische civiele aansprakelijkheidsrecht. Allereerst wordt aandacht besteed aan relevante procedures die tot dusverre zijn aangebracht voor Belgische rechters (par. 3.2.2). Dan wordt bekeken in hoeverre er (I)MVO-gerelateerde verplichtingen voortvloeien uit het Belgische ondernemingsrecht en de corporate governance code voor bestuurders en commissarissen van Belgische (internationaal opererende) ondernemingen (par. 3.2.3). Vervolgens wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het Belgische civiele aansprakelijkheidsrecht zorgplichten tot inachtneming van de IMVO-gerelateerde belangen van derden kent voor Belgische internationaal opererende ondernemingen

---

de berichtgeving in de Belgische media over deze kwestie: K. Belgium, 'Hoe Belgische media over VN-rapport mensenrechten Palestina berichten', *De Wereld Morgen* online, 23 oktober 2013, <http://www.dewereldmorgen.be/artikels/2013/10/23/hoe-belgische-media-over-vn-rapport-mensenrechten-palestina-berichten>.

19 Zie bijvoorbeeld: Y. Delepeleire, 'Onze kasseien worden gemaakt door Indiase kinderen', *De Standaard* online, 15 mei 2015, <http://www.standaard.be/cnt/dmf20150515_01682554>.

20 Zie, met verdere verwijzingen: <http://klimaatzaak.eu/nl/>.

21 Art. 96 lid 1 Wetboek van Vennootschappen.

22 Vgl. artt. 42 en 47 Wet betreffende de aanvullende pensioenen; artt. 52 §2 en 76 §1 Wet betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles. Uit een evaluatie van de wettelijke regeling van deze transparantieverplichtingen komt echter naar voren dat deze "[…] *schromelijk te kort schiet*". Zie: Forum Ethibel, 'Onderzoek en evaluatie van de transparantiebepalingen in het kader van de aanvullende pensioenen en de instellingen voor collectieve belegging', studieopdracht POD DO 2008 MP-00/34, oktober 2009, <http://forumethibel.org/content_files/doc%2020092011/Publicaties/EvaluatieActie8FederaalPlanDOSEEclausulesICBWAP.pdf>, p. 65-68.

23 Wet van 27 februari 2002 ter bevordering van sociaal verantwoorde productie, *B.S.* 26 maart 2002. Zie nader over deze wet bijvoorbeeld: Vandaele 2003.

24 Wet van 16 juni 1993 betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht, *B.S.* 5 augustus 1993; gewijzigd bij Wet van 10 februari 1999, *B.S.* 23 maart 1999 en opgeheven bij Wet van 5 augustus 2003 betreffende ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht, *B.S.* 7 augustus 2003. Zie nader over deze wet bijvoorbeeld: Baker 2009; Verhaeghe 2004; Wouters 2004.

(par. 3.2.4). Daarna wordt kort beschreven welke mogelijkheden het Belgische strafprocesrecht kent om een civiele of ondernemingsrechtelijke procedure te kunnen ondersteunen of aan te vullen ingeval gedragingen van Belgische ondernemingen tevens vallen binnen de reikwijdte van strafbepalingen die zien op schendingen van IMVO-gerelateerde normen (par. 3.2.5). De paragraaf wordt afgesloten met een conclusie (par. 3.2.6).

3.2.2 IMVO-gerelateerde juridische procedures

Procedures tegen Total inzake betrokkenheid bij mensenrechtenschendingen in Myanmar[25]

In april 2002 werd er bij de Kamer van Inbeschuldigingstelling te Brussel een klacht ingediend door vier vluchtelingen uit Myanmar tegen het Franse oliebedrijf TotalFinalElf (tegenwoordig Total) wegens de vermeende betrokkenheid van het bedrijf bij mensenrechtenschendingen gepleegd bij de aanleg en exploitatie van een gaspijpleiding in Myanmar. De eisers dienden ook klachten in tegen de voorzitter van de Raad van Bestuur van Total en de voormalig directeur werkzaamheden van Total in Myanmar. Zij beschuldigden de gedaagden ervan dat zij morele, fysieke en logistieke steun zouden hebben verleend aan de Birmese militaire junta, in de wetenschap dat deze zich schuldig maakte aan mensenrechtenschendingen tegen de lokale bevolking, waaronder marteling, dwangarbeid en gedwongen verplaatsingen.

Grondslag voor de vorderingen was de Belgische Genocidewet uit 1993, die het mogelijk maakte om in België vervolging in te stellen van ernstige mensenrechtenschendingen die internationale misdrijven opleveren (oorlogsmisdaden, misdrijven tegen de menselijkheid, genocide) gepleegd waar ook ter wereld en ongeacht de nationaliteit van de dader(s). De procedure tegen Total was de eerste procedure die op grond van deze wet aangebracht werd tegen een rechtspersoon in plaats van tegen een natuurlijk persoon.

De Genocidewet verleende Belgische rechters onbeperkte universele rechtsmacht inzake internationale misdrijven, ongeacht dus of deze een connectie hebben met de Belgische rechtsorde of niet, en kent een initiatiefrecht voor slachtoffers (hetgeen inhoudt de mogelijkheid tot het indienen van een klacht met burgerlijke partijstelling). Dit leidde tot procedures in België tegen dictators alsmede tegen een Amerikaanse generaal. Zij dreigden in België ter verantwoording te worden geroepen voor hun vermeende betrokkenheid bij internationale misdrijven. Dat werd door verschillende landen ervaren als een onwenselijke situatie. Er werd zware internationale diplomatieke druk op de Belgische regering uitgeoefend, vooral vanuit Israël en de Verenigde Staten, om de extraterritoriale reikwijdte van de wet in te perken.[26] Deze druk bleef niet zonder gevolgen en in 2003 werd de Genocidewet afgeschaft en werden de strafbaarstellingen van internationale misdrijven overgeheveld naar het Belgisch Strafwetboek, met drastische inperking van de extraterritoriale rechtsmacht.[27]

Thans heeft België alleen extraterritoriale rechtsmacht inzake internationale misdrijven ingeval ofwel de verdachte de Belgische nationaliteit heeft of als erkend vluchteling verblijft in België, ofwel de slachtoffers de Belgische nationaliteit hebben of minstens drie jaar effectief in België verblijven.[28] De strafvervolging kan alleen plaatshebben op vordering van de federale procureur die daartoe kan besluiten na een klacht daartoe door een slachtoffer.[29]

---

[25] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/total-lawsuit-in-belgium-re-myanmar>.

[26] Zie bijvoorbeeld: Verhaeghe 2004.

[27] Wet van 5 augustus 2003 betreffende ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht, *B.S.* 7 augustus 2003.

[28] Zie nader art. 10 sub 1bis Wetboek van Strafvordering en Wouters 2004; Vander Beken 2004.

[29] Zie art. 10 Wetboek van Strafvordering.

In de procedure tegen Total riepen deze ontwikkelingen de vraag op of de vier vluchtelingen uit Myanmar ontvankelijk waren in hun klacht. Naar aanleiding van een prejudiciële vraag van het Belgische Hof van Cassatie over de uitleg van de herziene bepalingen bepaalde het Belgische Arbitragehof (sinds 2007: Grondwettelijk Hof) in april 2005 dat de uitsluiting van klachten van vluchtelingen op grond van de ingeperkte bepalingen discriminatoir zou zijn en dus ongrondwettelijk.[30] In juni 2005 besliste het Hof van Cassatie desondanks dat de procedure tegen Total verworpen moest worden, omdat er onder de herziene bepalingen geen wettelijke basis voor rechtsmacht zou zijn.[31] Naar aanleiding hiervan stelden de eisers beroep in bij het Arbitragehof. Dit verklaarde in juni 2006 het deel van de herziene bepalingen dat niet-ingezetenen van België uitsluit van het aanbrengen van een klacht, ongrondwettelijk en wees het beroep toe.[32]

In maart 2007 bepaalde het Hof van Cassatie dat de procedure alleen voortgezet zou kunnen worden op basis van de ingeperkte bepalingen zoals geherinterpreteerd door het Arbitragehof, als deze herinterpretatie in het voordeel van de gedaagden uit zou werken.[33] In oktober 2007 opende het Belgisch Openbaar Ministerie een nieuw onderzoek naar de zaak, op grond van de ingeperkte bepalingen zoals door het Arbitragehof geherinterpreteerd. De Brusselse Kamer van Inbeschuldigingstelling besloot echter in maart 2008 af te zien van verdere vervolging van Total op grond van het principe van *res judicata*. Het door de eisers tegen deze beslissing ingestelde beroep werd in oktober 2008 afgewezen door het Hof van Cassatie.[34] Daarmee eindigde de zaak tegen Total en de beweerdelijke betrokkenheid van Total bij de internationale misdrijven door anderen gepleegd, werd uiteindelijk niet aan de Belgische strafrechter voorgelegd.

3.2.3 Verplichtingen van bestuurders en commissarissen van Belgische vennootschappen in het kader van (I)MVO en de rol van corporate governance

Voor de beantwoording van de vraag of het Belgische recht bestuurders en commissarissen van ondernemingen verplicht om IMVO-gerelateerde belangen bij de uitoefening van hun taak te betrekken, is het noodzakelijk om eerst kort stil te staan bij enkele kernbegrippen uit het Belgische ondernemingsrecht. Dat is primair neergelegd in het Wetboek van Vennootschappen. Andere relevante regels, met name transparantieverplichtingen, kunnen worden gevonden in wetgeving op het gebied van toezicht op de financiële markten, openbare biedingen en bezoldigingsbeleid.[35] Belgische ondernemingen hebben veelal de vorm van een handelsvennootschap. Het Wetboek van Vennootschappen kent een gesloten systeem van handelsvennootschappen.[36] Sommige handelsvennootschappen hebben rechtspersoonlijkheid.[37] In het vervolg richten wij ons op de twee meest voorkomende handelsvennootschappen met rechtspersoonlijkheid: de Naamloze Vennootschap ("NV") en de Besloten Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid ("BVBA"). In 2013 waren er in totaal 74.653 NV's en 274.924 BVBA's actief.[38]

---

30 Cour d'Arbitrage 13 april 2005, Arrêt n° 68/2005.

31 Cour de Cassation de Belgique 29 juni 2005, Arrêt N° P.04.0482.F (A.M.Z. c.s. / Total c.s.).

32 Cour d'Arbitrage 21 juni 2006, Arrêt n° 104/2006.

33 Cour de Cassation de Belgique 28 maart 2007, Arrêt N° P.07.0031.F (A.M.Z. c.s. / Total c.s.).

34 Zie bijvoorbeeld de profielen van Hervé Madeo en Thierry Desmarest (de twee betrokken individuen) op de *TRIAL* website: <http://www.trial-ch.org/en/resources/trial-watch/trial-watch/profiles/profile/373/action/show/controller/Profile/tab/legal-procedure.html> en <http://www.trial-ch.org/en/resources/trial-watch/trial-watch/profiles/profile/371/action/show/controller/Profile/tab/legal-procedure.html>, respectievelijk.

35 Autenne 2013, p. 313.

36 Art. 2 Wetboek van Vennootschappen.

37 Art. 2 lid 2 Wetboek van Vennootschappen.

38 Deze cijfers zijn afkomstig van het Nationaal Instituut voor de Statistiek van België, zie: <http://statbel.fgov.be/nl/statistieken/cijfers/economie/ondernemingen/levensloop/jaarevolutie/#.VVxSavmqqAI>.

De NV heeft in beginsel twee organen: de algemene vergadering van aandeelhouders[39] en de Raad van Bestuur.[40] Het Belgische vennootschapsrecht gaat aldus uit van een *one-tier board* model. Het dagelijks bestuur kan worden gedelegeerd aan een daartoe ingesteld orgaan.[41] Het is ook mogelijk om een *two-tier board* in te stellen door bepaalde bevoegdheden over te dragen aan een directiecomité dat vervolgens onder toezicht van de Raad van Bestuur komt te staan.[42] Beursgenoteerde NV's zijn daarnaast verplicht om een auditcomité op te richten binnen de raad van bestuur.[43] Verder dienen beursgenoteerde NV's van een bepaalde omvang een remuneratiecomité in te stellen binnen de raad van bestuur.[44] De Raad van Bestuur is bevoegd om alle handelingen te verrichten die nodig of dienstig zijn ten einde het doel van de vennootschap te verwezenlijken.[45] Daarnaast heeft de Raad van Bestuur verschillende specifieke taken en bevoegdheden opgedragen gekregen, zoals het opstellen van de jaarrekening en het jaarverslag.[46] De wet gaat uit van het beginsel van collegiale besluitvorming, dat wil zeggen dat voor de totstandkoming van besluiten van de Raad van Bestuur tenminste een meerderheid van stemmen is vereist.[47] Tot slot zijn NV's van een bepaalde omvang verplicht om commissarissen te benoemen.[48] Deze commissarissen zijn voornamelijk belast met de controle op de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening.[49] Zij mogen niet worden verward met de RvC in een *two-tier board* model.

De BVBA is gelet op zijn besloten karakter voornamelijk bedoeld voor kleinere (familie)bedrijven.[50] Dat laat onverlet dat de interne organisatie van de BVBA wat betreft invulling vergelijkbaar is met de NV.[51] De BVBA kent twee organen: de algemene vergadering van vennoten[52] en de zaakvoerder(s). Iedere zaakvoerder kan alle handelingen verrichten die nodig zijn met het oog op de verwezenlijking van het doel van de vennootschap, tenzij hij zich daarmee begeeft op het terrein van de bevoegdheden van de algemene vergadering.[53] Een verschil tussen de NV en de BVBA is dat bij de BVBA niet het uitgangspunt van collegiaal bestuur geldt. De zaakvoerder kan in beginsel individueel besluiten nemen, hoewel het wel mogelijk is om via de statuten een college van zaakvoerders in te stellen.[54]

Relevante (I)MVO-gerelateerde normen

De Raad van Bestuur van de NV en de zaakvoerders van de BVBA zijn in beginsel bevoegd tot het verrichten van alle handelingen die nodig zijn teneinde het doel van de vennootschap te verwezenlijken. Zij dienen zich bij de uitoefening van deze bevoegdheden wel te richten naar het belang van de vennootschap. In de literatuur bestaat geen overeenstemming over de wijze waarop het begrip vennootschappelijk belang moet worden ingevuld.[55] Het debat gaat in het bijzonder over de vraag of het belang van de vennootschap samenvalt met het belang van de aandeelhouders (*shareholder model*) of dat ook de belangen van anderen, zoals werknemers en crediteuren, tot het belang van de

39 Art. 531 e.v. Wetboek van Vennootschappen.
40 Art. 517 e.v. Wetboek van Vennootschappen.
41 Art. 525 Wetboek van Vennootschappen.
42 Art. 524bis Wetboek van Vennootschappen.
43 Art. 526bis Wetboek van Vennootschappen.
44 Art. 526quater Wetboek van Vennootschappen.
45 Art. 522 Wetboek van Vennootschappen.
46 Art. 92 lid 1 en 95 Wetboek van Vennootschappen.
47 Art. 521 Wetboek van Vennootschappen.
48 Art. 141 Wetboek van Vennootschappen.
49 Art. 142 en 146 Wetboek van Vennootschappen.
50 Braeckmans & Houben 2012, p. 83.
51 Er is in België een tendens gaande richting convergentie tussen de BVBA en de NV, zie Braeckmans & Houben 2012, p. 84.
52 Art. 266 Wetboek van Vennootschappen.
53 Art. 257 Wetboek van Vennootschappen.
54 Braeckmans & Houben 2012, p. 305.
55 Autenne 2013, p. 327.

vennootschap moeten worden gerekend (*stakeholder model*).[56] Gelet op de over het algemeen grote omvang van ondernemingen die de vorm van NV hebben, speelt de vraag of de belangen van andere stakeholders dan aandeelhouders tot het vennootschappelijk belang gerekend kunnen worden met name bij de NV.

Hoewel de opkomst van het concept maatschappelijk verantwoord ondernemen een tendens richting een *stakeholder* model lijkt te suggereren, wordt deze ontwikkeling in de literatuur bekritiseerd omdat als gevolg daarvan de autonomie van de Raad van Bestuur ten opzichte van de aandeelhouders op verdekte wijze zou worden versterkt. Autenne verwoordt deze kritiek als volgt:

> "*Given the "marketing" aspect of this topic, we should still ask whether, after all, corporate responsibility is not a ready-made pretext to allow company managers to get away from the hold of shareholding power, which is considered too resonant. Managers may try to mobilize views with an ethical emphasis to regain margins of autonomy in relation to financial investors and thus to improve their position of strength vis-à-vis the shareholders* […]."[57]

De Belgische Corporate Governance Code uit 2009 bevat standaarden en *best practice* bepalingen ten aanzien van de corporate governance binnen beursgenoteerde ondernemingen. Het doel van de Code is het bevorderen van waardecreatie op de lange termijn. De veronderstelling van de Code is dat goede corporate governance bijdraagt aan het bevorderen van waardecreatie op lange termijn, niet alleen voor aandeelhouders, maar ook voor andere stakeholders. De Code bevat geen specifieke bepalingen die betrekking hebben op (I)MVO. Hij bevat wel waarborgen teneinde te bewerkstelligen dat de Raad van Bestuur beslissingen neemt die in het belang van de vennootschap zijn. Daarnaast bepaalt hij dat beursgenoteerde vennootschappen de werking van hun interne controle- en risicobeheerssystemen, die mede strekken tot het identificeren van risico's betreffende de naleving van wetgeving en reglementen, dienen te monitoren.[58] De adequate werking van deze systemen kan ook van belang zijn voor de identificatie en preventie van IMVO-gerelateerde risico's aangezien de verwezenlijking van dergelijke risico's een aanzienlijk risico voor de onderneming op financiële schade of reputatieschade kunnen vormen. In de preambule wordt verder duidelijk gemaakt dat in de doelstellingen van de vennootschap ook rekenschap gegeven moet worden met de belangen van andere stakeholders dan de aandeelhouders.[59]

De Raad van Bestuur van de NV en de zaakvoerders van de BVBA zijn verplicht tot het opstellen van de jaarrekening. Daarnaast zijn zij verplicht om verantwoording af te leggen over het door hen gevoerde beleid van de vennootschap in het jaarverslag.[60] Het hangt af van de grootte van NV of BVBA of het jaarverslag ook de in artikel 96 Wetboek van Vennootschappen voorgeschreven vorm en inhoud dient te hebben.[61] Het jaarverslag is bedoeld om een getrouw overzicht te geven van de ontwikkeling, resultaten en positie van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming, alsmede van de voornaamste risico's en onzekerheden. De enige, uit Europa afkomstige, transparantieverplichting die specifiek betrekking heeft op maatschappelijk verantwoord ondernemen is dat gerapporteerd moet worden over niet-financiële prestatie-indicatoren, zoals informatie betreffende milieu- en personeelsaangelegenheden, indien noodzakelijk voor een goed begrip van de ontwikkeling, resultaten

---

56 Vandenbogaerde 2009, p. 64-66.
57 Autenne 2013, p. 358.
58 Principe 5.2 sub 14 Belgische Corporate Governance Code.
59 Zie preambule Belgische Corporate Governance Code 2009, nrs. 1 en 2.
60 Art. 95 Wetboek van Vennootschappen.
61 Art. 94 sub 1 Wetboek van Vennootschappen.

of positie van de vennootschap.[62] Beursgenoteerde vennootschappen zijn verplicht om in het jaarverslag een corporate governance verklaring op te nemen ten aanzien van de naleving van de Belgische Corporate Governance Code.[63]

Het Belgische vennootschapsrecht kent geen specifieke regeling voor concernverhoudingen. De moedervennootschap heeft naar Belgisch recht geen wettelijk instructierecht ten aanzien van haar dochtervennootschappen.[64] Ook bestaat geen specifieke wettelijke regeling met betrekking tot de werking van concernverhoudingen jegens derden. Derden die de moedervennootschap willen aanspreken voor activiteiten of schulden van de dochtervennootschap, zijn in beginsel aangewezen op algemene juridische leerstukken zoals doorbraak van aansprakelijkheid (zie nader onder handhavingsmechanismen) en civielrechtelijke aansprakelijkheid (zie nader par. 3.2.4).[65]

Elke moedervennootschap die alleen of gezamenlijk één of meerdere dochtervennootschappen controleert, ongeacht of het Belgische of buitenlandse vennootschappen betreft, is verplicht om een geconsolideerde jaarrekening en een jaarverslag over die geconsolideerde jaarrekening op te stellen.[66] Sommige moedervennootschappen zijn vrijgesteld van deze verplichting.[67] Het jaarverslag over de geconsolideerde jaarrekening dient een getrouw beeld te geven van de ontwikkeling, resultaten en positie van de in de consolidatie opgenomen vennootschappen.[68] In het kader van maatschappelijk verantwoord ondernemen is van belang dat, indien nodig voor een goed begrip van de ontwikkeling, resultaten en positie van de geconsolideerde vennootschappen, ook nog gerapporteerd moet worden over niet-financiële prestatie-indicatoren, zoals informatie over milieu- en personeelsaangelegenheden.[69]

Handhavingsmechanismen

Van belang is voorts welke mogelijkheden het Belgische ondernemingsrecht zou kunnen bieden aan (I)MVO-stakeholders – slachtoffers van mens- en milieugerelateerde normschendingen en ngo's – om eventuele (I)MVO-gerelateerde normen uit het ondernemingsrecht af te dwingen. Daarbij kan in de eerste plaats gedacht worden aan de handhavingsmechanismen die samenhangen met de bestuurdersaansprakelijkheid, met de concernaansprakelijkheid en met het vennootschappelijk deskundigenonderzoek.[70]

Het Belgische vennootschapsrecht kent verschillende mogelijkheden om bestuurders aansprakelijk te stellen voor bestuursfouten. De mogelijkheden voor (I)MVO-stakeholders om bestuurders persoonlijk aansprakelijk te stellen zijn realistisch gezien beperkt tot twee grondslagen. In de eerste plaats kan aansprakelijkheid worden gebaseerd op art. 263 (voor de BVBA) of 528 (voor de NV) van het Wetboek van Vennootschappen. Deze artikelen bieden derden die als gevolg van een inbreuk op bepalingen uit het Wetboek van Vennootschappen of de statuten schade lijden, de mogelijkheid om bestuurders daarvoor aansprakelijk te stellen. In de tweede plaats kunnen derden bestuurders aansprakelijk stellen

---

62 Art. 96 lid 1 sub 1 Wetboek van Vennootschappen. Deze bepaling strekt ter implementatie van art. 1 lid 14 van Richtlijn 2003/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2003 tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG, 83/349/EEG, 86/635/EEG en 91/674/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, banken en andere financiële instellingen, en verzekeringsondernemingen.

63 Art. 96 lid 2 Wetboek van Vennootschappen.

64 Braeckmans & Houben 2012, p. 675. Zie ook: Vandekerckhove 2007, p. 28 e.v.

65 Vgl. Braeckmans & Houben 2012, p. 676.

66 Art. 110 Wetboek van Vennootschappen.

67 Art. 112 en 113 Wetboek van Vennootschappen

68 Art. 119 Wetboek van Vennootschappen.

69 Art. 119 sub 1 Wetboek van Vennootschappen.

70 De rol van de 'activistische IMVO-aandeelhouder' blijft hier grotendeels buiten beschouwing; datzelfde geldt voor de gronden voor aansprakelijkheid bij faillissement van de vennootschap.

op grond van het commune onrechtmatigedaadsrecht.[71] Het handelen of nalaten van de bestuurder moet dan worden getoetst aan de algemene zorgvuldigheidsnorm. De vraag is dan of het gedrag van de bestuurder overeenstemt met hetgeen de normaal zorgvuldige en diligente bestuurder in dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan.[72] De rechter zal het gedrag van de bestuurder overigens slechts marginaal toetsen.[73] Bestuurders genieten quasi-immuniteit ten aanzien van aansprakelijkheid voor de foutieve uitvoering van verbintenissen uit overeenkomsten van de vennootschap.[74] Deze bescherming geldt echter niet ten opzichte van niet-contractuele derden, zoals (I)MVO-stakeholders.

Andere grondslagen voor bestuurdersaansprakelijkheid zijn ofwel alleen van toepassing in situaties rondom het faillissement van de vennootschap[75] ofwel alleen inroepbaar door de vennootschap zelf. Dat laatste geldt bijvoorbeeld voor bestuurdersaansprakelijkheid voor een gewone bestuursfout uit hoofde van art. 262 (voor de BVBA) of 527 (voor de NV) van het Wetboek van Vennootschappen.[76] De vordering slaagt alleen als de vennootschap schade heeft geleden als gevolg van de bestuursfout en de beslissing om de vordering in te stellen wordt genomen op basis van een besluit van de algemene vergadering en uitgevoerd door het bestuur of een lasthebber, en biedt dus geen oplossing voor (I)MVO-stakeholders. Indien in de algemene vergadering geen meerderheid is, kunnen minderheidsaandeelhouders van een BVBA die ten minste tien procent van de aandelen vertegenwoordigen (artt. 290-291) of van een NV die ten minste één procent van de aandelen vertegenwoordigen (artt. 562-567), namens de vennootschap een minderheidsvordering instellen tegen de bestuurders.

Het Belgische recht biedt de mogelijkheid om in het geval dat er een aanwijzing is dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen een onafhankelijk deskundigenonderzoek in te stellen.[77] Een dergelijk onderzoek kan alleen door de rechtbank worden bevolen op verzoek van vennoten die alleen of tezamen tenminste één procent van het aantal stemmen of een bedrag ter waarde van 1.250.000,- euro van het kapitaal vertegenwoordigen. Deze weg staat dus normaal gesproken niet open voor (I)MVO-stakeholders en er zijn ook geen aanwijzingen dat deze procedure ooit in (I)MVO-context is gebruikt.

Er bestaat geen specifieke grondslag voor bestuurdersaansprakelijkheid voor het verrichten van foutieve, onvolledige of misleidende mededelingen in het jaarverslag. (I)MVO-stakeholders zullen in dit kader aangewezen zijn op de hierboven beschreven vormen van bestuurdersaansprakelijkheid alsmede de regels van het commune onrechtmatigedaadsrecht. Er dient wel rekening mee te worden gehouden dat overtreding van de verplichting om in het jaarverslag een getrouw beeld van de onderneming te geven, een strafbaar feit is.[78]

Het Belgische ondernemingsrecht kent geen specifieke wettelijke grondslag voor aansprakelijkheid van een moedervennootschap jegens derden, zoals crediteuren en (I)MVO-stakeholders, die nadeel ondervinden als gevolg de activiteiten van haar dochtermaatschappijen. Het kent wel een aantal bepalingen op grond waarvan aandeelhouders aansprakelijk gesteld kunnen worden voor de schulden van de vennootschap. Verder kunnen ook de bepalingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid leiden tot aansprakelijkheid van een moedervennootschap in concernverband, wanneer de moedermaatschappij optreedt als formeel bestuurder van de dochter. Daarnaast kan bijvoorbeeld in geval van faillissement

[71] Art. 1382 BW.
[72] Braeckmans & Houben 2012, p. 346; Vandekerckhove 2007, p. 323-324.
[73] Vandenbogaerde 2009, p. 131.
[74] *Id.*, p. 124.
[75] In dit verband kan worden gewezen op de mogelijkheid van aansprakelijkheid wegens een kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement van de vennootschap op grond van art. 265/530 Wetboek van Vennootschappen.
[76] Braeckmans & Houben 2012, p. 359.
[77] Art. 168 Wetboek van Vennootschappen.
[78] Art. 128 jo. 96 Wetboek van Vennootschappen.

van de dochtermaatschappij ook de moedermaatschappij die als *de facto* manager van haar dochter optreedt aansprakelijk gesteld worden voor de schulden van die dochter.[79]

Naast deze wettelijke gronden komt het in uitzonderlijke gevallen ook voor dat Belgische rechters doorbraak van aansprakelijkheid toestaan wanneer er sprake is van structureel en ernstig misbruik van de gescheiden rechtspersoonlijkheid tussen moeder en dochter.[80] Deze figuur wordt in procedures voor de Belgische rechter zo nu en dan aangewend door crediteuren van dochtermaatschappijen om de moeder verantwoordelijk te houden voor de schulden van de dochter. Voor aansprakelijkheid op deze grond moet allereerst worden aangetoond dat de dochteronderneming zelf aansprakelijk is, op welke grond dan ook. Als daarnaast ook kan worden aangetoond dat de moedermaatschappij de regels ten aanzien van de autonomie van de dochteronderneming niet heeft gerespecteerd – en dus het (voor)recht van beperkte aansprakelijkheid niet verdient – dan kan dat reden zijn voor de Belgische rechter om een doorbraak van aansprakelijkheid toe te staan. De drempel voor het aannemen van misbruik is hoog; hiervan kan alleen sprake zijn als aangetoond kan worden dat de moeder haar recht op zeggenschap over de dochter heeft uitgeoefend op een manier die onmiskenbaar verder gaat dan de manier waarop dit uitgeoefend zou worden door een redelijk handelend persoon. Uit de rechtspraak blijkt dat aanwijzingen dat hiervan sprake is bijvoorbeeld gelegen kunnen zijn in een gebrek aan scheiding van bezittingen, geen gescheiden boekhouding en onderkapitalisatie van de dochteronderneming.[81]

Bij gebrek aan relevante jurisprudentie is onduidelijk in hoeverre deze ondernemingsrechtelijke gronden voor doorbraak van aansprakelijkheid mogelijkheden zouden kunnen bieden voor het aansprakelijk stellen van een moedermaatschappij door derden wiens (I)MVO-gerelateerde belangen zijn geschonden als gevolg van de activiteiten van haar dochtermaatschappij. Een relevant aanknopingspunt voor de (I)MVO-context kan zijn dat de Belgische wetgever en rechters in sommige gevallen doorbraak van aansprakelijkheid toestaan in arbeidsrelaties.[82] Andere mogelijke gronden waarop aansprakelijkheid van de moedermaatschappij in theorie gestoeld zou kunnen worden naar Belgisch recht, in navolging van het Franse recht, zijn doctrines als verhulling (*simulation*), fraude (*fraude*) en het creëren van valse schijn (*apparance*).[83] Wat echter vaststaat op grond van de wel beschikbare rechtspraak over dit onderwerp, is dat doorbraak van aansprakelijkheid, op welke grondslag dan ook, slechts bij hoge uitzondering toegestaan wordt.[84] Dat betekent dat (I)MVO-stakeholders die een Belgische moedervennootschap van een multinationaal concern willen aanspreken voor de door hen als gevolg van de activiteiten van haar dochtermaatschappijen geleden schade, hun vorderingen in de meeste gevallen primair zullen baseren op de regels van het commune onrechtmatigedaadsrecht (zie nader par. 3.2.4).[85]

3.2.4 Civielrechtelijke zorgplichten van Belgische ondernemingen in het kader van IMVO

Zoals duidelijk is uit de bespreking van relevante procedures in par. 3.2.2, hebben zich in België tot op heden nog geen afzonderlijke civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures voorgedaan tegen Belgische internationaal opererende ondernemingen met betrekking tot hun beweerdelijke betrokkenheid bij extraterritoriale (I)MVO-normschendingen. Dat wil echter niet zeggen dat het

[79] Vgl. Vandekerckhove 2007, p. 31-32.
[80] *Id.*, p. 28-33.
[81] Demeyere 2015, p. 397-399.
[82] Vgl. Vandekerckhove 2007, p. 393-394, 399.
[83] Zie bijvoorbeeld: Demeyere 2015, p. 399-402; Vandekerckhove 2007, p. 383-409.
[84] *Ibid.*
[85] Demeyere 2015, p. 391 e.v; Braeckmans & Houben 2012, p. 676.

Belgische civiele aansprakelijkheidsrecht, voor zover van toepassing op een dergelijke procedure die aan de Belgische rechter wordt voorgelegd, daartoe geen mogelijkheden biedt.

IPR-aspecten

De bevoegdheid van de rechter en het toepasselijke recht in civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures met een internationaal karakter worden in België, net als in Nederland, grotendeels bepaald door de geünificeerde Europese IPR-regels van de Brussel Ibis-Verordening en van de Rome II-Verordening, respectievelijk.

Het internationaal bevoegdheidsregime van de Brussel Ibis-Verordening heeft een beperkt formeel (dat wil zeggen: ruimtelijk) toepassingsbereik; het is in beginsel slechts van toepassing is op vorderingen in burgerlijke en handelszaken die worden ingesteld tegen gedaagden die woonplaats hebben in één (of meerdere) van de Brussel Ibis-lidstaten (dat zijn alle EU-lidstaten behalve Denemarken).[86] Dat wil zeggen dat wanneer voor de Belgische rechter een civiele aansprakelijkheidsprocedure wordt ingesteld tegen een internationaal opererende onderneming met woonplaats (statutaire zetel, hoofdbestuur, hoofdvestiging) in één (of meerdere) van die lidstaten, zijn bevoegdheid net als in een dergelijke procedure voor de Nederlandse rechter bepaald wordt door de regels van de Brussel Ibis-Verordening.[87] Op grond hiervan zal hij in de regel in ieder geval bevoegd zijn om te oordelen over een vordering tegen een internationaal opererende onderneming die haar statutaire zetel of haar hoofdbestuur of haar hoofdvestiging in België heeft (zie nader par. 2.4.2).[88]

Wordt voor de Belgische rechter een IMVO-gerelateerde civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure ingesteld tegen een onderneming uit een niet-Europees gastland (of thuisland) die geen woonplaats (statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging) heeft in één van de Brussel Ibis-lidstaten, dan wordt de bevoegdheid van de Belgische rechter in beginsel bepaald door het commune Belgische internationaal bevoegdheidsrecht.[89] Dit is neergelegd in het Belgische Wetboek van Internationaal Privaatrecht uit 2004 (WIPR) en vertoont veel overeenkomsten met het Brussel I-regime[90] en daarmee ook met de commune internationale bevoegdheidsregels die in Nederland in een dergelijk geval van toepassing zouden zijn (zie par. 2.4.2). Als hoofdregel geldt dat de Belgische rechter bevoegd is als de gedaagde zijn woonplaats of vaste verblijfplaats in België heeft.[91] Gezien het feit dat de Brussel Ibis-Verordening van toepassing zal zijn op civiele aansprakelijkheidsvorderingen tegen gedaagden met woonplaats in één van de Brussel Ibis-lidstaten, heeft deze regel slechts meerwaarde in de (uitzonderings)situatie dat de gedaagde woonplaats heeft in een derde staat maar zijn vaste verblijfplaats heeft in België.[92]

---

86 Het formele toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Vo. kan afgeleid worden uit de afzonderlijke bevoegdheidsbepalingen (artt. 4-26). Hoofdregel is dat een zaak binnen het formeel toepassingsgebied valt als de gedaagde, ongeacht zijn nationaliteit, zijn woonplaats heeft in een Brussel-Ibis lidstaat. Uitzonderingen op deze hoofdregel bestaan bijvoorbeeld bij procedures die zien op rechten op onroerende goederen, op consumentenovereenkomsten, op individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst of procedures waarin een (op grond van de regels van de Brussel Ibis-Vo. geldige) forumkeuze gemaakt wordt.

87 Art. 4-6 jo. 63 Brussel Ibis-Vo.

88 Art. 4 lid 1 jo. 63 lid 1 Brussel Ibis-Vo.

89 Zie voor een overzicht van relevante wettelijke bepalingen en jurisprudentie: A. Nuyts, 'Comparative study of "residual jurisdiction" in civil and commercial disputes in the EU – National Report for: Belgium', <http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_belgium_en.pdf> (hierna: Residual Jurisdiction-studie België). Het commune Belgische IPR is niet van toepassing als de procedure op grond van één van de uitzonderingen toch binnen het formeel toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Verordening valt of als er een ander internationaalrechtelijk regime van toepassing is op de rechterlijke bevoegdheid.

90 Vgl. Residual Jurisdiction-studie België, p. 3.

91 Art. 5 lid 1 WIPR.

92 Vgl. Residual Jurisdiction-studie België, p. 5.

Mogelijk relevant in de IMVO-context is verder de met het Nederlandse commune bevoegdheidsrecht vergelijkbare bepaling op grond waarvan de Belgische rechter bevoegd is als de procedure ziet op een onrechtmatige daad die heeft plaatsgevonden in België, waarbij voldoende is dat ofwel de onrechtmatige gedraging daar heeft plaatsgevonden ofwel de schade daar is ingetreden.[93] Desondanks blijft een situatie waarin een *foreign direct liability claim* tegen een buiten de EU gevestigde onderneming wordt ingesteld met betrekking tot onrechtmatige gedragingen binnen de EU die schade veroorzaken aan mens en milieu in een niet-Europees gastland, moeilijk voor te stellen (zie ook par. 2.4.2). Datzelfde geldt voor de in België net als in Nederland bestaande mogelijkheid om rechtsmacht te baseren op de aanwezigheid van een lokale vestiging van de aangesproken onderneming, aangezien dat alleen kan als de vordering ziet op activiteiten van die vestiging.[94] Het Belgische commune bevoegdheidsrecht kent, net als het Nederlandse, geen specifieke bepaling op grond waarvan rechtsmacht bestaat over een civiele aansprakelijkheidsvordering die voortvloeit uit een strafbaar feit waarvoor in België strafrechtelijke vervolging is ingesteld.[95]

Daarnaast kan de Belgische rechter op grond van de commune Belgische regels van internationaal bevoegdheidsrecht bevoegdheid aannemen over een vordering tegen een niet-Europese onderneming wanneer vorderingen worden ingesteld tegen meerdere gedaagden en ten minste één van hen woonplaats of gewone verblijfplaats in België heeft.[96] Deze rechtsgrond is vergelijkbaar met de rechtsgrond op basis waarvan de Rechtbank Den Haag bevoegdheid heeft aangenomen over de Nigeriaanse Shell-(klein)dochtermaatschappij in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak. Hoewel dit niet met zoveel woorden in de tekst van de Belgische bepaling is opgenomen, is ook hier een nauwe verbondenheid tussen de vorderingen vereist.[97] Daarnaast kent het Belgische commune internationaal bevoegdheidsrecht ook een meer algemene bepaling op grond waarvan de Belgische rechter bevoegd is om kennis te nemen van enige vordering die zo nauw samenhangt met een andere vordering waarover op andere gronden bevoegdheid bestaat, dat het wenselijk is om beide vorderingen gezamenlijk te behandelen, om te voorkomen dat zij tot onverenigbare beslissingen door verschillende gerechten zouden leiden.[98] Aldus kan een vordering tegen een niet-Europese onderneming voor de Belgische rechter gebracht worden als zij nauw samenhangt met een andere vordering – mogelijk tussen geheel andere partijen – ten aanzien waarvan de Belgische rechter bevoegdheid heeft.[99]

Tot slot kent het Belgische commune internationaal bevoegdheidsrecht, net als het Nederlandse, een *forum necessitatis*-bepaling. Op grond daarvan kan de Belgische rechter bij uitzondering bevoegdheid aannemen over een procedure wanneer het onmogelijk blijkt om deze in het buitenland in te stellen of wanneer het onredelijk zou zijn om te eisen dat deze in het buitenland wordt ingesteld.[100] Deze bepaling ziet op soortgelijke situaties als de Nederlandse *forum necessitatis*-bepaling, met dat verschil dat zij in België ook grond kan zijn voor bevoegdheid als de kosten van de procedure in het buitenland disproportioneel zijn ten aanzien van de financiële belangen die in geding zijn en dit tot gevolg heeft dat de eiser in de praktijk geen effectieve toegang tot de buitenlandse rechter zou hebben.[101] Een ander verschil is dat voor een geslaagd beroep op de Belgische bepaling altijd (dus ook bij absolute

---

93 Art. 96 lid 2 WIPR.

94 Art. 5 lid 2 WIPR.

95 Vgl. Residual Jurisdiction-studie België, p. 7.

96 Art. 5 lid 1 WIPR. De Belgische rechter zal geen bevoegdheid aannemen op deze grondslag wanneer "[…] *de vordering slechts werd ingesteld om een gedaagde te onttrekken aan de rechter van zijn woonplaats of zijn gewone verblijfplaats in het buitenland*".

97 Vgl. Residual Jurisdiction-studie België, p. 12.

98 Art. 9 WIPR.

99 Vgl. Residual Jurisdiction-studie België, p. 13.

100 Art. 11 WIPR.

101 Vgl. Residual Jurisdiction-studie België, p. 14.

onmogelijkheid van een procedure elders) een nauwe band vereist is van de procedure met de Belgische rechtsorde.[102]

Het Belgische commune internationaal bevoegdheidsrecht kent geen *forum non conveniens*-bepaling, op grond waarvan de rechter vrij is om zich, in een geval dat hem rechtsmacht toekomt op grond van enige regel van internationaal bevoegdheidsrecht, toch onbevoegd te verklaren omdat de te berechten zaak naar zijn oordeel onvoldoende aanknopingspunten heeft met de rechtssfeer van het forumland.[103] Het kent wel een litispendentiebepaling, op grond waarvan de Belgische rechter de behandeling van een aan hem voorgelegde procedure kan aanhouden als er ten tijde van het aanhangig maken daarvan reeds een procedure aanhangig is in een ander land (bijvoorbeeld het gastland). Het moet gaan om een procedure die tussen dezelfde partijen aanhangig is en hetzelfde onderwerp betreft en waarvan kan worden voorzien dat deze in België zal kunnen worden erkend of (waar relevant) ten uitvoer gelegd. Bij zijn beslissing om de behandeling van de aan hem voorgelegde procedure op deze grond uit te stellen dient de Belgische rechter rekening te houden met de vereisten van een goede rechtsbedeling. Leidt de parallelle procedure inderdaad tot een vonnis dat vatbaar is voor erkenning (en, waar relevant, tenuitvoerlegging) in België, dan zal hij zich alsnog onbevoegd moeten verklaren.[104]

Is de Belgische rechter bevoegd om te oordelen over een aansprakelijkheidsprocedure met een internationaal karakter dan rijst de vraag naar welk recht hij de vorderingen dient te beoordelen. Het conflictenrechtelijk regime van de Rome II-Verordening is van toepassing op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan op of na 11 januari 2011.[105] Het heeft een universeel formeel toepassingsgebied, wat betekent dat het van toepassing is ongeacht of het op grond van de Verordening aangewezen recht het recht is van een lidstaat (bijvoorbeeld Nederlands of Belgisch recht) of van een niet-lidstaat (bijvoorbeeld Nigeriaans of Birmees recht).[106] Omdat het hier centraal staande type civiele aansprakelijkheidsprocedures doorgaans binnen het materiële toepassingsgebied van de Rome II-Verordening zal vallen, zal de Belgische rechter de vraag welk nationaal systeem van aansprakelijkheidsrecht toepasselijk is op de vorderingen in een dergelijke procedure in principe op dezelfde manier beantwoorden als de Nederlandse rechter.[107] Dit betekent dat het in IMVO-gerelateerde civiele aansprakelijkheidsprocedures in veel gevallen niet Belgisch recht maar het recht van het gastland zal zijn aan de hand waarvan de vorderingen beoordeeld dienen te worden. Er bestaan echter enkele uitzonderingen op dit uitgangspunt op grond waarvan het Belgische aansprakelijkheidsrecht toch een rol zou kunnen spelen in de IMVO-context (zie nader par. 2.4.2).

Aansprakelijkheid voor schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen

De civielrechtelijke aansprakelijkheid van Belgische internationaal opererende ondernemingen voor extraterritoriale (I)MVO-normschendingen kan onder Belgisch recht worden gebaseerd op artikel 1382 (Belgisch) Burgerlijk Wetboek (hierna: (B)BW), in geval van een schadeveroorzakende daad, of op artikel 1383 (B)BW, in geval van onvoorzichtigheid of nalatigheid. Van een onderscheid tussen de beide regelingen is tegenwoordig overigens geen sprake meer. Met de laatste bepaling wordt slechts verduidelijkt dat vestiging van aansprakelijkheid ook mogelijk is in geval van schadeveroorzakend nalaten. Ofschoon de artikelen spreken van een persoon die een daad verricht, kunnen ook

[102] Art. 11 WIPR.
[103] Vgl. Residual Jurisdiction-studie België, p. 16.
[104] Art. 14 WIPR. Zie nader Residual Jurisdiction-studie België, p. 16-17.
[105] Art. 31 Rome II-Verordening en HvJ EU 17 november 2011, zaak C-412/10 (*Deo Antoine Homawoo/GMF Assurances SA*).
[106] Art. 3 Rome II-Verordening.
[107] Gaat het om vorderingen die betrekking hebben op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan vóór 11 januari 2011, dan zal de Belgische rechter het toepasselijk recht vaststellen aan de hand het commune Belgische conflictenrecht; dit zal hier echter verder buiten beschouwing blijven gezien de afnemende relevantie daarvan met het voortschrijden van de tijd.

rechtspersonen op grond van de bepalingen worden aangesproken voor schadeveroorzakend onrechtmatig handelen of nalaten.

De aansprakelijkheid van de rechtspersoon op grond van onrechtmatige daad is vormgegeven op basis van de zogenaamde orgaantheorie.[108] Als uitgangspunt geldt daarbij de feitelijke onmogelijkheid voor rechtspersonen om aan het maatschappelijk verkeer deel te nemen. Rechtspersonen worden daarbij noodzakelijkerwijs vertegenwoordigd door natuurlijke personen, de organen. Als een natuurlijke persoon in de hoedanigheid van orgaan en binnen de opdracht die hem is gegeven door een fout bij een derde schade berokkent, kan behalve het orgaan zelf ook de rechtspersoon rechtstreeks op grond van artikel 1382 en 1383 (B)BW worden aangesproken tot vergoeding van de schade.[109] Deze beschrijving impliceert al dat een rechtspersoon aan aansprakelijkheid kan ontkomen als de natuurlijke persoon zijn bevoegdheid heeft overschreven, of anders gezegd: buiten de opdracht handelt die hem is gegeven.[110] Aan die voorwaarde moet niet een zo strikte betekenis worden gegeven dat een onrechtmatige daad per definitie geacht wordt buiten de opdracht te vallen, maar zij moet zo worden begrepen dat de daad is verricht binnen het kader van de uitvoering van de opdracht.[111] Het is overigens bewijstechnisch niet noodzakelijk dat komt vast te staan welk orgaan concreet de schadeveroorzakende onrechtmatige daad heeft gepleegd waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon wordt gegrond. Het is voldoende dat komt vast te staan dat 'een' orgaan van de aangesproken rechtspersoon door onrechtmatig handelen of nalaten de benadeelde schade heeft berokkend.

Naast de orgaantheorie kan de rechtspersoon ook, maar dan niet rechtstreeks, aansprakelijk worden gesteld voor onrechtmatige daden van aangestelden. Deze aansprakelijkheid is geregeld in artikel 1384 lid 3 (B)BW. Aangestelden staan, anders dan organen, in een verhouding van ondergeschiktheid tot de rechtspersoon, de aansteller. Die ondergeschiktheid wordt formeel uitgelegd. Dat wil zeggen dat het niet noodzakelijk is dat het gezag waartoe de aansteller bevoegd is, ook daadwerkelijk en effectief wordt uitgeoefend.[112] De aansprakelijkheid op grond van artikel 1384 lid 3 (B)BW is overigens geen foutaansprakelijkheid. Er is immers niet een fout van de aansteller vereist voor het vestigen van aansprakelijkheid, alhoewel de aansprakelijkheid vroeger wel in de fout van de aansteller werd gezocht. Die fout zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat de aansteller met de aanstelling van de aangestelde een verkeerde keuze heeft gemaakt. Tegenwoordig wordt de grondslag van de aansprakelijkheid gevonden in zijn maatschappelijk nut.[113]

Net zoals de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad op grond van het Nederlandse art. 6:162 BW is ook de aansprakelijkheid op grond van de artikelen 1382 en 1383 (B)BW een aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad.[114] Een vereiste voor aansprakelijkheid is aldus een door de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon begane toerekenbare onrechtmatige gedraging (fout). Het foutcriterium vereist de schending van een rechtsnorm of de schending van een algemene zorgvuldigheidsnorm. Deze algemene zorgvuldigheidsnorm is met name relevant als er geen fout vanwege de schending van een concrete (of: 'welbepaalde') wettelijke norm kan worden vastgesteld.[115] Net als in Nederland gaat het om een open norm die verder ingevuld moet worden door de rechter aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden van het specifieke geval. Zij weerspiegelt in ruime mate wisselende maatschappelijke waardeoordelen en laat ook ruimte voor de persoonlijke visie van de rechter over wat

[108] Vansweevelt & Weyts 2009, p. 439-441; Cornelis 1989, p. 429-430 en 438-443.
[109] Vansweevelt & Weyts 2009, p. 440; Cornelis 1989, p. 432.
[110] Cornelis 1989, p. 439-440.
[111] *Id.*, p. 434-435.
[112] Vansweevelt & Weyts 2009, p. 400-401.
[113] *Id.*, p. 425.
[114] Cornelis 1989, p. 19.
[115] Vansweevelt & Weyts 2009, p. 127.

aanvaardbaar is.[116] Zoals ook al eerder besproken werd (zie par. 1.3 en par. 2.4.3), zullen civielrechtelijke aansprakelijkheidsvorderingen tegen internationaal opererende ondernemingen voor extraterritoriale (I)MVO-normschendingen veelal gebaseerd zijn op beweerdelijke schendingen van dit soort algemene zorgvuldigheidsnormen.

De beoordeling van gedrag volgens de algemene zorgvuldigheidsnorm uit het Belgische civiele aansprakelijkheidsrecht houdt een toetsing in van het gedrag van de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon aan het gedrag van een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon, de zogenaamde *bonus pater familias* of goede huisvader. Het 'normaal zorgvuldig' in deze omschrijving houdt in dat hij de maatregelen treft die gepast zijn om te voorkomen dat hij met zijn gedrag bij een derde schade veroorzaakt.[117] Met 'vooruitziend' wordt bedoeld dat de goede huisvader zich er toe inspant om de nadelige gevolgen van zijn handelen in te denken. Bij de toetsing wordt de goede huisvader geplaatst in de omstandigheden waarin de aansprakelijk gestelde partij zich ook bevond ten tijde van de vermeend onrechtmatige gedraging.[118] Er is anders gezegd sprake van een toetsing aan de figuur goede huisvader die zich in gelijke omstandigheden bevindt. Tot de omstandigheden die hier een rol spelen worden uitsluitend externe omstandigheden gerekend, zoals: de plaats waar de schadeveroorzakende gedraging is gebeurd (bijvoorbeeld in de stad of juist daarbuiten), de context waarin de schadeveroorzakende gebeurtenis plaatsvond (bijvoorbeeld een sport- en spelsituatie), de professionele achtergrond van de benadeler (bijvoorbeeld die van huisarts).[119]

Waar het gaat om de professionele achtergrond van de aangesproken onderneming wordt wel aangenomen dat de rechter bij de beoordeling van een gedraging van een (rechts)persoon met een bepaalde professionele achtergrond buiten zijn professionele omgeving ook dan rekening mag houden met zijn professionele vaardigheden.[120] Anders gezegd: van een (rechts)persoon wordt verwacht dat die ook buiten de uitoefening van zijn beroep zijn professionele vaardigheden benut. Alhoewel dus in beginsel alleen externe omstandigheden een rol mogen spelen, worden in de rechtspraak toch ook subjectieve factoren meegewogen.[121] De Belgische rechtspraak met betrekking tot de algemene zorgvuldigheidsnorm laat onder meer zien dat er veel belang gehecht wordt aan de naleving van de regelen van het goed vakmanschap en de overeenstemming met de stand van de techniek. Een redelijk professional "[…] *kent zijn vak, is op de hoogte van de ontwikkelingen in zijn vakgebied en maakt correct gebruik van de technische hulpmiddelen die hem ter beschikking staan*".[122]

Bij de toetsing van het gedrag van de aansprakelijk gestelde partij speelt voorts nog de voorzienbaarheid van de schade een rol.[123] Volgens het Hof van Cassatie is het voor de vestiging van aansprakelijkheid niet noodzakelijk dat een handeling zo onvoorzichtig is dat die zeker schade veroorzaakt. Voldoende is dat de handeling mogelijk tot schade leidt, maar wel zo dat de mogelijkheid van schade voor de benadeler (redelijk) voorzienbaar is.[124] Bij de voorzienbaarheid is verder nog van belang dat van een ieder wordt verwacht dat die ermee rekening houdt dat derden zich onvoorzichtig gedragen (consideratieplicht) en, meer verregaand, dat daarop wordt geanticipeerd (anticipatieverplichting).[125]

---

116 Zie in meer detail: Brocken & Boone 2011, p. 100-102.
117 Vansweevelt & Weyts 2009, p. 127.
118 *Id.*, p. 128; Cornelis 1989, p. 36-41.
119 Vansweevelt & Weyts 2009, p. 128-131.
120 *Id.*, p. 131.
121 *Id.*, p. 132. Een bekende subjectieve factor is de lichamelijke toestand van de aansprakelijk gestelde persoon. Als er sprake is van een bijzondere lichamelijke toestand kan dat meebrengen dat van een persoon meer of juist minder zorgvuldigheid mag worden verwacht.
122 Brocken & Boone 2011, p. 101.
123 Hof van Cassatie 12 november 1951, Arr. Cass. 1952, 118. Zie ook: Vansweevelt & Weyts 2009, p. 134; Cornelis 1989, p. 41.
124 Hof van Cassatie 12 november 1951, Arr. Cass. 1952, 119.
125 Vansweevelt & Weyts 2009, p. 136.

Van industriëlen wordt een proactieve houding verwacht in dit verband; voor hen kan een onderzoeksplicht bestaan met betrekking tot de mogelijke gevaren die zijn activiteiten kunnen opleveren, alsook met betrekking tot de manier waarop dit gevaar voorkomen kan worden.[126]

Voor aansprakelijkheid op grond van de artikelen 1382 en 1383 (B)BW is naast een fout (dat wil zeggen: een toerekenbare onrechtmatige gedraging) ook vereist dat er sprake is van vergoedbare schade en van een causaal verband tussen de fout en schade. Schade kan bestaan uit zowel materiële (*patrimoniale*) als immateriële (*extrapatrimoniale*) schade en zal doorgaans niet het meest lastige element zijn om te bewijzen.[127] Naar Belgisch recht is er sprake van een causaal verband als de onrechtmatige gedraging een noodzakelijke voorwaarde is voor de totstandkoming van de schade zoals deze zich heeft voorgedaan. Het is niet vereist dat aangetoond wordt dat de gedraging in kwestie de factor was die de belangrijkste bijdrage heeft geleverd; alle noodzakelijke voorwaarden zijn in dit verband equivalent.[128] Als de gedaagde onderneming kan aantonen dat haar gedrag niet de enige factor was die heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade kan dat wel reden zijn om de aansprakelijkheid van de onderneming te beperken. Dit hoeft echter geen repercussies te hebben voor de eisende partij, aangezien de onderneming die mede aansprakelijk gehouden wordt voor de door hen geleden schade in beginsel gehouden is om het volledige bedrag aan schadevergoeding te betalen aan de benadeelden en vervolgens zelf verantwoordelijk is voor het verhalen van het teveel betaalde op eventuele andere betrokkenen.[129]

Het Belgische recht kent strikt genomen, anders dan het Nederlandse, niet een relativiteitsregel die vereist dat de overtreden norm ook strekt tot bescherming van de persoon tegen de schade zoals die is ingetreden (relativiteit in de zin van persoon/schade/daad). Relativiteit is simpelweg geen vereiste in de artikelen 1382 en 1383 (B)BW.[130]

De hoofdregel wat betreft de bewijslastverdeling in civiele procedures voor de Belgische rechter is dat iedere partij het bewijs moet leveren van wat zij aanvoert.[131] Het zou dus aan de eisers in een civiele aansprakelijkheidsprocedure inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen zijn om de onrechtmatige gedraging van de gedaagde onderneming aan te tonen, alsook het bestaan (en de omvang) van de door hen geleden schade en het causaal verband tussen fout en schade. Kunnen zij die niet aantonen, dan mislukt de vordering. In algemene zin geldt dat de Belgische rechter in een beperkt aantal gevallen over kan gaan tot een omkering van de bewijslast; deze wordt in België echter minder gemakkelijk aanvaard dan in Nederland. Daarnaast bevat een beperkt aantal bijzondere wetten een vermoeden van causaal verband. Belangrijker zijn echter de zgn. feitelijke vermoedens, dat wil zeggen gevolgtrekkingen over onbekende feiten die worden afgeleid uit bekende feiten. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het aantonen van causaal verband in een situatie waarin direct bewijs van een bepaalde schadeveroorzakende gebeurtenis niet mogelijk is. Kan in een dergelijk geval aangetoond worden dat alle andere redelijkerwijs mogelijke oorzaken van de schade uitgesloten zijn, dan zal veelal worden aangenomen dat de schade inderdaad veroorzaakt is door de betreffende gebeurtenis.[132]

---

[126] Brocken & Boone 2011, p. 101.

[127] Zie nader over het element schade in het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht: Brocken & Boone 2011, p. 53-70.

[128] Zie nader over het element causaal verband in het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht: Brocken & Boone 2011, p. 71-91.

[129] Demeyere 2015, p. 393-394.

[130] Vansweevelt & Weyts 2009, p. 123-125.

[131] Art. 870 Gerechtelijk Wetboek. Vgl. ook art. 1315 (B)BW.

[132] Brocken & Boone 2011, p. 57-59.

Uiteindelijk is de rechter vrij in zijn beoordeling van de aangevoerde bewijsmiddelen. Hoewel in beginsel gerechtelijke zekerheid vereist is om aansprakelijkheid te kunnen aannemen, wat betekent dat de eisende partij een hoge graad van waarschijnlijkheid ten aanzien van de juistheid van de door haar gestelde feiten en omstandigheden moet kunnen aantonen, staat het de rechter vrij om zich soepel op te stellen bij zijn waardering van de bewijsmiddelen. Neemt hij bepaalde feiten als bewezen aan, dan is het aan de wederpartij om het tegendeel te bewijzen. Op deze manier kan een soepele waardering van de bewijsmiddelen tot een resultaat leiden dat niet veel verschilt van een omkering van de bewijslast. Of de rechter zich streng of juist soepel opstelt bij zijn beoordeling van de aangevoerde bewijsmiddelen zal afhankelijk zijn van de concrete omstandigheden van het geval.[133]

IMVO-gerelateerde zorgplichten van Belgische internationaal opererende ondernemingen

Hoewel rechtspraak op dit onderwerp vooralsnog ontbreekt, is er in de Belgische literatuur recent wel wat aandacht geweest voor de vraag in hoeverre op de moedermaatschappij van een multinationaal concern een zorgplicht kan rusten jegens derden die schade hebben geleden als gevolg van de activiteiten van haar (klein)dochtermaatschappijen in gastlanden.[134]

De algemene zorgvuldigheidsnorm in het Belgische aansprakelijkheidsrecht kan in het kader van de vestiging van aansprakelijkheid van moedermaatschappijen voor schade aangericht als gevolg van de activiteiten van hun dochtermaatschappijen, op verschillende manieren invulling krijgen. Demeyere stelt voorop dat het in veel gevallen niet makkelijk zal zijn om aan te tonen dat de moeder zich schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige gedraging, aangezien de schade in civiele aansprakelijkheidsprocedures inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen doorgaans voortvloeit uit activiteiten die verricht zijn door een (lokale) dochter. Daarbij geldt wel dat eventuele verklaringen door de moedermaatschappij ten aanzien van maatschappelijk verantwoord ondernemerschap eerder zullen leiden tot het aannemen van een zelfstandige zorgplicht voor de moedermaatschappij ten aanzien van derden in het gastland. Aansluiting kan in dit verband eventueel gezocht worden bij de bestaande Belgische jurisprudentie over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van moedermaatschappijen jegens crediteuren van een dochtermaatschappij ten aanzien waarvan zij ten onrechte de schijn hebben gewekt dat zij kredietwaardig was.[135]

In algemene zin stelt Demeyere dat een nalaten van de moedermaatschappij om in te grijpen bij activiteiten van dochtermaatschappijen die nadelig zijn voor mens en milieu in gastlanden, onrechtmatig kan zijn. Als de moeder op de hoogte was van de risicovolle activiteiten maar de andere kant opkeek in plaats van haar zeggenschap aan te wenden om de schadeveroorzakende activiteiten te beïnvloeden of te beëindigen, dan kan zij daarvoor in rechte aansprakelijk gehouden worden. Volgens Demeyere zou gesteld kunnen worden dat zelfs als de moeder geen wetenschap had van de schadeveroorzakende activiteiten van haar dochter, zij toch aansprakelijk kan zijn wegens nalatigheid omdat zij haar dochter niet voldoende in de gaten gehouden heeft. In beide gevallen gaat het om een aansprakelijkheid van de moedermaatschappij als *de facto* bestuurder van de dochter (*dirigeant de fait*); als de moeder zich bemoeit met het bestuur van de dochter, kan zij ook aansprakelijk gehouden worden voor fouten die zij in dat kader begaat. Daarbij geldt naar Belgisch recht echter wel dat bestuurders, zowel formeel als *de facto*, een zekere beleidsvrijheid toekomt (zie ook par. 3.2.3), hetgeen betekent dat het gedrag van de moeder in dit kader in beginsel slechts marginaal getoetst zal worden.[136]

---

[133] *Id.*, p. 59.
[134] Zie in het bijzonder: Demeyere 2015.
[135] Zie voor een nadere bespreking van deze vorm van aansprakelijkheid: Vandekerckhove 2007, p. 324-326.
[136] Demeyere 2015, p. 392-393.

Andere relevante gronden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid

Het Belgische recht kent nog een aantal andere gronden voor buitencontractuele aansprakelijkheid die in bijzondere gevallen een rol zouden kunnen spelen in de IMVO-context. Enerzijds bestaan er een aantal bepalingen die aansprakelijkheid vestigen voor schade aangericht als gevolg van bepaalde bijzondere, gevaarlijke activiteiten, zoals mijnexploitatie en grondwaterwinning.[137] Anderzijds bestaan er een aantal bepalingen waarin aansprakelijkheid niet meer afhankelijk gesteld wordt van het bewijs dat de schade veroorzaakt is door een (al dan niet onrechtmatige) gedraging van de aansprakelijk gestelde partij. Relevant in de IMVO-context kunnen bijvoorbeeld zijn, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, de aansprakelijkheid van de bewaarder van een gebrekkige zaak en de aansprakelijkheid van de eigenaar van een gebouw dat instort ten gevolge van een gebrek aan onderhoud of een constructiefout.[138] Daarnaast is er ook de risicoaansprakelijkheid van art. 1384 lid 3 (B)BW, waarin bepaald wordt dat de meesters en zij die anderen aanstellen, aansprakelijk zijn "[…] *voor de schade door hun dienstboden en aangestelden veroorzaakt in de bediening waartoe zij hen gebezigd hebben*".

Voor het vestigen van aansprakelijkheid van de werkgever op deze grondslag moet voldaan zijn aan drie vereisten. In de eerste plaats moet er sprake zijn van een relatie van ondergeschiktheid tussen de werknemer en de werkgever, in die zin dat de werkgever het recht heeft om bevelen en instructies te geven aan de werknemer. Dit vereiste wordt ruim uitgelegd, aangezien het reeds vervuld is als de gedaagde onderneming de schijn heeft gewekt dat zij het recht heeft om dergelijke bevelen en instructies te geven. Het tweede vereiste houdt in dat de werknemer onrechtmatig moet hebben gehandeld in de zin van de artt. 1382 en 1383 (B)BW. En ten derde is vereist dat de werknemer de schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft veroorzaakt. Ook dit vereiste wordt (zeer) ruim uitgelegd, namelijk in die zin dat het voldoende is dat de schade niet of niet op dezelfde manier zou zijn opgetreden als de werknemer niet in dienst van de werkgever was getreden. Is aan deze drie cumulatieve vereisten voldaan, dan creëert dit een niet-weerlegbaar vermoeden van aansprakelijkheid van de werkgever.[139]

Demeyere betoogt dat de aansprakelijkheid van een moedermaatschappij voor de schadeveroorzakende activiteiten van haar dochtermaatschappijen onder omstandigheden ook gegrond zou kunnen worden op art. 1384 lid 3 (B)BW.[140] De gedachte achter deze bepaling, namelijk het garanderen van solvabiliteit voor benadeelden die schade leiden als gevolg van activiteiten die worden verricht voor een opdrachtgever door hen een vordering te geven op die opdrachtgever, kan volgens Demeyere ook een rol spelen in het kader van de aansprakelijkheid van een moedermaatschappij voor schade aangericht als gevolg van de activiteiten van de groep. Hoewel de dochteronderneming volgens Demeyere niet kan worden aangemerkt als ondergeschikte van de moedermaatschappij in de zin van art. 1384 lid 3 (B)BW, kan die laatste toch op deze grond aansprakelijk gesteld worden als de onrechtmatige gedraging begaan is door een directeur van de dochter die tegelijkertijd ook een werknemer is van de moeder. Volgens Demeyere kan er zelfs grond zijn voor aansprakelijkheid op deze grondslag als de directeur strikt genomen geen werknemer is van de moedermaatschappij maar wel door haar benoemd is.[141]

Tot slot noemt Demeyere als andere mogelijke grond voor het vestigen van aansprakelijkheid van een moedermaatschappij voor schade veroorzaakt door de activiteiten van haar dochtermaatschappij naar

[137] Zie nader: Brocken & Boone 2011, p. 175-177.
[138] Vgl. artt. 1384 lid 1 (B)BW en 1386 (B)BW, respectievelijk. Zie nader: Brocken & Boone 2011, p. 196-203 en 175-177, respectievelijk.
[139] Demeyere 2015, p. 395-396. Zie, in meer detail: Brocken & Boone 2011, p. 179-189.
[140] Demeyere 2015, p. 394-396.
[141] Demeyere 2015, p. 394-395. Zie ook: De Moor & Korkmazer 2008, III.6-37 en III. 6-44.

Belgisch recht nog de eerder al besproken (ondernemingsrechtelijke) figuur van doorbraak van aansprakelijkheid (zie par. 3.2.3). Zij concludeert echter ook dat de mogelijkheden om de moedermaatschappij van een concern op deze basis aansprakelijk te houden voor de schulden (of gedragingen) van een dochtermaatschappij naar Belgisch recht zien op zodanig specifieke en uitzonderlijke situaties dat deze rechtsfiguur weinig relevant is in de (I)MVO-context.

Remedies

In de artt. 1146-1155 (B)BW is een aantal bepalingen opgenomen over schadevergoeding. Die bepalingen zien echter alleen op de verplichting tot schadevergoeding vanwege wanprestatie.[142] Voor de schadevergoeding vanwege onrechtmatig handelen is niet meer geregeld dan het bepaalde in artikel 1382 BW. Zoals Lindenbergh stelt is die regeling dus uiterst summier.[143] Het Belgische schadevergoedingsrecht heeft zich, anders dan het Nederlandse, vooral in de rechtspraak ontwikkeld.[144] Of, in de woorden van Van Schoubroeck:

> "*Kenmerkend is dat* [de regeling van buitencontractuele aansprakelijkheid] *geen definitie geeft van het begrip schade, geen opsomming van de kring van gerechtigden, noch enige limitering of normering van bedragen of vergoedingen kent. Het komt de feitenrechter toe om op soevereine wijze op grond van de concrete gegevens van de zaak te oordelen wie een vorderingsrecht geniet, of de schade zeker en vaststaand is, wat de omvang van de schade is en het gepaste herstel in natura of vergoeding bij equivalent in de vorm van een geldsom*".[145]

Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat in het Belgische schadevergoedingsrecht als uitgangspunt geldt dat het slachtoffer in natura wordt gecompenseerd, dat wil zeggen dat de geleden schade wordt hersteld. Als dat niet mogelijk is, en dat is vaak het geval, dan kan worden volstaan met vergoeding van de schade. Uitgangspunt daarbij is dat de volledige schade moet worden vergoed; niet meer maar ook niet minder. Het Belgische recht kent geen mogelijkheid om de schadevergoeding te matigen zoals die bestaat in het Nederlandse recht; wel kent het een aantal wettelijke regelingen die in bijzondere gevallen voorzien in een financiële beperking van de aansprakelijkheid en daarnaast de figuur van gedeelde aansprakelijkheid als de benadeelde zelf ook een aandeel heeft gehad in het ontstaan van de schade.

Zowel materiële (*patrimoniale*) als immateriële (*extra-patrimoniale* of morele) schade komen voor vergoeding in aanmerking naar Belgisch recht. Verder kan vergoeding gevraagd worden niet alleen van schade van de benadeelde zelf, maar ook van zogenoemde reflectieschade. Reflectieschade is de schade van de benadeelde die reflecteert op een persoon met wie de benadeelde een feitelijke band heeft. Het kan gaan om een affectieve, professionele of familieband.[146] Net als in Nederland kent men ook in België niet de in de *common law* landen wel bekende figuur van de *punitive damages*.[147]

Tot slot is het naar Belgisch recht ook mogelijk om een rechterlijk verbod of bevel te vorderen; vereiste is wel dat redelijkerwijze vaststaat dat de gedaagde ook in de toekomst een fout zal begaan die schade zal toebrengen aan de benadeelde. Er moet sprake zijn van een voldoende ernstige dreiging van schadeverwekkend gedrag van de gedaagde. Het moet daarbij ook gaan om onrechtmatig gedrag; het

---

142 Lindenbergh 2014, p. 28.
143 *Ibid.*
144 *Ibid.*
145 Van Schoubroeck 2012.
146 *Ibid.*
147 Zie in meer detail: Brocken & Boone 2011, p. 217-229.

is dus niet mogelijk om een rechterlijk verbod of bevel te vorderen ten aanzien van gedragingen die geen fout uitmaken maar wel kunnen leiden tot aansprakelijkheid als zij schade tot gevolg hebben, zoals de eerdergenoemde bijzondere gevaarlijke activiteiten.[148]

Procedurele en praktische omstandigheden

Is een Belgische rechter bevoegd om kennis te nemen van een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een internationaal opererende onderneming voor vermeende schendingen van IMVO-gerelateerde zorgplichten, dan is Belgisch recht als de *lex fori* toepasselijk op procedurele kwesties zoals de mogelijkheden tot bewijsverkrijging en de rechtspleging.[149] Drie belangrijke mogelijke procedurele en praktische drempels voor potentiële eisers in civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen zijn de kosten die gemoeid zijn met procederen, de mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties en de mogelijkheden tot het verkrijgen van bewijs.[150] Daarbij moet voorop gesteld worden dat in procedures voor de Belgische rechter, net als in Nederland, een ondergrens gesteld wordt door art. 6 EVRM, waarin het recht op een eerlijk proces is vastgelegd.

De kosten voor civiele procedures voor de Belgische rechter vallen uiteen in gerechtskosten, die onder meer griffierechten en registratierechten omvatten, en buitengerechtelijke kosten, die vooral de advocatenkosten omvatten.[151] Griffierechten zijn vastgesteld in de wet en zijn zeer bescheiden in vergelijking met andere Europese landen, inclusief Nederland.[152] Het bedrag is afhankelijk van het bedrag van de vordering en van de instantie waar de vordering is aangebracht.[153] De wet is minder terughoudend wat betreft advocatenkosten. Advocatenkosten mogen in België in beginsel niet vastgesteld worden op basis van resultaatsgerelateerde beloningsafspraken (*contingency fees*). Daarbuiten krijgen advocaten echter tot op zekere hoogte vrijheid in de vaststelling van hun tarieven. De bovengrens van wat door de advocaat in rekening mag worden gebracht, wordt gevormd door 'een billijke gematigdheid'.[154]

De kosten van de procedure komen in beginsel voor rekening van de verliezende partij, voor zover partijen geen afwijkende regeling zijn overeengekomen.[155] Is er sprake van een gedeeltelijke overwinning en een gedeeltelijk verlies dan kunnen de kosten, zowel facultatief als ambtshalve, ofwel worden verrekend ofwel in proportionaliteit worden toegewezen.[156] De kosten die verhaald mogen worden op de andere partij omvatten alleen de kosten die noodzakelijk waren voor het instellen van, of het voeren van verweer tegen, de vordering. Niet-noodzakelijke kosten komen ten laste van de in het gelijk gestelde partij indien deze kosten door haar schuld zijn veroorzaakt.[157] In beginsel zijn griffierechten verhaalbaar, alsook de advocatenkosten tot het bedrag dat op basis van de wet verschuldigd is. Deze forfaitaire tegemoetkoming, ook wel rechtsplegingsvergoeding genoemd, voorziet in bepaalde basis-, minimum- en maximumbedragen in verhouding tot de aard van de zaak en het belang van het geschil.[158]

---

148 Brocken & Boone 2011, p. 228-229.
149 Art. 1 lid 3 Rome II-Vo.
150 Enneking 2013(2); Enneking 2012(1), p. 187-202, 256-265.
151 Artt. 1018 en 1022 Gerechtelijk Wetboek. Zie uitgebreid over de kosten van civiele procedures voor de Belgische rechter: Castermans 2009, p. 567-593.
152 Zie in rechtsvergelijkend perspectief: Sobrie 2014, met een overzicht op p. 1276.
153 Zie, over de hoogte van de bedragen per 1 juni 2015: Nieuw juridisch Weekblad 2015/324, p. 432-433.
154 Art. 459 GW.
155 Art. 1017 Ger. Wb. Op dit beginsel worden echter een aantal wettelijke uitzonderingen gemaakt. Zie onder andere art. 801, 827, 866, 885 en 1017 lid 2 Ger. Wb.
156 Vgl. Hof van Cassatie 20 juni 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, p. 1047.
157 Vgl. Hof van Cassatie 14 mei 2001, *Arr. Cass.* 2001, 885.
158 Art. 1022 Gerechtelijk Wetboek.

Partijen kunnen verzoeken dat de rechtsplegingsvergoeding, binnen de gestelde grenzen, wordt aangepast. Bij de beoordeling van een dergelijk verzoek houdt de rechter rekening met de financiële draagkracht van de verliezende partij, de complexiteit van de zaak, de contractueel bepaalde vergoedingen en het mogelijk kennelijk onredelijke karakter van de situatie.[159] Een rechtsplegingsvergoeding kan slechts worden toegewezen indien de procespartij zich heeft laten bijstaan door een advocaat, waarbij buitengerechtelijke kosten buiten beschouwing worden gelaten. De kosten van de eigen advocaat moeten dus, ook bij winst van de procedure, grotendeels zelf gedragen worden.[160] In het geval van meerdere eisers die worden bijgestaan door één advocaat, zoals vaak het geval zal zijn in de IVMO-context, wordt de rechtsplegingsvergoeding tussen hen verdeeld.[161]

Zijn de eisers door hun persoonlijke of economische omstandigheden niet in staat om de kosten van de procedure op te brengen, zoals vaak het geval zal zijn in civiele aansprakelijkheidsprocedures inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen, dan bestaat er de mogelijkheid tot een beroep op gesubsidieerde rechtsbijstand.[162] Er zijn drie voorwaarden waaraan voldaan dient te worden. Allereerst dient de aanvrager in beginsel de Belgische nationaliteit te hebben. Op dit vereiste worden echter verschillende uitzonderingen gemaakt, zoals voor onderdanen van lidstaten van de Raad van Europa.[163] Ten tweede dient de aanvrager voldoende behoeftig te zijn. Er zijn geïndexeerde drempelbedragen vastgesteld op basis van het inkomen van de aanvrager. Ten derde dient de aanvraag een inhoudelijke toetsing de doorstaan. Gesubsidieerde rechtsbijstand wordt slechts verleend indien de aanspraak van de aanvrager rechtmatig lijkt.[164] Dit is echter slechts een marginale toetsing waartegen hoger beroep kan worden aangetekend door de aanvrager.[165] Kan de eisende partij aanspraak maken op gesubsidieerde rechtsbijstand, dan kunnen op die manier de kosten van de eisende partij geheel of gedeeltelijk gedekt worden.[166] De gesubsidieerde rechtsbijstand ziet echter slechts op de eigen kosten van de aanvrager en dekt niet tevens de kosten van de wederpartij in geval van verlies.[167]

Om een vordering in te kunnen dienen moet een eiser beschikken over de vereiste hoedanigheid en over een reeds verkregen en dadelijk belang.[168] Dit vereiste is gestoeld op het basisidee van een individuele relatie tussen eiser en verweerder en is ingesteld om te voorkomen dat er civiele rechtsvorderingen worden ingesteld in het algemeen belang, hetgeen in België als onwenselijk gezien wordt.[169] Op dit uitgangspunt bestaan enkele wettelijke uitzonderingen. Relevant in de IMVO-context is met name de Wet betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu.[170] Deze maakt het mogelijk voor milieuverenigingen om een vordering in te stellen tegen (rechts)personen die handelingen verrichten die een kennelijke inbreuk vormen op wettelijke bepalingen ter bescherming van het leefmilieu of een ernstige dreiging vormen van een dergelijke inbreuk. Indien de rechter de vordering gegrond acht, kan hij een bevel tot staking uitspreken van handelingen waarvan de uitvoering reeds is

[159] Art 1022 lid 3 Gerechtelijk Wetboek.
[160] Faure e.a. 2006, p. 46.
[161] Dit zou echter wel aanleiding kunnen geven tot aanpassing van de vergoeding door de rechter in verband met het kennelijk onredelijk karakter van de situatie. Zie Castermans 2009, p. 591.
[162] Zie in algemene zin bijvoorbeeld: Sobrie 2014, p. 1265-1267.
[163] Art. 667-668 Gerechtelijk Wetboek.
[164] Art. 667 Gerechtelijk Wetboek.
[165] Art. 689-690 Gerechtelijk Wetboek.
[166] Art. 664 e.v. Gerechtelijk Wetboek.
[167] Sobrie 2014, p. 1266.
[168] Artt. 17-18 Gerechtelijk Wetboek.
[169] Zie uitgebreid bijvoorbeeld: Verlinden 1987.
[170] Wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu, *B.S.* 19 februari 1993, p. 3769.

begonnen of maatregelen opleggen ter preventie van de uitvoering ervan of ter voorkoming van schade aan het leefmilieu.[171]

De rechter heeft in het kader van een procedure op grond van Wet betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu niet de bevoegdheid om herstelmaatregelen uit te spreken of een schadevergoeding toe te kennen. Hij zal bovendien pas overgaan tot een inhoudelijke behandeling van de procedure als er tussen de partijen een verzoeningspoging heeft plaatsgevonden.[172] Daarnaast moet de milieuvereniging aan een aantal voorwaarden voldoen om ontvankelijk te zijn in haar vordering. Zo zal zij alvorens een vordering te kunnen indienen op deze grondslag minstens drie jaar rechtspersoonlijkheid dienen te bezitten. Zij moet een rechtspersoon zonder winstoogmerk zijn die als doel heeft de bescherming van het leefmilieu. In de statuten van de vereniging moet het geografische gebied omschreven staan tot waar haar bedrijvigheid zich uitstrekt. De vereniging zal moeten bewijzen dat zij een werkelijke bedrijvigheid verricht die overeenstemt met haar statutair doel en die betrekking heeft op het collectief milieubelang dat zij middels de vordering beoogt te beschermen.[173] Tot slot kan de wederpartij van de milieuvereniging zo nodig een tegenvordering instellen wegens 'tergend en roekeloos geding'.[174]

Wat betreft collectieve schadevergoedingsacties geldt dat het Belgische recht niet een algemeen mechanisme kent dat het mogelijk maakt om voor een groep van benadeelden die allen schade hebben geleden als gevolg van dezelfde onrechtmatige gedraging, om gezamenlijk een vordering tot schadevergoeding in te stellen. In beginsel zal elke eiser dus een individuele schadeclaim moeten instellen, hetgeen een grote administratieve last met zich kan brengen in gevallen waarin er sprake is van grote groepen benadeelden, niet alleen voor die benadeelden zelf maar ook voor de gedaagde partij en voor de rechterlijke macht. In de praktijk wordt dit soms opgelost met behulp van de figuur van de procesvertegenwoordiging, waarbij een groep benadeelden via een procesvolmacht een mandaat geeft aan een organisatie om hun belangen in rechte te vertegenwoordigen op grond waarvan de organisatie voor hun rekening een vordering kan instellen.

In maart 2014 is er een nieuwe wet ingevoerd die het mogelijk maakt voor bepaalde groepen van benadeelden om wel een collectieve vordering in te stellen tot herstel van geleden schade.[175] Het doel van dit collectieve actie-mechanisme is om de positie van consumenten te versterken en zij staat dan ook in principe slechts open voor vorderingen met betrekking tot consumentengeschillen. De reikwijdte van dat begrip is echter ruim, in die zin dat daar ook geschillen onder vallen met betrekking tot beweerdelijke schendingen van wettelijke bepalingen inzake onder meer mededinging, marktpraktijken en productaansprakelijkheid.[176] De beperkte focus van de wet betekent dat zij in de IMVO-context niet een grondslag kan vormen voor collectieve schadevergoedingsacties op grond van beweerdelijke schendingen van de algemene zorgvuldigheidsnorm. Anderzijds kan zij eventueel wel als grondslag dienen voor vorderingen aangebracht door consumenten(verenigingen) naar aanleiding van bijvoorbeeld misleidende handelspraktijken in gevallen dat door Belgische ondernemingen producten op de markt gebracht worden waarvan ten onrechte beweerd wordt dat zij op een maatschappelijk verantwoorde manier totstandgekomen zijn (vergelijk par. 2.4.3).[177]

---

[171] Art. 1 Wet betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu.

[172] *Ibid.*

[173] Art. 2 Wet betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu.

[174] Art. 3 Wet betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu.

[175] Wet van 28 maart 2014 tot invoeging van titel 2 "Rechtsvordering tot collectief herstel" in boek XVII "Bijzondere rechts procedures" van het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XVII in boek I van het Wetboek van economisch recht, *B.S.* 29 april 2014, p. 35201.

[176] Zie art. XVII.37 Wetboek van economisch recht.

[177] Zie voor een nadere bespreking van de nieuwe regeling bijvoorbeeld: Taeymans 2015; Voet 2015.

De bewijslast in civiele procedures voor de Belgische rechter ligt in beginsel bij de eisende partij.[178] Als uitgangspunt met betrekking tot de bewijsgaring geldt dat er geen algemene procedurele verplichting bestaat voor de wederpartij tot het geven van inzage in bewijsstukken die hij tot zijn beschikking heeft. Partijen zijn echter verplicht loyaal mee te werken aan de bewijsgaring, zowel de eiser als de gedaagde, en bewijs te leveren van de feiten die zij aanvoeren. Tevens bestaan er een aantal specifieke juridische gronden op basis waarvan de rechter inzage in bewijsstukken kan vorderen[179]. Deze omvatten onder meer de mogelijkheid om een verzoek in te dienen tot inzage in een bepaald document dat in handen is van de wederpartij. De rechter kan inzage bevelen in ieder stuk dat als relevant wordt beschouwd door de wederpartij dan wel de rechter zelf.[180] De Belgische rechter heeft dus een actieve rol in de bewijsvergaring. Weigering van een dergelijk bevel is slechts op zeer specifieke gronden mogelijk.[181]

3.2.5 Toegang tot de strafrechter

Het openbaar ministerie initieert in de regel een strafvervolging, al dan niet na een aangifte door het slachtoffer. Dat volgt mede uit de bepaling in het Belgisch Wetboek van Strafvordering dat de procureur des Konings een algemene opsporingsplicht en een algemeen opsporingsrecht heeft. De procureur des Konings is niet verplicht alle te zijner kennis gekomen vermeend strafbare feiten te vervolgen. Hij kan een vervolgingsbeleid voeren.[182]

Wordt een strafbaar feit niet vervolgd door de procureur des Konings, dan heeft een slachtoffer (i.e. degene die stelt door een misdaad of wanbedrijf te zijn benadeeld, hetgeen wil zeggen dat hij reële en persoonlijke schade heeft geleden die is veroorzaakt door het strafbare feit[183]) twee mogelijkheden om strafvervolging te initiëren. Allereerst kan het slachtoffer bij de daartoe bevoegde onderzoeksrechter een klacht indienen en hij moet zich dan burgerlijke partij stellen. Dat laatste betekent dat hij zich met zijn vordering tot schadevergoeding moet voegen in het strafproces. Hij wordt dan een procespartij.[184] Bij gegrondverklaring van de klacht, dient de procureur des Konings te vervolgen.[185] Deze mogelijkheid bestaat ook nadat de procureur des Konings een vervolging heeft gestart. Het slachtoffer kan zich namelijk in elke stand van het strafproces, tot de sluiting van het onderzoek, burgerlijke partij stellen.[186]

Ten tweede kan het slachtoffer zelf een strafvervolging initiëren, dus buiten de procureur des Konings om, door zelf rechtstreeks een dagvaarding uit te vaardigen aan de verdachte. In correctionele zaken, i.e. strafbare feiten die wanbedrijven zijn of gecorrectionaliseerde misdaden (grofweg gezegd: in beginsel de lichtere misdrijven, met een gevangenisstraf tot maximaal vijf jaar) en waarbij de gedachte is dat verdachte voor correctie vatbaar is[187], bestaan dezelfde mogelijkheden: het slachtoffer kan zich rechtstreeks wenden tot de correctionele rechtbank en zich aldaar burgerlijke partij stellen dan wel en aldaar zelf een strafzaak aanhangig maken door rechtstreekse dagvaarding van de verdachte.[188] Alleen bij het Hof van Assisen dat kennis neemt van de misdaden, i.e. de zware misdrijven zoals moord,

---

178 Art. 870 GW. Zie in meer detail over de taakverdeling in het burgerlijk proces: Allemeersch 2007.
179 Castermans 2009, p. 485-488.
180 Art. 871, 877-882 GW.
181 D. Waelbroeck, K. Cherretté & A. Gerth, 'Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules - Belgium', <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/belgium_en.pdf>, p. 7
182 Art. 28ter Wetboek van Strafvordering.
183 Brienen & Hoegen 2000, p. 136; Kwakman 2013, p. 215.
184 Kwakman 2013, p. 215.
185 Art. 63 Wetboek van Strafvordering. Zie ook: Brienen & Hoegen 2000, p. 137.
186 Art. 67 Wetboek van Strafvordering. Zie ook: Kwakman 2013, p. 217.
187 Zie art. 1, 7 en 25 Strafwetboek.
188 Art. 64 en art. 182 Wetboek van Strafvordering.

doodslag, zware zedendelicten en politieke misdrijven, kan geen rechtstreekse dagvaarding plaatsvinden.[189]

Vanwege het vereiste dat alleen degene die persoonlijke schade heeft geleden door het strafbare feit zich burgerlijke partij kan stellen en ontvankelijk kan zijn in zijn vordering tot schadevergoeding, kan een belangenvereniging zich niet ten behoeve van een of meer slachtoffers voegen in het strafproces.[190] Sinds 1981 wordt daarop een uitzondering gemaakt voor de vereniging die als statutair doel heeft het verdedigen van mensenrechten of het voorkomen van discriminatie. Deze vereniging kan zich wel voegen als benadeelde partij, indien zij daartoe wettelijk is gemachtigd. Datzelfde geldt voor een vereniging die ten doel heeft het tegengaan van mensenhandel, kinderporno, huiselijk geweld of slachtoffers van geweld in familiekring.[191]

Een slachtoffer dat zich als burgerlijke partij heeft gevoegd in een strafprocedure kan niet worden veroordeeld in de kosten van de procedure bij een vrijspraak van verdachte. Hier ligt derhalve geen financiële belemmering om deze strafrechtelijke mogelijkheid te benutten om schadevergoeding te verkrijgen. Voorts kan het slachtoffer in aanmerking komen voor verschillende vormen van gesubsidieerde rechtsbijstand.[192] Zou een slachtoffer daartoe een civiele procedure starten, dan dient hij de kosten daarvan wel voor zijn rekening te nemen. Die kosten kunnen hoog zijn, terwijl vooraf onduidelijk is hoe hoog, omdat het desbetreffende civiele gerecht de kosten daarvan bepaalt. Wanneer een slachtoffer zelf een strafzaak tegen een verdachte aanhangig maakt door rechtstreekse dagvaarding, dan dient hij een borgsom ter hoogte van de procedurekosten te storten bij de griffie van het gerecht. Die borgsom strekt tot dekking van de procedurekosten tot betaling waarvan het slachtoffer wordt veroordeeld als de verdachte wordt vrijgesproken of buiten vervolging wordt gesteld.[193] Eenzelfde regeling geldt als het slachtoffer bij de onderzoeksrechter klaagt over niet vervolging en zich dan burgerlijke partij stelt (zie art. 128 Wetboek van Strafvordering). Bij dit kostenrisico komt dat de ervaring leert dat slechts zo'n 25% van de strafzaken die via rechtstreekse dagvaarding door het slachtoffer aanhangig zijn gemaakt, tot een veroordeling leidt.[194]

Door het slachtoffer bovenstaande mogelijkheden te verschaffen, biedt dat een vorm van correctie op vervolgingsbeslissingen van de procureur des Konings. Aldus kan het slachtoffer trachten een strafrechtelijke veroordeling te bewerkstelligen en daarmee een rechterlijk oordeel over de laakbaarheid van de gedraging(en) van verdachte. Dat is evenwel niet het primaire doel van de wettelijke mogelijkheden, want dat is het verkrijgen van herstel van de schade veroorzaakt door het strafbare feit door het betalen van schadevergoeding door de veroordeelde of door teruggave.[195] Bovendien kan het slachtoffer, als de procureur des Konings op deze manier wordt gedwongen strafrechtelijk te gaan vervolgen, profiteren van het feit dat het openbaar ministerie, al dan niet via het gebruik van dwangmiddelen, bewijsmateriaal tegen de verdachte zal moeten vergaren. Ook komen het slachtoffer als burgerlijke partij allerlei bevoegdheden toe in het vooronderzoek en bij het strafproces, zoals de bevoegdheid tot het verzoeken om onderzoekshandelingen door de onderzoeksrechter (zie art. 61quinquies Wetboek van Strafvordering) of de bevoegdheid om getuigen op te roepen (zie art. 153 Wetboek van Strafvordering). Voorts kan het initiëren van strafvervolging door het slachtoffer bijdragen aan de overtuiging van de strafrechter dat verdachte ook de dader is.[196]

---

[189] Kwakman 2013, p. 217. Er zijn nog een paar andere, hier niet relevante, uitzonderingen op de mogelijkheid van rechtstreekse dagvaarding.
[190] Kwakman 2013, p. 215.
[191] Brienen & Hoegen 2000, p. 134; Kwakman 2013, p. 215.
[192] Kwakman 2013, p. 216.
[193] Brienen & Hoegen 2000, p. 136; Kwakman 2013, p. 217.
[194] Kwakman 2013, p. 220.
[195] *Id.*, p. 216.
[196] *Id.*, p. 216.

Naast de gang naar de strafrechter kan het slachtoffer met zijn vordering tot schadevergoeding naar de civiele rechter. Zolang het strafproces nog niet heeft geleid tot een oordeel over de vordering van de benadeelde partij, wordt de civiele procedure opgeschort totdat de strafrechter een beslissing over de strafzaak en de vordering benadeelde partij daarin heeft genomen. De civiele rechter is gebonden aan de beslissing van de strafrechter, ten aanzien van hetgeen 'zeker, noodzakelijk en hoofdzakelijk uit de beslissing van de strafrechter volgt'.[197]

Kortom, het slachtoffer van een strafbaar feit dat daardoor schade heeft geleden kan in België het strafrecht gebruiken om via een eenvoudiger en goedkopere weg schadevergoeding te verkrijgen van de dader. Indien het openbaar ministerie niet vervolgt, kan het slachtoffer daarover klagen en aldus trachten alsnog vervolging uit te lokken. Voorts kan het slachtoffer zelf rechtstreeks de verdachte dagvaarden voor de strafrechter (met uitzondering van het Hof van Assisen), maar dan loopt hij wel het risico dat hij bij een vrijspraak de kosten van de procedure moet betalen.

3.2.6 Conclusie

In België wordt momenteel gewerkt aan een Nationaal Actieplan Bedrijven en Mensenrechten, alsook aan een herziening van een uit 2006 stammend Federaal Actieplan MVO. De afgelopen jaren is er verschillende malen politieke en publieke aandacht geweest voor IMVO-gerelateerde incidenten waar in sommige gevallen ook Belgische bedrijven bij betrokken waren. Er is tot op heden maar één procedure voor de Belgische rechter gebracht die betrekking had op beweerdelijke IMVO-normschendingen door een Belgische internationaal opererende onderneming in een gastland. Het betreft een strafrechtelijke klacht die in 2002 werd ingediend door vier vluchtelingen uit Myanmar tegen het Franse oliebedrijf TotalFinalElf (tegenwoordig Total) wegens de vermeende betrokkenheid van het bedrijf bij mensenrechtenschendingen gepleegd bij de aanleg en exploitatie van een gaspijpleiding in Myanmar. De procedure werd aangebracht op grond van de Belgische Genocidewet, die omstreden was wegens zijn extraterritoriale werking en om die reden in 2003 werd afgeschaft. Zij kwam in 2008 tot een einde met de bevestiging van het Belgische Hof van Cassatie van de beslissing van de Brusselse openbaar aanklager om af te zien van verdere vervolging van Total.

Het Belgische ondernemingsrecht schept geen specifieke verplichtingen voor bestuurders of zaakvoerders van Belgische vennootschappen om rekening te houden met de (I)MVO-gerelateerde belangen van derden. De regel dat vennootschappen die geen kleine vennootschappen zijn moeten rapporteren over niet-financiële prestatie-indicatoren, is een uitzondering. Het is gezien de stand van de rechtspraak en literatuur onduidelijk in hoeverre uit de verplichting dat bestuurders en zaakvoerders dienen te handelen in het vennootschappelijk belang, afgeleid kan worden dat zij niet in de wet of reglementen verdisconteerde (I)MVO-gerelateerde belangen bij hun beleid zouden moeten betrekken. Voor bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen volgt dat ook niet uit de Belgische Corporate Governance Code. Wel moeten zij zorg dragen voor een adequaat functionerend risicobeheersings- en interne controlesysteem. Ook in het kader van concernverhoudingen bestaan geen verplichtingen voor (bestuurders van) moedervennootschappen die specifiek betrekking hebben op (I)MVO.

Als het al mogelijk is om (I)MVO-gerelateerde verplichtingen af te leiden uit bepaalde open normen uit het ondernemingsrecht, dan zullen typische (I)MVO-stakeholders vermoedelijk moeite hebben om deze verplichtingen in rechte af te dwingen via het ondernemingsrecht. Reden is dat de ondernemingsrechtelijke handhavingsmechanismen in beginsel alleen toekomen aan de vennootschap zelf. Het Belgische ondernemingsrecht kent een aantal specifieke bepalingen op grond waarvan de

[197] Aldus Van den Wyngaert, geciteerd door Kwakman 2013, p. 219.

moedermaatschappij in concernverband aansprakelijk gesteld kan worden voor schulden van de dochter; deze bepalingen zijn echter weinig relevant voor de (I)MVO-context. Belgische rechters staan daarnaast in uitzonderlijke gevallen doorbraak van aansprakelijkheid toe wanneer er sprake is van structureel en ernstig misbruik van de gescheiden rechtspersoonlijkheid tussen moeder en dochter. De drempel voor het aannemen van dergelijk misbruik is echter hoog. Het ligt voor (I)MVO-stakeholders dan ook meer voor de hand om een vordering tegen een (bestuurder of zaakvoerder van) een Belgische internationaal opererende onderneming inzake beweerdelijk (I)MVO-normschendingen in te stellen op grond van onrechtmatige daad.

De Belgische rechter is bevoegd om te oordelen over een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een internationaal opererende onderneming als deze zijn statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging in België heeft. Onder omstandigheden kan de Belgische rechter ook bevoegd zijn ten aanzien van vorderingen tegen ondernemingen uit niet-Europese gastlanden. Dat is bijvoorbeeld mogelijk als een dergelijke vordering nauw samenhangt met de vordering tegen een in België gevestigde onderneming, of als het voor de eisende partij onmogelijk is om de vordering in een ander land aan te brengen of dit van haar redelijkerwijs niet vereist kan worden. Dit laatste kan ook het geval zijn als de kosten van de procedure in het buitenland disproportioneel zijn ten aanzien van de financiële belangen die in geding zijn en dit tot gevolg heeft dat de eisende partij in de praktijk geen effectieve toegang tot de buitenlandse rechter heeft. Vereiste voor bevoegdheid op deze grondslag is wel dat de procedure een nauwe band heeft met de Belgische rechtsorde. Het Belgische recht kent geen bevoegdheid voor de rechter om zich onbevoegd te verklaren omdat de te berechten procedure naar zijn oordeel beter elders gevoerd kan worden.

Op grond van het conflictenrechtelijk regime van de Rome II-Verordening zal de Belgische rechter een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een Belgische internationaal opererende onderneming inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen in veel gevallen beoordelen op basis van het recht van het gastland. In enkele specifieke gevallen (vergelijk par. 2.4.2) kan echter Belgisch aansprakelijkheidsrecht voor toepassing in aanmerking komen. Dat kent een algemene bepaling op grond waarvan schendingen van algemene zorgvuldigheidsnormen door (rechts)personen kunnen leiden tot aansprakelijkheid, mits naast een toerekenbare onrechtmatige gedraging ook sprake is van schade en een causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging en de schade. De bewijslast in dat kader ligt in beginsel bij de eisende partij, maar de Belgische rechter heeft verschillende manieren om de eiser onder omstandigheden tegemoet te komen in dit opzicht, met name op grond van feitelijke vermoedens.

Tot op heden hebben zich nog geen procedures voorgedaan waarin het is gekomen tot een inhoudelijk oordeel omtrent het bestaan en de inhoud naar Belgisch civiel aansprakelijkheidsrecht van zorgplichten van Belgische internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van mens- en milieugerelateerde belangen van derden in gastlanden. In de Belgische literatuur is wel enige aandacht geschonken aan de vraag in hoeverre op een moedermaatschappij van een multinationaal concern een zorgplicht kan rusten jegens derden die schade hebben geleden als gevolg van de activiteiten van haar (klein)dochtermaatschappijen in gastlanden. Daarvoor lijken verschillende mogelijke grondslagen te bestaan, waarvan de eerdervermelde algemene zorgvuldigheidsnorm de belangrijkste is. Daarnaast kent het Belgische recht nog een aantal andere gronden voor buitencontractuele aansprakelijkheid die in bijzondere gevallen een rol zouden kunnen spelen in de IMVO-context, waaronder een risicoaansprakelijkheid van werkgevers voor fouten begaan door werknemers in het kader van hun taakuitoefening.

Wat betreft de procedurele en praktische omstandigheden geldt dat de kosten een drempel kunnen zijn voor drempel voor slachtoffers van IMVO-gerelateerde normschendingen door Belgische internationaal opererende ondernemingen om aansprakelijkheidsprocedures aan te brengen voor de Belgische rechter.

Hoewel de griffierechten in België in vergelijking met verschillende andere Europese landen, waaronder Nederland, bescheiden zijn, zijn resultaatsgerelateerde beloningsafspraken met advocaten in België niet toegestaan en is gesubsidieerde rechtsbijstand in beginsel niet beschikbaar voor eisers woonachtig buiten de EU. Daarnaast is het in beginsel niet mogelijk om een rechtsvordering in te stellen in het algemeen belang, hoewel op dit uitgangspunt uitzonderingen bestaan zoals het vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu. België kent geen algemeen mechanisme voor collectieve schadevergoedingsacties, hoewel daar in de praktijk tot op zekere hoogte omheen gewerkt kan worden met behulp van de figuur van procesvertegenwoordiging. Er bestaat sinds 2014 wel een mogelijkheid voor een collectieve schadevergoedingsactie in het Belgische recht, maar deze is beperkt tot consumentengeschillen. Wat betreft de mogelijkheden tot bewijsgaring geldt dat er geen algemene procedurele verplichting bestaat tot het geven van inzage, maar dat de rechter in dit opzicht een actieve rol kan spelen door inzage te bevelen in ieder stuk dat als relevant wordt beschouwd.

De benadeelde kan zich in België, net als in Nederland, als benadeelde partij voegen in het strafproces om in vergelijking met het civiele recht op een goedkope en relatief eenvoudige manier schadevergoeding te verkrijgen. De benadeelde kan ook klagen over de beslissing van het openbaar ministerie om niet te vervolgen en moet zich dan als benadeelde partij voegen; zij heeft als zodanig dan allerlei rechten en bevoegdheden in het vooronderzoek en in het strafproces. Daarnaast kan de benadeelde in België in veel gevallen zelf, en buiten het openbaar ministerie om, een strafvervolging initiëren door verdachte rechtstreeks te dagvaarden voor de strafrechter (met uitzondering van het Hof van Assisen).

3.3 DUITSLAND

3.3.1 Inleiding[198]

Duitsland heeft een lange traditie op het gebied van (internationaal) maatschappelijk verantwoord ondernemen. De traditionele opvatting in Duitsland ten aanzien van (I)MVO gaat uit van vrijwilligheid.[199] Verschillende Duitse ondernemingen zijn actief bezig met het ontplooien van vrijwillige initiatieven op dit gebied; de dertig grootste beursgenoteerde ondernemingen, de DAX30, nemen daarbij het voortouw.[200]

Er bestaat in Duitsland een divers landschap aan vrijwillige initiatieven en netwerken op het gebied van (I)MVO en duurzaamheid. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het Duitse MVO-forum (*Deutsches CSR-forum*), een consultatief orgaan waarbinnen de belangrijkste Duitse MVO-stakeholders (bedrijven, koepelorganisaties van het bedrijfsleven, vakbonden en ngo's) zitting hebben dat de Duitse overheid van advies voorziet over MVO-gerelateerde kwesties.[201] Een ander voorbeeld is de Duitse Duurzaamheidscode (*Deutscher Nachhaltighkeits Kodex*), die een raamwerk biedt voor rapportage door ondernemingen, onafhankelijk van grootte of juridische structuur, over hun niet-financiële prestaties.[202] Het Econsense forum is een groep van leidende, internationaal opererende Duitse ondernemingen en organisaties die gespecialiseerd zijn in duurzaam ondernemen en MVO, die gezamenlijk een platform voor dialoog en een denktank beogen te bieden op dit gebied.[203] Verder is bijvoorbeeld in de textielbranche een belangrijke rol weggelegd voor het Duitse Textielpartnerschap (*Bündnis für nachhaltige Textilien*), een multistakeholder-initiatief waarbinnen producenten en handelaren uit de textiel- en kledingindustrie samen met vakbonden en ngo's proberen sociale, ecologische en economische verbeteringen tot stand te brengen in de productieketen.[204] De Duitse chemiebranche kent een duurzaamheidsinitiatief waarbinnen onder meer richtlijnen zijn opgesteld voor duurzaam ondernemen door chemiebedrijven.[205]

In het maatschappelijk en politiek debat rond (I)MVO in Duitsland ligt de nadruk momenteel sterk op (internationale) productieketens (*Lieferketten*). Zo heeft de Duitse overheid bijvoorbeeld het voortouw genomen bij het opnemen van een paragraaf over verantwoordelijke productieketens in de Verklaring van de G7-leiders naar aanleiding van hun bijeenkomst in Duitsland in juni 2015. Daarin spreken de G7-regeringsleiders het streven uit om te zorgen voor een betere toepassing van internationaal erkende standaarden, principes en toezeggingen ten aanzien van arbeids-, sociale en milieukwesties in wereldwijde productieketens. Daarnaast spreken zij hun steun uit voor de UN Guiding Principles en verwelkomen zij de totstandkoming van Nationaal Actieplannen. In dit kader dringen zij onder meer aan op implementatie door de private sector van *due diligence* op mensenrechtengebied en doen zij de toezegging actie te zullen ondernemen om betere werkomstandigheden te bevorderen door transparantie te vergroten, het identificeren en voorkomen van risico's aan te moedigen en

---

198 De informatie in deze subparagraaf is mede ontleend aan de interviews die in het kader van dit onderzoek afgenomen zijn bij verschillende Duitse experts (in het bijzonder de antwoorden op de vragen gesteld in het kader van thema 2: IMVO in Duitsland).

199 G. Spindler, in W. Goette en M. Habersack, Münchener Kommentar zum AktG: Band 2, 4. Auflage 2014, München: C.H. Beck 2014, s. 76, rn. 77: *„Die soziale Verantwortung (corporate social responsibility = CSR), die einer AG bei der Vervolgung ihrer erwerbswirtschaftlichen Ziele auferlegt ist, is kein Rechtspflicht, die mit den Machtsmitteln des Staates erzwungen werden kann. Ein solcher Zwang passt nicht in eine freiheitliche Wirtschaftsordnung, sondern is das Kennzeichen zwangswirtschaftlicher Wirtschafstssysteme.*"

200 Door Hiss wordt het DAX30-verband gekarakteriseerd als 'die neue CSR Infrastruktur'. Zie Hiss 2009, p. 295.

201 Zie voor meer informatie: <http://www.csrforum.eu/>.

202 Zie voor meer informatie: <http://www.deutscher-nachhaltigkeitskodex.de/en/home.html>.

203 Zie voor meer informatie: <http://www.econsense.de>.

204 Zie voor meer informatie: <https://www.textilbuendnis.com/index.php/de/>.

205 Zie voor meer informatie: <https://www.chemiehoch3.de/de/home.html/>.

klachtenmechanismen te versterken. Om transparantie en verantwoording in productieketens te vergroten, moedigen zij de ondernemingen die actief zijn of gevestigd zijn in hun landen om *due diligence* procedures te implementeren ten aanzien van hun productieketens.[206]

In oktober 2010 heeft de Duitse federale overheid een Nationaal Actieplan opgesteld om maatschappelijk verantwoord ondernemen te bevorderen en het bewustzijn hieromtrent te vergroten. Op grond van het *Aktionsplan CSR* worden ondernemingen ondersteund bij de implementatie van MVO in hun dagelijkse bedrijfsvoering.[207] In dat kader zijn in het plan vijf doelstellingen geformuleerd: (1) MVO dient beter te worden verankerd in de bedrijfsvoering van Duitse ondernemingen; (2) de bijdrage van midden- en kleinbedrijf aan MVO moet worden vergroot; (3) de geloofwaardigheid en zichtbaarheid van MVO dient te worden verhoogd; (4) de politieke randvoorwaarden voor MVO moeten worden geoptimaliseerd; en (5) er moet een bijdrage worden geleverd aan een sociale en ecologische ontwikkeling van de globaliserende samenleving.[208] In het kader van die laatste doelstelling streeft de Duitse regering naar een versterking van MVO in de internationale en ontwikkelingspolitieke context. In dit kader beoogt zij een internationale consolidatie van het bestaande MVO-regelgevingskader, dat zowel juridisch bindende regels omvat als op gemeenschappelijke, erkende standaarden en normen berust, en daarbovenop een versterking van verdergaande internationale MVO-instrumenten en een ondersteuning van internationale MVO-initiatieven. Daarnaast beoogt zij meer gewicht toe te kennen aan MVO in de internationale context en in het kader van de ontwikkelingssamenwerking.[209]

Sinds eind 2014 is de Duitse federale overheid bezig met de ontwikkeling van een Nationaal Actieplan ter implementatie van de UN Guiding Principles. In het kader van dit proces heeft het in het voorjaar van 2015 een *National Baseline Assessment* laten verrichten, waarin per Guiding Principle is bekeken welke thema's aan de orde komen, wat de status quo van die thema's is in Duitsland, mede op basis van relevante bestaande beleidsinstrumenten, regelgeving en rechtspraak, en welke vragen er rijzen in het kader van die thema's.[210] Tussen de zomer van 2015 en begin 2016 worden tien workshops georganiseerd met beleidsmakers, politici, het bedrijfsleven, vakbonden, ngo's en academici rond geselecteerde aandachtsgebieden. Voor het in dit onderzoek centraal staande onderwerp relevante aandachtsgebieden zijn onder meer: mensenrechtenschendingen in toeleverings- en waardeketens; toegang tot het recht en de gerechten in Duitsland; en de vraag naar een vrijwillige of bindende zorgvuldigheidsplicht.[211] Naar verwachting zal in het voorjaar van 2016 een op basis van de verkregen informatie vormgegeven eerste draft van het Duitse Nationaal Actieplan Bedrijven en Mensenrechten gepresenteerd worden.[212]

---

[206] 'Leader's Declaration G7 Summit 7-8 june 2015', p. 4-6, te raadplegen op: <https://www.bundesregierung.de/Content/EN/Artikel/2015/06_en/g7-gipfel-dokumente_en.html>.

[207] Nationale Strategie zur gesellschaftlichen Verantwortung von Unternehmen (Corporate Social Responsibility – CSR) – Aktionsplan CSR – der Bundesregierung, 6 oktober 2010, <http://www.csr-in-deutschland.de/fileadmin/user_upload/Downloads/BMAS/CSR_Konferenz/Aktionsplan_CSR.pdf>.

[208] Aktionsplan CSR, p. 12.

[209] *Id.*, p. 23-26.

[210] Deutsches Institut für Menschenrechte, 'National baseline assessment – Umsetzung der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte', 30 april 2015, <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Weitere_Publikationen/National_Baseline_Assessment_Umsetzung_der_UN-Leitprinzipien_fuer_Wirtschaft_und_Menschenrechte.pdf> (hierna: National Baseline Assessment).

[211] Zie Auswärtiges Amt, 'Dokumentation Eröffnungskonferenz zum Nationalen Aktionsplan für Wirtschaft und Menschenrechte', 6 november 2014, <http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Aussenpolitik/Aussenwirtschaft/Wirtschaft-und-Menschenrechte/141106-Startschuss_NAPWiMr_node.html>.

[212] Zie Auswärtiges Amt, 'Suggested process for a National Action Plan to implement the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in Germany, 6 maart 2015, <http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/706642/publicationFile/205783/150506_NAP-Prozess-Umsetzung.pdf>.

Los van deze beleidsinitiatieven is er in de maatschappelijke en politieke discussie in Duitsland de laatste jaren enige aandacht geweest voor incidenten die zien op de internationale dimensie van MVO. Zo heeft het Rana Plaza-incident in Bangladesh in 2013 net als in andere Westerse landen ook in Duitsland veel stof doen opwaaien en geleid tot vragen over betrokkenheid van Duitse bedrijven.[213] Daarnaast is er wat aandacht geweest voor klachten die bij het Duitse Nationaal Contactpunt van de OESO-richtlijnen zijn ingediend tegen Duitse internationaal opererende ondernemingen.[214] Eén van deze kwesties betrof de betrokkenheid van een aantal Duitse kledingzaken, waaronder KiK Textilien und Non-Food, C&A Mode en Karl Rieker, in verband met een fabrieksbrand in Pakistan waarbij net als bij het Rana Plaza-incident een groot aantal lokale arbeiders om het leven was gekomen (mede) als gevolg van slechte veiligheidsomstandigheden in het gebouw waar de kleding vervaardigd werd.[215] Deze kwestie heeft een juridisch staartje gekregen in de vorm van een civielrechtelijke procedure tegen Kik die momenteel voorligt aan de Duitse rechter (zie nader par. 3.3.2). Door de Duitse media is de afgelopen jaren ook aandacht besteed aan soortgelijke aansprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen in de VS en in Nederland.[216]

In het Duitse wetgevingsbeleid heeft het concept IMVO tot op heden slechts een beperkte rol gespeeld, in die zin dat er vooralsnog geen specifieke regelgeving met betrekking tot dit onderwerp tot stand is gekomen. De nadruk heeft tot op heden voornamelijk gelegen op beleidsinstrumenten met een *soft law*-karakter waaraan Duitse bedrijven op basis van vrijwilligheid deel kunnen nemen; daarvan zijn er de laatste jaren, zoals hierboven (deels) beschreven, verschillende van tot stand gekomen. Dat wil echter niet zeggen dat er op basis van reeds bestaande, meer algemene regels van bijvoorbeeld Duits vennootschapsrecht of Duits civiel aansprakelijkheidsrecht geen verplichtingen kunnen voortvloeien voor Duitse internationaal opererende ondernemingen om rekening te houden met de eventuele nadelige effecten voor mens en milieu elders die het gevolg kunnen zijn van hun activiteiten of de activiteiten van hun buitenlandse dochtermaatschappijen of zakenpartners.[217]

In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de wijze waarop IMVO-gerelateerde verplichtingen voor Duitse internationaal opererende ondernemingen tot uitdrukking komen in het Duitse ondernemingsrecht en het Duitse civiele aansprakelijkheidsrecht. Allereerst wordt aandacht besteed aan relevante procedures die tot dusverre zijn aangebracht voor Duitse rechters (par. 3.3.2). Dan wordt bekeken in hoeverre er (I)MVO-gerelateerde verplichtingen voortvloeien uit het Duitse ondernemingsrecht en de corporate governance code voor bestuurders en commissarissen van Duitse (internationaal opererende) ondernemingen (par. 3.3.3). Vervolgens wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het Duitse civiele aansprakelijkheidsrecht zorgplichten tot inachtneming van de IMVO-gerelateerde belangen van derden kent voor Duitse internationaal opererende ondernemingen (par. 3.3.4). Daarna wordt kort beschreven welke mogelijkheden het Duitse strafprocesrecht kent om een civiele of ondernemingsrechtelijke procedure te kunnen ondersteunen of aan te vullen ingeval

---

[213] Zie bijvoorbeeld: N. Klawitter, 'Bangladesch: Kik-shirts in Katastrophenfabrik gefunden', *Der Spiegel* online, 2 mei 2013, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/kik-shirts-in-truemmern-von-textilfabriken-gefunden-a-897680.html>.

[214] Zie voor een overzicht van afgehandelde kwesties: <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/Internationale-Gremien/oecd-leitsaetze,did=429912.html>.

[215] Zie bijvoorbeeld: N. Klawitter, 'Feuer in Textilfabrik: Grüner beschwert sich bei OECD über Kik und C&A', *Der Spiegel* online, 12 mei 2013, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/bangladesch-gruenen-beschwert-sich-bei-oecd-ueber-kik-und-c-a-a-899329.html>.

[216] Zie bijvoorbeeld: E. Stackl, 'Das Recht der Schwächeren', *Südwind Magazin*, mei 2015, <http://www.suedwind-magazin.at/das-recht-des-schwaecheren>; B. Dürr, 'Urteil zu Ölpest in Nigeria: Shell hätte Pipeline besser schützen müssen', *Der Spiegel* online, 30 januari 2013, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/shell-nigeria-vor-gericht-oel-konzern-teilweise-verurteilt-a-880569.html>; 'Nigerian farmers sue Shell in the Hague', *Deutsche Welle* online, 11 oktober 2012, <http://www.dw.com/en/nigerian-farmers-sue-shell-in-the-hague/a-16297525>.

[217] Vgl. de National baseline assessment, <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Weitere_Publikationen/National_Baseline_Assessment_Umsetzung_der_UN-Leitprinzipien_fuer_Wirtschaft_und_Menschenrechte.pdf> .

gedragingen van Duitse ondernemingen tevens vallen binnen de reikwijdte van strafbepalingen die zien op schendingen van IMVO-gerelateerde normen (par. 3.3.5). De paragraaf wordt afgesloten met een conclusie (par. 3.3.6).

3.3.2 IMVO-gerelateerde juridische procedures

Procedure tegen Lidl inzake misleidende uitlatingen over werkomstandigheden in de productieketen[218]

In april 2010 werd door Verbraucherzentrale Hamburg (een consumentenorganisatie) een procedure geëntameerd voor het Landesgericht Heilbronn tegen discount-detailhandelaar Lidl wegens oneerlijke handelspraktijken in de vorm van beweerdelijk misleidende uitlatingen over werkomstandigheden in de productieketen. De klacht had betrekking op een reclamecampagne waarin het bedrijf verklaarde dat het eerlijke werkomstandigheden in de productieketen nastreefde en haar non-food producten alleen afnam van geselecteerde leveranciers. Daarnaast gaf het bedrijf aan kinderarbeid en andere arbeids- en mensenrechtenschendingen in haar productieketen tegen te gaan.

De consumentenorganisatie was daarentegen van mening dat de arbeidsomstandigheden in de productieketen van Lidl in strijd waren met ILO-normen, met de gedragscode van het Business Social Compliance Initiative (BSCI) – waarbij ook Lidl aangesloten is – en met de eigen toezeggingen van Lidl hieromtrent. Daarnaast waren zij volgens de consumentenorganisatie ook in strijd met ILO-verdragsnormen met betrekking tot het recht van vakbondsvrijheid en collectieve actie en het verbod op discriminatie op basis van geslacht. Zij baseerde haar mening op onderzoeken van twee Duitse ngo's, het European Center for Constitutional and Human Rights and de Clean Clothes Campaign.[219] Volgens het Agentschap bleek uit het onderzoek dat er door de werknemers van haar toeleveranciers in Bangladesh excessief veel uren overgewerkt werd zonder dat zij daarvoor gecompenseerd worden, dat zij geen recht hadden op een vrije dag na zes opeenvolgende werkdagen en dat zij onderworpen waren aan intimidatie en aan loonkortingen als bestraffing. Op grond hiervan eiste zij dat Lidl zou stoppen met het misleiden van consumenten met uitlatingen over eerlijke arbeidsomstandigheden in de productieketen.

Op 14 april 2010 ging Lidl akkoord met een buitengerechtelijke schikking van de kwestie, welke inhield dat zij haar publieke uitlatingen en advertenties over het feit dat haar producten tot stand zouden zijn gekomen op basis van eerlijke arbeidsomstandigheden in zou trekken. Daarmee was het Lidl ook niet langer toegestaan om in reclame-uitingen te refereren aan haar lidmaatschap van de BSCI. Deze onthoudingsverklaring van Lidl aan de Consumer Protection Agency werd vastgelegd in een rechterlijk besluit.[220]

Procedure tegen werknemers Lahmeyer inzake de bouw van de Merowedam in Sudan[221]

In mei 2010 werd door het European Center for Constitutional and Human Rights een strafrechtelijke klacht ingediend bij de Openbaar Aanklager in Frankfurt am Main tegen twee werknemers van het

---

[218] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/lidl-lawsuit-re-working-conditions-in-bangladesh>.

[219] G. Burckhardt, 'Die schönfärberei der Discounter – Klage gegen Lidl's irreführende Werbung' (april 2010), <http://www.vzhh.de/recht/30333/Lidl_Studie.pdf>.

[220] Zie ook, bijvoorbeeld: 'Unlautere Werbung: Lidl muss Werbung für "fair produzierte" Kleidung zurückziehen - Kleidung nicht unter fairen Arbeitsbedingungen hergestellt', Landgericht Heilbronn website, 21 april 2010, <http://www.kostenlose-urteile.de/LG-Heilbronn_21-O-4210_Unlautere-Werbung-Lidl-muss-Werbung-fuer-fair-produzierte-Kleidung-zurueckziehen-Kleidung-nicht-unter-fairen-Arbeitsbedingungen-hergestellt.news9535.htm>.

[221] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het European Center for Constitutional and Human Rights: <http://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/lahmeyer-case.html>.

Duitse bouwkundig bedrijf Lahmeyer International GmbH in verband met de bouw van de Merowedam in Sudan.[222] Zij hielden de werknemers medeverantwoordelijk voor de schadelijke gevolgen van de bouw van deze dam, die geleid heeft tot de overstroming van 30 dorpen en de verdrijving van 4700 families die daardoor niet meer in hun levensonderhoud kunnen voorzien. Lahmeyer International was onder meer verantwoordelijk voor de planning van en het toezicht op de bouw van de dam alsook voor de ingebruikname van de dam en de daarbij behorende waterkrachtcentrale. Volgens de eisers begon het bedrijf met de bouw ondanks het feit dat nog niet voldaan was aan het Wereldbank-vereiste dat de herlocatieplannen met de omwonenden uitonderhandeld moesten zijn. De eisers stelden dat bij infrastructurele projecten in landen met een autoritair regime zoals Sudan onder Al Bashir op bedrijven als Lahmeyer International een extra zware verantwoordelijkheid rust om zich rekenschap te geven van de mogelijk nadelige gevolgen van dergelijke projecten op mens en milieu in die landen.

De Openbaar Aanklager in Frankfurt am Main heeft onderzoek ingesteld naar de zaak en in dat kader verschillende getuigen gehoord. Wat momenteel de precieze stand van zaken is in deze procedure is onduidelijk; in een bericht op de ECCHR-website wordt vermeld dat de procedure in het voorjaar van 2015 zou zijn 'vastgelopen'.[223]

Procedure tegen manager Danzergroep inzake politiegeweld in de DRC[224]

In april 2013 werd door twee Duitse ngo's, het European Center for Constitutional and Human Rights en Global Watch, een strafrechtelijke klacht ingediend bij de Openbaar Aanklager in Tübingen tegen een senior manager van de Zwitsers-Duitse houtfabrikant Danzer Group.[225] Hij werd beschuldigd van medeplichtigheid bij mensenrechtenschendingen gepleegd door het leger en de politie in de Democratische Republiek Congo (DRC) bij een aanval op een dorpje in mei 2011. Bij deze aanval zouden zo'n 60 Congolese politieagenten en militairen zich schuldig gemaakt hebben aan mensenrechtenschendingen tegen de dorpelingen waaronder verkrachting, het toebrengen van ernstig lichamelijk letsel, wederrechtelijke vrijheidsberoving en brandstichting.

De aanval vond plaats naar aanleiding van een conflict tussen de dorpelingen en de (toenmalige) Congolese dochtermaatschappij van Danzer Group, Siforco, over het uitblijven van toegezegde investeringen door het bedrijf in lokale publieke werken en infrastructuurprojecten. Volgens de klagers zouden de troepen bij de aanval gebruik gemaakt hebben van Siforco voertuigen en chauffeurs en zouden zij na afloop van de aanval betaling ontvangen hebben van de lokale manager van Siforco. Zij beschuldigden de senior manager van de Danzer Group ervan dat hij medeplichtig zou zijn aan de gepleegde mensenrechtenschendingen omdat hij nagelaten zou hebben om werknemers van de lokale dochtermaatschappij specifieke instructies te geven over hoe zij in geval van conflict moeten omgaan met lokale veiligheidstroepen. Deze laatsten zijn berucht om de ernstige mensenrechtenschendingen die zij plegen te begaan bij conflicten tussen houtfabrikanten en lokale gemeenschappen. Danzer Group en Siforco benadrukten dat zij geen controle of verantwoordelijkheid hadden over het gepleegde geweld

[222] De ingediende klacht is te vinden op de ECCHR-website: <http://www.ecchr.eu/de/unsere-themen/wirtschaft-und-menschenrechte/lahmeyer.html>.

[223] Zie het case report over de Lahmeyer case van november 2015 op de ECCHR-website: <http://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/lahmeyer-case.html>.

[224] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/danzer-group-siforco-lawsuits-re-dem-rep-congo>. Zie ook de website van het European Center for Constitutional and Human Rights: <http://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/danzer.html>. Zie verder: Zie ook: G. Skinner et al.,'The third pillar – Access to judicial remedies for human rights violations by transnational business', december 2013, <http://icar.ngo/wp-content/uploads/2013/02/The-Third-Pillar-Access-to-Judicial-Remedies-for-Human-Rights-Violation-by-Transnational-Business.pdf>, p. 88-91.

[225] Dat de klacht zich beperkt tot de senior manager is ingegeven door de omstandigheid dat in het Duitse commune strafrecht rechtspersonen niet strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld.

en dat zij het gebruik van hun voertuigen hadden geweigerd indien zij op de hoogte waren geweest van het doel en de consequenties daarvan.

In maart 2015 liet de Officier van Justitie in Tübingen weten dat het strafrechtelijk onderzoek naar de Danzer Group-manager niet zou worden voortgezet. Reden was dat er geen bewijs gevonden kon worden dat de Danzer-manager zich schuldig gemaakt zou hebben aan strafbare feiten in dit verband.[226] De klagers zoeken momenteel naar mogelijkheden om beroep aan te tekenen tegen deze beslissing; zij beweren dat bij het onderzoek belangrijke bewijsstukken ten onrechte buiten beschouwing zijn gelaten.[227]

In de DRC werd in 2012 door Advocaten Zonder Grenzen een strafrechtelijke klacht ingediend tegen de betrokken politiemannen en militairen en tegen twee werknemers van Siforco (nu deel van de Blattner Group) voor hun beweerdelijke betrokkenheid bij de mensenrechtenschendingen. In juni 2015 is het proces tegen een aantal van hen van start gegaan.[228]

Procedure tegen Kik inzake een fabrieksbrand in Pakistan[229]

In maart 2015 werd een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure geëntameerd voor het Landgericht Dortmund tegen Kik, een Duitse textieldiscounter, naar aanleiding van een fabrieksbrand in Pakistan in september 2012 waarbij 260 doden en 32 gewonden vielen. Het hoge aantal dodelijke slachtoffers was een direct gevolg van het feit dat de fabriek, eigendom van het Pakistaanse bedrijf Ali Enterprises, geen nooduitgangen had en tralies voor de ramen.

In de procedure tegen Kik, die is aangebracht door drie Pakistaanse nabestaanden van dodelijke slachtoffers en één van de gewonden, staat centraal de vraag naar de verantwoordelijkheid van het Duitse bedrijf, dat de hoofdafnemer was van het textiel dat werd geproduceerd in de fabriek, voor de arbeidsomstandigheden bij een buitenlandse leverancier. De eisers houden Kik medeverantwoordelijk voor de gebrekkige brandveiligheidsmaatregelen in de fabriek en vorderen elk 30.000 euro schadevergoeding in verband met het door hen als gevolg van de brand geleden nadeel. Het bedrijf heeft in de nasleep van de brand uit eigener beweging geld gestort in een noodfonds, maar weigert de gewonden en nabestaanden te compenseren voor de door hen geleden inkomensderving door het wegvallen van broodwinnaars en/of letselschade.[230]

Of en in hoeverre Kik ook daadwerkelijk civielrechtelijk aansprakelijk is voor de door de eisers geleden schade, zal naar alle waarschijnlijkheid beoordeeld worden aan de hand van het Pakistaanse civiel aansprakelijkheidsrecht. De gedaagde onderneming stelt dat naar Pakistaans recht voor Kik geen verplichting tot van de door de slachtoffers geleden schade zou bestaan. Daarnaast heeft zij tegen de claims ingebracht dat zij de veiligheidsnormen in de fabriek regelmatig heeft laten controleren door drie

---

[226] Zie bijvoorbeeld: 'Schuld eines Reutlingers nicht nachweisbar', *Landesschau Aktuell* online (16 maart 2015), <http://www.swr.de/landesschau-aktuell/bw/tuebingen/danzer-holzkonzern-ermittlungen-eingestellt-gegen-reutlinger/-/id=1602/did=15230386/nid=1602/1tio2q4/index.html>.

[227] Zie 'Strafanzeige gegen leitenden Mitarbeider der Danzer Group wegen Menschenrechtsverletzungen in der Demokratischen Republik Kongo', ECCHR-website: <http://www.ecchr.eu/de/unsere-themen/wirtschaft-und-menschenrechte/danzer.html>.

[228] Zie bijvoorbeeld de website van Advocaten Zonder Grenzen: <http://www.asf.be/nl/blog/2015/06/08/yalisika-trial-logging-and-human-right-in-drc/>. Zie ook: S. Stanton, J.P. Kot, 'Justice in fragile states: seeking corporate legal accountability in the domestic courts of Democratic Republic of Congo', <http://business-humanrights.org/en/justice-in-fragile-states-seeking-corporate-legal-accountability-in-the-domestic-courts-of-democratic-republic-of-congo>.

[229] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het European Center for Constitutional and Human Rights: <http://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/working-conditions-in-south-asia/pakistan-kik.html> en <file:///C:/Users/Ennek101/AppData/Local/Google/Chrome/Downloads/KiK_Pakistan_QA_eng.pdf>.

[230] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het European Center for Constitutional and Human Rights, <http://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/working-conditions-in-south-asia/pakistan-kik.html>.

verschillende audit-ondernemingen. Ali Enterprises was ten tijde van de brand één van wel 500 bedrijven waarmee Kik zakendeed.[231]

Naast deze civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure voor de Duitse rechter loopt er ook een strafrechtelijk onderzoek in Pakistan naar de rol van de eigenaar van Ali Enterprises textielfabriek. Verder is door 15 nabestaanden van de slachtoffers in Italië een procedure aangebracht tegen RINA, een Italiaans certificeringsbedrijf dat een paar weken voor de brand een SA 8000 certificaat verstrekte aan de fabriek waarin werd gesproken van de aanwezigheid van strenge brandveiligheidsmaatregelen.[232] SA 8000 is een internationale certificeringsnorm die organisaties stimuleert om sociaal aanvaardbare praktijken op de werkplek te ontwikkelen, te onderhouden en in praktijk te brengen.[233]

Procedure tegen RWE inzake de gevolgen van klimaatverandering in Peru[234]

In maart 2015 wordt bekendgemaakt dat er een civiele aansprakelijkheidsprocedure in voorbereiding is in verband met de gevolgen van klimaatverandering die aangebracht zal worden door een Peruaanse boer, gesteund door de Duitse ngo Germanwatch, tegen het Duitse energieconcern RWE. De eiser stelt dat RWE, als één van de bedrijven in Europa met historisch gezien de grootste CO^2-uitstoot, medeverantwoordelijk is voor het doen ontstaan van het broeikaseffect, en daarmee ook voor het als gevolg daarvan smelten van de gletsjers. Hierdoor ontstaan in het Andesgebergte gigantische gletsjermeren die een groot, nieuw risico op ernstige overstromingen met zich brengen.

De eiser vordert van RWE dat het meebetaalt aan de kosten van de noodmaatregelen die genomen moeten worden om te voorkomen dat bij verder smelten van de gletsjers het Peruaanse stadje Huaraz, waar de eiser woont, weggespoeld zal worden door smeltwater uit het Palcacocha gletsjermeer. Deze noodmaatregelen omvatten onder meer het tijdelijk droogleggen van het meer zodat nieuwe dammen gebouwd en bestaande dammen verstevigd kunnen worden. Omdat RWE volgens een rapport uit 2013 tussen 1951 en 2010 een bijdrage van 0,47% heeft geleverd aan de totale CO^2-emissies wereldwijd, vordert de eiser een bijdrage van het bedrijf van 0,47% van de totaalkosten van de te nemen voorzorgsmaatregelen. Dit komt neer op een bedrag van rond de 20.000 euro.

In mei 2015 heeft RWE in reactie op het verzoekschrift van de Peruaanse boer laten weten niet verantwoordelijk te zijn voor het risico van overstroming van het Palcacocha gletsjermeer. De boer beraadt zich nu samen met zijn advocaat op juridische vervolgstappen.[235] In november 2015 wordt bekend dat er inderdaad een juridische procedure aanhangig is gemaakt door de Peruaanse boer tegen RWE voor het Landesgericht Essen.[236]

---

[231] M. Gassmann, 'Die Angst der Billigketten vor dem KiK-Urteil', *Die Welt* online (7 september 2015), <http://www.welt.de/wirtschaft/article146089924/Die-Angst-der-Billigketten-vor-dem-Kik-Urteil.html>.

[232] 'Baldia factory fire: retailer comes under fierce criticism', *The Express Tribune* online (14 maart 2015), <http://tribune.com.pk/story/852832/baldia-factory-fire-retailer-comes-under-fierce-criticism/>.

[233] Zie voor meer informatie de website van Social Accountability International: <http://www.sa-intl.org/>.

[234] Zie, bijvoorbeeld: 'Schmelzende Gletscher: Peruaner fordert von RWE Geld für Schutzmaßnahmen ein', Germanwatch website, 16 maart 2015, <http://germanwatch.org/de/10001>. Zie ook: D. Collyns, 'Peruvian farmer demands climate change compensation from German company', The Guardian online 16 maart 2015, <http://www.theguardian.com/environment/2015/mar/16/peruvian-farmer-demands-climate-compensation-from-german-company>.

[235] Zie: 'Aktuelle Entwicklung im Fall Huarez: Reaktion von RWE', Germanwatch website, <http://germanwatch.org/de/10251>.

[236] Zie bijvoorbeeld: 'Ein peruanischer Bauer legt sich mit RWE an', *Deutsche Welle* online (24 november 2015), <http://www.dw.com/de/ein-peruanischer-bauer-legt-sich-mit-rwe-an/a-18874195>.

3.3.3 Verplichtingen van bestuurders en commissarissen van Duitse vennootschappen in het kader van (I)MVO en de rol van corporate governance

Voor de beantwoording van de vraag of het Duitse recht bestuurders en commissarissen van ondernemingen verplicht om IMVO-gerelateerde belangen bij de uitoefening van hun taak te betrekken, is het noodzakelijk om eerst kort stil te staan bij enkele kernbegrippen uit het Duitse ondernemingsrecht. In het Duitse ondernemingsrecht staan twee vennootschappen met rechtspersoonlijkheid centraal: de *Aktiengesellschaft* (AG) en de *Gesellschaft mit Beschränkter Haftung* (GmbH). Het wettelijk kader ten aanzien van de AG is neergelegd in het *Aktiengesetz* (AktG). De bepalingen omtrent de GmbH zijn te vinden in het *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (GmbHG). In 2014 waren in totaal 656.957 Duitse AG's en GmbH's actief.[237]

De AG heeft drie organen: de *Vorstand* (het bestuur), de *Aufsichtsrat* (de raad van commissarissen) en de *Hauptversammlung* (de algemene vergadering van aandeelhouders). Het bestuur oefent zijn taak op eigen verantwoordelijkheid uit, zonder aanwijzingen van de algemene vergadering van aandeelhouders.[238] Het bestuur is belast met de bedrijfsvoering, de vertegenwoordiging jegens derden en het naleven van wettelijke bepalingen.[239] Daarnaast is het bestuur onder meer verantwoordelijk voor het opzetten van risicobeheersings- en controlesystemen[240] en het opstellen van de jaarrekening en het jaarverslag. De *Aufsichtsrat* houdt toezicht op het bestuur en ontvangt in dat kader rapportages.[241] Als de onderneming meer dan 500 werknemers heeft, dient de *Aufsichtsrat* voor een derde te bestaan uit vertegenwoordigers van de werknemers.[242] Heeft de onderneming meer dan 2000 werknemers in dienst, dan dient zelfs de helft van de *Aufsichtsrat* uit vertegenwoordigers van werknemers te bestaan.[243]

De GmbH kent in ieder geval twee organen: de *Geschäftsführer* (het bestuur) en de *Gesellschafterversammlung* (de algemene vergadering van aandeelhouders). Het is wel mogelijk, maar niet verplicht, om een *Aufsichtsrat* in te stellen. Dat is anders als de GmbH meer dan 500 werknemers in dienst heeft. In dat geval gelden dezelfde bepalingen voor de samenstelling van de *Aufsichtsrat* als hierboven beschreven voor de AG. De belangrijkste bepalingen ten aanzien van het bestuur zijn te vinden in het derde deel van het GmbHG. In algemene zin is het bestuur belast met de dagelijkse bedrijfsvoering.[244] Daarnaast zijn aan het bestuur verschillende specifieke verplichtingen opgedragen, zoals het op adequate wijze voeren van de boekhouding.[245] In tegenstelling tot het bestuur van de AG, kan het bestuur van de GmbH bij zijn taakuitoefening gebonden zijn aan interne beperkingen, zoals aanwijzingen van de algemene vergadering van aandeelhouders.[246]

Relevante (I)MVO-gerelateerde normen

Bij de beantwoording van de vraag naar welke belangen het bestuur van de AG en de *Aufsichtsrat* zich bij de uitoefening van hun taak moeten richten, vormt de algemene zorgvuldigheidsverplichting van het

[237] Deze cijfers zijn afkomstig van het Deutsches Statistisches Bundesamt, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/UnternehmenHandwerk/Unternehmensregister/Tabellen/UnternehmenRechtsformenWZ2008.html>.
[238] Art. 76 Aktiengesetz (AktG).
[239] Zie o.a. art. 77 en 78 AktG. Zie verder: Wirth e.a. 2010, p. 110.
[240] Art. 91 (2) AktG.
[241] Art. 90 AktG.
[242] Art. 1 Drittelbeteilungsgesetz.
[243] Art. 7 Mitbestimmungsgesetz.
[244] Art. 43 GmbH-Gesetz (GmbHG).
[245] Art. 41 GmbHG.
[246] Art. 37 en 41 GmbHG. Zie verder Wirth e.a. 2010, p. 40.

bestuur en de *Aufsichtsrat* het uitgangspunt. Deze *Verantwortlichkeit des Vorstands* is neergelegd in art. 93 AktG. Daarin wordt bepaald dat bestuurders bij de vervulling van hun taak de zorgvuldigheid van een *ordentlichten und gewissenhaften* bestuurder in acht dienen te nemen.[247] Deze norm geldt ook voor de leden van de *Aufsichtsrat*.[248] Een bestuurder wordt geacht zijn taak niet te hebben geschonden indien hij, op grond van de hem destijds beschikbare informatie, ervan uit mocht gaan dat hij in het belang van de vennootschap handelde.[249] Beslissingen die binnen de reikwijdte van deze regel vallen, worden dus vermoed geen schending van art. 93 AktG op te leveren.[250] Op grond van deze *business judgment rule* worden bestuurders beschermd tegen een te strenge rechterlijke toetsing van ondernemingsbeslissingen.[251] Beslissingen die worden genomen op grond van een wettelijke bepaling of die expliciet gereguleerd zijn, vallen buiten de reikwijdte van de *business judgment rule*.[252]

Bij de invulling van deze algemene zorgvuldigheidsnorm voor bestuurders speelt het begrip *Unternehmensinteresse* een belangrijke rol; het bestuur van de AG dient, net als de commissarissen, in het belang van de onderneming te handelen. Dit begrip heeft in Duitsland van oudsher een pluralistische strekking, hoewel er in de literatuur stemmen opgaan die pleiten voor de vooropstelling van het aandeelhoudersbelang.[253] De pluralistische strekking vindt zijn oorsprong in de *Gemeinwohlklausel* uit het oude Aktiengesetz 1937. De gedachte is dat de AG als deelnemer aan het maatschappelijk verkeer een zekere *Sozialbindung* heeft.[254] Daaruit volgt dat bestuurders verschillende belangen in hun besluitvorming dienen te betrekken zoals het belang van de continuïteit van de onderneming, van de aandeelhouders, van de werknemers en van de maatschappij als geheel.[255]

Op grond van de *Legalitätspflicht* die uit art. 93 lid 1 AktG voortvloeit wordt van bestuurders verwacht dat zij zich bij de uitoefening van hun taken aan de wet houden en dat zij zorgdragen voor het rechtmatig gedrag van (functionarissen van) de onderneming in haar handelingen jegens derden.[256] Het is de vraag of uit art. 93 AktG een verplichting kan worden afgeleid tot inachtneming van (I)MVO-gerelateerde belangen die niet reeds in wettelijke voorschriften zijn verdisconteerd. De algemene opvatting in de literatuur lijkt te zijn dat het aannemen van een juridische verplichting tot inachtneming van (I)MVO-gerelateerde belangen door het bestuur en de commissarissen te ver gaat.[257] Tegelijkertijd wordt echter wel gesteld dat het pluralistische karakter van het begrip *Unternehmensinteresse* meebrengt dat het voeren van vrijwillig (I)MVO-beleid door bestuurders of commissarissen niet tot

---

[247] Art. 93 (1) AktG luidt letterlijk: *"Die Vorstandsmitglieder haben bei iherer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichten und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden"*. Het art. hanteert aldus Assink ten aanzien van de bestuurlijke taakvervulling een uitgangspunt dat enigszins vergelijkbaar is met de uitwerking die aan art. 2:9 BW gegeven is door de Hoge Raad, zie Assink 2005, p. 372.

[248] Art. 116 AktG.

[249] Naar aanleiding van het arrest ARAG/Garmenbeck is in 2005 is namelijk aan §93 lid 1 van Aktiengesetz de volgende tweede zin toegevoegd: *"Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünfigterweise annehmen dürfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln"*.

[250] Aan art. 93 (1) AktG zou de volgende passage worden toegevoegd: *"Eine Pflichtverletzung liegt zudem nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied eine unternehmerische Entscheidung auf Grundlage menschenrechtlicher, sozialer oder ökologischer Standards getroffen hat, zu deren Einhaltung sich die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich verpflichtet hat"*.

[251] Zie Assink 2006, p. 76.

[252] Wirth e.a. 2010, p. 113.

[253] Zie G. Spindler, in: W. Goette en M. Habersack, Münchener Kommentar zum AktG: Band 2, 4. Auflage 2014, München: C.H. Beck 2014, s. 76, rn 71-76; Merkt 2013, p. 537; Mülbert 2005, p. 421.

[254] Deze pluralistische opvatting kan ook worden herkend in art. 4.1.1 Corporate Governance Kodex. Zie ook: Merkt 2013, p. 537; G. Spindler, in: W. Goette en M. Habersack, Münchener Kommentar zum AktG: Band 2, 4. Auflage 2014, München: C.H. Beck 2014, s. 76, rn 62.

[255] Zie Merkt 2013, p. 536; Sjåfjell 2009.

[256] Zie uitgebreid: Rieger 2012.

[257] Zie nader: Grabosch 2015, p. 42-43; G. Spindler, in: W. Goette en M. Habersack, Münchener Kommentar zum AktG: Band 2, 4. Auflage 2014, München: C.H. Beck 2014, s. 76, rn. 77.

schending van artikel 93 AktG zou moeten kunnen leiden om de enkele reden dat het voeren van dergelijk beleid ten koste gaat van de winstgevendheid van de vennootschap.

In 2012 heeft de oppositie onder aanvoering van *Die Grünen* getracht om deze minimumstandaard in artikel 93 AktG te verankeren. Met de voorgestelde aanpassing zou worden bewerkstelligd dat (I)MVO-gerelateerde beslissingen binnen de reikwijdte van de in artikel 93(1) tweede zin AktG geformuleerde *business judgment rule* zouden vallen.[258] In de *Bundestag* werd de noodzaak van een dergelijke regel echter niet gevoeld.[259]

Verder is het bestuur van de AG in algemene zin verantwoordelijk voor de beheersing van aan de activiteiten van de onderneming verbonden risico's.[260] Op grond van art. 91 lid 2 AktG is het bestuur in dat kader bijvoorbeeld verplicht de nodige maatregelen te treffen, waaronder het instellen van een toezichtsysteem, om ervoor te zorgen dat ontwikkelingen die het voortbestaan van de onderneming bedreigen tijdig te herkennen. Er wordt nergens geëxpliciteerd om wat voor risico's het precies gaat, zodat niet duidelijk is of de verplichting onder omstandigheden ook op (I)MVO-gerelateerde risico's zou kunnen zien. Zo bestaat er bijvoorbeeld geen expliciete verplichting om mensenrechtenkwesties in de risicoanalyse mee te nemen.[261] Denkbaar is echter dat deze verplichting tot risicomanagement relevant zou kunnen zijn in de (I)MVO-context in die zin dat de verwezenlijking van (I)MVO-gerelateerde risico's kan leiden tot aanzienlijke financiële schade of reputatieschade.

Vermeldenswaard in dit kader is de uitspraak van de rechtbank München in een procedure over een corruptieschandaal rond Siemens. Hierin leidt de rechtbank uit de *Legalitätspflicht* en de daarmee samenhangende *Legalitätskontrollpflicht* voor leden van de Raad van Bestuur een verplichting af om in gevallen van mogelijk gevaar op overtreding van wettelijke normen een *compliance* mechanisme in te stellen dat gericht is op schadevoorkoming en risicomanagement. Het is daarbij niet voldoende dat zij zich richten op preventie van non-compliance; zij zijn verplicht om stappen te nemen om eventuele (verdenkingen op) overtredingen van wettelijke normen door (functionarissen van) de vennootschap te onderzoeken, en waar nodig te beëindigen en om sancties in te stellen tegen de overtreders. Verder zijn zij ook verplicht om de effectiviteit van het ingestelde *compliance* mechanisme doorlopend te monitoren en waar nodig verbeteringen aan te brengen.[262]

In de literatuur is wel opgemerkt dat deze verplichting voor bestuurders om wetsovertredingen door de vennootschap te voorkomen overeenkomsten vertoont met de verantwoordelijkheden voor ondernemingen ten aanzien van de mensenrechten van derden die voortvloeien uit de Guiding PrinciplesUN Guiding Principles en dat *compliance*–mechanismen interessante mogelijkheden bieden in de IMVO-context.[263] Ten aanzien van de grondslagen en consequenties van deze uitspraak bestaan echter vooralsnog veel onduidelijkheden.[264]

---

[258] Gesetzentwurf der Abgeordneten Volker Beck (Köln), Ingrid Hönlinger, Kerstin Andreae, Uwe Kekeritz, Memet Kilic, Jerzy Montag, Tom Koenigs, Dr. Konstantin von Notz, Wolfgang Wieland, Josef Philip Winkler und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes, Drucksache 17/11686, 28 november 2012, <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/492/49287.html>.

[259] Grabosch 2015, p. 43.

[260] Principe 4.1.4.

[261] Vgl. National Baseline Assessment, p. 43, 47.

[262] Rechtbank München I 10 december 2013, S HK O 1387/10 (Siemens/Neuburger). Zie voor een overzicht: Schilling, Zutt & Anschütz, Compliance and corporate governance, april 2014, <http://www.sza.de/uploads/media/2014_April_Client_Information_Compliance_Q2_en.pdf>.

[263] Grabosch 2015, p. 34-35, 48-61.

[264] Grabosch 2015, p. 35.

Het bestuur van een GmbH dient bij de uitoefening van zijn taak de zorg van een *ordentlichen Geschäftsmannes* te betrachten.[265] Daarbij dient het bestuur van de GmbH zich eveneens te richten naar het *Unternehmensinteresse*. Het is niet duidelijk of daaronder ook externe belangen kunnen worden geschaard. In de literatuur wordt betoogd dat een pluralistische opvatting niet past bij het karakter van de GmbH, mede omdat het bestuur zijn taak, in tegenstelling tot het bestuur van de AG, niet in eigen verantwoordelijkheid uitoefent.[266] Dat betekent overigens niet dat het bestuur van de GmbH per definitie aansprakelijk is jegens de vennootschap als zij wel met buiten de vennootschap gelegen belangen rekening houdt.

In de Deutsche Corporate Governance Kodex uit 2014 zijn verschillende voorschriften opgenomen met betrekking tot goede *corporate governance* van beursgenoteerde ondernemingen, zoals de wijze waarop het bestuur van een beursgenoteerde onderneming leiding dient te geven. De code bevat evenwel geen specifieke bepaling ten aanzien van de rol van (I)MVO bij goede *corporate governance*. Een impliciete verwijzing naar maatschappelijk verantwoord ondernemen in de code is te vinden in principe 4.1.1. waarin de zojuist besproken pluralistische opvatting van het begrip *Unternehmensinteresse* tot uitdrukking wordt gebracht.[267] Het bepaalt dat het bestuur van een beursgenoteerde onderneming dient zich bij de uitoefening van zijn taak te richten op het *Unternehmensinteresse* met inachtneming van de belangen van aandeelhouders, werknemers en andere stakeholders. Doel daarbij is om duurzame waardecreatie te bewerkstelligen.

Het Duitse recht inzake externe verslaglegging door vennootschappen is voor het belangrijkste deel geregeld in het derde boek van het Handelsgesetzbuch (HGB). Het bestuur van de vennootschap is verplicht om een jaarrekening (*Jahresabschluß*) en een jaarverslag (*Lagebericht*) op te stellen.[268] Kleine vennootschappen zijn uitgesloten van de verplichting tot het opstellen van een jaarverslag.[269] Ten aanzien van verslaglegging op het gebied van (I)MVO volgt het Duitse recht op basis van Europese wetgeving dezelfde lijn als andere lidstaten. Kapitaalvennootschappen dienen in hun jaarverslag voor zover relevant melding te maken van niet-financiële prestatie indicatoren, zoals informatie over de belangen van werknemers en van de samenleving.[270]

Het jaarverslag van een beursgenoteerde AG dient een *Erklärung zur Unternehmensführung* of *comprehensive governance statement* te bevatten.[271] In deze verklaring legt de AG verantwoording af over de naleving van de Duitse Corporate Governance Code, op grond van het *comply or explain*-principe.[272] Hierbij dient eveneens aangegeven te worden op welke wijze uitvoering is gegeven aan eventuele aanbevelingen van de corporate governance commissie.[273] Verder bevat de verklaring *relevante Angaben zu Unternehmensführungspraktiken*.[274] Onder *Unternehmensführungspraktiken* wordt de naleving van interne regelingen verstaan die verder strekken dan de vereisten van het Duitse

---

[265] Art. 43 GmbHG.

[266] H. Fleischer, in H. Fleischer en W.Goette, Münchener Kommentar zum GmbHG: Band 2, 1. Auflage 2012, München: C.H. Beck 2012, s. 43, rn. 16-19.

[267] Principe 4.1.1: "*Der Vorstand leitet das Unternehmen in eigener Verantwortung im Unternehmensinteresse, also unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder) mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung*".

[268] Art. 264 HGB.

[269] Art. 264 lid 1 vierde zin HGB jo. 267a HGB.

[270] Art. 289 (3) HGB. Deze bepaling strekt ter implementatie van art. 1 lid 14 van Richtlijn 2003/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2003 tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG, 83/349/EEG, 86/635/EEG en 91/674/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, banken en andere financiële instellingen, en verzekeringsondernemingen.

[271] Art. 289a HGB.

[272] Zie ook art. 161 AktG.

[273] Augenstein 2010, p. 67.

[274] Art. 289a lid 2 sub 2 HGB.

recht. Gedacht kan worden aan de naleving van ethische standaarden, arbeidsstandaarden, sociale standaarden, gedragscodes of compliance richtlijnen.[275] Overigens hoeft de beursgenoteerde AG deze regelingen alleen te benoemen; een uitleg over de geschiktheid en effectiviteit van de regeling is ook hier niet vereist.

Het Duitse recht kent een specifieke wettelijke regeling voor concernverhoudingen (*Konzernrecht*). Deze regeling is neergelegd in het derde boek van het Aktiengesetz. De regeling gaat uit van het begrip verbonden ondernemingen (*verbundende Unternehmen*). Een verbonden onderneming is bijvoorbeeld een vennootschap waarvan de meerderheid van de aandelen door een andere vennootschap wordt gehouden. Een verbonden onderneming kan verder ook een vennootschap zijn die onderdeel is van een centraal geleid concern of die *de facto* onder invloed staat van een andere vennootschap.[276] De verbonden vennootschap moet een AG of een *Kommanditgesellschaft auf Aktien* zijn, hoewel in de jurisprudentie sommige bepalingen naar analogie van toepassing zijn verklaard op de GmbH.[277] De rechtsvorm van de moedervennootschap is voor de toepassing van het concernrecht niet van belang. Als de moedervennootschap een AG is, heeft dat wel tot gevolg dat zij verplicht is om haar *Aufsichtsrat* te informeren over de gang van zaken bij verbonden ondernemingen.[278]

Het *Konzernrecht* behelst een afweging tussen de belangen van de verbonden vennootschap en de belangen van de moedervennootschap en het concern.[279] De regeling bevat in het bijzonder waarborgen ter bescherming van minderheidsaandeelhouders en schuldeisers van de verbonden vennootschap. Welke waarborgen van toepassing zijn, hangt kort gezegd af van de vraag of tussen de vennootschappen een winstoverdrachtsovereenkomst (*Gewinnabführungsvertrag*) en/of een controleovereenkomst (*Beherrschungsvertrag*) bestaat – een contractueel concern – of dat sprake is van feitelijke controle door de heersende vennootschap – een *de facto* concern.[280]

Is sprake van contractueel concern, dan rust op de bestuurders van de verbonden vennootschap de verplichting om aanwijzingen van de moedervennootschap op te volgen.[281] Daar staat tegenover dat de moedervennootschap verplicht is om verliezen van de verbonden vennootschap aan te vullen (*Verlustübernahme*).[282] Het bestuur van de moedervennootschap is bovendien verplicht om bij het geven van aanwijzingen de zorgvuldigheid van een *ordentlichen und gewissenhafte* bestuurder in acht te nemen.[283] Bij een *de facto* concern mag de moedervennootschap haar invloed niet aanwenden op een wijze die tot gevolg heeft dat de verbonden vennootschap wordt gedwongen om een voor haar nadelige transactie aan te gaan.[284] Ook mag de moedervennootschap geen maatregelen treffen die de verbonden vennootschap anderszins schaden, zonder dat de moedervennootschap de door de verbonden vennootschap geleden schade voor het einde van het boekjaar compenseert.[285] Als de moedervennootschap toch op een dergelijke wijze haar invloed aanwendt, dan kunnen zowel de moedervennootschap zelf als haar bestuurders aansprakelijk zijn voor eventuele schade van de

[275] K.W. Lange, in: K. Schmidt en W. Ebke (red.), Münchener Kommentar zum HGB: Band 4, 3. Auflage 2013, München: C.H. Beck 2013, s. 289a, rn. 10.
[276] Art. 15 AktG en verder.
[277] Wirth e.a. 2010, p. 215.
[278] Art. 90 AktG.
[279] Wirth e.a. 2010, p. 207.
[280] Zie voor een overzicht bijvoorbeeld: Vandekerckhove 2007, p. 45-62. Er bestaat ook nog een afzonderlijke regeling voor geïntegreerde vennootschappen (*Eingliederung*), zie art.en 319-327 AktG. Vanwege het feit dat deze vorm vrijwel niet voor komt, wordt deze regeling in het vervolg buiten beschouwing gelaten. Zie Wirth e.a. 2010, p. 212.
[281] Art. 308 (2) AktG.
[282] Art. 302 AktG. Zie ook: Wirth e.a. 2010, p. 211.
[283] Art. 309 (2) AktG.
[284] Art. 311 (1) AktG.
[285] Art. 311 (1) AktG.

verbonden vennootschap, tenzij bewezen kan worden dat een *ordentlichen und gewissenhafte* bestuurder van een niet-verbonden vennootschap de betreffende transactie aan zou zijn gegaan.[286]

Naast het *Konzernrecht* geldt voor de moedervennootschap voorts de verplichting om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen met betrekking tot ondernemingen waarop zij overwegende invloed uitoefent.[287] Dat heeft tot gevolg dat de moedervennootschap verplicht is om een concernjaarverslag (*Konzernlagebericht*) op te stellen waarin zij voor zover relevant dient te rapporteren over niet-financiële prestatie indicatoren van de ondernemingen waarop zij overwegende invloed uitoefent, zoals informatie over de belangen van werknemers en de samenleving.[288] Het concernjaarverslag dient ook in te gaan op de werking van het risicobeheersings- en controlesysteem binnen het concern.[289] Het concernjaarverslag van een beursgenoteerde moedervennootschap hoeft echter geen *comprehensive governance statement* als bedoeld in artikel 289a HGB te bevatten.[290]

Handhavingsmechanismen

De vraag is welke mogelijkheden het Duitse ondernemingsrecht biedt om eventuele (I)MVO-gerelateerde normen af te dwingen. Hierbij staan de typische IMVO-stakeholders – slachtoffers van mens- en milieugerelateerde normschendingen en ngo's– centraal.

In geval van schending van de zorgvuldigheidsnorm door de bestuurder van de AG op grond van artikel 93 AktG of de commissaris op grond van 116 AktG, zijn zij collectief en individueel verplicht om de schade die de AG als gevolg daarvan lijdt te vergoeden. De vordering kan in beginsel slechts worden ingesteld door de vennootschap zelf[291] en strekt tot vergoeding van door de vennootschap geleden schade.[292] Derden, zoals schuldeisers en IMVO-stakeholders, kunnen dus in beginsel geen actie baseren op deze bepaling en zullen aangewezen zijn op de regels van het commune onrechtmatigedaadsrecht.[293] Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad jegens derden doet zich echter slechts in uitzonderingsgevallen voor.[294] Aandeelhouders die ten minste één procent van de *Hauptversammlung* vertegenwoordigen hebben de mogelijkheid om bij de rechtbank te verzoeken om zelf namens de AG een procedure te voeren jegens het bestuur of de *Aufsichtsrat*.[295] Onder omstandigheden kan aan de schuldeisers van de AG ex art. 93 lid 5 AktG een *Verfolgungsrecht* toekomen.[296] De vordering wordt dan

---

[286] Art. 317 AktG.

[287] Art. 290 HGB. In art. 290 (2) wordt beschreven wanneer sprake is van overwegende zeggenschap van een vennootschap. Het in het Handelsgesetzbuch gehanteerde criterium van overwegende zeggenschap wijkt qua formulering af van art. 15 AktG e.v.

[288] Art. 315 (1) HGB.

[289] Art. 315 (2) HGB.

[290] K.W. Lange, in: K. Schmidt en W. Ebke (red.), Münchener Kommentar zum HGB: Band 4, 3. Auflage 2013, München: C.H. Beck 2013, s. 289a, rn 2. Zie over de inhoud van het *corporate governance statement* hierboven onder *externe verslaglegging*.

[291] De *Aufsichtsrat* is bevoegd om de vordering namens de vennootschap jegens de bestuurders in te stellen, zie Bundesgerichtshof 21 april 1997, *Neue Juristische Wochenschrift* 1997, 1926 (=BGHZ 135, 244) (*ARAG/Garmenbeck*). Het nalaten om van deze bevoegdheid gebruik te maken kan op zijn beurt weer leiden tot een schending van de zorgplicht van de leden van de *Aufsichtsrat*, zie: Wirth e.a. 2010, p. 114-115. De vordering moet op grond van art. 147(1) AktG in ieder geval ingesteld worden als de *Hauptversammlung* daartoe op grond van een eenvoudige meerderheid beslist.

[292] G. Spindler, in: W. Goette en M. Habersack, Münchener Kommentar zum AktG: Band 2, 4. Auflage 2014, München: C.H. Beck 2014, s. 93, rn. 1.

[293] Wirth e.a. 2010, p. 115.

[294] G. Wiesner, in: M. Hoffman-Becking (red.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts: Band 4, 4. Auflage, München: C.H. Beck 2015, par.26, rn. 66 en 71.

[295] Art. 148 AktG.

[296] Als zij een vordering hebben op de vennootschap en de vennootschap is niet in staat om die te voldoen, dan is de schuldeiser bevoegd om de vordering namens de vennootschap in te stellen jegens de bestuurders. Dat is alleen mogelijk als de bestuurders hun zorgplicht ernstig hebben geschonden of als sprake is van een van de in art. 93 lid 3 AktG genoemde gevallen.

wel namens de vennootschap ingesteld en een eventuele schadevergoeding komt uiteindelijk toe aan de vennootschap.

Het bestuur van de GmbH dient bij de uitoefening van zijn taak de in art. 43 GmbHG neergelegde zorgvuldigheid te betrachten. Alleen de vennootschap zelf is bevoegd om schadevergoeding te vorderen wegens schending van deze norm. Deze vordering wordt normaal gesproken ingesteld door de *Gesellschafterversammlung*.[297] Anders dan bij de AG, hebben schuldeisers van de GmbH geen *Verfolgungsrecht*.[298] Schuldeisers van de GmbH zijn dan ook in de regel aangewezen op de regels van het commune onrechtmatigedaadsrecht.

Het Duitse vennootschapsrecht kent geen instrument dat echt vergelijkbaar is met het Nederlandse enquêterecht. Wel zijn er enige overeenkomsten in dit dit opzicht met de zogenaamde *Sonderprüfung*, die aandeelhouders van de AG de mogelijkheid biedt een gerechtelijk onderzoek aan te vragen in geval van een verdenking van onregelmatigheden bij het bestuur van de vennootschap.[299] Dit recht komt echter slechts aan aandeelhouders toe. Het gaat daarbij alleen om aandeelhouders die ten minste 10% van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen of aandeelhouders die minstens een nominale waarde van 1 miljoen euro bezitten. Gezien deze hoge drempel wordt er slechts bij hoge uitzondering een beroep gedaan op dit *Sonderprüfung*-recht.[300] IMVO-stakeholders die geen aandeelhouder zijn of een te klein aandeel houden, kunnen geen verzoek tot *Sonderprüfung* indienen.

Grote AG's en GmbH's alsmede beursgenoteerde vennootschappen kunnen verplicht zijn om in het jaarverslag over bepaalde aspecten van (I)MVO te rapporteren. Als bestuurders een onjuiste of misleidende weergave van de toestand van de vennootschap geven in het jaarverslag, kunnen zij strafrechtelijk worden vervolgd.[301] Het is de onduidelijk in hoeverre aandeelhouders en andere derden het bestuur van de vennootschap daarnaast aansprakelijk kunnen stellen als bepaalde informatie niet, onjuist of misleidend is weergegeven en zij als gevolg daarvan schade lijden. Een specifieke grondslag voor aansprakelijkheid wegens misleidende mededelingen omtrent de toestand van de vennootschap in het jaarverslag, zoals artikel 2:139 BW, bestaat in ieder geval niet in Duitsland. Derden zullen dan ook in beginsel aangewezen zijn op het commune onrechtmatigedaadsrecht in dit opzicht.[302]

Bij de handhaving van de zorgvuldigheidsnorm die het bestuur van de moedervennootschap ingevolge het *Konzernrecht* moet betrachten bij het voeren van concernbeleid, moet onderscheid worden gemaakt tussen contractuele concerns en *de facto* concerns. Het bestuur van de moedervennootschap in een contractueel concern is schadeplichtig indien zij bij het geven van aanwijzingen niet de zorgvuldigheid van een *'ordentlichten und gewissenhafte'* bestuurder in acht neemt.[303] Het bestuur van de moedervennootschap in een *de facto* concern mag de verbonden vennootschap niet dwingen om voor die vennootschap nadelige transacties aan te gaan of anderszins benadelen, tenzij de moedervennootschap eventuele verliezen aanvult. Zowel de moedervennootschap als haar bestuur zijn jegens de verbonden vennootschap schadeplichtig als zij deze verplichting schendt. Omdat deze deze

---

[297] H. Fleischer, in: H. Fleischer en W.Goette, Münchener Kommentar zum GmbHG: Band 2, 1. Auflage 2012, München: C.H. Beck 2012, s. 43, rn. 320-321.

[298] H. Fleischer, in: H. Fleischer en W.Goette, Münchener Kommentar zum GmbHG: Band 2, 1. Auflage 2012, München: C.H. Beck 2012, s. 43, rn. 325-327.

[299] Art.en 142-146 AktG.

[300] Peters 2005, p. 10.

[301] Zie bijvoorbeeld Art. 331 HGB en art.en 399 en 400 AktG.

[302] In de literatuur wordt aansprakelijkheid van bestuurders jegens derden wegens een onjuiste *corporate governance* verklaring (die door beursgenoteerde vennootschappen via de *Erklärung zur Unternehmensführung* in het *Lagebericht* moet worden opgenomen) in theorie mogelijk geacht. Jurisprudentie op dit gebied ontbreekt echter. Zie W. Goette, Münchener Kommentar zum AktG: Band 3, 3. Auflage 2013, München: C.H. Beck 2013, s. 161, rn. 100-102; M. Lutter, in: H.M. Ringleb e.a. (red.), Deutscher Corporate Governance Kodex, 5. Auflage, München: C.H. Beck 2014, rn. 1382-1387.

[303] Art. 309 AktG.

zorgvuldigheidsnormen uit het *Konzernrecht* in beginsel alleen gelden ten opzichte van de verbonden vennootschappen zijn de mogelijkheden voor IMVO-stakeholders om zich hierop te beroepen zeer beperkt. De vordering en eventuele schadevergoeding komt in beginsel dan ook slechts toe aan de verbonden vennootschap.[304]

Los van de specifieke bepalingen van het Duitse *Konzernrecht* gelden ook in het Duitse vennootschapsrecht de uitgangspunten van gescheiden rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid.[305] Dat betekent dat moedervennootschappen in beginsel niet aansprakelijk gesteld kunnen worden voor de schulden (of schadeveroorzakende gedragingen) van hun dochtermaatschappijen.[306] Aangezien in het Duitse vennootschapsrecht vennootschappen formeel geen bestuurders kunnen zijn van andere vennootschappen, kan de moedermaatschappij daarnaast in beginsel niet aansprakelijk gehouden worden op grond van bepalingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid.

Wel bestaat net als in Nederland en in België de mogelijkheid dat een aandeelhouder/moedervennootschap aansprakelijk gesteld wordt voor de schulden (of gedragingen) van de (dochter)vennootschap op grond van doorbraak van aansprakelijkheid (*Durgriffshaftung*). In tegenstelling tot het groepsrecht kan een derde partij (crediteur) op deze grondslag wel een zelfstandige vordering instellen tegen de aandeelhouder/moedervennootschap. Relevant voor de (I)MVO-context is dat deze vorm van doorbraak van aansprakelijkheid soms toegepast wordt in het arbeidsrecht.[307] Ook in het Duitse recht gaat het echter om een constructie die slechts in uitzonderingsgevallen toepassing vindt, met name in gevallen van structureel en ernstig misbruik van rechtspersoonlijkheid.[308] Dit betekent dat IMVO-stakeholders die de moedermaatschappij van een multinationaal concern aansprakelijk willen stellen voor schade die zij hebben geleden als gevolg van de activiteiten van haar dochtermaatschappijen, hun vorderingen in beginsel zullen moeten baseren op het onrechtmatigedaadsrecht (zie nader par. 3.3.4).

3.3.4 Civielrechtelijke zorgplichten van Duitse ondernemingen in het kader van IMVO

Zoals duidelijk is uit de bespreking van relevante procedures in par. 3.3.2, hebben zich in Duitsland tot op heden een tweetal civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures voorgedaan tegen Duitse internationaal opererende ondernemingen met betrekking tot hun beweerdelijke betrokkenheid bij extraterritoriale (I)MVO-normschendingen. Daarnaast is er door een Duitse consumentenorganisatie een procedure ingesteld tegen een Duitse internationaal opererende onderneming in verband met beweerdelijke misleidende uitlatingen in deze context. Dit heeft echter tot op heden niet geleid tot een uitspraak van een Duitse rechter waarin inhoudelijk wordt ingegaan op het bestaan op grond van het Duitse civiele aansprakelijkheidsrecht van IMVO-gerelateerde zorgplichten voor Duitse internationaal opererende ondernemingen. Dit wil echter niet zeggen dat het Duitse civiele aansprakelijkheidsrecht, voor zover van toepassing op een dergelijke procedure die aan de Duitse rechter wordt voorgelegd, daartoe geen mogelijkheden biedt.

---

[304] Art. 309(4) AktG bij een contractueel concern en art. 317(4) AktG bij een *de facto* concern. Als de verbonden vennootschap de vordering niet instelt, kan de vordering onder omstandigheden namens de vennootschap ingesteld worden door (minderheids)aandeelhouders of schuldeisers.

[305] Vgl. artt. 13 lid 2 GmbhG en 1 lid 1 AktG.

[306] Zo ook: Heydenreich e.a. 2014, p. 100.

[307] Vandekerckhove 2007, p. 467.

[308] Vandekerckhove 2007, p. 62-65.

IPR-aspecten

De bevoegdheid van de rechter en het toepasselijke recht in civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures met een internationaal karakter worden in Duitsland, net als in Nederland, grotendeels bepaald door de geünificeerde Europese IPR-regels van de Brussel Ibis-Verordening en van de Rome II-Verordening, respectievelijk.

Het internationaal bevoegdheidsregime van de Brussel Ibis-Verordening heeft een beperkt formeel (dat wil zeggen: ruimtelijk) toepassingsbereik; het is in beginsel slechts van toepassing is op vorderingen in burgerlijke en handelszaken die worden ingesteld tegen gedaagden die woonplaats hebben in één (of meerdere) van de Brussel Ibis-lidstaten (dat zijn alle EU-lidstaten behalve Denemarken).[309] Dat wil zeggen dat wanneer voor de Duitse rechter een civiele aansprakelijkheidsprocedure wordt ingesteld tegen een internationaal opererende onderneming met woonplaats (statutaire zetel, hoofdbestuur, hoofdvestiging) in één (of meerdere) van die lidstaten, zijn bevoegdheid net als in een dergelijke procedure voor de Nederlandse rechter bepaald wordt door de regels van de Brussel Ibis-Verordening.[310] Op grond hiervan zal hij in de regel in ieder geval bevoegd zijn om te oordelen over een vordering tegen een internationaal opererende onderneming die haar statutaire zetel of haar hoofdbestuur of haar hoofdvestiging in Duitsland heeft (zie nader par. 2.4.2).[311]

Wordt voor de Duitse rechter een IMVO-gerelateerde civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure ingesteld tegen een onderneming uit een niet-Europees gastland (of thuisland) die geen woonplaats (statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging) heeft in één van de Brussel Ibis-lidstaten, dan wordt de bevoegdheid van de Duitse rechter in beginsel bepaald door het commune Duitse internationaal bevoegdheidsrecht.[312] Dit is grotendeels neergelegd in het Duitse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Zivilprozessordnung (ZPO) en is gebaseerd op de interne competentieregels van Duitse rechtbanken onderling.[313] Omdat de Duitse commune wettelijke regeling van (internationaal) bevoegdheidsrecht niet geïnspireerd is op de bevoegdheidsbepalingen van het Brussel I-regime, verschilt deze qua structuur van de Nederlandse wettelijke regeling op dit onderwerp. Desondanks zullen de Duitse commune regels van internationaal bevoegdheidsrecht in IMVO-gerelateerde civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures tegen ondernemingen uit niet-Europese landen in veel gevallen tot soortgelijke uitkomsten leiden als de Nederlandse commune regels (zie par. 2.4.2).

De hoofdregel is dat de Duitse rechter bevoegd is ten aanzien van vorderingen tegen rechtspersonen als de gedaagde onderneming haar zetel heeft in Duitsland.[314] Bepalende factor hiervoor is het bestuurlijke centrum van de onderneming: de plaats waar belangrijke managementbesluiten genomen en geïmplementeerd worden.[315] Deze bepaling komt weinig belang toe naast de bepalingen van de

---

[309] Het formele toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Vo. kan afgeleid worden uit de afzonderlijke bevoegdheidsbepalingen (artt. 4-26). Hoofdregel is dat een zaak binnen het formeel toepassingsgebied valt als de gedaagde, ongeacht zijn nationaliteit, zijn woonplaats heeft in een Brussel-Ibis lidstaat. Uitzonderingen op deze hoofdregel bestaan bijvoorbeeld bij procedures die zien op rechten op onroerende goederen, op consumentenovereenkomsten, op individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst of procedures waarin een (op grond van de regels van de Brussel Ibis-Vo. geldige) forumkeuze gemaakt wordt.

[310] Art. 4-6 jo. 63 Brussel Ibis-Vo.

[311] Art. 4 lid 1 jo. 63 lid 1 Brussel Ibis-Vo.

[312] Zie voor een overzicht van relevante wettelijke bepalingen en jurisprudentie: M. Molitoris & A. Abt, 'Comparative study of "residual jurisdiction" in civil and commercial disputes in the EU – National Report for: Germany', <http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_germany_en.pdf> (hierna: Residual Jurisdiction-studie Duitsland). Het commune Duitse IPR is niet van toepassing als de procedure op grond van één van de uitzonderingen toch binnen het formeel toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Verordening valt of als er een ander internationaalrechtelijk regime van toepassing is op de rechterlijke bevoegdheid.

[313] Vgl. Residual Jurisdiction-studie Duitsland, p. 2-3.

[314] §17 ZPO.

[315] §12 ZPO. Zie ook: Residual Jurisdiction-studie Duitsland, p. 5.

Brussel Ibis-Vo., die met voorrang van toepassing zijn, en zal zelden leiden tot bevoegdheid van de Duitse rechter over vorderingen tegen rechtspersonen met woonplaats buiten de EU.[316] Het Duitse commune (internationaal) bevoegdheidsrecht kent verder een vrij ruime bevoegdheidsbepaling waar het gaat om vermogensrechtelijke vorderingen die worden ingesteld tegen personen die geen woonplaats hebben in Duitsland maar wel vermogensbestanddelen hebben die zich daar bevinden.[317] In een dergelijk geval kan de Duitse rechter bevoegdheid aannemen, ook als de vordering niet (direct) betrekking heeft op de betreffende vermogensbestanddelen of als de waarde van die vermogensbestanddelen lager is dan het in geding zijnde (schade)bedrag.[318] Of deze bevoegdheidsbepaling echt relevant is in de IMVO-context valt nog te bezien, aangezien een situatie waarin een *foreign direct liability claim* wordt ingesteld voor de Duitse rechter tegen een buiten de EU gevestigde onderneming op basis van het feit dat deze vermogensbestanddelen in Duitsland heeft weliswaar niet onmogelijk is, maar wel moeilijk voorstelbaar.[319]

Mogelijk relevant in de IMVO-context is verder de met het Nederlandse commune bevoegdheidsrecht vergelijkbare bepaling op grond waarvan de Duitse rechter bevoegd is als de procedure ziet op een onrechtmatige daad die heeft plaatsgevonden in Duitsland, waarbij het zowel kan gaan om een onrechtmatige gedraging die daar heeft plaatsgevonden als om de schadelijke inwerking van die gedraging op lijf of goed van de benadeelde die daar is ingetreden.[320] Deze bepaling is interessant omdat de Duitse rechter op deze grond ook rechtsmacht kan aannemen over buiten Europa gevestigde ondernemingen die aangemerkt kunnen worden als medeplegers van onrechtmatige gedragingen begaan door Duitse ondernemingen op Duits grondgebied. Om de Duitse rechter op deze grond bevoegdheid aan te doen nemen is het voldoende dat de eisende partij feiten presenteert die zijn claim dat het gaat om een onrechtmatige daad gepleegd door twee (of meer) ondernemingen waarvan één gevestigd is en activiteiten onderneemt in Duitsland.[321]

Daarnaast bestaat er een mogelijkheid om internationale bevoegdheid van de Duitse rechter te baseren op de aanwezigheid in Duitsland van een lokale fabriek, handelsonderneming of commerciële vestiging van de aangesproken onderneming. Voorwaarde is echter wel dat de vordering ziet op activiteiten van die lokale vestiging, wat betekent dat deze bepaling alleen een basis voor rechtsmacht vormt in het onwaarschijnlijke geval dat er sprake is van een vordering tegen een buiten de EU gevestigde onderneming met betrekking tot onrechtmatige gedragingen die plaats hebben gevonden bij een vestiging van die onderneming in Duitsland maar schade veroorzaken aan mens en milieu in een niet-Europees gastland. Verder is het in theorie mogelijk dat de Duitse rechter bevoegdheid aanneemt over een civiele aansprakelijkheidsvordering die ingesteld wordt in het kader van een strafprocedure die aan hem voorligt.[322] Omdat de Duitse (straf)rechter, net als de Nederlandse, een dergelijke vordering zal afwijzen als deze een vertraging van de strafprocedure met zich brengt, zal deze mogelijkheid in de praktijk echter doorgaans niet relevant zijn gezien de complexiteit van het type IMVO-gerelateerde civiele aansprakelijkheidsprocedures dat hier centraal staat.[323]

Op grond van de commune Duitse regels van (internationaal) bevoegdheidsrecht bestaat in beginsel geen mogelijkheid voor de Duitse rechter om rechtsmacht aan te nemen over een vordering tegen een niet-Europese onderneming op grond van het feit dat deze gekoppeld is aan of nauw samenhangt met

[316] Vgl. Saage-Maaß & Wesche 2015, p. 4.
[317] §23 ZPO.
[318] Vgl. Residual Jurisdiction-studie Duitsland, p. 6-7.
[319] Zie voor een bespreking van deze regel in de IMVO-context: Grabosch 2013, p. 79-81.
[320] §21 lid 1 ZPO. Zie ook: Residual Jurisdiction-studie Duitsland, p. 9.
[321] Vgl. Saage-Maaß & Wesche 2015, p. 4-5 en Heydenreich e.a. 2014, p. 100.
[322] Vgl. §404 Strafprozessordnung.
[323] Zie §405 Strafprozessordnung. Vgl. ook Residual Jurisdiction-studie Duitsland, p. 8.

een vordering tegen een gedaagde over wie wel bevoegdheid bestaat.[324] Het Duitse recht kent dus niet een bepaling die vergelijkbaar is met de Nederlandse bepaling op basis waarvan de Rechtbank Den Haag bevoegdheid heeft aangenomen over de Nigeriaanse Shell-(klein)dochtermaatschappij in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak (zie par. 2.4.2). Het Duitse recht kent ook geen *forum necessitatis*-bepaling, op grond waarvan de Duitse rechter bevoegdheid kan aannemen over een vordering die niet voor een andere rechter gebracht kan worden. Desondanks wordt in de Duitse rechtspraak bij uitzondering wel bevoegdheid aangenomen in gevallen waar anders sprake zou zijn van rechtsweigering. Dat kan het geval zijn als de bevoegde rechter in het andere land niet in de gelegenheid is om over de procedure te oordelen in verband met bijvoorbeeld oorlog. Bevoegdheid op deze basis kan ook bestaan in geval van een zgn. negatief jurisdictie-conflict, dat wil zeggen als er in een ander land ook geen bevoegde rechter is of als er wel een bevoegde rechter is maar zijn oordeel niet voor erkenning (en, waar relevant, tenuitvoerlegging) in Duitsland in aanmerking zou komen. Vereiste voor het aannemen van bevoegdheid door de Duitse rechter op deze basis is wel dat de procedure een voldoende band heeft met de Duitse rechtssfeer.[325]

Het Duitse commune (internationaal) bevoegdheidsrecht kent geen *forum non conveniens*-bepaling, op grond waarvan de rechter vrij is om zich, in een geval dat hem rechtsmacht toekomt op grond van enige regel van internationaal bevoegdheidsrecht, toch onbevoegd te verklaren omdat de te berechten zaak naar zijn oordeel onvoldoende aanknopingspunten heeft met de rechtssfeer van het forumland.[326] De Duitse rechter zal in beginsel geen bevoegdheid aannemen over een procedure die reeds in een ander land aanhangig is.[327] Vereiste is wel dat te verwachten is dat het oordeel van de betreffende vreemde rechter in Duitsland voor erkenning (en, waar relevant, tenuitvoerlegging) in aanmerking zal komen. Verder moet het gaan om een procedure tussen dezelfde partijen die dezelfde kwestie betreft en reeds elders aanhangig was op het moment dat de procedure in Duitsland aanhangig gemaakt werd. Een uitzondering op deze regel geldt als het niet aannemen van rechtsmacht over een procedure reeds elders aanhangig is zou leiden tot een onredelijke inbreuk op de rechtsbescherming in Duitsland. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de parallelle procedure voor de vreemde rechter extreem langdurig is, waardoor de efficiëntie van de geboden rechtsbescherming aanmerkelijk verminderd wordt.[328] Tot slot kan de Duitse rechter in uitzonderlijke gevallen weigeren rechtsmacht uit te oefenen over een procedure wanneer de bevoegdheid van de Duitse rechter gestoeld is op aanknopingspunten met de Duitse rechtssfeer die door de eisende partij op heimelijke wijze en in strijd met de goede trouw in het leven geroepen zijn.[329]

Is de Duitse rechter bevoegd om te oordelen over een aansprakelijkheidsprocedure met een internationaal karakter dan rijst de vraag naar welk recht hij de vorderingen dient te beoordelen. Het conflictenrechtelijk regime van de Rome II-Verordening is van toepassing op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan op of na 11 januari 2011.[330] Het heeft een universeel formeel toepassingsgebied, wat betekent dat het van toepassing is ongeacht of het op grond van de Verordening aangewezen recht het recht is van een lidstaat (bijvoorbeeld Nederlands of Duits recht) of van een niet-lidstaat (bijvoorbeeld Nigeriaans of Birmees recht).[331] Omdat het hier centraal staande type civiele aansprakelijkheidsprocedures doorgaans binnen het materiële toepassingsgebied van de Rome II-Verordening zal vallen, zal de Duitse rechter de vraag welk nationaal systeem van aansprakelijkheidsrecht toepasselijk is op de vorderingen in een dergelijke procedure in de regel op

[324] Zie Residual Jurisdiction-studie Duitsland, p. 13-14.
[325] Residual Jurisdiction-studie Duitsland, p. 15, 22.
[326] Residual Jurisdiction-studie Duitsland, p. 17.
[327] § 263 lid 1 no. 3 ZPO.
[328] Residual Jurisdiction-studie Duitsland, p. 19-20.
[329] Vgl. Residual Jurisdiction-studie Duitsland, p. 7, 17.
[330] Art. 31 Rome II-Verordening en HvJ EU 17 november 2011, zaak C-412/10 (*Deo Antoine Homawoo/GMF Assurances SA*).
[331] Art. 3 Rome II-Verordening.

dezelfde manier beantwoorden als de Nederlandse rechter.[332] Dit betekent dat het in IMVO-gerelateerde civiele aansprakelijkheidsprocedures in veel gevallen niet Duits recht maar het recht van het gastland zal zijn aan de hand waarvan de vorderingen beoordeeld dienen worden. Er bestaan echter enkele uitzonderingen op dit uitgangspunt op grond waarvan het Duitse aansprakelijkheidsrecht toch een rol zou kunnen spelen in de IMVO-context (zie nader par. 2.4.2).

Aansprakelijkheid voor schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen

Naar Duits recht kan een vordering voor vergoeding van schade als gevolg van beweerdelijke onrechtmatige gedragingen (*unerlaubte Handlungen*) van een Duitse internationaal opererende onderneming ingesteld worden op grond van de §§ 823(1), 823(2) en 826 van het Duitse Burgerlijk Wetboek, het Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). In deze drie algemene aansprakelijkheidsgronden (*Grundtatbestände*) liggen schadevergoedingsplichten besloten voor de situaties waarin een (rechts)persoon inbreuk heeft gemaakt op rechtsgoederen of rechten van derden (§ 823(1) BGB) of op het objectieve recht (§ 823(2) BGB), ofwel heeft gehandeld in strijd met de goede zeden (§ 826 BGB).[333] Daarbij geldt dat ondernemingen in beginsel op grond van § 31 BGB aansprakelijk gesteld worden voor schendingen van deze (en andere) aansprakelijkheidsbepalingen die begaan zijn door het bestuur, de bestuurders of andere statutair benoemde vertegenwoordigers in het kader van de uitoefening van hun taken. Onder omstandigheden kan ook aansprakelijkheid bestaan voor onrechtmatige daden gepleegd door werknemers in de uitoefening van hun werkzaamheden (§ 823(1)).

Voor aansprakelijkheid op grond van deze bepalingen moet aan vijf vereisten zijn voldaan: 1) schending van een gecodificeerde normatieve regel (*Tatbestanswidrigkeit*); 2) onrechtmatig gedrag (*Rechtswidrigkeit*); 3) opzet of schuld in de zin van nalatigheid (*Verschulden*); 4) causaliteit (*Kausalität*) en 5) schade (*Schaden*).[334] Het vereiste van *Tatbestanswidrigkeit* beperkt de reikwijdte van het Duitse civiele aansprakelijkheidsrecht in die zin dat een vordering op deze gronden alleen mogelijk is als het gaat om een intentionele of nalatig onrechtmatige gedraging die gelegen is in een schending van één van de in § 823(1) opgesomde rechten of rechtsgoederen, een schending van een wettelijke plicht (§ 823(2)) of in het opzettelijk toebrengen van schade *contra bonos mores* (§ 826). De vereiste onrechtmatigheid (*Rechtswidrigkeit*) wordt in beginsel aanwezig geacht als aan het vereiste van *Tatbestanswidrigkeit* is voldaan, tenzij er sprake is van een rechtvaardigingsgrond.[335]

Van schuld is sprake als de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon opzettelijk of nalatig gehandeld heeft; een (rechts)persoon gedraagt zich nalatig als hij nalaat de zorgvuldigheid te betrachten die in de maatschappelijk verkeer vereist is (§ 276(2)). Bij aansprakelijkheid op grond van § 826, dat ziet op inbreuken op het economische of juridische bestel en de publieke orde, zoals het uitlokken van contractbreuk, het verstrekken van onjuiste informatie, misbruik van recht en oneerlijke concurrentie, is opzet vereist.[336] Bij de andere twee aansprakelijkheidsgronden is dat niet het geval en is nalatigheid dus in beginsel voldoende om tot aansprakelijkheid te komen.[337] Wat betreft causaliteit kent het Duitse recht twee vormen: causaliteit die een voorwaarde is voor aansprakelijkheid (*haftungsbegründende*

[332] Gaat het om vorderingen die betrekking hebben op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan vóór 11 januari 2011, dan zal de Belgische rechter het toepasselijk recht vaststellen aan de hand het commune Belgische conflictenrecht; dit zal hier echter verder buiten beschouwing blijven gezien de afnemende relevantie daarvan met het voortschrijden van de tijd.

[333] De drie meer specifieke gronden voor schuldaansprakelijkheid (*Einzeltatbestände*) die zijn neergelegd in de §§ 824, 825 en 839 zijn minder relevant voor het onderwerp van deze studie en blijven hier dus verder buiten beschouwing.

[334] Zie Van Dam 2013, p. 78-79, Vgl ook: Wagner, Münchener Kommentar zum BGB 6. Auflage 2013, rn 4-27, 28-47; Kötz & Wagner 2010, p. 60-61.

[335] Zie bijvoorbeeld §§ 227 (zelfverdediging), 228 en 904 (noodzaak of noodtoestand) en 229 en 859 (zelfhulp).

[336] Van Dam 2013, p. 83-84.

[337] Van Dam 2013, p. 78.

Kausalität) en causaliteit die de omvang van de aansprakelijkheid bepaalt (*haftungsausfüllende Kausalität*). Het eerste type causaliteit ziet op het verband tussen onrechtmatige gedraging en de schending van een recht(sgoed) en vereist bewijs dat het onrechtmatige gedrag van de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon tot een vorm van schade geleid heeft. Het tweede type causaliteit ziet op het verband tussen de rechtsschending en de daadwerkelijk geleden schade en vereist bewijs dat de schade het voor een objectieve observant redelijkerwijs te verwachten gevolg was van de schending. Onder meer in geval van schending van *Verkehrspflichten* kan een beoordeling aan de hand van het beschermingsbereik van de geschonden norm (*Schutzzweck der Norm*) leiden een ruimere toerekening van schade.[338]

De aansprakelijkheidsgrond van § 823(1) BGB is, gezien de ruimte die deze bepaling laat voor de toetsing aan ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, het meest relevant waar het gaat om civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen. Op grond van § 823(1) BGB kan een (rechts)persoon aansprakelijkheid gesteld worden voor schending van de in die bepaling genoemde rechten of rechtsgoederen, namelijk: leven (*Leben*), lichaam (*Körper*), gezondheid (*Gesundheit*), vrijheid (*Freiheit*), eigendom (*Eigentum*) en de open categorie van een 'ander recht' (*ein sonstiges Recht*). Een belangrijk 'ander recht' is het in de Duitse rechtspraak ontwikkelde algemene persoonlijkheidsrecht, dat een samenraapsel is van enkele meer concrete persoonlijkheidsrechten zoals het naamrecht, het portretrecht en het recht op respect voor de persoonlijke levenssfeer. Verder valt onder de categorie 'ander recht' van § 823(1) BGB ook het recht op bedrijfsvoering (*Recht am Gewerbebetrieb*), dat onder meer een rol speelt in zaken met betrekking tot oneerlijke mededinging, publieke uitlatingen die de kredietwaardigheid van een onderneming in gevaar brengen en stakingen.[339]

De kern van beoordeling bij de vestiging van aansprakelijkheid op grond van § 823(1) wordt gevormd door de *Verkehrspflichten*, die vergelijkbaar zijn met de verkeers- en veiligheidsnormen in het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht. Hoewel zij niet met zoveel woorden genoemd worden in het BGB en in de doctrine vragen oproepen over onder meer hun samenloop met het schuldvereiste waar het gaat om nalatigheid[340], spelen zij een belangrijke rol met name bij aansprakelijkheid voor schade die niet door een (direct) handelen veroorzaakt is maar door een nalaten.[341] Deze ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen zijn in het begin van de 20e eeuw tot ontwikkeling gekomen als ongeschreven verplichtingen voor personen die hun wegen, gebouwen of gronden opengesteld hebben voor het publiek om zich te verzekeren van de veiligheid van bezoekers. In de loop der jaren zijn ook op veel andere gebieden *Verkehrspflichten* aangenomen ten aanzien van situaties waarin een persoon een bron van gevaar creëert of controleert of profiteert van het bestaan daarvan, of waarin een persoon een dergelijke verplichting op zich neemt.[342]

Rust op een persoon ten aanzien van een bepaalde situatie een *Verkehrspflicht*, dan wordt van hem in het belang van de veiligheid een bijzonder hoge mate van zorgvuldigheid verwacht.[343] Zijn verantwoordelijkheid om bescherming te bieden tegen de gevolgen van de potentiële bron van gevaar waarover hij controle uit kan oefenen geldt in beginsel tegenover eenieder.[344] Relevante criteria voor het aannemen van een *Verkehrspflicht* ten aanzien van een bepaalde situatie zijn onder meer de voorzienbaarheid van het risico, de ernst van de te voorziene schade, de mogelijkheid om het risico te

[338] Zie nader: Van Dam 2013, p. 312-316.
[339] Van Dam 2013, p. 88-89.
[340] Zie bijvoorbeeld: Van Dam 2013, p. 80-81; Kötz & Wagner 2010, p. 152-164.
[341] Van Dam 2013, p. 80-81; Kötz & Wagner 2010, p. 59.
[342] Vgl. Saage-Maaß & Wesche 2015, p. 8.
[343] Van Dam 2013, p. 85-87; RGZ 52, 373, 379.
[344] Beckers 2015, p. 150.

beheersten en de kosten van voorzorgsmaatregelen.[345] Welke mate van voorzorg precies vereist is, is telkens afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Bij de vaststelling van wat in een concrete situatie redelijke voorzorgsmaatregelen zijn kan de rechter aanknopen bij publiekrechtelijke normen, maar ook bijvoorbeeld bij *soft law*-standaarden zoals de UN Guiding Principles of de OESO-Richtlijnen en bij normen die voortvloeien uit zelfreguleringsinstrumenten.[346]

Ook in de context van ondernemingsactiviteiten zijn *Verkehrspflichten* aangenomen. Voorbeelden zijn *Verkehrspflichten* die zijn aangenomen in het kader van de afvalverwerking bij de productie van goederen, in het kader van de verkoop van (etens)waren, en in het kader van de organisatie van grootschalige evenementen.[347] In de rechtspraak wordt daarbij als uitgangspunt genomen dat bij de uitoefening van een beroep of bedrijf de voorzorgsmaatregelen getroffen moeten worden die een verstandige, voorzichtige en gewetensvolle persoon uit dezelfde beroepsgroep als toereikend zou zien om derden te behoeden voor schade en die gezien de omstandigheden niet onredelijk zijn. *Verkehrspflichten* kunnen ook bestaan ten aanzien van risico's die de onderneming niet zelf in het leven geroepen heeft, maar die zij wel kan voorzien en kan beheersen of wegnemen.[348]

In gevallen waarin het gaat om schade als gevolg van een indirect handelen of een nalaten van de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon is de schending van een *Verkehrspflicht* een vereiste voor aansprakelijkheid op grond van § 823(1). Een dergelijke schending impliceert onzorgvuldig gedrag; de vraag of er ook sprake was van voorzienbaarheid en vermijdbaarheid bij de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon van het risico op schade komt vervolgens aan de orde in het kader van de schuldvraag. Schuld (*Fahrlässigkeit*) ontbreekt als het zelfs voor een zorgvuldig persoon niet mogelijk zou zijn geweest om het risico te voorzien en te vermijden. Hierbij wordt een objectieve maatstaf toegepast, in die zin dat het niet gaat om de kennis en kunde van de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon maar om de kennis en kunde die kenmerkend is voor (rechts)personen uit dezelfde professionele kring.[349]

In beginsel zal het aan de eisers in een civiele aansprakelijkheidsprocedure inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen zijn om aannemelijk te maken dat er sprake is van een onrechtmatige gedraging en schuld aan de kant van de gedaagde onderneming. Gaat het echter om een beweerdelijke schending van een *Verkehrspflicht* of een wettelijke regel die het te verwachten gedrag voldoende specifiek beschrijven, dan verschuift de bewijslast naar de gedaagde onderneming. Deze zal dan effectieve zekerheid moeten aantonen dat het niet mogelijk was om het risico te voorzien of te vermijden. Deze effectieve zekerheidsmaatstaf is strenger dan een waarschijnlijkheidsmaatstaf en werkt dus in dit geval uit in het voordeel van de eisende partij. Deze laatste zal echter zelf ook naar deze strengere effectieve zekerheidsmaatstaf moeten aantonen dat er sprake is van causaliteit tussen de onrechtmatige gedraging en de rechtsschending. Voor het bewijs van causaliteit tussen de rechtsschending en de daadwerkelijk geleden schade geldt in beginsel dat voldoende is dat met een redelijke mate van zekerheid aangetoond kan worden dat de schade het te verwachten gevolg van de rechtsschending was.[350]

Het Duitse civiele aansprakelijkheidsrecht kent een aantal wettelijke bepalingen waarin een schuldaansprakelijkheid gekoppeld wordt aan een omkering van de bewijslast, bijvoorbeeld waar het gaat om de aansprakelijkheid van werkgevers voor schade veroorzaakt als gevolg van de fouten van

[345] Zie, met verdere verwijzingen: Grabosch 2015, p. 37-39.
[346] Saage-Maaß & Wesche 2015, p. 9. Zie nader over gedragscodes van ondernemingen en *Verkehrspflichten*: Beckers 2015, p. 150-151.
[347] Beckers 2015, p. 150-151; Grabosch 2015, p. 37-39.
[348] Grabosch 2015, p. 37-39.
[349] Van Dam 2013, p. 231-233.
[350] *Id.*, p. 231-233, 312-315.

hun werknemers, de aansprakelijkheid van producenten voor defecte producten en de aansprakelijkheid van eigenaars van ondeugdelijke gebouwen. In procedures die aangebracht worden op grond van de meer algemene aansprakelijkheidsbepalingen bestaat de mogelijkheid voor Duitse rechters om te bepalen dat de feiten van de zaak de stellingen van de eisende partij op het eerste gezicht in zodanige mate lijken te ondersteunen dat deze worden aangenomen behoudens tegenbewijs door de gedaagde partij (*res ipsa loquitur* of *prima facie* bewijs). Dit is vooral van belang waar het gaat om de bewijslevering ten aanzien van de causaliteit tussen onrechtmatige gedraging en rechtsschending, aangezien daarvoor zoals gezegd een strenge bewijsmaatstaf geldt.[351]

Daarnaast gaan Duitse rechters met enige regelmaat over tot omkering van de bewijslast in procedures waarin de gedaagde partij meer informatie heeft over de oorzaak van de schade. De eisende partij kan dan volstaan met het aantonen dat er sprake is van een defect product of een ondeugdelijke situatie, waarna het aan de gedaagde is om te bewijzen dat hij niet onzorgvuldig gehandeld heeft. Ook in het kader van het bewijs van causaliteit kan reden zijn voor een omkering van de bewijslast, met name waar het gaat om beweerdelijke schendingen van *Verkehrspflichten*; in dat geval zal de causaliteit tussen de schending en de rechtsinbreuk aangenomen worden als de als gevolg daarvan ontstane schade binnen het beschermingsbereik van de norm valt. Het is dan aan de gedaagde partij om aan te tonen dat er geen sprake is van causaliteit.[352]

IMVO-gerelateerde zorgplichten van Duitse internationaal opererende ondernemingen

Aan de – theoretische – mogelijkheid om op grond van het Duitse civiele aansprakelijkheidsrecht, meer in het bijzonder § 823(1) BGB, een vordering aan te brengen tegen een Duitse internationaal opererende onderneming naar aanleiding van beweerdelijke schendingen van IMVO-gerelateerde zorgvuldigheidsnormen in gastlanden, is al enige discussie gewijd in Duitsland, niet alleen in de literatuur[353] maar ook in de politiek.

Eén van de aanleidingen voor politieke discussie hierover was een *amicus curiae brief* die de Duitse federale regering begin 2012 toestuurde aan het US Supreme Court in het kader van de *Kiobel*-zaak (waarover nader par. 1.3.3).[354] In deze *brief* pleitte zij, mede met het oog op een aantal op grond van de Alien Tort Statute voor Amerikaanse federale rechters aangebrachte civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen Duitse multinationals in verband met hun beweerdelijke betrokkenheid bij mensenrechtenschendingen elders, voor een restrictieve uitleg van deze wet in procedures die geen of weinig connecties hebben met de Amerikaanse rechtsorde.[355] In dat kader stelde zij onder meer dat het niet onredelijk zou zijn om te vragen van een slachtoffer van een door een Duitse (rechts)persoon in het buitenland gepleegde onrechtmatige daad om gebruik te maken van de mogelijkheden van het Duitse rechtssysteem, waaronder § 823(1) BGB, om juridisch verhaal te halen.[356]

Deze *brief* leidde in juni 2012 tot kritische vragen van de Bündnis 90/Die Grünen-fraktie, die de regering onder meer vroeg om toe te lichten wat de grondslag was voor haar referte in de *brief* aan § 823(1) BGB. De regering merkte in reactie hierop onder meer op:

---

[351] *Id.*, p. 304-306, 324-325.
[352] *Id.*, p. 304-306, 324-325.
[353] Zie bijvoorbeeld: Grabosch 2015; Saage-Maaß 2011.
[354] Brief of the Federal Republic of Germany as Amicus Curiae in support of respondents, No. 10-1491, 2012. Zie: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs/10-1491_respondentamcufederalrepublicofgermany.authcheckdam.pdf>.
[355] Brief of the Federal Republic of Germany as Amicus Curiae in support of respondents, No. 10-1491, 2012, p. 10-11.
[356] *Id.*, p. 11-13.

> "*Die deutsche Rechtslage lässt in angemessener Weise Schadensersatzklagen wegen Menschenrechtsverletzungen zu, die ausreichenden Inlandsbezug haben. Eine möglicherweise fehlende Rechtspraxis ändert daran nichts. Ob eine fehlende Rechtspraxis auch darauf zurückzuführen ist, dass das US-amerikanische Recht hier mit höheren und besonderen Schadensersatzsummen und mit einem besonders klägerfreundlichen Verfahrensrecht ein attraktiveres Forum darstellt, ist der Bundesregierung nicht bekannt*".[357]

Tussen juni 2013 en september 2015 werden met verwijzing naar deze eerdere discussie en naar de UN Guiding Principles een aantal moties ingediend in de Bundestag die zagen op het verbeteren van de mogelijkheden in Duitsland om internationaal opererende ondernemingen ter verantwoording te roepen voor hun betrokkenheid bij mensenrechtenschendingen in gastlanden.[358]

Uitgangspunt van de moties is dat het instellen van civiele aansprakelijkheidsprocedures inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen in Duitsland volgens de indieners problematisch is. In verband hiermee wordt de Duitse regering onder meer verzocht om bindende verplichtingen op te leggen aan Duitse ondernemingen om internationale mensenrechten-, arbeids- en milieunormen na te leven en om zorgvuldigheid te betrachten ten aanzien van mens- en milieugerelateerde belangen die geschonden zouden kunnen worden als gevolg van activiteiten die door of voor hen verricht worden in het buitenland. Daarnaast wordt gevraagd de in het Duitse aansprakelijkheidsrecht reeds bestaande zorgvuldigheidsverplichtingen voor ondernemingen uit te breiden de betreffende normen ook daadwerkelijk in acht genomen worden. Verder wordt de regering onder meer verzocht om zich er in Europees verband voor in te zetten dat slachtoffers van IMVO-gerelateerde normschendingen door dochters of ketenpartners van Europese ondernemingen toegang hebben tot rechters in de thuislanden van die ondernemingen en dat toepasselijkheid van het aansprakelijkheidsrecht van het thuisland mogelijk wordt gemaakt in de bredere IMVO-context door een uitbreiding van de bijzondere regel inzake milieuschade (art. 7) van de Rome II-Vo.

Geen van deze moties heeft echter vooralsnog kunnen rekenen op voldoende steun in de Bundestag, met als gevolg dat ze stuk voor stuk zijn afgewezen. Daarmee blijft dus relevant de vraag of de bestaande regels, waaronder in het bijzonder § 823(1) BGB, een grondslag kunnen bieden voor civielrechtelijke aansprakelijkheidsvorderingen tegen Duitse internationaal opererende ondernemingen inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen. Er bestaat vooralsnog geen jurisprudentie waarin deze theoretische mogelijkheid in de praktijk verkend is, alhoewel dit mogelijk zal veranderen met de procedure tegen KiK inzake een brand bij een fabriek van één van haar toelevanciers in Pakistan (zie par. 3.3.2) die momenteel aanhangig is bij de rechtbank in Dortmund. Desondanks wordt in (recente) literatuur over het onderwerp aangenomen dat op grond van de bestaande regels, waaronder de *Verkehrspflichten* die ontwikkeld zijn in het kader van § 823(1) BGB, wel degelijk mogelijkheden bestaan om Duitse internationaal opererende ondernemingen aansprakelijk te stellen voor schendingen van mens- en milieugerelateerde belangen in gastlanden.[359]

---

[357] Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Volker Beck (Köln), Marieluise Beck (Bremen), Agnes Brugger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 17/9687 – Verhalten der Bundesregierung in dem Rechtsstreit Kiobel versus Shell, Drucksache 17/9867, 5 juni 2012, p. 7.

[358] Antrag 'Transnationale Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen zur Rechenschaft ziehen', Drucksache 17/13916, 12 juni 2013; Antrag 'Sozial-ökologischen Rahmen für die Aktivitäten transnationaler Unternehmen schaffen und durchsetzen', Drucksache 18/2746, 17 oktober 2014; Antrag 'Unternehmen in die Verantwortung nehmen – Menschenrechtsschutz gesetzlicht regeln', Drucksache 18/5203, 16 juni 2015.

[359] Zie bijvoorbeeld: Grabosch 2015, Saage-Maaß & Wesche 2015; National Baseline Assessment; Spießhofen 2014; Beckers 2014.

Civielrechtelijke aansprakelijkheid van een Duitse moedermaatschappij voor schade veroorzaakt als gevolg van activiteiten van haar dochtermaatschappijen (of zakenpartners) in gastlanden zal in beginsel gegrond moeten worden op de algemene bepaling van § 823(1) BGB. Bij gebrek aan jurisprudentie op dit onderwerp zullen Duitse rechters die geconfronteerd worden met een dergelijke procedure terug moeten vallen op de algemene beginselen voor aansprakelijkheid op grond van deze bepaling zoals hierboven uiteengezet. De vraag zal dan dus zijn of er sprake is van een situatie waarin de moedermaatschappij een bron van gevaar creëert of controleert of profiteert van het bestaan daarvan en er op haar dus een verplichting rust om derden te beschermen tegen eventuele schade als gevolg van dat gevaar, of waarin zij zelf een dergelijke verplichting op zich heeft genomen.

Van een op de moeder rustende *Verkehrspflicht* kan bijvoorbeeld sprake zijn als zij in feite zelf de risicovolle activiteiten aanstuurt of uitvoert of waar zij de verantwoordelijkheid op zich heeft genomen voor het beheren van de risico's, bijvoorbeeld door een gezondheids- en veiligheidsbeleid op te leggen aan haar dochtermaatschappij of ketenpartner. Delegeert zij de verplichting om derden te beschermen tegen de nadelige gevolgen van de activiteiten in het gastland aan de lokale dochtermaatschappij of ketenpartner, dan wil dat niet automatisch zeggen dat op haar in dat kader geen enkele verplichting meer rust. Zij is in dat geval namelijk gehouden om zeker te stellen dat de lokale onderneming aan die verplichting voldoet door een capabele persoon te selecteren om de verplichting aan over te dragen, deze persoon adequaat te instrueren en toezicht te houden op de manier waarop hij zich van zijn taken kwijt. Hoe groter het aan de activiteiten verbonden risico of hoe groter de kans dat de lokale onderneming niet zijn verantwoordelijkheid zal nemen tot het voorkomen van het intreden daarvan, hoe intensiever het toezicht dat van de moeder verlangd mag worden.[360]

Andere relevante gronden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid

Het Duitse recht kent nog een aantal andere gronden voor buitencontractuele aansprakelijkheid die in specifieke gevallen een rol zouden kunnen spelen in de IMVO-context. Enerzijds kent het Duitse civiele aansprakelijkheidsrecht een groot aantal bepalingen die strikte aansprakelijkheden vestigen voor specifieke activiteiten die een ernstig risico op schade met zich brengen (*Gefährdungshaftung*).[361] Hieronder vallen ook aansprakelijkheidsbepalingen met betrekking tot schade aangericht als gevolg van activiteiten die een bijzonder gevaar voor het milieu dan wel voor waterbronnen met zich brengen, welke zijn vastgelegd in het Umwelthaftungsgesetz en het Wasserhaushaltsgesetz, respectievelijk.[362] Anderzijds kent het Duitse civiele aansprakelijkheidsrecht een aantal bepalingen op grond waarvan de onderneming aansprakelijk gesteld kan worden voor onrechtmatige daden gepleegd door (hulp)personen in het kader van de uitoefening van hun taken voor de onderneming.

Op grond van § 831(1) BGB is een (rechts)persoon die een ander voor hem een activiteit laat verrichten, aansprakelijk voor onrechtmatige gedragingen die de ander verricht in het kader van de uitoefening van die taak. Kan de principaal (*Geschäftsherr*) echter aantonen dat hij een redelijke mate van zorgvuldigheid betracht heeft bij het selecteren, uitrusten en leidinggeven aan de hulppersoon (*Verrichtungsgehilfe*) of dat de schade ook ingetreden zou zijn als hij een dergelijke zorgvuldigheid betracht zou hebben, dan kan hij niet aansprakelijk gehouden worden voor de fout van de ander. Gaat het om een groot bedrijf, dan is voldoende dat de leidinggevende kan aantonen dat hij zorgvuldigheid betracht heeft bij het selecteren van de manager die verantwoordelijk is voor het aannemen en aansturen van het personeel. In gevallen dat er sprake is van een principaal-hulppersoon relatie in deze zin, wordt van de principaal doorgaans een hoge mate van zorgvuldigheid verwacht, hetgeen wil zeggen

[360] Zie uitgebreid bijvoorbeeld: Kötz & Wagner 2010, p. 190-253.
[361] Zie, met verdere verwijzingen naar rechtspraak: Saage-Maaß & Wesche 2015, p. 12-13.
[362] Zie nader: Van Dam 2013, p. 442-443.

dat deze aansprakelijkheid voor de fouten van de hulppersoon in het kader van de uitoefening van zijn taken niet makkelijk zal kunnen ontlopen.[363]

Deze bepaling ziet hoofdzakelijk op werkgever-werknemer relaties en is als zodanig niet direct relevant in de IMVO-context, maar kan onder omstandigheden ook leiden tot aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen van onafhankelijke aannemers en handelaren. Voorwaarde hiervoor is wel dat zij gehouden zijn om bij het verrichten van de relevante activiteiten de aanwijzingen van de principaal op te volgen en dat de principaal in een positie blijft dat hij de activiteiten van de hulppersoon op elk moment kan controleren en bijsturen en deze op elk moment van zijn taken kan ontheffen. Dit afhankelijkheids-criterium wordt in de rechtspraak heel strikt geïnterpreteerd. Dit leidt ertoe dat moedermaatschappijen in beginsel niet op deze basis aansprakelijk gesteld zullen kunnen worden voor de onrechtmatige gedragingen van (werknemers van) andere groepsmaatschappijen.[364]

Het beperkte toepassingsbereik van § 831(1) BGB is aanleiding geweest voor de verdere ontwikkeling van een aantal andere gronden voor aansprakelijkheid van opdrachtgevers / leidinggevenden voor fouten van hulppersonen in het kader van de uitvoering van hun taken.[365] Eén daarvan is § 31 BGB, op grond waarvan de onderneming aansprakelijk gesteld kan worden voor schade veroorzaakt aan derden als gevolg van onrechtmatige daden die door het bestuur, bestuurders of andere statutair benoemde vertegenwoordigers begaan zijn bij de uitvoering van hun taken. Omdat deze bepaling veel ruimhartiger is dan de bepaling inzake aansprakelijkheid voor werknemers, kan dit aanleiding zijn voor ondernemingen om de kring van statutair vertegenwoordigers zo beperkt mogelijk te houden; om dit tegen te gaan is het begrip statutair vertegenwoordiger in de rechtspraak ruim uitgelegd. Zij geldt daarom ook bijvoorbeeld voor onrechtmatige daden gepleegd door managers binnen grote organisaties, zoals bestuurders van filialen en departementshoofden, bij activiteiten die zij verricht hebben in het kader van hun taakuitoefening.[366]

Deze bepaling kan relevant zijn in de IMVO-context, maar alleen in die situaties waar hogere functionarissen van Duitse internationaal opererende ondernemingen aansprakelijk gesteld kunnen worden (bijvoorbeeld op basis van § 823(1) BGB) voor onrechtmatige daden die zij hebben begaan in het kader van de uitoefening van hun functie, met schade aan mens en milieu in het gastland tot gevolg. Zij biedt geen grondslag voor toerekening van de onrechtmatige gedragingen van (functionarissen van) andere ondernemingen (dochtermaatschappijen, ketenpartners) aan de Duitse onderneming. Interessant in dit kader is wel dat deze hogere functionarissen niet alleen aansprakelijk gesteld kunnen worden voor hun eigen onrechtmatige gedragingen, maar ook voor hun eventuele nalaten om te zorgen voor de mate van organisatie van en toezicht op het management en de activiteiten van de onderneming die noodzakelijk is om schade aan derden als gevolg van de ondernemingsactiviteiten te voorkomen (*betriebliche Organisationspflicht*).[367]

Hoewel er in het Duitse ondernemingsrecht net als in het Nederlandse ondernemingsrecht in theorie de mogelijkheid bestaat tot aansprakelijkstelling van een moedermaatschappij voor schulden (of gedragingen) van haar dochter, wordt dit slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden toegestaan (zie ook par. 3.3.3). De uitzonderingsgevallen waarin een dergelijke doorbraak van aansprakelijkheid

[363] Van Dam 2013, p. 502-504; Kötz & Wagner 2010, p. 106-115.
[364] Van Dam 2013, p. 504; Saage-Maaß & Wesche 2015, p. 12.
[365] Vgl. Kötz & Wagner 2010, p. 115-116.
[366] Het is voldoende dat de betreffende personen "[…] *durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwörtlichen Erfüllung zugewiesen sind*". BGH 30 oktober 1967, VII ZR 82/65, *BGHZ* 49, 19, 21. Zie ook Kötz & Wagner 2010, p. 116-117.
[367] Van Dam 2013, p. 504-505; Kötz & Wagner 2010, p. 117-119; Saage-Maaß & Wesche 2015, p. 10.

naar Duits recht is toegestaan bieden bovendien geen aanknopingspunten voor gebruik in de IMVO-context.[368]

Tot slot kan nog gewezen worden op de ruime mogelijkheden die het Duitse mededingingsrecht (*Wettbewerbsrecht*) kent om Duitse internationaal opererende ondernemingen aansprakelijk te stellen op grond van ongeoorloofde mededinging. Vooropgesteld moet worden dat deze bepalingen geen grondslag bieden voor civiele aansprakelijkheidsvorderingen tegen Duitse internationaal opererende ondernemingen door derden uit gastlanden in verband met de schadelijke gevolgen voor mens en milieu van de activiteiten van die ondernemingen (of hun dochtermaatschappijen of ketenpartners) aldaar. Zij kunnen echter wel als grondslag dienen voor aansprakelijkheidsvorderingen door consumenten respectievelijk concurrenten die schade hebben geleden als gevolg van IMVO-gerelateerde ongeoorloofde mededinging door Duitse internationaal opererende ondernemingen.[369] De procedure tegen Lidl inzake misleidende uitlatingen over werkomstandigheden in de productieketen (par. 3.3.2) laat zien dat hier in de praktijk ook gebruik van wordt gemaakt.

Remedies

Als aansprakelijkheid op grond van § 823(1) BGB wordt vastgesteld, betekent dat, zo volgt uit die regel, dat de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon tot vergoeding van de door zijn *unerlaubte Handlung* ontstane schade verplicht is. De regels ten aanzien van de schadevergoedingsverplichtingen zijn opgenomen in boek 2 van het BGB, in de §§ 249-254 en 842-855 BGB. In het Duitse schadevergoedingsrecht staat voorop dat de benadeelde in de positie moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Die grondgedachte heeft geleid tot de basisregel in § 249(1) BGB dat de schade dient te worden hersteld. Het bestaan van deze basisregel neemt echter niet weg dat vergoeding van de geleden schade, die als remedie in zicht komt wanneer herstel niet mogelijk is, in de Duitse rechtspraktijk de belangrijkste rol speelt.[370]

Zowel materiële als immateriële schade komen voor vergoeding komen in aanmerking, dit laatste echter slechts voor zover de wet recht geeft op vergoeding daarvan (§ 253(1) BGB). Een recht op immateriële schadevergoeding bestaat bijvoorbeeld op grond van § 253(2) BGB ingeval de benadeelde lichamelijk letsel heeft geleden of in zijn gezondheid, vrijheid of zijn seksuele zelfbeschikking is aangetast. § 842 BGB bepaalt verder dat een verplichting tot schadevergoeding vanwege (specifiek) onrechtmatig handelen, ingeval er sprake is van lichamelijk letsel, ook inkomensschade en schade als gevolg van de nadelige gevolgen voor de carrière van de benadeelde omvat. In § 844 BGB wordt een regeling getroffen voor de vergoeding van schade van derden in de situatie dat de benadeelde overleden is voor begrafeniskosten en voor de kosten van onderhoud waarvoor zij op het slachtoffer aangewezen waren. Hierop kan naar Duits recht echter alleen een beroep gedaan worden door echtgenoten en geregistreerd partners en, waar het gaat om onderhoudskosten, (geadopteerde) kinderen, en alleen voor zover er een juridische verplichting bestond tot onderhoud van deze personen. Een mogelijkheid tot vordering van affectieschade kent het Duitse schadevergoedingsrecht niet.[371] Datzelfde geldt voor schadevergoedingen met een preventieve of bestraffingsfunctie (*punitive damages*), alhoewel bijvoorbeeld in procedures inzake schendingen van persoonlijkheidsrechten soms hoge bedragen aan immateriële schadevergoeding worden opgelegd met de bedoeling om ter afschrikking te dienen voor ernstige schendingen.[372]

---

[368] Saage-Maaß 2011, p. 10-11.
[369] Zie uitgebreid: Grabosch 2015, p. 39-42.
[370] Van Dam 2013, p. 355-357.
[371] Zie nader: Van Dam 2013, p. 366-372.
[372] Van Dam 2013, p. 351-352.

Het Duitse recht biedt wel enkele specifieke grondslagen voor (bijzondere) gebods- of verbodsacties. Deze staan verspreid door het Bürgerliches Gesetzbuch en worden beschouwd als aanvulling op de andere remedies, waaronder de schadevergoeding.[373] Grondslagen zijn bijvoorbeeld te vinden in § 12 BGB (verbodsactie ter bescherming van de naam), § 862 BGB (verbodsactie ter bescherming van bezit) en § 1004 BGB (een verbodsactie ter bescherming van eigendom).

Procedurele en praktische omstandigheden

Is een Duitse rechter bevoegd om kennis te nemen van een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een internationaal opererende onderneming voor vermeende schendingen van IMVO-gerelateerde zorgplichten, dan is Duits recht als de *lex fori* toepasselijk op procedurele kwesties zoals de mogelijkheden tot bewijsverkrijging en de rechtspleging.[374] Drie belangrijke mogelijke procedurele en praktische drempels voor potentiële eisers in civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen zijn de kosten die gemoeid zijn met procederen, de mogelijkheden tot het verkrijgen van bewijs en de mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties.[375] Daarbij moet voorop gesteld worden dat in procedures voor de Duitse rechter, net als in Nederland, een ondergrens gesteld wordt door art. 6 EVRM, waarin het recht op een eerlijk proces is vastgelegd.

De kosten van civiele procedures voor de Duitse rechter zijn in vergelijking met Nederland relatief laag als het gaat om vorderingen met een lage bestreden waarde, maar lopen sterk op naarmate het in geding zijnde geldbedrag hoger is.[376] Zij vallen uiteen in griffierechten, die onder meer de administratieve kosten van de rechtbank en haar uitgaven aan bijvoorbeeld door de rechter ingeschakelde getuigen en experts omvatten, en buitengerechtelijke kosten, die vooral de advocatenkosten en de kosten voor door de partijen ingeschakelde experts omvatten. Zowel griffierechten als advocatenkosten worden vastgesteld op basis van de wet en zijn hoofdzakelijk afhankelijk van het bedrag van de vordering en van de instantie waar de vordering is aangebracht. Advocatenkosten mogen in Duitsland in beginsel niet vastgesteld worden op basis van resultaatsgerelateerde beloningsafspraken (*contingency fees*). Wel is mogelijk dat een hoger tarief wordt afgesproken dan hetgeen op grond van de wet verschuldigd is; daarnaast bestaan er mogelijkheden tot het maken van afspraken over bonussen.[377]

De kosten van de procedure komen in beginsel voor rekening van de verliezende partij; is er sprake van een gedeeltelijke overwinning en een gedeeltelijk verlies dan worden de kosten ofwel verrekend ofwel proportioneel toegewezen.[378] De kosten die verhaald mogen worden op de andere partij omvatten alleen die kosten die noodzakelijk waren voor het instellen van of het voeren van verweer tegen de vordering en moeten zo laag mogelijk gehouden worden. In beginsel zijn griffierechten verhaalbaar, alsook de advocatenkosten tot het bedrag dat op basis van de wet verschuldigd is.[379] Hebben de eisers geen

[373] Zekoll & Reimann 2005, p. 223-224.
[374] Art. 1 lid 3 Rome II-Vo.
[375] Enneking 2013(2); Enneking 2012(1), p. 187-202, 256-265.
[376] Zie, in rechtsvergelijkend perspectief: Sobrie 2014, p. 1272-1274, met een overzicht op p. 1276.
[377] Zie bijvoobeeld: E-justice portal, costs of proceedings in Germany, <https://e-justice.europa.eu/content_costs_of_proceedings-37-de-en.do?member=1>; Study on the Transparency of Costs of Civil Judicial Proceedings in the European Union – Country report Germany (2007), <https://e-justice.europa.eu/content_costs_of_proceedings-37-en.do>, p. 7; Faure e.a. 2006, p. 53-54. Zie ook: Saage-Maaß & Wesche 2015, p. 19-21.
[378] § 91(1) ZPO.
[379] Zie bijvoorbeeld: E-justice portal, costs of proceedings in Germany, <https://e-justice.europa.eu/content_costs_of_proceedings-37-de-en.do?member=1>; Study on the Transparency of Costs of Civil Judicial Proceedings in the European Union – Country report Germany (2007), <https://e-

gewone verblijfplaats in één van de EER-lidstaten, zoals vaak het geval zal zijn in civiele aansprakelijkheidsprocedures inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen, dan kan de gedaagde partij in principe van hen verlangen dat zij bij aanvang van de procedure zekerheid stellen voor de proceskosten.[380]

Zijn de eisers door hun persoonlijke of economische omstandigheden niet in staat om de kosten van de procedure op te brengen, zoals het geval kan zijn in civiele aansprakelijkheidsprocedures inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen, dan bestaat er de mogelijkheid tot een beroep op gesubsidieerde rechtsbijstand. Deze mogelijkheid bestaat ook voor eisers die buiten Duitsland woonachtig zijn. Voorwaarde is wel dat de procedure die zij willen aanbrengen naar het oordeel van de rechtbank op het eerste gezicht een kans op succes heeft en niet frivool (*mutwillig*) is. Van dat laatste is sprake wanneer een partij die geen aanspraak zou hebben op gesubsidieerde rechtsbijstand bij een verstandige afweging van alle omstandigheden van de vordering af zou zien, zelfs als er een voldoende kans op slagen zou bestaan.[381] Kan de eisende partij aanspraak maken op gesubsidieerde rechtsbijstand, dan kunnen op die manier de kosten van de eisende partij geheel of gedeeltelijk gedekt worden en vervalt ook de eventuele verplichting tot zekerheidstelling van de proceskosten.[382] Wel geldt dat het risico dat de proceskosten van de wederpartij bij verlies vergoed moeten worden, blijft bestaan.[383]

De mogelijkheden tot het aanbrengen van representatieve acties door belangenorganisaties zijn in het Duitse recht beperkt tot enkele specifieke bepalingen in het milieu- en consumentenrecht.[384] Wat betreft collectieve schadevergoedingsacties geldt dat het Duitse recht niet een algemeen mechanisme kent dat het mogelijk maakt voor een groep van benadeelden die allen schade hebben geleden als gevolg van dezelfde onrechtmatige gedraging, om gezamenlijk een vordering tot schadevergoeding in te stellen. In beginsel zal elke eiser dus een individuele schadeclaim moeten instellen, hetgeen hoge kosten en een grote administratieve last met zich kan brengen in gevallen waarin er sprake is van grote groepen benadeelden, niet alleen voor die benadeelden zelf maar ook voor de gedaagde partij en voor de rechterlijke macht.

In de praktijk wordt dit soms opgelost met behulp van de figuur van de verbonden partijen (*Streitgenossen*), maar dit is in principe alleen mogelijk als het gaat om vordering met dezelfde feitelijke en juridische grondslag.[385] Hoewel in dit geval een aantal zaken zoals de bewijsgaring en het vonnis gezamenlijk plaatsvinden, blijven de eisers individuele en zelfstandige partijen, hetgeen betekent dat advocaten de vorderingen uiteindelijk als verschillende procedures zullen moeten behandelen.[386] Wel bestaan er specifieke collectieve schadevergoedingsmechanismen in bepaalde rechtsgebieden, zoals het mededingingsrecht en het consumentenrecht.[387] Mogelijk van belang in de IMVO-context is de bepaling dat in bepaalde gevallen van massale milieuschade alle schadevorderingen tegen de beheerder van de schadeveroorzakende instelling geconcentreerd moeten worden bij de rechter in de plaats waar die

justice.europa.eu/content_costs_of_proceedings-37-en.do>, p. 26-27; Faure e.a. 2006, p. 55. Zie ook: Saage-Maaß & Wesche 2015, p. 21.

380 § 110 ZPO. Zie ook Heydenreich e.a. 2014, p. 105-106

381 § 114 ZPO.

382 § 122 ZPO.

383 § 123 ZPO.

384 Heydenreich e.a. 2014, p. 107.

385 § 59 ZPO e.v.

386 Vgl. Saage-Maaß & Wesche 2015, p. 17.

387 Zie de informatie over *collective redress* in Duitsland op de BIICL-website: <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/reports/germany/overview>.

instelling gevestigd is. Deze bepaling geldt niet als het gaat om een instelling die buiten Duitsland gelegen is.[388]

De bewijslast in civiele procedures voor de Duitse rechter ligt in beginsel bij de eisende partij. Als uitgangspunt met betrekking tot de bewijsgaring geldt dat er geen algemene procedurele verplichting bestaat voor de wederpartij tot het geven van inzage in bewijsstukken die hij tot zijn beschikking heeft. Er bestaan echter een paar specifieke juridische gronden op basis waarvan inzage in bewijsstukken kan worden gevorderd. Deze omvatten onder meer de mogelijkheid om een verzoek in te dienen tot inzage in een bepaald document dat in handen is van de wederpartij. Dit verzoek moet een omschrijving van het document bevatten, details van de feiten die men op grond daarvan beoogt te bewijzen en een zo accuraat en volledig mogelijke beschrijving van de inhoud ervan. Daarnaast moet het een onderbouwing bevatten voor de stelling dat de wederpartij in bezit is van het document en een beschrijving en *prima facie* rechtvaardiging van de grondslag voor een verplichting tot overlegging van het document. Tenzij de wederpartij in de loop van het geding zelf aan het betreffende document gerefereerd heeft, moet het daarbij gaan om een grondslag die voortvloeit uit een specifieke bepaling binnen het materiële privaatrecht.[389] De bepalingen met betrekking tot de partijvordering tot inzage worden met terughoudendheid toegepast door Duitse rechters. Verder zijn de mogelijkheden voor de Duitse rechter om inzage af te dwingen of om uit eigener beweging te vragen om bewijsstukken die niet door de partijen in geding zijn gebracht (§ 142 ZPO), beperkt.[390]

3.3.5 Toegang tot de strafrechter

Het Duitse openbaar ministerie is wettelijk verplicht om in alle strafzaken waarvan het kennis krijgt strafvervolging in te stellen wanneer er toereikende feitelijke aanknopingspunten daarvoor aanwezig zijn (§ 152(2) Strafprozessordnung, StPO). Een aangifte door een slachtoffer is de voorwaarde voor het instellen van een strafrechtelijk onderzoek (§ 151 StPO); de aangifte is dan ook een belangrijk bron voor het openbaar ministerie om kennis te krijgen van een mogelijke strafzaak. In de praktijk is het niet haalbaar voor het openbaar ministerie om in alle gevallen strafvervolging in te stellen. Ook kan het instellen van strafvervolging niet een zodanig belang te betreffen dat het openbaar ministerie zijn capaciteit en middelen daartoe in het belang van de samenleving zou moeten aanwenden door wel te vervolgen. Om deze redenen kent het Duits strafprocesrecht twee instrumenten waarmee het slachtoffer van een strafbaar feit een strafvervolging kan initiëren, de *Klageerzwingungsverfahren* en de *Privatkläge*, alsmede een instrument waarmee het slachtoffer zich met de strafvervolging kan inlaten, de *Nebenkläge*.

Allereerst kan het slachtoffer tegen een beslissing van het openbaar ministerie om niet te vervolgen opkomen in het *Klageerzwingungsverfahren* van § 172 e.v. StPO. Ingevolge deze procedure kan een slachtoffer wiens aangifte niet tot vervolging door het openbaar ministerie leidt (bijvoorbeeld omdat het openbaar ministerie stilzit of omdat het besluit niet te vervolgen), eerst beklag aantekenen bij de hoofdofficier van justitie en als dat beklag wordt afgewezen, bezwaar aantekenen bij de rechter. Die moet het slachtoffer, de verdachte en de openbare aanklager horen en beslist vervolgens of al dan niet strafvervolging moet worden ingesteld. De rechter kan beslissen dat het slachtoffer een zekerheidstelling voor de kosten die de Staat en de verdachte door de procedure moeten maken moet

[388] § 32a ZPO.

[389] §§ 421-424 ZPO.

[390] Vgl. Saage-Maaß & Wesche 2015, p. 14-16; Duits landenrapport met betrekking tot schadevorderingen in de context van EU antitrust-regelgeving, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/germany_en.pdf>, p. 13-15.

betalen (§ 376 StPO). Betaalt het slachtoffer deze zekerheidstelling niet, dan wordt het bezwaar voor ingetrokken gehouden. Er wordt weinig gebruik gemaakt van het Klageerzwingungsverfahren.[391]

Ten tweede bestaat al sinds jaar en dag het instrument van de *Privatkläge*, geregeld in § 374 e.v. StPO. Dit instrument stelt het slachtoffer van een limitatief aantal in de wet genoemde delicten in staat om zelf en geheel buiten het openbaar ministerie om een verdachte strafrechtelijk te vervolgen. Het slachtoffer treedt dan als private aanklager op. De delicten waarvoor de *Privatkläge* mogelijk is, zijn lichte misdrijven en betreffen delicten als huisvredebreuk, bepaalde vormen van belediging, lichte mishandeling, en vernieling (zie § 374 StPO). Dat zijn over het algemeen niet de delicten die mede schending van IMVO-normen omvatten. Er lijkt evenwel één delict te zijn waarvoor de Privatkläge openstaat dat in de IMVO-context wel relevant kan zijn.[392] Dat betreft de strafbepaling van § 16 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Deze strafbepaling inzake strafbare werving verbiedt kort gezegd 1) het in openbare mededelingen bestemd voor een groter publiek onware opgaven doen om de schijn van een bijzonder gunstig aanbod in het leven te roepen, en 2) het gebruiken van een verkooptechniek waarbij via een sneeuwbalsysteem voordelen in het vooruitzicht worden gesteld die door de deelnemers uiteindelijk zelf worden betaald. De eerste vorm van strafbare werving lijkt zich te hebben voorgedaan in de zaak tegen Lidl, beschreven in par. 3.3.2, al was daar geen sprake van een strafrechtelijk onderzoek. Om deze reden volgen enkele opmerkingen over de *Privatkläge*.

De *Privatkläge* staat alleen open voor degene die door een gedraging van een derde onmiddellijk is getroffen in een belang dat één van de limitatief in § 374 StPO genoemde delicten beoogt te beschermen.[393] De *Privatkläge* staat ook open voor ondernemingen, mits zij in een civiele procedure ook als eiser zouden kunnen optreden (§ 374(3) StPO). Het slachtoffer dat gebruik wenst te maken van de *Privatkläge* moet vooraf een zekerheidstelling betalen voor de kosten die de verdachte als gevolg van de strafprocedure zal maken, indien een dergelijke verplichting ook in een civiele procedure zou gelden. Er is evenwel financiering hiervoor mogelijk. Daarbij wordt aangesloten bij proceskostenregeling in het civiele recht (zie § 379 StPO). Dit vereiste van zekerheidsstelling levert derhalve een financiële drempel op tegen lichtvaardig gebruik van de *Privatkläge*. Daarnaast moet de *Privatkläge* een proceskostenvoorschot betalen aan het gerecht, tenzij hij met behulp van gesubsidieerde rechtsbijstand procedeert (§ 379a StPO). Het uitgangspunt is dat de *Privatkläger* de betaalde bedragen alleen terugkrijgt wanneer de strafprocedure leidt tot een veroordeling. De strafrechter kan de *Privatkläger* ook nog veroordelen in de proceskosten. Kortom, een *Privatkläger* loopt aanmerkelijke financiële risico's.[394]

Verder is een voorwaarde voor het instellen van de *Privatkläge* dat het openbaar ministerie afziet van strafvervolging, namelijk ingeval van gebrek aan openbaar belang (§ 376 StPO). Wel is het mogelijk dat het openbaar ministerie de *Privatkläge* overneemt, hetgeen in elke stand van het geding mogelijk is (§ 377(2) StPO). De *Privatkläger* kan zich dan opstellen als *Nebenkläger* (waarover hierna meer). Voor een aantal delicten is ten slotte nog vereist dat eerst een poging tot schikking of mediation moet zijn gedaan en dat dit vergeefs is geweest. Dat geldt evenwel niet voor het delict strafbare werving van § 16 UWG, zie § 380 StPO. Gelet op al deze voorwaarden en vooral de financiële risico's verbonden aan een *Privatkläge* maken slachtoffers niet vaak gebruik van dit instrument.[395] Er is dan ook kritiek op de

[391] Lindenberg 2013, p. 261.
[392] § 374 StPO noemt nog enkele andere sectorale wetten, zoals de Merkenwet en de Patentenwet, die onder bijzondere omstandigheden heel misschien in een IMVO-context betekenis zouden kunnen hebben.
[393] Lindenberg 2013, p. 253-254.
[394] *Id.*, p. 255.
[395] Hellwege & Wittig 2015, p. 168; Lindenberg 2013, p. 255.

Privatkläge, want die zou een taak van de overheid op een slachtofferonvriendelijke manier afschuiven op een burger of onderneming.[396]

Ten derde biedt het Duits strafprocesrecht het instrument van de Nebenkläge, geregeld in § 395 e.v. StPO. Via de *Nebenkläge* kan een slachtoffer (of diens nabestaanden) naast de openbare aanklager als mede-aanklager optreden. Dit verschaft het slachtoffer de mogelijkheid om toe te zien op de werkzaamheden van de openbare aanklager en om zijn belangen te kunnen behartigen.[397] Een slachtoffer kan zich in elke stand van het strafproces als *Nebenkläger* bij dat strafproces aansluiten, maar daaruit volgt wel dat optreden als *Nebenkläger* alleen mogelijk is wanneer het openbaar ministerie een strafvervolging tegen verdachte heeft ingesteld.[398] Via de *Nebenkläge* kan het slachtoffer derhalve niet de vervolgingsbeslissing van het openbaar ministerie beïnvloeden.

Als *Nebenkläger* is het slachtoffer een volwaardige procespartij. Hem komen allerlei procedurele rechten en bevoegdheden toe, zoals het recht aanwezig te zijn bij het onderzoek ter zitting, het stellen van vragen, het aandragen van bewijs, de mogelijkheid zich uit te laten over bewijsmiddelen, het inzien van dossierstukken via zijn raadsman, en het instellen van hoger beroep, zie § 397 StPO. De *Nebenkläger* is in de uitoefening van zijn rechten en bevoegdheden niet ondergeschikt aan de openbare aanklager; hij kan zijn rechten en bevoegdheden puur aanwenden ter behartiging van het eigen belang. Dat belang is dan bijvoorbeeld gelegen in het controleren van de juistheid van verklaringen van verdachte, het zich kunnen verdedigen tegen diens verklaringen, de betrouwbaarheid van bewijsmiddelen onderstrepen, het vergemakkelijken van het verkrijgen van schadevergoeding etc.[399] Aldus kan het slachtoffer als *Nebenkläger* de gang van het strafproces beïnvloeden en is hij veel meer dan een getuige die alleen maar een bron van bewijs is.[400]

De mogelijkheid van het zich aansluiten als *Nebenkläger* staat alleen open ter zake van bepaalde delicten, die limitatief zijn opgesomd in § 395(1) StPO. Het gaat dan om zware misdrijven als (poging tot) moord en doodslag, zware mishandeling, zedendelicten, alsook om strafbepalingen uit sectorale wetgeving als Merkenwet, Patentenwet en de hiervoor al besproken strafbare werving van § 16 UWG. Echter, anders dan bij de *Privatkläge*, kent de regeling van de *Nebenkläge* sinds 2009 een open grond waarin ook buiten de limitatief genoemde delicten van § 395(1) StPO de *Nebenkläge* mogelijk is, namelijk "[…] *wenn dies aus besonderen Gründen, insbesondere wegen der schweren Folgen der Tat, zur Wahrnehmung seiner Interessen geboten erscheint*", § 395(3) StPO. Het slachtoffer dat zich als *Nebenkläger* aansluit in het strafproces voor bepaalde delicten kan in aanmerking komen voor gesubsidieerde rechtsbijstand (zie § 397a StPO). Dat zijn bijvoorbeeld de zedenmisdrijven. In dit type zaken neemt het aantal gevallen van *Nebenkläge* toe; in andere typen strafzaken wordt er betrekkelijk weinig gebruik van gemaakt.[401]

Naast de besproken mogelijkheden om een strafvervolging te initiëren respectievelijk het strafproces te beïnvloeden kan het slachtoffer zich met zijn vordering tot vergoeding van schade voegen in het strafproces. Dat kan via de sinds 1943 al bestaande procedure van het *Adhäsionsverfahren* van § 403-406c StPO. Daarmee kan het slachtoffer (of diens erven) dat een vermogensrechtelijke aanspraak heeft op de verdachte vanwege het strafbare feit zijn vordering tot schadevergoeding in het strafproces indienen (§ 403 StPO), waarna de strafrechter daarop beslist overeenkomstig de regels van het civiele recht. Het slachtoffer dient daarbij de feiten en de grondslag voor de vordering te vermelden en

[396] Zie, met verwijzingen, Lindenberg 2013, p. 255.
[397] Hellwege & Wittig 2015, p. 167.
[398] Zie § 395(4) StPO.
[399] Lindenberg 2013, p. 256; Hellwege & Wittig 2015, p. 167.
[400] Hellwege & Wittig 2015, p. 167.
[401] Zie Lindenberg 2013, p. 258-259.

onderbouwende bewijsmiddelen te verschaffen (§ 404(1) StPO). Het slachtoffer kan aanspraak maken op gesubsidieerde rechtsbijstand, mits hij een dergelijke aanspraak ook zou hebben bij een civiele procedure (§ 405(5) StPO). Het *Adhäsionsverfahren* kan niet worden gebruikt als de vordering al voor een rechter is gebracht. Bovendien moet de vordering zodanig zijn dat een rechter daarvan kennis kan nemen, zo volgt uit § 403 StPO. Er geldt geen limiet voor de hoogte van de vordering.

Er is evenwel wel een andere belangrijke beperking. Wanneer de strafrechter van oordeel is dat de behandeling van de vordering in het strafproces '*nicht eignet*' gelet op de gerechtvaardigde belangen van het slachtoffer. Daarvan is in het bijzonder sprake als het strafproces 'erheblich verzörgern würde' door beoordeling van de vordering, aldus § 406(1) StPO. Betreft het daarentegen een vordering tot smartengeld, dan mag de strafrechter de vordering niet op deze grondslag afwijzen. In de praktijk plegen rechters al snel de behandeling van een vordering tot schadevergoeding als '*nicht eignet*' aan te merken. Zij vinden de behandeling van de civiele vordering tot schadevergoeding kennelijk niet passen in het strafproces.[402] Hoewel het *Adhäsionsverfahren* voor het slachtoffer door de wetgever is bedoeld om op een eenvoudige en efficiënte wijze zijn vordering tot schadevergoeding door een rechter te laten beoordelen, wordt in de praktijk nauwelijks gebruik gemaakt van deze procedure. In 2010 is de procedure in slechts 0,59% van de strafzaken gevolgd.[403] Naast de al genoemde reden, spelen mee dat advocaten vrezen dat de strafrechter moeite zal hebben met een goede beoordeling van de vordering wegens het complexe onrechtmatigedaadsrecht, dat advocaten minder in rekening kunnen brengen dan in een civiele procedure, en dat er belemmeringen kunnen ontstaan bij verhaal op een verzekeraar.[404]

Een beslissing van de strafrechter heeft niet uit zichzelf formele rechtskracht voor de civiele rechter. Echter, wanneer een civiele rechter van oordeel is dat de uitspraak van de strafrechter geen aanleiding geeft tot aanmerkelijke twijfel over de juistheid van met name de door de strafrechter vastgestelde feiten, dan moet hij het oordeel van de strafrechter volgen. Het gevolg van deze regel is dat de civiele rechter doorgaans de uitspraken van de strafrechter volgt.[405] Wanneer in een lopende civiele procedure blijkt dat een strafprocedure gaande is, dan is de civiele rechter bevoegd de behandeling van de zaak aan te houden (§ 149(1) StPO).

Uit het voorgaande volgt dat het Duitse strafprocesrecht een palet aan voorzieningen kent ten behoeve van slachtoffers van delicten, die deels ook bruikbaar zouden kunnen zijn voor slachtoffers van schendingen van IMVO-normen. Daarmee heeft het Duitse strafprocesrecht de potentie om ondersteunend dan wel aanvullend ten opzichte van het civiele recht te kunnen zijn. Opmerkelijk is evenwel dat de besproken voorzieningen in de praktijk weinig toepassing vinden, veelal om praktische redenen en om redenen van een bepaalde opvatting over het strafproces in relatie tot civiele vorderingen. Deze opvatting houdt in dat in het strafproces de berechting van de verdachte centraal moet staan en niet de aandacht daarvan zou moeten worden afgeleid door andere zaken zoals de behandeling van een civiele vordering.[406]

3.3.6 Conclusie

Duitsland heeft een lange traditie op het gebied van (internationaal) maatschappelijk verantwoord ondernemen, met een sterke nadruk op vrijwilligheid. Het kent een divers landschap aan vrijwillige initiatieven en netwerken op het gebied van (I)MVO en duurzaamheid. In het maatschappelijk en politiek debat rond (I)MVO ligt de nadruk momenteel sterk op (internationale) productieketens. In 2010 heeft

[402] Lindenberg 2013, p. 261-262.
[403] Hellwege & Wittig 2015, p. 165.
[404] *Id.*, p. 165-166.
[405] *Id.*, p. 168.
[406] Vgl. Hellwege & Wittig 2015, p. 165-166.

de Duitse federale regering het *Aktionsplan CSR* opgesteld om MVO te bevorderen en het bewustzijn hieromtrent te vergroten. Sinds eind 2014 is de federale regering bezig met het ontwikkelen van een Nationaal Actieplan ter implementatie van de UN Guiding Principles. De afgelopen jaren is er verschillende malen politieke en publieke aandacht geweest voor IMVO-gerelateerde incidenten waar in sommige gevallen ook Duitse bedrijven bij betrokken waren.

Er is tot op heden een vijftal procedures voor de Duitse rechter gebracht die betrekking hadden op beweerdelijke IMVO-normschendingen door Duitse internationaal opererende ondernemingen in gastlanden. Een procedure tegen een discount-detailhandelaar op grond van misleidende reclame over arbeidsomstandigheden in de productieketen is in 2010 buiten de rechter om geschikt. Er zijn twee lopende civiele aansprakelijkheidsprocedures die zien op enerzijds de aansprakelijkheid van een Duitse textieldiscounter voor de ernstige gevolgen van een fabrieksbrand bij een Pakistaanse toeleverancier en anderzijds de aansprakelijkheid van een Duits energieconcern voor schade in Peru als gevolg van klimaatverandering. Een strafrechtelijk onderzoek naar medeplichtigheid van een manager van een Duitse houtfabrikant bij mensenrechtenschendingen in de Democratische Republiek Congo is in maart 2015 gestaakt; een ander onderzoek naar de verantwoordelijkheid van medewerkers van een Duits bouwkundig bedrijf voor schade aangericht door de bouw van een dam in Sudan loopt nog.

In het Duitse ondernemingsrecht zijn specifieke verplichtingen voor bestuurders of de *Aufsichtsrat* om rekening te houden met (I)MVO-gerelateerde belangen zeer schaars. In het jaarverslag dient wel gerapporteerd te worden over niet-financiële prestatie-indicatoren en beursvennootschappen dienen in hun *comprehensive governance statement* informatie te verstrekken over ethische standaarden die zij naleven. Daarnaast moeten bestuurders bij hun taakuitoefening zorgvuldigheid betrachten en zich richten naar het belang van de onderneming. Hoewel onder deze norm ook maatschappelijke belangen worden geschaard, is niet duidelijk of daaruit concrete verplichtingen tot het in acht nemen van (I)MVO-gerelateerde belangen kunnen worden afgeleid en, zo ja, wat de inhoud en reikwijdte daarvan zou zijn. Verder dan de stelling dat vrijwillig op (I)MVO gericht beleid door het bestuur niet in strijd is met het belang van de onderneming, gaat men in de literatuur niet. Van rechtspraak op dit punt is vooralsnog geen sprake. Tot slot dient nog te worden opgemerkt dat het Duitse recht weliswaar een uitvoerige regeling van concernverhoudingen kent, maar dat deze alleen de relatie tussen de moedervennootschap en de dochtervennootschap regelt. Uit de regeling volgen dus geen verplichtingen tot het in acht nemen van belangen van (I)MVO-stakeholders.

Voor zover het al mogelijk is om (I)MVO-gerelateerde verplichtingen af te leiden uit bepaalde open normen van het Duitse ondernemingsrecht, zoals art. 93 AktG, dan nog geldt dat typische (I)MVO-stakeholders over het algemeen geen beroep kunnen doen op dit soort verplichtingen. Het Duitse ondernemingsrecht biedt vrijwel geen ruimte aan derden om bestuurdersverplichtingen te handhaven. Aangezien in het Duitse vennootschapsrecht vennootschappen formeel geen bestuurders kunnen zijn van andere vennootschappen, kan de moedermaatschappij in beginsel niet aansprakelijk gehouden worden op grond van bepalingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid. Hoewel het Duitse ondernemingsrecht wel mogelijkheden biedt om moedermaatschappijen aansprakelijk te stellen voor de schulden (of gedragingen) van hun dochtermaatschappijen op grond van doorbraak van aansprakelijkheid, wordt dit slechts bij uitzondering toegestaan. (I)MVO-stakeholders zullen dan ook in beginsel aangewezen zijn op het onrechtmatigedaadsrecht om (functionarissen van) Duitse internationaal opererende ondernemingen aan te spreken op de eventuele nadelige gevolgen van hun activiteiten voor de mens- en milieugerelateerde belangen van derden.

De Duitse rechter is bevoegd om te oordelen over een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een internationaal opererende onderneming als deze zijn statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging in Duitsland heeft. Onder omstandigheden kan de Duitse rechter ook bevoegdheid aannemen over

vorderingen tegen ondernemingen uit niet-Europese gastlanden. Dat is bijvoorbeeld mogelijk als het gaat om een vordering tegen een buiten Europa gevestigde onderneming die aangemerkt kan worden als medepleger van onrechtmatige gedragingen begaan door een Duitse onderneming op Duits grondgebied. Een dergelijke mogelijkheid bestaat ook als het gaat om een vordering die niet in een ander land aangebracht kan worden, bijvoorbeeld in geval van oorlog in dat land, of wanneer een uitspraak van een rechter in het andere land niet in Duitsland voor erkenning of tenuitvoerlegging in aanmerking zou komen. Vereiste voor bevoegdheid op deze grondslag is wel dat de procedure een voldoende band heeft met de Duitse rechtsorde. Het Duitse recht kent in beginsel geen bevoegdheid voor de rechter om zich onbevoegd te verklaren omdat de te berechten procedure naar zijn oordeel beter elders gevoerd kan worden.

Op grond van het conflictenrechtelijke regime van de Rome II-Verordening zal de Duitse rechter een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een Duitse internationaal opererende onderneming inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen in veel gevallen beoordelen op basis van het recht van het gastland. In specifieke gevallen kan echter Duits aansprakelijkheidsrecht voor toepassing in aanmerking komen. Dat kent een algemene bepaling op grond waarvan inbreuk door een (rechts)persoon van rechtsgoederen of rechten van derden kan leiden tot aansprakelijkheid. De kern van de beoordeling bij de vestiging van aansprakelijkheid op deze grond wordt gevormd door de *Verkehrspflichten*, die vergelijkbaar zijn met de verkeers- en veiligheidsnormen in het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht. Rust op een persoon ten aanzien van een bepaalde situatie een *Verkehrspflicht*, dan wordt van hem in het belang van de veiligheid een bijzonder hoge mate van zorgvuldigheid verwacht. Is er sprake van een toerekenbare schending van een *Verkehrspflicht* en is er daarnaast ook sprake van schade en een causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging en de schade, dan is aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid voldaan. De bewijslast ligt in beginsel bij de eisende partij, maar kan verschuiven naar de aangesproken (rechts)persoon als het gaat om een beweerdelijke schending van een *Verkehrspflicht* of een wettelijke regel, mits deze het te verwachten gedrag voldoende specifiek beschrijven. Daarnaast kunnen Duitse rechters de eiser onder omstandigheden tegemoet komen door gebruik te maken van bewijsvermoedens en gaan zij met enige regelmaat over tot omkering van de bewijslast in procedures waarin de gedaagde partij meer informatie heeft over de oorzaak van de schade.

Tot op heden hebben zich nog geen procedures voorgedaan waarin het is gekomen tot een inhoudelijk oordeel omtrent het bestaan en de inhoud naar Duits civiel aansprakelijkheidsrecht van zorgplichten van Duitse internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van mens- en milieugerelateerde belangen van derden in gastlanden. Toch is er in Duitsland al wel enige discussie gewijd aan dit onderwerp, niet alleen in de literatuur maar ook in de politiek. Zo refereerde de Duitse regering in een *amicus brief* aan het US Supreme Court in het kader van de *Kiobel*-zaak aan de mogelijkheid voor slachtoffers van onrechtmatige gedragingen door Duitse ondernemingen in het buitenland om in Duitsland op grond van de algemene Duitse aansprakelijkheidsbepaling verhaal te halen. Dit leidde tot kritiek van de oppositie, die van mening was dat één en ander niet zo makkelijk is als de regering deed voorkomen. In de afgelopen twee jaar zijn door de oppositie een aantal moties ingediend die zagen op het verbeteren van de mogelijkheden in Duitsland om internationaal opererende ondernemingen ter verantwoording te roepen voor hun betrokkenheid bij mensenrechten- en milieuschendingen in gastlanden. Tot nog toe zijn al deze moties echter afgewezen wegens onvoldoende steun in de Bundestag.

Hoewel er nog geen jurisprudentie bestaat ten aanzien van de zorgplichten van Duitse moedermaatschappijen van multinationale concerns voor schendingen van mens- en milieugerelateerde belangen van derden in gastlanden, lijkt de algemene bepaling van Duits aansprakelijkheidsrecht in theorie mogelijkheden te bieden voor dit soort claims, met name waar er gesproken kan worden van

schending van een *Verkehrspflicht*. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als zij zelf de risicovolle activiteiten aanstuurt of uitvoert of waar zij de verantwoordelijkheid op zich heeft genomen voor het beheren van de risico's, bijvoorbeeld door een gezondheids- of veiligheidsbeleid op te leggen aan haar dochtermaatschappij of ketenpartner. Daarnaast kent het Duitse recht nog een aantal andere gronden voor buitencontractuele aansprakelijkheid die in bijzondere gevallen een rol zouden kunnen spelen in de IMVO-context, waaronder verschillende bepalingen die strikte aansprakelijkheden vestigen voor specifieke activiteiten die een ernstig risico op schade met zich brengen en bepalingen die het mogelijk maken om Duitse internationaal opererende ondernemingen aansprakelijk te stellen op grond van ongeoorloofde mededinging.

Wat betreft de procedurele en praktische omstandigheden geldt dat de kosten van procederen in Duitsland een drempel kunnen zijn voor drempel voor slachtoffers van IMVO-gerelateerde normschendingen door Duitse internationaal opererende ondernemingen om aansprakelijkheidsprocedures aan te brengen voor de Duitse rechter. Afhankelijk van het bedrag in geding kunnen de kosten hoog oplopen. Resultaatsgerelateerde beloningsafspraken met advocaten zijn in Duitsland in beginsel niet toegestaan, maar eisers die door hun persoonlijke of economische omstandigheden niet in staat zijn de kosten van de procedure op te brengen kunnen een beroep doen op gesubsidieerde rechtsbijstand, ook als zij buiten Duitsland woonachtig zijn. Wel blijft ook in dit geval het risico bestaan dat bij verlies een deel van de proceskosten van de wederpartij vergoed zal moeten worden. De mogelijkheden tot het indienen van collectieve acties zijn niet onbeperkt in het Duitse civiele procesrecht. In veel rechtsgebieden, waaronder het milieurecht, is het in beginsel wel mogelijk voor organisaties om op te treden in het collectieve belang maar de kring van organisaties voor wie dit mogelijk is, is beperkt. Het Duitse recht kent niet een algemeen mechanisme voor collectieve schadevergoedingsacties; het kent slechts specifieke collectieve schadevergoedingsmechanismen in bepaalde rechtsgebieden, zoals het mededingingsrecht en het consumentenrecht. Wat betreft de mogelijkheden tot bewijsgaring geldt dat er geen algemene procedurele verplichting bestaat voor de wederpartij tot het geven van inzage in bewijsstukken die hij tot zijn beschikking heeft. Er bestaan een paar specifieke juridische gronden op basis waarvan inzage in bewijsstukken kan worden gevorderd, maar de vereisten waaraan een dergelijke vordering moet voldoen zijn zeer streng. Dit kan een drempel zijn voor slachtoffers van IMVO-gerelateerde normschendingen door Duitse internationaal opererende ondernemingen om aansprakelijkheidsprocedures aan te brengen voor de Duitse rechter.

In Duitsland kan de benadeelde zich, net als in Nederland, als benadeelde partij voegen in het strafproces om in vergelijking met het civiele recht op een goedkope en relatief eenvoudige manier schadevergoeding te verkrijgen. Daarnaast kan de benadeelde van een bepaald aantal delicten zelf, en buiten het openbaar ministerie om, een strafvervolging initiëren door middel van een *Privatkläge* en op die manier als private openbare aanklager optreden. Voorts kan de benadeelde van een bepaald aantal delicten zich op elk moment in een lopende strafrechtelijke procedure als *Nebenkläger* aansluiten, waardoor de benadeelde een reeks van rechten en bevoegdheden verkrijgt om de eigen belangen te behartigen. Echter, voor al deze voorzieningen geldt dat daarvan in de praktijk maar zeer beperkt gebruik van wordt gemaakt, deels door financiële drempels en risico's, deels door andere praktische omstandigheden, en deels door een bepaalde overtuiging over de verhouding tussen het strafproces en een civiele procedure.

3.4 FRANKRIJK

3.4.1 Inleiding[407]

De gedachte dat ondernemingen een maatschappelijke verantwoordelijkheid (*responsibilité social des entreprises* of RSE) hebben voor hun activiteiten wordt al geruime tijd door de Franse wetgever onderkend. Het uitgangspunt in het Franse wetgevingsbeleid is van meet af aan geweest dat deze verantwoordelijkheid betrekking heeft op het informeren van het publiek over de impact van de activiteiten van de onderneming op MVO-gerelateerde belangen. In 2001 is in Frankrijk de NRE-wetgeving (*Nouvelles Regulations Economiques*) aangenomen waarin is bepaald dat beursgenoteerde vennootschappen informatie openbaar dienen te maken in het jaarverslag over de manier waarop het bedrijf rekening houdt met de consequenties van haar activiteiten voor de samenleving en het milieu.[408]

Het Franse MVO-beleid heeft een nieuwe impuls gekregen na de oprichting van het platform 'Grenelle de l'environnement' in 2007 op initiatief van de toenmalige president Sarkozy. Dit platform heeft een landelijke dialoog gefaciliteerd over het langetermijnbeleid van Frankrijk met betrekking tot milieukwesties. Uit de discussies zijn onder meer de Loi Grenelle I in 2009 en de Loi Grenelle II in 2010 voortgekomen. Deze wetten – de Loi Grenelle II in het bijzonder – bevatten een vooruitstrevende regeling ten aanzien van de wijze waarop ondernemingen moeten rapporteren over kwesties omtrent mens en milieu. Daarnaast verscheen het rapport '*Responsibilité et Performance des Organisations*' waarin in opdracht van verschillende ministeries een aantal aanbevelingen is geformuleerd voor de verdere implementatie van MVO in het beleid van overheidsinstanties en commerciële organisaties.[409]

Een bijzondere ontwikkeling is ten slotte het wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance* voor bepaalde grote Franse ondernemingen op het gebied van IMVO. Dit wetsvoorstel heeft veel maatschappelijke, politieke en juridische discussie teweeg gebracht in Frankrijk en ook daarbuiten. Een eerste versie van het wetsvoorstel werd in november 2013 door een drietal afgevaardigden aanhangig gemaakt in de Assemblée Nationale.[410] Na behandeling hiervan werd in februari 2015 een herziene en afgezwakte versie voorgelegd aan de Assemblée Nationale.[411] Deze versie werd op 30 maart 2015 in eerste lezing aangenomen door de Assemblée Nationale[412], maar werd in november 2015 verworpen door het Franse hogerhuis, de Sénat. Het is echter nog steeds mogelijk, zo komt naar voren uit de in het kader van dit onderzoek afgenomen interviews met Franse experts, dat de voorgestelde wet uiteindelijk toch gepasseerd zal worden (zie ook par. 3.4.3 en 3.4.4).

---

[407] De informatie in deze subparagraaf is mede ontleend aan de interviews die in het kader van dit onderzoek afgenomen zijn bij verschillende Franse experts (in het bijzonder de antwoorden op de vragen gesteld in het kader van thema 2: IMVO in Frankrijk).

[408] Art. 116 LOI n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ('NRE'), <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000223114&dateTexte=&categorieLien=id>. De Assemblée Nationale implementeerde deze wetgeving door middel van Besluit 2002-221 van 20 februari 2002 en stelde negen afzonderlijke categorieën van sociale informatie waarover dient te worden gerapporteerd in het jaarverslag vast, alsook negen categorieën van informatie met betrekking tot de gevolgen voor het milieu van de activiteiten van de vennootschap. Zie Décret n° 2002-221 du 20 février 2002 pris pour l'application de l'article L. 225-102-1 du code de commerce et modifiant le décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales.

[409] Dit rapport is opgesteld door Brovelli, Drago en Molinié en is te raadplegen via: <http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_BROVELLI_-_DRAGO_-_MOLINIE.pdf>.

[410] Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, no. 1519, 6 november 2013.

[411] Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, no. 2528, 11 februari 2015.

[412] Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, aangenomen door de Assemblée Nationale in eerste lezing, Texte adopté no. 501 'Petite loi', Assemblée Nationale 30 maart 2015.

In 2013 heeft de Franse regering op initiatief van een aantal maatschappelijke organisaties een MVO-platform ('Platforme RSE') opgericht om de nationale dialoog op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen verder te bevorderen.[413] In dit platform komen op zeer regelmatige basis de belangrijkste MVO-stakeholders (waaronder koepelorganisaties van het bedrijfsleven, ngo's, consumentenorganisaties, academici, experts, etc.) bij elkaar om te praten over actuele MVO-gerelateerde kwesties en te proberen daarover consensus te bereiken. Daarnaast heeft de regering in januari 2013 een uitvoerig voorbereidend document uitgebracht voor een Frans Nationaal Actieplan inzake MVO ('*Plan National Français de développement de la responsabilité societale des entreprises (RSE)*'), dat in de nabije toekomst gefinaliseerd zou moeten worden.[414] Daarnaast is de Franse regering bezig met het opstellen van een Nationaal Actieplan Bedrijven en Mensenrechten. In november 2013 heeft de Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) in dit kader een advies uitgebracht over de kwesties die spelen in het kader van de implementatie van de UN Guiding Principles in Frankrijk.[415] Op basis hiervan is een eerste versie van dit Nationaal Actieplan totstandgekomen, waarover tegen het einde van 2015 een consultatie zal plaatsvinden met de verschillende stakeholders die verenigd zijn in het Platforme RSE.

Het Franse Nationaal Contactpunt van de OESO-richtlijnen is relatief actief en heeft een belangrijke rol gespeeld in de nasleep van het Rana Plaza-incident in Bangladesh, dat in Frankrijk net als in de andere hier onderzochte landen tot veel discussie heeft geleid. Dit incident heeft in Frankrijk daarnaast ook geleid tot een rechtszaak tegen een Franse kledingketen, nadat labels van één van de door die keten verkochte kledingmerken in het puin van het ingestorte gebouw gevonden waren. Daarnaast zijn er ook verschillende andere procedures met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties voor Franse rechters gebracht (zie nader par. 2.4.2), in veel gevallen door of met hulp van één of meerdere van de ngo's die (zeer) actief zijn in Frankrijk op het gebied van IMVO. Eén van deze procedures (de procedure tegen Vinci, zie par. 2.4.2) is aangebracht op grond van een nieuwe definitie van mensenhandel en moderne slavernij die recent in de Franse wetgeving is geïntroduceerd ter uitvoering van de EU Richtlijn inzake de strafrechtelijke aanpak van mensenhandel (waaronder ook moderne slavernij).[416] Daarnaast is er in 2014 nieuwe wetgeving tot stand gekomen met betrekking tot de verplichting van Franse bedrijven om consumenten informatie te verschaffen omtrent de herkomst van producten; deze wetgeving is nog zo nieuw dat er nog geen jurisprudentie over bestaat.[417]

In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de wijze waarop IMVO-gerelateerde verplichtingen voor Franse internationaal opererende ondernemingen tot uitdrukking komen in het Franse ondernemingsrecht en het Franse civiele aansprakelijkheidsrecht. Allereerst wordt aandacht besteed aan relevante procedures die tot dusverre zijn aangebracht voor Franse rechters (par. 3.4.2). Dan wordt bekeken in hoeverre er (I)MVO-gerelateerde verplichtingen voortvloeien uit het Franse ondernemingsrecht en de Corporate Governance Code voor bestuurders en commissarissen van Franse

---

413 Zie <http://www.strategie.gouv.fr/travaux/instances/plateforme-rse>.

414 Document préparatoire au Plan National Français de développement de la responsabilité societale des entreprises (RSE), januari 2013, <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/4-0_PAPL_-_Document_Prepatoire_au_Plan_national_RSE_cle42648e.pdf>.

415 Entreprises et droits de l'homme : avis sur les enjeux de l'application par la France des Principes directeurs des Nations Unies, 24 oktober 2013, <http://www.cncdh.fr/sites/default/files/13.10.24_avis_entreprises_et_droits_de_lhomme_0.pdf>.

416 Richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffersdaarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad, *PbEU* L101/1 (15 april 2011).

417 Het gaat om art. 93 van de LOI n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (1), op basis waarvan een nieuw artikel geïntroduceerd is in de Code de Consommation (art. L117—1) met betrekking tot de verplichting voor fabrikanten, producenten en distributeurs van producten die in Frankrijk op de markt gebracht worden om informatie te verstrekken over de herkomst van die producten op aanvraag van consumenten die reden hebben om aan te nemen dat deze in strijd met internationale mensenrechtennormen tot stand zijn gekomen.

(internationaal opererende) ondernemingen (par. 3.4.3). Vervolgens wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het Franse civiele aansprakelijkheidsrecht zorgplichten tot inachtneming van de IMVO-gerelateerde belangen van derden kent voor Franse internationaal opererende ondernemingen (par. 3.4.4). Daarna wordt kort beschreven welke mogelijkheden het Franse strafprocesrecht kent om Franse ondernemingen strafrechtelijk aan te (doen) spreken voor schendingen van IMVO-gerelateerde strafbepalingen (par. 3.4.5). De paragraaf wordt afgesloten met een conclusie (par. 3.4.6).

3.4.2 IMVO-gerelateerde juridische procedures

Procedure tegen Total inzake arbeidsrechtschendingen in Myanmar[418]

In augustus 2002 werd er voor de Franse rechter een strafrechtelijke klacht ingediend door verschillende inwoners van Myanmar tegen het Franse oliebedrijf TotalFinalElf (tegenwoordig Total) in verband met de vermeende betrokkenheid van het bedrijf bij mensenrechtenschendingen gepleegd bij de aanleg en exploitatie van een gaspijpleiding in Myanmar. De eisers dienden ook klachten in tegen de voorzitter van de Raad van Bestuur van Total en de voormalig directeur werkzaamheden van Total in Myanmar. Zij beschuldigden de gedaagden ervan dat zij morele, fysieke en logistieke steun zouden hebben verleend aan de Birmese militaire junta, in de wetenschap dat deze zich schuldig maakte aan mensenrechtenschendingen tegen de lokale bevolking, waaronder marteling, dwangarbeid en gedwongen verplaatsingen.

Omdat het Franse recht geen strafbepaling inzake dwangarbeid kent, baseerden de klagers hun klacht op de beweerdelijke betrokkenheid van de gedaagden bij wederrechtelijke vrijheidsberoving ten aanzien van hen, hoewel er sterke aanwijzingen bestonden dat de gedaagden betrokken zouden zijn geweest bij dwangarbeid in Myanmar. De klacht leidde tot een gerechtelijk vooronderzoek in het kader waarvan verschillende getuigen gehoord werden. In november 2005 kwam Total met de eisers, die zich als civiele partij gevoegd hadden in de procedure, tot een buitengerechtelijke schikking met betrekking tot hun schadeclaims. De onderneming ging akkoord met het compenseren van de door hen geleden schade en met het bekostigen van verschillende mensenrechteninitiatieven voor een bedrag van 5,2 miljoen euro.[419] In maart 2006 besliste de Rechtbank van Nanterre tot staking van de strafprocedure wegens gebrek aan bewijs.

Procedure tegen Comilog inzake massaontslag in Gabon[420]

In 2007 werd door meer dan 800 voormalige werknemers van het Gabonese mijnbedrijf Comilog een civiele procedure geëntameerd voor het Conseil de prud'hommes[421] in Parijs tegen Compagnie Minière de L'Ogooué-Comilog (hierna: Comilog Gabon), Comilog France, Comilog International en Comilog Holding, alle onderdeel van het Franse metaalconcern Eramet, in verband met het massaontslag van deze voormalige werknemers als gevolg van een treinramp in 1991 in Gabon. Bij deze treinramp botste

---

[418] Zie bijvoorbeeld: H. Ascencio, 'Extraterritoriality as an instrument – Contribution to the work of the UN Secretary-General's Special Representative on human rights and transnational corporations and other businesses' (december 2010), <https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/H._ASCENSIO/Extraterritoriality__Human_Rights_and_Business_Entreprises.pdf>, p. 5. Zie ook de profielen van Hervé Madeo en Thierry Desmarest (de twee betrokken individuen) op de *TRIAL* website: <http://www.trial-ch.org/en/resources/trial-watch/trial-watch/profiles/profile/373/action/show/controller/Profile/tab/legal-procedure.html> en <http://www.trial-ch.org/en/resources/trial-watch/trial-watch/profiles/profile/371/action/show/controller/Profile/tab/legal-procedure.html>, respectievelijk.

[419] Zie bijvoorbeeld: 'Why Total agrees to compensation in forced labor suit', *The Irrawaddy* online (1 december 2005) <http://www2.irrawaddy.org/article.php?art_id=5235>.

[420] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/comilog-lawsuit-re-gabon>.

[421] Dit is de rechter in eerste aanleg in arbeidszaken.

een trein van Comilog op een passagierstrein, als gevolg waarvan meer dan 100 mensen omkwamen. Na dit ongeval stopte het bedrijf met het transport van grondstoffen per trein, vroeg het faillissement aan en ontsloeg het 995 spoorwerkers zonder voorafgaande kennisgeving of vergoeding. De spoorwerkers kregen te horen dat zij hun ontslagvergoeding in termijnen zullen ontvangen tussen 1993 en 1998, maar ontvingen niets.

De spoorwerkers entameerden in 1992 een procedure voor de rechtbank in Pointe-Noire in Congo, maar dit bleef zonder enig gevolg. In juli 2003 sloot Comilog Gabon een akkoord met de overheden van Congo en Gabon met betrekking tot het treinongeluk, waarbij het toezegde om 1 miljoen euro te zullen betalen aan de Congolese schatkist ter compensatie van de ontslagen spoorwerkers, in ruil voor de garantie dat zij geen verdere juridische stappen zouden ondernemen in verband met het ontslag. Comilog stelde dat het met de overeenkomst voldaan had aan haar verplichting tot compensatie van haar voormalige werknemers. De spoorwerkers stelden echter dat zij niet gekend waren in de overeenkomst en ook nooit het geld ontvangen hadden. In 1995 verwierf het Franse concern Eramet een aandeel in Comilog Gabon, dat in 1997 uitgroeide tot een meerderheidsaandeel.

In de procedure voor de Franse rechter voerden de spoorwerkers aan dat het ontslag onrechtmatig was en vorderden zij 65 miljoen euro aan schadevergoeding. De rechtszaak spitste zich toe op de vorderingen van zes van de eisers, waarbij een ngo optrad namens de belangen van de andere eisers.

In 2011 wees het Conseil de Prud'hommes de vorderingen af wegens het ontbreken van bevoegdheid van de Franse rechter. In hoger beroep besliste het Cour d'Appel echter dat de Franse rechter wel degelijk rechtsmacht had over de vorderingen tegen Comilog Holding, International en France op grond van de hoofdregel van de Brussel Ibis-Verordening, welke bepaalt dat de rechter van het land waar een onderneming haar woonplaats (statutaire zetel, hoofdkantoor of hoofdvestiging) heeft, bevoegd is.[422] Deze beslissing werd bevestigd door het Cour de Cassation in januari 2015.[423]

Op 10 september 2015 kwam het Parijse Cour d'Appel tot een einduitspraak. In geen van de gevallen lukte het de eisers om de rechter ervan te overtuigen dat er op het moment van het onrechtmatig ontslag naar Frans recht een situatie van co-werkgeverschap bestond tussen Comilog Gabon en één van de Franse rechtspersonen, aangezien Comilog Gabon pas in 1995 (ruim na het ontslag van de spoorwerkers) in Franse handen kwam. De vorderingen tegen de Franse groepsmaatschappijen werden dus allemaal afgewezen.[424]

In twee gevallen bestond volgens het Hof echter ook rechtsmacht over de vorderingen tegen Comilog Gabon, omdat er in die specifieke gevallen sprake was van rechtsweigering (*déni de justice*). Naar Frans commuun bevoegdheidsrecht kan de Franse rechter op die basis rechtsmacht aannemen over een civiele procedure, mits deze aanknopingspunten heeft met de Franse rechtsorde (zie par. 3.4.4). Daarvan was volgens het Hof in dit geval sprake aangezien de Franse onderneming Eramet in 1995 een aandeel had verworven in Comilog Gabon. Dit was weliswaar nadat de in het geding zijnde feiten zich hadden voorgedaan, maar omdat voor het bevoegdheidsoordeel van het Cour d'Appel op deze grond bepalend was of er *ten tijde van het aanbrengen van de procedure voor de Franse rechter* een band bestond met de Franse rechtsorde, deed dit niet ter zake.[425]

---

[422] Art. 2 Brussel Ibis-Vo. Zie de weergave van de procedure in Cour d'Appel de Paris 10 september 2015, No S 11/05955. Zie ook: 'La justice française accorde une «avancée » pour les anciens salariés de la Comilog', Finances.net online 20 juni 2013, <http://www.finances.net/infos/actions/La-justice-française-accorde-une-avancée-pour-les-anciens-salariés-de-la-Comilog-465182>.

[423] Cour de Cassation – Chambre Sociale 28 januari 2015, Arret n° 145, ECLI:FR:CCASS:2015:SO00145.

[424] Cour d'Appel de Paris 10 september 2015, Nos. S 11/05955-05960.

[425] Zie Cour d'Appel de Paris 10 september 2015, Nos. S 11/05955 en S 11/05959. In de andere zaken was volgens het Hof geen sprake van rechtsweigering en werd dus geen bevoegdheid aangenomen over de vorderingen tegen Comilog Gabon.

Het Hof besliste ten aanzien van deze twee gevallen dat Comilog Gabon de twee spoorwerkers elk 14.000 resp. 20.000 euro (plus rente) aan materiële en immateriële schadevergoeding moet betalen wegens het ten onrechte verbreken van hun arbeidscontracten. Daarbij paste het Hof Congolees contractenrecht toe, dat evenwel grotendeels overeenkomt met het Franse recht.[426] Aangezien de totale groep benadeelde spoorwerkers veel groter is, valt te verwachten dat op grond van deze uitspraken meer van hen aanspraak zullen kunnen maken op schadevergoeding. Het totale bedrag aan uit te keren schadevergoeding wordt in de media geschat op meer dan 10 miljoen euro.[427]

Procedures tegen Trafigura inzake de dumping van scheepsafval in Ivoorkust[428]

De gebeurtenissen rond het gifdumpingsincident met de Probo Koala (zie nader par. 2.2) leidden tot juridische procedures niet alleen in Nederland en het Verenigd Koninkrijk (zie nader par. 2.2 en 3.5.2, respectievelijk), maar ook in Frankrijk. In juni 2007 werd door een twintigtal Ivorianen, in samenwerking met vier ngo's (Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme, Ligue française des droits de l'Homme, Ligue ivorienne des droits de l'Homme en Mouvement ivorien des droits humains) aangifte gedaan tegen twee Franse Trafigura-bestuurders van handel in gevaarlijke stoffen, dood door schuld, omkoping van buitenlandse ambtenaren in functie en overtreding van regelgeving omtrent het internationaal vervoeren van afvalstoffen. De klacht werd in behandeling genomen door de openbaar aanklager, die een verkennend strafrechtelijk onderzoek startte.

In april 2008 liet de openbaar aanklager weten dat besloten was om de gestelde feiten niet verder te onderzoeken of te vervolgen omdat de procedure geen aanknopingspunten zou hebben met de Franse rechtsorde. Daarbij speelde onder meer een rol dat de twee Franse Trafigura-bestuurders geen werkelijke band zouden hebben met Frankrijk, het bedrijf zelf niet in Frankrijk gevestigd was en er reeds verschillende andere strafrechtelijke procedures aanhangig waren in andere landen. In juni 2008 dienden de ngo´s bezwaar in tegen deze beslissing tot niet-vervolging bij de Procureur-Generaal, maar dit leidde niet tot een andere uitkomst.

Procedure tegen Veolia en Alstom inzake de bouw van een spoorlijn in Jeruzalem[429]

In oktober 2007 werd door twee organisaties, Association France Palestine Solidarité en Palestinian Liberation Organization (PLO), een civielrechtelijke procedure geëntameerd voor het Tribunal de Grande Instance in Nanterre tegen de transportbedrijven Alstom, Alstom Transport (dochtermaatschappij van Alstom) en Veolia. Volgens de eisers hadden de twee gedaagde bedrijven zich schuldig gemaakt aan schendingen van internationaal publiekrechtelijke normen met hun deelname aan een consortium dat in 2005 met de Israëlische overheid de bouw overeen was gekomen van een *light rail* in Jeruzalem.

---

[426] Zie Cour d'Appel de Paris 10 september 2015, Nos. S 11/05955 en S 11/05959. In de andere zaken kwamen de vorderingen tegen Comilog Gabon wegens ontbreken van bevoegdheid niet aan behandeling toe en bleven de eisers dus met lege handen.

[427] Zie bijvoorbeeld: 'J. Jacquin, 'Comilog-Eramet: Justice, libre entreprise et compétivité', *Le Monde* online 11 september 2015, <http://www.lemonde.fr/economie/article/2015/09/11/comilog-eramet-justice-libre-entreprise-et-competitivite_4753022_3234.html>; 'Affaire COMILOG : Victoire pour les 857 travailleurs victimes d'un déni de justice', *Sherpa* website 10 september 2015, <http://www.asso-sherpa.org/affaire-comilog-victoire-pour-les-857-travailleurs-victimes-dun-deni-de-justice#.VholfPntlBd>; 'Comilog: licenciés au Congo, indemnisés en France', *france inter* online 18 september 2015, <http://www.franceinter.fr/emission-dans-le-pretoire-comilog-licencies-au-congo-indemnises-en-france-0>.

[428] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/trafigura-lawsuits-re-côte-d'ivoire>. Zie in meer detail: 'l'Affaire du « Probo Koala » ou la catastrophe du deversement des dechets toxiques en Cote d'Ivoire', rapport van Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, LIDHO en Mouvement Ivorien des Droits Humaines, april 2011, <https://www.fidh.org/IMG/pdf/FIDH-LIDHO-MIDH_Rapport_ProboKoala_avril2011.pdf>, p. 43-44.

[429] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/veolia-alstom-lawsuit-re-jerusalem-rail-project>.

De eisers stelden dat de bedrijven met hun deelname aan het *light rail*-project internationale mensenrechtennormen en bepalingen uit het Franse Burgerlijk Wetboek schonden, omdat dit hen medeplichtig zou maken aan de bezetting van West-Jeruzalem en het plegen van oorlogsmisdaden aldaar door de Israëlische overheid. Zij vroegen de rechter om het contract tussen de transportbedrijven en de Israëlische staat nietig te verklaren wegens strijd met de wet ('*cause illicite*') en de gedaagde bedrijven te verbieden de in het contract overeengekomen werkzaamheden aan het *light rail*-project uit te voeren. De gedaagde bedrijven verzochten de rechter om de vorderingen te verwerpen en betwistten de ontvankelijkheid van de vorderingen om het contract teniet te doen op grond van de stelling dat dit buiten de rechtsmacht van de Franse rechter zou vallen.

In april 2009 besliste de Rechtbank in Nanterre onder meer dat zij bevoegd was om kennis te nemen van de vorderingen, dat Association France ontvankelijk was in haar claims, dat PLO niet als mede-eiser kon optreden in de procedure en dat de gedaagde bedrijven zich als private rechtspersonen niet konden beroepen op immuniteit.[430] In mei 2011 kwam de Rechtbank in Nanterre tot een inhoudelijke beslissing. Volgens de Rechtbank schiepen de internationale verdragen waarop de eisers hun vorderingen gebaseerd hadden slechts verplichtingen tussen staten en creëerden zij geen directe verplichtingen voor private rechtspersonen. De Rechtbank stelde verder dat zelfs als aangenomen zou kunnen worden dat Israël zich met het afsluiten van het contract schuldig maakte aan haar eigen internationaalrechtelijke verplichtingen, dit niet de rechtsbasis aan het naar Israëlisch recht gesloten contract zou ontnemen. De door eisers gestelde schending van het recht was niet vast komen te staan volgens de Rechtbank en dus verwierp zij de vorderingen.[431]

Het Cour d'Appel bepaalde in maart 2013 dat PLO als mede-eiser kon optreden in de procedure, maar ook dat de vorderingen van de eisers afgewezen moesten worden. Ook het Hof was van mening dat de internationale verplichtingen waarop de eisers hun vorderingen baseerden niet rechtstreeks en horizontaal doorwerkten en dus geen verplichtingen in het leven konden roepen voor de gedaagde bedrijven met betrekking tot hun contract met de Israëlische staat. Ook de gestelde schendingen door de gedaagde bedrijven van hun lidmaatschap van het Global Compact en van hun eigen gedragscode konden niet gezien worden als schendingen van internationale normen die de onwettelijkheid van het contract met zich brachten. De eisers werden veroordeeld tot betaling van 30.000 euro proceskostenvergoeding aan elk van de drie gedaagde bedrijven.[432]

Procedure tegen DLH inzake de aankoop van illegaal hout in Liberia[433]

In november 2009 werd door vier Franse ngo's (Sherpa, Global Witness, Greenpeace France en Amis de la Terre) en een Liberiaanse activist een strafrechtelijke klacht ingediend bij de openbaar aanklager in Nantes tegen twee groepsmaatschappijen van de Deense houthandelaar Dalhoff, Larsen and Horneman (DLH), DLH France en DLH Nordisk A/S, in verband met de vermeende aankoop door deze bedrijven van illegaal hout tijdens de Liberiaanse burgeroorlog.

---

[430] Deze beslissing werd in december 2009 in hoger beroep bevestigd en in februari 2011 verwierp het Cour de Cassation het beroep in cassatie tegen deze beslissing. Zie over het beloop van de procedure: Cour d´Appel de Versailles 22 maart 2013, Arrêt N° 11/05331 (Association France-Palestine Solidarité (AFPS) et al. / Société Alstom Transport S.A. et al.), p. 3-4.

[431] Zie, voor een verkorte weergave van deze beslissing: Cour d´Appel de Versailles 22 maart 2013, Arrêt N° 11/05331 (Association France-Palestine Solidarité (AFPS) et al. / Société Alstom Transport S.A. et al.), p. 4-5.

[432] Cour d´Appel de Versailles 22 maart 2013, Arrêt N° 11/05331 (Association France-Palestine Solidarité (AFPS) et al. / Société Alstom Transport S.A. et al.).

[433] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/dlh-lawsuit-re-liberian-civil-war>. Zie ook: G. Skinner et al.,'The third pillar – Access to judicial remedies for human rights violations by transnational business', december 2013, <http://icar.ngo/wp-content/uploads/2013/02/The-Third-Pillar-Access-to-Judicial-Remedies-for-Human-Rights-Violation-by-Transnational-Business.pdf>, p. 91-93.

De klagers beschuldigden de bedrijven ervan dat zij in 2002-2003 hout zouden hebben ingekocht bij Liberiaanse toeleveranciers die gelieerd waren aan het Taylor-regime, dat inkomsten uit de houthandel gebruikte als bron van financiering voor illegale activiteiten zoals het in strijd met VN-sancties aanschaffen van wapens en munitie. Volgens de klagers hadden de beklaagden hout ingekocht bij de betreffende toeleveranciers ondanks sterke vermoedens dat deze betrokken waren bij criminele activiteiten als corruptie, belastingontduiking, milieuvervuiling, schendingen van VN wapenembargo's en mensenrechtenschendingen en ondanks het feit dat de lokale toeleveranciers geen vergunning hadden voor de kap van het geleverde hout. Hiermee zouden de beklaagde bedrijven zich schuldig gemaakt hebben aan het verwerken en profiteren van illegaal verkregen goederen. In reactie op de beschuldigingen stelden de beklaagde bedrijven dat zij alleen legaal hout importeerden en dat DLH een pionier was op het gebied van gecertificeerd hout.[434]

De openbaar aanklager in Nantes accepteerde de klacht en begon in 2010 aan een verkennend strafrechtelijk onderzoek. In 2011 werd de zaak overgedragen aan de openbaar aanklager in Montpellier. Deze verklaarde in februari 2013 echter dat verder strafrechtelijk onderzoek naar de gestelde feiten niet nodig was en dat de zaak daarmee was afgedaan.[435] In maart 2014 hebben dezelfde vier ngo's een strafrechtelijke klacht ingediend tegen DLH bij de senior magistraat van de rechtbank van Montpellier.[436] De kwestie lijkt daarmee vooralsnog niet afgedaan te zijn.[437]

Procedure tegen Amesys inzake mensenrechtenschendingen in Libië[438]

In oktober 2011 werd door twee ngo's, Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme en Ligue française des droits de l'Homme, een strafrechtelijke klacht ingediend bij een rechtbank in Parijs tegen het Franse bedrijf Amesys, wegens de beweerdelijke medeplichtigheid van het bedrijf bij de mensenrechtenschendingen gepleegd door het Ghadaffi-regime in Libië. Volgens de klagers had het bedrijf in 2007 een contract afgesloten met de Libische overheid voor de levering van surveillance-apparatuur waarmee de overheid in het hele land privé-telecommunicatieberichten kon onderscheppen en monitoren. Zij beschuldigden het bedrijf van medeplichtigheid aan marteling omdat het de Libische overheid geholpen zou hebben met de ontwikkeling en het gebruik van een surveillance-netwerk waarmee tegenstanders van het Ghadaffi-regime konden worden geïdentificeerd, die dan vervolgens door overheidstroepen gevangen werden genomen en gemarteld. Het bedrijf zelf stelde dat het apparatuur geleverd had aan de Libische overheid dat gebruikt zou worden voor de opsporing van

---

434 Zie bijvoorbeeld 'Document d'information sur l'entreprise forestière internationale DLH accusée de financer la guerre au Libéria', Sherpa-website: <http://asso-sherpa.org/sherpa-content/docs/programmes/GDH/Campagne_RC/DLH/Briefing_paper_fr.pdf>.

435 G. Skinner et al.,'The third pillar – Access to judicial remedies for human rights violations by transnational business', december 2013, <http://icar.ngo/wp-content/uploads/2013/02/The-Third-Pillar-Access-to-Judicial-Remedies-for-Human-Rights-Violation-by-Transnational-Business.pdf>, p. 93.

436 Zie: 'Complaint accuses international timber company DLH of trading illegal timber and funding Liberian war', website Global Witness (12 maart 2014), <https://www.globalwitness.org/en/archive/complaint-accuses-international-timber-company-dlh-trading-illegal-timber-and-funding-0/>.

437 Zie: 'Procedures and milestones: DLH-Liberia', website Sherpa, <http://www.asso-sherpa.org/procedures-and-milestones-dlh-liberia>.

438 Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/amesys-lawsuit-re-libya>. Zie ook, uitgebreid: 'l'Affaire Amesys', rapport van de Fédération Internationale des ligues des droits de l'Homme en Ligue des droits de l'Homme, februari 2015, te vinden op de FIDH-website: <https://www.fidh.org/La-Federation-internationale-des-ligues-des-droits-de-l-homme/maghreb-moyen-orient/libye/16958-affaire-amesys-les-victimes-attendent-des-avancees-concretes>. Zie verder: Zie ook: G. Skinner et al.,'The third pillar – Access to judicial remedies for human rights violations by transnational business', december 2013, <http://icar.ngo/wp-content/uploads/2013/02/The-Third-Pillar-Access-to-Judicial-Remedies-for-Human-Rights-Violation-by-Transnational-Business.pdf>, p. 81-83.

pedofielen en terroristen en dat het daarbij had gehandeld in overeenstemming met internationaal, Europees en Frans recht.

In april 2012 liet de openbaar aanklager weten niet tot nader strafrechtelijk onderzoek of vervolging over te willen gaan, omdat de gestelde feiten geen strafbaar feit zouden opleveren. Desgevraagd kwam een Franse onderzoeksrechter in mei 2012 echter tot een andere beslissing, namelijk dat er nader onderzoek ingesteld moest worden naar de gestelde feiten, juist om te bepalen of zij de strafrechtelijke aansprakelijkheid van het bedrijf of haar managers met zich zouden kunnen brengen. De openbaar aanklager tekende beroep aan tegen deze beslissing, maar in januari 2013 gaf ook de instructiekamer van het Gerechtshof in Parijs groen licht voor een gerechtelijk onderzoek naar de beschuldigingen dat Amesys medeplichtig zou zijn aan marteling. Vijf Libische slachtoffers van marteling door het Ghadaffi-regime zijn inmiddels als civiele partij gevoegd in de procedure.[439] Het strafrechtelijk onderzoek heeft vooralsnog niet geleid tot een rechterlijke beslissing, ondanks een oproep van de klagers in februari 2015 om er, met het oog op de belangen van de gevoegde slachtoffers, meer spoed achter te zetten.[440]

Procedure tegen Qosmos inzake mensenrechtenschendingen in Syrië[441]

In juni 2012 werd door twee Franse ngo's, Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme en Ligue française des droits de l'Homme, een strafrechtelijke klacht ingediend voor een rechtbank in Parijs tegen het Franse softwarebedrijf Qosmos, in verband met de beweerdelijke betrokkenheid van het bedrijf bij mensenrechtenschendingen in Syrië. Volgens de klagers was het bedrijf medeplichtig aan mensenrechtenschendingen gepleegd door het Syrische Assad-regime, waaronder marteling, aangezien het surveillance-apparatuur heeft geleverd waarmee de Syrische overheid dissidenten kon identificeren, monitoren, arresteren en martelen.

De Franse openbaar aanklager begon naar aanleiding van deze klacht in juni 2012 met een strafrechtelijk onderzoek naar de activiteiten van Qosmos. Het bedrijf zelf stelde dat het nooit een overeenkomst heeft gesloten met de Syrische overheid betreffende de verkoop van haar producten en dat haar activiteiten in overeenstemming waren met alle van toepassing zijnde wettelijke normen. Het verklaarde wel deelgenomen te hebben, samen met een Duits en een Italiaans bedrijf, aan een consortium dat technologie moest aanleveren voor het surveillance-systeem van de Syrische overheid, maar het zei zich in oktober 2011, voordat het project operationeel werd, uit het samenwerkingsverband te hebben teruggetrokken.[442] Het bedrijf diende een klacht in tegen de twee betrokken ngo´s wegens laster.

In april 2015 verklaarde de Franse onderzoeksrechter dat Qosmos een '*témoin assisté*' is, hetgeen inhoudt dat er enige verdenking bestaat dat het bedrijf betrokken kan zijn geweest bij de feiten waarnaar strafrechtelijk onderzoek wordt gedaan, maar dat er nog niet voldoende bewijs is om het

---

[439] Zie bijvoorbeeld 'Affaire Amesys: la Chambre d'instruction donne son feu vert à la poursuite de l'instruction', FIDH-website : <https://www.fidh.org/La-Federation-internationale-des-ligues-des-droits-de-l-homme/maghreb-moyen-orient/libye/Affaire-Amesys-la-Chambre-de-l-12725>. Zie ook: P. Marissal, 'Ouverture d'une enquête sur Amesys pour complicité de torture en Libye', l'Humanité.fr online 16 januari 2013, <http://www.humanite.fr/ouverture-dune-enquete-sur-amesys-pour-complicite-de-torture-en-libye>.

[440] 'Affaire Amesys : les victimes attendent des avancées concrètes', FIDH-website 15 februari 2015, <https://www.fidh.org/La-Federation-internationale-des-ligues-des-droits-de-l-homme/maghreb-moyen-orient/libye/16958-affaire-amesys-les-victimes-attendent-des-avancees-concretes>.

[441] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/qosmos-lawsuit-re-syria>.

[442] Zie bijvoorbeeld: S. Piel, 'Qosmos: témoignages de Syriens torturés', Le Monde online 5 augustus 2015, <http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2015/08/05/l-enquete-sur-qosmos-met-en-lumiere-la-torture-en-syrie_4712204_1653578.html>.

bedrijf als verdachte aan te merken.[443] In augustus 2015 werden Syrische getuigen gehoord over mensenrechtenschendingen door het Syrische regime die zij hebben moeten ondergaan en over de rol die informatie verkregen door middel van surveillance-apparatuur daarbij zou hebben gespeeld.

Procedure tegen Samsung inzake misleidende uitlatingen over werkomstandigheden in de productieketen[444]

In februari 2013 werd door drie Franse ngo's (Sherpa, Peuples Solidaires et Indecosa-CGT) een strafrechtelijke klacht ingediend bij de openbaar aanklager in Bobigny tegen het Franse bedrijf Samsung France wegens oneerlijke handelspraktijken in verband met beweerdelijk misleidende uitlatingen over de werkomstandigheden in haar productieketen. Het bedrijf werd ervan beschuldigd dat het de Franse consumenten misleid zou hebben met publieke toezeggingen omtrent de arbeidsomstandigheden bij haar Chinese onderaannemers die het geen gestand zou kunnen doen. De ngo's beriepen zich op onderzoeksrapporten van een Chinese ngo, China Labour Watch, waaruit aanwijzingen voortvloeiden dat er zich bij de betreffende onderaannemers sprake zou zijn van kinderarbeid, arbeidsuitbuiting, onveilige werkomstandigheden en gedwongen arbeid.[445]

De klacht werd in behandeling genomen door de openbaar aanklager, die in juli 2013 een verkennend strafrechtelijk onderzoek startte. In december 2014 besloot deze echter het verkennend onderzoek stop te zetten en geen vervolgstappen te nemen, omdat de vastgestelde feiten daarvoor niet voldoende aanleiding zouden geven. In december 2015 wendden twee van de betrokken ngo's, Indecosa_CGT en Sherpa, zich daarop met hun strafrechtelijke klacht tot de rechtbank van Bobigny.[446]

Procedure tegen Auchan inzake misleidende uitlatingen over werkomstandigheden in de productieketen[447]

In april 2014 werd door drie Franse ngo's (Collectif Ethique sur l'étiquette, Peuples Solidaires en Sherpa) een strafrechtelijke klacht ingediend bij de openbaar aanklager in Lille tegen de Franse supermarktketen Auchan wegens oneerlijke handelspraktijken in verband met beweerdelijk misleidende uitlatingen over de omstandigheden waaronder haar kleding werd geproduceerd. De klacht had betrekking op publieke uitlatingen van het bedrijf over haar inzet voor goede arbeids- en milieustandaarden in haar productieketen. In april 2013 vielen er meer dan duizend doden en 2000 gewonden bij de ramp met het Rana Plaza-gebouw in Bangladesh, dat instortte omdat het bouwkundig niet geschikt was voor de vele textielfabriekjes die er zijn gevestigd. In de nasleep van de ramp werden er tussen het puin onder meer pantalons gevonden van de "In Extenso" kledinglijn van Auchan.

Deze feiten vormden voor de klagers de aanleiding om een klacht in te dienen waarin gesteld werd dat het bedrijf gelogen had tegen haar consumenten over de arbeidsomstandigheden bij haar buitenlandse toeleveranciers. Auchan ontkende de beschuldigingen en stelde dat het zelf geen orders heeft geplaatst bij kledingfabrieken in het Rana Plaza-gebouw en er niet van op de hoogte was dat haar toeleveranciers haar orders daar wellicht aan hebben uitbesteed. Het bedrijf liet weten inmiddels stappen te hebben ondernomen om de veiligheid in kledingfabrieken in Bangladesh te verbeteren en 1,3 miljoen euro gestort te hebben in een schadefonds voor de slachtoffers en hun families.

---

443 Zie bijvoorbeeld: AFP, 'Surveillance de masse en Syrie: la firme Qosmos auditionnée comme témoin assisté', 01net.com online 17 april 2015, <http://www.01net.com/editorial/652652/qosmos-auditionne-comme-temoin-assiste>.

444 Zie voor meer informatie de website van Sherpa: 'Samsung en Chine: publicité mensongère et exploitations des enfants' (8 september 2015), <http://www.asso-sherpa.org/samsung-en-chine-atteinte-aux-droits-fondamentaux-des-travailleurs>.

445 *Ibid.*

446 *Ibid.*

447 Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/areva-lawsuit-re-discrimination-in-niger>.

In mei 2014 werd door het Openbaar Ministerie in Lille een verkennend strafrechtelijk onderzoek gestart.[448] In januari 2015 werd het verkennend onderzoek echter stopgezet zonder dat vervolgstappen werden genomen, aangezien op grond van de feiten misleiding door Auchan niet kon worden vastgesteld. In juni 2015 werd daarop door dezelfde drie ngo's in verband met dezelfde feiten opnieuw een strafrechtelijke klacht ingediend tegen Auchan op beschuldiging van misleidende uitlatingen, ditmaal voor het Tribunal de Grande Instance in Lille; de drie klagers hebben zich als civiele partij gevoegd in de procedure.[449]

Procedure tegen Vinci inzake mensenrechtenschendingen in Qatar[450]

In maart 2015 werd door de Franse ngo Sherpa een strafrechtelijke klacht ingediend bij de openbaar aanklager in Nanterre tegen het Franse bouwbedrijf Vinci en de Franse directieleden van haar dochtermaatschappij in Qatar, in verband met de beweerdelijk inhumane en gevaarlijke arbeidsomstandigheden waaronder immigranten in Qatar zouden werken op de Vinci-bouwplaatsen waar stadions worden gebouwd voor het wereldkampioenschap voetbal 2020. De eisers stelden dat de gedaagde bedrijven zich schuldig maakten aan dwangarbeid, moderne slavernij en het verhullen van illegale activiteiten ('*recel*' oftewel heling).[451] Vinci ontkende de beschuldigingen en stelde in april 2015 een vordering in tegen Sherpa en verschillende Sherpa-medewerkers wegens laster.[452] Later in diezelfde maand liet de openbaar aanklager in Nanterre weten een verkennend strafrechtelijk onderzoek in te stellen naar de beschuldigingen.[453] In juni 2015 wees het Tribunal de Grande Instance in Parijs in een spoedprocedure de vorderingen van Vinci inzake laster door Sherpa en Sherpa-medewerkers aan het adres van het bedrijf, af. Vinci is van plan de vorderingen nader te laten onderzoeken in een bodemprocedure.[454]

---

448 Zie bijvoorbeeld: N. Vulser, 'Rana Plaza: la justice ouvre une enquête contre Auchan', Le Monde online 28 mei 2014, <http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/05/28/rana-plaza-la-justice-ouvre-une-enquete-contre-auchan_4428261_3234.html>.

449 Zie bijvoorbeeld: N. Vulser, 'Accident du Rana Plaza: nouvelle plainte contre Auchan', Le Monde online 9 juni 2015, <http://www.lemonde.fr/economie/article/2015/06/09/accident-du-rana-plaza-auchan-a-nouveau-poursuivi_4650177_3234.html>.

450 Zie bijvoorbeeld: 'Mondial 2022 au Qatar: Sherpa porte plainte contre Vinci Construction et les dirigeants de sa filiale au Qatar QDVC', Sherpa-website 23 maart 2015, <http://www.asso-sherpa.org/mondial-2022-au-qatar-sherpa-porte-plainte-contre-vinci-construction-et-les-dirigeants-de-sa-filiale-au-qatar-qdvc>.

451 Zie: 'Mondial 2022 au Qatar: Sherpa porte plainte contre Vinci Construction et les dirigeants de sa filiale au Qatar QDVC', Sherpa-website 23 maart 2015, <http://www.asso-sherpa.org/mondial-2022-au-qatar-sherpa-porte-plainte-contre-vinci-construction-et-les-dirigeants-de-sa-filiale-au-qatar-qdvc>.

452 Zie: 'Plainte contre Vinci Construction, Vinci dément mais les preuves sont là', Sherpa-website 2 april 2015, <http://www.asso-sherpa.org/plainte-contre-vinci-construction-vinci-dement-mais-les-preuves-sont-la>. Zie ook: 'Plainte contre Vinci au Qatar : Vinci porte plainte en diffamation et demande des dommages et intérêts exorbitants à l'association Sherpa et à ses salariés', Sherpa-website 16 april 2015, <http://www.asso-sherpa.org/plainte-contre-vinci-au-qatar-vinci-porte-plainte-en-diffamation-et-demande-des-dommages-et-interets-exorbitants-lassociation-sherpa-et-ses-salaries>. Zie ook, bijvoorbeeld: 'French builder Vinci to sue over claims of forced labour in Qatar', *Reuters* online 24 maart 2015, <http://www.reuters.com/article/2015/03/24/us-vinci-qatar-labour-conditions-idUSKBN0MK0OH20150324>.

453 Zie bijvoorbeeld: K. Willsher, 'France: Vinci Construction investigated over Qatar forced labour claims', *The Guardian* online 26 april 2015, <http://www.theguardian.com/world/2015/apr/26/france-vinci-construction-qatar-forced-labour-claims-2022-world-cup>.

454 Zie bijvoorbeeld: 'Bataille judiciaire: Vinci échoue à faire condamner Sherpa', Sherpa-website 2 juli 2015, <http://www.asso-sherpa.org/bataille-judiciaire-vinci-echoue-faire-condamner-sherpa>. Zie ook: 'Vinci porte plainte à son tour contre l'ONG Sherpa', *L'Equipe.fr* online 3 juni 2015, <http://www.lequipe.fr/Football/Actualites/Vinci-porte-plainte-a-son-tour-contre-l-ong-sherpa/563801>.

3.4.3 Verplichtingen van bestuurders en commissarissen van Franse vennootschappen in het kader van (I)MVO en de rol van corporate governance

Voor de beantwoording van de vraag of het Franse vennootschapsrecht bestuurders van ondernemingen verplicht om zich bij de uitoefening van hun taak te richten naar (I)MVO-gerelateerde belangen, is het noodzakelijk om eerst kort stil te staan bij enkele kernbegrippen uit het Franse ondernemingsrecht. Het Franse ondernemingsrecht is neergelegd in verschillende wetten. Het wettelijk kader wordt primair gevormd door de artikelen 1832 en verder in de Code Civil en de bepalingen in het Tweede Boek van de Code de Commerce inzake *des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique*. Verder zijn regels neergelegd in bijvoorbeeld de Code Monétaire et Financier.[455] Het Franse ondernemingsrecht maakt een onderscheid tussen commerciële en niet-commerciële rechtsvormen. De commerciële rechtsvormen zijn geregeld in de Code de Commerce. De meest voorkomende commerciële rechtsvormen met rechtspersoonlijkheid zijn de *Société Anonyme* (SA) en de *Société à responsabilité limitée* (SARL). In 2012 waren er in totaal 1.387.492 SA's en SARL's met meer dan één aandeelhouder actief.[456]

De organisatie van de SA laat zich als volgt kenschetsen. Het kapitaal van de SA is onderverdeeld in aandelen die worden gehouden door de *actionnaires*. De *actionnaires* vormen gezamenlijk de algemene vergadering van aandeelhouders (*Assemblee générale*). Het bestuur van de SA ligt in beginsel in handen van één orgaan: *le conseil d'administration*. Het is naar Frans recht echter ook mogelijk om te kiezen voor een *two-tier* structuur.[457] In dat geval kent de SA een uitvoerend orgaan, *la directoire*, en een toezichthoudend orgaan, *le conseil de surveillance*. De accountant is formeel ook een orgaan van de SA: *le commissaire aux comptes*. Deze *commissaires* worden aangesteld door de *Assemblée générale* en zijn belast met de controle op de boekhouding.[458]

Het bestuur heeft verschillende taken. Onderscheid moet worden gemaakt tussen de bevoegdheid tot het bepalen van de strategie en het nemen van beslissingen aangaande de vennootschap enerzijds en de bevoegdheid tot het dagelijkse bestuur anderzijds. Het dagelijks bestuur ligt in beginsel in handen van de *president directeur général* of de *directeur général*.[459] Het bestuur als collectief heeft een algemene taakopdracht die grofweg drie aspecten omvat.[460] In de eerste plaats bepaalt het bestuur de strategie van de onderneming.[461] In de tweede plaats beslist het ten aanzien van alle zaken die de onderneming aangaan.[462] In de derde plaats houdt het toezicht op de implementatie van het beleid.[463] Deze algemene taakstelling wordt langs twee wegen beperkt: enerzijds door de bevoegdheden die specifiek aan de *Assemblee* zijn toebedeeld en anderzijds door het doel van de vennootschap (*l'objet sociale*). Daarnaast bevat de Code de Commerce verschillende bepalingen waarin een specifieke taak

---

455 Al met al is het Franse ondernemingsrecht tamelijk versnipperd geregeld. In de literatuur constateert men dan ook dat het gebrek aan coherentie de nodige rechtsonzekerheid met zich meebrengt. Guyon 2008, p. 336: "*This is a very unsubtle way of regulating. Endless modifications supplement or modify corporate law without much regard to coherence, resulting in real legal uncertainty*".

456 Deze cijfers over *Business demography by legal form* zijn afkomstig van Eurostat, zie <http://ec.europa.eu/eurostat/web/structural-business-statistics/entrepreneurship/business-demography>.

457 Art. L. 225-57 Code de Commerce e.v.

458 Art. L. 225-218 Code de Commerce e.v. Dit orgaan moet niet worden verward met de *conseil de surveillance* omdat de *commissaires aux comptes* geen toezicht houden op het door de vennootschap gevoerde beleid.

459 Art. L. 225-51.

460 Art. L. 225-35 Code de Commerce. Zie ook: Conac 2013, p. 454; Germain & Magnier 2011, p. 498.

461 Art. L. 225-35: "*Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre*".

462 Art. L. 225-35 : "[…] *Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marcha de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent* […]".

463 Art. L. 225-35 : "[…] Le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. […]".

aan het bestuur wordt toegekend, zoals het voorschrift dat het bestuur verantwoordelijk is voor het opstellen van de jaarrekening en het jaarverslag.[464]

De SARL bestaat in beginsel ook uit twee organen: het bestuur (*la gérance*) en de aandeelhouders (*les associés*). Het bestuur is belast met het besturen van de SARL.[465] Alleen natuurlijke personen kunnen worden benoemd als bestuurders.[466] In sommige gevallen heeft de SARL, net als de SA, ook nog een derde orgaan: *les commissaires aux comptes*.[467] Het belangrijkste verschil tussen de SARL en de SA is gelegen in het feit dat de aandeelhouders meer controle hebben op het bestuur. De taak van het bestuur wordt in beginsel bepaald door de statuten, maar wanneer die zwijgen is het bestuur bevoegd om alle beleidsbeslissingen te nemen die in het belang van de vennootschap zijn.[468]

Relevante (I)MVO-gerelateerde normen

Bij de beantwoording van de vraag naar welke belangen het bestuur en eventueel toezichthoudende commissarissen zich dienen te richten is het begrip *l'intérêt social* van belang. Ten aanzien van de SARL is dat expliciet in de wet geregeld.[469] Hoewel in de Code de Commerce niet expliciet is bepaald dat het bestuur van de SA en eventueel de *conseil de surveillance* zich moeten richten naar het belang van de vennootschap, komt het begrip *l'intérêt social* op verschillende plaatsen in de Code de Commerce en de Code Civil terug.[470] Het bestaan van de notie van *l'intérêt social* wordt ook in de jurisprudentie en de doctrine erkend.[471] Het begrip is bovendien opgenomen in de Franse Corporate Governance Code uit 2013.[472]

Het feit dat het bestaan van het begrip *l'intérêt social* wordt erkend, betekent echter niet dat duidelijk is wat daaronder moet worden verstaan. In de literatuur worden diverse theorieën verdedigd.[473] De vraag is met name of *l'intérêt social* in de kern neerkomt op het belang van de aandeelhouders of dat het begrip een breder palet aan belangen bestrijkt en, zo ja, welke belangen. In andere woorden, gaat het Franse ondernemingsrecht uit van een *shareholder value* model of van een *stakeholder* model? Een heersende leer kan op dit gebied nog niet worden ontwaard.[474] De bepalingen in de Franse Corporate Governance Code lijken ruimte te bieden voor de opvatting dat ook externe belangen onderdeel kunnen zijn van het *l'intérêt social*. Men kan denken aan de belangen van werknemers en schuldeisers, maar ook aan het belang van overige derden.[475]

De Franse Corporate Governance Code uit 2013 bevat standaarden van goede *corporate governance* voor beursgenoteerde vennootschappen. In tegenstelling tot de Nederlandse Corporate Governance Code, wordt in deze code niet expliciet aandacht besteed aan de vraag of het bestuur en eventueel

---

464 Art. L. 225-100 en L 232-1 Code de Commerce.
465 Art. L. 223-18 Code de Commerce.
466 Art. L. 223-18 Code de Commerce.
467 Art. L. 223-35 Code de Commerce.
468 Art. L. 223-18 (4) jo. L. 221-4 Code de Commerce.
469 Art. L. 223-18 (4) jo. L. 221-4 Code de Commerce.
470 Zie bv. L. 1848 Code Civil.
471 Zie: Bissara 1999.
472 Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, art. 1.1.
473 Zie voor een overzicht: Rousseau & Tchotourian 2009.
474 Zie ook: Rousseau & Tchotourian 2009, p. 8 : "*La présentation esquissée à grands traits reflète un débat profond sur les objectifs attachés aux entreprises. Le droit français des sociétés, loin d'apporter une solution à ce débat sur le « pourquoi » des sociétés, contribue au contraire à l'alimenter en définissant l'intérêt social de manière variable sans qu'aucune unanimité ne se dégage*".
475 Zie Conac 2013, p. 454: "*However, it is clear that the requirements of social interst implies that the notion of corporate governance has to be appreciated in relation to the interests of stakeholders and not only shareholders. According to case law and to the corporate governance code, the social interest of the corporation includes the interest of the company, the shareholders, the employees, the clients, and third parties*".

toezichthoudende commissarissen bij hun taakuitoefening rekening moeten houden met de belangen van (I)MVO-stakeholders. In de code komt slechts tot uitdrukking dat het bestuur van de vennootschap zich dient te richten naar *l'intérêt social*.[476] Zoals gezegd wordt wel verdedigd dat daaronder ook belangen van derden kunnen vallen. Sommige schrijvers verdedigen in dat kader de opvatting dat *corporate governance* als zodanig niet alleen dienstbaar is aan het belang van de aandeelhouder, maar moet worden beschouwd in het licht van de belangen van alle *stakeholders*.[477] Andere auteurs merken echter op dat net zo goed uit de code en andere documenten op het gebied van *corporate governance* kan worden afgeleid dat het bestuur zich moet richten naar het belang van de aandeelhouders.[478]

Al met al kan niet met zekerheid worden gezegd of het bestuur van een beursgenoteerde onderneming op grond van de code gehouden is om (I)MVO-overwegingen te betrekken bij zijn taakuitoefening. Dit hangt samen met het gebrek aan een eenduidige betekenis van het begrip *l'intérêt social* in de context van grote (beursgenoteerde) ondernemingen.[479] Bestuurders zullen in ieder geval rekening moeten houden met de belangen van derden voor zover de aantasting daarvan tot financiële of reputatie-gerelateerde risico's voor de onderneming leiden, omdat het bestuur verantwoordelijk is voor de werking van het risicobeheersingssysteem van de vennootschap.[480]

Het bestuur is, zoals gezegd, belast met het opstellen van de jaarrekening en het jaarverslag.[481] Het bestuur dient de jaarrekening en het jaarverslag aan de aandeelhoudersvergadering voor te leggen.[482] Het jaarverslag dient op grond van Europese regelgeving indien relevant informatie te bevatten ten aanzien van niet-financiële prestatie-indicatoren, in het bijzonder met betrekking tot milieu- en personeelskwesties.[483] Als de vennootschap een geconsolideerde jaarrekening opstelt ten aanzien van tot het concern behorende vennootschappen dan dient het jaarverslag tevens een dergelijke analyse te bevatten voor zover nodig voor een goed begrip van de ontwikkeling van de groep.[484]

Sommige vennootschappen zijn op grond van de Loi Grenelle II verplicht om in hun jaarverslag uitvoerig te rapporteren over (I)MVO-gerelateerde kwesties.[485] Art. 225 van de Loi Grenelle II vereist dat vennootschappen met meer dan 500 werknemers of meer dan 100 miljoen euro aan inkomsten of vermogen moeten rapporteren over de impact van hun activiteiten op de samenleving en het milieu.[486] Deze bepaling is niet van toepassing op vennootschappen die zijn vrijgesteld van de verplichting om een jaarverslag op te stellen. Beursgenoteerde vennootschappen dienen in ieder geval te rapporteren over de impact van hun activiteiten op de samenleving en het milieu, ongeacht het aantal werknemers of de financiële resultaten. Art. 225 Loi Grenelle II is geïmplementeerd in artikel 225-102-1 Code de Commerce. Art. 226 Loi Grenelle II omvat een soortgelijke rapportageplicht voor de overheid.

---

476 Zie art. 1.1 en 6.2 Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées.

477 Conac 2013, p. 446.

478 Germain & Magnier 2011, p. 935.

479 Germain & Magnier 2011, p. 935: "*Ces textes témoignent de ce que la notion d'intérêt social n'est pas clairement délimitée dans les sociétés cotées françaises*".

480 Art. 2.2 Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées.

481 Art. L. 232-1 Code de Commerce

482 Art. L. 225-100 Code de Commerce.

483 Art. L. 225-100 Code de Commerce. Deze bepaling strekt ter implementatie van art. 1 lid 14 van Richtlijn 2003/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2003 tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG, 83/349/EEG, 86/635/EEG en 91/674/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, banken en andere financiële instellingen, en verzekeringsondernemingen.

484 Art. L. 225-100-2 Code de Commerce.

485 Loi no 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement

486 Décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale. Zie ook: Germain & Magnier 2011, p 953.

Art. 225 Loi Grenelle II gaat verder en is van toepassing op een groter aantal bedrijven dan de NRE-wetgeving inzake transparantie omtrent (I)MVO waarvoor zij in de plaats treedt.[487] De NRE was niet van toepassing op niet-beursgenoteerde vennootschappen, terwijl art. 225 alle bedrijven met meer dan 500 werknemers onderwerpt aan een rapportageplicht.[488] Verder verlangt de Loi Grenelle II niet alleen informatie over de impact van de activiteiten op het milieu en de samenleving, maar ook over de initiatieven die door de vennootschap zijn genomen ter bevordering van duurzame ontwikkeling. Het uitvoeringsbesluit omvat een 42-tal onderwerpen waarover vennootschappen dienen te rapporteren, onderverdeeld in drie thema's: sociaal, milieu en duurzame ontwikkeling.[489] Het rapport met betrekking tot de impact van de activiteiten van de vennootschap op de samenleving en het milieu dient te worden goedgekeurd door de raad van bestuur, opgenomen in het jaarverslag en gepresenteerd aan de jaarlijkse algemene vergadering.[490] De verslaglegging dient ook in te gaan op de situatie bij dochtervennootschappen.[491] De Loi Grenelle II is gebaseerd op het '*comply or explain*'-principe. De vennootschap kan ervoor kiezen om te rapporteren aan de hand van nationale of internationale rapportagerichtlijnen. De vennootschap dient de aard en voorwaarden van deze richtlijnen te vermelden om aan de rapportageverplichting te voldoen.

Art. 225 Loi Grenelle II bepaalt dat het jaarverslag van de vennootschap moet worden gecontroleerd door een onafhankelijke derde organisatie.[492] Deze organisatie wordt benoemd door de *directeur général* of de *président du conseil d'administration* voor maximaal 6 jaar en moet geaccrediteerd worden door COFRAC (Comité français d'accreditation) of door een andere accreditatieinstelling die in het kader van de Europese coördinatie van de accreditatieinstellingen partij is bij een multilaterale Europese overeenkomst. Deze onafhankelijke derde dient een rapport op te stellen waarin het de kwaliteit van de verslaglegging van de vennootschap certificeert. De derde dient het rapport te voorzien van een met redenen omkleed advies omtrent de juistheid van de verstrekte informatie en over de verschafte uitleg van de vennootschap met betrekking tot weggelaten gegevens.

De moedervennootschap van een concern is, net als in andere landen, in beginsel niet aansprakelijk voor schulden of activiteiten van de dochtervennootschap vanwege de werking van de *personne morale* of rechtspersoonlijkheid.[493] Het beginsel van gescheiden rechtspersoonlijkheid is echter niet absoluut in het Franse recht. Sommige wettelijke bepalingen derogeren aan het beginsel. De Franse wetgever heeft in artikel 227 Loi Grenelle II een bijzondere regeling het leven geroepen met betrekking tot de aansprakelijkheid van moedervennootschappen voor door haar dochtervennootschap veroorzaakte milieuschade in het geval dat de dochtervennootschap onvoldoende verhaal biedt. Deze bepaling is ingevoerd naar aanleiding van de publieke verontwaardiging omtrent de zaak *Metaleurop* in 2005.[494] Metaleurop, een exploitant van verschillende vervuilde locaties, was failliet gegaan en kon zodoende niet aan zijn verplichtingen tot sanering van de bodem voldoen. De moedervennootschap weigerde voor de kosten op te draaien en werd in de daarop volgende juridische procedure ook niet tot betaling van schadevergoeding veroordeeld.[495] Op deze regeling wordt in het hiernavolgende nader ingegaan.

---

487 Loi sur les Nouvelles Régulations Economiques. Zie Germain & Magnier 2011, p 953.

488 Germain & Magnier 2011, p 953.

489 Art. L. 225-102-1 Code de commerce.

490 Art. L. 225-102-1 Code de commerce.

491 Dochtervennootschappen zoals geformuleerd in art. L. 233-1 of de ondernemingen die op basis van art. L. 233-3 worden bestuurd door de moedervennootschap (Art. L225-102-1). Zie ook: Germain & Magnier 2011, p 953.

492 Art. L225-102-1 Code de Commerce ; Arrêté du 13 mai 2013 déterminant les modalités dans lesquelles l'organisme tiers indépendant conduit sa mission. Zie ook: Germain e.a., p 954.

493 Guyon 2001, p. 659: "*A l'inverse, et toujours en raison de cette autonomie juridique, la société mère n'est pas, en principe, tenue d'exécuter les obligations contractées par sa filiale, ou réciproquement*".

494 Thsibende e.a. 2012, p. 108.

495 Zie o.a. Cour d'Appel Douai 16 december 2004, *D.* 2005, A.J., p. 216 en Cour de Cassation - Chambre Commercielle 19 april 2005, *Bulletin Joly Sociétés* 2005, p. 690.

Een vennootschap is verplicht om een geconsolideerde jaarrekening en jaarverslag op te stellen en te publiceren ten aanzien van Franse of buitenlandse vennootschappen die zij controleert of waarop zij een aanzienlijke invloed uitoefent.[496] Het geconsolideerde jaarverslag is bedoeld om inzicht te geven in de toestand van de groep en voorzienbare ontwikkelingen daaromtrent.[497] Het jaarverslag bij de geconsolideerde jaarrekening bevat indien relevant voor een goed begrip daarvan informatie ten aanzien van niet-financiële prestatie indicatoren, in het bijzonder met betrekking tot milieu- en personeelskwesties.[498] Verder zijn sommige vennootschappen op grond van artikel 225 Loi Grenelle II verplicht om in hun jaarverslag te rapporteren over de impact van hun activiteiten op de samenleving en het milieu. Wanneer die vennootschap tevens verplicht is om een geconsolideerde jaarrekening en jaarverslag op te stellen en te publiceren, dient daarin dus ook gerapporteerd te worden over de impact van de groep op (I)MVO-gerelateerde belangen.[499]

Zeer interessant voor de (I)MVO-context is tenslotte het wetsvoorstel dat op 6 november 2013 in de *Assemblée nationale* aanhangig is gemaakt en dat ziet op (I)MVO-verplichtingen van Franse moedervennootschappen of Franse vennootschappen die, al dan niet binnen concernverband, een aanmerkelijke invloed uitoefenen op andere vennootschappen (*des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*).[500] Het wetsvoorstel beoogt een juridische verplichting in het leven te roepen tot het in acht nemen van gepaste zorgvuldigheid (*devoir de vigilance*) ten aanzien van aan de eigen activiteiten en aan de activiteiten van dochtervennootschappen, onderaannemers en leveranciers verbonden risico's op schade aan (I)MVO-gerelateerde belangen. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel op 29 januari 2015 bleek dat de tekst van dit wetsvoorstel op sommige punten verfijning en inperking behoefde. Daarom werd het wetsvoorstel terugverwezen naar de wetgevingscommissie, die op 11 februari 2015 een aangepast wetsvoorstel aan de Assemblée Nationale heeft voorgelegd.[501] Deze versie werd op 30 maart 2015 in eerste lezing aangenomen door de Assemblée Nationale[502], maar werd in november 2015 verworpen door het Franse hogerhuis, de Sénat.

De gedachte van de indieners van deze wetsvoorstellen is dat de verantwoordelijkheid van moedervennootschappen met betrekking tot (I)MVO-gerelateerde risico's nog onvoldoende is verankerd in het recht. In de preambule van het wetsvoorstel wordt geconstateerd dat de verplichtingen in *soft* law-instrumenten niet afgedwongen kunnen worden en dat de werking van de rapportageverplichtingen uit de Loi Grenelle II zich beperkt tot het mechanisme van *comply or explain* door de vennootschap. Bovendien is het voor slachtoffers van (I)MVO-schendingen lastig om binnen een concern de moedervennootschap van een schade toebrengende dochtervennootschap aan te spreken vanwege het vennootschapsrechtelijke beginsel van gescheiden rechtspersoonlijkheid.[503]

---

496 Art. L. 233-16 Code de Commerce.

497 Art. L. 233-26 Code de Commerce.

498 Art. L. 225-100-2 Code de Commerce.

499 Art. L. 225-102-1 Code de Commerce.

500 Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, no. 1519, 6 november 2013.

501 Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, no. 2528, 11 februari 2015.

502 Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, aangenomen door de Assemblée Nationale in eerste lezing, Texte adopté no. 501 'Petite loi', Assemblée Nationale 30 maart 2015.

503 In dit kader wordt aangegeven: "*Au regard de ce contexte international, il est temps que la France se saisisse de l'opportunité d'instaurer dans sa législation une obligation de vigilance, afin de s'attaquer aux violations des droits humains et à la corruption intervenant sur les chaînes de production de ses entreprises. Il en va aussi bien de l'intérêt des victimes que de celui des entreprises, afin de clarifier les règles applicables et de réduire l'insécurité juridique actuelle. C'est pourquoi, il est important de transposer en droit français le devoir de vigilance*". Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, no. 2528, 11 februari 2015.

Artikel 1 van het aangepaste wetsvoorstel verplicht vennootschappen waarop de wet van toepassing is tot het opstellen en implementeren van een *plan de vigilance*. Deze verplichting zal aan de Code de Commerce worden toegevoegd als artikel 225-102-4. De bepaling is van toepassing op iedere Franse vennootschap waar in de afgelopen twee jaar in totaal ten minste tienduizend mensen werkzaam zijn geweest, daaronder begrepen werknemers van directe en indirecte dochtervennootschappen ongeacht of deze in Frankrijk zijn gevestigd. Daarnaast is de bepaling is van toepassing op iedere Franse vennootschap waar in de afgelopen twee jaar in totaal ten minste vijfduizend mensen werkzaam zijn geweest, daaronder begrepen werknemers van directe en indirecte Franse dochtervennootschappen.[504]

Het *plan de vigilance* omschrijft de door de vennootschap te nemen voorzorgsmaatregelen om risico's op schade aan mens- en milieugerelateerde belangen te identificeren en de verwezenlijking daarvan te voorkomen. Het wetsvoorstel spreekt concreet over mensenrechtenschendingen, schendingen van fundamentele vrijheden, letselschade (*dommages corporels*), milieuschade (*environnementaux graves*), risico's voor de volksgezondheid (*risques sanitaires*), en, ten slotte, corruptie. Het plan dient niet alleen betrekking te hebben op de risico's die zijn verbonden aan de activiteiten van de vennootschap zelf, maar ook op risico's die zijn verbonden aan de activiteiten van zowel vennootschappen die direct of indirect onder controle van die vennootschap staan zoals leveranciers en (onder)aannemers op wie de vennootschap een overwegende invloed uitoefent.[505] Het plan dient openbaar gemaakt te worden en bij het jaarverslag te worden gevoegd. Nadere details omtrent de inhoud en openbaarmaking van het *plan de vigilance* zullen per decreet worden vastgesteld.[506]

Op 30 maart 2015 heeft de eerste lezing van het wetsvoorstel in de Assemblée nationale plaatsgevonden. Het wetsvoorstel is met enkele redactionele aanpassingen aangenomen en is vervolgens voor de eerste lezing voorgelegd aan de Sénat. Deze heeft het voorstel in november 2015 verworpen. Het is echter goed mogelijk, zo komt naar voren uit de in het kader van dit onderzoek afgenomen interviews met Franse experts, dat er een tweede lezing zal komen. Daarin kan de huidige versie van het wetsvoorstel, al dan niet met wijzigingen, opnieuw aangenomen worden door de momenteel links georiënteerde Assemblée Nationale, waarna zij opnieuw aan de Sénat zal worden voorgelegd. Mocht de momenteel rechts georiënteerde Sénat zich blijven verzetten tegen het wetsvoorstel, dan zou het uiteindelijk mogelijk zijn voor het Franse Lagerhuis om de wet te passeren zonder medewerking van het Hogerhuis.

---

[504] Art. 1 proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, aangenomen door de Assemblée Nationale in eerste lezing, Texte adopté no. 501 'Petite loi', Assemblée Nationale 30 maart 2015: "*Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance*".

[505] Zie art. 1 Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, aangenomen door de Assemblée Nationale in eerste lezing, Texte adopté no. 501, 30 maart 2015: "*Ce plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier et à prévenir la réalisation de risques d'atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, de dommages corporels ou environnementaux graves ou de risques sanitaires résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités de leurs sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie. Les mesures du plan visent également à prévenir les comportements de corruption active ou passive au sein de la société et des sociétés qu'elle contrôle*".

[506] Zie art. 1 Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, aangenomen door de Assemblée Nationale in eerste lezing, Texte adopté no. 501, 30 maart 2015: "*Le plan de vigilance est rendu public et inclus dans le rapport mentionné à l'article L. 225-102. Un décret en Conseil d'État précise les modalités de présentation et d'application du plan de vigilance, ainsi que les conditions du suivi de sa mise en œuvre effective, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale*".

Handhavingsmechanismen

De vraag is welke mogelijkheden het Franse ondernemingsrecht biedt voor typische (I)MVO-stakeholders – slachtoffers van mens- en milieugerelateerde normschendingen en ngo's – om (I)MVO-gerelateerde normen af te dwingen. De rol van de 'activistische (I)MVO-aandeelhouder' blijft in deze paragraaf op de achtergrond.

In voorkomende gevallen is het mogelijk om de bestuurders of, indien die er zijn, commissarissen van de vennootschap aansprakelijk te stellen voor voor schendingen van wet- en regelgeving, schendingen van statutaire bepalingen en fouten gemaakt in het kader van de uitoefening van hun bestuurstaken (*fautes commises dans leur gestion*). De Code de Commerce bevat daarvoor een specifieke regeling. De regeling is ten aanzien van de SA opgenomen in art. 225-251 Code de Commerce en ten aanzien van de SARL in art. 233-22 Code de Commerce. Zowel de vennootschap als derden kunnen bestuurders op grond van deze bepalingen aansprakelijk stellen. Schadevergoeding is de enige remedie voor een schending van deze bepalingen.[507] Bestuurders van de SA of de SARL kunnen zowel individueel als collectief aansprakelijk zijn. De beantwoording van de vraag of een bestuurder aansprakelijk is voor een bestuursfout dient te geschieden aan de hand van het criterium of een redelijk handelend bestuurder op dat moment, gelet op de omstandigheden van het geval, niet de desbetreffende beslissing zou hebben genomen.[508]

Het is, gelet op het open karakter van de aansprakelijkheidsnorm, in theorie verdedigbaar dat schending van (I)MVO-gerelateerde normen uit het vennootschapsrecht met schade voor derden als gevolg tot bestuurdersaansprakelijkheid kan leiden. Een dergelijk geval heeft zich echter nog niet voorgedaan. In de praktijk komt bestuurdersaansprakelijkheid jegens schuldeisers met name voor in situaties waarin de bestuurder een fout heeft gemaakt die heeft bijgedragen aan het faillissement van de vennootschap.[509] Het is in Frankrijk overigens niet ongebruikelijk dat eerst een strafrechtelijke procedure wordt geïnitieerd (zie nader par. 3.4.5).[510] Als het verwijt jegens de bestuurder tevens een strafbaar feit is, dan staat daarmee immers de fout van de bestuurder vast. Dit vergemakkelijkt het verloop van een daarop volgende civiele procedure aanzienlijk omdat de bewijsgaring in een dergelijk geval dan al voor een groot deel door de openbare aanklager wordt verricht (zie ook par. 3.4.5).

Een bijzondere vorm van bestuurdersaansprakelijkheid betreft aansprakelijkheid wegens het verspreiden van onjuiste of misleidende informatie. Het Cour de Cassation heeft in 2010 geoordeeld dat bestuurders door (minderheids)aandeelhouders op grond van artikel 225-254 Code de Commerce kunnen worden aangesproken wegens het doen van onjuiste mededelingen.[511] Zoals gezegd is het in Frankrijk gebruikelijk dat aan de aansprakelijkheidsprocedure strafrechtelijke procedures vooraf gaan. Dat geldt ook voor aansprakelijkheid wegens onjuiste of misleidende mededelingen op de effectenmarkt. Het Franse recht kent ook verschillende grondslagen voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders in verband met het verspreiden van onjuiste of misleidende informatie. Dat geldt bijvoorbeeld voor het verspreiden van onjuiste informatie (*diffussion de fausses*

---

[507] Conac 2013, p. 472; Dorresteijn e.a. 2009, p. 167.

[508] Germain & Magnier 2011, p. 571: "*Ce cas suppose une appréciation, souvent difficile, d'une décision qui n'aurait pas été prise par un dirigeant diligent et actif à l'époque et dans les circonstances de l'espèce*".

[509] In dergelijke gevallen geldt volgens vaste jurisprudentie een zwaarder aansprakelijkheidsregime, zie Germain & Magnier 2011, p. 572 en Dorresteijn e.a. 2009, p. 186.

[510] Zie in het kader van aansprakelijkheid wegens onjuiste of misleidende mededelingen: Conac 2013, p. 491-492.

[511] Cour de Cassation - Chambre Commercielle 9 maart 2010, Sté EPF Partners c/ Abela, Rev. sociétés (2010), no. 08-21547. Zie ook: Conac 2013, p. 492.

information) over de toestand van een vennootschap die effecten heeft uitgegeven.[512] Daarnaast is het verrichten van onjuiste of frauduleuze financiële mededelingen (*faux bilan*) strafbaar.[513]

Het is denkbaar dat in het jaarverslag of reclame-uitingen onjuiste, onvolledige of misleidende informatie wordt verspreid ten aanzien van impact van de vennootschap op (I)MVO-gerelateerde belangen. In theorie is het dus mogelijk dat aandeelhouders die schade lijden als gevolg van deze mededeling, de bestuurders daarvoor aansprakelijk kunnen stellen. Er bestaat echter vooralsnog geen jurisprudentie waarin een rechter is toegekomen aan de inhoudelijke behandeling van de vraag of en zo ja, onder welke omstandigheden, bestuurders aansprakelijk gehouden kunnen worden voor misleidende mededelingen omtrent (I)MVO-gerelateerde kwesties, niet alleen ten opzichte van aandeelhouders maar ook ten opzichte van IMVO-stakeholders.

Derden wiens (I)MVO-gerelateerde belangen geschonden zijn als gevolg van de activiteiten van een vennootschap die deel uit maakt van een (al dan niet multinationaal) concern kunnen ook overwegen om een Franse moedervennootschap daarvoor aansprakelijk te stellen. Net als in de andere hier onderzochte landen bestaat in het Franse recht in theorie de mogelijkheid dat een moedervennootschap aansprakelijk gesteld wordt voor de schulden (of gedragingen) van haar dochter op grond van doorbraak van aansprakelijkheid. In een aantal gevallen is het mogelijk de moedermaatschappij als aandeelhouder of eventueel als *de facto* bestuurder aansprakelijk te stellen voor de schulden van haar dochter in geval van faillissement. Daarnaast kunnen ook de bepalingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid leiden tot aansprakelijkheid van een moedervennootschap in concernverband, wanneer de moedermaatschappij optreedt als formeel bestuurder van de dochter. Andere mogelijke gronden voor doorbraak van aansprakelijkheid zijn in het Franse recht gelegen in doctrines als verhulling (*simulation*), fraude (*fraude*) en het creëren van valse schijn (*apparance*).[514]

Bij gebrek aan relevante jurisprudentie is onduidelijk in hoeverre deze ondernemingsrechtelijke gronden voor doorbraak van aansprakelijkheid mogelijkheden zouden kunnen bieden voor het aansprakelijk stellen van een moedermaatschappij door derden wiens IMVO-gerelateerde belangen zijn geschonden als gevolg van de activiteiten van haar dochtermaatschappij. Daarbij moet wel vermeld worden dat ook in Frankrijk de figuur van doorbraak van aansprakelijkheid onder omstandigheden een rol kan spelen in het arbeidsrecht.[515] Zo bestaat er in Frankrijk al een aantal jaren een tendens richting procedures van werknemers die proberen om de moedermaatschappij van hun werkgever (mede) aansprakelijk te stellen voor de schulden (en activiteiten) van de dochtermaatschappij. In dergelijke procedures wordt meestal getracht aan te tonen dat de moedermaatschappij de medewerkgever is van de werknemers van hun dochtermaatschappij; dit kan bijvoorbeeld worden aangenomen als er sprake is van gewekte schijn dat de werknemer voor de moeder werkt of als er sprake is van een daadwerkelijke ondergeschiktheidsrelatie tussen hen. Kan de moeder als medewerkgever aangemerkt worden, dan kunnen de werknemers zich in geval van faillissement van de dochter bijvoorbeeld tot de solvente moedermaatschappij wenden voor betaling van hun ontslagpremies.[516]

De uitspraak van het Cour d'Appel de Paris in de Comilog-procedure laat zien dat de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van 'medewerkgeverschap' in theorie ook in de IMVO-context

[512] L. 465-1, para 4 Code Monétaire et Financier. Zie ook: Conac 2013, p. 492.
[513] L. 242-6 Code de Commerce.
[514] Zie bijvoorbeeld: Demeyere 2015, p. 399-402; Vandekerckhove 2007, p. 433-457
[515] Vgl. Vandekerckhove 2007, p. 445-446, 448-449.
[516] Zie reeds: Hofstetter 1990, p. 586-587. Zie ook: S. Smith-Vidal, C. Dauthier, 'French high court rules on parent companies' liability to subsidiaries' employees', *Morgan Lewis lawflash*, 15 september 2014, <http://www.morganlewis.com/pubs/lepg_lf_liabilitymothercompanysubsidiary15sept14>.

een rol kan spelen. In deze zaak overwoog het Hof ten aanzien van de vereisten waaraan naar Frans recht voldaan moet zijn om 'medewerkgeverschap' aan te nemen:

> "*Pour autant, la situation de co-emploi peut être caractérisée même en l'absence de lien de subordination, à la condition qu'il existe entre les sociétés concernées une confusion d'activité, d'intérêts et de direction et que la ou les sociétés qui n'exercent pas directement les pouvoirs de direction, de controle et de sanction à l'égard du salarié s'immiscent à leur profit dans la gestion économique et sociale de la société qui les assume effectivement, en privant celle-ci de toute autonomie industrielle, commerciale et administrative ce qui suppose que cette société soit leur filiale et que cette immixtion aille au delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre des sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer*".[517]

Voor alle hier genoemde grondslagen voor aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor schulden (en activiteiten) van haar dochter geldt echter dat deze slechts in uitzonderingsgevallen een rol zullen kunnen spelen, gezien de ook in het Franse recht leidende uitgangspunten van gescheiden rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid. Het Franse Cour de Cassation is doorgaans dan ook terughoudend met het aannemen van medewerkgeverschap van de moedermaatschappij op deze basis.[518] Ook het Cour d'Appel in de Comilog-procedure ziet geen reden om aan te nemen dat er sprake is van 'medewerkgeverschap' van de Franse Comilog-vennootschappen ten aanzien van de (ex-)werknemers van Comilog Gabon.[519] Dit suggereert dat wanneer (I)MVO-stakeholders de Franse moedervennootschap van een multinationaal concern willen aanspreken voor de door hen als gevolg van de activiteiten van haar dochtermaatschappijen geleden schade, zij zich in principe zullen moeten baseren op de regels van het commune onrechtmatigedaadsrecht (zie nader par. 3.4.4).[520]

Een interessante uitzondering hierop is echter nog art. 227 Loi Grenelle II, die een aansprakelijkheid van moedervennootschappen in het leven roept voor milieuschulden van dochtervennootschappen in geval van faillissement.

Het regime rust op twee pijlers.[521] In de eerste plaats introduceert het artikel een vorm van vrijwillige aansprakelijkheid.[522] De moedervennootschap die zich door middel van een voorafgaande verklaring ten opzichte van de dochtervennootschap vrijwillig committeert om de verplichtingen van haar dochtervennootschap die volgen uit artikel 162-1 e.v. Code de l'environnement te voldoen in het geval van faillissement, is aansprakelijk, mits het besluit van de moedervennootschap is genomen met inachtneming van bepaalde vormvoorschriften. De gedachte is dat het bestuur van de moedervennootschap een dergelijk besluit kan nemen zonder te hoeven vrezen dat in strijd met het vennootschappelijk belang wordt gehandeld.[523] In de tweede plaats introduceert het artikel een schuldaansprakelijkheid van de moedervennootschap.[524] De curator van een failliete dochtervennootschap, het openbaar ministerie en een vertegenwoordiger van de staat zijn bevoegd zich tot de rechtbank te wenden met het verzoek om vast te stellen dat de moedervennootschap een fout heeft begaan die ertoe heeft bijgedragen dat de dochtervennootschap failliet is gegaan. Als dat het

[517] Zie Cour d'Appel de Paris 10 september 2015, Nos. S 11/05955-60, p. 9.
[518] Demeyere 2015, p. 391 e.v.
[519] Zie Cour d'Appel de Paris 10 september 2015, Nos. S 11/05955-60, p. 9-11.
[520] Demeyere 2015, p. 391 e.v.
[521] Zie Thisbende e.a. 2012, p. 108-110.
[522] Deze regeling is geïmplementeerd in art. 233-1-5 Code de Commerce.
[523] Dannenberger 2011, p. 90.
[524] Deze regeling is geïmplemeteerd in art. 512-17 Code de l'Environnement.

geval blijkt te zijn, is de moedervennootschap aansprakelijk voor de kosten die moeten worden gemaakt ter sanering van de bodem waarop de gefailleerde dochtervennootschap is gevestigd.

Hoewel het regime in de literatuur wordt omschreven als moreel wenselijk en economisch gerechtvaardigd,[525] wordt de uitwerking ervan bekritiseerd. In de eerste plaats voorziet de regeling slechts in een grond voor doorbraak van aansprakelijkheid in de pijler die gebaseerd is op vrijwilligheid en heeft de schuldaansprakelijkheid uit de tweede pijler slechts een beperkte reikwijdte. In de tweede plaats is onduidelijk of artikel 227 Loi Grenelle II van toepassing is op buitenlandse dochtervennootschappen. In de derde plaats voorziet het regime weliswaar in een *ex post* handhavingsmechanisme, maar verplicht het de moedervennootschap niet tot het treffen van preventieve maatregelen. Tot slot roepen zowel het vrijwillige aansprakelijkheidsregime als de schuldaansprakelijkheid juridische vragen op waarvan de uitkomst vooralsnog onduidelijk is. Zo is het de vraag of derden een beroep kunnen doen op de vrijwillige aansprakelijkheid als de (curator van de) dochtervennootschap niet van deze bevoegdheid gebruik maakt.[526]

Vanwege het zeer beperkte toepassingsbereik van deze aansprakelijkheidsgronden uit art. 227 Loi Grenelle II zijn (I)MVO-stakeholders ook in geval van milieuschade veroorzaakt door activiteiten van de dochtermaatschappij, uiteindelijk op het civiele aansprakelijkheidsrecht aangewezen als zij daar de moedermaatschappij voor aansprakelijk willen stellen. Voor het overige voorziet de Loi Grenelle II in beginsel niet in sancties in het geval van schending van de daaruit voortvloeiende verplichtingen. De wet gaat uit van het *comply or explain* beginsel, dat wil zeggen dat de vennootschap moet rapporteren over de naleving van de gekozen nationale of internationale standaarden en uitleg moet geven als deze (deels) niet is nageleefd. Een belanghebbende kan de ontbrekende informatie vorderen bij het Tribunal de Commerce als de vennootschap zijn rapporteringsverplichtingen op grond van de Loi Grenelle II niet naleeft.[527]

Ten slotte is het wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance* voor bepaalde grote Franse vennootschappen ook interessant vanwege de handhavingsmechanismen die daarin voorzien zijn. Schending van de in dit wetsvoorstel opgenomen verplichting tot het opstellen en publiceren van een *plan de vigilance* blijft namelijk niet zonder gevolgen. Eenieder met een gerechtvaardigd belang bij de nakoming van deze verplichting is bevoegd om de bevoegde rechter te verzoeken de vennootschap te bevelen een *plan de vigilance* op te stellen en de publicatie en implementatie daarvan te verzekeren, zo nodig op straffe van een dwangsom.[528] Daarnaast kan de rechter de vennootschap die zich niet houdt aan de in het wetsvoorstel opgenomen verplichting een civiele boete (*amende civile*) opleggen tot een maximum van tien miljoen euro.[529]

Art. 2 van het wetsvoorstel bepaalt dat schending van de verplichtingen van het in te voeren art. 225-102-4 Code de Commerce, onrechtmatig is en dus ook schadeplichtigheid van de vennootschap in de

---

525 Thsibende e.a. 2012, p. 168.

526 Zie voor een opsomming van de kritiekpunten: Thsibende e.a. 2012, p. 111-114. Zie verder Dannenberger 2011, p. 90.

527 Bijvoorbeeld op basis van art. L.225-102.

528 Zie art. 1 Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, aangenomen door de Assemblée Nationale in eerste lezing, Texte adopté no. 501, 30 maart 2015: "*Toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut demander à la juridiction compétente d'enjoindre à la société, le cas échéant sous astreinte, d'établir le plan de vigilance, d'en assurer la communication au public et de rendre compte de sa mise en œuvre conformément* [met de in het artikel opgenomen verplichtingen]. *Le président du tribunal, statuant en référé, peut être saisi aux mêmes fins*".

529 Art. 1 Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, aangenomen door de Assemblée Nationale in eerste lezing, Texte adopté no. 501, 30 maart 2015: "*Le juge peut prononcer une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 10 millions d'euros. Cette amende n'est pas une charge déductible du résultat fiscal*".

zin van de artt. 1382 en 1383 Code Civil (waarover nader par. 3.4.4) tot gevolg kan hebben.[530] De eiser zal daarnaast wel schade en causaal verband aan moeten tonen. Het oorspronkelijke wetsvoorstel ging op dit punt nog verder omdat daarin een vermoeden van onrechtmatigheid van de moedervennootschap was neergelegd als zij niet zou kunnen aantonen dat zij de noodzakelijke en redelijkerwijs in haar macht liggende maatregelen had getroffen om (de verwezenlijking van) een IMVO-gerelateerd risico te voorkomen.[531] De actie kan worden ingesteld door dezelfde kring van belanghebbenden als bedoeld in artikel 1 van het wetsvoorstel. De rechter kan ook in het kader van een schadevergoedingsprocedure een civiele boete en een dwangsom opleggen. Daarnaast kan hij beslissen dat zijn uitspraak op een door hem te bepalen wijze openbaar wordt gemaakt.[532] De gedachte is dat vennootschappen daardoor een aanzienlijk reputatierisico lopen.

3.4.4 Civielrechtelijke zorgplichten van Franse ondernemingen in het kader van IMVO

Zoals duidelijk is uit de bespreking van relevante procedures in par. 3.4.2, hebben zich in Frankrijk tot op heden verschillende civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures voorgedaan tegen Franse internationaal opererende ondernemingen met betrekking tot hun beweerdelijke betrokkenheid bij extraterritoriale (I)MVO-normschendingen, veelal in combinatie met strafprocedures. In drie gevallen hebben (niet in combinatie met een strafprocedure ingestelde) civiele aansprakelijkheidsprocedures geleid tot een einduitspraak op basis van een inhoudelijke behandeling door de Franse rechter van de vorderingen. In alle drie de gevallen ging het om een vrij specifieke juridische context, namelijk beweerdelijke schendingen van Franse bepalingen inzake oneerlijke mededinging in de Auchan-zaak, beweerdelijke schendingen van internationaal publiekrechtelijke bepalingen in de Veolia/Alstom-zaak en beweerdelijke schendingen van nationale arbeidsrechtelijke bepalingen in de Comilog-zaak. Een uitspraak van de Franse rechter waarin meer in algemene zin wordt ingegaan op het bestaan op grond van het Franse civiele aansprakelijkheidsrecht van IMVO-gerelateerde zorgplichten voor Franse internationaal opererende ondernemingen is dus nog niet voorhanden. Dat wil echter niet zeggen dat het Franse civiele aansprakelijkheidsrecht, voor zover van toepassing op een dergelijke procedure die aan de Franse rechter wordt voorgelegd, daartoe geen mogelijkheden biedt.

IPR-aspecten

De bevoegdheid van de rechter en het toepasselijke recht in civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures met een internationaal karakter worden in Frankrijk, net als in Nederland, grotendeels bepaald door de geünificeerde Europese IPR-regels van de Brussel Ibis-Verordening en van de Rome II-Verordening, respectievelijk.

---

[530] Art. 2 Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, aangenomen door de Assemblée Nationale in eerste lezing, Texte adopté no. 501, 30 maart 2015: "*Le non-respect des obligations définies à l'article L. 225-102-4 engage la responsabilité de son auteur dans les conditions fixées aux articles 1382 et 1383 du code civil*".

[531] Vgl. art. 2 Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, no. 1519, 6 november 2013, waarin was opgenomen: "*Est présumée responsable la personne morale, qui dans le cadre de ses activités, de celles de ses filiales ou de celles de ses sous-traitants, ne démontre pas avoir pris toutes les mesures nécessaires et raisonnablement en son pouvoir en vue de prévenir ou d'empêcher la survenance d'un dommage ou d'un risque certain de dommage notamment sanitaire, environnemental ou constitutif d'une atteinte aux droits fondamentaux et dont elle ne pouvait préalablement ignorer la gravité*".

[532] Art. 2 Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, aangenomen door de Assemblée Nationale in eerste lezing, Texte adopté no. 501, 30 maart 2015: "*L'action en responsabilité est introduite devant la juridiction compétente par toute personne mentionnée au II de l'article L. 225-102-4 du présent code. Outre la réparation du préjudice causé, le juge peut prononcer une amende civile définie au III du même article L. 225-102-4. Cette amende n'est pas une charge déductible du résultat fiscal. La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci, selon les modalités qu'elle précise. Les frais sont supportés par la personne condamnée. La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte*".

Het internationaal bevoegdheidsregime van de Brussel Ibis-Verordening heeft een beperkt formeel (dat wil zeggen: ruimtelijk) toepassingsbereik; het is in beginsel slechts van toepassing is op vorderingen in burgerlijke en handelszaken die worden ingesteld tegen gedaagden die woonplaats hebben in één (of meerdere) van de Brussel Ibis-lidstaten (dat zijn alle EU-lidstaten behalve Denemarken).[533] Dat wil zeggen dat wanneer voor de Franse rechter een civiele aansprakelijkheidsprocedure wordt ingesteld tegen een internationaal opererende onderneming met woonplaats (statutaire zetel, hoofdbestuur, hoofdvestiging) in één (of meerdere) van die lidstaten, zijn bevoegdheid net als in een dergelijke procedure voor de Nederlandse rechter bepaald wordt door de regels van de Brussel Ibis-Verordening.[534] Op grond hiervan zal hij in de regel in ieder geval bevoegd zijn om te oordelen over een vordering tegen een internationaal opererende onderneming die haar statutaire zetel of haar hoofdbestuur of haar hoofdvestiging in Frankrijk heeft (zie nader par. 2.4.2).[535]

Wordt voor de Franse rechter een IMVO-gerelateerde civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure ingesteld tegen een onderneming uit een niet-Europees gastland (of thuisland) die geen woonplaats (statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging) heeft in één van de Brussel Ibis-lidstaten, dan wordt de bevoegdheid van de Franse rechter in beginsel bepaald door het commune Franse internationaal bevoegdheidsrecht.[536] Dit is deels neergelegd in wetgeving, waaronder in het Franse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (de Code de Procédure Civile) en het Franse Burgerlijk Wetboek (de Code Civil), en vloeit deels voort uit rechtspraak. Net als in Duitsland zijn (veel van) de Franse commune internationale bevoegdheidsregels gebaseerd op de interne competentieregels van Franse rechtbanken onderling, wat betekent dat het qua structuur verschilt van de Nederlandse wettelijke regeling op dit onderwerp. Desondanks vertonen de Franse commune regels van internationaal bevoegdheidsrecht veel overeenkomsten met het Brussel I-regime en daarmee met het Nederlandse commune internationaal bevoegdheidsrecht.[537] Zij zullen in IMVO-gerelateerde civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures tegen ondernemingen uit niet-Europese landen dan ook in veel gevallen tot soortgelijke uitkomsten leiden als de Nederlandse commune regels (zie par. 2.4.2).

Als hoofdregel geldt dat de Franse rechter bevoegd is als de gedaagde zijn woonplaats of gewone verblijfplaats in Frankrijk heeft; is de gedaagde een rechtspersoon dan is bepalend de plaats waar deze zijn statutaire zetel heeft.[538] Gezien het feit dat de Brussel Ibis-Verordening van toepassing zal zijn op civiele aansprakelijkheidsvorderingen tegen gedaagden met woonplaats in één van de Brussel Ibis-lidstaten, heeft deze commune bepaling echter nog maar weinig meerwaarde. Mogelijk relevant in de IMVO-context is de met het Nederlandse commune bevoegdheidsrecht vergelijkbare bepaling op grond waarvan de Franse rechter bevoegd is als de procedure ziet op een onrechtmatige daad die heeft

---

533 Het formele toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Vo. kan afgeleid worden uit de afzonderlijke bevoegdheidsbepalingen (artt. 4-26). Hoofdregel is dat een zaak binnen het formeel toepassingsgebied valt als de gedaagde, ongeacht zijn nationaliteit, zijn woonplaats heeft in een Brussel-Ibis lidstaat. Uitzonderingen op deze hoofdregel bestaan bijvoorbeeld bij procedures die zien op rechten op onroerende goederen, op consumentenovereenkomsten, op individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst of procedures waarin een (op grond van de regels van de Brussel Ibis-Vo. geldige) forumkeuze gemaakt wordt.

534 Art. 4-6 jo. 63 Brussel Ibis-Vo.

535 Art. 4 lid 1 jo. 63 lid 1 Brussel Ibis-Vo.

536 Zie voor een overzicht van relevante wettelijke bepalingen en jurisprudentie: P. Raoul-Duval & M. Stoyanov, 'Comparative study of "residual jurisdiction" in civil and commercial disputes in the EU – National Report for: France', <http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_france_en.pdf> (hierna: Residual Jurisdiction-studie Frankrijk). Het commune Franse IPR is niet van toepassing als de procedure op grond van één van de uitzonderingen toch binnen het formeel toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Verordening valt of als er een ander internationaalrechtelijk regime van toepassing is op de rechterlijke bevoegdheid.

537 Vgl. Residual Jurisdiction-studie Frankrijk, p. 3-4, 6-7.

538 Artt. 42-43 Code de procédure civile (CPC). De Franse rechter mag de plaats van de statutaire zetel van een rechtspersoon buiten beschouwing laten als deze fictief of frauduleus is en kan in zo'n geval bijvoorbeeld uitgaan van de werkelijke zetel van de rechtspersoon. Residual Jurisdiction-studie Frankrijk, p. 7.

plaatsgevonden in Frankrijk, waarbij voldoende is dat ofwel de onrechtmatige gedraging daar heeft plaatsgevonden ofwel de schade daar is ingetreden.[539] Desondanks blijft een situatie waarin een *foreign direct liability claim* tegen een buiten de EU gevestigde onderneming wordt ingesteld met betrekking tot onrechtmatige gedragingen binnen de EU die schade veroorzaken aan mens en milieu in een niet-Europees gastland, moeilijk voor te stellen (zie ook par. 2.4.2). Datzelfde geldt voor de in Frankrijk net als in Nederland bestaande mogelijkheid om rechtsmacht te baseren op de aanwezigheid van een (autonoom opererende) lokale vestiging van de aangesproken onderneming, aangezien dat alleen kan als de vordering ziet op activiteiten van die vestiging.[540]

Verder kan de Franse strafrechter bevoegdheid aannemen over een civiele aansprakelijkheidsvordering die ingesteld wordt in het kader van een strafprocedure die aan hem voorligt, zelfs als de civiele rechter op grond van de commune Franse (internationale) bevoegdheidsregels geen rechtsmacht zou hebben als die vordering afzonderlijk zou worden aangebracht.[541] Dit is in potentie een interessante mogelijkheid ook in de IMVO-context, aangezien er in Frankrijk, anders dan in Nederland, ruime mogelijkheden bestaan voor slachtoffers van strafbare feiten om zich als civiele partij te voegen in de strafprocedure (zie nader par. 3.4.5). Hoewel het Franse Wetboek van Strafprocesrecht daarnaast een specifieke bepaling wijdt aan de mogelijkheid om een zelfstandige civiele aansprakelijkheidsprocedure aan te brengen bij de Franse civiele rechter naar aanleiding van een strafbaar feit, bestaat er onduidelijkheid over de vraag of uit deze bepaling ook internationale bevoegdheid van de Franse civiele rechter voort kan vloeien ten aanzien van een dergelijke vordering.[542]

Daarnaast kan de Franse rechter op grond van de commune Franse regels van internationaal bevoegdheidsrecht rechtsmacht aannemen over een vordering tegen een niet-Europese onderneming wanneer vorderingen worden ingesteld tegen meerdere gedaagden en ten minste één van hen woonplaats of gewone verblijfplaats in Frankrijk heeft.[543] Deze rechtsgrond is vergelijkbaar met de rechtsgrond op basis waarvan de Rechtbank Den Haag bevoegdheid heeft aangenomen over de Nigeriaanse Shell-(klein)dochtermaatschappij in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak. Net als in de Nederlandse commune regeling hieromtrent is wel vereist dat de vorderingen nauw met elkaar verbonden zijn. Wil de Franse rechter op deze basis rechtsmacht kunnen aannemen dan moet het onderwerp in geding hetzelfde zijn, ook al mogen de specifieke rechtsgronden waarop de samenhangende vorderingen worden aangebracht van elkaar verschillen. Daarnaast is onder meer vereist dat de gedaagde met woonplaats of gewone verblijfplaats in Frankrijk waaraan de bevoegdheid ten opzichte van de samenhangende vordering tegen de niet-Europese gedaagde gekoppeld is, een reële gedaagde is. Dit laatste vereiste heeft tot doel om te voorkomen dat er op frauduleuze wijze bevoegdheid van de Franse rechter afgedwongen wordt door middel van een fictieve claim tegen een in Frankrijk gevestigde gedaagde.[544] Verder kan een Franse rechter ook rechtsmacht aannemen over een vordering tegen een niet-Europese gedaagde die samenhangt met een andere vordering ten aanzien waarvan bevoegdheid bestaat, wanneer het gaat om meerdere vorderingen van één of meerdere eisers tegen dezelfde gedaagde.[545]

Een bijzondere regel van Frans commuun (internationaal) bevoegdheidsrecht is dat de Franse rechter bevoegdheid mag aannemen over vorderingen tegen niet-Europese gedaagden ten aanzien van verbintenissen (contractuele of niet-contractuele) die zij binnen of buiten Frankrijk zijn aangegaan ten

---

[539] Art. 46 2e streepje CPC. Zie nader Residual Jurisdiction-studie Frankrijk, p. 8-9.
[540] Deze mogelijkheid vloeit voort uit de jurisprudentie, zie voor verdere verwijzingen Residual Jurisdiction-studie Frankrijk, p. 9.
[541] Vgl. art. 3 Code de procédure penale.
[542] Vgl. art. 4 Code de procédure penale. Zie nader Residual Jurisdiction-studie Frankrijk, p. 9.
[543] Vgl. art. 42 CPC.
[544] Residual Jurisdiction-studie Frankrijk, p. 14.
[545] Zie, met verdere verwijzingen: Residual Jurisdiction-studie Frankrijk, p. 15-16.

opzichte van personen (zowel natuurlijke personen als rechtspersonen) die de Franse nationaliteit hebben. Zijn er meerdere eisers, dan is het in beginsel voldoende dat één van hen de Franse nationaliteit heeft. Op grond van art. 6 lid 2 van de Brussel Ibis-Verordening kan op deze bevoegdheidsgrond ook een beroep worden gedaan door eisers die niet de Franse nationaliteit hebben maar wel in Frankrijk woonachtig zijn; datzelfde geldt voor vluchtelingen in Frankrijk. Omgekeerd kunnen ook vorderingen voor de Franse rechter gebracht worden tegen personen (zowel natuurlijke personen als rechtspersonen) met de Franse nationaliteit in verband met verplichtingen die zij buiten Frankrijk zijn aangegaan jegens anderen.[546] Met name de eerste van deze twee bepalingen, dat in feite een *forum actoris* biedt voor eisers die de Franse nationaliteit hebben, in Frankrijk woonachtig zijn, in Frankrijk verblijven als vluchteling of mede-eisers zijn in een procedure die is aangespannen door een eiser met de Franse nationaliteit, biedt mogelijkheden om civiele aansprakelijkheidsprocedures aan te brengen voor de Franse rechter tegen niet-Europese gedaagden die ook in de IMVO-context interessant kunnen zijn.

Tot slot kent het Franse commune bevoegdheidsrecht een mogelijkheid voor de Franse rechter om bevoegdheid aan te nemen in procedures waar anders sprake zou zijn van een '*déni de justice*'. Wel moet er voldaan zijn aan twee vereisten, namelijk dat de procedure aanknopingspunten heeft met de Franse rechtsorde en dat de eisers kunnen aantonen dat het voor hen onmogelijk is om hun vordering voor een rechter elders te brengen. Het kan daarbij gaan om zowel een feitelijk onmogelijkheid om de procedure elders aan te brengen (bijvoorbeeld omdat de eisers ernstig bedreigd worden in het land waar de vordering anders zou moeten worden aangebracht) of een juridische onmogelijkheid (bijvoorbeeld omdat de vreemde rechter heeft bepaald dat hij geen rechtsmacht heeft over de vordering).[547] Dat deze bevoegdheidsgrond, die vergelijkbaar is met de Nederlandse *forum necessitatis*-bepaling, relevant kan zijn in de context van civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen voor extraterritoriale (I)MVO-normschendingen, blijkt uit het feit dat de Franse rechter in de procedure tegen Comilog inzake het massaontslag van spoorwerkers in Gabon recent op deze grond rechtsmacht heeft aangenomen over vorderingen van (een aantal van) de Gabonese eisers tegen de Gabonese onderneming Comilog Gabon (zie par. 3.4.2).

Het Cour d'Appel merkt in deze zaak op:

> "[…] *il n'appartient pas au juge français de suspecter a priori la compétence et l'impartialité d'un juge étranger, de sorte qu'il est indifférent de rechercher si les délais devant la Cour suprême sont la conséquence des événements quá connus le Congo à partir de 1997, ou de l'inertie de telle ou telle partie, ou encore de déficiences imputables à l'administration*".

Het Hof vervolgt:

> "*Il doit en revanche être constaté que, près de vingt* [ans, *sic*] *après le dépôt du pourvoi, il ne résulte d'aucun des éléments produits aux débats à quelle date il pourrait être statué sur cette voie de recours, étant rappelé qu'elle a été formée contre un arrêt qui a déclaré un appel irrecevable et renvoyé l'affaire au juge de première instance, qui n'avait jusque là que tranché une exception d'incompétence, afin que se tiennent débats au fond*".

[546] Artt. 14 en 15 Code Civil. Zie nader: Residual Jurisdiction-studie Frankrijk, p. 16-20.

[547] Residual Jurisdiction-studie Frankrijk, p. 20-21. Er bestaat vooralsnog onduidelijkheid over de vraag of ook sprake is van een juridische onmogelijkheid wanneer de beslissing van de vreemde rechter niet voor erkenning (of, waar relevant, tenuitvoerlegging) in Frankrijk in aanmerking zou komen.

Het Hof concludeert:

> "*La cour constate que la date à laquelle la requête déposée le 18 août 1992 par* [de eiser] *pourra être examinée reste donc à ce jour encore indéterminée, et qu'une telle situation, contraire au principe selon lequel la justice doit être rendue dans un délai raisonnable, caractérise à l'évidence un déni de justice, sans même qu'il soit nécessaire d'examiner les moyens tirés des protocoles dont se prévaut encore l'intéressé*".[548]

Aldus stond voor het Hof vast dat het voor de eisers feitelijk onmogelijk was om (binnen een redelijke termijn) een beslissing op hun vordering te krijgen van de Gabonese rechter. Wat betreft het vereiste dat de procedure aanknopingspunten moet hebben met de Franse rechtsorde besliste het Hof dat daarvan sprake was omdat ten tijde van het aanbrengen van de procedure voor de Franse rechter 63,71% van de aandelen in Comilog in handen waren van de Franse vennootschap Eramet.[549]

Het Franse commune (internationaal) bevoegdheidsrecht kent geen *forum non conveniens*-doctrine, op grond waarvan de rechter vrij is om zich, in een geval dat hem rechtsmacht toekomt op grond van enige regel van internationaal bevoegdheidsrecht, toch onbevoegd te verklaren omdat de te berechten zaak naar zijn oordeel onvoldoende aanknopingspunten heeft met de rechtssfeer van het forumland.[550] Het kent wel een *lis pendens*-doctrine, op grond waarvan de Franse rechter bevoegdheid ten aanzien van een aan hem voorgelegde procedure kan weigeren als er ten tijde van het aanhangig maken daarvan reeds een procedure aanhangig is in een ander land (bijvoorbeeld het gastland). Het moet gaan om een procedure die tussen dezelfde partijen aanhangig is, hetzelfde onderwerp betreft en dezelfde juridische grondslag heeft. Daarnaast zal de partij die zich op litispendentie beroept aannemelijk moeten maken dat een beslissing van de vreemde rechter in aanmerking zou komen voor erkenning en (waar relevant) tenuitvoerlegging in Frankrijk. Bij zijn beslissing om de behandeling van de aan hem voorgelegde procedure op deze grond te weigeren kan de Franse rechter rekening houden met meer subjectieve omstandigheden, zoals het feit dat een beoordeling ten aanzien van de vordering door de Franse rechter, op grond van Frans recht, meer garanties of bescherming zou bieden aan de eisende partij dan een beslissing van de vreemde rechter.[551]

Is de Franse rechter bevoegd om te oordelen over een aansprakelijkheidsprocedure met een internationaal karakter dan rijst de vraag naar welk recht hij de vorderingen dient te beoordelen. Het conflictenrechtelijk regime van de Rome II-Verordening is van toepassing op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan op of na 11 januari 2011.[552] Het heeft een universeel formeel toepassingsgebied, wat betekent dat het van toepassing is ongeacht of het op grond van de Verordening aangewezen recht het recht is van een lidstaat (bijvoorbeeld Nederlands of Frans recht) of van een niet-lidstaat (bijvoorbeeld Nigeriaans of Birmees recht).[553] Omdat het hier centraal staande type civiele aansprakelijkheidsprocedures doorgaans binnen het materiële toepassingsgebied van de Rome II-Verordening zal vallen, zal de Franse rechter de vraag welk nationaal systeem van aansprakelijkheidsrecht toepasselijk is op de vorderingen in een dergelijke procedure in de regel op dezelfde manier beantwoorden als de Nederlandse rechter.[554] Dit betekent dat het in IMVO-

---

548 Zie Cour d'Appel de Paris 10 september 2015, Nos. S 11/05955 en S 11/05959, p. 14.

549 *Ibid*.

550 Vgl. Residual Jurisdiction-studie Frankrijk, p. 22.

551 Vgl. artt. 100 en 101 CPC. Zie nader Residual Jurisdiction-studie Frankrijk, p. 25-27. Een beroep op litispendentie met het oog op het ontwijken van de rechtsmacht van de Franse rechter door middel van een beroep op het feit dat de vreemde rechter bevoegdheid heeft over de vordering tegen een mede-gedaagde, zal niet slagen.

552 Art. 31 Rome II-Verordening en HvJ EU 17 november 2011, zaak C-412/10 (*Deo Antoine Homawoo/GMF Assurances SA*).

553 Art. 3 Rome II-Verordening.

554 Gaat het om vorderingen die betrekking hebben op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan vóór 11 januari 2011, dan zal de Belgische rechter het toepasselijk recht vaststellen aan de hand het commune Belgische

gerelateerde civiele aansprakelijkheidsprocedures in veel gevallen niet Frans recht maar het recht van het gastland zal zijn aan de hand waarvan de vorderingen beoordeeld dienen worden. Er bestaan echter enkele uitzonderingen op dit uitgangspunt op grond waarvan het Franse aansprakelijkheidsrecht toch een rol zou kunnen spelen in de IMVO-context (zie nader par. 2.4.2).

Aansprakelijkheid voor schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen

Naar Frans recht kan een vordering voor vergoeding van schade als gevolg van eigen onrechtmatige gedragingen (*la responsabilité du fait personnel*) van een Franse internationaal opererende onderneming ingesteld worden op grond van de artt. 1382 en 1383 van het Franse Burgerlijk Wetboek, de Code Civil (CC). Hierin is een zeer algemene regeling opgenomen voor buitencontractuele (schuld)aansprakelijkheid bij schadeveroorzakend handelen of nalaten. Voor civielrechtelijke (schuld)aansprakelijkheid (of: delictuele aansprakelijkheid) op grond van Frans recht moet aan een drietal vereisten zijn voldaan, zo blijkt uit artikel 1382 CC. Er moet sprake zijn van schade (*dommage*),[555] van causaliteit (*causalité*)[556] en van een fout in de zin van opzet of nalatigheid (*faute*).[557] Artikel 1383 CC verduidelijkt dat aansprakelijkheid niet alleen kan bestaan voor handelingen, maar ook voor een nalaten.

Het vereiste van de *faute* biedt de toetssteen voor de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van schadeveroorzakende gedragingen door een (rechts)persoon. Het houdt in dat een (rechts)persoon niet de vereiste zorgvuldigheid heeft betracht. Een *faute* kan gelegen zijn in een schending van een wettelijke verplichting, zelfs als deze verplichting niet tot doel had om het slachtoffer tegen de als gevolg van de schending geleden schade te beschermen. Er bestaat in het Franse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht dus geen relativiteitsvereiste, zoals het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht. Daarnaast kan een *faute* ook gelegen zijn in een schending van een reeds bestaande verplichting of van een reeds bestaande, ongeschreven norm. Een dergelijke norm kan voortvloeien uit al dan niet wettelijke voorschriften, morele standaarden, gebruiken en technische standaarden. Verder is naar Frans recht het begaan van een strafrechtelijk vergrijp automatisch ook een *faute* in de zin van het civiele aansprakelijkheidsrecht; omgekeerd betekent dit echter niet dat als er geen sprake is van een *faute* in strafrechtelijke zin er ook geen sprake kan zijn van een op zichzelf staande *faute* in civielrechtelijke zin. Ten slotte is sprake van een *faute* als een (rechts)persoon misbruik maakt van zijn subjectieve recht (*abus de droit*) waarbij er ook sprake is van enige vorm van opzet bij het schadeveroorzakend handelen.[558]

De *faute* wordt dezer dagen gezien als een maatschappelijk concept zonder een subjectieve of morele component. Het kent dus geen vereiste (meer) van toerekenbaarheid van het gedrag aan de benadeler *(imputabilité*). De rechter die moet vaststellen of er sprake is van strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen zal het gedrag van de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon dan ook beoordelen aan de hand van een objectieve standaard. Afhankelijk van de situatie zal het gedrag getoetst worden aan dat van de goede huisvader (*bon père de famille*; ook '*l'homme prudent, raisonnable, avisé*'), de rechtvaardige en voorzichtige persoon (*l'homme droit et avisé*) of de goede professional (*le bon professionel*).[559]

---

conflictenrecht; dit zal hier echter verder buiten beschouwing blijven gezien de afnemende relevantie daarvan met het voortschrijden van de tijd.

[555] Zie in het bijzonder: Viney, Jourdain & Carval 2013, titre I.

[556] Zie in het bijzonder: Viney, Jourdain & Carval 2013, titre II.

[557] Zie in het bijzonder: Viney, Jourdain & Carval 2013, titre III.

[558] Van Dam 2013, p. 56-59; Viney, Jourdain & Carval 2013, p. 443.

[559] Van Dam 2013, p. 56-58; Viney, Jourdain & Carval 2013, p. 479 e.v.

Naast de vereiste *faute* is zoals hiervoor beschreven zijn ook schade en causaal verband tussen onrechtmatige gedraging en schade vereist voor het vestigen van civielrechtelijke aansprakelijkheid op basis van de artt. 1382 en 1383 CC. Het schadebegrip is ruim; vereist is wel dat de schade zeker moet zijn (alhoewel 'zeer waarschijnlijk' ook voldoet) en persoonlijk voor de eisende partij (alhoewel bij dood of letsel van de benadeelde ook derden vergoeding kunnen vorderen van door hen geleden schade).[560] Naar Frans recht is het vereiste voor causaliteit dat er een duidelijk en direct (*certain et direct*) causaal verband bestaat tussen onrechtmatige gedraging en schade. Hoewel er enige onduidelijkheid bestaat in de Franse rechtspraak en doctrine wat betreft de aan te leggen maatstaf, lijkt er een voorkeur te bestaan voor de ruime(re) uitleg van de equivalentieleer, op grond waarvan een causaal verband wordt aangenomen als de onrechtmatige gedraging heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade. Bij gebrek aan andere mogelijkheden in het Franse recht om civiele aansprakelijkheid binnen de perken te houden, zoals bijvoorbeeld het relativiteitsvereiste in Nederland, biedt het causaliteitsvereiste Franse rechters tegelijkertijd wel ook een belangrijk controlemechanisme waarmee de ontwikkeling van het civiele aansprakelijkheidsrecht in de hand gehouden kan worden.[561]

De bewijslast wat betreft de causaliteit ligt in beginsel op de eisende partij; er zijn echter verschillende manieren waarop deze bewijslast verlicht kan worden. Het belangrijkste instrument daarvoor zijn bewijsvermoedens ten aanzien van de feiten of ten aanzien van het recht. Kan de eisende partij bijvoorbeeld aantonen dat alle andere mogelijke oorzaken van de door hem geleden schade uitgesloten zijn, dan leidt dat tot de *a contrario* aanname dat er een causaal verband bestaat tussen de in het geding zijnde onrechtmatige gedraging en de schade en is het aan de gedaagde partij om te bewijzen dat dit verband niet bestaat. Heeft de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon zich schuldig gemaakt aan een misdrijf, dan geldt het (niet te weerleggen) juridische bewijsvermoeden dat hij civielrechtelijk aansprakelijk is voor op zijn minst een deel van de als gevolg van de onrechtmatige gedraging geleden schade. Bij ongevallen die zich voordoen op de werkplek en gedurende werktijd geldt een niet te weerleggen juridisch bewijsvermoeden dat de schade voor rekening van de werkgever komt. Datzelfde geldt voor de eigenaar van een gebouw waar iets ongebruikelijks is voorgevallen (zoals een ontploffing). Onder omstandigheden kan een onzeker causaal verband voldoende zijn voor aansprakelijkheid.[562]

IMVO-gerelateerde zorgplichten van Franse internationaal opererende ondernemingen

In Frankrijk is er de laatste jaren relatief veel aandacht geweest voor de mogelijkheden om Franse internationaal opererende ondernemingen aansprakelijk te stellen voor schade aangericht aan mens en milieu in gastlanden als gevolg van hun activiteiten of die van hun dochtermaatschappijen of ketenpartners aldaar. Daarmee is niet gezegd dat er duidelijk overzicht bestaat van de zorgplichten die rusten op Franse internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van de mens- en milieugerelateerde belangen van derden in gastlanden. Maar als gevolg van ontwikkelingen in de Franse rechtspraak en het Franse wetgevingsbeleid en de uitvoerige discussies daarover in de Franse literatuur ontstaan er langzaam maar zeker steeds meer aanwijzingen over de omstandigheden waaronder aansprakelijkheid kan ontstaan voor schendingen van extraterritoriale IMVO-zorgplichten. Daarbij gaat de aandacht met name uit naar de aansprakelijkheid van Franse moedermaatschappijen voor IMVO-normschendingen door hun buitenlandse dochtermaatschappijen.

De algemene zorgvuldigheidsnorm die voortvloeit uit de artt. 1382 en 1383 CC kan een grondslag bieden voor aansprakelijkheidsprocedures tegen Franse moedermaatschappijen in de IMVO-context, mits aangetoond kan worden dat de moedermaatschappij zelf een onrechtmatige gedraging heeft begaan

[560] Van Dam 2013, p. 353-355.
[561] *Id.*, p. 319-321.
[562] *Id.*, p. 325-327.

die geleid heeft tot schade aan mens en milieu in een gastland.[563] Demeyere stelt voorop dat het Franse en het Belgische recht op dit punt veel overeenkomsten vertonen. Ook in het Franse recht kan volgens haar aansluiting gezocht worden in dit verband bij bestaande jurisprudentie over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van moedermaatschappijen jegens crediteuren van een dochtermaatschappij ten aanzien waarvan zij ten onrechte de schijn hebben gewekt dat deze kredietwaardig was.[564] Daarbij geldt dat eventuele verklaringen door de moedermaatschappij ten aanzien van maatschappelijk verantwoord ondernemerschap ervoor kunnen zorgen dat er sneller een zelfstandige zorgplicht wordt aangenomen voor de moedermaatschappij ten aanzien van derden in het gastland op wiens IMVO-gerelateerde belangen zij bedacht had moeten zijn.[565]

Demeyere zet uiteen dat nalaten van de moedermaatschappij om in te grijpen bij activiteiten van dochtermaatschappijen die nadelig zijn voor mens en milieu in gastlanden, ook naar Frans recht onrechtmatig kan zijn. Als de moeder op de hoogte was van de risicovolle activiteiten maar de andere kant opkeek in plaats van haar zeggenschap aan te wenden om de schadeveroorzakende activiteiten te beïnvloeden of te beëindigen, dan kan zij daarvoor in principe aansprakelijk gehouden worden. Demeyere stelt dat zelfs als de moeder geen wetenschap had van de schadeveroorzakende activiteiten van haar dochter, zij toch aansprakelijk zou kunnen zijn wegens nalatigheid omdat zij haar dochter niet voldoende in de gaten gehouden heeft. In beide gevallen gaat het om een aansprakelijkheid van de moedermaatschappij als *de facto* bestuurder van de dochter (*dirigeant de fait*); als de moeder zich bemoeit met het bestuur van de dochter, kan zij ook aansprakelijk gehouden worden voor fouten die zij in dat kader begaat. Daarbij geldt ook naar Frans recht dat bestuurders, zowel formeel als *de facto*, een zekere beleidsvrijheid toekomt (zie ook par. 3.4.3), hetgeen betekent dat het gedrag van de moeder in dit kader in beginsel slechts marginaal getoetst zal worden.[566]

Interessant om te vermelden in deze context is dat de mogelijkheid van het wettelijk vastleggen van de aansprakelijkheid van moedermaatschappijen jegens derden voor de nadelige gevolgen van activiteiten van hun dochtermaatschappijen ook aan de orde is gekomen in het kader van het zgn. Catala-project, een academisch project opgezet om nieuw Frans verbintenissenrecht te ontwerpen. Eén van de aanbevelingen was het opnemen van een bepaling in artikel 1360 (ontwerp) CC dat een concrete grondslag zou bieden voor aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor alle schade veroorzaakt door haar dochterondernemingen:

> "*L'activité professionnelle d'une autre personne qui en tire un avantage économique est responsable des dommages causés par celle-ci dans l'exercice de cette activité.* […] *De même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires*".[567]

De voorgestelde bepaling is niet door de Franse wetgever overgenomen.[568] Demeyere merkt op dat hoewel voorstanders van de bepaling erop wijzen dat deze terecht de verantwoordelijkheid legt bij

[563] Zo ook: Quiennec & Caillet 2010, p. 654-656.
[564] Zie voor een nadere bespreking van deze vorm van aansprakelijkheid: Vandekerckhove 2007, p. 349-351.
[565] Demeyere 2015, p. 393; Quiennec & Caillet 2010, p. 654.
[566] Demeyere 2015, p. 392-393.
[567] Rapport 'Avant-project de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droits de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)', 2005, ook: projet Catala, naar voorzitter Pierre Catala. Zie: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.
[568] Zie bijvoorbeeld: Moréteau 2013, p. 764.

degenen die werkelijk de beslissingen nemen en betere bescherming biedt aan slachtoffers, de vele tegenstanders stellen dat de bepaling een onwenselijke schending inhoudt van de grondbeginselen van gescheiden rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid.[569]

Hoewel er vooralsnog geen jurisprudentie bestaat ten aanzien van de aansprakelijkheid van Franse moedermaatschappijen voor extraterritoriale IMVO-zorgplichten op grond van de artt. 1382 en 1383 CC, bestaan er wel uitspraken die een indicatie geven van de mogelijkheden die deze grondslag voor aansprakelijkheid biedt in de IMVO-context. Zo heeft het Cour de Cassation in een recente uitspraak bijvoorbeeld aangegeven dat in gevallen dat medewerkgeverschap (zie par. 3.4.3) niet vastgesteld kan worden, de moedermaatschappij ook aansprakelijk gesteld kan worden op grond van het algemene aansprakelijkheidsregime van artt. 1382 en 1383 CC. Kan aangetoond dat onrechtmatige gedragingen van de moedermaatschappij directe gevolgen hebben gehad voor de positie van werknemers van haar dochtermaatschappij, dan kunnen zij de moeder aansprakelijk stellen voor het als gevolg daarvan door hen geleden nadeel. Dat betekent bijvoorbeeld dat de moedermaatschappij die door onzorgvuldig beleid jegens de dochter de financiële positie van de dochtermaatschappij heeft verslechterd, bij faillissement van de dochter aansprakelijk gesteld kan worden voor het vergoeden van de als gevolg daarvan door de werknemers van de dochter geleden schade in de vorm van het verlies van de mogelijkheid om te profiteren van een sociaal plan dat hen zou ondersteunen bij het vinden van een nieuwe baan.[570]

Een spraakmakende (deels) civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure met betrekking tot milieuvervuiling was de procedure tegen (onder meer) de Franse oliemultinational Total in verband met het vergaan van de olietanker Erika voor de kust van Frankrijk, met grote milieuschade tot gevolg. Total werd als eigenaar van de lading van het schip uiteindelijk niet alleen strafrechtelijk maar ook civielrechtelijk aansprakelijk bevonden voor roekeloze nalatigheid bij het charteren van de olietanker in de wetenschap dat deze in verregaande staat van verval was en dus een groot risico op schade met zich bracht. Omdat de uitspraken over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van Total gebaseerd zijn op het specifieke aansprakelijkheidsregime van de International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, leveren zij als zodanig geen aanwijzingen op over de mogelijke toepassing van de algemene bepalingen van Frans civiel aansprakelijkheidsrechtrecht in de IMVO-context.[571]

Toch is de procedure relevant, vooral omdat met de uitspraak van het Cour de Cassation over de kwestie het concept van milieuschade (*préjudice écologique*) voor het eerst als op zichzelf staand concept door de hoogste Franse rechter erkend werd.[572] Dit heeft aanleiding gegeven tot plannen van de Franse regering om een specifieke bepaling op te nemen in de Code Civil om zo de mogelijkheid tot het instellen van een civiele aansprakelijkheidsprocedure die (alleen) ziet op milieuschade buiten twijfel te stellen.[573] Hierover bestond vóór de uitspraak van het Cour de Cassation onzekerheid, omdat art. 1382 spreekt van aansprakelijkheid voor schade die *aan een ander* is toegebracht.[574] Het is de verwachting dat de Franse minister van justitie binnenkort een wetsvoorstel over dit onderwerp aan het Franse parlement zal presenteren.[575]

---

[569] Demeyere 2015, p. 397.

[570] Cour de Cassation chambre sociale, 8 juli 2014, no. 13-15.470.

[571] Cour de Cassation chambre criminelle, 25 September 2012, no. 10-82938.

[572] Zie nader: Moréteau 2013, p. 788-789.

[573] Zie het rapport 'Pour la réparation du préjudice écologique – Rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane Taubira, garde des sceaux, ministre de la justice' (17 december 2013), <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_prejudice_ecologique_20130914.pdf>.

[574] Zie art. 1382 CC: "*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*".

[575] Zie nader bijvoorbeeld: 'Préjudice écologique : le project de loi en cours d'élaboration au ministère de la justice', website Gossement avocats (15 mei 2015), <http://www.arnaudgossement.com/archive/2015/05/14/prejudice-ecologique-le-projet-de-loi-est-en-cours-d-elabora-5621939.html>.

Verder roept de eerder al besproken Loi Grenelle II een aansprakelijkheid in het leven voor moedermaatschappijen met betrekking tot milieuschulden van dochtervennootschappen in geval van faillissement (zie nader par. 3.4.3). Het belang van de wet waar het aankomt op de aansprakelijkheid van moedermaatschappijen voor extraterritoriale (I)MVO-normschendingen is echter beperkt, aangezien het hier in beginsel gaat om een schuldaansprakelijkheid met een zeer beperkte reikwijdte (bodemvervuiling door de dochter) waarvan niet geheel duidelijk is of deze ook van toepassing is op buitenlandse dochtermaatschappijen. Interessanter in deze context is het ook in par. 3.4.3. besproken wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance* dat momenteel voorligt aan de *Sénat*, waarin een verplichting in het leven geroepen wordt voor bepaalde grote Franse vennootschappen tot het in acht nemen van gepaste zorgvuldigheid (door middel van het opstellen en implementeren van een *plan de vigilance*) ten aanzien van de gevolgen van hun activiteiten of die van hun dochtermaatschappijen of ketenpartners voor mens en milieu elders. Ook in dit wetsvoorstel wordt gerefereerd aan de mogelijkheid van aansprakelijkheid van een Franse moedermaatschappij op grond van artt. 1382 en 1383 CC voor het niet-naleven van de daarin opgenomen verplichtingen.

Het wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance* voor Franse ondernemingen bevat geen uitgewerkte zorgplichtbepalingen voor de betreffende normadressaten (Franse ondernemingen met meer dan 5000 werknemers in Frankrijk of Franse internationaal opererende ondernemingen met meer dan 10.000 werknemers wereldwijd).[576] Het bevat een verplichting voor de betrokken ondernemingen tot het opstellen en publiceren van een *plan de vigilance* met betrekking tot de aan de activiteiten van hun dochtermaatschappijen, onderaannemers en leveranciers verbonden risico's op schade aan (I)MVO-gerelateerde belangen en een daaraan gekoppelde schuldaansprakelijkheid op grond van artt. 1382 en 1383 CC voor schade die redelijkerwijs voorkomen had kunnen worden. Volgens het wetsvoorstel houdt het ontbreken of de ontoereikendheid van een *plan de vigilance* een *faute* in waarvoor de betreffende Franse ondernemingen aansprakelijk gesteld kunnen worden. Wel moet daarvoor aangetoond kunnen worden dat de implementatie van een (adequaat) *plan de vigilance* ertoe had kunnen leiden dat de geleden schade voorkomen had kunnen worden of minder ernstig had kunnen zijn.[577]

De aansprakelijkheidsbepaling in de huidige versie van het wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance* voor grote Franse ondernemingen roept geen strikte(re) vorm van aansprakelijkheid in het leven of een verlichting of omkering van bewijslast, zoals wel het geval was in de eerste versie van het wetsvoorstel.[578] Dat betekent dat de verantwoordelijkheid voor het aantonen van een causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging van een Franse onderneming, die op basis van het wetsvoorstel gelegen zou zijn in het nalaten om een adequaat *plan de vigilance* op te stellen, en de door de benadeelden in het gastland geleden schade in principe gewoon bij de eisende partij blijft liggen. Daarmee wordt de in verband met de bewijslast mogelijk hoge drempel voor aansprakelijkheid op grond

[576] In het wetsvoorstel is wel voorzien dat er bij *décret* een nadere uitwerking zal komen ten aanzien van de toepassing van de bepalingen van art. 1 van het wetsvoorstel, dat ziet op het door de normadressaten op te stellen *plan de vigilance*.

[577] Zie de toelichting bij art. 2 van Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, 2528, 11 februari 2015, p. 8: "*Comme le devoir de vigilance a précisément comme objectief d'éviter la survenance de dommages, le juge devra s'interroger sur le lien de causalité entre la qualité et l'effectivité du plan de vigilance et la responsabilité juridique de la société en cas de dommages ou d'atteintes aux droits fondamentaux. Puisque l'inexistence du plan de prévention ou son insuffisance est constitutive d'une faute civile, la responsabilité de la société pourra être établie, si la preuve peut être apportée que la mise en œuvre d'une mesure de prévention aurait pu éviter ou minimiser le préjudice causé*".

[578] Zie art. 2 van Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, 1519, 6 november 2013: "*Est présumée responsable la personne morale, qui dans le cadre de ses activités, de celles de ses filiales ou de celles de ses sous-traitants, ne démontre pas avoir pris toutes les mesures nécessaires et raisonnablement en son pouvoir en vue de prévenir ou d'empêcher la survenance d'un dommage ou d'un risque certain de dommage notamment sanitaire, environnemental ou constitutif d'une atteinte aux droits fondamentaux et dont elle ne pouvait préalablement ignorer la gravité*".

van de artt. 1382 en 1383 CC slechts verlaagd in het voordeel van potentiële eisers in die zin dat zij op basis van het wetsvoorstel geen *faute* aan de kant van de aangesproken Franse internationaal opererende onderneming meer aan hoeven te tonen als een adequaat *plan de vigilance* ontbreekt. Eén van de kritiekpunten op het huidige wetsvoorstel is dan ook dat het in feite niet heel veel meer zou toevoegen aan de reeds bestaande regels dan een veredelde rapportageverplichting.[579]

Uit het wetsvoorstel wordt niet duidelijk hoe de verwijzing naar de artt. 1382 en 1383 van de Franse Code Civil zich verhoudt tot de bepalingen van Rome II-Verordening, op grond waarvan in IMVO-gerelateerde juridische procedures, op enkele uitzonderingen na, doorgaans het recht van het gastland van toepassing zal zijn (zie nader par. 2.4.2). Hierover bestaat geen eenduidigheid.[580] De verplichtingen die voortvloeien uit het wetsvoorstel zouden gekwalificeerd kunnen worden als voorrangsregels, hetgeen zou betekenen dat zij met voorrang toegepast zouden worden, ook als op grond van de algemene bepalingen van de Rome II-Vo. het toepasselijke recht dat van het gastland is.[581] Verder zou de verplichting tot het opstellen van een *plan de vigilance* ook gezien kunnen worden als een als een gedragsregel waarmee feitelijk en in passende mate rekening gehouden moet worden bij de beoordeling van het gedrag van de aangesproken Franse onderneming.[582] Ook wordt in dit verband nog de openbare orde-exceptie genoemd, op grond waarvan de aangeroepen rechter een bepaling van het toepasselijke recht buiten toepassing kan laten voor zover deze onverenigbaar is met de openbare orde van het land van de rechter.[583] Het zou uiteindelijk aan het oordeel van de Franse rechter zijn – en in laatste instantie het Europese Hof van Justitie – of en in hoeverre een bepaling als opgenomen in het wetsvoorstel inderdaad van toepassing zou kunnen zijn op één van deze gronden.

Andere relevante gronden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid

Gezien het feit dat de bewijslast in een aansprakelijkheidsvordering op grond van de artt. 1382 en 1383 CC in beginsel op de eisende partij rust zal het in veel gevallen niet makkelijk zal zijn om aan te tonen dat de moeder zich schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige gedraging en dat deze heeft geresulteerd in de door de benadeelden geleden schade. Hoewel de hier besproken regeling inzake schuldaansprakelijkheid nog steeds een grote rol speelt in het Franse recht, wordt een steeds belangrijker plaats ingenomen door een toenemend aantal strikte aansprakelijkheidsgronden. Met name in gevallen van onrechtmatige daden met de dood, letselschade en/of zaakschade tot gevolg zal aansprakelijkheid in veel gevallen gegrond kunnen worden op één van deze strikte aansprakelijkheidsgronden.[584]

Een bepaling die onder omstandigheden relevant kan zijn in de IMVO-context is de strikte aansprakelijkheid van art. 1384 lid 5 CC voor opdrachtgevers / leidinggevenden (*maîtres*) en werkgevers (*commettants*) voor schade veroorzaakt onrechtmatige gedragingen die zijn begaan door hulppersonen of werknemers in het kader van de uitvoering van hun taken.[585] Volgens Demeyere staat voorop staat dat een dochtermaatschappij in beginsel niet aangemerkt kan worden als hulppersoon van de

[579] Zie uitgebreid: Cossart & Guislain 2015, p. 77-78.

[580] Zie bijvoorbeeld: Cossart & Guislain 2015; 'Pour une obligation de vigilance des entreprises transnationales', rapport Amnesty International (januari 2015), <http://www.amnesty.fr/sites/default/files/pour_une_obligation_de_vigilance_amnesty_international.pdf>, p. 21-23 ; 'RSE: « La loi sur le « devoir de vigilance » des entreprises est plus morale que juridique', *L'Opinion* online (18 december 2014); 'Audition de Madame Anne Danis-Fatome', in: 'Document de synthèse du GT3 de la Plateforme RSE – Compte-rendu des auditions des juristes intervenus sur la question du devoir de vigilance' (oktober / november 2014), <http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/14-12-22_draft_document_de_synthese_des_auditions_du_gt3_claire_corrige_sylvie.pdf>, p. 23-24.

[581] Vgl. art. 16 Rome II-Vo.

[582] Vgl. art. 17 Rome II-Vo.

[583] Vgl. art. 17 Rome II-Vo.

[584] Van Dam 2013, p. 52.

[585] Demeyere 2015, p. 394-396.

moedermaatschappij en dat die laatste dus niet zonder meer op grond van art. 1384 lid 5 CC aansprakelijk gesteld kan worden voor onrechtmatige gedragingen van (functionarissen van) haar dochter. Onder omstandigheden kan het echter mogelijk zijn, zo betoogt zij, om de moedermaatschappij op deze grondslag aansprakelijk te stellen voor onrechtmatige gedragingen begaan door een hulppersoon of werknemer van de moeder die optreedt als directeur van de dochtermaatschappij. Volgens Demeyere zou er zelfs ruimte zijn voor aansprakelijkheid op deze grondslag als de directeur strikt genomen geen werknemer is van de moedermaatschappij maar wel door haar benoemd is.[586]

Voor aansprakelijkheid op grond van art. 1384 lid 5 CC moet er moet sprake zijn van een ondergeschiktheidsrelatie, alhoewel die niet geformaliseerd hoeft te zijn. Verder moet er sprake zijn van een *faute* van de ondergeschikte in de zin van de artt. 1382 en 1383 CC en van causaliteit en schade. Daarnaast moet er een verband zijn tussen het gedrag van de onderschikte en de taak die hij uitoefent voor de principaal. Dit vereiste wordt extensief uitgelegd, in die zin dat het voldoende is dat de schade niet zou zijn opgetreden als de werknemer niet in dienst van de werkgever was getreden.[587] Is aan alle vereisten voldaan, dan is de principaal in beginsel aansprakelijk voor de door de benadeelde geleden schade en kan hij zich slechts beroepen op eigen schuld van de benadeelde. Daarnaast kan een rechtspersoon aansprakelijk zijn voor onrechtmatige gedragingen die zijn begaan door (leden van) zijn organen binnen de uitoefening van hun functie of in naam en voor rekening van de rechtspersoon, alsook voor zijn vertegenwoordigers. Het is in beginsel niet noodzakelijk dat de eisende partij kan aantonen welke individuele functionaris de onrechtmatige gedraging begaan heeft.[588]

De werkgeversaansprakelijkheid in het vijfde lid van artikel 1384 CC wordt voorafgegaan door het eerste lid waarin (meer algemeen) is geregeld dat iemand niet alleen verantwoordelijk is voor schade door hem zelf veroorzaakt, maar ook voor schade die is veroorzaakt door personen voor wie hij verantwoordelijk is. Onder het Franse recht wordt hieruit een algemene aansprakelijkheid voor anderen (*la responsabilité générale du fait d'autrui*) afgeleid waarvan de reikwijdte zich uitbreidt naar steeds meer situaties waarin een persoon autoriteit uitoefent over een ander. Volgens Demeyere zou onder omstandigheden, met name in die gevallen dat een moedermaatschappij nauw betrokken is bij de activiteiten van haar dochter, uit deze algemene aansprakelijkheidsbepaling een strikte aansprakelijkheid van de moeder voor schadeveroorzakende gedragingen van haar dochtermaatschappij afgeleid kunnen worden.[589]

Een dergelijke uitleg van het eerste lid van art. 1384 CC is in de jurisprudentie nog nergens aangenomen, maar ook niet afgewezen, zo betoogt Demeyere. Zij wijst daarbij op een uitspraak van het Cour de Cassation uit 2006 waarin werd overwogen dat een vakbond niet op deze basis aansprakelijk gesteld kon worden voor haar demonstrerende leden, omdat de vakbond niet als doel of missie heeft om de activiteiten van haar leden bij manifestaties waaraan zij deelnemen te organiseren, te sturen of te controleren. *A contrario* zou daaruit afgeleid kunnen worden, aldus Demeyere, dat een moedermaatschappij waarvan gezegd kan worden dat zij als doel of missie heeft om de activiteiten van haar dochtermaatschappij te organiseren, te sturen of te controleren, op grond van art. 1384 lid 1 CC aansprakelijk gesteld zou kunnen worden voor de schadeveroorzakende gedragingen van die dochter.[590]

De zeer ruime strikte aansprakelijkheidsbepaling van art. 1384 lid 1 CC zou onder omstandigheden ook nog op een andere manier een rol kunnen spelen in de IMVO-context, in die zin dat het niet alleen een zeer ruime strikte aansprakelijkheid vestigt voor anderen, maar ook voor zaken (*la responsabilité*

[586] Demeyere 2015, p. 394-395; De Moor & Korkmazer 2008, III.6-37 en III. 6-44.
[587] Demeyere 2015, p. 395-396.
[588] Van Dam 2013, p. 506-508.
[589] Demeyere 2015, p. 396-397.
[590] *Ibid.*

générale du fait des choses). Dit deel van het artikel heeft in de Franse rechtspraak een zeer ruime uitleg gekregen naar aanleiding van de toename in bedrijfsongevallen met de opkomst van de industriële revolutie, waarbij vaak grote moeilijkheden bestonden om de vereiste *faute* van de fabriekseigenaar aan te tonen. Het resultaat is een bepaling op grond waarvan een slachtoffer van een ongeval waarbij een zaak betrokken was op een relatief makkelijke wijze schadevergoeding kan vorderen, aangezien het gedrag van de aangesproken (rechts)persoon bij aansprakelijkheid op deze grondslag grotendeels irrelevant is en het slachtoffer dus ook grotendeels ontheven is van zijn verplichting om onrechtmatigheid en causaliteit aan te tonen.[591]

Aansprakelijkheid op grond van art. 1384 lid 1 CC bestaat als er sprake is van een feit van een zaak (*fait de la chose*) dat bijgedragen heeft tot de verwezenlijking van de geleden schade; het hoeft daarbij niet te gaan om bijvoorbeeld een gebrekkige of inherent gevaarlijke zaak. Het *fait de la chose* kan bestaan uit een contact tussen een bewegende zaak en de benadeelde zelf of zijn eigendom; het kan ook bestaan uit een contact tussen een niet-bewegende zaak en de benadeelde zelf of zijn eigendom. In dat laatste geval moet hij kunnen aantonen dat de zaak instrumenteel is geweest in het veroorzaken van de schade, hetgeen het geval zal zijn als de zaak abnormaal 'gedrag' vertoond heeft bijvoorbeeld omdat het defect is of zich in een abnormale positie bevindt. Is er geen sprake van (direct) contact tussen de zaak en de benadeelde zelf of zijn eigendom, dan zal hij moeten kunnen aantonen dat de zaak de oorzaak was van zijn schade.[592]

De (rechts)persoon die aansprakelijk gesteld kan worden op grond van art. 1384 lid 1 CC is de beheerder (*gardien*) van de zaak, dat wil zeggen degene die deze ten tijde van het ongeval kon gebruiken, besturen en beheersen. Is er sprake van meerdere beheerders, dan kunnen zij hoofdelijk aansprakelijk gesteld worden. De op deze grond aansprakelijk gestelde (rechts)persoon kan aansprakelijkheid slechts ontlopen als hij kan aantonen dat het beheer van de zaak ten tijde van het ongeval overgegaan was naar een ander en hijzelf dus niet (meer) de beheerder was. Daarnaast kan hij aansprakelijkheid ontlopen door aan te tonen dat er sprake was van een onvoorzienbare en onvermijdbare externe oorzaak voor de schade, zoals *force majeure*, een daad van een derde partij of een daad van het slachtoffer; dit wordt echter niet snel aangenomen. Verder kan hij zich beroepen op eigen schuld van de benadeelde, wat kan resulteren in een vermindering van het bedrag van de aan de benadeelde te betalen schadevergoeding.[593]

Art. 1384 lid 1 CC is vooralsnog niet gebruikt als grondslag voor een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een Franse internationaal opererende onderneming inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen. Desalniettemin is duidelijk dat deze bepaling in die gevallen waarin de in het gastland veroorzaakte schade aan mens en milieu een gevolg is van een ongeval met een zaak waarvan de Franse onderneming op dat moment beheerder was, een belangrijke rol kan spelen. Met name van belang is daarbij het feit dat deze strikte aansprakelijkheidsgrond de bewijslast voor de eisende partij – hetgeen in combinatie met de veelal beperkte mogelijkheden tot bewijsgaring één van de grootste drempels is in veel van dit soort procedures – voor een groot deel wegneemt. Daarnaast heeft art. 1384 lid 1 CC in de rechtspraak ook toepassing heeft gevonden in de milieu-context, waar het een basis kan vormen voor aansprakelijkheid van industriële vervuiling voor de onderneming die de activiteiten verricht die de bron zijn van de vervuiling.[594]

Het Franse civiele aansprakelijkheidsrecht kent naast art. 1384 lid 1 CC nog andere, meer specifieke, wettelijke gronden voor strikte aansprakelijkheid voor zaken. Mogelijk relevant in de IMVO-context zou

[591] Van Dam 2013, p. 60-62.
[592] *Id.*, p. 62-63.
[593] *Id.*, p. 60-61, 64-66.
[594] *Id.*, p. 449-450.

bijvoorbeeld kunnen zijn de strikte aansprakelijkheid van eigenaars van gebouwen voor schade veroorzaakt door instorting van die gebouwen, op voorwaarde dat de instorting het gevolg is van een gebrek aan onderhoud of een constructiefout. Het Rana Plaza-incident laat zien dat dit in de IMVO-context geen denkbeeldige situatie is. Daarbij moet echter wel gelijk opgemerkt worden dat fabrieken en werkplaatsen in gastlanden in de meeste gevallen eigendom zullen zijn van lokale (rechts)personen en niet van in Westerse landen gevestigde internationaal opererende ondernemingen. De aansprakelijkheid van deze laatsten zal in zo'n situatie dus gegrond moeten worden op een andere juridische grondslag, zoals de algemene regeling van art. 1382-1383 CC. Daarnaast is het in een dergelijke situatie ook mogelijk, zo laat ook de momenteel voor de rechtbank Lille aanhangige procedure tegen Auchan zien, om een vordering te baseren op de ook in het Franse recht aanwezige bepalingen inzake (strafrechtelijke of civielrechtelijke) aansprakelijkheid voor oneerlijke handelspraktijken (*pratiques commerciales trompeuses*), zoals misleidende uitlatingen over werkomstandigheden in de productieketen.[595]

Remedies

In het Franse civiele aansprakelijkheidsrecht geldt dat het meest voorkomende gevolg van het vaststellen van aansprakelijkheid een veroordeling tot schadevergoeding is. Regels ten aanzien van de civielrechtelijke verplichting tot schadevergoeding zijn neergelegd in boek 3 van de Code Civil, in het bijzonder in de artt. 1146-1155 CC, en maken dus strikt genomen deel uit van het contractenrecht. De plaatsing van de bepalingen in de regeling van contractenrecht doet er niet aan af dat de regels ook worden toegepast in geval van buitencontractuele aansprakelijkheid.[596]

Naar Frans recht komt zowel materiële schade (*dommage patrimonial*) als immateriële schade (*dommage moral*) voor vergoeding in aanmerking. Materiële schadevergoeding kan toegekend worden aan het slachtoffer zelf, maar ook aan naasten die door het slachtoffer onderhouden werden en zelfs aan de werkgever of zakenpartner van het slachtoffer. Immateriële schadevergoeding kan toegekend worden aan een benadeelde die letselschade heeft opgelopen, maar ook aan nabestaanden of naasten naar aanleiding van de dood of ernstige verwonding van het slachtoffer. Het kan ook toegekend worden voor gekrenkte gevoelens, met name in procedures met betrekking tot schending van persoonlijkheidsrechten of privacy. Naar Frans recht bestaat verder een vrij ruime mogelijkheid voor de nabestaanden van een persoon die is overleden als gevolg van een ongeval om vergoeding van affectieschade (*perte d'affection* of *préjudice d'affection*) te vorderen van de aangesproken (rechts)persoon. Ook in geval dat het slachtoffer letsel heeft opgelopen maar niet is overleden bestaat de mogelijkheid voor naasten om vergoeding van de door hen als gevolg daarvan geleden immateriële schade te vorderen.[597]

Behalve een veroordeling tot schadevergoeding kan op grond van het Franse recht de benadeler ook veroordeeld worden tot herstel in natura (*réparation en nature*). Verschillende typen veroordelingen tot herstel in natura zijn mogelijk. Zo kan, onder meer, een veroordeling worden gevorderd om de gevolgen van een rechtshandeling te stoppen, te herstellen of te verlengen.[598] Een andere mogelijkheid is een veroordeling tot de opheffing van de gevolgen van een handelen in strijd met de rechten van de benadeelde.[599] Een andere remedie naar Frans recht is de publicatie van een bericht waarin aandacht wordt geschonken aan de rechten van het slachtoffer of de aansprakelijkheid van de benadeler. Met

[595] Bijvoorbeeld op grond van art. L121-1-1 Code de Consommation. Zie ook bijvoorbeeld: Ferrari 2012, p. 73-74.
[596] Viney & Jourdain 2010, p. 145.
[597] Van Dam 2013, p. 353-355; 371.
[598] Viney & Jourdain 2010, p. 90. De rechter is overigens terughoudend als het gaat om dit laatste type veroordeling, aldus Viney en Jourdain.
[599] Viney & Jourdain 2010, p. 94-98.

zo'n publicatie, is de gedachte, worden in een voorkomend geval de schadelijke gevolgen van het verwijtbare handelen door de benadeler tegengegaan.[600] Verder kan worden genoemd de mogelijkheid om de benadeler te veroordelen tot beëindiging van de verstorende of onwettige handeling.[601]

Tot slot moet vermeld worden dat hoewel vergoeding van geleden schade het belangrijkste doel is van het Franse schadevergoedingsrecht en niet bestraffing van de dader, in de literatuur als mogelijke remedie nog de privaatrechtelijke boete (*peine privée*) genoemd wordt. Deze figuur kan ontwaard worden in de soms hoge bedragen aan vergoeding voor immateriële schade waar het gaat om schendingen van de eer, de zedigheid of de religieuze overtuigingen van een persoon. Daarnaast worden ook zeer hoge schadevergoedingsbedragen opgelegd aan ondernemingen voor bijvoorbeeld schendingen van het merkenrecht of oneerlijke concurrentie.

Procedurele en praktische omstandigheden

Is een Franse rechter bevoegd om kennis te nemen van een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een Franse internationaal opererende onderneming voor vermeende schendingen van IMVO-gerelateerde zorgplichten, dan is het Franse recht als de *lex fori* toepasselijk op procedurele kwesties zoals de mogelijkheden tot bewijsverkrijging en de rechtspleging.[602] Drie belangrijke mogelijke procedurele en praktische drempels voor potentiële eisers in civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen zijn de kosten die gemoeid zijn moet procederen, de mogelijkheden tot het verkrijgen van bewijs en de mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties.[603] Daarbij moet voorop gesteld worden dat in procedures voor de Franse rechter, net als in Nederland, een ondergrens gesteld wordt door art. 6 EVRM, waarin het recht op een eerlijk proces is vastgelegd.

De kosten van civiele procedures voor de Franse rechter vallen uiteen in griffierechten, die onder meer de administratieve kosten van de rechtbank en haar uitgaven aan bijvoorbeeld door de rechter ingeschakelde getuigen en experts omvatten, en buitengerechtelijke kosten, die vooral de advocatenkosten en de kosten voor door de partijen ingeschakelde experts omvatten. Zowel griffierechten als advocatenkosten zijn wettelijk geregeld. Bij de vaststelling van de advocaatkosten wordt rekening gehouden met het gebruik, de financiële situatie van de cliënt, de moeilijkheid van de zaak, de kosten van de advocaat, zijn reputatie en zijn inzet. Het is echter mogelijk om van deze vaststelling middels een overeenkomst af te wijken. Advocaatkosten mogen in Frankrijk in beginsel niet vastgesteld worden op basis van resultaat gerelateerde beloningsafspraken (*contingency fees*).[604] Dit geldt echter alleen wat betreft het gerechtelijk resultaat. Het is wel mogelijk om een '*no cure no pay*' afspraak te maken wat betreft de buitengerechtelijke resultaten.[605] Daarnaast bestaat er mogelijkheden tot het maken van afspraken over bonussen.[606]

De kosten van de procedure komen in beginsel voor rekening van de verliezende partij; is er sprake van een gedeeltelijke overwinning en een gedeeltelijk verlies dan worden de kosten ofwel verrekend ofwel proportioneel toegewezen.[607] In beginsel zijn zowel de griffierechten verhaalbaar, alsook de advocatenkosten tot het bedrag dat op basis van de wet verschuldigd is in geval van verplichte procesvertegenwoordiging. De rechter heeft echter de mogelijkheid om, rekening houdend met de

[600] *Id.*, p. 103.
[601] *Id.*, p. 107-118.
[602] Art. 1 lid 3 Rome II-Vo.
[603] Enneking 2013(2); Enneking 2012(1), p. 187-202, 256-265.
[604] Art. 10 Loi 71-1130.
[605] Faure e.a. 2006, p. 67.
[606] Cour de Cassation Civ. 1re, 10 juli 1995: JCP 1995, II, 22557.
[607] Art. 696 Code de Procédure Civile.

billijkheid en zijn economische situatie, niet alle kosten ten laste van de verliezende partij te laten komen.[608] Zo werden in de Comilog-zaak de eisers wiens vorderingen niet slaagden om deze reden niet veroordeeld tot het betalen van de proces- en advocatenkosten van de gedaagde ondernemingen.[609] Opmerkelijk is dat de procespartij de relevante kosten niet hoeft te bewijzen, maar dat de toewijzing van het bedrag tot de discretionaire bevoegdheid van de rechter behoort.[610]

Zijn de eisers door hun persoonlijke of economische omstandigheden niet in staat om de kosten van de procedure op te brengen, zoals het geval kan zijn in civiele aansprakelijkheidsprocedures inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen, dan bestaat er de mogelijkheid tot een beroep op gesubsidieerde rechtsbijstand. Natuurlijke personen kunnen geheel of gedeeltelijk aanspraak maken op gesubsidieerde rechtsbijstand indien zij onder de gesteld inkomensnorm vallen en hun actie niet kennelijk niet-ontvankelijk of ongegrond lijkt.[611] Deze mogelijkheid bestaat in beginsel niet voor eisers buiten de EG tenzij hun situatie bijzonder opmerkelijk is in het licht van het onderwerp van het geschil of de te verwachten kosten van de procedure. Ngo's kunnen in uitzonderlijke gevallen gesubsidieerde rechtsbijstand krijgen wanneer zij beschikken over onvoldoende middelen en hun hoofdzetel in Frankrijk ligt.[612] Kan de eisende partij aanspraak maken op gesubsidieerde rechtsbijstand, dan kunnen op die manier de kosten van de eisende partij geheel of gedeeltelijk gedekt worden. Wel geldt dat het risico dat de proceskosten van de wederpartij bij verlies vergoed moeten worden, blijft bestaan.[613]

De mogelijkheid tot het indienen van collectieve (schadevergoedings)acties is in Frankrijk pas sinds 2014 mogelijk en is slechts van toepassing op het consumentenrecht en het mededingingsrecht.[614] Collectieve acties werden voor die tijd ofwel gebaseerd op acties voor het collectieve belang (*action d'intérêt collectif)* of acties met gezamenlijk vertegenwoordiging (*action en représentation conjointe*). In verband met de vele procedurele valkuilen werden van deze mogelijkheden echter nauwelijks gebruik gemaakt.[615] Er zijn echter een aantal uitzonderingen, geregeld in specifieke wetten, waaronder collectieve acties door vakbondsorganisaties en de collectieve actie in het kader van milieubescherming. Indien de rechtbank de vordering ter bescherming van het milieu gegrond acht, kan hij een bevel tot staking uitspreken van handelingen waarvan de uitvoering reeds is begonnen of maatregelen opleggen ter preventie van de uitvoering ervan of ter voorkoming van schade aan het milieu. Hieraan zijn echter verschillende voorwaarden verbonden, waardoor het niet mogelijk is om *ad hoc* een rechtspersoon op te richten die in een civiele procedure voor de Franse rechter het collectief belang wil behartigen.[616]

De bewijslast in civiele procedures voor de Franse rechter ligt in beginsel bij de eisende partij. Dit betekent in Frankrijk dat de eiser alle benodigde documenten dient te produceren die nodig zijn om haar eis te bewijzen. De Franse rechter heeft echter vergaande bevoegdheden om inzage in een bepaald bewijsstuk te vorderen op verzoek van een partij of op zijn eigen initiatief. Wanneer een partij de rechter verzoekt haar inzage te verlenen in een document, is het niet nodig dat zij het exacte document kan beschrijven. Het is voldoende dat de partij kan specificeren om wat voor een soort document het gaat.[617]

---

608 Art. 700 Code de Procédure Civile.
609 Zie Cour d'Appel de Paris 10 september 2015, Nos. S 11/05956-58, 60, p. 15.
610 Faure e.a. 2006, p. 68.
611 Art. 6 Loi 91-647.
612 Art. 2 Loi 91-647.
613 Faure e.a. 2006, p. 69.
614 Loi 2014-344.
615 Zie de informatie over *collective redress* in Frankrijk op de BIICL-website: <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/reports/france/overview>.
616 Art. 2 Loi concernant un droit d'action en matière de protection de l'environnement (1993).
617 Zie C. Momège & N. Bessot, 'Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC Competition - France', <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/france_en.pdf>, p. 14.

Alleen in zeer bijzondere omstandigheden zal de wederpartij een bevel tot inzage van de rechter mogen weigeren.[618]

3.4.5 Toegang tot de strafrechter

Het Franse strafprocesrecht maakt een wezenlijk onderscheid tussen de *action publique* en de *action civile*. Met dit onderscheid opent het Wetboek van Strafvordering, de Code de Procédure Pénal (CPP), door in art. 1 CCP te bepalen dat de *action publique* ziet op het toepassen van straffen en dat magistraten (i.e. rechters en leden van het openbaar ministerie) en andere functionarissen bij wet aangewezen daarmee zijn belast, terwijl het in art. 2 CCP bepaalt dat de *action civile* is gericht op herstel van de schade veroorzaakt door een strafbaar feit (i.e. een *crime*, een *délit* of een *contravention*). Het gaat daarbij dan om persoonlijke schade die iemand direct lijdt als gevolg van het strafbare feit. De *action publique* is toebedeeld aan het openbaar ministerie; de *action civile* is een instrument voor het slachtoffer van een strafbaar feit. De *action civile* kan niet de *action publique* doorkruisen of opschorten.

In het kader van de *action publique* is het aan de openbaar aanklager (*le procureur de la République* oftewel de officier van justitie), om te beslissen over wat hij doet met (vermeend) strafbare feiten die hem ter kennis komen. Dat laatste kan door een melding of een klacht door het slachtoffer dan wel door een aangifte door het slachtoffer.[619] De openbaar aanklager kan vervolgens drie soorten beslissingen nemen (zie art. 40-1 CCP): 1) de zaak vervolgen (art. 41 CCP), 2) de zaak via alternatieve wijzen af te doen, namelijk via *mediation*[620] of '*composition*'[621], of 3) geen verdere actie te ondernemen wanneer bijzondere omstandigheden dat rechtvaardigen, waaronder begrepen bijvoorbeeld gebrek aan bewijs.[622] Aldus kan de openbaar aanklager een vervolgingsbeleid voeren; hij is niet verplicht te vervolgen.

Het slachtoffer van het strafbaar feit heeft een *action civile* (hierna ook: civiele actie) die hij in beginsel naar keuze voor de strafrechter dan wel de civiele rechter kan aanbrengen. Aan die keuze zijn wel gevolgen verbonden. Uit art. 5 CCP volgt namelijk als hoofdregel dat wanneer het slachtoffer er voor kiest om zijn civiele actie aan de civiele rechter voor te leggen, hij in beginsel niet meer kan naar de strafrechter kan. Andersom is daarentegen wel mogelijk: het slachtoffer dat eerst besluit om zijn civiele actie bij de strafrechter aan te brengen, kan later alsnog de civiele rechter adiëren. Dit vanuit de gedachte dat de civiele rechter de 'natuurlijke' rechter is om te oordelen over de civiele actie. Echter, er is een uitzondering op de genoemde hoofdregel. Wanneer de openbare aanklager besluit te gaan vervolgen nadat het slachtoffer diens civiele actie bij de civiele rechter heeft ingesteld, kan het slachtoffer zijn actie bij de civiele rechter intrekken en aanbrengen bij de strafrechter tot het moment dat de civiele rechter inhoudelijk heeft beslist over de civiele actie.[623]

Wanneer het slachtoffer zijn civiele actie bij de strafrechter aanbrengt, verandert die van karakter. Deze is niet langer enkel gericht op herstel van de schade, maar wordt mede repressief van aard. Het slachtoffer wenst ook dat in strafrechtelijke zin schuld van de dader wordt vastgesteld. Dat wordt vooral zichtbaar als het slachtoffer geen vordering tot schadevergoeding indient.[624] Naast deze reden kan de

---

618 Art. 11 lid 2 CPC en 142 CPC.

619 Brienen & Hoegen 2000, p. 317; Malabat & Wester-Ouisse 2015, p. 119.

620 *Mediation* is gericht op herstel (schadevergoeding of ongedaan maken van de onrust veroorzaakt door het strafbare feit) en ziet op het bij elkaar brengen van dader en slachtoffer, zie art. 41-1 CCP en Malabat & Wester-Ouisse 2015, p. 119.

621 *Composition* (i.e. schikking of transactie) ziet op een overeenkomst tussen de openbaar aanklager en de dader waarbij de dader schuld bekent en een sanctie aanvaard. Is er een slachtoffer bekend, dan moet de openbaar aanklager ook voorstellen een schadevergoeding aan het slachtoffer te betalen. Zie art. 41-2 CCP en Malabat & Wester-Ouisse 2015, p. 119.

622 Malabat & Wester-Ouisse 2015, p. 79-80.

623 Zie Malabat & Wester-Ouisse 2015, p. 84-85. Vgl. ook Brienen & Hoegen 2000, p. 319.

624 Malabat & Wester-Ouisse 2015, p. 80.

keuze van het slachtoffer om zijn civiele actie voor de strafrechter te brengen zijn ingegeven door andere overwegingen. Zo geldt in het strafproces dat het bewijs van het strafbare feit door strafvorderlijke autoriteiten moet worden geleverd (de openbare aanklager en/of de onderzoeksrechter) en dat het slachtoffer dit bewijs kan gebruiken om zijn vordering tot schadevergoeding te onderbouwen. In een civiele procedure zou het slachtoffer daarentegen zelf moeten bewijzen dat de gedraging van verdachte hem schade heeft veroorzaakt. Ook zijn de regels over bewijs(middelen) in de civiele procedure wat strikter.[625] Echter, de keuze voor de strafrechtelijke weg is niet zonder risico's. Zo moet het slachtoffer een borgsom storten om een mogelijke boete ingeval van vrijspraak te kunnen voldoen, tenzij hij in aanmerking komt voor gesubsidieerde rechtsbijstand (art. 88 CCP). In bepaalde gevallen kan het slachtoffer een boete verbeuren bij misbruik van diens bevoegdheid of is hij dan civielrechtelijk aansprakelijk jegens de verdachte.

Een slachtoffer van een strafbaar feit is degene die direct persoonlijke en reële schade lijdt als gevolg van het strafbare feit, zo blijkt uit art. 2 CCP. In de rechtspraak is dit uitgebreid tot onder meer nabestaanden, vakbonden en verenigingen in relatie tot hun doelstellingen en onderwerp van hun missie.[626] In de artikelen 2-2 tot en met 2-23 CCP zijn allerlei verenigingen opgesomd die eveneens kwalificeren als slachtoffer die een civiele actie kunnen instellen. Belangenbehartigers als ngo's kunnen dikwijls hieronder worden geschaard, al naar gelang hun doelstellingen. Het gaat bijvoorbeeld om verenigingen tegen seksueel geweld, verenigingen voor het verdedigen of bijstaan van slachtoffers van arbeidsongevallen, en verenigingen die strijden tegen corruptie, '*recel*' (heling) en witwassen.

Een slachtoffer kan zijn civiele actie op twee manieren aanbrengen bij de strafrechter. In beide gevallen stelt het slachtoffer zich '*partie civile*' in de strafprocedure. In de eerste plaats kan het slachtoffer zich aansluiten bij een reeds door de openbaar aanklager gestarte vervolging (de '*par voie d'intervention*'). Het slachtoffer voegt zich dan als benadeelde partij in het strafproces en legt zijn vordering tot schadevergoeding voor aan de strafrechter. Dat kan zowel voorafgaand aan het strafproces, als gedurende het strafproces (vgl. art. 418 CCP). Een eenvoudige verklaring volstaat; die verklaring moet de relevante feiten en een beschrijving van de (soorten) schade bevatten (zie art. 419-420 CCP). De verklaring kan al naar gelang de omstandigheden mondeling dan wel schriftelijk zijn.[627] Het slachtoffer kan zich ook benadeelde partij stellen bij de onderzoeksrechter in elke stand van het onderzoek, art. 85 en 87 CCP. De voeging als benadeelde partij is accessoir aan de strafzaak. Dat betekent dat wanneer een veroordeling uitblijft en/of niet kan vaststellen dat de gevorderde schade is veroorzaakt door het strafbare feit, de vordering benadeelde partij wordt afgewezen (zie art. 470 en 541 CCP). Hier zijn twee uitzonderingen op, namelijk ingeval van een procedure bij de Cour d'Assises en het uitblijven van een veroordeling vanwege een beroep op een strafuitsluitingsgrond.

In de tweede plaats kan het slachtoffer de strafrechter adiëren door als private aanklager de verdachte te dagvaarden voor de strafrechter in het geval de openbaar aanklager geen vervolging heeft ingesteld. Deze '*par voie d'action*' leidt ertoe dat de openbaar aanklager wordt gedwongen ook te gaan vervolgen, want de strafvervolging is het prerogatief van de openbare aanklager.[628] De bevoegdheid van private aanklager komt het slachtoffer alleen onder bepaalde voorwaarden toe. Het geldt alleen voor delicten die geen onderzoek door de onderzoeksrechter vergen. Voorts moet de identiteit van de verdachte bekend zijn, de feiten eenvoudig en voldoende bewijs voorhanden zijn. Ook moet het slachtoffer een zekerheidsstelling betalen voor de kosten van de procedure, tenzij hij is voorzien van gesubsidieerde

[625] Brienen & Hoegen 2000, p. 320; Malabat & Wester-Ouisse 2015, p. 81.
[626] Malabat & Wester-Ouisee 2015, p. 84.
[627] Brienen & Hoegen 2000, p. 319.
[628] *Id.*, p. 321.

rechtsbijstand (art. 392 CCP). Wordt de verdachte vrijgesproken, dan loopt het slachtoffer het risico van een veroordeling in de proceskosten en kan hij aansprakelijk worden gesteld door de verdachte.[629]

Vanwege de samenhang tussen een *action publique* en een *action civile*, die bovendien aan zowel de strafrechter als de civiele rechter kan worden voorgelegd, gelden er regels inzake de bindende kracht van rechterlijke uitspraken en de volgorde van procedures. De uitspraak van de strafrechter is bindend voor de civiele rechter waar het gaat om de kernonderdelen van die uitspraak (*res judicata*). Die kernonderdelen zijn het causaal verband tussen het strafbare feit en de schade, de subjectieve zijde van het strafbare feit (opzet of schuld), de schade, en materiële feiten en omstandigheden. Van het strafrechtelijke oordeel op deze punten kan de civiele rechter niet afwijken. Andersom geldt dat de uitspraak van de civiele rechter juist niet bindend is voor de strafrechter.[630] Wanneer een strafzaak ziet op dezelfde feiten als een civiele zaak, moet de behandeling van de civiele zaak worden uitgesteld totdat de strafrechter uitspraak heeft gedaan (art. 4 CCP).

Het Franse strafprocesrecht laat een heel eigen benadering zien van de mogelijkheden die het slachtoffer heeft om herstel te verkrijgen na het strafbare feit dat hem heeft benadeeld. Hoewel de civiele actie van het slachtoffer wordt beschouwd als iets dat in essentie bij de civiele rechter thuis hoort, biedt het voorleggen van een civiele actie aan de strafrechter duidelijke voordelen. Dat kan verklaren waarom juist in Frankrijk betrekkelijk veel procedures met een IMVO-context in het strafrecht terecht komen (zie par. 3.4.2). Al moet echter ook worden geconstateerd dat kans op succes niet heel groot is.

3.4.6 Conclusie

Door de Franse wetgever wordt al geruime tijd onderkend dat ondernemingen een maatschappelijke verantwoordelijkheid hebben voor hun activiteiten en dat deze verantwoordelijkheid mede betrekking heeft op het informeren van het publiek over de impact van de activiteiten van de onderneming op MVO-gerelateerde belangen. De in 2010 totstandgekomen Loi Grenelle II kent een vooruitstrevende regeling ten aanzien van de wijze waarop ondernemingen moeten rapporteren over kwesties omtrent mens en milieu. In 2013 heeft de Franse regering een MVO-platform opgericht om de nationale dialoog op het gebied van (I)MVO verder te bevorderen. Daarnaast is zij in januari 2013 met een uitvoerig voorbereidend document gekomen voor een Frans Nationaal Actieplan inzake MVO, dat in de nabije toekomst gefinaliseerd zou moeten worden. Er is ook een Nationaal Actieplan Bedrijven en Mensenrechten in voorbereiding, waarover tegen het einde van 2015 een consultatie zal plaatsvinden met de verschillende stakeholders die verenigd zijn in het MVO-platform. Een interessante ontwikkeling is ten slotte het op dit moment aanhangige wetsvoorstel betreffende *due diligence*-verplichtingen voor bepaalde grote Franse ondernemingen op het gebied van IMVO.

Er zijn tot op heden een tiental procedures geïnitieerd in Frankrijk die betrekking hadden op beweerdelijke IMVO-normschendingen door Franse internationaal opererende ondernemingen in gastlanden. Het merendeel van deze procedures betreft door natuurlijke personen of ngo's ingestelde strafrechtelijke klachten, al dan niet in combinatie met een civiele aansprakelijkheidsvordering. Daarvan zijn er vier afgewezen en vier andere nog steeds in behandeling. Een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure tegen twee Franse transportbedrijven wegens betrokkenheid bij mensenrechtenschendingen bij de bouw van *een light rail* in Jeruzalem werd afgewezen op grond van het oordeel van de rechter dat de internationale verdragen waarop een beroep werd gedaan niet doorwerkten in de privaatrechtelijke (contractuele) verhoudingen in geding. Een civielrechtelijke

[629] *Id.*, p. 322.
[630] *Id.*, p. 319; Malabat & Wester-Ouisse 2015, p. 85-86, 88.

vordering van 800 voormalige werknemers van een Gabonees mijnbedrijf tegen de Franse moedermaatschappij van het bedrijf in verband met de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij als mede-werkgeefster voor hun onrechtmatig ontslag werd in september 2015 toegewezen door het Parijse Cour d'Appel.

Waar het gaat om verplichtingen op grond van het Franse ondernemingsrecht voor bestuurders en eventuele commissarissen van een vennootschap om (I)MVO-gerelateerde belangen bij de uitoefening van hun taken te betrekken dient vooral te worden gewezen op de transparantieverplichtingen uit de Loi Grenelle II. Grote vennootschappen moeten op grond daarvan over uiteenlopende (I)MVO-gerelateerde onderwerpen rapporteren aan de hand van internationale standaarden. Deze rapportage wordt gecontroleerd door een onafhankelijke derde. Belanghebbenden kunnen bovendien ontbrekende informatie vorderen als de vennootschap niet aan zijn verplichtingen op grond van de Loi Grenelle II voldoet. In de Loi Grenelle II staan verder twee milieugerelateerde aansprakelijkheidsgronden voor moedervennootschappen van concerns. De reikwijdte hiervan is echter (zeer) beperkt.

De meer algemene vraag in hoeverre het bestuur van een Franse vennootschap bij uitoefening van zijn taak verplicht is om rekening te houden met (I)MVO-gerelateerde belangen is vanwege de vele discussie over de inhoud van het begrip *l'intérêt social* niet goed te beantwoorden. Ten aanzien van beursgenoteerde vennootschappen kan worden gesteld dat de Corporate Governance Code een brede definitie van *l'intérêt social* bezigt, wat betekent dat het betrekken bij bepaalde beslissingen van IMVO-gerelateerde belangen mogelijk tot de taak van het bestuur kan worden gerekend. Verder hebben de bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen van de artikelen 225-251 (voor de SA) en 233-22 (voor de SARL) Code de Commerce een open karakter met als gevolg dat ook derden die schade lijden een beroep zouden kunnen doen op tijdens het bestuur gemaakte fouten.

In het kader van IMVO is in het bijzonder relevant het op dit moment aanhangige wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance* voor bepaalde grote Franse vennootschappen die, al dan niet binnen (internationaal) concernverband, een aanmerkelijke invloed uitoefenen op andere vennootschappen. Als dit wetsvoorstel ingevoerd zou worden, komt op deze vennootschappen een concrete verplichting te rusten om binnen het concern en de handelsketen risico's ten aanzien van IMVO-gerelateerde belangen te identificeren en te voorkomen. Schending van deze verplichting kan lijden tot civiele en bestuurlijke boetes. Ook kan schending tot gevolg hebben dat de vennootschap op grond van de algemene bepalingen van het Franse civiele aansprakelijkheidsrecht aansprakelijk is jegens derden die schade lijden als gevolg van de schending. Het wetsvoorstel is in november 2015 afgewezen door de Sénat, maar het is mogelijk dat zij weer opgepakt zal worden door de Assemblée Nationale, welke het voorstel uiteindelijk zelfs zonder instemming van de Sénat zou kunnen passeren.

De Franse rechter is bevoegd om te oordelen over een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een internationaal opererende onderneming als deze zijn statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging in Frankrijk heeft. Onder omstandigheden kan de Franse rechter ook bevoegdheid bestaan over vorderingen tegen ondernemingen uit niet-Europese gastlanden. Dat is bijvoorbeeld mogelijk als het gaat om een civiele aansprakelijkheidsvordering tegen een buiten Europa gevestigde onderneming die ingesteld wordt in het kader van een strafprocedure tegen diezelfde onderneming die reeds aan de Franse rechter voorligt. Een dergelijke mogelijkheid bestaat ook als het gaat om een vordering tegen een niet-Europese onderneming die nauw verbonden is met een vordering over hetzelfde onderwerp tegen een gedaagde met woonplaats of gewone verblijfplaats in Frankrijk. Daarnaast kan de Franse rechter rechtsmacht aannemen over een vordering tegen een niet-Europese onderneming als deze betrekking heeft op een niet-contractuele verbintenis ten aanzien van personen waarvan ten minste één de Franse nationaliteit heeft of in Frankrijk woonachtig is.

Tot slot heeft de Franse rechter bevoegdheid ten aanzien van een vordering die aanknopingspunten heeft met de Franse rechtsorde en ten aanzien waarvan de eisers kunnen aantonen dat het voor hen onmogelijk is om deze elders voor een rechter te brengen. Dit is de grondslag waarop door het Parijse Cour d'Appel rechtsmacht werd aangenomen over een aantal van de claims die door Gabonese spoorwerkers waren aangebracht tegen Comilog Gabon, een dochtermaatschappij van een Frans concern. De vereiste band met de Franse rechtsorde was in dit geval volgens het Hof gelegen in het feit dat de meerderheid van de aandelen in de Gabonese vennootschap ten tijde van het instellen van de procedure in Frankrijk in handen waren van een Franse vennootschap. Het Franse recht kent in beginsel geen bevoegdheid voor de rechter om zich onbevoegd te verklaren omdat de te berechten procedure naar zijn oordeel beter elders gevoerd kan worden.

Op grond van het conflictenrechtelijk regime van de Rome II-Vo. zal de Franse rechter een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een Franse internationaal opererende onderneming inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen in veel gevallen beoordelen op basis van het recht van het gastland. In specifieke gevallen kan echter Frans aansprakelijkheidsrecht voor toepassing in aanmerking komen. Daar biedt de algemene bepaling van schuldaansprakelijkheid een ruime grond voor aansprakelijkheid voor onder meer schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, mits er naast een onrechtmatige gedraging van een (rechts)persoon ook sprake is van schade en van causaliteit tussen onrechtmatige gedraging en schade. De bewijslast ligt in beginsel bij de eisende partij, maar het Franse recht kent verschillende manieren waarop de bewijslast verlicht kan worden, waaronder met name door middel van bewijsvermoedens ten aanzien van de feiten of ten aanzien van het recht.

Hoewel er tot op heden geen jurisprudentie bestaat omtrent de zorgplichten van Franse internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van mens- en milieugerelateerde belangen van derden in gastlanden op basis van Frans civiel aansprakelijkheidsrecht, wordt algemeen aangenomen in de literatuur dat de hier besproken algemene Franse bepaling van schuldaansprakelijkheid daarvoor een grondslag zou kunnen vormen. In de Franse literatuur gaat de aandacht daarbij met name uit naar de aansprakelijkheid op deze grond van Franse moedermaatschappijen voor IMVO-normschendingen van hun buitenlandse dochtermaatschappijen. In dit kader kan aansluiting gezocht worden bij bestaande jurisprudentie in Frankrijk over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van moedermaatschappijen jegens crediteuren van hun dochtermaatschappijen ten aanzien waarvan zij ten onrechte de schijn hebben gewekt dat deze kredietwaardig zijn. Interessant om te vermelden in deze context is dat in het kader van een academisch project opgezet om nieuw Frans verbintenissenrecht te ontwerpen één van de aanbevelingen was om een strikte aansprakelijkheid op te nemen voor moedermaatschappijen van concerns voor schade aangericht door hun dochtermaatschappijen.

In de eerdervermelde Comilog-procedure werden in september 2015 in twee gevallen schadeclaims toegewezen van Gabonese spoorwerkers in verband met hun onrechtmatig ontslag door (ex)werkgever Comilog Gabon. Daarbij paste het Hof Congolees contractenrecht toe, dat evenwel grotendeels overeenkomt met het Franse recht. In deze procedure werd ook aandacht besteed aan de mogelijkheid naar Frans recht om moedermaatschappijen aansprakelijk te stellen als mede-werkgevers van werknemers van hun dochtermaatschappijen, een vorm van doorbraak van aansprakelijkheid. In geen van de gevallen lukte het de eisers echter om de rechter ervan te overtuigen dat één van Franse Comilog-groepsmaatschappijen als mede-werkgever aangemerkt kon worden, aangezien Comilog Gabon pas in 1995 (ruim na het ontslag van de spoorwerkers) in Franse handen kwam. De vorderingen tegen de Franse groepsmaatschappijen werden dus allemaal afgewezen.

De eerder besproken Loi Grenelle II roept voorts een aansprakelijkheid in het leven voor moedermaatschappijen met betrekking tot milieuschulden van dochtervennootschappen in geval van faillissement; zij is echter beperkt tot gevallen van bodemvervuiling door de dochter. Het wetsvoorstel

inzake een *devoir de vigilance* voor bepaalde grote Franse vennootschappen is wat dit betreft een stuk ruimer van opzet. Het koppelt de niet-naleving van een verplichting tot het opstellen van een *plan de vigilance* met betrekking tot de aan de activiteiten van dochtermaatschappijen, onderaannemers en leveranciers verbonden risico's op schade aan mens- en milieugerelateerde belangen aan de ruime algemene Franse bepaling van schuldaansprakelijkheid. Daarbij blijft in een eventuele aansprakelijkheidsprocedure in verband met een beweerdelijke schending van deze verplichting de bewijslast ten aanzien van schade en causaal verband tussen de normschending en de schade op de eisers rusten. Eén van de kritiekpunten op het huidige wetsvoorstel is dan ook dat het in feite niet heel veel meer dan een veredelde rapportageverplichting inhoudt, aangezien er geen sprake is van een strikte(re) vorm van aansprakelijkheid of van een verlichting of omkering van de bewijslast ten behoeve van de eisende partij.

Het Franse recht kent voorts een vrij groot aantal strikte aansprakelijkheidsgronden die onder omstandigheden relevant kunnen zijn in de IMVO-context. Voorbeelden zijn de algemene grond voor strikte aansprakelijkheid voor anderen in situaties waarin een (rechts)persoon autoriteit uitoefent over een ander en de algemene grond voor strikte aansprakelijkheid voor zaken, die een zeer ruime uitleg heeft gekregen naar aanleiding van de toename van bedrijfsongevallen tijdens de industriële revolutie. Daarnaast is het bijvoorbeeld ook mogelijk, zo laat één van de momenteel aanhangige IMVO-gerelateerde procedures zien, om aansprakelijkheid van een Franse internationaal opererende onderneming voor schendingen van extraterritoriale IMVO-zorgplichten te gronden op bepalingen inzake aansprakelijkheid voor oneerlijke handelspraktijken, waaronder ook misleidende uitlatingen over arbeidsomstandigheden in de productieketen kunnen vallen.

Is een Franse internationaal opererende onderneming op één van deze gronden aansprakelijk, dan is zij in beginsel gehouden tot vergoeding van de door de benadeelde geleden materiële of immateriële schade.

Wat betreft de procedurele en praktische omstandigheden geldt dat de kosten een drempel kunnen zijn in civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen, omdat aanspraak op gesubsidieerde rechtsbijstand in beginsel slechts mogelijk is voor (rechts)personen met de Franse nationaliteit. Collectieve actiemogelijkheden zijn beperkt in het Franse recht, met uitzondering van de collectieve schadevergoedingsmechanismen die sinds 2014 bestaan op het gebied van het consumenten- en mededingingsrecht. Wel bestaan er specifiek in de milieucontext mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties ter bescherming van het milieu. Waar het gaat om de mogelijkheden tot bewijsgaring geldt dat de drempel voor de eisende partij wat lager is dan in sommige van de andere hier onderzochte landen, aangezien de mogelijkheden om inzage te krijgen in bewijsstukken die in handen zijn van de wederpartij relatief ruimhartig zijn. Daarnaast speelt de Franse rechter een actieve rol in het boven tafel krijgen van relevante bewijsstukken.

In Frankrijk kan de benadeelde zich, net als in Nederland, als benadeelde partij voegen in het strafproces om in vergelijking met het civiele recht op een goedkope en relatief eenvoudige manier schadevergoeding te verkrijgen. Daarnaast kan de benadeelde van een bepaald aantal delicten zelf en onder bepaalde voorwaarden, buiten het openbaar ministerie om, een strafvervolging initiëren door als een private aanklager de verdachte te dagvaarden. Echter, voor de mogelijkheid van private aanklager geldt dat daarvan in de praktijk beperkt gebruik van wordt gemaakt, deels door financiële drempels en risico's, deels door andere praktische omstandigheden.

3.5 HET VERENIGD KONINKRIJK

3.5.1 Inleiding[631]

Het beleidskader van het Verenigd Koninkrijk ten aanzien van (internationaal) maatschappelijk verantwoord ondernemen leunt sterk op het principe van vrijwilligheid.[632] Dat blijkt uit het feit dat hoewel het Verenigd Koninkrijk initiatieven zoals de OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen en de UN Global Compact ondersteunt en financiert, de rol van (I)MVO in het wetgevingsbeleid beperkt is. In het Nationaal Actieplan Bedrijven en Mensenrechten uit 2013 van de Britse overheid ligt de nadruk dan ook op het bevorderen van het op vrijwillige basis implementeren van (I)MVO in bedrijfsprocessen. In het actieplan zet de regering uiteen op welke wijze zij zich zal inspannen om de in het Ruggie Framework onderscheiden thema's te bevorderen. Daarbij wordt geen melding gemaakt van concrete plannen om juridische verplichtingen op het gebied van (I)MVO aan te nemen. Het actieplan gaat voor het overige in op de rol van de regering om bijvoorbeeld multi-stakeholder dialogen te faciliteren en begeleiding en richting te geven aan bedrijven waar het gaat om het implementeren van *due diligence*-procedures.[633]

Het vrijwillige karakter van (I)MVO is door de regering nogmaals uitdrukkelijk bevestigd in het in 2014 gepubliceerde beleidsstuk '*Corporate Responsibility: Good for Business & Society*'.[634] Naar aanleiding van het Nationaal Actieplan is wel expliciet in de wet neergelegd dat de rapportage over maatschappelijke kwesties (*community issues*) in het jaarverslag tevens mensenrechtenkwesties (*human rights issues*) dient te omvatten. Daarnaast bestond al langer een wettelijke verplichting voor bestuurders van een Engelse vennootschap om waar relevant externe belangen, waaronder de impact van de activiteiten op de samenleving en het milieu, mee te wegen bij het bepalen van het belang van de onderneming.[635] Deze inzet van het (ondernemings)recht teneinde (I)MVO-gerelateerde belangen te bevorderen wordt door sommigen als controversieel gezien.[636] Daarnaast is er in het Verenigd Koninkrijk de laatste jaren veel aandacht geweest voor de problematiek rond moderne slavernij, hetgeen in 2015 heeft geleid tot het aannemen van de Modern Slavery Act, waarvan met name de bepaling inzake transparantie in productieketens interessant is in de IMVO-context.[637]

In het Verenigd Koninkrijk zijn de afgelopen drie decennia relatief veel civiele aansprakelijkheidsprocedures aangebracht tegen Engelse internationaal opererende ondernemingen inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen. In het overgrote merendeel van deze procedures zijn de eisers vertegenwoordigd door advocatenkantoor Leigh Day & Co, dat zich over de jaren gespecialiseerd heeft in *foreign direct liability claims* voor Engelse rechters.[638] Hoewel deze procedures met interesse gevolgd worden door academici, mensenrechten- en milieuorganisaties en praktijkjuristen, zowel binnen het Verenigd Koninkrijk als daarbuiten, alsook door enkele 'left-wing'

---

631 De informatie in deze subparagraaf is mede ontleend aan de interviews die in het kader van dit onderzoek afgenomen zijn bij verschillende Engelse experts (in het bijzonder de antwoorden op de vragen gesteld in het kader van thema 2: IMVO in het Verenigd Koninkrijk).

632 Zie ook Mayson, French & Ryan 2014, p. 29.

633 HM Government, *Good business: Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, te raadplegen via: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/236901/BHR_Action_Plan_-_final_online_version_1_.pdf>.

634 Department for Business Innovation and Skills, *Corporate Responsibility: Good for Business & Society; government response to call for views on corporate responsibility* (April 2014), <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/300265/bis-14-651-good-for-business-and-society-government-response-to-call-for-views-on-corporate-responsibility.pdf>.

635 S. 172 Companies Act 2006.

636 Mayson, French & Ryan 2014, p. 29 en 34.

637 S. 54 Modern Slavery Act 2015.

638 Zie de website van Leigh Day & Co: <https://www.leighday.co.uk/International-and-group-claims>.

nieuwsbladen zoals The Guardian, hebben zij volgens de experts die in het kader van dit onderzoek geïnterviewd zijn niet geleid tot een breed gedragen maatschappelijk debat omtrent IMVO-gerelateerde kwesties in het Verenigd Koninkrijk. Datzelfde geldt voor incidenten zoals het instorten van het Rana Plaza-gebouw in Bangladesh en de verschillende procedures die aan het Britse Nationaal Contactpunt van de OESO-richtlijnen zijn voorgelegd.[639] Desalniettemin vinden er, vooral onder invloed van een aantal zeer actieve – soms publiek gefinancierde – ngo's zoals het Business Human Rights Resource Centre, het Shift expertisecentrum en Amnesty International, veel relevante IMVO-gerelateerde projecten en ontwikkelingen plaats in het Verenigd Koninkrijk.

In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de wijze waarop IMVO-gerelateerde verplichtingen voor Engelse internationaal opererende ondernemingen tot uitdrukking komen in het Engelse ondernemingsrecht en het Engelse civiele aansprakelijkheidsrecht. Allereerst wordt aandacht besteed aan relevante procedures die tot dusverre zijn aangebracht voor Engelse rechters (par. 3.5.2). Dan wordt bekeken in hoeverre er (I)MVO-gerelateerde verplichtingen voortvloeien uit het Engelse ondernemingsrecht en de Corporate Governance Code voor bestuurders en commissarissen van Engelse (internationaal opererende) ondernemingen (par. 3.5.3). Vervolgens wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het Engelse civiele aansprakelijkheidsrecht zorgplichten tot inachtneming van de IMVO-gerelateerde belangen van derden kent voor Engelse internationaal opererende ondernemingen (par. 3.5.4). Daarna wordt kort beschreven welke mogelijkheden het Engelse strafprocesrecht kent om Engelse ondernemingen strafrechtelijk aan te (doen) spreken voor schendingen van IMVO-gerelateerde strafbepalingen (par. 3.5.5). Dit wordt gevolg door een bespreking van twee materieelstrafrechtelijke *case studies* (par. 3.5.6). De paragraaf wordt afgesloten met een conclusie (par. 3.5.7).

3.5.2 IMVO-gerelateerde juridische procedures

Procedure tegen RTZ Group inzake asbestblootstelling in Namibië[640]

In 1994 werd een civiele aansprakelijkheidsprocedure geëntameerd tegen RTZ Corporation Plc., de Engelse houdstermaatschappij van het in het Verenigd Koninkrijk gevestigde internationale metaal- en mijnbouwconcern RTZ Group, door een Schotse oud-werknemer van haar Namibische dochtermaatschappij Rossing Uranium Ltd. De eiser stelde keelkanker te hebben opgelopen als gevolg van blootstelling aan uraniumertsstof gedurende zijn vroegere werkzaamheden in de Namibische uraniummijn van de dochtermaatschappij. Omdat de vordering die hij op grond van de Workmen's Compensation Act 1941 of South Africa and Namibia tegen de dochtermaatschappij had ingesteld was afgewezen door de Workmen's Compensation Commissioner, stelde hij een procedure in voor de Engelse rechter tegen de moedermaatschappij.

De eiser stelde dat op de moeder, gezien haar nauwe betrokkenheid indertijd bij de activiteiten van de Namibische dochter, een *duty of care* jegens hem rustte en dat zij deze geschonden had. Volgens de eiser was het beleid van de dochter omtrent gezondheid, veiligheid en milieu opgesteld door of op advies van de moeder en was het lokale toezicht op de naleving van dat beleid uitgevoerd door werknemers van de moeder. Hij beschuldigde de moedermaatschappij van *negligence* omdat zij ondanks haar nauwe betrokkenheid indertijd nagelaten zou hebben voor effectieve veiligheidssystemen te zorgen die de werknemers konden beschermen tegen de nadelige gezondheidseffecten van uraniumertsstof.

---

[639] Zie voor een overzicht van aangebrachte zaken de (oude) website van het UK National Contact Point: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121205150610/http://www.bis.gov.uk/policies/business-sectors/green-economy/sustainable-development/corporate-responsibility/uk-ncp-oecd-guidelines/cases>.

[640] Zie, in meer detail: Meeran 2011, p. 28-30. Zie ook: Enneking 2007, p. 29.

In eerste aanleg werd de vordering afgewezen door het Londense High Court op grond van *forum non conveniens*, gezien de nauwe band van de procedure met Namibië en niettegenstaande het feit dat de eiser in Namibië geen aanspraak kon maken op gesubsidieerde rechtsbijstand. Deze uitspraak werd uiteindelijk verworpen door het Court of Appeal.[641] De vraag of rechtsmacht van de Engelse rechter in deze zaak kon worden afgewezen op grond van *forum non conveniens* werd vervolgens voorgelegd aan het House of Lords. Dit kwam tot het oordeel dat de procedure, in het licht van het belang van de partijen en van een rechtvaardige afhandeling ervan, niet geschikt was voor berechting door de Namibische rechter. Daarbij werd in het bijzonder rekening gehouden met het feit dat een rechtvaardige afhandeling van de procedure, gezien de complexiteit ervan, inmenging zou vergen van hooggekwalificeerde advocaten en wetenschappelijk experts. Naar het oordeel van de Law Lords zou dit in een procedure voor de Namibische rechter echter niet gerealiseerd kunnen worden aangezien de eiser daar, anders dan in Engeland, geen toegang zou hebben tot gesubsidieerde rechtsbijstand en/of resultaatsafhankelijke beloningsafspraken met advocaten.[642]

De procedure werd voortgezet voor het Londense High Court, alwaar de vordering echter vervolgens alsnog verworpen werd. Hoewel er volgens de rechter mogelijk sprake was van een *duty of care* van de gedaagde onderneming jegens de eiser, constateerde hij ook dat de vordering verjaard was, mede in het licht van het feit dat de eiser deze eerder had kunnen aanbrengen maar dat niet gedaan had.[643]

Procedure tegen Thor Chemicals inzake blootstelling aan gevaarlijke stoffen in Zuid-Afrika[644]

In 1995 en 1997 werd door een groep van in totaal 44 Zuid-Afrikanen een drietal vorderingen tot schadevergoeding ingesteld voor de Engelse rechter tegen Thor Chemicals Holdings, de Engelse moedermaatschappij van een multinationaal chemieconcern, en de voorzitter van de Raad van Bestuur van dit bedrijf. Aanleiding was de kwikvergiftiging die de eisers, alle (ex-)werknemers van de Zuid-Afrikaanse dochtermaatschappij van Thor Chemicals (Thor Chemicals (SA) (Proprietary) Ltd), beweerden te hebben opgelopen bij hun werkzaamheden voor die dochter. Zij stelden dat de Engelse moedermaatschappij haar werkzaamheden met kwik in Engeland, na aanhoudende kritiek van veiligheids- en gezondheidsautoriteiten aldaar, in hun geheel (inclusief fabriek en leidinggevend personeel) had overgeplaatst naar Zuid-Afrika. Daar had zij de werkzaamheden volgens de eisers voortgezet zonder veiligheidsmaatregelen te nemen die adequaat waren in het licht van de haar bekende gezondheidsrisico's van de werkzaamheden.

In 1992 kwam aan het licht dat verschillende van de werknemers van de Zuid-Afrikaanse dochtermaatschappij ziek waren geworden of zelfs overleden waren door kwikvergiftiging als gevolg van hun werkzaamheden. Dit leidde tot een strafzaak tegen de onderneming voor de lokale rechter in Pietermaritzburg op grond van de verdenking van de onderneming op betrokkenheid bij doodslag en schendingen van gezondheids- en veiligheidsnormen. De procedure eindigde in een gerechtelijke schikking waarbij de onderneming schuld bekende ten aanzien van de tenlastegelegde schendingen van gezondheids- en veiligheidsnormen en veroordeeld werd tot het betalen van een boete van rond de 4.000 euro.[645]

In de civiele aansprakelijkheidsprocedures die werden aangebracht voor de Engelse rechter werd aangevoerd dat de moedermaatschappij aansprakelijk was op grond van *negligence* voor de door de

[641] Zie over het verloop van de procedure: *Connelly v. RTZ Corp. Plc.*, House of Lords 24 juli 1997, [1997] UKHL [30].
[642] *Connelly v. RTZ Corp. Plc.*, House of Lords 24 juli 1997, [1997] UKHL [30].
[643] Zie nader: Meeran 2011, p. 30; Meeran 2000, p. 257-258. *Connelly v. RTZ Corp. Plc.*, Queen's Bench Division 4 december 1998, [1999] C.L.C. 533.
[644] Zie, in meer detail: Meeran 2011, p. 25-27. Zie ook: Enneking 2007, p. 29.
[645] Meeran 2011, p. 25-26.

(ex-)werknemers geleden schade. Die stelden dat de moeder onzorgvuldig was geweest ten aanzien van het ontwerp, de overdracht, de opzet, de uitvoering, de leiding en het toezicht op een inherent gevaarlijk productieproces en dat zij ten onrechte nagelaten had om stappen te ondernemen om de Zuid-Afrikaanse werknemers te beschermen tegen het voorzienbare risico van kwikvergiftiging als gevolg van hun werkzaamheden.

In de in 1995 namens 23 benadeelden (waaronder drie nabestaanden van overleden werknemers) ingestelde procedures werd door de gedaagden een beroep gedaan op *forum non conveniens*. Dit beroep werd afgewezen door de rechter in eerste aanleg; ook het hoger beroep tegen deze beslissing werd afgewezen, aangezien het Hof oordeelde dat de gedaagden stilzwijgend hadden ingestemd met de rechtsmacht van de Engelse rechter door (ook) inhoudelijk verweer te voeren tegen de vorderingen.[646] In 1997 werden deze procedures buiten de rechter om geschikt voor een bedrag van 1,3 miljoen pond.[647]

Vervolgens werd een derde procedure ingesteld namens 21 andere (ex-)werknemers uit dezelfde fabriek. Ook in deze procedure werd het beroep van de gedaagden op *forum non conveniens* afgewezen en in februari 1999 kregen (de advocaten van) de gedaagden een waarschuwing van het Court of Appeal dat zij de procedure niet verder moesten vertragen.[648] Later dat jaar bleek echter dat de gedaagde onderneming door middel van een splitsing een poging had gedaan het concernvermogen buiten het bereik van de eisers te brengen. Op verzoek van de eisers oordeelde het Court of Appeal in september 2000 dat aannemelijk was dat het bedrijf tot de splitsing was overgegaan met het oog op de lopende procedure en gebood het de gedaagde onderneming om een gerechtelijke aanbetaling te doen van 400.000 pond en bewijsstukken over te leggen aangaande de splitsing.[649] Begin oktober 2000 kwam het ook in deze procedure tot een buitengerechtelijke schikking.[650]

Procedures tegen Cape en Gencor inzake asbestblootstelling in Zuid-Afrika[651]

In 1997 werd door een vijftal Zuid-Afrikanen een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure ingesteld voor het Engelse High Court tegen Cape plc. in verband met de blootstelling aan asbeststof gegenereerd door de asbestwinningsactiviteiten van Cape in Zuid-Afrika. De eisers waren voormalige werknemers van het Cape-concern en omwonenden van de sites waar door Cape met asbest gewerkt werd, die alle leden aan asbest-gerelateerde aandoeningen die zij stelden te hebben opgelopen als gevolg van hun blootstelling aan het asbeststof dat daar gegenereerd werd. De werknemers zeiden blootgesteld te zijn geweest aan dertig maal de in het Verenigd Koninkrijk maximaal toegestane hoeveelheid, zonder dat zij de beschikking hadden gekregen over adequate beschermende uitrusting.

De hoofdvraag die in deze procedure aan de orde gesteld werd, was of de Engelse moedermaatschappij van het Cape-concern, die naar gesteld werd *de facto* controle had uitgeoefend over de activiteiten van haar Zuidafrikaanse dochtermaatschappij en die via haar bestuurders wetenschap had gehad (of had kunnen hebben) van de gezondheidsrisico's die deze activiteiten met zich brachten voor lokale werknemers en omwonenden, een *duty of care* had jegens die werknemers en omwonenden, in het

---

646 *Ngcobo v. Thor Chemicals Holdings Ltd. & others*, Court of Appeal 9 oktober 1995, 1995 WL 1082070.

647 Meeran 2011, p. 26.

648 Zie over het verloop van de procedure: *Sithole v. Thor Chemicals Holdings Ltd. & others*, Court of Appeal 28 september 2000, 2000 WL 1421183.

649 *Sithole v. Thor Chemicals Holdings Ltd. & others*, Court of Appeal 28 september 2000, 2000 WL 1421183.

650 Meeran 2011, p. 27.

651 Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/capegencor-lawsuits-re-so-africa>. Zie in meer detail: Meeran 2011, p. 30-37. Zie ook: Enneking 2007, p. 30-31.

licht van de controle die het had uitgeoefend en de adviezen die het had verstrekt aan de dochtermaatschappij.[652]

Voordat overgegaan kon worden tot beoordeling van deze vraag, diende echter eerst vastgesteld te worden of de Engelse rechter bevoegd was om zich uit te spreken over de vorderingen, die immers nauw verband hielden met gebeurtenissen in Zuid-Afrika. Cape stelde dat de procedure niet voor een Engelse maar voor een Zuid-Afrikaanse rechter aangebracht moest worden en verzocht de Rechtbank om deze te schorsen op grond van *forum non conveniens*. Dit verzoek werd ingewilligd, maar de beslissing van de Rechtbank werd vernietigd in hoger beroep.[653] Vervolgens werden er namens 2000 nieuwe eisers soortgelijke vorderingen ingesteld tegen Cape plc in verband met asbestgerelateerde aandoeningen die zij stelden te hebben opgelopen te hebben als gevolg van de asbestwinningsactiviteiten van Cape in Zuid-Afrika. Opnieuw diende Cape een verzoek in om de procedure te schorsen op grond van *forum non conveniens* en opnieuw werd dit verzoek ingewilligd door de rechtbank; deze beslissing werd bevestigd door het Court of Appeal.[654]

De eisers stelden vervolgens beroep in bij het House of Lords, dat in 2000 besliste dat de procedure voortgang moest vinden voor het Engelse High Court. Leidend bij deze beslissing was de inschatting van de Law Lords dat in deze zaak een procedure voor de Zuid-Afrikaanse rechter geen realistisch alternatief zou zijn. De eisers zouden namelijk in Zuid-Afrika geen beroep kunnen doen op gesubsidieerde rechtsbijstand en gezien de complexiteit van de zaak leek het onwaarschijnlijk dat zij in staat zouden zijn om in Zuid-Afrika bekwame advocaten te vinden die de procedure op basis van resultaatsgerichte beloningsafspraken zouden willen aannemen.[655]

Na deze beslissing van het House of Lords liep het aantal eisers in de procedure op tot rond de 7500 in 2001. In datzelfde jaar trof Cape plc een buitengerechtelijke schikking met de eisers voor 21 miljoen pond. Vanwege financiële problemen kwam het bedrijf de overeenkomst echter niet na en in september 2002 stapten de eisers opnieuw naar de rechter. Het Zuid-Afrikaanse bedrijf Gencor Ltd., dat een gedeelte van de Zuidafrikaanse activiteiten van Cape had overgenomen na het vertrek van Cape uit Zuid-Afrika in 1979, werd gevoegd in de procedure als mede-gedaagde. In 2003 kwam opnieuw een buitengerechtelijke schikking tot stand tussen de partijen. Deze omvatte vergoedingen aan de eisers door Cape plc. en Gencor van respectievelijk 7,5 miljoen pond en 3 miljoen pond. Daarnaast werd een door Gencor beheerd compensatiefonds opgericht ter waarde van 35 miljoen pond ten behoeve van eventuele verdere Zuid-Afrikaanse ex-werknemers van Cape plc. die ook asbestgerelateerde aandoeningen hadden opgelopen maar niet betrokken waren geweest bij de rechtszaak.

Procedures tegen BP inzake oliewinning in Colombia[656]

In juli 2005 werd door een groep Colombiaanse boeren een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure ingesteld voor het Engelse High Court tegen het Colombiaanse bedrijf BP Exploration Company Ltd. in verband met beschuldigingen dat de aanleg van de Ocensa oliepijpleiding door een consortium geleid door BP ernstige schade zou hebben aangericht aan hun grondgebied. Daarnaast beschuldigden zij BP ervan geprofiteerd te hebben van de activiteiten van paramilitairen die aangesteld waren om de pijpleiding te bewaken maar zich in het kader van hun taak ook schuldig hadden gemaakt aan het

[652] Zie Lubbe & Ors. v. Cape plc., Court of Appeal (Civil Division) 30 juli 1998, [1998] C.L.C. 1559, p. 1568.
[653] Lubbe & Ors. v. Cape plc., Court of Appeal (Civil Division) 30 juli 1998, [1998] C.L.C. 1559.
[654] Lubbe & Ors. v. Cape plc., Africa & Ors. v. Same, Court of Appeal (Civil Division) 29 november 1999, [2000] 1 Lloyd's Rep. 139.
[655] Lubbe & Ors. v. Cape plc., Africa & Ors. v. Same, House of Lords 20 juli 2000, [2000] 2 Lloyd's Rep. 383.
[656] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/bp-lawsuit-re-colombia> en <http://business-humanrights.org/en/bp-lawsuits-re-casanare-colombia>.

intimideren van de lokale bevolking, het belemmeren van landbouwactiviteiten en het onderdrukken van legitieme protesten tegen de aanleg van de pijpleiding. Volgens de boeren had deze combinatie van factoren hun manier van leven onmogelijk gemaakt, met diepe armoede voor henzelf en hun families tot gevolg. Zij eisten 15 miljoen pond aan schadevergoeding van BP.

Hoewel BP tegenwierp dat het de boeren reeds gecompenseerd had en dat rechtszaken tegen BP over deze kwestie niet in het Verenigd Koninkrijk maar in Colombia geëntameerd zouden moeten worden, kwamen de partijen in 2006 na mediation een buitengerechtelijke schikking overeen. Deze schikking omvatte onder meer een gezamenlijke verklaring waarin bekend gemaakt werd dat er een trustfonds zou worden opgericht ten behoeve van de boeren (ter waarde van een niet nader gespecificeerd bedrag), maar ook duidelijk gemaakt werd dat BP geen aansprakelijkheid erkende.[657]

In januari 2008 werd door een andere groep Colombiaanse boeren een nieuwe procedure geëntameerd voor de Engelse rechter, opnieuw in verband met ernstige schade die zou zijn aangericht aan gronden en gewassen als gevolg van de aanleg en exploitatie van de Ocensa oliepijpleiding. De boeren eisten een schadevergoeding van 28,6 miljoen dollar van het Colombiaanse bedrijf Equion Energia, voorheen BP Exploration (Colombia) Ltd., voor beweerdelijke onzorgvuldigheid (*negligence*) bij de aanleg van de betreffende oliepijpleiding in 2006. BP heeft ontkend aansprakelijk te zijn voor eventuele schade, waarbij het onder meer heeft aangevoerd dat de schade aan de gronden waar de pijplijn is aangericht zeer beperkt is en dat de boeren reeds adequate compensatie hebben ontvangen.

De fase waarin het geschil inhoudelijk beoordeeld zal worden, hetgeen zal gebeuren op grond van Colombiaans aansprakelijkheidsrecht, is in oktober 2014 van start gegaan.[658] De verwachting was dat een belangrijk punt in de procedure zou zijn of op grond van Colombiaans recht gezegd kan worden dat BP controle uitoefende over de aanleg van de pijpleiding, alsook dat de rechter in februari 2015 met een uitspraak zou komen.[659] Dit is tot op heden echter niet gebeurd, hetgeen er wellicht op kan duiden dat de partijen buiten de rechter om met elkaar in onderhandeling zijn over een schikking.

Tot slot loopt er sinds mei 2015 nog een civielrechtelijke procedure voor het Engelse High Court tegen BP die verband houdt met de aanleg en exploitatie van de Ocensa oliepijpleiding in Colombia. Deze procedure is aangebracht door Gilberto Torres, een Colombiaanse vakbondsleider die in 2002 werd ontvoerd, gevangen gehouden en gemarteld door Colombiaanse paramilitairen. Torres stelt dat BP medeplichtig is aan de door hem geleden mensenrechtenschendingen, omdat het indertijd nagelaten zou hebben actie te ondernemen op waarschuwingen dat paramilitairen die door het Colombiaanse leger waren ingehuurd om de BP-olieinstallaties in Colombia te beschermen, betrokken zouden zijn bij moorden en verdwijningen. De zaak is aan het rollen gebracht door beweringen van paramilitairen die in Colombia veroordeeld zijn voor hun betrokkenheid bij de ontvoering van Torres, dat zij daar indertijd voor betaald werden door het consortium dat de Ocensa oliepijpleiding exploiteerde.[660]

---

[657] Zie bijvoorbeeld: 'BP settles $28 million Ocensa pipeline suit', *Oil & Gas Journal* online 8 september 2006, <http://www.ogj.com/articles/2006/08/bp-settles-28-million-ocensa-pipeline-suit.html>.

[658] Vergelijk de weergave van het verloop van de procedure in Pedro Emiro Florez Arroyo & Ors v Equion Energia Limited, Queen's Bench Division Technology and Construction Court 18 oktober 2013, [2013] EWHC 3150 (TCC). Zie ook bijvoorbeeld: B. Lee, 'Colombian farmers take BP to UK court over oil pipeline', International Business Times online 17 oktober 2014, <http://www.ibtimes.com/colombian-farmers-take-bp-uk-court-over-oil-pipeline-1706511>. De volledige tekst van de dagvaarding is te vinden op: <http://www.reports-and-materials.org/sites/default/files/reports-and-materials/Flores-v-BP-Particulars-of-Claim-1-Dec-2008.pdf>.

[659] Zie bijvoorbeeld: J. Vidal, 'Colombian farmers' case against BP nears verdict', *The Guardian* online 15 januari 2015, <http://www.theguardian.com/environment/2015/jan/15/colombian-farmers-court-case-against-bp-nears-verdict>.

[660] Zie bijvoorbeeld: M. O'Kane, 'Colombian takes BP to court in UK over alleged complicity in kidnap and torture', The Guardian online 22 mei 2015, <http://www.theguardian.com/environment/2015/may/22/colombian-takes-bp-to-court-in-uk-alleged-complicity-kidnap-and-torture>.

Procedures tegen Trafigura inzake de dumping van afvalstoffen in Ivoorkust[661]

De gebeurtenissen rond het gifdumpingsincident met de Probo Koala (zie nader par. 2.2) leidden tot juridische procedures niet alleen in Nederland en Frankrijk (zie nader par. 2.2 en 3.4.2, respectievelijk), maar ook in het Verenigd Koninkrijk. In november 2006 werd een civiele aansprakelijkheidsprocedure aangebracht voor het Engelse High Court tegen Trafigura Ltd., de dochtermaatschappij van Trafigura Beheer B.V. die een coördinerende rol speelde bij de activiteiten die leidden tot het incident, door een groep van 30.000 Ivorianen die compensatie eisten voor de schade die zij meenden te hebben geleden als gevolg van de dumping van de afvalstoffen afkomstig van de Probo Koala.

Trafigura verweerde zich tegen de vorderingen door onder meer te stellen dat de afvalstoffen niet giftig waren, dat zij de stoffen had afgegeven aan een lokaal afvalverwerkingsbedrijf waarvan voor haar niet te voorzien was geweest dat het de stoffen niet naar behoren zou verwerken en dat het aantal mensen dat gezondheidsschade had opgelopen als gevolg van de afvalstoffen veel kleiner was dan de groep eisers. De procedure genereerde veel publieke aandacht, zowel in het Verenigd Koninkrijk als daarbuiten, hetgeen leidde tot een groot aantal procedures waarin Trafigura gerechtelijke bevelen eiste met een verbod aan de media of zelfs parlementariërs om zich uit te laten over de procedure. In sommige gevallen werd gevraagd deze te combineren met een verbod om zich uit te laten over het opleggen van het gerechtelijk bevel (zgn. *super injunctions* of '*gagging orders*').[662]

In september 2009 kwam het tot een buitengerechtelijke schikking tussen de partijen. Hierbij verplichtte Trafigura zich tot betaling van ongeveer 1500 dollar aan elk van de 30.000 eisers en brachten de partijen gezamenlijk een verklaring naar buiten waarin onder meer te lezen stond dat Trafigura niet aansprakelijk was voor de gebeurtenissen en dat niet bewezen was dat de gedumpte afvalstoffen zouden hebben kunnen leiden tot ernstigere symptomen dan milde griepverschijnselen en angstklachten.[663] Rond dezelfde tijd doken er in de media ook documenten op die in het kader van de procedure voor de Rechtbank gebracht waren. Deze documenten bevatten interne e-mails van Trafigura medewerkers waaruit bleek dat zij op de hoogte waren van de schadelijke kwaliteiten daarvan en op zoek waren naar een zo goedkoop mogelijke manier om ervan af te komen.[664]

De kwestie bleek met de schikking nog niet volledig te zijn afgedaan; in oktober 2009 meldde zich een Ivoriaanse man, Claude Gohourou, die beweerde met zijn organisatie de slachtoffers te vertegenwoordigen. Hij slaagde erin om de bankrekening waar het schikkingsbedrag op stond te laten bevriezen. De advocaten van de eisers betwistten zijn beweringen, maar in januari 2010 besliste het Court of Appeal in Abidjan (Ivoorkust) dat het schikkingsbedrag naar hem moest worden overgemaakt. In februari 2010 kwamen de partijen tot een overeenstemming over de verdeling van het schikkingsbedrag. Tot op heden zijn er 6.000 slachtoffers die nog geen compensatie hebben ontvangen.

---

[661] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/trafigura-lawsuits-re-côte-d'ivoire>.

[662] Zie bijvoorbeeld: D. Leigh, 'Trafigura drops bid to gag Guardian over MP's question', The Guardian online 13 oktober 2009, <http://www.theguardian.com/media/2009/oct/13/trafigura-drops-gag-guardian-oil>; A. Rusbridger, 'Trafigura: anatomy of a super-injunction', The Guardian online 20 oktober 2009, <http://www.theguardian.com/media/2009/oct/20/trafigura-anatomy-super-injunction> ; J. Geddis, 'What we cannot talk about we must pass over in silence: judicial orders and reporting Parliamentary speech', Public Law juli 2010, p. 443-451.

[663] Zie bijvoorbeeld: A. Ormsby, 'Trafigura to settle for £28m over toxic waste dumping', The Independent online 21 september 2009, <http://www.independent.co.uk/news/world/africa/trafigura-to-settle-for-16328m-over-toxic-waste-dumping-1790723.html>. De gezamenlijke verklaring is te vinden op de Trafigura website: <http://www.trafigura.com/images/probo-koala/Trafigura_and_Leigh_Day_Co_agreed_final_Joint_Statement.pdf>.

[664] Zie bijvoorbeeld, met verdere verwijzing naar de documenten: D. Leigh, 'How UK oil company Trafigura tried to cover up African pollution disaster', The Guardian online 16 september 2009, <http://www.theguardian.com/world/2009/sep/16/trafigura-oil-ivory-coast>.

In Ivoorkust staat Claude Gohourou samen met een aantal handlangers inmiddels terecht voor verduistering van (een deel van) het geld.[665]

Procedures tegen Monterrico Metals en Rio Blanco Copper inzake politiegeweld in Peru[666]

In begin 2009 werd door acht Peruanen een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure aanhangig gemaakt voor het Engelse High Court tegen het Engelse mijnbouwbedrijf Monterrico Metals en haar Peruaanse dochtermaatschappij Rio Blanco Copper in verband met politiegeweld tegen demonstranten bij de Peruaanse Rio Blanco mijn. De eisers vorderden vergoeding van de schade die zij als gevolg van deze gebeurtenissen geleden hadden en stelden de gedaagde bedrijven daarvoor aansprakelijk. Volgens de eisers waren werknemers van beide bedrijven direct betrokken geweest bij het geweld tegen de demonstranten, hadden de bedrijven substantiële ondersteuning geboden aan de geweldplegende politieagenten en hadden zij nagelaten in te grijpen om het geweld te voorkomen of te doen stoppen.

In 2009 slaagden de eisers erin om van de Rechtbank een beslissing tot bevriezing van vermogensbestanddelen te verkrijgen die moest voorkomen dat Monterrico zich zou ontdoen van het grootste deel van zijn vermogensbestanddelen in het Verenigd Koninkrijk.[667] In juli 2011 kwam het bedrijf een buitengerechtelijke schikking overeen met de eisers, die betaling van een (niet openbaar te maken) bedrag aan schadevergoeding aan de eisers omvatte zonder dat het bedrijf betrokkenheid bij of verantwoordelijkheid voor het incident erkende.[668]

Procedure tegen Anglo American SA inzake blootstelling aan kiezelstof in Zuid-Afrikaanse goudmijnen[669]

Sinds 2003 zijn er verschillende procedures aangebracht voor rechters in Zuid-Afrika tegen het Zuid-Afrikaanse mijnbouwbedrijf Anglo American South Africa, dochtermaatschappij van het in het Verenigd Koninkrijk gevestigde Anglo American, door (ex-)werknemers die lijden aan gezondheidsklachten als gevolg van blootstelling aan kiezelstof in Zuid-Afrikaanse goudmijnen. De eisers stellen dat zij silicose hebben opgelopen als gevolg van hun werkzaamheden in die goudmijnen, welke geëxploiteerd werden door Zuid-Afrikaanse dochtermaatschappijen van de gedaagde onderneming. Zij zijn van mening dat Anglo American South Africa aansprakelijk is voor de door hen geleden gezondheidsschade gezien het feit dat de gedaagde onderneming een controlerende invloed had op de betreffende dochtermaatschappijen en dat de veiligheidsmaatregelen die hen hadden moeten beschermen tegen dergelijke schade indertijd inadequaat waren.

In 2011 werd er door een grote groep (ex-)werknemers van (de dochtermaatschappijen van) Anglo American South Africa een civiele aansprakelijkheidsprocedure aangebracht tegen het bedrijf voor de Engelse rechter. Zij stelden dat de Engelse rechter bevoegd is om te oordelen over deze vordering aangezien de gedaagde onderneming naar hun mening woonplaats had in het Verenigd Koninkrijk omdat daar haar hoofdbestuur gelegen zou zijn. Dit was volgens de eisers het geval omdat in Londen

---

[665] Zie bijvoorbeeld: 'Procès déchets toxiques – Le déliberé fixé au 15 juillet prochain', Eventnews online 24 juni 2015, <http://www.eventnewstv.tv/default.php?link=voir_actualite&id=1028>.

[666] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/monterrico-metals-lawsuit-re-peru-0>. Zie ook: G. Skinner et al.,'The third pillar – Access to judicial remedies for human rights violations by transnational business', december 2013, <http://icar.ngo/wp-content/uploads/2013/02/The-Third-Pillar-Access-to-Judicial-Remedies-for-Human-Rights-Violation-by-Transnational-Business.pdf>, p. 93-97; Meeran 2011, p. 40-41.

[667] Vergelijk Guerrera v. Monterrico Metals Plc. and Rio Blanco Copper SA, Queen's Bench Division 16 oktober 2009, [2009] EWHC 2475 (QB), <http://www.leighday.co.uk/LeighDay/media/LeighDay/documents/Guerrero-v-Monterrico-QBD-16-10-09.pdf?ext=.pdf>.

[668] Zie bijvoorbeeld: D. Collyns, 'UK firm agrees to pay compensation to Peruvian farmers', BBC News online 20 juli 2011, <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-14227670>.

[669] Zie, in meer detail: Meeran 2011, p. 38-39.

Anglo American plc., de moedermaatschappij van Anglo American South Africa, gevestigd was en daar ook de beleidsbeslissingen genomen werden ten aanzien van de activiteiten van de gedaagde onderneming, die slechts een vehikel zou zijn via hetwelk de groep haar strategie in Zuid-Afrika implementeerde.

De rechter in eerste aanleg oordeelde echter dat het hoofdbestuur van een onderneming in de zin van de toepasselijke regels van de Brussel I-Verordening gelegen is op de plaats van haar 'operationeel centrum'. Van belang was volgens de rechter niet waar de belangrijkste beslissingen ten aanzien van haar bedrijfsactiviteiten genomen worden, onafhankelijk van of dit beslissingen zijn van de onderneming zelf, van haar moedermaatschappij of van anderen, maar waar de onderneming zelf haar taken uitvoert. Tenzij er sprake zou zijn van een juridische basis waarop de activiteiten van de ene onderneming formeel toegerekend moeten worden aan de andere onderneming, bijvoorbeeld op basis van vertegenwoordiging, was hierbij naar de mening van de rechter dus in beginsel niet relevant of er elders gevestigde ondernemingen zijn die invloed uitoefenen op de activiteiten van de gedaagde onderneming.[670]

Deze uitspraak werd in een parallelle procedure bevestigd door het Court of Appeal. Het Hof oordeelde dat het hoofdbestuur van een onderneming gelegen is op de plaats waar de onderneming, middels haar eigen organen en volgens haar eigen statutaire bepalingen, de belangrijkste beslissingen ten aanzien van haar bedrijfsactiviteiten neemt. Aangezien er geen aanwijzingen waren dat de gedaagde onderneming enige activiteit in het Verenigd Koninkrijk (of, meer algemeen: buiten Zuid-Afrika) ondernam, bekrachtigde het Hof het oordeel van de rechter in eerste aanleg dat er geen grond bestond voor rechtsmacht van de Engelse rechter.[671]

Procedure tegen Shell inzake olievervuiling in Nigeria[672]

In maart 2012 werd door een grote groep (bij aanvang van de procedure ongeveer 15.000) Nigeriaanse boeren en vissers een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure ingesteld voor het Engelse High Court in verband met twee gevallen van olielekkage in 2008 nabij het dorp Bodo in de Nigeriaanse Nigerdelta. De eisers stelden zowel de Nederlands/Engelse moedermaatschappij van het Shell-concern als haar Nigeriaanse dochtermaatschappij Shell Petroleum Development Company of Nigeria (SPDC) aansprakelijk voor de door deze olielekkages veroorzaakte schade aan hun gezondheid, hun gronden en hun mogelijkheden tot voorzien in het eigen levensonderhoud. Volgens de eisers waren de lekkages het gevolg van het feit dat de door Shell geëxploiteerde oliepijpleidingen oud en slecht onderhouden waren en had Shell te langzaam gereageerd op meldingen van de lekkages. Ze vorderden vergoeding van de als gevolg van de lekkages geleden schade en opruiming van de vervuiling.

In augustus 2011, aan de vooravond van de publicatie van een rapport van de UNEP over olievervuiling in de Nigerdelta, liet SPDC weten dat het bereid was verantwoordelijkheid te nemen voor de twee olielekkages en compensatie te betalen voor de geleden schade, op voorwaarde dat de vorderingen tegen de moedermaatschappij zouden komen te vervallen.[673] De partijen kwamen tot een overeenkomst dat SPDC formeel aansprakelijkheid zou accepteren en dat het zich zo nodig zou onderwerpen aan de rechtsmacht van de Engelse rechter, hetgeen het mogelijk maakte voor de eisers om eventueel

---

670 *Vava & ors v Anglo American South Africa Limited; Young v Anglo American South Africa Limited & ors*, High Court of Justice Queen's Bench Division 24 juli 2013, 2013 *WL* 3810947, par. 71-72, 76.

671 *Young v Anglo American South Africa Limited & ors*, Court of Appeal (Civil Division) 31 juli 2014, [2014] EWCA Civ 1130.

672 Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/shell-lawsuit-re-oil-spills-bodo-community-in-nigeria>.

673 Zie bijvoorbeeld: M.D. Goldhaber, 'The global lawyer: Alien tort, Alien shmort', The AM Law Daily online 2 september 2011, <http://amlawdaily.typepad.com/amlawdaily/2011/09/the-global-lawyer-alien-tort-alien-shmort-.html>.

vorderingen aan te brengen tegen de Nigeriaanse dochtermaatschappij voor het High Court in Londen. De partijen traden met elkaar in onderhandeling over de door SPDC te betalen schadevergoeding en te verrichten opruimwerkzaamheden. Dit leidde echter niet tot een buitengerechtelijke schikking, omdat de partijen het niet eens konden worden over de hoeveelheid gelekte olie en dus over de omvang van de te betalen schadevergoeding.[674]

Als gevolg van deze gebeurtenissen werd in september 2013 de civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen SPDC voortgezet voor de Engelse rechter. In juni 2014 kwam de Rechtbank in een uitvoerig gedocumenteerde en gemotiveerde uitspraak tot een aantal (tussen)conclusies over de aansprakelijkheid van SPDC. Uitgangspunt daarbij was dat naar Nigeriaans recht, meer specifiek verschillende *common law torts*, waaronder *negligence*, en de Nigeriaanse Oil Pipelines Act 1956, zou moeten worden vastgesteld of en in hoeverre de dochtermaatschappij aansprakelijk is voor de door de eisers geleden schade. De Rechtbank bepaalde onder meer dat SPDC op grond van de Nigeriaanse Oil Pipelines Act 1956 aansprakelijk gehouden zou kunnen worden voor de schade veroorzaakt door de olielekkages, in beginsel ook als de schade het gevolg zou blijken te zijn van een nalaten om de pijpleiding te beschermen tegen voorzienbare beschadiging daarvan door derden die de pijpleiding saboteren voor oliediefstal.[675]

In november 2014 werd in de media bericht dat uit documenten die in het kader van de procedure voor de Rechtbank gebracht waren, zou blijken dat Shell bekend zou zijn geweest met de deplorabele staat van de betreffende oliepijpleiding en het daarmee samenhangende risico op olielekkages, alsook met het feit dat de omvang van de lekkages groter was dan door het bedrijf gesteld.[676] In januari 2015, een paar maanden voordat de Rechtbank volgens de planning op basis van het geproduceerde feitenmateriaal verder zou gaan met een nadere inhoudelijke beoordeling van de vorderingen, kwamen de partijen tot een buitengerechtelijke schikking. Deze hield in dat SPDC in totaal 55 miljoen pond – 35 miljoen voor de individuele eisers en nog eens 20 miljoen voor de Bodo-gemeenschap als geheel – zou betalen. Los van deze schikking zegde de lokale dochtermaatschappij toe in de maanden daarna te zullen beginnen met het opruimen van de olie in het getroffen gebied.[677]

Procedure tegen African Barrick Gold inzake politiegeweld in Tanzania[678]

In maart 2013 werd door een groep van 12 Tanzanianen een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure ingesteld tegen de Engelse goudproducent African Barrick Gold plc en haar Tanzaniaanse dochtermaatschappij wegens hun beweerdelijke betrokkenheid bij politiegeweld tegen omwonenden van van de North Mara goudmijn in Tanzania. Deze mijn werd geëxploiteerd door Northmara Gold Mine Ltd., in samenwerking met dan wel onder leiding van haar Engelse moedermaatschappij. Volgens de eisers waren de beide bedrijven (mede-)verantwoordelijk voor de doden en gewonden die gevallen zouden zijn als gevolg van geweld dat door de Tanzaniaanse politie en lokale beveiligers gebruikt zou zijn tegen de omwonenden naar aanleiding van ongeregeldheden bi

[674] Zie bijvoorbeeld: 'History of the Bodo litigation', website Leigh Day, <https://www.leighday.co.uk/International-and-group-claims/Nigeria/History-of-the-Bodo-litigation>.

[675] The Bodo community and others v The Shell Petroleum Company of Nigeria Limited, High Court of Justice Queen's Bench Division Technology and Construction Court 20 juni 2014, [2014] EWHC 1973 (TCC), in het bijzonder ook par. 70-93 (waarin ook één van de uitspraken van de Rechtbank Den Haag in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak wordt aangehaald).

[676] Zie bijvoorbeeld: J. Vidal, 'Shell ignored internal warnings over Nigeria oil spills, documents suggest', The Guardian online 13 november 2014, <http://www.theguardian.com/global-development/2014/nov/13/shell-nigeria-oil-spills-amnesty-international>.

[677] Zie bijvoorbeeld: J. Vidal, 'Shell announces £ 55 million payout for Nigeria oil spills', The Guardian online 7 januari 2015, <http://www.theguardian.com/environment/2015/jan/07/shell-announces-55m-payout-for-nigeria-oil-spills>.

[678] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/african-barrick-gold-lawsuit-re-tanzania>.

de mijn. De gedaagde ondernemingen zouden ten onrechte nagelaten hebben dit geweld te voorkomen. De eisers vorderden vergoeding van de door hen (of hun rechtsvoorganger) in verband hiermee geleden letsel- en vermogensschade en baseren hun vorderingen op verschillende *torts*, waaronder *negligence*.[679]

In juli 2013 entameerde het Tanzaniaanse dochterbedrijf een procedure voor de Tanzaniaanse rechter, waarin het een verklaring voor recht vorderde dat het bedrijf niet aansprakelijk was voor de handelingen van de politie. Het Londense High Court, waar de eerder aangebrachte Engelse procedure aanhangig was, vaardigde vervolgens op verzoek van de eisers een rechterlijk bevel uit dat de gedaagde bedrijven verbood om in Tanzania een procedure aanhangig te maken die zag op een geschil dat reeds aan de Engelse rechter was voorgelegd.[680] In november 2014 kondigden de advocaten van de eisers aan dat zij van plan waren om de Engelse rechter te verzoeken om African Barrick Gold te verplichten tot het openbaarmaken van relevante interne documenten en dat zij verdere stappen wilden zetten richting de fase waarin het geschil inhoudelijk beoordeeld zou worden. Begin 2015 werd er door African Barrick Gold (inmiddels: ACACIA Mining plc) en dochtermaatschappij Northmara Gold Mine Ltd een buitengerechtelijke schikking getroffen met de eisers. Er is niet bekend hoeveel van de benadeelden schadevergoeding hebben ontvangen of om hoeveel geld het gaat.[681]

Procedure tegen Tate & Lyle en T&L Sugars inzake profiteren van landroof in Cambodja[682]

In maart 2013 werd door een groep van 200 Cambodjanen een civiele procedure aanhangig gemaakt voor het Engelse High Court tegen de in het Verenigd Koninkrijk hoofdkantoor houdende voedselwarenproducenten Tate & Lyle en T&L Sugars Ltd. wegens het vermeend profiteren door deze bedrijven van landroof in Cambodja. De bedrijven werden beschuldigd van het afnemen van suikerproducten van (het Thaise bedrijf dat eigenaar is van) twee lokale Cambodjaanse suikerplantages in de wetenschap dat er aanwijzingen zouden zijn dat deze het land waarop zij die suiker verbouwden op onrechtmatige wijze verkregen zouden hebben. De eisers stelden dat zij de rechtmatige eigenaars waren van het land waarop de suiker verbouwd werd en dus ook van de producten die van dat land kwamen. Op grond daarvan vorderden zij compensatie voor de opbrengsten uit de verkoop daarvan.[683] Behandeling van de procedure had in oktober 2014 van start moeten gaan, maar dit werd uitgesteld naar voorjaar 2015 omdat de vertegenwoordiging van de eisers werd overgenomen door een ander advocatenkantoor.[684] Een mogelijke verklaring voor het feit dat er sindsdien geen berichtgeving is geweest over de zaak zou kunnen zijn dat de procedure is opgeschort hangende onderhandelingen tussen de partijen over een buitengerechtelijke schikking.[685]

---

679 Vergelijk de weergave van het verloop van de procedure in Kesabo v African Barrick Gold Plc, Queen's Bench Division 23 oktober 2013, [2013] EWHC 3198 (QB).

680 Vergelijk de weergave van het verloop van de procedure in Kesabo v African Barrick Gold Plc, Queen's Bench Division 3 december 2013, [2013] EWHC 4045 (QB).

681 Zie bijvoorbeeld: J. Vidal, 'British gold mining firm agrees settlement over deaths of Tanzanian villagers', The Guardian online 10 februari 2015, <http://www.theguardian.com/environment/2015/feb/10/british-gold-mining-settlement-deaths-tanzanian-villagers>.

682 Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/koh-kong-sugar-plantation-lawsuits-re-cambodia>.

683 Zie bijvoorbeeld: K. Naren, Z. Peter, 'Evictees reject latest offer from UK sugar firm', The Cambodia Daily online 10 juni 2014, <https://www.cambodiadaily.com/archives/evictees-reject-latest-settlement-offer-from-uk-sugar-firm-60869>.

684 Zie Z. Peter, 'Lawyer swap delays 'blood sugar' trial in UK', *The Cambodia Daily* online 16 oktober 2014, <https://www.cambodiadaily.com/news/lawyer-swap-delays-blood-sugar-trial-in-uk-69998/>.

685 Vgl. 'Did the Cambodian sugar case settle?', Corporate war crimes-website, <http://corporatewarcrimes.com/2015/05/01/did-the-cambodian-sugar-case-settle/>.

Procedure tegen Vedanta Resources inzake milieuvervuiling in Zambia[686]

In juli 2015 werd door een groep van zo'n 1800 Zambiaanse dorpelingen een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure ingesteld tegen het in het Verenigd Koninkrijk gevestigde mijnbedrijf Vedanta Resources Plc. en haar Zambiaanse dochtermaatschappij Konkola Copper Mines. Aanleiding voor de claims was de beweerdelijke vervuiling van de waterbronnen en landbouwgronden van de eisers als gevolg van de kopermijnbouwactiviteiten van de gedaagde ondernemingen in Zambia. De eisers stelden dat zij gezondheidsklachten hadden die een gevolg zouden zijn van het vervuilde water en verder dat hun primaire inkomstenbron, veeteelt en visserij, zwaar te lijden had onder de vervuiling. Volgens hun advocaten werd er in 2004, het jaar dat Vedanta Resources een meerderheidsaandeel kreeg in Konkola Copper Mines, als gevolg van de kopermijnbouwactiviteiten van de gedaagde ondernemingen continue zwavelzuur en andere giftige chemicaliën gelekt naar de rivieren, stroompjes en de landbouwgrond in het gebied waar de eisers wonen en werken.[687]

Procedure tegen Tonkili Iron Ore inzake mensenrechtenschendingen in Sierra Leone

In december 2015 werd door een groep van 142 eisers uit Sierra Leone, hoofdzakelijk kleine boeren en handelaren, een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure ingesteld tegen het in het Verenigd Koninkrijk gevestigde mijnbedrijf Tonkolili Iron Ore Ltd. Aanleiding voor de claims was de beweerdelijke betrokkenheid van de onderneming bij mensenrechtenschendingen door de lokale politie tegen arbeiders en omwonenden van één van haar mijnen in Sierra Leone. Het ging daarbij onder meer om wederrechtelijke vrijheidsbeneming, mishandeling, diefstal en een dodelijk schietincident tijdens protesten over arbeidsomstandigheden en lonen in 2012. De gedaagde onderneming ontkende aansprakelijkheid voor de incidenten en stelde dat de Engelse rechter geen rechtsmacht heeft over claims die betrekking hebben op gebeurtenissen in Sierra Leone.[688]

3.5.3 Verplichtingen van bestuurders en commissarissen van Engelse vennootschappen in het kader van (I)MVO en de rol van corporate governance

Voor de beantwoording van de vraag of bestuurders van Engelse ondernemingen naar Engels recht verplicht zijn om (I)MVO-gerelateerde belangen bij de uitoefening van hun taak te betrekken, is het noodzakelijk om eerst kort stil te staan bij enkele kernbegrippen uit het Engelse ondernemingsrecht. Dit bestaat uit regels met betrekking tot *companies* die grotendeels tot stand zijn gekomen op grond van de Companies Act 2006.[689] De Companies Act 2006 is zonder meer de belangrijkste bron van wetgeving op het gebied van het Engelse ondernemingsrecht.[690] Daarnaast kan nog worden gewezen op verscheidene specifieke *statutes* en daarop gebaseerde secundaire regelgeving, met name op het gebied van het financiële recht.[691] Het commune rechtersrecht, de *common law*, is ook van belang voor de ontwikkeling van het Engelse ondernemingsrecht, in het bijzonder ten aanzien van *directors' duties*.[692] In de Companies Act 2006 zijn verschillende soorten *companies* geregeld; deze worden

[686] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/vedanta-resources-lawsuit-re-zambia>.

[687] Zie bijvoorbeeld: "Rivers of acid' in Zambian villages', *BBC News* online, 8 september 2015, <http://www.bbc.com/news/world-africa-34173746>; 'Zambian communities sue copper mining giant in English High Court', *Leigh Day* website, 2 augustus 2015, <http://www.leighday.co.uk/News/2015/August-2015/Zambian-communities-sue-copper-mining-giant-in-Eng>.

[688] Zie bijvoorbeeld: 'Legal action begins at High Court over allegations of abuses in Sierra Leone', *Lexology* online 1 december 2015, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6bc83369-0060-4ddb-803c-b5eb06f388a4>.

[689] S. 1 Companies Act 2006.

[690] Gower & Davies 2012, p. 57.

[691] *Id.*, p. 58-62.

[692] *Id.*, p. 62-63.

'*registered companies*' genoemd (hierna ook: company of companies).[693] In 2014 waren er 1.510.770 Britse companies actief.[694]

Registered companies kunnen *limited liability companies* of *unlimited liability companies* zijn[695]; bij een *limited company* is sprake van beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouders. Ook kan worden onderscheiden tussen *public* en *private companies*.[696] De aandelen in deze companies worden gehouden door de *members* of aandeelhouders.[697] De aandelen van *public companies* mogen, in tegenstelling tot de aandelen van *private companies*, worden uitgegeven aan het publiek en zijn zonder beperkingen verhandelbaar.[698] Companies worden bestuurd door de *board of directors*.[699] Het Engelse recht kent een *one-tier board* systeem met *executive* (uitvoerende) en *non-executive* (toezichthoudende) *directors*. *Non-executive directors* zijn in het traditionele Nederlandse *two-tier board* systeem vergelijkbaar met commissarissen in het Nederlandse vennootschapsrecht; het verschil is dat deze bestuurders naar Engels recht onderdeel zijn van hetzelfde orgaan als de *executive directors*.[700] Sinds 1 januari 2013 bestaat ook in Nederland de mogelijkheid om een *one-tier board* in te stellen met uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders.[701]

De verplichtingen die *directors* bij de uitoefening van hun taak in acht moeten nemen, worden *directors' duties* genoemd; deze zijn zowel op *executive directors* als op *non-executive directors* van toepassing.[702] De *directors' duties* vinden hun oorsprong in de *common law* en *equity*[703], maar zijn inmiddels gecodificeerd in Chapter 2 van de Companies Act 2006.[704] De meeste *directors' duties* zijn gebaseerd op de gedachte dat bestuurders in een fiduciaire verhouding staan in relatie tot de company, waarin noties als *loyalty* en *honesty* centraal staan.[705] Zij gelden dan ook in beginsel alleen in de verhouding tussen de bestuurder en de company.[706] De remedies in het geval van schending van dergelijke verplichtingen kunnen alleen worden ingeroepen door de company of door de aandeelhouders namens de company. Derden kunnen zich in principe niet beroepen op fiduciaire verplichtingen omdat de bestuurders ten opzichte van hen niet in een fiduciaire verhouding staan.[707] Dat neemt evenwel niet weg dat op bestuurders verplichtingen jegens derden kunnen rusten die voortvloeien uit onrechtmatige daad (*tort*) of overeenkomst (*contract*).

---

693 *Id.*, p. 14 e.v.

694 Deze cijfers zijn afkomstig van het Department of Business, Innovation and Skills, zie <https://www.gov.uk/government/statistics/business-population-estimates-2014>.

695 S. 3 Companies Act 2006.

696 S. 4 Companies Act 2006.

697 S. 112 Companies Act 2006.

698 Gower & Davies 2012, p. 14.

699 *Id.*, p. 48 e.v.

700 Zie Goodison 2013, nr. 3.51.

701 Vgl. art. 2:129a BW voor de NV en art. 2:239a BW voor de BV.

702 Zie Goodison 2013, nr. 3.54.

703 Van oudsher dienen *equitable principles* in het Engelse recht om de starre *common law* aan te vullen, te ondersteunen of, desnoods te corrigeren. Zie uitvoerig: Zwalve 2008, p. 48-49; Zweigert & Kötz 1998, p.187-191.

704 S. 170-177 Companies Act 2006.

705 Zie over de aard en oorsprong van *fiduciary duties* alsmede het verschil met andersoortige verplichtingen: Arnold 2013, nr. 10.08 e.v.

706 Zie Dillon LJ in *Multinational Gas and Petrochemical Co Ltd v Multinational Gas and Petrochemical Services Ltd* [1983] Ch 258 (CA), p. 288: *"The directors indeed stand in a fiduciary relationship to the company, as they are appointed to manage the affairs of the company and they owe fiduciary duties to the company though not to the creditors, present or future, or to individual shareholders"*. Zie ook: Arnold 2013, nr. 10.23.

707 Vgl. Moore 2013, p. 874-875.

Relevante (I)MVO- gerelateerde normen

Bij de beantwoording van de vraag of bestuurders onder omstandigheden verplicht zijn om de belangen van IMVO-stakeholders bij de uitoefening van hun taak te betrekken, kan in de eerste plaats worden gewezen op de verplichting voor bestuurders '*to promote the success of the company*' die neergelegd is in s. 172 Companies Act 2006. Rondom de behandeling van de nieuwe Companies Act omstreeks 2000 heeft het parlement uitvoerig gedebatteerd over de inhoud en reikwijdte van deze verplichting.[708] De vraag die ten grondslag lag aan deze discussie was of de wet gebaseerd zou moeten worden op een *shareholder*-model of op een *stakeholder*-model.[709] Op advies van de Company Law Review Steering Group is uiteindelijk voor een benadering gekozen waarin bij het bepalen van het belang van een onderneming het aandeelhoudersbelang voorop staat, maar daarnaast rekening moet worden gehouden houden met externe belangen: de zogenaamde *'enlightened shareholder value approach'*.[710]

Deze gedachte komt in het bijzonder tot uitdrukking in s. 172.[711] De bepaling luidt, voor zover hier relevant, als volgt:

> *(1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to—*
> *(a) the likely consequences of any decision in the long term,*
> *(b) the interests of the company's employees,*
> *(c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,*
> *(d) the impact of the company's operations on the community and the environment,*
> *(e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and*
> *(f) the need to act fairly as between members of the company.*

Het uitgangspunt is dus dat bestuurders zich bij het nemen van zakelijke beslissingen dienen te richten naar het belang van de aandeelhouders als geheel.[712] Daarbij dient echter rekening te worden gehouden met diverse externe belangen, zoals de impact van operationele activiteiten op de samenleving en het milieu.

De bepaling oogt vérstrekkend, maar heeft in de praktijk een beperkt bereik.[713] Het aandeelhoudersbelang wordt nadrukkelijk boven andere belangen geplaatst. Externe belangen hoeven bovendien slechts meegewogen te worden als dat op de lange termijn het succes van de company bevordert en dus in het belang van de aandeelhouders als geheel is.[714] In de literatuur is verdedigd dat het ook op de korte termijn in het belang van de company kan zijn om de belangen van IMVO-stakeholders in de overwegingen te betrekken, bijvoorbeeld om boetes of claims te voorkomen op grond

---

[708] Gower & Davies 2012, p. 540-541. Zie voor een overzicht van de verschillende opvattingen: Mayson, French & Ryan 2014, p. 29-31.

[709] Mayson, French & Ryan 2014, p. 29.

[710] Zie het rapport *Modern Company Law for a Competitive Economy: Developing the Framework* (URN 00/656), London: DTI 2000, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121029131934/http:/www.berr.gov.uk/whatwedo/businesslaw/co-act-2006/clr-review/page25086.html >, par. 2.11.

[711] Explanatory Notes Companies Act 2006, nr. 325; Gower & Davies 2012, p. 542. Zie over de verhouding tussen de *duty to promote the success of the company* en het Nederlandse begrip vennootschappelijk belang: Verdam 2013.

[712] Hieruit volgt bijvoorbeeld dat als een *director* het belang van minderheidsaandeelhouders veronachtzaamd, hij mogelijk in strijd met zijn *duty to promote the success of the company* handelt.

[713] Zie Moore 2013, p. 934-935.

[714] Gower & Davies 2012, p. 542.

van schending van milieuwetgeving.[715] Maar het uitgangspunt blijft dus dat deze externe belangen alleen dan een rol spelen voor zover dat in het belang van de onderneming is. Het beperkte bereik van s. 172 blijkt daarnaast ook uit de handhavingsmogelijkheden ervan; de bepaling kan in beginsel slechts door de company zelf of door de aandeelhouders middels een *derivative claim* worden ingeroepen.

Verder kan voor beantwoording van de vraag of bestuurders van Engelse ondernemingen onder omstandigheden verplicht zijn om de belangen van IMVO-stakeholders bij de uitoefening van hun taak te betrekken, gekeken worden naar de instrumenten op het gebied van corporate governance binnen het Engelse ondernemingsrecht. De meest gezaghebbende documenten op dit gebied zijn de UK Corporate Governance Code en de UK Stewardship Code.[716] De UK Stewardship Code geeft *good practices* op het gebied van corporate governance voor institutionele beleggers. De UK Corporate Governance Code bevat *good practices* voor beursgenoteerde ondernemingen ten aanzien van bijvoorbeeld het leiderschap van het bestuur, beloningsbeleid, *accountability* en verhoudingen met aandeelhouders. Ondernemingen met een notering aan een beurs in het Verenigd Koninkrijk zijn verplicht in hun externe verslaglegging te rapporteren ten aanzien van de naleving van de code, op basis van het '*comply or explain*'-principe.

De UK Corporate Governance Code en de UK Stewardship Code benoemen niet expliciet op welke wijze het bestuur (I)MVO bij zijn taak dient te betrekken. In de *supporting principles* van de UK Corporate Governance Code is wel opgenomen dat *"[t]he board should set the company's values and standards and ensure that its obligations to its shareholders and others are understood and met*".[717] Deze bepaling ziet echter hoofdzakelijk op de verplichtingen jegens de direct bij de onderneming betrokken ('interne') stakeholder. De bestuurders zijn verder verantwoordelijk voor de adequate werking van de risicobeheersings- en interne controlesystemen.[718] Deze verantwoordelijkheid heeft in zoverre betrekking op (I)MVO dat de verwezenlijking van (I)MVO-gerelateerde risico's aanzienlijke financiële consequenties voor de onderneming kan hebben en bovendien de reputatie aanzienlijk kan schaden en dus onder omstandigheden als een te beheersen ondernemingsrisico gezien zouden kunnen worden.

Bestuurders van companies zijn verplicht om een jaarrekening (*annual account*), een strategisch rapport (*strategic report*) en een bestuursverslag (*directors' report*) op te stellen.[719] Het *strategic report* is in 2013 ingevoerd ter implementatie van de Richtlijn 2013/34/EU.[720] Het doel van het *strategic report* is om de aandeelhouders te informeren en hen in staat te stellen om te beoordelen in hoeverre bestuurders hebben voldaan aan hun verplichting om het ondernemingsbelang te bevorderen in de zin van s. 172 Companies Act 2006.[721] Companies die een *strategic report* moeten opstellen zijn verplicht daarin niet alleen te rapporteren over financiële prestatie-indicatoren maar ook, waar van toepassing, over niet-financiële prestatie-indicatoren die relevant zijn voor een goed begrip van de ontwikkeling, de prestaties en de positie van de onderneming. Deze niet-financiële prestatie-indicatoren omvatten onder meer informatie met betrekking tot milieukwesties en werknemerskwesties.[722]

---

[715] Arnold & Haywood 2013, nr. 12.37.

[716] De codes zijn te vinden op de website van de Financial Reporting Council: <https://www.frc.org.uk/Our-Work/Codes-Standards/Corporate-governance.aspx>.

[717] A.1. Supporting Principles, *UK Corporate Governance Code*.

[718] C.2. *UK Corporate Governance Code.*

[719] *Small companies* hoeven in beginsel geen *strategic report* op te stellen (s. 414A (2) Companies Act 2006 jo. 777(2) Companies Act 2006).

[720] Het gemaakte onderscheid dient ter implementatie van art. 19 Richtlijn 2013/34/EU. Het *strategic report* bevat de informatie als bedoeld in art. 19 lid 1 van de Richtlijn. Het *directors' report* bevat de informatie als bedoeld in art. 19 lid 2.

[721] Mayson, French & Ryan 2014, p. 270.

[722] S. 414(C) (4) Companies Act 2006.

Voor beursgenoteerde ondernemingen geldt een aanvullende verplichting. Zij moeten ingevolge s. 414C (7)(b) Companies Act 2006, voor zover dat nodig is voor een goed begrip van de ontwikkeling, de prestaties en de positie van de onderneming, informatie verschaffen over een breder palet aan (I)MVO-gerelateerde kwesties. Het gaat daarbij om informatie betreffende: "*(a) environmental matters (including the impact of the company's business on the environment); (b) the company's employees; and (c) social, community and human rights issues*". Deze informatie omvat mede "*information about any policies of the company in relation to those matters and the effectiveness of those policies*".[723] Bevat het *strategic report* geen informatie over (elk van) deze kwesties, dan moet vermeld worden ten aanzien van welke kwesties geen informatie is opgenomen.[724] Verder moet in het *directors' report* verslag worden uitgebracht over een aantal specifieke aspecten van (I)MVO. In het bijzonder kan worden gewezen op de verplichting om informatie te verschaffen over de emissie van broeikasgassen.[725]

Een interessante bepaling met betrekking tot transparantie van Engelse ondernemingen over (I)MVO-gerelateerde kwesties is voorts te vinden in de recent aangenomen Modern Slavery Act 2015, die op 29 oktober 2015 in werking is getreden. In artikel 54 van deze wet is een verplichting opgenomen voor commerciële organisaties om ieder boekjaar publiekelijk een verklaring af te leggen over de maatregelen die zijn getroffen teneinde te voorkomen dat binnen de eigen onderneming of in de productieketen (*supply chain*) van de onderneming moderne slavernij plaatsvindt.[726] De commerciële organisaties waarop de wet betrekking heeft zijn ondernemingen die goederen of diensten verlenen, bedrijfsactiviteiten ondernemen in het Verenigd Koninkrijk en een wereldwijde omzet hebben van 36 miljoen pond of meer. Het gaat daarbij om zowel Britse ondernemingen, als om alle ondernemingen waar dan ook statutair gevestigd die hun bedrijf (deels) uitoefenen in het Verenigd Koninkrijk.[727] Onder moderne slavernij worden onder meer verstaan slavernij, lijfeigenheid, dwangarbeid en mensenhandel.[728]

De verklaring kan onder meer informatie bevatten over (1) de structuur van de onderneming en de *supply chains*, (2) de interne beleidsrichtlijnen ten aanzien van moderne slavernij, (3) de aanwezigheid van *due diligence* procedures, (4) plaatsen binnen de onderneming en de *supply chain* waar het risico op moderne slavernij aanwezig is en de voorzorgsmaatregelen die daar zijn getroffen, (5) de effectiviteit van het beleid en, tot slot, (6) de educatie van personeel ten aanzien van moderne slavernij.[729] De transparantieverplichting is een *comply or explain*-verplichting, wat inhoudt dat een verklaring dat de onderneming geen stappen onderneemt om moderne slavernij ook volstaat. Het is echter goed mogelijk, zo is de gedachte achter de regeling, dat ondernemingen die in vergelijking met hun concurrenten weinig of niets doen om moderne slavernij te voorkomen bij hun eigen activiteiten of in de productieketen, in een slecht daglicht komen te staan bij investeerders, ngo's en consumenten.[730] Van

---

[723] Aanvankelijk was in s. 417 Companies Act 2006 de verplichting voor bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen neergelegd om in het *director's report* over MVO te rapporteren. Inmiddels is s. 417 ingetrokken en moet het bestuur van een beursgenoteerde onderneming niet in het *director's report*, maar in het *strategic report* rapporteren over MVO, zie 414C (7)(b) Companies Act 2006. De verplichting tot rapportage over 'human rights issues' is in 2013 expliciet aan deze bepaling toegevoegd: SI 2013, no 1970.

[724] S. 414C (7)(b) Companies Act 2006, laatste zinsnede.

[725] Statutory Instrument 2008/410, sch 7, para 15(1), (2) en (3).

[726] Art. 54 (1)-(4) Modern Slavery Act 2015.

[727] Art. 54 (12) Modern Slavery Act 2015.

[728] Zie nader: 'Transparency in supply chains etc. – A practical guide', <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/471996/Transparency_in_Supply_Chains_etc__A_practical_guide__final_.pdf>.

[729] Art. 54 (5) Modern Slavery Act 2015.

[730] Zie nader: 'Transparency in supply chains etc. – A practical guide', <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/471996/Transparency_in_Supply_Chains_etc__A_practical_guide__final_.pdf>. Zie ook: S. Gibbons, 'A few questions and answers about the Modern Slavery Act', Ergon Associates online (12 april 2015), <http://ergonassociates.net/?p=1161&option=com_wordpress&Itemid=161>.

belang is tot slot dat de verklaring goedgekeurd moet worden door de raad van bestuur en ondertekend moet worden door een bestuurder.[731] Als de onderneming een website heeft, dient zij de verklaring op haar website te publiceren.[732] Opgemerkt dient te worden dat het voor de verplichtingen van artikel 54 MSA ook volstaat om op de website te publiceren dat de onderneming geen stappen heeft ondernomen; het gaat immers om het opnemen van de verklaring en niet om de actie zelf.

Waar het gaat om de activiteiten van Engelse ondernemingen in concernverband rijst tot slot nog de vraag in hoeverre op moedervennootschappen van (multinationale) concerns een verplichting rust om toe te zien op het feit dat hun dochtervennootschappen voorschriften van (I)MVO in acht nemen bij hun activiteiten. Treedt de moeder op als formeel bestuurder van de dochter, dan rusten op haar in beginsel dezelfde verplichtingen als op de andere bestuurders van de dochter.[733] Daarnaast is van belang dat naar Engels ondernemingsrecht de algemene verplichtingen voor bestuurders ook gelden voor zgn. '*shadow directors*'.[734] Een *shadow director* is een persoon wiens aanwijzingen en instructies gewoonlijk worden opgevolgd door de formele bestuurders van de company; onder omstandigheden zou dit de aandeelhouder / moedermaatschappij van de company kunnen zijn.[735] In s. 251(3) Companies Act 2006 wordt echter bepaald dat moedermaatschappijen in beginsel niet als *shadow directors* kunnen worden aangemerkt.[736] Deze bepaling geeft uitdrukking aan de gedachte dat op moedervennootschappen in beginsel geen fiduciaire verplichtingen of *duties of care* rusten ten opzichte van hun dochtervennootschappen.[737] Dat zou namelijk, zo is de gedachte hierachter, resulteren in een niet te rechtvaardigen inbreuk op het beginsel van gescheiden rechtspersoonlijkheid binnen het concern.[738]

Naar Engels recht geldt dus, net als in de andere hier onderzochte landen, dat de moedermaatschappij van een concern in beginsel niet verantwoordelijk is voor de schulden of de activiteiten van haar dochtermaatschappijen.[739] Dit wil niet zeggen dat er helemaal geen verplichtingen bestaan naar Engels recht van moedermaatschappijen jegens hun dochtermaatschappijen die mogelijk relevant zouden kunnen zijn in de IMVO-context. Het bestuur van een company is, zoals hierboven beschreven, onder meer verplicht om de jaarrekening, een *strategic report* en een *directors' report* op te stellen. Moedermaatschappijen zijn daarbij niet alleen verplicht tot het opstellen van een eigen jaarrekening, maar ook tot het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening.[740] Als een moedermaatschappij ten aanzien van de groepsmaatschappijen een geconsolideerde jaarrekening opstelt, dan dienen het *strategic report* en het *directors' report* ook in geconsolideerde vorm te worden opgemaakt met betrekking tot de kwesties die in de geconsolideerde jaarrekening zijn meegenomen. Daaruit volgt dat beursgenoteerde moedermaatschappijen in deze verslagen ingevolge s. 414C (7)(b) Companies Act 2006 tevens moet rapporteren over het bredere palet van (I)MVO-gerelateerde kwesties die betrekking hebben op de activiteiten van hun dochtermaatschappijen.

---

[731] Art. 54 (6) Modern Slavery Act 2015.
[732] Art. 54 (7) Modern Slavery Act 2015.
[733] Vgl. bijvoorbeeld Vandekerckhove 2007, p. 68.
[734] S. 170 (5) Companies Act 2006.
[735] S. 250 (1) Companies Act 2006. Deze figuur doet enigszins denken aan het begrip feitelijk leidinggevende, zoals dat in art. 2:138/2:248 BW wordt gebezigd.
[736] S. 251 (3) Companies Act 2006 luidt: "*A body corporate is not to be regarded as a shadow director of any of its subsidiary companies for the purposes of – Chapter 2 (general duties of directors) (…) by reason only that the directors of the subsidiary are accustomed to act in accordance with its directions or instructions.*"
[737] Op dit beginsel bestaan uitzonderingen; zie par. 3.5.4.
[738] Goodison 2013, nr. 3.37 en 3.38.
[739] Zie reeds (en nog steeds): *Salomon v. A. Salomon & Co.*) [1897] AC 22 (HL).
[740] S. 399 (2) Companies Act 2006.

Handhavingsmechanismen

De vraag is welke mogelijkheden het Engelse ondernemingsrecht biedt voor typische IMVO-stakeholders – slachtoffers van mens en milieu gerelateerde normschendingen en ngo's – om IMVO-gerelateerde ondernemingsrechtelijke verplichtingen voor bestuurders van Engelse companies af te dwingen. De rol van de 'activistische IMVO-aandeelhouder' blijft daarbij grotendeels op de achtergrond.

Bestuurders van een company kunnen aansprakelijk zijn als zij één van de in de Companies Act 2006 genoemde *directors' duties* schenden. In beginsel kan alleen de company ageren tegen een beweerdelijke schending van *directors' duties*.[741] Hieruit volgt dat IMVO-stakeholders de op grond van s. 172 Companies Act 2006 bestaande verplichting voor bestuurders om bij het bepalen van het belang van de company overwegingen te betrekken die zien op de "[…] *impact of the company's operations on the community and the environment*", niet rechtstreeks kunnen handhaven.[742] Zij kunnen in beginsel noch jegens de bestuurders noch jegens de company een vordering instellen op grond van *breach of fiduciary duty*. Dat betekent op zich niet dat het geheel uitgesloten is dat IMVO-stakeholders schadevergoeding kunnen vorderen voor de nadelige gevolgen van de activiteiten van een Engelse onderneming op hun mens- en milieugerelateerde belangen. Een dergelijke vordering, ongeacht of deze wordt ingesteld tegen een bestuurder of tegen de company, dient echter niet te worden gebaseerd op de schending van een *directors' duty*, maar op de algemene regels van het Engelse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (zie nader par. 3.5.4).[743]

Aandeelhouders hebben onder omstandigheden wel de bevoegdheid om een *derivative claim* in te stellen "*in respect of a cause of action vested in the company, and seeking relief on behalf of the company*."[744] Deze bevoegdheid komt een aandeelhouder slechts toe ter zake van vorderingen die voortvloeien uit een doen of nalaten waarbij sprake is van "*negligence, default, breach of duty or breach of trust*" door een bestuurder jegens de company.[745] Een *derivative claim* wordt dus weliswaar door de aandeelhouders ingesteld, maar wel namens de company. Aangezien het niet vaak gebeurt dat de company zelf een op *breach of duty* gebaseerde claim zal instellen, wordt de *derivative claim* als de enige realistische mogelijkheid gezien voor de handhaving van *directors' duties*, zoals de verplichting tot het meewegen van IMVO-gerelateerde belangen.[746] Aangezien de wetgever ervoor heeft gekozen om de remedies, in tegenstelling tot de *director duties* zelf, niet te codificeren in de Companies Act 2006, vloeit de remedie waarmee een schending van deze verplichting kan worden hersteld voort uit de *common law*.[747] In de meeste gevallen zal een *breach of duty* met zich brengen dat de bestuurder is gehouden tot het compenseren van schade of het terugbetalen van door hem opgestreken winst, maar andere remedies zijn denkbaar.[748]

Uit de rechtspraak komt naar voren dat s. 172 Companies Act ook geen ruimte biedt voor indirecte handhaving door IMVO-stakeholders. Door de actiegroep People and Planet werd in een bestuursrechtelijke procedure het beleid ter discussie gesteld dat de Britse overheid (HM Treasury) gevoerd had ten aanzien van de Royal Bank of Scotland (RBS), waarin zij als gevolg van de financiële crisis een meerderheidsbelang had genomen door middel van het investeringsvehikel UKFI. HM Treasury had in dat kader aan UKFI de instructie gegeven dat zij zich bij het uitvoeren van beleid ten opzichte

741 S. 170 (1) Companies Act 2006. Zie ook Explanatory notes, nr. 307.
742 Zie in dit kader ook: Gower & Davies 2012, p. 509, 541 en 543. Mayson, French & Ryan 2014, p. 481.
743 Zie uitvoerig 4.5.3.
744 S. 260 (1) Companies Act 2006
745 S. 260 (3) Companies Act 2006.
746 Moore 2013, p. 944.
747 Zie s. 178 (1) Companies Act 2006. De *director duties* kunnen op grond van 178 (2) Companies Act 2006 op gelijke wijze worden gehandhaafd als andere *fiduciary duties*.
748 Zie voor een overzicht van mogelijke remedies: Explanatory notes, nr. 322; Gower & Davies 2012, p. 613 e.v.

van RBS door commerciële overwegingen moet laten leiden. De actiegroep achtte deze instructie onrechtmatig op grond van s. 172 van de Companies Act 2006, nu de Britse overheid in de ogen van de actiegroep ertoe verplicht was om er via haar indirecte deelneming in RBS voor te zorgen dat het (I)MVO-beleid van de bank zou voldoen aan dezelfde voorwaarden die (op grond van het zgn. Green Book) gelden voor andere overheidsinstellingen.

Dit betoog werd echter afgewezen door de aangeroepen rechter. In zijn optiek was van *misdirection of law* geen sprake, aangezien het opleggen van streng (I)MVO-beleid aan het bestuur van RBS mogelijk onverenigbaar zou kunnen zijn met de andere belangen waarmee *directors* op grond van s. 172 Companies Act 2006 rekening moeten houden. Het stellen van te hoge eisen aan het (I)MVO-beleid zou de financiële prestaties van de company dusdanig kunnen beïnvloeden dat minderheidsaandeelhouders op grote schaal procedures zouden kunnen beginnen, aldus de rechter. Tot slot gaf de door HM Treasury verstrekte instructie naar zijn oordeel voldoende ruimte aan UKFI om het bestuur van RBS ertoe te bewegen om *environmental and human rights considerations* bij het beleid te betrekken, maar was het uiteindelijk aan het bestuur van RBS om te beoordelen hoe het betrekken van dergelijke overwegingen zich zou verhouden tot de andere bij de company betrokken belangen.[749]

Een ander mogelijk handhavingsmechanisme is gelegen in de bevoegdheid van de *secretary of state* om een gerechtelijk onderzoek (*inquiry proceedings*) te instigeren naar de gang van zaken in de company. De gronden op basis waarvan een dergelijk onderzoek kan worden gelast zijn neergelegd in s. 431 en 432 Companies Act 1985.[750] In de literatuur wordt deze bevoegdheid van de secretary of state aangemerkt als een administratiefrechtelijke remedie voor de schending van *corporate duties.*[751] Uit niets blijkt echter dat dergelijke onderzoeken worden gelast naar aanleiding van beweerdelijke schendingen van verplichtingen van bestuurders van Engelse ondernemingen om rekening te houden met de (I)MVO-gerelateerde belangen van derden. Daarbij moet opgemerkt worden dat dit soort gerechtelijke onderzoeken überhaupt heel zeldzaam zijn vanwege de impact op bedrijfsvoering van de onderneming en de tijd en kosten die aan een onderzoek zijn verbonden.[752]

Verder kunnen bestuurders op grond van s. 463 Companies Act 2006 aansprakelijk worden gesteld voor schade wegens onjuiste of misleidende mededelingen in verslagen, zoals het *strategic report* en het *directors' report.* Deze remedie kan eveneens alleen door de company zelf ingeroepen worden of door haar aandeelhouders via een *derivative claim* en kan dus niet dienen als grondslag voor schadeclaims door derden.

De Modern Slavery Act 2015 voorziet in een handhavingsmogelijkheid voor de daarin opgenomen verplichting voor bepaalde ondernemingen die in het Verenigd Koninkrijk bedrijfsactiviteiten verrichten tot het afleggen van een verklaring over de maatregelen zij getroffen hebben om moderne slavernij binnen de eigen onderneming of in hun *supply chain* te voorkomen. Allereerst is hier een rol weggelegd voor de Secretary of State, die een civiele procedure kan aanbrengen bij het High Court met een verzoek tot het opleggen van een rechterlijk gebod aan de onderneming tot het voldoen aan de gestelde verplichting.[753] Voldoet de onderneming niet aan dit rechterlijk gebod dan maakt zij zich schuldig aan minachting van een gerechtelijk bevel, hetgeen bestraft kan worden met een boete. Daarnaast, zo is de gedachte achter de wet, kan het niet-voldoen aan de gestelde verplichting of een verklaring dat geen

---

[749] *R. (on the application of People and Planet) v HM Treasury* [2009] EWHC 3020 (QBD (Admin)).

[750] Het betreft de voorganger van de Companies Act 2006, die voor een beperkt deel nog steeds geldt. Een aantal bepalingen van de Companies Act 1985 op het gebied van *inquiry proceedings* zijn door de Companies Act 2006 herzien, zie s. 1035-1037 Companies Act 2006.

[751] Gower & Davies 2012.

[752] *Id.*

[753] Art. 54 (11) Modern Slavery Act 2015.

stappen zijn gezet om moderne slavernij te voorkomen, leiden tot reputatieschade voor de onderneming. Het is daarbij aan consumenten, investeerders en ngo's om stappen te ondernemen als zij menen dat de onderneming niet voldoende gedaan heeft in dit opzicht.[754] Ten slotte brengt de bepaling dat de verklaring door de raad van bestuur goedgekeurd en door een bestuurder ondertekend moet worden verplichtingen met zich voor de betreffende actoren om ervoor te zorgen dat de verstrekte informatie accuraat is.[755]

Tot slot kan nog melding gemaakt worden van het feit dat onder omstandigheden uitzonderingen mogelijk zijn op het uitgangspunt dat naar Engels recht moedermaatschappijen van concerns niet verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor de schulden of de activiteiten van hun dochtermaatschappijen. Treedt de moedermaatschappij bijvoorbeeld op als formeel bestuurder van haar dochter, dan kan zij in beginsel aansprakelijk gehouden worden voor een door haar begane schending van *directors' duties* jegens de dochter.[756] Bij hoge uitzondering staan Engelse rechter doorbraak van aansprakelijkheid (*piercing the corporate veil*) toe als daarvoor geen wettelijke grondslag bestaat. Het klassieke voorbeeld is een procedure aangebracht tegen de Engelse moedermaatschappij van een multinationaal asbestconcern door Amerikaanse werknemers van een Amerikaanse (klein)dochtermaatschappij die gezondheidsschade hadden geleden in het kader van hun werkzaamheden. Om de opbrengsten van de asbestgerelateerde werkzaamheden in de VS te behouden maar het risico van daarmee samenhangende civielrechtelijke aansprakelijkheid te ontlopen had de moedermaatschappij een extra rechtspersoon tussen haarzelf en haar Amerikaanse dochtermaatschappij geplaatst.

De eisers verzochten het Engelse *Court of Appeal* om doorbraak van aansprakelijkheid toe te staan zodat zij de Engelse moedermaatschappij in Engeland konden aanspreken voor hun schade, een verzoek dat afgewezen werd door het hof. Dat overwoog ter zake:

> "*We do not accept as a matter of law that the court is entitled to lift the corporate veil as against a defendant company which is the member of a corporate group, merely because the corporate structure has been used so as to ensure that the legal liability (if any) in respect of particular future activities of the group (and correspondingly the risk of enforcement of that liability) will fall on another member of the group rather than the defendant company. Whether or not this is desirable, the right to use a corporate structure in this manner is inherent in our corporate law*".[757]

Hoewel het Hof de vordering dus afwijst, worden in de uitspraak drie mogelijke gronden besproken voor doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen: fraude, agentschap (*agency*) en de *single economic unit*-theorie. Voor alledrie geldt echter dat zij slechts bij zeer hoge uitzondering aangenomen zullen worden door Engelse rechters als grondslag waarop een moedermaatschappij aansprakelijk gesteld kan worden voor de schadeveroorzakende gedragingen van haar dochtermaatschappij, zoals ook blijkt uit het oordeel van het *Court of Appeals* in de *Adams v. Cape*-zaak zelf.[758]

---

[754] Zie nader: 'Transparency in supply chains etc. – A practical guide', <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/471996/Transparency_in_Supply_Chains_etc__A_practical_guide__final_.pdf>.

[755] Zie ook: S. Gibbons, 'A few questions and answers about the Modern Slavery Act', Ergon Associates online (12 april 2015), <http://ergonassociates.net/?p=1161&option=com_wordpress&Itemid=161>.

[756] Vgl. Vandekerckhove 2007, p. 68.

[757] *Adams v. Cape Industries plc* [1990] Ch 433 (CA).

[758] Zie nader bijvoorbeeld: Vandekerckhove 2007, p. 69-72.

In 2013 heeft ook het UK Supreme Court zich uitgesproken over de omstandigheden waaronder naar Engels recht sprake kan zijn van doorbraak van aansprakelijkheid.[759] Daarin benadrukt het dat hoewel Engelse rechters onder omstandigheden de mogelijkheid hebben om voorbij te gaan de gescheiden rechtspersoonlijkheid van verschillende ondernemingen, deze mogelijkheid sterk beperkt is. De belangrijkste beperking is dat doorbraak van aansprakelijkheid alleen mogelijk is als er geen andere juridische mogelijkheid beschikbaar is om hetzelfde resultaat te bereiken: "[…] *if it is not necessary to pierce the corporate veil, it is not appropriate to do so*". In die uitzonderingsgevallen dat hieraan voldaan is kan de rechter overgaan tot doorbraak van aansprakelijkheid, maar alleen als aangetoond kan worden dat er sprake is van: 1) controle van de ene rechtspersoon over de andere (of: van de individuele aandeelhouder over de vennootschap); en 2) dat er ten aanzien van de controlerende (rechts)persoon sprake is van een bestaande juridische verplichting, aansprakelijkheid of beperking die hij opzettelijk probeert te ontwijken of waarvan hij opzettelijk probeert de handhaving te frustreren door het tussenplaatsen van een rechtspersoon die onder zijn controle staat. In de uitspraak zelf wordt echter reeds vastgesteld dat een situatie waarin aan beide vereisten voldaan is, zeer moeilijk voor te stellen is.[760]

Dit betekent dat IMVO-stakeholders die de Engelse moedermaatschappij van een multinationaal concern aansprakelijk willen stellen voor schade veroorzaakt aan mens en milieu als gevolg van de activiteiten van haar dochtermaatschappijen in gastlanden meer kans lijken te maken met een vordering op grond van het Engelse civiele aansprakelijkheidsrecht, waar hiervoor ruimere mogelijkheden bestaan (zie nader par. 3.5.4).[761]

3.5.4 Civielrechtelijke zorgplichten van Engelse ondernemingen in het kader van IMVO

Zoals duidelijk is uit de bespreking van relevante procedures in par. 3.5.2, hebben zich in het Verenigd Koninkrijk tot op heden een aanzienlijk aantal civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures voorgedaan tegen Engelse internationaal opererende ondernemingen met betrekking tot hun beweerdelijke betrokkenheid bij extraterritoriale (I)MVO-normschendingen. Een aantal van deze procedures hebben geleid tot inhoudelijke uitspraken van Engelse (hogere) rechters over bevoegdheidskwesties, met name de toepassing van de nog te bespreken *forum non conveniens*-doctrine in deze context. Omdat het merendeel van de aangehaalde procedures uiteindelijk is geëindigd in een buitengerechtelijke schikking, is een uitspraak waarin meer in algemene zin wordt ingegaan op het bestaan op grond van het Engelse civiele aansprakelijkheidsrecht van IMVO-gerelateerde zorgplichten voor Engelse internationaal opererende ondernemingen echter vooralsnog niet voorhanden. Dat wil echter niet zeggen dat het Engelse civiele aansprakelijkheidsrecht, voor zover van toepassing op een dergelijke procedure die aan de Engelse rechter wordt voorgelegd, daartoe geen mogelijkheden biedt.

IPR-aspecten

De bevoegdheid van de rechter en het toepasselijke recht in civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures met een internationaal karakter worden in het Verenigd Koninkrijk, net als in Nederland, grotendeels bepaald door de geünificeerde Europese IPR-regels van de Brussel Ibis-Verordening en van de Rome II-Verordening, respectievelijk.

Het internationaal bevoegdheidsregime van de Brussel Ibis-Verordening heeft een beperkt formeel (dat wil zeggen: ruimtelijk) toepassingsbereik; het is in beginsel slechts van toepassing is op vorderingen in

[759] *Prest v. Petrodel Resources Ltd*, UK Supreme Court 12 juni 2013,[2013] UKSC 34 (HL).

[760] Zie de opmerkingen van Lord Mance bij *Prest v. Petrodel Resources Ltd*, UK Supreme Court 12 juni 2013,[2013] UKSC 34 (HL), p. 40-41.

[761] Zo ook: Meeran 2013, p. 386-393.

burgerlijke en handelszaken die worden ingesteld tegen gedaagden die woonplaats hebben in één (of meerdere) van de Brussel Ibis-lidstaten (dat zijn alle EU-lidstaten behalve Denemarken).[762] Dat wil zeggen dat wanneer voor de Engelse rechter een civiele aansprakelijkheidsprocedure wordt ingesteld tegen een internationaal opererende onderneming met woonplaats (statutaire zetel, hoofdbestuur, hoofdvestiging) in één (of meerdere) van die lidstaten, zijn bevoegdheid net als in een dergelijke procedure voor de Nederlandse rechter bepaald wordt door de regels van de Brussel Ibis-Verordening.[763] Op grond hiervan zal hij in de regel in ieder geval bevoegd zijn om te oordelen over een vordering tegen een internationaal opererende onderneming die haar statutaire zetel of haar hoofdbestuur of haar hoofdvestiging in het Verenigd Koninkrijk heeft (zie nader par. 2.4.2).[764]

Wordt voor de Engelse rechter een IMVO-gerelateerde civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure ingesteld tegen een onderneming uit een niet-Europees gastland (of thuisland) die geen woonplaats (statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging) heeft in één van de Brussel Ibis-lidstaten, dan wordt de bevoegdheid van de Engelse rechter in beginsel bepaald door het commune Engelse internationaal bevoegdheidsrecht. Dit vloeit deels voort uit verschillende Engelse wettelijke regelingen, waaronder de Civil Procedure Rules, en deels uit de Engelse rechtspraak.[765] De Engelse regeling van commuun internationaal bevoegdheidsrecht is niet geïnspireerd op de bevoegdheidsbepalingen van het Brussel I-regime en kent een sterke nadruk op rechterlijke discretie bij het al dan niet aannemen van bevoegdheid over een civiele procedure met een internationaal karakter. Daarmee verschilt zij qua aard en structuur sterk van de Nederlandse wettelijke regeling op dit onderwerp. Desondanks kunnen de Engelse commune regels van internationaal bevoegdheidsrecht in IMVO-gerelateerde civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures tegen ondernemingen uit niet-Europese landen in grote lijnen tot soortgelijke uitkomsten leiden als de Nederlandse commune regels (zie par. 2.4.2).

Het Engelse commune internationaal bevoegdheidsrecht is sterk beïnvloed door de gedachte dat interventie van de Engelse rechter in een civiele procedure met een internationaal karakter gerechtvaardigd is als deze rechtsmacht heeft over de persoon van de gedaagde. Anders dan in de andere hier besproken systemen geldt dan ook als één van de hoofdregels van het Engelse commune internationaal bevoegdheidsrecht dat een gedaagde die gedagvaard wordt op het moment dat hij in Engeland is, hoe kort dat verblijf ook is, onderworpen is aan de rechtsmacht van de Engelse rechters. Engelse rechters kunnen ook rechtsmacht uitoefenen over gedaagden die zich buiten Engeland bevinden, mits deze gedaagden op de juiste manier gedagvaard worden. Gaat het om procedures tegen gedaagden uit niet-Europese landen (die dus buiten het Brussel I-regime vallen) dan zal de eisende partij in beginsel eerst toestemming moeten vragen aan de Engelse rechter om de niet-Europese gedaagde buiten Engeland mogen te dagvaarden.[766]

---

[762] Het formele toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Vo. kan afgeleid worden uit de afzonderlijke bevoegdheidsbepalingen (artt. 4-26). Hoofdregel is dat een zaak binnen het formeel toepassingsgebied valt als de gedaagde, ongeacht zijn nationaliteit, zijn woonplaats heeft in een Brussel-Ibis lidstaat. Uitzonderingen op deze hoofdregel bestaan bijvoorbeeld bij procedures die zien op rechten op onroerende goederen, op consumentenovereenkomsten, op individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst of procedures waarin een (op grond van de regels van de Brussel Ibis-Vo. geldige) forumkeuze gemaakt wordt.

[763] Art. 4-6 jo. 63 Brussel Ibis-Vo. De regels van de Brussel Ibis-Verordening zijn geïncorporeerd in het Engelse recht via de Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982.

[764] Art. 4 lid 1 jo. 63 lid 1 Brussel Ibis-Vo.

[765] Zie voor een overzicht van relevante wettelijke bepalingen en jurisprudentie: C. Woodruff & K. Reed, 'Comparative study of "residual jurisdiction" in civil and commercial disputes in the EU – National Report for: England', <http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_england_en.pdf> (hierna: Residual Jurisdiction-studie Engeland). Het commune Engelse IPR is niet van toepassing als de procedure op grond van één van de uitzonderingen toch binnen het formeel toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Verordening valt of als er een ander internationaalrechtelijk regime van toepassing is op de rechterlijke bevoegdheid.

[766] Zie part 6 (Service of documents) en 7 (How to start proceedings – The claim form) Civil Procedure Rules (CPR). Vgl. Residual Jurisdiction-studie Engeland, p. 1-4.

In die gevallen dat toestemming van de rechter vereist is om over te gaan tot het dagvaarden van de gedaagde partij geldt dat deze toestemming slechts verleend wordt voor een aantal categorieën van gevallen. Deze omvatten onder meer de gevallen dat de gedaagde woonplaats heeft in Engeland maar zich in het buitenland bevindt, dat er een rechterlijk gebod of verbod geëist wordt dat de gedaagde iets doet of nalaat in Engeland, dat de gedaagde partij is bij een vordering die aangebracht is tegen een andere gedaagde die gedagvaard is in Engeland, of dat het gaat om een non-contractuele aansprakelijkheidsvordering waarbij schade is aangericht in Engeland dan wel waarbij het schadeveroorzakende gedrag in Engeland heeft plaatsgevonden. Verdere vereisten voor toestemming zijn dat de vordering van de eisende partij een serieuze kwestie betreft die in aanmerking komt voor inhoudelijke beoordeling en dat de aangeroepen rechter ervan overtuigd is dat hij zijn discretie om toestemming te verlenen, moet aanwenden.[767]

Mogelijk relevant in de IMVO-context is vooral de met het Nederlandse commune bevoegdheidsrecht vergelijkbare bepaling op grond waarvan de Engelse rechter rechtsmacht kan aannemen over een vordering tegen een niet-Europese gedaagde als de procedure ziet op onrechtmatige gedragingen die zich hebben voorgedaan in Engeland of daar tot schade geleid hebben.[768] Desondanks blijft een situatie waarin een *foreign direct liability claim* tegen een buiten de EU gevestigde onderneming wordt ingesteld met betrekking tot onrechtmatige gedragingen binnen de EU die schade veroorzaken aan mens en milieu in een niet-Europees gastland, moeilijk voor te stellen (zie ook par. 2.4.2). De in Engeland bestaande mogelijkheid om rechtsmacht te baseren op de aanwezigheid van een lokale vestiging van de aangesproken niet-Europese onderneming is wel ruimer dan de mogelijkheden hiertoe in Nederland, aangezien in voor bevoegdheid van de Engelse rechter op deze grondslag niet vereist is dat de vordering ziet op activiteiten van die vestiging.[769] Het Engelse commune bevoegdheidsrecht kent daarnaast ook de mogelijkheid het feit dat in Engeland een strafrechtelijke procedure aanhangig is ten aanzien van een bepaalde schadeveroorzakende gedraging een rol speelt in de beslissing van de Engelse rechter of Engeland de juiste plaats is om een civielrechtelijke aansprakelijkheidsvordering die uit diezelfde gedraging voortvloeit, te berechten.[770]

Daarnaast kan de Engelse rechter op grond van de commune Engelse regels van internationaal bevoegdheidsrecht zoals toestemming verlenen tot het dagvaarden van een niet-Europese gedaagde wanneer deze een '*necessary and proper party*' is bij een procedure tegen een in Engeland gedagvaarde mede-gedaagde. Voorwaarde is wel dat er een daadwerkelijk juridisch geschil bestaat tussen de eisende partij en de oorspronkelijke gedaagde die redelijkerwijs door een rechter beoordeeld zou moeten worden.[771] In de Bodo-procedure tegen Shell voor het Engelse High Court, waar in eerste instantie vorderingen waren ingesteld tegen zowel de Engels/Nederlandse Shell-moedermaatschappij als de Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappij, kon de bevoegdheid van de Engelse rechter over de vorderingen tegen die laatste dan ook hierop gegrond worden.[772] Deze rechtsgrond is in grote lijnen vergelijkbaar met de Nederlandse bepaling op basis waarvan de Rechtbank Den Haag bevoegdheid heeft aangenomen over de Nigeriaanse Shell-(klein)dochtermaatschappij in de vergelijkbare Nederlandse Shell Nigeria-zaak (zie par. 2.4.2).

---

767 Vgl. Residual Jurisdiction-studie Engeland, p. 7.

768 *Ibid.*

769 *Ibid.*

770 *Ibid.*

771 Vgl. Residual Jurisdiction-studie Engeland, p. 11.

772 Zie Meeran 2013, p. 386, voetnoot 39. Opgemerkt moet worden dat als gevolg van een overeenkomst tussen de partijen (zie nader par. 3.5.2) de claims tegen de moedermaatschappij in een later stadium wegvielen. In deze overeenkomst was (daarom) echter ook opgenomen dat de dochtermaatschappij zich vrijwillig aan de rechtsmacht van de Engelse rechter zou onderwerpen.

Het Engelse commune internationaal bevoegdheidsrecht kent geen *forum necessitatis*-bepaling, alhoewel de Engelse rechter bij zijn (deels discretionaire) oordeel of hij al of niet bevoegdheid zal aannemen over een aan hem voorgelegde of voor te leggen procedure wel ook zal kijken naar de beschikbaarheid en geschiktheid van alternatieve fora elders.[773]

Komt de Engelse rechter rechtsmacht toe op grond van enige regel van commuun Engels internationaal bevoegdheidsrecht, dan kan hij zich op grond van de *forum non conveniens*-doctrine toch onbevoegd verklaren als hij van mening is dat er elders een ander forum beschikbaar is dat bevoegd is over de procedure te oordelen en dat meer geschikt is voor berechting daarvan. Dit is het geval als de procedure daar meer adequaat kan worden afgehandeld in het licht van de belangen van alle betrokken partijen en de vereisten van rechtvaardigheid. Het is aan de gedaagde om aan te tonen dat er elders een ander forum is dat duidelijk meer geschikt is voor berechting van de procedure dan de Engelse rechter, dat wil zeggen dat deze een nauwere band heeft met een ander land. In gevallen dat de Engelse rechter toestemming heeft gegeven om een niet-Europese gedaagde buiten Engeland te dagvaarden betekent dat dat hij Engeland het geschikte forum acht.[774]

Kan de gedaagde partij aannemelijk maken dat er elders een bevoegd forum bestaat dat meer geschikt is voor berechting van de procedure, dan zal de Engelse rechter zich desondanks niet onbevoegd verklaren als de eisende partij hem ervan kan overtuigen dat dit in strijd zou zijn met de vereisten van rechtvaardigheid. Bij het bepalen of rechtvaardigheid vereist dat zijn bevoegdheid niet op grond van *forum non conveniens* afgewezen wordt kan de Engelse rechter alle relevante feiten en omstandigheden van het geval in aanmerking nemen. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het feit dat de rechterlijke macht in het andere land niet onafhankelijk is, het feit dat een betwistbare vordering van de eiser daar zonder verdere beoordeling afgewezen wordt, het feit dat er sprake is van een excessieve vertraging (dat wil zeggen: meer dan 10 jaar) voordat de procedure daar berecht zal worden, het feit dat het te verkrijgen bedrag aan schadevergoeding in het andere forum onaanvaardbaar laag is, en/of het feit dat de eiser het gevaar loopt gevangen genomen te worden als hij terugkeert naar het alternatieve forumland.[775]

In de regel is het enkele feit dat de eiser geen gesubsidieerde rechtsbijstand kan krijgen in het andere forum niet voldoende voor de Engelse rechter om aan te nemen dat het afwijzen van bevoegdheid ten aanzien van een procedure op grond van *forum non conveniens* strijd zou opleveren met de vereisten van rechtvaardigheid. De in par. 3.5.2 beschreven procedure tegen RTZ Group inzake asbestblootstelling in Namibië laat echter zien dat in *foreign direct liability cases*, die doorgaans zo complex zijn dat zij inmenging vergen van hooggekwalificeerde advocaten en wetenschappelijk experts, het feit dat de eiser in het andere forum geen toegang heeft tot gesubsidieerde rechtsbijstand (en/of resultaatsafhankelijke beloningsafspraken met advocaten) reden kan zijn voor de Engelse rechter om zijn bevoegdheid niet op grond van *forum non conveniens* af te wijzen.[776] Bij zijn beoordeling in het kader van de *forum non conveniens*-doctrine kan de Engelse rechter tot slot mee laten wegen dat het aannemen van bevoegdheid niet wenselijk is in het licht van het feit dat er elders een soortgelijke procedure aanhangig

[773] Residual Jurisdiction-studie Engeland, p. 12.

[774] Vgl. *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd* [1987] AC 460 (HL), p. 478. Zie nader Residual Jurisdiction-studie Engeland, p. 13-15.

[775] Residual Jurisdiction-studie Engeland, p. 14. Zie, voor een recent en relevant voorbeeld van een afweging van de verschillende van deze factoren met het oog op de vereisten van rechtvaardigheid in een procedure waar het meer geschikte forum de Indiase rechter zou zijn geweest: *William Jack Pike and Kelly Josephine Doyle v. The Indian Hotels Company Ltd* [2013] EWHC 4096 (QB).

[776] *Connelly v. RTZ Corp. Plc.*, House of Lords 24 juli 1997, [1997] UKHL [30]. Zie ook Residual Jurisdiction-studie Engeland, p. 14.

is en er dus een risico bestaat op tegenstrijdige uitspraken door rechters uit verschillende landen over één en dezelfde kwestie.[777]

De *forum non conveniens*-doctrine heeft in het verleden in verschillende IMVO-gerelateerde procedures voor de Engelse rechter, waaronder de procedures tegen Cape plc., RTZ en Thor Chemicals (zie par. 3.5.2), een bepalende rol gespeeld. Opgemerkt moet echter worden dat de rol van deze doctrine sterk gemarginaliseerd is als gevolg van de uitspraak van het Europees Hof van Justitie in de (niet IMVO-gerelateerde) *Owusu*-zaak.[778] Daarin werd bepaald dat de Engelse *forum non conveniens*-doctrine niet ingeroepen kan worden in procedures die binnen het toepassingsgebied van het Brussel I-regime vallen.[779] Sindsdien bestaat er dus geen mogelijkheid meer voor gedaagde ondernemingen die in het Verenigd Koninkrijk statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging hebben om zich in IMVO-gerelateerde procedures voor de Engelse rechter te beroepen op deze doctrine. Deze mogelijkheid bestaat in theorie nog wel waar het gaat om procedures die (enkel) tegen niet-Europese gedaagde ondernemingen worden aangebracht, maar een beroep op *forum non conveniens* heeft zich in de praktijk sinds de *Owusu*-uitspraak niet meer heeft voorgedaan in de IMVO-context.[780]

Is de Engelse rechter bevoegd om te oordelen over een aansprakelijkheidsprocedure met een internationaal karakter dan rijst de vraag naar welk recht hij de vorderingen dient te beoordelen. Het conflictenrechtelijk regime van de Rome II-Verordening is van toepassing op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan op of na 11 januari 2011.[781] Het heeft een universeel formeel toepassingsgebied, wat betekent dat het van toepassing is ongeacht of het op grond van de Verordening aangewezen recht het recht is van een lidstaat (bijvoorbeeld Nederlands of Engels recht) of van een niet-lidstaat (bijvoorbeeld Nigeriaans of Birmees recht).[782] Omdat het hier centraal staande type civiele aansprakelijkheidsprocedures doorgaans binnen het materiële toepassingsgebied van de Rome II-Verordening zal vallen, zal de Engelse rechter de vraag welk nationaal systeem van aansprakelijkheidsrecht toepasselijk is op de vorderingen in een dergelijke procedure in de regel op dezelfde manier beantwoorden als de Nederlandse rechter.[783] Dit betekent dat het in IMVO-gerelateerde civiele aansprakelijkheidsprocedures in veel gevallen niet Engels recht maar het recht van het gastland zal zijn aan de hand waarvan de vorderingen beoordeeld dienen te worden. Er bestaan echter enkele uitzonderingen op dit uitgangspunt op grond waarvan het Engelse aansprakelijkheidsrecht toch een rol zou kunnen spelen in de IMVO-context (zie nader par. 2.4.2).

Aansprakelijkheid voor schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen

De civielrechtelijke aansprakelijkheid van Engelse internationaal opererende ondernemingen voor extraterritoriale (I)MVO-normschendingen kan onder Engels recht gebaseerd worden op de *tort of negligence*, die de algemene grondslag voor aansprakelijkheid vanwege onzorgvuldig (nalatig) gedrag.[784] De *tort of negligence* draagt in die zin een open karakter dat de centrale vraag, namelijk of er sprake is geweest van schending van een zorgplicht (*duty of care*) jegens bepaalde (groepen van) derden waardoor schade is ontstaan aan hun in rechte te beschermen belangen, zich op een veelheid

[777] Residual Jurisdiction-studie Engeland, p. 14-15.
[778] *Owusu v. Jackson*, Europees Hof van Justitie 1 maart 2005, [2005] ECR 1383.
[779] Residual Jurisdiction-studie Engeland, p. 14-15.
[780] Zie uitgebreid: Meeran 2013, p. 382-386.
[781] Art. 31 Rome II-Verordening en HvJ EU 17 november 2011, zaak C-412/10 (*Deo Antoine Homawoo/GMF Assurances SA*).
[782] Art. 3 Rome II-Verordening.
[783] Gaat het om vorderingen die betrekking hebben op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan vóór 11 januari 2011, dan zal de Belgische rechter het toepasselijk recht vaststellen aan de hand het commune Belgische conflictenrecht; dit zal hier echter verder buiten beschouwing blijven gezien de afnemende relevantie daarvan met het voortschrijden van de tijd.
[784] Zie in meer detail bijvoorbeeld: Peel & Goudkamp 2014, i.h.b. chapters 5-8.

aan situaties laat toepassen. De *duty of care* is namelijk een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die steeds met betrekking tot een concrete situatie moet worden vastgesteld, ofschoon dat niet wegneemt dat er in de loop der tijd zorgplichten zijn geformuleerd voor bepaalde standaardsituaties, zoals de zorgplichten van werkgevers jegens werknemers.[785] In combinatie met het feit dat naar Engels recht een onderneming in beginsel aansprakelijk is voor de onrechtmatige gedragingen van haar functionarissen[786], leent zij zich goed als grondslag voor een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure tegen een Engelse internationaal opererende onderneming inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen. Veel van de in par. 3.5.2 omschreven procedures zijn dan ook op deze grond aangebracht.

De moderne *tort of negligence* heeft zijn intrede gedaan in het Engelse recht in de bekende zaak *Donoghue v. Stevenson*.[787] Uit de overwegingen van Lord Atkin in deze zaak valt af te leiden dat een aansprakelijkheid voor onzorgvuldig gedrag wordt aangenomen als drie voorwaarden zijn vervuld, te weten het bestaan van een zorgplicht (*duty of care*), de schending van die zorgplicht (*breach of duty*) en het ontstaan van schade als gevolg van de schending van de zorgplicht (*damage*).[788] In de eerste plaats is dus vereist het bestaan van een zorgplicht, waarbij de vraag rijst of op de gedaagde een verplichting rustte om de benadeelde tegen de door hem geleden schade te beschermen. Bij de vaststelling van die zorgplicht in 'nieuwe' situaties waarvoor nog geen precedent bestaat in de rechtspraak is van belang de drieledige toets die in *Caparo Industries plc v. Dickman* is uiteengezet.[789] Ten aanzien van de vaststelling van de zorgplicht bij vermeend onzorgvuldig handelen, komt het, zo blijkt uit deze zaak, niet alleen aan op de vraag of de gedaagde had kunnen voorzien dat er schade zou ontstaan (*foreseeability*), maar moet er bovendien sprake zijn van een zekere mate van nabijheid (*proximity*) tussen de gedaagde en benadeelde, en moet het gezien de omstandigheden van het geval '*fair, just and reasonable*' zijn om een zorgplicht van de gedaagde ten gunste van de benadeelde aan te nemen.[790]

Wat de voorzienbaarheid van de schade betreft, gaat het erom dat vastgesteld kan worden dat de gedaagde, objectief gezien, had kunnen voorzien dat nalatig handelen door hem een concrete groep personen, waartoe ook de benadeelde hoort, schade zou berokkenen. Voor de bijzondere relatie tussen gedaagde en benadeelde, vervolgens, is niet noodzakelijk dat zij zich fysiek in elkaar nabijheid bevonden op het moment van het schadeveroorzakende handelen, maar moet komen vast te staan dat er sprake was van nabijheid in die zin dat voor de gedaagde duidelijk kon zijn dat zijn onzorgvuldigheid de benadeelde direct zou benadelen. Overigens kan het vereiste van *proximity* ook verwijzen naar voldoende nabijheid tussen gedaagde en de oorzaak van het ontstaan van de schade. Het vereiste dat het gezien de omstandigheden van het geval *fair, just and reasonable* moet zijn om een zorgplicht aan te nemen van de aangesproken (rechts)persoon jegens de benadeelde geven de rechter de ruimte om

---

785 Peel & Goudkamp 2014, rn 5-014, p. 83-84.

786 Zie bijvoorbeeld: Rühmkorf 2015, p. 167-168; Van Dam 2013, p.510-511. Om te bepalen of het gedrag van een natuurlijk persoon toegerekend kan worden aan een rechtspersoon is bepalend of de natuurlijk persoon '*the directing mind and will of the corporation*' vertegenwoordigt. Dit zal doorgaans het geval zijn bij bestuurders. Daarnaast kunnen onrechtmatige gedragingen van werknemers aan de onderneming toegerekend worden op grond van de strikte werkgeversaansprakelijkheid die het Engelse recht kent.

787 *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562.

788 Lord Atkin stelt in dit verband onder meer: "*The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neigbour; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts and omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be – persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question*". Donoghue v Stevenson [1932] AC 562, p. 580.

789 *Caparo Industries plc v. Dickman* [1990] UKHL 2.

790 Zie bijvoorbeeld: Peel & Goudkamp 2014, rn 5-002, p. 78-91; Van Dam 2013, p. 102-106.

van het aannemen van een zorgplicht af te zien bijvoorbeeld in gevallen dat het aannemen ervan het toepassingsgebied van de *tort of negligence* al te zeer zou doen uitbreiden.[791]

Hierbij verdient nog vermelding dat het Engelse recht in gevallen dat het beweerdelijk onrechtmatige gedrag van de aangesproken (rechts)persoon niet gelegen is in een handelen maar in een nalaten, in beginsel terughoudend is met het aannemen van een positieve verplichting om te handelen, tenzij er sprake is van één in de rechtspraak ontwikkelde uitzonderingen op dit beginsel. Op grond daarvan wordt in geval van omissie aangenomen dat een *duty of care* (in feite dus: een *duty to act*) bestond als de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon bijvoorbeeld een risico in het leven heeft geroepen, als hij een verantwoordelijkheid op zich heeft genomen voor het welzijn van de benadeelde, als er op grond van zijn status een dergelijke zorgplicht op hem rust of als hij controle had over de persoon die de onrechtmatige gedraging begaat.[792] In dit verband kan opgemerkt worden dat in de rechtspraak niet snel wordt aangenomen dat een (rechts)persoon een *duty of care* heeft ten aanzien van derden die mogelijke schade zullen lijden als gevolg van de activiteiten van een ander. Uitzonderingen hierop zijn echter mogelijk, bijvoorbeeld als er sprake is van een bijzondere verhouding tussen de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon en de ander op basis waarvan de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon toezicht moest houden op het doen en laten van die ander. Een ander voorbeeld is de situatie waarin de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon door nalatigheid een bron van gevaar in het leven heeft geroepen waarvan het redelijkerwijs te voorzien is dat anderen daarmee zouden kunnen interfereren en als zodanig schade zouden kunnen aanrichten aan personen zoals de benadeelde.[793]

In gevallen van aansprakelijkheid voor een nalaten (maar ook waar het gaat om aansprakelijkheid van overheidsinstanties en aansprakelijkheid voor zuivere vermogensschade) wordt een belangrijke basis voor het aannemen van een *duty of care* gevormd door het op zich nemen door de gedaagde zelf van een bijzondere verantwoordelijkheid (*assumption of liability*). De grondslag voor dit concept is gelegd in de uitspraak van het House of Lords in de zaak *Hedley, Byrne & Co ltd v Heller & Partners ltd*.[794] Lord Morris of Borth-y-Gest beschrijft hier het ontstaan van de zorgplicht door het door de gedaagde zelf op zich nemen van een bijzondere verantwoordelijkheid, als volgt:

> "*My Lords, I consider that it follows and that it should now be regarded as settled that if someone possessed of a special skill undertakes, quite irrespective of contract, to apply that skill for the assistance of another person who relies upon such skill, a duty of care will arise. The fact that the service is to be given by means of or by the instrumentality of words can make no difference. Furthermore, if in a sphere in which a person is so placed that others could reasonably rely upon his judgment or his skill or upon his ability to make careful inquiry, a person takes it upon himself to give information or advice to, or allows his information or advice to be passed on to, another person who, as he knows or should know, will place reliance upon it, then a duty of care will arise.*"[795]

Voor aansprakelijkheid op deze basis is dus, kort gezegd, vereist dat een (rechts)persoon zichzelf uitdrukkelijk of impliciet presenteert als iemand met bijzondere kennis of capaciteiten en dat de benadeelde er in redelijkheid op heeft vertrouwd dat dit inderdaad zo was.[796]

---

[791] Peel & Goudkamp 2014, rn 5-034, p. 91-96; Van Dam 2013, p. 230-231.

[792] Zie nader: Van Dam 2013, p. 109-110, 246-253.

[793] Vgl. de toespraak van Lord Goff of Chieveley in *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd.* [1987] 2 WLR 480. Zie hierover ook: Waterbolk 2014.

[794] *Hedley, Byrne & Co ltd v Heller & Partners ltd* [1963] 3 WLR 101 (HL).

[795] *Id.*

[796] Zie nader: Van Dam 2013, p. 106-109.

Komt vast te staan dat in een concrete zaak inderdaad een *duty of care* op de aangesproken (rechts)persoon rustte, dan is vervolgens de vraag of die zorgplicht is geschonden (*breach of duty*), zodat aansprakelijkheid voor daardoor ontstane schade kan worden aangenomen. Het komt er hierbij op aan om vast te stellen of de gedaagde al dan niet gehandeld heeft zoals van een redelijk handelende persoon (*reasonable person*) in deze omstandigheden had mogen worden verwacht. Het gedrag van de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon wordt dus afgemeten aan de objectieve standaard van de redelijk handelende persoon: iemand wiens kwaliteiten niet uitzonderlijk zijn, maar die anderzijds ook geen steekjes laat vallen. Over het algemeen heeft de redelijk handelende persoon dan ook niet de eventuele tekortkomingen die bij de gedaagde te ontdekken zijn, alhoewel onder bijzondere omstandigheden tekortkomingen bij de gedaagde kunnen worden meegewogen. Omgekeerd wordt wel rekening gehouden met de bijzondere rol die een gedaagde in een specifiek geval vervult. Het handelen van een arts, bijvoorbeeld, wordt getoetst aan dat van een redelijk handelende beroepsgenoot.[797]

Naast het bestaan van een zorgplicht jegens de benadeelde (*duty of care*) en de schending daarvan door de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon moet er ook sprake zijn van schade (*damage*) die ontstaat als gevolg van die schending. Het causaal verband tussen onrechtmatige gedraging en schade wordt vastgesteld aan de hand van de zgn. 'but for'-test, waarbij het draait om de vraag of het meer waarschijnlijk is dan niet de schade een gevolg is van de onrechtmatige gedraging van de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon. Wat betreft de omvang van de schade die toegerekend kan worden aan de onrechtmatige gedraging geldt dat doorslaggevend is of een redelijk persoon voorzien had kunnen hebben dat een bepaalde vorm van schade uiteindelijk het gevolg zou zijn van de gedraging. Met name in letselschadezaken wordt al snel voorzienbaarheid van de resulterende schade aangenomen, zelfs als de gevolgen ongebruikelijk zijn; zodra er enige vorm van (letsel)schade voorzienbaar was kan er al reden zijn voor toerekening van de gehele schade, ongeacht de omvang daarvan.[798]

De bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging en de schade ligt bij de eisende partij naar Engels recht, dat in beginsel geen omkering van de bewijslast toestaat. Toch zijn er in de rechtspraak verschillende manieren ontwikkeld om de op de eiser rustende bewijslast te verlichten. Allereerst kan de rechter op basis van de door de eiser aangebrachte feiten besluiten dat een causaal verband zo waarschijnlijk is dat het aangenomen wordt tenzij de gedaagde partij dat weerspreekt en/of bewijs aanlevert van een andere gang van zaken. Daarnaast wordt in de rechtspraak in gevallen dat er meerdere mogelijke oorzaken voor de schade zijn, geaccepteerd dat het voldoende is dat de eisende partij kan aantonen dat de onrechtmatige gedraging van de gedaagde (rechts)persoon een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan het intreden van de schade. Vereist is dan dus niet dat de eiser aantoont dat de oorzaak waar hij zich op beroept de meest waarschijnlijke oorzaak is van de schade. Verder kan het, in gevallen dat het voor de eisende partij lastig is om te bewijzen dat de onrechtmatige gedraging een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan het intreden van de concreet door hem geleden schade, voldoende zijn dat de eiser kan aantonen dat de onrechtmatige gedraging een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan het risico op dergelijke schade. En ook in bepaalde andere gevallen waarin een causaal verband zeer waarschijnlijk is maar moeilijk bewezen kan worden, kunnen Engelse rechters een omkering of verlichting van de bewijslast toestaan om zo te voorkomen dat de dader aansprakelijkheid voor zijn onrechtmatige gedraging ontloopt.[799]

[797] Peel & Goudkamp 2014, rn 6-001 e.v., p. 143 e.v.; Van Dam 2013, p. 266-269.
[798] Van Dam 2013, p. 316-319.
[799] *Id.*, p. 327-329.

IMVO-gerelateerde zorgplichten van Engelse internationaal opererende ondernemingen

Engelse rechters hebben tot dusverre te maken gehad met een relatief (in vergelijking met andere Europese landen) groot aantal civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen Engelse internationaal opererende ondernemingen inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen. Hoewel het in verschillende van deze procedures is gekomen tot uitspraken van Engelse rechters, waaronder ook het Court of Appeal en het UK Supreme Court (eerder: House of Lords), ging het daarbij telkens om preliminaire kwesties. Voorbeelden zijn *Lubbe v. Cape*-zaak en de procedures tegen Thor Chemicals en RTZ (zie nader par. 3.5.2), die verschillende interessante uitspraken gegenereerd hebben over de vraag wanneer de Engelse rechter rechtsmacht toekomt in een procedure naar aanleiding van schade aan mens en milieu veroorzaakt in niet-Europese gastlanden. Tot een inhoudelijk rechterlijk eindoordeel over het bestaan en de inhoud naar Engels civiel aansprakelijkheidsrecht van zorgplichten voor Engelse ondernemingen ten aanzien van mens- en milieugerelateerde belangen van derden in gastlanden is het vooralsnog niet gekomen. Reden daarvoor is ook dat veel van de in Engeland aangebrachte *foreign direct liability cases* geëindigd zijn in een buitengerechtelijke schikking.

Toch zijn er in de Engelse rechtspraak wel aanknopingspunten te vinden die een idee geven van de omstandigheden waaronder op Engelse internationaal opererende ondernemingen civielrechtelijke IMVO-zorgplichten kunnen komen te rusten. Daarbij ligt de nadruk in het bijzonder op de vraag onder welke omstandigheden Engelse moedermaatschappijen een *duty of care* rust jegens derden die schade lijden als gevolg van activiteiten van hun dochtermaatschappijen in gastlanden. In de *Lubbe v. Cape*-zaak, een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen de Engelse moedermaatschappij van een multinationaal asbestconcern door Zuid-Afrikaanse werknemers van een Zuid-Afrikaanse (klein)dochtermaatschappij die beweerden gezondheidsschade te hebben opgelopen in het kader van hun werkzaamheden voor de dochter (het ging om soortgelijke feiten als in de in par. 3.5.3 besproken *Adams v. Cape*-zaak), werd deze vraag als volgt ge(her)formuleerd:

> "*Whether a parent company which is proved to exercise de facto control over the operations of a (foreign) subsidiary and which knows, through its directors, that those operations involve risks to the health of workers employed by the subsidiary and/or persons in the vicinity of its factory or other business premises, owes a duty of care to those workers and/or other persons in relation to the control which it exercises over and the advice which it gives to the subsidiary company*".[800]

Tot een inhoudelijke beantwoording van deze rechtsvraag is het, zoals gezegd, uiteindelijk niet gekomen in deze procedure, die in 2003 buiten de rechter om geschikt werd.

Een soortgelijke vraag kwam echter aan de orde bij weer een volgende procedure tegen Cape plc., de *Chandler v. Cape*-zaak, en leidde daar wel tot een inhoudelijk eindoordeel. De procedure werd aangebracht door een Engelse werknemer van een Engelse dochtermaatschappij (Cape Products) die stelde gezondheidsschade te hebben opgelopen als gevolg van zijn blootstelling aan asbest in het kader van zijn werkzaamheden voor de (ten tijde van de vaststelling van de gezondheidsschade reeds ontbonden) dochter en daarvoor moedermaatschappij Cape plc. aansprakelijk stelde. De vordering, die draaide om de vraag "[…] *whether Cape owed a direct duty of care to the employees of its subsidiary to advise on, or ensure, a safe system of work for them*", leidde in eerste aanleg tot het oordeel dat de moedermaatschappij en haar dochter hoofdelijk aansprakelijk gesteld konden worden voor vergoeding

[800] *Lubbe v. Cape plc* [1998] *CLC* 1559 (CA), p. 1568.

van schade ontstaan als gevolg van een schending van een *duty of care* die op hen rustte jegens een werknemer van de dochter.[801] Dit oordeel werd in hoger beroep bevestigd door het Court of Appeal.[802]

Het Hof stelt verder, met verwijzing naar de eerdergenoemde IMVO-gerelateerde procedures tegen RTZ en Thor, dat ook door andere rechters al is aangenomen dat het mogelijk is dat op een moedermaatschappij een *duty of care* kan rusten jegens de werknemers van haar dochter. Volgens het Hof is er geen reden om aan te nemen dat een dergelijke zorgplicht alleen bestaat als de moeder absolute controle heeft over de dochter. Daarnaast maakt het Hof nog eens heel duidelijk dat het in deze procedure niet gaat om aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van doorbraak van aansprakelijkheid, maar om de vraag "[…] *whether what the parent company did amounted to taking on a direct duty to the subsidiary's employees*".[803]

Het Hof bevestigt het oordeel van de Rechtbank dat er in casu sprake is van een *duty of care* van de moedermaatschappij jegens de werknemers van haar dochter op basis van een *assumption of liability* (het op zich nemen door de gedaagde zelf van een bijzondere verantwoordelijkheid) door de moeder, die naar het oordeel van het Hof superieure kennis had van de risico's die verbonden waren aan blootstelling aan asbest en daarnaast controle uit kon oefenen over de bedrijfsactiviteiten van haar dochtermaatschappijen en dat ook deed. Daarnaast stelde de moedermaatschappij het gezondheids- en veiligheidsbeleid vast en had zij de mogelijkheid om in te grijpen bij haar dochter ten aanzien van kwesties op dat gebied. Daarmee is volgens het Hof voldaan aan de vereisten van *foreseeability* en *proximity* en is het naar zijn oordeel ook *fair, just and reasonable* onder de omstandigheden van het geval om een *duty of care* van de moedermaatschappij aan te nemen.[804]

Samenvattend stelt het Hof:

> "[…] *this case demonstrates that in appropriate circumstances the law may impose on a parent company responsibility for the health and safety of its subsidiary's employees. Those circumstances include a situation where, as in the present case, (1) the businesses of the parent and subsidiary are in a relevant respect the same; (2) the parent has, or ought to have, superior knowledge on some relevant aspect of health and safety in the particular industry; (3) the subsidiary's system of work is unsafe as the parent company knew, or ought to have known; and (4) the parent knew or ought to have foreseen that the subsidiary or its employees would rely on its using that superior knowledge for the employees' protection. For the purposes of (4) it is not necessary to show that the parent is in the practice of intervening in the health and safety policies of the subsidiary. The court will look at the relationship between the companies more widely. The court may find that element (4) is established where the evidence shows that the parent has a practice of intervening in the trading operations of the subsidiary, for example production and funding issues*".[805]

Met haar uitspraak bevestigt het Hof dat op een moedermaatschappij die een superieure kennis heeft van de gezondheids- en veiligheidsrisico's van de activiteiten in de branche waarin zowel zij als haar dochtermaatschappij werkzaam zijn en die weet of had moeten weten dat de werkzaamheden die voor de dochter verricht worden veiligheidsrisico's met zich brengen, onder omstandigheden een zorgplicht

---

801 *Chandler v Cape plc* [2011] EWHC 951 (QB). Zie hierover nader: Enneking 2012, p. 177-179.

802 *Chandler v Cape plc* [2012] EWCA Civ 525 (CA). Zie hierover ook: Lennarts 2015; Demeyere 2015; Rühmkorf 2015, p. 175-176; Waterbolk 2014, p. 58-60.

803 *Chandler v Cape plc* [2011] EWHC 951 (QB), par. 62-70.

804 *Id.*, par. 72-79.

805 *Id.*, par. 80.

kan rusten om de werknemers van die dochter te behoeden voor schade als gevolg van die werkzaamheden. Vereist is wel dat de moedermaatschappij betrokken is bij de bedrijfsactiviteiten van de dochter in die zin dat zij zich zo nu en dan met aspecten daarvan bemoeit en dat op basis daarvan van haar verwacht mag worden dat zij haar kennis van de veiligheidsrisico's van de werkzaamheden bij de dochter aanwendt om de werknemers van de dochter te beschermen tegen schade als gevolg van die risico's. Hoewel de uitspraak niet ziet op aansprakelijkheid van moedermaatschappijen in een internationale context, dat wil zeggen ten aanzien van werknemers van in andere landen gevestigde dochtermaatschappijen, suggereren de expliciete verwijzingen van zowel de Rechtbank als het Hof naar eerdere procedures waarin dat wel het geval was dat deze zorgplicht ook ten aanzien van werknemers van dochtermaatschappijen in gastlanden kan gelden.[806]

De uitspraak van het Hof schept een precedent voor een eerder naar Engels recht nog niet aangenomen zorgplicht van moedermaatschappijen jegens werknemers van hun dochtermaatschappijen en roept daarmee ook veel vragen op met betrekking tot de toepasbaarheid van dit precedent in andere procedures met betrekking tot soortgelijke situaties. Een belangrijke vraag is bijvoorbeeld in hoeverre een dergelijke zorgplicht ook kan gelden als het gaat niet gaat om werknemers van de dochtermaatschappij, maar om bijvoorbeeld omwonenden van een fabriek van de dochtermaatschappij die gezondheidsschade lijden als gevolg van de activiteiten die daar verricht worden; dit is een vraag die in verschillende andere *foreign direct liability cases* speelt. Verder rijst de vraag in hoeverre een dergelijke zorgplicht ook aangenomen kan worden als het niet gaat om risico's op letselschade die verbonden zijn aan het werken met gevaarlijke stoffen, maar om risico's op schade als gevolg van milieuvervuiling of mensenrechtenschendingen. Daarnaast is een voor de mogelijke gevolgen van deze uitspraak op de ondernemingspraktijk belangrijke vraag welke mate van betrokkenheid van de moedermaatschappij bij de activiteiten van haar dochter precies aanleiding kan zijn voor het aannemen van een dergelijke zorgplicht.[807]

Wat precies de implicaties zijn van de uitspraak van het Court of Appeal in de *Chandler v. Cape*-zaak zal moeten blijken in toekomstige procedures met betrekking tot zorgplichten van moedermaatschappijen jegens derden die schade lijden als gevolg van de activiteiten van haar dochtermaatschappijen, waaronder wellicht procedures tegen Engelse internationaal opererende ondernemingen inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen.[808] Daarbij moet opgemerkt worden dat er in Engeland al één andere met de *Chandler v. Cape*-zaak vergelijkbare (niet internationale) procedure is geweest waarin toepassing aangenomen werd van de in *Chandler* aangenomen *duty of care* van een moedermaatschappij jegens werknemers van haar dochtermaatschappij in verband met de gezondheidsrisico's van hun werkzaamheden; in deze procedure werd een dergelijke zorgplicht echter in hoger beroep afgewezen door het Court of Appeal.[809] Volgens het Hof was het enkele feit dat de directeur van de dochter was aangesteld door de moedermaatschappij niet voldoende voor het aannemen van een dergelijke *duty of care* van de moeder. Op grond van de overige in deze procedure aangevoerde omstandigheden kon niet worden aangenomen dat er sprake was van de vereiste superieure kennis of expertise van de moedermaatschappij over de veiligheids- en gezondheidsrisico's van de door de werknemers van de dochter uitgevoerde werkzaamheden.[810]

Ook in het eindoordeel van de Rechtbank Den Haag uit januari 2013 in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak, dat gebaseerd is op Nigeriaans aansprakelijkheidsrecht (zie nader par. 2.2, 2.4.2 en 2.4.3), wordt

---

806 Zo ook: Demeyere 2015, p. 404.

807 Zie voor verdere vragen ook: Lennarts 2015; Demeyere 2015, p. 406-407; Rühmkorf 2015, p. 178; Waterbolk 2014, p. 60-61.

808 Zie hierover ook: Meeran 2013, p. 392-393.

809 *Thompson v. The Renwick Group plc* [2014] EWCA Civ 635. Zie hierover ook: Lennarts 2015; Waterbolk 2014, p. 62-63.

810 *Thompson v. The Renwick Group plc* [2014] EWCA Civ 635, par. 37.

gerefereerd aan de *Chandler v. Cape*-zaak, in het licht van de nauwe samenhang die in die zaak verondersteld wordt te bestaan tussen het Nigeriaanse en het Engelse recht.[811] De Rechtbank overweegt met betrekking tot de toepasselijkheid van het oordeel in de *Chandler v. Cape*-zaak op feiten en omstandigheden in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak allereerst dat:

> "[…] *de bijzondere relatie ofwel proximity tussen een moedervennootschap en de werknemers van haar in hetzelfde land opererende dochtervennootschap niet zonder meer gelijk kan worden gesteld met de band tussen de moedervennootschap van een internationaal olieconcern en de omwonenden van oliepijpleidingen en olie-installaties van haar (klein)dochtervennootschappen in andere landen*".[812]

Naar haar oordeel is die laatste relatie minder nauw, hetgeen met zich brengt dat minder snel aan het vereiste van *proximity* voldaan zal zijn. Daarnaast is het volgens de Rechtbank in de aan haar voorgelegde situatie ook veel minder snel *fair, just and reasonable* dan in de situatie in de *Chandler v. Cape*-zaak om een *duty of care* voor de moeder maatschappij aan te nemen. Zij overweegt daarbij dat een *duty of care* van een moedermaatschappij jegens omwonenden van oliepijpleidingen en olie-installaties van haar (klein)dochtermaatschappijen, anders dan bij het aannemen van een *duty of care* jegens werknemers van een in hetzelfde land opererende dochtermaatschappij, een *duty of care* jegens een vrijwel onbeperkte groep mensen in vele landen zou creëren.

Een ander verschil tussen de *Chandler v. Cape*-zaak en de Nederlandse Shell Nigeria-zaak dat de Rechtbank ertoe beweegt om de door het *Court of Appeal* in die eerste zaak aangenomen *duty of care* van de moedermaatschappij niet ook aan te nemen in die laatste zaak is het feit dat de schade in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak niet het gevolg is van door de dochtermaatschappij rechtstreeks aan de benadeelden toegebrachte schade. Anders dan in de *Chandler v. Cape*-zaak kan aan de moedermaatschappij in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak:

> "[…] *dus hooguit worden verweten dat zij haar (klein)dochtervennootschap* […] *er niet toe heeft bewogen en/of er niet toe in staat heeft gesteld om schade door sabotage voor omwonenden te voorkomen en te beperken*.[813]

Daarnaast wijst de Rechtbank erop dat niet alle van de in de *Chandler v. Cape*-zaak door het Hof relevant geachte omstandigheden zich ook als zodanig voordoen in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak. De Rechtbank noemt in dit verband onder meer dat in deze laatste procedure de bedrijfsactiviteiten van moeder en dochter niet in essentie dezelfde zijn:

> "[…] *omdat* [de moedermaatschappij] *vanuit Den Haag algemene beleidslijnen uitzet en zich bezig houdt met strategie en risicomanagement wereldwijd, terwijl* [de dochtermaatschappij] *zich bezig houdt met het winnen van olie in Nigeria. Verder valt niet in te zien waarom* [de moedermaatschappij] *meer kennis zou hebben van de specifieke risico's van de bedrijfstak van* [de dochtermaatschappij] *in Nigeria dan* [de dochter] *zelf, en daarom ook niet waarom omwonenden zoals Akpan erop zouden*

[811] Vgl. Rb. Den Haag 30 januari 2013, LJN: ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 4.22: "*Het Nigeriaanse rechtssysteem met betrekking tot niet contractuele verbintenissen tot schadevergoeding is gebaseerd op het common law rechtssysteem van Engeland. Het common law rechtssysteem maakt deel uit van het federale recht van Nigeria en is in alle deelstaten van Nigeria van toepassing. Uitspraken van Engelse rechters die dateren van na de onafhankelijkheid van Nigeria in 1960 zijn formeel niet bindend voor de Nigeriaanse rechter, maar hebben wel persuasive authority en worden in de Nigeriaanse rechtspraak daarom vaak gevolgd*'.

[812] Vgl. Rb. Den Haag 30 januari 2013, LJN: ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 4.29.

[813] *Id.*, par. 4.30. Op grond van het door de partijen in de procedure aangevoerde bewijsmateriaal was het uitgangspunt in de procedure dat de schade het gevolg was van sabotage door derden van door de dochtermaatschappij beheerde pijpleidingen.

> *hebben vertrouwd dat* [de moedermaatschappij] *die eventuele superieure specifieke kennis zou gebruiken ter bescherming van de lokale gemeenschap bij Ikot Ada Udo*.[814]

Dit alles leidt tot het oordeel van de Rechtbank dat:

> "[…] *de bijzondere omstandigheden op basis waarvan de moedervennootschap in Chandler v Cape aansprakelijk is gehouden, niet zodanig vergelijkbaar zijn met die in de onderhavige zaak, dat alleen al op grond daarvan kan worden aangenomen dat een duty of care op* [de moedermaatschappij] *is komen te rusten ten aanzien van* [de eisers]".[815]

Hoewel het Gerechtshof Den Haag in zijn uitspraak van 18 december 2015 de (naar Nigeriaans recht te beoordelen) aansprakelijkheidsvraag nog niet behandelde, wijdde het enige woorden aan de merites van de door de eisers ingestelde vorderingen tegen de moedermaatschappij in reactie op het door de gedaagde ondernemingen opgeworpen bevoegdheidsverweer dat deze vorderingen 'evident kansloos' zouden zijn.[816] Het Gerechtshof wijdt daarbij ook enkele woorden aan de *Chandler v. Cape*-zaak en overweegt in dit verband over meer:

> "*Dat laatstbedoelde uitspraak – waarin niet is uitgesloten dat ook andere omstandigheden dan welke in die zaak aan de orde waren kunnen leiden tot een duty of care voor de moedervennootschap – in een geval als hiervoor geschets in geen enkel opzicht precedentwerking kan hebben (ten nadele van RDS) staat niet op voorhand vast en volgt meer speciaal ook niet uit de nadien gegeven beslissing in de zaak* Thompson v The Renwick Group Plc […] *waarin een niet in alle opzichten vergelijkbare casus speelde; onder andere was sprake van een zuivere holdingvennootschap, met dochtervennootschappen met sterk uiteenlopende bedrijfsactiviteiten* […]*. Wel lijkt de beslissing in* Thompson v The Renwick Group Plc *erop te wijzen dat een duidelijke samenhang is vereist tussen de geleden schade en de rol die de moedermaatschappij binnen de groep heeft vervuld; waar het volgens Tomlinson LJ om gaat is dat er sprake is van een situatie waarin de moedervennootschap vanwege* 'it's superior knowledge or expertise' 'is better placed' *om in te grijpen* […]".[817]

Andere relevante gronden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid

Het Engelse civiele aansprakelijkheidsrecht kent ook een aantal andere *torts* die onder omstandigheden relevant zouden kunnen zijn in de IMVO-context. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan bijvoorbeeld gedacht worden aan *breach of a statutory duty* (inbreuk op een wettelijke verplichting)*, trespass to the person* en *nuisance*.[818] Onder *trespass to the person* wordt onder meer verstaan het opzettelijk of roekeloos veroorzaken van letselschade bij een ander (*assault*), het intentioneel en zonder toestemming maken van een schadelijk of ongewenst contact met een anders persoon (*battery*) en onrechtmatige beperking van een anders bewegingsvrijheid (*false imprisonment*). De *tort* van *private nuisance* is een handeling die inbreuk maakt op het genot dat een persoon heeft van zijn land of van zijn huis en erf of op een recht dat hij heeft op het land van een ander persoon; gedacht kan worden aan het veroorzaken van rook, geluid of geuren. Een claim op basis van *private nuisance* kan slechts

[814] *Id.*, par. 4.31.
[815] *Id.*, par. 4.32.
[816] Zie Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (olielekkage Goi), par. 3.2, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 (olielekkage Ikot Ada Udo), par. 2.2, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (olielekkage Oruma), par. 2.2.
[817] *Ibid.*
[818] Vgl. McCorquodale 2015, p. 15-16; Rühmkorf 2015, p. 167.

ingediend worden door een persoon die een eigendomsbelang heeft in het land en de schade moet voorzienbaar zijn en gerelateerd aan het stuk land (bijvoorbeeld: materiële schade, verlies van voorzieningen, verlies van waarde).[819] Daarnaast kent het Engelse civiele aansprakelijkheidsrecht een aantal wettelijke gronden voor aansprakelijkheid die relevant zouden kunnen zijn in de IMVO-context. Een voorbeeld is de Environmental Protection Act 1990, waarin verschillende strikte aansprakelijkheidsgronden voor verschillende vormen van milieuvervuiling zijn opgenomen.[820]

Daarnaast kent het Engelse recht ook een strikte aansprakelijkheid van werkgevers voor schade toegebracht aan derden voor de onrechtmatige gedragingen van hun werknemers. Allereest moet er sprake zijn van werkgever-werknemer relatie. Daarbij hoeft geen sprake zijn van een arbeidscontract; relevant is de mate van onafhankelijkheid waarmee de werknemer zijn werkzaamheden uitvoert, wie de arbeidstijden bepaalt en wie controle heeft over de werkzaamheden. Daarnaast moet de werknemer een onrechtmatige daad gepleegd hebben, zoals *negligence*. En verder moet de onrechtmatige gedraging plaatsgevonden hebben in het kader van de werkzaamheden voor de werkgever. Is aan deze voorwaarden voldaan, dan is de werkgever strikt aansprakelijk voor de door de derde als gevolg van de onrechtmatige gedraging van de werknemer geleden schade.[821]

Verder is het ook in Engeland mogelijk voor consumenten en concurrenten om een onderneming aansprakelijk te stellen voor oneerlijke handelspraktijken; in het Engelse recht vindt handhaving van de betreffende regels echter primair plaats via het strafrecht en niet via het civiele aansprakelijkheidsrecht.[822]

Remedies

Als eenmaal vaststaat dat de aangesproken (rechts)persoon jegens de benadeelde aansprakelijk is vanwege het plegen van een *tort*, rijst de vraag op welke remedies de benadeelde aanspraak kan maken. Welke remedies in een concreet geval beschikbaar zijn hangt samen met de *tort* waarop de vordering gebaseerd is. Het meest voorkomende gevolg van het vaststellen van aansprakelijkheid op grond van *tort* is een veroordeling tot schadevergoeding. Binnen het Engelse schadevergoedingsrecht (*law of damages*) bestaan verschillende soorten schadevergoeding, die in de eerste plaats te onderscheiden zijn in compensatoire en niet-compensatoire schadevergoeding. De laatste categorie valt weer uiteen in *nominal damages*, *exemplary damages*, *restitutionary damages*, *restitutionary damages*, *liquidated damages* en *vindicatory damages*.

Voor de meeste *torts*, waaronder de *tort of negligence*, is vereist dat de eisende partij nadeel heeft geleden. Als hij de omvang van het geleden nadeel kan aantonen dan ontvangt hij compensatie voor het op geld te waardelen deel van zijn nadeel. Daaronder vallen bijvoorbeeld medische kosten, verlies aan inkomen, reparatie- of vervangingskosten, enz. Verder is naar Engels recht schadevergoeding toegekend worden voor immateriële schade, zoals pijn en lijden (*pain and suffering*) en gederfde levensvreugde (*loss of amenity*) in gevallen van letselschade. Komt het slachtoffer te overlijden, dan kunnen ook derden, zoals de partner en de kinderen, aanspraak maken op schadevergoeding voor begrafeniskosten en gederfde onderhoudskosten. Daarnaast kunnen de meest naaste verwanten van een persoon die is overleden als gevolg van een ongeval ook een vast bedrag aan affectieschade (*damages for bereavement*) vorderen van de aansprakelijk gestelde persoon.[823]

---

819 Zie nader: Van dam 2013, p. 444-448.

820 Vgl. McCorquodale 2015, p. 15-16. Hij noemt ook nog de Employers Liability (Defective Equipment) Act 1969 en de Occupiers Liability Acts 1957 en 1984.

821 Van Dam 2013, p. 508-511.

822 Zie bijvoorbeeld: Koutsias & Willett 2013.

823 Van Dam 2013, p. 357, 363-364, 366-372.

Voor andere *torts* is niet vereist dat wordt aangetoond dat en in hoeverre nadeel is geleden; deze *torts* zijn '*actionable per se*'. Te denken valt aan erfvredebreuk (*trespass to land*). Zij kunnen leiden tot de toekenning van *nominal damages*: een klein bedrag waarmee wordt bevestigd dat de benadeler een recht van de benadeelde heeft geschonden. Onder omstandigheden kunnen *nominal damages* ook toegekend worden in situaties dat voldoende zeker is dat schade is geleden, maar de omvang daarvan niet voldoende is of kan worden aangetoond.[824]

Als het gewenst geacht wordt dat de benadeler niet alleen de schade die hij heeft veroorzaakt compenseert maar ook bestraft wordt voor de door hem begane onrechtmatige daad, kunnen *exemplary damages* worden toegekend. Het bestraffende karakter van deze vergoedingscategorie is niet onomstreden en Engelse rechters zijn gematigd in de toepassing ervan. Tegenwoordig wordt aangenomen dat in een beperkt aantal gevallen *exemplary damages* kunnen worden toegekend. Daarbij gaat het vooral om gevallen waarin de aangesproken (rechts)persoon bij zijn onrechtmatige gedraging cynische en calculerend te werk is gegaan door erop te rekenen dat de onrechtmatige gedraging, zelfs bij veroordeling tot schadevergoeding voor eventueel door derden gelden schade, hem een nettowinst zou opleveren. *Exemplary damages* worden niet toegekend voor in letselschadezaken, zelfs niet als het gaat om ernstig letsel of ernstig nalatig gedrag.[825]

Verwant aan de *exemplary damages* zijn de *aggravated damages*. Anders dan bij *exemplary damages* gaat het bij deze vorm van schadevergoeding echter niet alleen om het gedrag van de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon maar om het bieden van compensatie voor het effect dat dat gedrag heeft op de geestelijke toestand van de benadeelde. Als het onrechtmatige gedrag van de benadeler leidt tot een toename van stress of een gevoel van verlies van waardigheid, is dat reden om meer vergoeding toe te kennen dan voor compensatie noodzakelijk is. Deze categorie van vergoedingen wordt typisch gebruikt bij privacy-schendingen. Algemeen wordt aangenomen dat *aggravated damages* niet worden toegekend als aansprakelijkheid is gebaseerd op *negligence*.[826]

Een meer recente vorm van schadevergoeding zijn de *vindicatory damages*. Deze zijn niet-compensatoir in aard en worden met name toegekend voor schendingen van de reputatie. De omvang van de vergoeding is zodanig dat de reputatie van de benadeelde publiekelijk wordt verzekerd. Ofschoon *vindicatory damages* oorspronkelijk werden toegekend in zaken waarin iemands reputatie werd geschonden, zijn zij later ook toegekend in Caribische zaken waarin sprake was van een schending van constitutionele rechten. Hierbij valt te denken aan het recht op vrijheid en veiligheid van de persoon.[827] In 2011 besliste het Supreme Court echter in de zaak *Lumba*, waarin sprake was van vrijheidsberoving, dat een rechtsschending niet een grond is voor toekenning van *vindicatory damages* in het Verenigd Koninkrijk.[828] Dat doet er niet aan af dat een compensatoire schadevergoeding ook (mede) een *vindicatory* karakter kan dragen, zonder dat de vergoeding in omvang de schade overstijgt.[829]

Een laatste categorie van niet-compensatoire vergoedingen die hier genoemd kan worden zijn de *restitutionary damages*. Deze worden toegekend in situaties waarin het onrechtmatige gedrag van de benadeler hem voordeel oplevert dat meer is dan het nadeel dat de benadeelde lijdt. Zij hebben dan

---

824 McGregor 2014, rn 12-001-12-005, p. 447-450; Van Dam 2013, p. 357-358.

825 McGregor 2014, rn 13-021, p. 467ff; Van Dam 2013, p. 358. Zie ook: *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129.

826 Peel & Goudkamp 2014, rn 23-026 e.v., p. 697 e.v.; McGregor 2014, rn 45-011, p. 1751ff; Van Dam 2013, p. 358. Zie ook: *Kralj v McGrath* [1986] 1 All E.R. 54.

827 McGregor 2014, rn 16-002 en 16-012, p. 598 en 602-603.

828 *R (Lumba) v Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 12, onder 100 (Lord Dyson).

829 Zie nader: Wilcox 2012.

ook betrekking op ongerechtvaardigde verrijking. Dit type schadevergoeding wordt, in geval van buitencontractuele aansprakelijkheid, vooral toegekend bij onrechtmatig gebruik en bezit van land.[830]

Behalve schadevergoeding, in welke vorm ook, kan een benadeelde of iemand die verwacht door een gedraging van een ander te worden benadeeld een gerechtelijk bevel of verbod vorderen (een *injunction*). Een *injunction* kan in principe bij alle *torts* worden gevorderd. Een verbodsactie met het oog op toekomstig onrechtmatig handelen is ook mogelijk, maar wordt zelden toegewezen.[831]

Procedurele en praktische omstandigheden

Is een Engelse rechter bevoegd om kennis te nemen van een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een internationaal opererende onderneming voor vermeende schendingen van IMVO-gerelateerde zorgplichten, dan is Engelse recht als de *lex fori* toepasselijk op procedurele kwesties zoals de mogelijkheden tot bewijsverkrijging en de rechtspleging.[832] Drie belangrijke mogelijke procedurele en praktische drempels voor potentiële eisers in civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen zijn de kosten die gemoeid zijn met procederen, de mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties en de mogelijkheden tot het verkrijgen van bewijs.[833] Daarbij moet voorop gesteld worden dat in procedures voor de Engelse rechter, net als in Nederland, een ondergrens gesteld wordt door art. 6 EVRM, waarin het recht op een eerlijk proces is vastgelegd.

De kosten van civiele procedures voor de Engelse rechter vallen uiteen in griffierechten, die onder meer de administratieve kosten van de rechtbank en haar uitgaven aan bijvoorbeeld door de rechter ingeschakelde getuigen en experts omvatten, en buitengerechtelijke kosten, die vooral de advocatenkosten en de kosten voor door de partijen ingeschakelde experts omvatten. Alleen de griffierechten worden vastgesteld op basis van de wet. Partijen zijn vrij om de hoogte van de advocatenkosten te bepalen en deze mogen in Engeland in vergaande mate worden vastgesteld op basis van resultaatsgerelateerde beloningsafspraken (*'no win no fee'*). Dit gebeurt met name in de vorm van voorwaardelijke bonusregelingen (*success fees*), waarbij advocaten in een zaak die zij winnen een verhoogd honorarium mogen vragen, dat echter niet hoger mag zijn dan een bepaald percentage van de toegekende schadevergoeding.[834] In het kader van IVMO-zaken is het van belang te vermelden dat dit tevens geldt voor bepaalde strafzaken, zoals die ter bescherming van het milieu.[835]

De kosten van de procedure komen in beginsel voor rekening van de verliezende partij. Daarbij staat het *indemnity principle* centraal; er wordt gestreefd naar een volledige vergoeding van de werkelijke kosten die door de andere partij zijn gemaakt.[836] De rechter dient echter te beoordelen of de gemaakte kosten redelijk zijn en of de advocaat van de wederpartij zorgvuldig te werk is gegaan.[837] Resultaatsgerelateerde beloningsafspraken vallen sinds april 2013 niet langer onder het *indemnity principle* en kunnen dus niet meer verhaald worden op de verliezende partij. Indien de gedaagde zich

[830] Zie bijvoorbeeld N. Anana, 'Restitutionary damages for breach of contract: a bad precedent?', Financial and Commercial Law Blog (9 februari 2013), <https://blogs.kcl.ac.uk/kslrcommerciallawblog/2013/02/09/restitutionary-damages-for-breach-of-contract-a-false-precedent/>.
[831] Zie uitgebreid: Deakin e.a. 2013, p. 874-880.
[832] Art. 1 lid 3 Rome II-Vo.
[833] Enneking 2013(2); Enneking 2012(1), p. 187-202, 256-265.
[834] Zie bijvoorbeeld Meeran 2013, p. 395-396.
[835] Art. 82 Environmental Protection Act 1990.
[836] Art. 58A lid 6 Courts and Legal Services Act 1990.
[837] Faure e.a. 2006, p. 62.

zorgen maakt over de verhaalbaarheid van zijn kosten bij de eiser, dan kan de rechter de eisende partij gelasten zekerheid te stellen voor de te verwachten kosten in geval van verlies.[838]

Zijn de eisers door hun persoonlijke of economische omstandigheden niet in staat om de kosten van de procedure op te brengen, zoals het geval kan zijn in civiele aansprakelijkheidsprocedures inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen, dan bestaat er in het Verenigd Koninkrijk in beginsel de mogelijkheid tot een beroep op gesubsidieerde rechtsbijstand. Vorderingen die door middel van een voorwaardelijke bonusregeling gefinancierd kunnen worden, komen niet voor gesubsidieerde rechtsbijstand in aanmerking.[839] Bij de beoordeling of aan een individu gesubsidieerde rechtsbijstand zal worden verleend, wordt niet alleen zijn vermogenstoestand beoordeeld, maar wordt er ook een strenge inhoudelijke toets toegepast. In deze toets wordt onder andere gekeken naar de kans van slagen, de te verwachten kosten en baten, het belang van de vordering, het gedrag van de aanvrager in andere rechtszaken en het publieke belang.[840] Daarnaast komen slechts specifieke categorieën van vorderingen voor gesubsidieerde rechtsbijstand in aanmerking die zijn genoemd in de wet, waaronder in beginsel bijvoorbeeld procedures met betrekking tot (grensoverschrijdende) milieuvervuiling.[841] Er worden geen voorwaarden gesteld wat betreft de nationaliteit of woonplaats van de eiser.[842] Kan de eisende partij aanspraak maken op gesubsidieerde rechtsbijstand, dan kunnen op die manier de kosten van de eisende partij geheel of gedeeltelijk gedekt worden. Een partij die gesubsidieerde rechtsbijstand geniet, kan slechts in de kosten worden veroordeeld voor zover die door zijn economische situatie worden toegelaten.[843]

Voorbeelden van IMVO-gerelateerde procedures die gefinancierd werden op grond van gesubsidieerde rechtsbijstand zijn de procedures tegen Cape plc., RTZ en Thor Chemicals (zie par. 3.5.2). Als gevolg van toenemende beperkingen in het Engelse rechtsbijstandsregime zijn latere zaken echter op *no win no fee*-basis gefinancierd. Er is vanuit de IMVO-hoek veel kritiek geweest op de hervorming van de kostenregeling in civiele procedures die op 1 april 2013 van kracht is geworden, omdat deze een financiële drempel introduceert voor advocaten waar het gaat om het aannemen van complexe procedures door kleine groepen eisers, aangezien deze bij winst een lager totaal bedrag aan schadevergoeding opleveren. Daarbij speelt een belangrijke rol dat gemaakte kosten wel verhaald mogen worden op de wederpartij, maar alleen voor zover zij het toegekende bedrag aan schadevergoeding niet overstijgen. Een bijkomende moeilijkheid is dat op grond van de bepalingen van de Rome II-Verordening het toepasselijke recht in IMVO-gerelateerde juridische procedures in veel gevallen dat van het gastland zal zijn, waar schadevergoedingsbedragen veelal lager zullen zijn dan in het Verenigd Koninkrijk. Verder is van belang dat voor letselschadezaken een regeling is ingevoerd op grond waarvan de gedaagde als hij verliest de kosten van de eiser moet betalen, maar de eiser als hij verliest niet de kosten van de gedaagde hoeft te betalen; deze bepaling geldt echter niet in procedures die bijvoorbeeld draaien om milieuschade alleen.[844]

Er zijn verschillende mogelijkheden in het Engelse civiele procesrecht voor het indienen van collectieve (schadevergoedings)acties, ook in het kader van het algemeen belang, waarvan de meesten op basis van een opt-in systeem werken.[845] De meest gebruikte mechanismen voor het indienen van een

---

838 Art. 25.13 Civil Procedure Rules.

839 Zie Funding Code 2000.

840 Art. 11 Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012.

841 Schema 1, deel 1, art. 42 en 44 Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012.

842 Zie Study on the Transparency of Costs of Civil Judicial Proceedings in het European Union – Country Report United Kingdom', 2007, <https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=6f836b12-5176-4fa1-ba04-90bb8b1e0dec>, p. 60

843 Art. 11 Access to Justice Act 1999.

844 Zie Meeran 2013, p. 396-398.

845 Zie de informatie over *collective redress* in Frankrijk op de BIICL-website: <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/reports/ew/overview>.

collectieve actie zijn de *Group Litigation Order* en de *Representative action*.[846] Bij een *Group Litigation Order* dient er sprake te zijn van minimaal twee rechtszaken die verwant zijn aan elkaar. De rechter kan dan beslissen om deze samen te voegen, waarna gemeenschappelijke kwesties opgelost kunnen worden door verder te procederen met een beperkt aantal '*lead cases*'.[847] Van een *Representative action* is sprake indien een eiser uit zijn eigen naam en in naam van (minimaal één) andere een vordering indient in verband met een (beweerdelijk) geschonden recht. Er worden in beginsel geen speciale voorwaarden gesteld aan het voeren van een collectieve actie. Verder is het interessant dat het in Engeland mogelijk is dat een collectieve actie betaald wordt door een derde partij die zelf niet verder betrokken is bij de rechtszaak in ruil voor een deel van de schadevergoeding bij winst.

De bewijslast in civiele procedures voor de Engelse rechter ligt in beginsel bij de eisende partij. Als uitgangspunt met betrekking tot de bewijsgaring geldt dat er een algemene procedurele verplichting bestaat voor de wederpartij tot het geven van inzage in bewijsstukken die hij tot zijn beschikking heeft ('*disclosure*'). Een partij moet inzage geven in de documenten waarop hij zich baseert, negatieve invloed hebben op zijn eigen zaak, negatieve invloed op de zaak van de wederpartij, de zaak van de wederpartij steunen en in de documenten waarvan dat gebruikelijk is in de relevante praktijk.[848] Van beide partijen wordt verwacht dat zij een redelijke zoektocht uitvoeren naar bovengenoemde documenten, maar deze is gelimiteerd tot de documenten die een partij in zijn bezit heeft.[849] Verder heeft de Engelse rechter verschillende mogelijkheden om inzage af te dwingen of om uit eigener beweging te vragen om bewijsstukken die niet door de partijen in geding zijn gebracht.[850]

Het belang van deze mogelijkheden in de IMVO-context is groot. Zo werd in de procedure tegen Anglo American South Africa Ltd (zie nader par. 3.5.2) door het Engelse High Court opgemerkt dat er zonder *disclosure* van documenten een zeer groot risico zou zijn "[…]*that the claimants will be contesting jurisdiction at an unfair disadvantage*".[851]

3.5.5 Toegang tot de strafrechter

In Engeland bestaat geen omvattend Wetboek van Strafvordering met een eenduidige regeling van rechten en bevoegdheden in de strafvordering, procedures en posities van deelnemers aan het strafproces. Het strafprocesrecht bestaat uit deelwetgeving, rechtspraak, *guidelines* en codes. Er is geen openbaar ministerie zoals dat in de andere onderzochte landen bestaat. Wel is er een Crown Prosecution Service (CPS), ingesteld bij de Prosecution of Offenders Act 1985 (hierna: POA). Een belangrijke taak van de CPS is het overnemen van vervolgingen die door de politie zijn ingesteld (section 3 (2) POA).

De politie verkrijgt kennis van strafbare feiten doordat burgers meldingen daarvan doen, slachtoffers van strafbare feiten aangifte doen, en door uitoefening van politietaken. De politie onderzoekt het strafbare feit, stelt het dossier samen en neemt de vervolgingsbeslissing. Het doet daartoe een formele aanklacht bij het gerecht dat bevoegd is kennis te nemen van het desbetreffende strafbare feit. In het strafproces heeft het slachtoffer niet een positie als zodanig; het heeft geen 'locus standing'.[852] Het slachtoffer kan een getuige zijn en heeft geen andere rechten tijdens het strafproces. Wel kan het slachtoffer een schriftelijke slachtofferverklaring op laten stellen en deze in het dossier laten voegen. Deze *Victim Personal Statement* (VPS) mag de strafrechter gebruiken voor het bepalen van de

[846] Art. 19.10-19.15 Civil Procedure Rules en art. 19.6-19.9F Civil Procedure Rules.
[847] Zie, met een focus op de IMVO-context: Meeran 2013, p. 399-400.
[848] Art. 31.6 Civil Procedure Rules.
[849] Art. 31.7-31.8 Civil Procedure Rules.
[850] Artt. 31.12 en 31.17 Civil Procedure Rules.
[851] *Vava v. Anglo American South Africa Ltd*, High Court (Queen's Bench Division) 16 juli 2012, [2012] EWHC 1969 (QB). Zie ook: Meeran 2013, p. 393.
[852] Brienen & Hoegen 2000, p. 244; Gritter 2013, p. 244.

strafmaat, maar de opinie van het slachtoffer over wat de straf volgens hem zou moeten zijn, moet de rechter buiten beschouwing laten.[853] De VPS staat tegenwoordig open voor vrijwel alle soorten slachtoffers, inclusief ondernemingen en liefdadigheidsinstellingen. Alleen overheidsorganen en daaraan gelieerde organisaties zijn uitgesloten.[854]

Het slachtoffer heeft – anders dan de andere onderzochte landen – niet de mogelijkheid een vordering tot schadevergoeding te voegen in het strafproces. Wel kan de strafrechter die een verdachte heeft veroordeeld ambtshalve of op verzoek de veroordeelde een *compensation order* opleggen op grond van artikel 130 Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000. Het verzoek kan niet door het slachtoffer worden gedaan. Wel kan de openbaar aanklager dit verzoek doen, en daartoe kan hij zijn aangespoord door het slachtoffer dat zijn wens om dit verzoek te doen aan de openbaar aanklager bekend heeft gemaakt.[855] De *compensation order* verplicht de veroordeelde om een bedrag aan het slachtoffer van het delict[856] waarvoor hij is veroordeeld te betalen. Dit bedrag strekt ter compensatie van schade die het gevolg is van dat delict, of het gevolg is van een ander delict dat de strafrechter heeft meegenomen bij het bepalen van de op te leggen straffen (zie art. 130 (1)(a) Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000). Betreft het een delict dat is afgedaan door het Magistrates Court – en dat doet het merendeel van de strafzaken af – dan het bedrag niet hoger zijn dan 5.000 Britse pond (zie art. 131 (1) Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000). De strafrechter stelt een bedrag vast dat zijns inziens 'appropriate' is gelet op hetgeen de verdachte en de openbaar aanklager hebben ingebracht aan verklaringen en bewijs (zie art. 130 (4) Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000). Het slachtoffer heeft hier geen inbreng in. Ingeval het slachtoffer door het delict om het leven is gekomen, kan de *compensation order* ook omvatten de plicht om aan de nabestaanden de kosten voor de begrafenis te vergoeden. Wanneer de strafrechter bevoegd is om een *compensation order* op te leggen omdat aan de daartoe gestelde eisen is voldaan, en hij besluit de order niet te bevelen, dan moet hij dat in zijn strafmotivering uitleggen (art. 130 (3) Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000).[857]

Slachtoffers van strafbare feiten kunnen een private vervolging starten. Dit volgt uit de Prosecution of Offenders Act 1985. De *Director of Public Prosecution* (DPP) heeft het recht de vervolging van het slachtoffer over te nemen of over te nemen om deze vervolgens te stoppen, zie section 6 POA. Als de DPP overneemt, is dat meestal om de vervolging te stoppen.[858] De mogelijkheid van private vervolging wordt niet veel benut.[859] Het is een correctiemechanisme op het vervolgingsbeleid van de CPS.[860]

Een strafrechtelijke veroordeling kan als bewijs van feiten in een civiele procedure worden toegelaten, maar de civiele rechter is hier niet aan gebonden.[861]

---

[853] Zie het laatste Principle van de Victim Personal Statements Legal Guidance van de CPS, <http://www.cps.gov.uk/legal/v_to_z/victim_personal_statements/#a04>. Zie voor een bespreking van de VPS: Gritter 2013, p. 243, 246-249.

[854] Zie UK Ministry of Justice, 'Code of Practice for Victims of Crime', oktober 2015 <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/476900/code-of-practice-for-victims-of-crime.PDF>, p. 4-5.

[855] Dyson & Randall 2015, p. 55.

[856] Voor delicten onder de Theft Act 1968 en voor verkeersdelicten gelden uitzonderingen en beperkingen, zie art. 130 Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000.

[857] Dit wordt wel gezien als een merkwaardige motiveringsplicht, want hoe moet de strafrechter uitleggen dat hij geen redenen ziet voor compensatie als hij niet de compensatie heeft overwogen, aldus Dyson & Randall 2015, p. 55, noot 217.

[858] Dyson & Randall 2015, p. 59.

[859] Dyson & Randall 2015, p. 58; Gritter 2013, p. 250.

[860] Gritter 2013, p. 250.

[861] Dyson & Randall 2015, p. 68-69.

Het voorgaande maakt duidelijk dat het Engels strafprocesrecht weinig te bieden heeft aan ondersteuning van civiele procedures of aanvulling daarvan. De belangrijkste functie is dat schendingen van IMVO-normen die onder een strafbepaling vallen aan de strafrechter kunnen worden voorgelegd.

3.5.6 *Case studies* materieel strafrecht

Bribery Act 2010

De Engelse Bribery Act 2010 (hierna: Bribery Act) biedt een inspirerend voorbeeld van inzet van het strafrecht om schendingen van een MVO-norm tegen te gaan, ook in grensoverschrijdende gevallen. Hoewel dit onderzoek zich richt op bedrijfsgerelateerde mensenrechtschendingen inzake mens en milieu, en een uitgebreide beschrijving van de aanpak van corruptie derhalve buiten het bestek van dit onderzoek valt, verdient de Bribery Act wel bespreking. Dit vanwege een specifieke strafbepaling die een onderneming strafrechtelijk aansprakelijk stelt voor het niet voorkomen van corruptie binnen de onderneming (art. 7). Deze strafbepaling heeft extraterritoriale reikwijdte. Het model dat ten grondslag ligt aan deze strafbaarstelling kan tot inspiratie dienen om een dergelijke benadering toe te passen op andere terreinen waar schending van IMVO-normen aan de orde zijn.

De Bribery Act is op 1 juli 2011 in het Verenigd Koninkrijk in werking getreden. Naast de strafbepalingen inzake actieve en passieve corruptie in de publieke als de private sector en de strafbepaling voor het omkopen van een buitenlandse ambtenaar (art. 1-6 Bribery Act) kent de wet de strafbepaling voor 'failure to prevent bribery' van artikel 7 Bribery Act. Ingevolge deze laatste bepaling is een onderneming strafrechtelijk aansprakelijk wanneer zij kort gezegd er niet in is geslaagd om corruptie te voorkomen. Een onderneming overtreedt deze strafbepaling wanneer een persoon die verbonden is aan of optreedt voor de onderneming een ander omkoopt (actieve corruptie, zoals strafbaar gesteld in art. 1 of art. 6 Bribery Act) met het oog op het behalen of behouden van zaken of een zakelijk voordeel voor de onderneming, zie artikel 7 (1) Bribery Act. Artikel 8 Bribery Act bepaalt wanneer een persoon verbonden is aan of optreedt voor de onderneming.

De strafbepaling van artikel 7 (1) Bribery Act kent geen subjectieve bestanddelen. De enkele omstandigheid dat een persoon die is verbonden aan of optreedt voor de onderneming zich schuldig maakt aan actieve corruptie ten bate van de onderneming, leidt reeds tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van de onderneming. De onderneming hoeft de actieve corruptie van de ander niet te hebben bevorderd, noch dient hij daarvan kennis te hebben. De onderneming kan zich alleen disculperen wanneer zij aantoont dat zij adequate maatregelen heeft genomen om te voorkomen dat een met haar verbonden of voor haar optredend persoon zich schuldig maakt aan actieve corruptie. Daarmee bevat artikel 7 (1) Bribery Act een risico-aansprakelijkheid. Dat wijkt af van hetgeen in het Verenigd Koninkrijk gebruikelijk is voor het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen.[862]

De strafbepaling van artikel 7 (1) Bribery Act geldt alleen voor zgn. relevante commerciële ondernemingen. Dit zijn in de eerste plaats ondernemingen die statutair gevestigd zijn in het Verenigd Koninkrijk dan wel in het Verenigd Koninkrijk geformeerde samenwerkingsverbanden, en ongeacht of hun ondernemingsactiviteiten in het Verenigd Koninkrijk plaatsvinden of daarbuiten. In de tweede plaats zijn dat ondernemingen die in het buitenland statutair gevestigd zijn dan wel in het buitenland als samenwerkingsverband ijn geformeerd, maar die hun ondernemingsactiviteiten geheel of gedeeltelijk in het Verenigd Koninkrijk uitoefenen, artikel 7 (5) Bribery Act. Dit betekent dat een buitenlandse onderneming die (een deel van haar) bedrijf uitoefent in het Verenigd Koninkrijk, ook onder de

[862] Zie Meyer, Van Roomen & Sikkema 2014, p. 41-44.

reikwijdte van de strafbepaling van artikel 7 (1) Bribery Act valt. Daarmee heeft deze strafbepaling extraterritoriale werking. In de Bribery Act is niet gedefinieerd wanneer een buitenlandse onderneming wordt geacht een deel van haar ondernemingsactiviteiten in het Verenigd Koninkrijk uit te oefenen. Volgens de Guidance van het Ministerie van Justitie opgesteld op basis van artikel 9 Bribery Act dient hier een 'common sense approach' te worden gevolgd, waarbij uiteindelijk de rechter in het licht van de gegeven omstandigheden van het geval moet bepalen of een buitenlandse onderneming een deel van haar bedrijf in het Verenigd Koninkrijk uitoefent. De aanwezigheid van een onderneming dient in elk geval aantoonbaar te zijn.[863] Een enkele notering van de aandelen op de London Stock Exchange volstaat niet.[864] En de enkele omstandigheid dat een dochteronderneming in het Verenigd Koninkrijk actief is, is evenmin voldoende om de moeder te laten kwalificeren als onderneming met een deel van haar ondernemingsactiviteiten binnen het Verenigd Koninkrijk. De dochteronderneming kan immers onafhankelijk van de moeder opereren.[865]

Voorts geldt de strafbepaling van artikel 7 (1) Bribery Act alleen ingeval van actieve corruptie door personen die zijn verbonden aan of optreden voor de onderneming. Dat zijn blijkens artikel 8 Bribery Act de personen die diensten verrichten voor of namens de onderneming. Dat kunnen werknemers zijn, maar ook agenten en ondergeschikten. Van werknemers wordt vermoed dat zij diensten verrichten voor of namens de onderneming. Blijkens de Guidance kunnen bijvoorbeeld opdrachtnemers en toeleveranciers personen zijn die vallen onder artikel 7 (1) Bribery Act.[866] Daarmee vallen ketenpartners binnen het bereik van de wet. De Guidance gaat er van uit dat aannemelijk is dat alleen de wederpartij van de onderneming wiens identiteit de onderneming kent, onder artikel 7 (1) Bribery Act zal vallen. Die bepaling zal in de regel niet zover gaan dat zij ook gedragingen van onbekende onderaannemers ergens in de productieketen omvat.[867] Voorts geldt nog als beperking dat de actieve corruptie ten bate van de onderneming moet zijn verricht. Dat veronderstelt dat er een relatie is tussen degene die de corruptiegedraging verricht en de onderneming.

De strafbepaling van artikel 7 (1) Bribery Act geldt niet als de onderneming een beroep kan doen op het zgn. *due diligence defence* van artikel 7 (2) Bribery Act en derhalve kan aantonen op basis van de bewijsmaatstaf van een *balance of probabilities*[868] dat zij adequate maatregelen heeft getroffen om actieve corruptie binnen haar organisatie te voorkomen. Aldus fungeert een zorgplicht als een wettelijke strafuitsluitingsgrond. Een belangrijke strafuitsluitingsgrond, omdat deze de onderneming kan vrijwaren van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

In de Guidance wordt door middel van zes beginselen aangegeven welke maatregelen van ondernemingen mogen worden verwacht. De beginselen zijn voorzien van commentaar en voorbeelden. Zij zijn niet uitputtend en dienen dan ook slechts ter indicatie. Zij moeten passen voor zowel kleine als grote ondernemingen en al naar gelang de risico's op corruptie die zij lopen in de gegeven omstandigheden (waarbij onder meer tellen aard en omvang van de ondernemingsactiviteiten, de plaats waar deze worden uitgeoefend, de markt waarin de onderneming actief is, (lokale) gebruiken, etc.). Uiteindelijk dient de onderneming die maatregelen te nemen die passen bij de onderneming zelf en proportioneel in het licht van de risico's op corruptie, waarbij '(…) the outcome should always be robust and effective anti-bribery procedures.'[869]

---

[863] Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010. Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*, March 2011, p. 15, zie <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>.

[864] Guidance, p. 15-16.

[865] Guidance, p. 16.

[866] Guidance, p. 16.

[867] Guidance, p. 16.

[868] Meyer, Van Roomen & Sikkema 2014, p. 44.

[869] Guidance, p. 20.

De beginselen zijn kort gezegd:

1. De onderneming dient maatregelen ter voorkoming van corruptie te nemen die proportioneel zijn aan het risico dat de onderneming loopt om betrokken te raken bij corruptie en gegeven de aard, de omvang en de complexiteit van de (processen binnen de) ondernemingsactiviteiten.
2. De hoogste managementlaag dient betrokken te zijn bij de voorkoming van corruptie en zij moeten bijdragen aan een bedrijfscultuur waarin geen ruimte is voor corruptie.
3. De onderneming beoordeelt regelmatig de aard en de mate van blootstelling aan potentiële externe en interne risico's op corruptie. Die risico's zijn gecategoriseerd in landenrisico's, sectorale risico's, transactierisico's, projectrisico's en samenwerkingsrisico's. Deze beoordeling moet zijn geïnformeerd en gedocumenteerd.
4. De onderneming dient due diligence maatregelen te nemen die gebaseerd zijn op een proportionele en een op risico gebaseerde aanpak en die strekken tot het verminderen van het geïdentificeerde risico's op corruptie.
5. De onderneming communiceert zijn corruptiepreventieprogramma door de gehele organisatie, zowel intern als extern, en stelt een trainingsprogramma in.
6. De onderneming dient de maatregelen ter preventie van corruptie regelmatig te monitoren en te evalueren.

Aldus worden handreikingen gegeven om de zorgplicht van de onderneming ten aanzien van het voorkomen van corruptie nader geconcretiseerd. Het verschaft ondernemingen handreikingen om een adequate anti-corruptiestrategie op te stellen, toe te passen en te evalueren. Tegelijkertijd geeft het ook de rechter maatstaven om te beoordelen of een onderneming zodanige maatregelen ter voorkoming van corruptie heeft genomen dat zij van strafrechtelijke aansprakelijkheid is gevrijwaard.

Het regime van artikel 7 (1) Bribery Act laat derhalve een model met aantal systeemkenmerken zien dat tot inspiratie kan dienen om een vergelijkbare voorziening te treffen ter zake van bedrijfsgerelateerde mensenrechtschendingen. De grondslag is een strafbepaling die een strafrechtelijke risico-aansprakelijkheid vestigt. De wet biedt ondernemingen de mogelijkheid zich te disculperen. Die disculpatiemogelijkheid bestaat uit een algemene wettelijke zorgplicht om adequate maatregelen te nemen ter voorkoming van actieve corruptie begaan door personen verbonden aan of optredend voor de onderneming en waarbij de onderneming baat heeft. Onder deze personen zijn onder meer begrepen werknemers, opdrachtnemers, en tot op bepaalde hoogte ook ketenpartners en toeleveranciers. Het is aan de onderneming om op basis van een *balance of probabilities* aan te tonen dat zij aan deze zorgplicht heeft voldaan. Het Ministerie van Justitie heeft door middel van zes beginselen die van commentaar en voorbeelden zijn voorzien handreikingen gegeven aan ondernemingen om die zorgplicht in te vullen. Tegelijkertijd verschaft dat de rechter beoordelingsmaatstaven om na te gaan of een onderneming inderdaad adequate maatregelen heeft genomen. Door de strafbepaling met de strafrechtelijke risico-aansprakelijkheid ook van toepassing te laten zijn op buitenlandse ondernemingen die een deel van hun ondernemingsactiviteiten in het Verenigd Koninkrijk uitoefenen, raakt de Bribery Act ook buitenlandse ondernemingen en heeft de wet daarmee extraterritoriale werking.

Wel moet worden bedacht dat aan het model van artikel 7 Bribery Act nadelen kleven. Vanuit het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel kunnen vraagtekens bij het model worden geplaatst: is namelijk de zorgplicht voldoende duidelijk en precies en is voor ondernemingen voorzienbaar wat van hen wordt verwacht?[870] Verder botst een strafrechtelijke risico-aansprakelijkheid met het schuldbeginsel als fundamenteel beginsel van het Nederlands strafrecht. Ook kan worden afgevraagd of in het kader van de onschuldpresumptie niet van het openbaar ministerie mag worden verwacht dat het de bewijslast

[870] Meyer, Van Roomen & Sikkema 2014, p. 52-54.

draagt inzake het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid, in plaats van dat een onderneming moet aantonen dat zij aan een algemene zorgplicht heeft voldaan.

Modern Slavery Act 2015

De Engelse Modern Slavery Act 2015 (hierna: Modern Slavery Act), inwerking getreden op 25 maart 2015, beoogt moderne vormen van slavernij en mensenhandel in het Verenigd Koninkrijk tegen te gaan. De wet voegt de reeds bestaande wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op dit gebied samen tot één nieuwe wet en introduceert een aantal nieuwe bepalingen. De wet bestaat uit zeven delen. Voor dit onderzoek zijn met name interessant deel één over delicten, straffen en maatregelen en deel zes over een transparantieverplichting voor ondernemingen over hun eigen ondernemingsactiviteiten en die van ketenpartners.[871]

Artikel 1 Modern Slavery Act voorziet in de strafbaarstelling van slavernij, dienstbaarheid, dwangarbeid en verplichte arbeid. Voor wat betreft de interpretatie van moderne slavernij wordt aangesloten bij artikel 4 EVRM. In artikel 2 Modern Slavery Act is mensenhandel strafbaar gesteld. Deze strafbepaling kent extraterritoriale werking op grond van het actief nationaliteitsbeginsel. Mensenhandel begaan door een Brit – waar het delict ook is gepleegd – is namelijk strafbaar op grond van artikel 2 (6) Modern Slavery Act. Voor degenen zonder de Britse nationaliteit geldt het territorialiteitsbeginsel. Het Verenigd Koninkrijk heeft dan alleen rechtsmacht wanneer de gedragingen van mensenhandel plaatsvinden in het Verenigd Koninkrijk, vanuit het Verenigd Koninkrijk of naar het Verenigd Koninkrijk (zie art. 2 (7) Modern Slavery Act). De genoemde delicten waren reeds strafbaar voor de inwerkingtreding van de Modern Slavery Act, maar de wet verduidelijkt de strafbepalingen op basis van recente rechtspraak. Zo bepaalt artikel 1 (3) Modern Slavery Act dat alle omstandigheden van het geval in ogenschouw moeten worden genomen en stelt artikel 1 (5) Modern Slavery Act dat instemming van het slachtoffer niet aan kwalificatie als moderne slavernij in de weg hoeft te staan.[872] Artikel 3 Modern Slavery Act definieert wat er precies onder uitbuiting valt. Verder creëert artikel 4 Modern Slavery Act een apart delict voor een ieder die een strafbaar feit begaat – welk strafbaar feit dan ook – om mensenhandel mogelijk te maken. Hierdoor is het hogere strafmaximum van artikel 5 Modern Slavery Act ook van toepassing bij een minder ernstig strafbaar feit dat dient ter voorbereiding van mensenhandel, bijvoorbeeld het stelen van een voertuig voor het vervoer van slachtoffers.[873]

De artikelen 5-11 Modern Slavery Act bevatten de straffen en maatregelen die bij een veroordeling kunnen worden opgelegd. In dit verband is vooral van belang dat artikel 8 Modern Slavery Act een eigen, afwijkende voorziening kent om er voor te zorgen dat schade van slachtoffers van moderne slavernij zoveel mogelijk wordt vergoed. Dit gebeurt via een zgn. *slavery and trafficking reparation order*. Deze *order* is in de wet neergelegd omdat de wetgever wil stimuleren dat slachtoffers van moderne slavernij hun schade vergoed krijgen. Op grond van het bestaande recht kunnen rechters reeds bewerkstelligen dat slachtoffers schadevergoeding verkrijgen. Dat kan namelijk via de *compensation orders* van de artikelen 130-134 Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2006 (hierna: de 2000 Act). Echter, gebleken is dat hier in de afgelopen tien jaar nauwelijks gebruik van is gemaakt in zaken van moderne slavernij of mensenhandel.[874]

[871] Opmerking verdient dat de MSA niet in zijn geheel van toepassing is op het gehele Verenigd Koninkrijk. De meerderheid van de bepalingen heeft slechts betrekking op Engeland en Wales, zie verder art. 60 Modern Slavery Act 2015.

[872] Zie Explanatory notes Modern Slavery Act 2015, nr. 17, p. 4, beschikbaar via <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/pdfs/ukpgaen_20150030_en.pdf>.

[873] Explanatory notes Modern Slavery Act 2015, nr. 36, p. 6.

[874] Explanatory notes Modern Slavery Act 2015, nr. 48, p. 8-9.

De *slavery and trafficking reparation order* kan worden opgelegd wanneer aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan: verdachte moet zijn veroordeeld voor een of meer delicten van de Modern Slavery Act (kort gezegd moderne slavernij, mensenhandel en de voorbereiding daartoe), *en* er een *confiscation order*, i.e. een ontnemingsmaatregel is opgelegd.[875] Een rechter moet bij het voldaan zijn van deze twee voorwaarden in alle gevallen nagaan of hij een *slavery and trafficking reparation order* oplegt, ongeacht of daartoe een verzoek is gedaan. Besluit hij daarvan af te zien, dan moet hij deze beslissing motiveren, zo volgt uit artikel 8 (7) Modern Slavery Act. Aldus dwingt de Modern Slavery Act bij elke veroordeling voor een delict van de wet en waarbij een ontnemingsmaatregel is opgelegd ambtshalve te beoordelen of een *slavery and trafficking reparation order* opportuun is. Bij die afweging moet de rechter de beschikbare middelen van de veroordeelde betrekken. De rechter moet er namelijk van overtuigd zijn dat de veroordeelde voldoende financiële middelen heeft om het slachtoffer te kunnen betalen. Alleen in dat geval kan de *slavery and trafficking reparation order* worden opgelegd.[876] Is de rechter van oordeel dat zowel de oplegging van een geldboete als een *slavery and trafficking reparation order* passend is, en de veroordeelde heeft te weinig financiële middelen om beide te kunnen voldoen, dan bepaalt de Modern Slavery Act dat oplegging van de *slavery and trafficking reparation order* de voorkeur heeft (art. 8 (6) Modern Slavery Act). Voorts staat de wet toe dat de rechter een reeds opgelegde straf aanpast om oplegging van een *slavery and trafficking reparation order* mogelijk te maken.[877] Uit dit samenstel van bepalingen blijkt hoe de wetgever de toepassing van de *slavery and trafficking reparation order* heeft willen bevorderen.

De *slavery and trafficking reparation order* strekt tot vergoeding aan het slachtoffer van de schade die hij door het delict waarvoor de dader is veroordeeld heeft geleden (zie art. 9 (1) Modern Slavery Act). Niettemin kent de *order* een plafond. De hoogte van de *order* mag niet uitstijgen boven het bedrag van de *confiscation order*, zie art. 9 (4) Modern Slavery Act. Verder is de hoogte van de *order* afhankelijk van een aantal factoren, zoals het delict en de omvang van de schade. De rechter moet een 'appropriate amount' opleggen, gebaseerd op hetgeen het slachtoffer en/of de openbaar aanklager aandragen (art. 9 (3) Modern Slavery Act). Buiten het plafond van de *confiscation order* is er derhalve geen procedurele beperking van de hoogte van de *slavery and trafficking reparation order.*

De regeling van de *slavery and trafficking reparation order* laat zien dat de Engelse wetgever het strafprocesrecht een duidelijke aanvullende rol wenst te laten vervullen voor het bewerkstelligen dat slachtoffers van moderne slavernij en mensenhandel hun schade vergoed krijgen. Dat valt op, omdat het reguliere strafprocesrecht hierin niet op die manier voorziet. De wijze waarop de *slavery and trafficking reparation order* is vormgegeven kan tot inspiratie dienen in vergelijking met de mogelijkheid van de vordering benadeelde partij aangevuld met de schadevergoedingsmaatregel in het Nederlandse strafprocesrecht (zie par. 2.5.2). Allereerst is inspirerend dat de *slavery and trafficking reparation order* geen andere beperking kent in de hoogte van de *order* dan de koppeling aan een *confiscation order*. Er geldt geen procedurele barrière dat de behandeling van de *order* een onevenredige belasting van het strafproces zou inhouden. Ten tweede valt op de rechter verplicht is in alle gevallen dat aan de toepassingsvoorwaarden is voldaan ambtshalve moet overwegen of de *order* moet worden opgelegd, en indien hij daartoe niet overgaat, hij dat moet motiveren. Ten derde beoogt de regeling van de *slavery and trafficking reparation order* het slachtoffer niet blij te maken met een dode mus: de *order* wordt alleen opgelegd als de rechter er van overtuigd is dat de veroordeelde de *order* kan voldoen en daarmee de schade aan het slachtoffer kan vergoeden. Ook uit de regeling van de verhouding tussen de *order*

[875] Art. 8 (1) Modern Slavery Act 2015 en Explanatory notes Modern Slavery Act 2015, nr. 49, p. 9. Overigens kan de *order* ook worden opgelegd indien er sprake is van een *confiscation order* op grond van art. 28 Proceeds of Crime Act (dit gaat om verdachte die is gevlucht gedurende een procedure) en de verdachte later is veroordeeld voor een van de delicten van de MSA.

[876] Art. 8 (5) Modern Slavery Act 2015 jo. Explanatory notes Modern Slavery Act 2015, nrs. 48 en 52, p. 9, en nr. 60, p. 10.

[877] Art. 8 (4) Modern Slavery Act 2015 jo. Explanatory notes Modern Slavery Act 2015, nr. 51, p. 9.

en een op te leggen geldboete spreekt deze gedachte. De Nederlandse schadevergoedingsmaatregel dient overigens hetzelfde belang, zij het op andere wijze. De executie van de schadevergoedingsmaatregel is immers in handen van het CJIB en die kan betalingsregelingen treffen, met als ultieme stok achter de deur de mogelijkheid van vervangende hechtenis van artikel 36f lid 8 Sr. Voorts kunnen slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven in aanmerking komen voor een voorschot indien na acht maanden de dader nog niet (geheel) heeft betaald.[878]

3.5.7 Conclusie

Het beleidskader ten aanzien van (internationaal) maatschappelijk verantwoord ondernemen in het Verenigd Koninkrijk leunt sterk op het principe van vrijwilligheid. In het Nationaal Actieplan Bedrijven en Mensenrechten uit 2013 van de Britse overheid ligt de nadruk dan ook op het bevorderen van het op vrijwillige basis implementeren van (I)MVO in bedrijfsprocessen. Naar aanleiding van het Nationaal Actieplan is wel expliciet in de wet neergelegd dat de rapportage over maatschappelijke kwesties in het jaarverslag tevens mensenrechtenkwesties dient te omvatten. Daarnaast bestond al langer een wettelijke verplichting voor bestuurders van een Engelse vennootschap om waar relevant externe belangen, waaronder de impact van de activiteiten op de samenleving en het milieu, mee te wegen bij het bepalen van het belang van de onderneming.

Daarnaast is er in het Verenigd Koninkrijk de laatste jaren veel aandacht geweest voor de problematiek rond moderne slavernij, hetgeen in 2015 heeft geleid tot het aannemen van de Modern Slavery Act 2015. Voor de IMVO-context zijn twee voorzieningen in deze wet van belang. In de sfeer van het ondernemingsrecht is de bepaling inzake transparantie in productieketens interessant. Deze roept een verplichting in het leven voor in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen om jaarlijks een verklaring af te leggen over de maatregelen die zijn getroffen om moderne slavernij tegen te gaan, niet alleen binnen de eigen onderneming maar ook binnen de productieketen. Op het vlak van het materiële strafrecht biedt het een voorziening die de aanvullende rol van het strafprocesrecht significant versterkt, waarover hierna meer.

In het Verenigd Koninkrijk zijn de afgelopen drie decennia meer dan tien civiele aansprakelijkheidsprocedures aangebracht tegen Engelse internationaal opererende ondernemingen inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen. Daarvan zijn er een zestal procedures geëindigd in buitengerechtelijke schikking; van de overige procedures zijn er twee op formele gronden verworpen en zijn drie andere momenteel nog onder de rechter. Los van deze rechtszaken, waarvan het overgrote merendeel is aangebracht door hetzelfde in dit type procedures gespecialiseerde advocatenkantoor, vinder er onder invloed van een aantal zeer actieve – soms publiek gefinancierde- ngo's veel relevante IMVO-gerelateerde ontwikkelingen plaats in het Verenigd Koninkrijk.

Het Engelse ondernemingsrecht besteedt op verschillende plaatsen aandacht aan (I)MVO. Ten eerste is in de Companies Act 2006 bepaald dat bestuurders bij de uitoefening van hun taak de belangen van de aandeelhouders voorop moeten stellen, maar daarbij ook acht moeten slaan op de impact van de bedrijfsactiviteiten op samenleving en milieu. De inhoud en reikwijdte van deze verplichting is echter onduidelijk omdat de tekst van de wet suggereert dat dergelijke belangen in beginsel ondergeschikt zijn aan het belang van de aandeelhouders als geheel. Ook de Corporate Governance Code geeft ten aanzien van beursvennootschappen niet aan hoe aan deze verplichting concreet invulling moet worden gegeven. Ten tweede kent het Engelse recht diverse transparantieverplichtingen ten aanzien van (I)MVO. Zo moeten bestuurders van beursvennootschappen in het *strategic report* aandacht besteden aan *social,*

[878] Zie art. 36f lid 7 Sr en Besluit van 24 juli 2010, houdende vaststelling van het Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel, *Stb.* 2010, 311.

community and human rights issues en worden bestuurders van grote commerciële organisaties geacht *due diligence* onderzoek uit te voeren in hun handelsketen en daarover te rapporteren in het kader van de Modern Slavery Act.

Het is echter de vraag in hoeverre typische IMVO-stakeholders rechten kunnen ontlenen aan deze verplichtingen. De verplichting om bij de taakuitoefening rekening te houden met IMVO-gerelateerde belangen kan immers alleen door de vennootschap worden ingeroepen. Verder biedt het ondernemingsrecht geen mogelijkheden aan IMVO-stakeholders om de bedoelde transparantieverplichtingen te handhaven. Verder geldt naar Engels recht, net als in de meeste hier onderzochte landen, dat de moedermaatschappij van een concern in beginsel niet verantwoordelijk is voor de schulden (of activiteiten) van haar dochtermaatschappijen. Onder omstandigheden kunnen moedermaatschappijen echter gehouden zijn om te rapporteren over het bredere palet van (I)MVO-gerelateerde kwesties die betrekking hebben op de activiteiten van hun dochtermaatschappijen. Het ondernemingsrechtelijke leerstuk van doorbraak van aansprakelijkheid wordt in het Engelse recht slechts bij hoge uitzondering aanvaard; dit uitgangspunt is nogmaals bevestigd in een recente uitspraak van het UK Supreme Court.

De Engelse rechter is bevoegd om te oordelen over een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een internationaal opererende onderneming als deze zijn statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging in het Verenigd Koninkrijk heeft. Onder omstandigheden kan de Engelse rechter ook bevoegd zijn ten aanzien van vorderingen tegen ondernemingen uit niet-Europese gastlanden. Zo kan de Engelse rechter zijn rechtsmacht over een vordering tegen een onderneming baseren op de aanwezigheid in het Verenigd Koninkrijk van een vestiging van die onderneming, zelfs als de vordering niet ziet op activiteiten van die vestiging. Daarnaast is hij bijvoorbeeld bevoegd ten aanzien van een procedure tegen een niet-Europese onderneming als deze een partij is bij een procedure tegen een in Engeland gevestigde mede-gedaagde. Komt de Engelse rechter rechtsmacht toe ten aanzien van een vordering tegen een niet-Europese onderneming, dan kan hij zich toch onbevoegd verklaren als hij van mening is dat er elders een ander forum beschikbaar is dat bevoegd is over de procedure te oordelen en dat meer geschikt geacht wordt door de Engelse rechter voor berechting van de procedure.

Op grond van het conflictenrechtelijk regime van de Rome II-Verordening zal de Engelse rechter een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een internationaal opererende onderneming inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen in veel gevallen beoordelen op basis van het recht van het gastland. In specifieke gevallen zou echter Engels aansprakelijkheidsrecht voor toepassing in aanmerking kunnen komen. Daar biedt de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van de *tort of negligence* in theorie mogelijkheden om Engelse internationaal opererende ondernemingen aansprakelijk te stellen voor schade aangericht aan mens en milieu in gastlanden. Voor aansprakelijkheid op deze grond moet er sprake zijn van een zorgplicht (*duty of care*) jegens de benadeelden, een schending van die zorgplicht en schade die als gevolg van die schending is ontstaan.

Het Engelse civiele aansprakelijkheidsrecht is relatief terughoudend waar het gaat om het aannemen van zorgplichten in geval van nalaten, dat wil zeggen het niet voorkomen van schade veroorzaakt door andere gebeurtenissen dan de activiteiten van de aangesproken (rechts)persoon zelf. Het aannemen van een zorgplicht in een dergelijk geval wordt in de Engelse rechtspraak gezien als het in het leven roepen van een verplichting om iets te doen (in tegenstelling tot een verplichting om iets niet te doen), hetgeen als belangrijke beperking van de handelingsvrijheid gezien wordt waarmee dus terughoudend moet worden omgegaan. Uitzonderingen hierop zijn mogelijk, bijvoorbeeld als een (rechts)persoon zichzelf presenteert als iemand met bijzondere kennis of capaciteiten en de benadeelde er als gevolg daarvan in redelijkheid op mocht vertrouwen dat de (rechts)persoon zou ingrijpen ook ten aanzien van bijvoorbeeld risicovolle activiteiten van derden.

Voor het aannemen van een zorgplicht is vereist dat de gedaagde had kunnen voorzien dat er schade zou ontstaan, dat er sprake was van een zekere mate van nabijheid tussen gedaagde en benadeelde en dat het gezien de omstandigheden van het geval '*fair just and reasonable*' is om een dergelijke zorgplicht aan te nemen. Naast het bestaan van een zorgplicht en de schending daarvan moet er voor het intreden van aansprakelijkheid ook sprake zijn van schade en een causaal verband tussen schending en schade. De bewijslast ligt in beginsel bij de eisende partij. Engels recht staat in beginsel geen omkering van de bewijslast toe, maar kent wel verschillende manieren waarop de bewijslast verlicht kan worden.

Anders dan in de andere hier onderzochte rechtssystemen bestaan er in de Engelse jurisprudentie wel wat concrete aanwijzingen over de omstandigheden waaronder er uit de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm uit het Engelse civiele aansprakelijkheidsrecht (I)MVO-gerelateerde zorgplichten kunnen voortvloeien voor Engelse ondernemingen. In 2012 besliste het Court of Appeal dat de moedermaatschappij van een concern aansprakelijk gehouden kon worden voor gezondheidsschade opgelopen door een werknemer van haar dochtermaatschappij als gevolg van blootstelling aan asbest in het kader van zijn werkzaamheden voor die dochter. Volgens het Hof rustte op de moedermaatschappij een zorgplicht jegens de werknemer van haar dochter in verband met het feit dat zij superieure kennis had van de risico's die verbonden waren aan de blootstelling aan asbest en daarnaast controle uit kon oefenen over de bedrijfsactiviteit van haar dochtermaatschappij en dat ook deed. Zij stelde het gezondheids- en veiligheidsbeleid vast en had de mogelijkheid om in te grijpen bij haar dochter ten aanzien van kwesties op dat gebied.

De uitspraak van het Hof schept een precedent voor een eerder naar Engels recht nog niet aangenomen zorgplicht van moedermaatschappijen jegens werknemers van hun dochtermaatschappijen. De procedure speelde zich af in een nationale (MVO) context, hetgeen vragen oproept over de toepasselijkheid ervan in de internationale (IMVO) context. Wat precies de implicaties zullen zijn van de uitspraak in deze laatste context, zal moeten blijken in toekomstige procedures. Volgens de Rechtbank Den Haag was het betreffende precedent niet toepasbaar op de feiten en omstandigheden van de Nederlandse Shell Nigeria-zaak, onder meer omdat de betrokkenheid tussen de moedermaatschappij en de benadeelden minder nauw was en omdat het in die laatste procedure niet ging om door de dochtermaatschappij rechtstreeks aan de benadeelden toegebrachte schade. Daarnaast wees de Rechtbank erop dat niet alle door het Court of Appeal relevant geacht omstandigheden zich ook voordeden in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak.

Het Engelse recht kent ook nog een aantal andere *torts* die onder omstandigheden relevant zouden kunnen zijn in de IMVO-context, zoals *breach of statutory duty*, *trespass to the person* en *nuisance*. Daarnaast kent het Engelse recht bijvoorbeeld ook een strikte aansprakelijkheid van werkgevers voor schade toegebracht aan derden door de onrechtmatige gedragingen van hun werknemers en een mogelijkheid om ondernemingen aansprakelijk te stellen voor oneerlijke handelspraktijken. Is een Engelse internationaal opererende onderneming op één van deze gronden aansprakelijk, dan is zij in beginsel gehouden tot vergoeding van de door de benadeelde geleden materiële of immateriële schade. Daarnaast kent het Engelse recht ook de mogelijkheid tot het toekennen van niet-compensatoire vergoedingen die meer gericht zijn op bestraffing of preventie van de gedaagde dan op compensatie van de benadeelde; deze niet-compensatoire vergoedingen worden echter slechts in een beperkt aantal gevallen toegekend.

Wat betreft de procedurele en praktische omstandigheden geldt dat de drempel voor benadeelden van IMVO-gerelateerde normschendingen om een civiele aansprakelijkheidsprocedure in te stellen tegen een internationaal opererende onderneming ter verkrijging van herstel in Engeland relatief het laagst is

in vergelijking met de andere hier onderzochte landen. Het is in Engeland in vergaande mate mogelijk om resultaatsgerelateerde beloningsafspraken te maken. Er wordt geen nationaliteitsvereiste gesteld aan het krijgen van gesubsidieerde rechtsbijstand; wel dient de zaak kans van slagen te hebben. Een partij die wordt bijgestaan door gesubsidieerde rechtsbijstand, kan slechts in de kosten worden veroordeeld voor zover die door zijn economische situatie worden toegelaten. Er bestaan ruime mogelijkheden in het Engelse recht voor het instellen van collectieve acties, waaronder algemeenbelangacties en massaschadeclaims. Wat betreft de mogelijkheden tot bewijsgaring geldt dat op beide partijen een vergaande verplichting rust om inzage te verstrekken in documenten die relevant zijn voor de procedure.

Het Engelse strafprocesrecht heeft daarentegen weinig te bieden aan ondersteuning of aanvulling van civiele procedures. De belangrijkste functie van het strafrecht in deze context is dat schendingen van IMVO-normen die onder een strafbepaling vallen aan de strafrechter kunnen worden voorgelegd. Daarmee kan het strafrecht een eigenstandige rol vervullen: er wordt een laakbaarheidsoordeel over de gedraging van een onderneming uitgesproken en daar volgt een passende overheidsreactie in de vorm van een strafrechtelijke veroordeling en bestraffing op. Het strafrecht kan daarmee een normerende rol vervullen.

Het Engelse materiële strafrecht kent wel twee voorbeelden van wetgeving die wat betreft de inzet van het strafrecht in de IMVO-context wel inspiratie bieden voor mogelijkheden die het strafrecht kan bieden. Dit blijkt uit de twee materieelstrafrechtelijke case-studies: een naar de Bribery Act 2010 en een naar de Modern Slavery Act 2015.

Hoewel de thematiek van de Bribery Act 2010 – het tegengaan van corruptie – buiten het bestek van dit onderzoek valt, biedt deze wet een voorziening die toepasbaar kan zijn in de sfeer van het tegengaan van bedrijfsgerelateerde mensenrechtschendingen. Die voorziening is te vinden in artikel 7 Bribery Act. Deze bepaling kent een strafbepaling die een strafrechtelijke risico-aansprakelijkheid vestigt voor ondernemingen als zij niet hebben voorkomen dat actieve corruptie gerelateerd aan hun onderneming plaatsvindt. Het gaat dan om actieve corruptie door personen die zijn verbonden aan of optreden voor de onderneming en waarbij de onderneming baat heeft bij die corruptie. Onder deze personen zijn begrepen werknemers, opdrachtnemers en tot op bepaalde hoogte ook ketenpartners en toeleveranciers. De wet biedt ondernemingen de mogelijkheid zich te disculperen. Die disculpatiemogelijkheid bestaat uit een algemene wettelijke zorgplicht om adequate maatregelen te nemen ter voorkoming van actieve corruptie begaan door de genoemde personen. Het is aan de onderneming om op basis van een *balance of probabilities* aan te tonen dat zij aan deze zorgplicht heeft voldaan. Het Engelse Ministerie van Justitie heeft aan ondernemingen door middel van zes beginselen die van commentaar en voorbeelden zijn voorzien handreikingen gegeven aan ondernemingen om die zorgplicht in te vullen. Tegelijkertijd verschaft dat de rechter beoordelingsmaatstaven om na te gaan of een onderneming inderdaad adequate maatregelen heeft genomen. Door de strafbepaling met de strafrechtelijke risico-aansprakelijkheid ook van toepassing te laten zijn op buitenlandse ondernemingen die een deel van hun ondernemingsactiviteiten in het Verenigd Koninkrijk uitoefenen, raakt de Bribery Act ook buitenlandse ondernemingen en heeft de wet daarmee extraterritoriale werking.

De recente Modern Slavery Act 2015 biedt op het terrein van het materiële strafrecht een voorziening die het strafprocesrecht voor een drietal delicten – te weten kort gezegd moderne slavernij, mensenhandel en de voorbereiding daarvan – een significante aanvullende rol geeft ten opzichte va het civiele aansprakelijkheidsrecht. Op grond van de Modern Slavery Act kan namelijk ten behoeve van het verkrijgen van schadevergoeding door slachtoffers van deze delicten via een door de strafrechter te bevelen *slavery and trafficking reparation order* worden bewerkstelligd dat deze slachtoffers hun schade vergoed krijgen via het strafrecht. Een gang naar de civiele rechter is daarmee overbodig. Een dergelijke

voorziening bestaat niet in algemene zin in het Engelse strafprocesrecht. Dat kent niet de mogelijkheid voor het slachtoffer een vordering tot schadevergoeding te voegen in het strafproces.

De regeling van de *slavery and trafficking reparation order* bevat een drietal kenmerken die in de vergelijking met de Nederlandse regeling van het voegen als benadeelde partij in het strafproces, aangevuld met de schadevergoedingsmaatregel, tot voorbeeld kunnen strekken. Ten eerste kent de *slavery and trafficking reparation order* geen andere beperking kent in de hoogte van de *order* dan de koppeling aan een *confiscation order*. Er geldt geen procedurele barrière dat de behandeling van de *order* een onevenredige belasting van het strafproces zou inhouden. Ten tweede is de Engelse strafrechter verplicht om in alle gevallen dat aan de toepassingsvoorwaarden van de *slavery and trafficking reparation order* is voldaan ambtshalve te overwegen of de *order* moet worden opgelegd. Gaat hij niet daartoe over, dan moet hij dat motiveren. Ten derde kan een *slavery and trafficking reparation order* alleen worden alleen opgelegd als de strafrechter er van overtuigd is dat de veroordeelde de *order* kan voldoen en daarmee de schade aan het slachtoffer kan vergoeden.

3.6 ZWITSERLAND

3.6.1 Inleiding[879]

Het beleid van de Zwitserse regering is er al geruime tijd op gericht om MVO op nationaal en internationaal niveau te bevorderen.[880] Het uitgangspunt daarbij is dat MVO in de eerste plaats een zaak van de ondernemingen zelf is. De staat heeft een secundaire rol, bijvoorbeeld door ondernemingen te ondersteunen bij het implementeren van maatregelen en door initiatieven op het gebied van MVO aan te moedigen. Van ondernemingen wordt niet verwacht dat zij de rol van de staat overnemen. Desalniettemin wordt het gezien als de verantwoordelijkheid van het bestuur van de onderneming om internationaal erkende standaarden te respecteren en toe te passen.

Deze uitgangspunten zijn bevestigd en nader uitgewerkt in het in april 2015 door de Zwitserse federale regering gepubliceerde Nationaal Actieplan MVO.[881] In dit document zet de Federale Raad zijn visie ten aanzien van MVO uiteen langs een viertal hoofdlijnen. In de eerste plaats zegt de Zwitserse federale regering toe dat zij ondersteuning zal verlenen aan nationale en internationale MVO-initiatieven en dat zij MVO zal integreren in alle aspecten van het beleid. In de tweede plaats zal zij zich inzetten voor gedegen informatievoorziening aan ondernemingen ten aanzien van MVO en ondernemingen ondersteunen bij het implementeren van MVO in hun bedrijfsvoering. In de derde plaats zal zij actief de totstandkoming van MVO-normen in ontwikkelingslanden bevorderen. En tot slot moedigt zij ondernemingen aan om transparantie te betrachten ten aanzien van hun impact op de samenleving.

Het is de bedoeling van de Zwitserse federale regering om deze beleidsvisie uit te werken in een combinatie ('*smart mix*') van bindende en niet-bindende maatregelen.[882] De gedachte is uitdrukkelijk dat de bindende maatregelen die zullen worden genomen dienen ter ondersteuning van het bredere pakket aan niet-bindende maatregelen.[883] De meest in het oog springende bindende regeling die de Federale Raad heeft aangekondigd betreft het plan om ondernemingen een transparantieverplichting op te leggen ten aanzien van hun bijdragen aan duurzame ontwikkeling.[884] De recent in de EU ingevoerde Richtlijn 2014/95/EU over niet-financiële informatie zal daarbij als voorbeeld dienen.[885]

De Zwitserse regering is momenteel bezig met het opstellen van een Nationaal Actieplan Bedrijven en Mensenrechten.[886] In december 2012 werd door het Zwitserse Lagerhuis een motie aangenomen waarin de regering opgeroepen werd om tegen het eind van 2014 een dergelijk actieplan klaar te hebben. Vanwege een hogere prioritering van het Nationaal Actieplan MVO werd deze deadline verschoven naar de zomer van 2015.[887] Uit de interviews komt naar voren dat de intentie is om voor eind 2015 een document klaar te hebben dat publiek gemaakt kan worden, maar dat het mede gezien de eerdere vertragingen mogelijk is dat dit niet gehaald zal worden. In het Nationaal Actieplan zullen ook de

---

879 De informatie in deze subparagraaf is mede ontleend aan de interviews die in het kader van dit onderzoek afgenomen zijn bij verschillende Zwitserse experts (in het bijzonder de antwoorden op de vragen gesteld in het kader van thema 2: IMVO in Zwitserland).

880 <http://www.seco.admin.ch/themen/00645/04008/index.html?lang=en>.

881 La responsabilité sociétale des entreprises – Position et plan dáction du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises de la société et de l'environnement, 1 april 2015, <http://www.seco.admin.ch/themen/00645/04008/index.html?lang=en>.

882 *Id.*, p. 10.

883 *Id.*, p. 11.

884 *Id.*, p. 11.

885 *Id.*, p. 41

886 SuissePeace, 'Swiss NAP on business & human rights', *Koff Newsletter* no. 125, maart 2014, <http://www.swisspeace.ch/fileadmin/user_upload/Media/Publications/Newsletter/2014/NL_125_EN.pdf>.

887 Zie, met verdere verwijzingen: Publiceye factsheet 'Business and human rights' (oktober 2014), <www.publiceye.ch/wp-content/uploads/2014/10/Factsheet_BusinessHuman-Rights_EN_DEF.pdf>.

resultaten opgenomen worden van een rechtsvergelijkende studie naar de toegang tot gerechtelijke en buitengerechtelijke klachtenmechanismen in thuislanden van internationaal opererende ondernemingen zoals Zwitserland voor slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen.[888]

In mei 2014 werd door de Zwitserse federale regering een rechtsvergelijkend onderzoek gepubliceerd naar bestaande juridische verplichtingen tot IMVO-gerelateerde *due diligence*, dat het op verzoek van de Commissie voor Buitenlandse Zaken had laten verrichten door het Institut Suisse de Droit Comparé.[889] Mede naar aanleiding hiervan werd op 1 september 2014 door de Commissie Buitenlandse Zaken van het Zwitserse Lagerhuis een motie aangenomen waarin de Zwitserse regering opgeroepen werd tot het opstellen en invoeren van een wettelijke verplichting voor Zwitserse internationaal opererende ondernemingen tot IMVO-gerelateerde *due diligence*. De regering adviseerde tot verwerping van deze motie, omdat deze verder zou gaan dan EU-regelgeving en een negatieve impact zou kunnen hebben op het Zwitserse vestigingsklimaat.[890]

Het debat over de motie in het Zwitserse Lagerhuis vond plaats in 2015. Hoewel het er aanvankelijk naar uit zag dat een meerderheid in het parlement het wetsvoorstel zou ondersteunen, werd het uiteindelijk met een kleine meerderheid afgewezen.[891] Naar aanleiding van deze ontwikkelingen is in april 2015 een burgerwetgevingsinitiatief (*initiative populaire*) gelanceerd dat ziet op het opnemen van een nieuw art. 101a in de Zwitserse federale Constitutie inzake '*responsabilité des entreprises*'. Deze houdt een verplichting in voor Zwitserse ondernemingen om *due digilence* te betrachten met het oog op het voorkomen dat hun eigen activiteiten of de activiteiten van ondernemingen waarover zij formeel of *de facto* controle kunnen uitoefenen, een negatieve impact hebben op mens en milieu in gastlanden (zie nader par. 3.6.3).[892]

Daarnaast kan er nog gewezen worden op de op 1 september 2015 in werking getreden Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger (LPSP).[893] In deze wet zijn bindende en strafrechtelijk te handhaven verplichtingen neergelegd voor vanuit Zwitserland opererende particuliere militaire en beveiligingsondernemingen (*private military and security companies* of PMSC's) ten aanzien van onder meer hun directe of indirecte betrokkenheid bij mensenrechtenschendingen gepleegd in het kader van vijandelijkheden bij gewapende conflicten in andere landen (zie hierover kort par. 3.6.6).

In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de wijze waarop IMVO-gerelateerde verplichtingen voor Zwitserse internationaal opererende ondernemingen tot uitdrukking komen in het Zwitserse ondernemingsrecht en het Zwitserse civiele aansprakelijkheidsrecht. Allereerst wordt aandacht besteed aan relevante procedures die tot dusverre zijn aangebracht voor Zwitserse rechters (par. 3.6.2). Dan wordt bekeken in hoeverre er (I)MVO-gerelateerde verplichtingen voortvloeien uit het Zwitserse

---

888 *Ibid*.

889 Institut Suisse de Droit Comparé, 'Expertise concernant les obligations légales relatives aux mécanismes de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement pour les activités menées par les entreprises à l'étranger et à l'information sur les mesures prises à cette fin en Allemagne, en France, au Danemark, aux Pays-Bas, en Grande-Bretagne, en Chine, au Canada, aux Etats-Unis et à Singapour, avis 12-227 (6 september 2013), annex bij 'Rapport de droit comparé. Mécanismes de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger' van de Confédération Suisse, 2 mei 2014, <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2014/2014-05-28/ber-apk-nr-f.pdf>.

890 Zie, voor een beschrijving van deze ontwikkelingen en verdere verwijzingen: Publiceye factsheet 'Business and human rights' (oktober 2014), <www.publiceye.ch/wp-content/uploads/2014/10/Factsheet_BusinessHuman-Rights_EN_DEF.pdf>.

891 Zie 14.3671 - Bulletin officiel - Conseil national - 11.03.15-15h00: 14.3671 Motion CPE-CN (12.3980). Mise en oeuvre du rapport de droit comparé du Conseil fédéral sur la responsabilité des entreprises en matière de droits humains et d'environnement, <http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/n/4917/459858/f_n_4917_459858_459974.htm> en <http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/n/4917/459858/f_n_4917_459858_460073.htm>.

892 Zie voor de inhoud en achtergrond van het initiatief: <http://konzern-initiative.ch/?lang=fr>.

893 Zie, met verdere verwijzingen: <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2015/2015-06-240.html>.

ondernemingsrecht en de Corporate Governance Code voor bestuurders en commissarissen van Zwitserse (internationaal opererende) ondernemingen (par. 3.6.3). Vervolgens wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het Zwitserse civiele aansprakelijkheidsrecht zorgplichten tot inachtneming van de IMVO-gerelateerde belangen van derden kent voor Zwitserse internationaal opererende ondernemingen (par. 3.6.4). Daarna wordt kort beschreven welke mogelijkheden het Zwitserse strafprocesrecht kent om Zwitserse ondernemingen strafrechtelijk aan te (doen) spreken voor schendingen van IMVO-gerelateerde strafbepalingen (par. 3.6.5), gevolgd door een 'materieelstrafrechtelijk uitstapje' waarin kort de eerdergenoemde recente wetgeving ten aanzien van Zwitserse PMSC's wordt geduid (par. 3.6.6). De paragraaf wordt afgesloten met een conclusie (par. 3.6.7).

3.6.2 IMVO-gerelateerde juridische procedures

Procedures tegen Nestlé inzake de moord op een vakbondsactivist in Colombia[894]

In maart 2012 werd door de Duitse ngo European Center for Constitutional and Human Rights en de Colombiaanse vakbond Sinaltrail een strafrechtelijke klacht ingediend bij de openbaar aanklager in het Zwitserse kanton Zug tegen voedingsmiddelenfabrikant Nestlé en vier van haar senior managers. De ngo's stelden dat de beklaagden medeplichtig zijn aan de ontvoering, marteling en moord op een Colombiaanse vakbondsleider en mensenrechtenactivist die in dienst was van Nestlé's lokale dochtermaatschappij Cicolac, door Colombiaanse paramilitairen in 2005. Volgens de klagers volgden deze gebeurtenissen op doodsbedreigingen tegen de omgekomen vakbondsleider naar aanleiding van een slepend arbeidsdispuut tussen vakbond Sinaltrail en Cirolac. Deze doodsbedreigingen zouden gemeld zijn bij zowel de lokale dochtermaatschappij als de Zwitserse moedermaatschappij, maar in plaats van voorzorgsmaatregelen te nemen zou de lokale dochtermaatschappij de vakbondsleider als een guerrillastrijder afgeschilderd hebben.

De klagers hielden het senior management van het Zwitserse moederbedrijf, alsook – subsidiair – de moedermaatschappij zelf, mede-verantwoordelijk voor de ontvoering, marteling en moord van de vakbondsleider door de paramilitairen, omdat zij nagelaten zouden hebben voorzorgsmaatregelen te treffen om deze gebeurtenissen te voorkomen. Volgens de klagers hadden de betrokkenen moeten zorgen voor een adequaat risicomanagement binnen het concern, dat mede was toegesneden op concernactiviteiten verricht in conflictgebieden ('*Region mit begrenzter Staatlichkeit*'). Op (het management van) de moedermaatschappij rustte in dit verband volgens hen een verplichting om toezicht te houden op de bedrijfsvoering en de naleving van werkgeversverplichtingen van haar lokale dochtermaatschappijen en hierin waar nodig middels organisatorische maatregelen in te grijpen.[895]

In mei 2013 verwierp de openbaar aanklager in Waadt (waarnaar de zaak was verwezen) de klacht omdat het in verband met verjaring naar Zwitsers recht niet meer mogelijk was vervolging in te stellen voor de in geding zijnde feiten. De klagers tekenden beroep aan tegen deze beslissing, maar dit beroep werd in juli 2014 verwerpen door het Zwitserse *Bundesgericht*, dat bevestigde dat het misdrijf verjaard was.[896] In december 2014 diende ECCHR namens de weduwe van de vakbondsleider een klacht in tegen Zwitserland bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat verzocht werd om te bekijken of de Zwitserse autoriteiten de verantwoordelijkheid van Nestlé voor de moord op de vakbondsleider afdoende

[894] Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/nestl%C3%A9-lawsuit-re-colombia>. Zie ook, bijvoorbeeld de ECCHR website: <http://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/nestle.html>.

[895] Zie voor een nadere beschrijving en bespreking van de procedure bijvoorbeeld: Forstmoser 2012, p. 704-706.

[896] Zie, bijvoorbeeld, de Informationsplattform humanrights.ch website: <http://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/aussenpolitik/aussenwirtschaftspolitik/tnc/praezedenzfall-klage-nestle-schweiz>.

hadden onderzocht; deze klacht wordt echter in mei 2015 zonder nadere motivering afgewezen door het Hof.[897]

Wel ligt er momenteel nog een verzoek voor bij het Internationaal Strafhof om een breder strafrechtelijk onderzoek in te stellen naar de systematische vervolging van vakbondsleiders in Colombia, waar ook deze zaak deel van uitmaakt. Daarnaast zijn de individuele daders van de ontvoering, marteling en moord op de vakbondsleider in Colombia strafrechtelijk veroordeeld voor hun rol in de gebeurtenissen. Er is geen strafrechtelijk onderzoek ingesteld in Colombia naar de eventuele betrokkenheid van Nestlé of haar Colombiaanse dochtermaatschappij in de gebeurtenissen.

Procedure tegen Argor-Heraeus inzake verwerking van in de DRC gestolen goud[898]

In oktober 2013 werd door de Zwitserse ngo TRIAL een strafrechtelijke klacht ingediend bij de Zwitserse federale openbaar aanklager tegen de Zwitserse goudraffinaderij Argor-Heraeus, op basis van beschuldigingen dat het bedrijf zich onder meer schuldig zou hebben gemaakt aan het witwassen van de opbrengsten van illegaal verkregen goud uit de Democratische Republiek Congo (DRC). Volgens de ngo zou het bedrijf in 2004 en 2005 drie ton goud verwerkt hebben dat afkomstig zou zijn uit mijnen in het oosten van de DRC en geplunderd zou zijn door gewapende groeperingen die in die tijd de betreffende regio controleerden. De ngo stelde in haar klacht dat Argor-Heraeus wist, of in ieder geval had moeten vermoeden, dat de grondstoffen die het kreeg aangeleverd via twee bedrijven gevestigd in Londen en in Jersey, verkregen waren uit plundering, hetgeen een oorlogsmisdaad is. Volgens de klager was het bedrijf om die reden schuldig aan witwassen en medeplichtig aan plundering en had het daarmee ook indirect het gewapend conflict in de DRC bevorderd.

In navolging op de klacht opende de Zwitserse federale openbaar aanklager een strafrechtelijk onderzoek. Dit onderzoek werd in maart 2015 afgesloten met de beslissing om het bedrijf niet verder te vervolgen in verband met de feiten waarvan beklag was gedaan. Hoewel inderdaad vaststond dat Argor-Heraeus goud verwerkt heeft dat geplunderd is door Congolese rebellen, dat er indertijd in verschillende rapporten melding was gemaakt van deze plunderingen en dat het bedrijf haar eigen gedragscode geschonden had door de oorsprong van het goud niet te achterhalen, was de openbaar aanklager van mening dat het bedrijf niet strafrechtelijk aansprakelijk gehouden zou moeten worden omdat niet bewezen was dat het bedrijf wist dat het goud op wederrechtelijke wijze verkregen was. Omdat de betrokken ngo's naar Zwitsers recht wel een strafrechtelijke klacht konden aanbrengen maar niet als eiser konden optreden in de procedure, bestond er voor hen geen mogelijkheid om beroep aan te tekenen tegen de beslissing om niet te vervolgen.[899]

---

897 Zie de ECCHR website: <http://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/nestle.html>.

898 Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://business-humanrights.org/en/argor-heraeus-investigation-re-dem-rep-of-congo>. Zie ook, bijvoorbeeld: 'Swiss decision to close Argor case encourages "head in the sand" attitude', perscommunicatie van Trial, Open Justice Society Initiative en Conflict Awareness Project 2 juni 2015, <http://trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/Informing/Media_Releases/Argor/ StopPillage_CP_march2015_Final3_EN.pdf>.

899 Zie bijvoorbeeld: 'Swiss decision to close Argor case encourages "head in the sand" attitude', perscommunicatie van Trial, Open Justice Society Initiative en Conflict Awareness Project 2 juni 2015, <http://trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/Informing/Media_Releases/Argor/ StopPillage_CP_march2015_Final3_EN.pdf>. Zie ook: 'Swiss slammed for closing DR Congo 'dirty gold' case', MailOnline online 2 juni 2015, <http://www.dailymail.co.uk/wires/afp/article-3107021/Swiss-slammed-closing-DR-Congo-dirty-gold-case.html>.

3.6.3 Verplichtingen van bestuurders en commissarissen van Zwitserse vennootschappen in het kader van (I)MVO en de rol van corporate governance

Voor de beantwoording van de vraag of het Zwitserse recht bestuurders en commissarissen van ondernemingen verplicht om IMVO-gerelateerde belangen bij de uitoefening van hun taak te betrekken, is het noodzakelijk om eerst kort stil te staan bij enkele kernbegrippen uit het Zwitserse ondernemingsrecht. De kern van het ondernemingsrecht is neergelegd in het vijfde deel van het Zwitserse Burgerlijk Wetboek betreffende het verbintenissenrecht, de Code Féderal Suisse des Obligations (CO).[900] Verder is ook de wetgeving op het gebied van het financiële recht en het effectenrecht relevant, evenals private regelgeving, zoals de Swiss Code of Best Practices en de *listing rules* van de Zwitserse effectenbeurzen.[901] Van oudsher wordt in Zwitserland weinig aandacht besteed aan jurisprudentie als rechtsbron van het ondernemingsrecht.[902] De belangrijkste rechtsvormen met rechtspersoonlijkheid in het Zwitserse recht zijn de *Aktiengesellschaft* (AG) en de *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH). Eén van de verschillen tussen beide vennootschappen is dat de aandelen van de GmbH minder makkelijk verhandelbaar zijn dan die van de AG. In 2012 waren er 112.518 AG's en 82.150 GmbH's actief.[903]

De organisatie van de AG laat zich als volgt kenschetsen. De AG kent maximaal drie organen: de *Generalversammlung* (Algemene vergadering van aandeelhouders), de *Verwaltungsrat* (de raad van bestuur) en in sommige gevallen de *Revisionsstelle* (de externe accountant).[904] Het Zwitserse recht gaat uit van een *one-tier board* systeem; in beginsel is er dus niet een met de raad van commissarissen vergelijkbaar orgaan. De flexibiliteit van het Zwitserse ondernemingsrecht laat het overigens wel toe om een dergelijk orgaan in te voeren.[905] Aan het bestuur van de AG zijn een aantal niet-overdraagbare en onvervreemdbare verplichtingen opgedragen, zoals het algemeen bestuur van de vennootschap, het toezicht op de naleving door ondergeschikten van onder meer wet en statuten en het opstellen van een jaarrapport.[906] Het bestuur moet deze verplichtingen vervullen met de noodzakelijke zorgvuldigheid en dient het belang van de vennootschap te goeder trouw te behartigen.[907]

De GmbH kent een vergelijkbare organisatie als de AG met maximaal drie organen: de Gesellschafterversammlung (Algemene vergadering van aandeelhouders), het *Geschäftsführungsorgan* (de raad van bestuur) en eventueel de *Revisionsstelle* (de externe accountant).[908] In tegenstelling tot Duitsland speelt de GmbH in Zwitserland een aanzienlijk minder prominente rol in het economisch verkeer dan de AG.[909] In beginsel ligt de verantwoordelijkheid voor het bestuur van de GmbH in handen van de gezamenlijke aandeelhouders.[910] De gedachte is dat op deze wijze eenheid van eigendom en bestuur van de onderneming wordt gecreëerd. Wel kan in de statuten worden bepaald dat het bestuur ook door andere personen dan aandeelhouders wordt gevoerd. Voor de leden van de raad van bestuur van een GmbH geldt een vergelijkbare taakstelling en zorgvuldigheidsnorm als bij de AG.[911] Anders dan

---

900 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) of Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations).
901 Zie voor een overzicht: Kunz 2013, p. 870-874.
902 Kunz 2013, p. 874.
903 Deze cijfers zijn afkomstig van het Zwitserse Bureau voor de Statistiek, zie <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/06/02/blank/key/03/05.html>.
904 Meier-Hayoz & Forstmoser 2007, p. 481.
905 Kunz 2013, p. 878.
906 Art. 716a CO.
907 Art. 717 CO.
908 Meier-Hayoz & Forstmoser 2007, p. 587.
909 Kunz 2013, p. 870.
910 Art. 809 lid 1 CO. Zie nader: Meier-Hayoz & Forstmoser 2007, p. 591.
911 Art.en 810 en 812 CO.

bij de AG is het wel mogelijk dat in de statuten is geregeld dat bepaalde besluiten aan de *Gesellschafterversammlung* kunnen of moeten worden voorgelegd.[912]

Relevante (I)MVO-gerelateerde normen

De raad van bestuur van een Zwitserse vennootschap moet bij de uitoefening van zijn taak rekening houden met een algemene zorgvuldigheids- en loyaliteitsverplichting. Enerzijds dient de raad van bestuur zorgvuldigheid te betrachten bij de uitoefening van de aan hem in artikel 716a CO gedelegeerde taken en anderzijds moet het bestuur bij de uitoefening van die taken telkens het belang van de vennootschap als richtsnoer gebruiken. Deze verplichting is voor de AG neergelegd in artikel 717 CO en voor de GmbH in artikel 812 CO.

Het doel van de vennootschap (*Zweckverfolgung*) en de uitwerking daarvan in de statuten en interne richtlijnen gelden als uitgangspunt bij het bepalen van het vennootschappelijk belang.[913] De AG en de GmbH hebben normaalgesproken een economisch doel en de raad van bestuur is aldus verplicht tot het streven naar winst ten behoeve van de aandeelhouders.[914] Dit uitgangspunt suggereert dat het Zwitserse ondernemingsrecht uitgaat van een *shareholder value* benadering. In de literatuur wordt echter in toenemende mate erkend dat bij het nastreven van winst, vooral door grote ondernemingen, ook belangen van bijvoorbeeld schuldeisers, werknemers, de samenleving en het milieu moeten worden meegewogen.[915] Deze tendens is ook waar te nemen in de Zwitserse Corporate Governance Code, waarin is bepaald dat de raad van bestuur van beursgenoteerde vennootschappen zich dient te richten op een duurzame ontwikkeling van de onderneming.[916]

Het debat tussen aanhangers van enerzijds de *shareholder value* benadering en van anderzijds de *stakeholder value* benadering is nog steeds aan de gang. Een heersende leer kan daaruit nog niet worden ontwaard.[917] Vooralsnog gaat men ervan uit dat de raad van bestuur van een vennootschap slechts is gehouden tot het in acht nemen van mens- en milieugerelateerde belangen voor zover deze voortvloeien uit de wet of een risico vormen bij het nastreven van het doel van de vennootschap.[918] Van een uit de wet of de rechtspraak op het gebied van het Zwitserse ondernemingsrecht voortvloeiende algemene verplichting voor bestuurders om (I)MVO-belangen te betrekken bij hun taakuitoefening is dus geen sprake.

In navolging van in het bijzonder de Angelsaksische landen heeft de *corporate governance* gedachte ook in Zwitserland wortel geschoten.[919] Dit heeft onder meer geleid tot de formulering van de Zwitserse Corporate Governance Code in 2002 door *economiesuisse*, de Zwitserse belangenorganisatie voor

---

912 Meier-Hayoz & Forstmoser 2007, p. 589.

913 Institut Suisse de Droit Comparé, 'Expertise concernant les obligations légales relatives aux mécanismes de diligance raisonnable en matière de droits de l'homme et de l'environnement pour les activités menées par les entreprises à l'étranger et à l'information sur mesures prises à cette fin en Allemagne, en France, au Danemark, aux Pays-Bas, en Grande-Bretagne, en Chine, au Canada et aux Etats-Unis', avis 12-227, 6 september 2013 (hierna: rapport obligations légales 2013), annex 1 bij 'Rapport de droit comparé – Mécanismes de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger', 2 mei 2014, <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2014/2014-05-28/ber-apk-nr-f.pdf> (hierna: rapport de droit comparé 2014), p. 43.

914 Meier-Hayoz & Forstmoser 2007, p. 400-401.

915 Kunz 2013, p. 880; Forstmoser 2012, p. 708-710; Forstmoser 2006, p. 60; Rapport de droit comparé 2014, p. 43.

916 Code Suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement de l'entreprise, <http://www.economiesuisse.ch/sites/default/files/downloads/swisscode_f_20140926.pdf> (hierna: Zwitserse Corporate Governance Code), art. 9.

917 Kunz 2013, p. 880.

918 Rapport obligations légales 2013, p. 43 en 45.

919 Zie voor een algemene beschouwing: Kunz 2013, p. 870-876.

ondernemingen. Daarnaast komt de corporate governance-gedachte tot uitdrukking in de *listing rules* van de Zwitserse effectenbeurzen, de SIX en de BX. Deze *listing rules* geven voornamelijk regels op het gebied van transparantie van corporate governance-verhoudingen.

De Zwitserse Corporate Governance code verschaft *best practices* die zijn gericht op het bewaken van de belangen van de vennootschap op de lange termijn.[920] De code beoogt kort gezegd een systeem van *checks and balances* te verschaffen van management en toezicht binnen de vennootschap. Hoewel in de inleiding het begrip MVO kort wordt aangestipt, wordt in de code slechts beperkt aandacht besteed aan de vraag hoe de raad van bestuur MVO in zijn taakuitoefening dient te integreren.[921] Volgens de code dient de raad van bestuur zich bij zijn taakuitoefening te richten op de duurzame ontwikkeling van de onderneming.[922] Verder is het bestuur volgens de code verantwoordelijk voor adequate risicomanagement systemen binnen de onderneming, gericht op financiële, operationele en reputationele risico's.[923] Aangezien de verwezenlijking van (I)MVO-gerelateerde risico's op hun beurt een aanzienlijk risico op financiële schade of reputatieschade kunnen vormen, ligt het voor de hand dat in het kader van de risicobeheersing aandacht wordt besteed aan (I)MVO.

In 2014 is een herziene versie van de Zwitserse Corporate Governance Code uitgebracht. Ter voorbereiding daarvan heeft een evaluatie plaatsgevonden van de versie uit 2002 en is bezien op welke gebieden deze zou moeten worden aangepast. Een belangrijk thema in het evaluatieverslag is de rol die de code speelt en zou moeten spelen bij de bescherming van stakeholders en het bevorderen van MVO.[924] Daarin wordt benadrukt dat langetermijndenken en compliance van groot belang zijn voor MVO; deze concepten vormen twee belangrijke pijlers van de code. Met betrekking tot de verwijzing in de code naar de duurzame ontwikkeling van de onderneming wordt gesteld dat dit inhoudt dat het bestuur (en het management) van de onderneming naast de belangen van de aandeelhouders ook de belangen van andere stakeholders in het oog moeten houden en deze in specifieke gevallen zelfs prioriteit kunnen geven.[925] Daarbij blijft echter voorop staan dat de raad van bestuur en het management zich bij hun taakuitvoering primair zullen moeten laten leiden door de belangen van de aandeelhouders. Van het opnemen van MVO-gerelateerde transparantieverplichtingen wordt bewust afgezien; deze worden worden overgelaten aan regulering door de beurzen. Daarnaast wordt gesteld dat twijfelachtig is of de praktijk met betrekking tot het vrijwillig verschaffen van transparantie ten aanzien MVO-gerelateerde kwesties al zo ver is dat gesproken kan worden van *best practices* op dit gebied.[926]

De raad van bestuur is verplicht om een jaarlijks rapport op te stellen.[927] Dit rapport dient in ieder geval de jaarrekening en de winst- en verliesrekening te bevatten.[928] Bepaalde vennootschappen die verplicht zijn om een normale *audit* te laten verrichten, moeten voorts een jaarverslag (*Lagebericht*) opstellen.[929] Het Zwitserse recht kent geen expliciete verplichting om in één van deze stukken te rapporteren over

---

920 Zie voor een discussie over de vraag of corporate governance dient uit te gaan van een *shareholder value* of een *stakeholder value* benadering: Meier-Hayoz & Forstmoser 2007, p. 277.

921 Zwitserse Corporate Governance Code, p. 3.

922 Zwitserse Corporate Governance Code, art. 9.

923 Zwitserse Corporate Governance Code, artt. 20 en 21.

924 Hofstetter 2014, p. 3-9.

925 *Id.*, p. 9. Daaraan wordt toegevoegd: "*Das darf im Prinzip aber nur geschehen, wenn zumindest plausibel dargelaten werden kann, dass auch ein vernünftiger, langristig orientierter Alleinaktionär so gehandelt hätte. In diesem Rahmen hat dann auch eine auf breitem gesellschaftlichem Konsens beruhende ethisch motivierte Selbstbeschränkung des Unternehmens Platz, beispielsweise im Umgang mit Betribsschliessungen oder Fragen der Menschenrechte in Ländern der Dritten Welt*" (verwijzingen weggelaten).

926 *Id.*, p. 9.

927 Art. 716a (6) CO

928 Art. 958 (2) CO.

929 Art. 961 jo. 727 CO.

aspecten van (I)MVO.[930] Wel dient het jaarverslag een beoordeling van de aan de activiteiten van de onderneming verbonden risico's te bevatten.[931] Deze verplichting biedt ruimte voor de opvatting dat ook over bepaalde aspecten van (I)MVO moet worden gerapporteerd, maar slechts voor zover deze een risico voor de vennootschap in zich bergen, bijvoorbeeld aansprakelijkheidsrisico's die samenhangen met overtredingen van mensenrechten- of milieunormen.[932]

Zwitserland is de thuishaven van de moedermaatschappijen van verschillende grote internationaal opererende concerns. Een aantal van deze concerns is in de laatste jaren in opspraak geweest in verband met beweerdelijke schendingen van de mens- en milieugerelateerde belangen van derden (zie par. 3.6.2). In dat kader is de vraag opgeworpen of en in hoeverre op Zwitserse moedermaatschappijen de verplichting rust om erop toe te zien dat hun dochtermaatschappijen maatschappelijk verantwoord ondernemen.[933]

Naar Zwitsers recht geldt dat moeder- en dochtermaatschappij juridisch gezien zelfstandige entiteiten zijn. Dat neemt echter niet weg dat een moedervennootschap een concernleidingsplicht (*Konzernleitungspflicht*) heeft.[934] De notie van de concernleidingsplicht is gebaseerd op de *faktische Organ*-doctrine. Deze houdt in dat de persoon of entiteit die zich als orgaan van de vennootschap gedraagt, de zorgvuldigheid (*Sorgfalt*) van een formeel orgaan moet betrachten.[935] De concernleidingsplicht is niet onbegrensd en heeft slechts betrekking op aspecten ten aanzien waarvan de moedermaatschappij ook daadwerkelijk leiding uitoefent. Forstmoser leidt uit de concernleidingsplicht af dat (de raad van bestuur van) de moedermaatschappij op zijn minst verplicht is om erop toe te zien dat haar eigen (I)MVO-standaarden bij de dochtermaatschappij worden geïmplementeerd. Ook verdedigt hij dat de moedermaatschappij verantwoordelijk kan zijn voor de bescherming van de mensenrechten van werknemers van dochtermaatschappijen die actief zijn in ontwikkelingslanden.[936]

De vennootschap die controle uitoefent op andere vennootschappen die een jaarlijks rapport moeten opstellen, is verplicht om een geconsolideerd jaarlijks rapport op te stellen.[937] Dat heeft niet alleen tot gevolg dat de moedermaatschappij een geconsolideerde jaarrekening en balans moet opstellen, maar ook dat zij in het jaarverslag moet rapporteren over de prestaties van haar dochtermaatschappijen.[938] In het kader van (I)MVO is met name relevant dat moet worden gerapporteerd over de werking van het risicobeheersings- en controlesysteem en over buitengewone gebeurtenissen waarmee de dochtermaatschappijen zijn geconfronteerd.[939]

Tot slot verdient hier nog vermelding de motie van de Zwitserse parlementscommissie van Buitenlandse Zaken in september 2014 inzake een *due diligence* verplichting voor Zwitserse bedrijven met betrekking tot milieu en mensenrechten. Deze motie werd ingediend in reactie op de aanbevelingen van de Zwitserse regering naar aanleiding van een rechtsvergelijkende studie over *due diligence* op mensenrechten- en milieugebied van het Institut Suisse de Droit Comparé die was verricht in opdracht

930 Rapport obligations légales 2013, p. 53 e.v.
931 Art. 961c CO.
932 Rapport obligations légales 2013, p. 45.
933 Zie bijvoorbeeld: Forstmoser 2012.
934 Forstmoser 2012, p. 713-714; Meier-Hayoz & Forstmoser 2007, p. 712.
935 Rapport obligations légales 2013, p. 41.
936 Forstmoser 2012, p. 714-715.
937 Art. 963 CO.
938 Art. 961c (1) CO.
939 Art. 961c (2) CO.

van de regering.[940] In deze motie wordt de Zwitserse overheid gevraagd om te komen met een voorstel voor het opnemen van een *due diligence* verplichting ten aanzien van mensenrechten- en milieukwesties:

> "*A la suite de son rapport du 2 mai 2014, le Conseil fédéral est chargé de proposer pour les entreprises, dans le cadre du projet de révision du droit de la société anonyme (ou éventuellement dans un projet distinct), une obligation de diligence ("due diligence" selon les directives de l'ONU) en matière de droits humains et d'environnement. Cette obligation doit s'étendre à l'ensemble des activités que la société déploie directement ou indirectement et inclure un compte rendu des mécanismes de diligence. Il convient de vérifier si les petites et moyennes entreprises doivent être exemptées de cette obligation, et, dans l'affirmative, à quelles conditions. Le Conseil fédéral doit veiller à ce que la réglementation proposée ne décourage pas les entreprises*".[941]

Deze motie werd in maart 2015 in eerste instantie aangenomen door het Zwitserse parlement (91 stemmen voor, 90 stemmen tegen) maar vervolgens, na een tweede stemming, toch afgewezen (86 stemmen voor, 95 stemmen tegen).[942]

In mei 2015 is hierop door een groep Zwitserse ngo's een burgerwetgevingsinitiatief gestart.[943] Het voorstel behelst het opnemen van een nieuw art. 101a in de Zwitserse federale Constitutie inzake '*responsabilité des entreprises*' dat ziet op ondernemingen die hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging in Zwitserland hebben en gebaseerd is op de UN Guiding Principles.[944] Allereerst bevat het voorstel een bepaling dat de Zwitserse overheid de nodige maatregelen zal nemen om ervoor te zorgen dat ondernemingen de mensenrechten en het milieu respecteren.[945] Daarnaast bevat het voorstel een algemene verplichting voor de betreffende ondernemingen om internationaal erkende mensenrechten en internationale milieustandaarden te respecteren in binnen- en in buitenland en ervoor te zorgen dat deze normen ook gerespecteerd worden door ondernemingen die zij controleren. Het gaat in dat laatste geval om dochtermaatschappijen maar ook om situaties waarin *de facto* controle bestaat zoals mogelijk in *joint ventures* en in contractuele relaties met leveranciers of distributeurs of onderaannemers.[946]

In het kader van deze algemene verplichting worden de betreffende ondernemingen geacht om *due diligence* betrachten. Dit houdt onder meer in dat zij onderzoek dienen te doen naar de (mogelijke) effecten van hun activiteiten op mens en milieu, adequate voorzorgsmaatregelen dienen te nemen om eventuele schendingen van internationale mensenrechten- en milieunormen te voorkomen en in geval

---

[940] Rapport de droit comparé 2014. Het voorstel om dit rapport op te stellen kwam ook van de parlementscommissie van Buitenlandse Zaken. Zie Postulat 12.3980, Rapport de droit comparé – Mécanismes de diligence en matière de droits humains et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger, ingediend op 30 oktober 2012 en aangenomen door de Zwitserse federale regering op 30 januari 2013 en door het Zwitserse federale parlement op 13 maart 2013, <http://www.parlament.ch/e/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20123980>.

[941] Motion 14.3671, Mise en oeuvre du rapport de droit comparé du Conseil fédéral sur la responsabilité des entreprises en matière de droits humains et d'environnement, ingediend op 1 september 2014, advies tot verwerping van de Zwitserse federale regering op 17 december 2014, <http://www.parlament.ch/e/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20143671>.

[942] Zie 14.3671 - Bulletin officiel - Conseil national - 11.03.15-15h00: 14.3671 Motion CPE-CN (12.3980). Mise en oeuvre du rapport de droit comparé du Conseil fédéral sur la responsabilité des entreprises en matière de droits humains et d'environnement, <http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/n/4917/459858/f_n_4917_459858_459974.htm> en <http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/n/4917/459858/f_n_4917_459858_460073.htm>.

[943] Konzernverantwortungsinitiative: Zum Schutz von Mensch und Umwelt, zie <http://konzern-initiative.ch>.

[944] Vgl. art. 2 Voorstel Art. 101a Constitution fédérale: Responsabilité des entreprises. Zie voor de Franstalige tekstversie van het voorstel: <http://konzern-initiative.ch/wp-content/uploads/2015/04/KVI_Factsheet_5_F_.pdf>.

[945] Art. 1 Voorstel Art. 101a Constitution fédérale: Responsabilité des entreprises.

[946] *Id.*, art. 2a.

van dergelijke schendingen deze zo snel mogelijk dienen te beëindigen en rekenschap af te leggen van de genomen maatregelen. Deze verplichting geldt ook ten aanzien van activiteiten van door hen gecontroleerde ondernemingen en zakenrelaties en de omvang ervan wordt bepaald door de ernst van de risico's voor mensenrechten en milieu die gepaard gaan met die activiteiten. Voor het midden-en kleinbedrijf wordt de invoering van een versimpelde procedure voorzien.[947] Het wetsvoorstel bevat voorts een bepaling ten aanzien van de handhaving van deze verplichtingen op basis van het Zwitserse civiele aansprakelijkheidsrecht (zie nader par. 3.6.4), alsook een bepaling dat de in het voorstel opgenomen verplichtingen voor ondernemingen voorrangsregels betreffen en dus van toepassing zijn ongeacht het op grond van het internationaal privaatrecht toepasselijke recht.[948]

Wat de uitkomst zal zijn van dit burgerwetgevingsinitiatief is nu nog niet te zeggen. In het Zwitserse politieke systeem leidt een burgerwetgevingsinitiatief tot een bindend referendum als de initiatiefnemers 100.000 handtekeningen weten te verzamelen over een periode van 18 maanden. Mocht dat inderdaad lukken, dan is de verwachting dat het referendum op zijn vroegst 3 jaar na het starten van het initiatief (april 2018) plaats zal vinden.[949]

Handhavingsmechanismen

De vraag is welke mogelijkheden het Zwitserse ondernemingsrecht biedt aan typische (I)MVO-stakeholders – slachtoffers van mens- en milieugerelateerde normschendingen en ngo's – om eventuele (I)MVO-gerelateerde verplichtingen voor bestuurders die voortvloeien uit het Zwitserse ondernemingsrecht, af te dwingen. De rol van de 'activistische (I)MVO-aandeelhouder' blijft daarbij grotendeels op de achtergrond.

Het Zwitserse recht kent in artikel 754 CO een algemene aansprakelijkheidsregeling voor bestuurders en feitelijke bestuurders van de AG. Deze regeling is ingevolge artikel 827 CO van overeenkomstige toepassing op bestuurders van de GmbH. Zij zijn persoonlijk aansprakelijk voor schade geleden door de vennootschap, individuele aandeelhouders en schuldeisers als gevolg van een bewuste of nalatige schending van de aan hun taak verbonden verplichtingen. Dat geldt zowel voor directe als voor indirecte schade.[950] Iedere *Pflichtverletzung* kan in principe leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid. Dat geldt voor onvoldoende toezicht, maar bijvoorbeeld ook voor onjuiste berichtgeving in het *Lagebericht*.[951] De vraag of de bestuurders hun plicht hebben geschonden moet naar objectieve maatstaven worden beantwoord, dat wil zeggen dat een redelijk handelend persoon onder de gegeven omstandigheden zich van de gedraging zou hebben onthouden.[952] Bestuurders hebben bij het uitvoeren van hun taken en het nemen van zakelijke beslissingen dus een zekere beoordelingsvrijheid. In beginsel kan een dergelijke actie op grond van bestuurdersaansprakelijkheid echter alleen door de onderneming zelf of de aandeelhouders ingesteld kan worden, voor door de onderneming geleden en dus aan de onderneming te betalen schade.[953]

Artikel 754 CO geldt niet alleen voor bestuurders, maar ook voor feitelijke bestuurders (*Alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen*). In de literatuur wordt aangenomen dat daaronder tevens (rechts)personen moeten worden verstaan die zich feitelijk als orgaan van de

---

947 *Id.*, art. 2b.
948 *Id.*, artt. 2c en 2d.
949 Zie de noot onderaan het persbericht 'Global business? Global responsibility!' van de Swiss Coalition for Corporate Justice, 21 april 2015, <http://www.corporatejustice.ch/media/medialibrary/2015/04/150421_sccj_press_release_-_launch_of_responsible_business_initiative.pdf>.
950 Rapport obligations légales 2013, p. 50.
951 Rapport obligations légales 2013, p. 50, 55.
952 Rapport obligations légales 2013, p. 50.
953 Membrez 2012, p. 24.

vennootschap gedragen (*Faktischer Organe*), bijvoorbeeld door beslissingen te beïnvloeden die normaal gesproken aan het bestuur zijn voorbehouden.[954] In de jurisprudentie wordt gesproken van diegenen "*die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen*".[955] Het moet dus kort gezegd gaan om (rechts)personen die beslissingen nemen die normaal gesproken aan een orgaan voorbehouden zijn of die feitelijk het beleid bepalen. Indien zij aan dit criterium voldoen, kunnen (organen van) moedermaatschappijen of (organen van) andere groepsmaatschappijen dus binnen de reikwijdte van artikel 754 CO vallen.[956]

Voor het overige geldt ook in het Zwitserse recht het uitgangspunt dat de moedermaatschappij in beginsel niet aansprakelijk gesteld kan worden voor de schulden (of de gedragingen) van haar dochtermaatschappijen (*principe de la dualité juridique*). Uit de rechtspraak en doctrine kan echter worden afgeleid dat er onder bepaalde omstandigheden afgeweken wordt van dit uitgangspunt met het oog op het bieden van verhaalsmogelijkheden aan crediteuren van een failliete dochtermaatschappij. De toepassing van art. 754 CO op moedermaatschappijen die optreden als formeel bestuurder van hun dochtermaatschappijen is daar één van. Verder wordt in de rechtspraak doorbraak van aansprakelijkheid wel toegestaan in gevallen dat de moedermaatschappij door een actief handelen bij derden die zaken doen met een dochtermaatschappij het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt heeft dat zij in zal staan voor de verplichtingen van de dochter. Daarnaast is ook in de Zwitserse jurisprudentie het concept doorbraak van aansprakelijkheid (*transparance de la responsabilité*) tot ontwikkeling gekomen met betrekking tot gevallen waarin twee rechtspersonen zo nauw verbonden zijn dat zij in rechte met elkaar geïdentificeerd kunnen worden. Deze zal echter slechts in leiden tot aansprakelijkheid van een moedermaatschappij voor schulden (of gedragingen) van haar dochtermaatschappij.[957]

Dit betekent dat IMVO-stakeholders die de Zwitserse moedermaatschappij van een multinationaal concern aansprakelijk willen stellen voor schade veroorzaakt aan mens en milieu als gevolg van de activiteiten van haar dochtermaatschappijen in gastlanden hoe dan ook meer kans maken met een vordering op grond van het Zwitserse civiele aansprakelijkheidsrecht, waar hiervoor ruimere mogelijkheden bestaan (zie nader par. 3.6.4).[958]

3.6.4 Civielrechtelijke zorgplichten van Zwitserse ondernemingen in het kader van IMVO

Zoals duidelijk is uit de bespreking van relevante procedures in par. 3.6.2, hebben zich in Zwitserland tot op heden nog geen afzonderlijke civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures voorgedaan tegen Zwitserse internationaal opererende ondernemingen met betrekking tot hun beweerdelijke betrokkenheid bij extraterritoriale (I)MVO-normschendingen. Dat wil echter niet zeggen dat het Zwitserse civiele aansprakelijkheidsrecht, voor zover van toepassing op een dergelijke procedure die aan de Zwitserse rechter wordt voorgelegd, daartoe geen mogelijkheden biedt.

IPR-aspecten

De bevoegdheid van de rechter en het toepasselijke recht in civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures met een internationaal karakter worden in Zwitserland, anders dan in Nederland en de andere hier onderzochte landen, niet grotendeels bepaald door de geünificeerde

[954] Forstmoser 2012, p. 720.
[955] Vgl. BGE 101 II 349 f. Erw. 5; BGE 136 III 14 Erw. 2.4, 128 III 92 Erw. 3.
[956] Zie Meier-Hayoz & Forstmoser 2007, p. 714; Forstmoser 2012, p. 720.
[957] Zie nader: Membrez 2012, p. 25-30.
[958] Zo ook bijvoorbeeld Weber & Baisch 2016, p. 24.

Europese IPR-regels van de Brussel Ibis-Verordening en van de Rome II-Verordening, respectievelijk. Desondanks kent het veel overeenkomsten.

Voor wat betreft de bevoegdheid van de Zwitserse rechter om kennis te nemen van burgerlijke en handelszaken met een internationaal karakter geldt dat op grond van het Verdrag van Lugano in Zwitserland dezelfde regels worden toegepast als gelden in de Europese lidstaten op grond van het daar geldende Brussel I-regime.[959] Net als de Brussel Ibis-Verordening, heeft het internationaal bevoegdheidsregime van het Verdrag van Lugano een beperkt formeel (dat wil zeggen: ruimtelijk) toepassingsbereik; het is in beginsel slechts van toepassing is op vorderingen in burgerlijke en handelszaken die worden ingesteld tegen gedaagden die woonplaats hebben in één (of meerdere) van de lidstaten bij het Verdrag van Lugano (dat zijn alle EU lidstaten plus IJsland, Noorwegen en Zwitserland).[960] Dat wil zeggen dat wanneer voor de Zwitserse rechter een civiele aansprakelijkheidsprocedure wordt ingesteld tegen een internationaal opererende onderneming met woonplaats (statutaire zetel, hoofdbestuur, hoofdvestiging) in één (of meerdere) van die lidstaten, zijn bevoegdheid bepaald wordt door dezelfde regels als die gelden voor de Nederlandse rechter op grond van de Brussel Ibis-Verordening.[961] Op basis hiervan zal de Zwitserse rechter in de regel in ieder geval bevoegd zijn om te oordelen over een vordering tegen een internationaal opererende onderneming die haar statutaire zetel of haar hoofdbestuur of haar hoofdvestiging in Zwitserland heeft (zie nader par. 2.4.2).[962]

Wordt voor de Zwitserse rechter een IMVO-gerelateerde civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure ingesteld tegen een onderneming uit een niet-Europees gastland (of thuisland) die geen woonplaats (statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging) heeft in één van de lidstaten bij het Verdrag van Lugano, dan wordt de bevoegdheid van de Zwitserse rechter in beginsel bepaald door het commune Zwitserse internationaal bevoegdheidsrecht.[963] Dit is neergelegd in de Zwitserse Wet op het Internationaal Privaatrecht, de Loi fédérale sur le droit international privé uit 1987, en vertoont veel overeenkomsten met het regime van het Verdrag van Lugano en daarmee ook met de commune internationale bevoegdheidsregels die in Nederland in een dergelijk geval van toepassing zouden zijn (zie par. 2.4.2).[964] Als hoofdregel geldt dat de Zwitserse rechter bevoegd is als de gedaagde zijn woonplaats of gewone verblijfplaats in Zwitserland heeft.[965] Gezien het feit dat het Verdrag van Lugano van toepassing zal zijn op civiele aansprakelijkheidsvorderingen tegen gedaagden met woonplaats in één van de lidstaten daarbij, heeft deze regel slechts meerwaarde in de (uitzonderings)situatie dat de gedaagde woonplaats heeft in een niet-Europese staat maar zijn gewone verblijfplaats heeft in Zwitserland.

---

[959] Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Lugano 30 oktober 2007, *PbEU* 2009, L 147/5.

[960] Het formele toepassingsgebied van het Verdrag van Lugano kan afgeleid worden uit de afzonderlijke bevoegdheidsbepalingen (artt. -24). Hoofdregel is dat een zaak binnen het formeel toepassingsgebied valt als de gedaagde, ongeacht zijn nationaliteit, zijn woonplaats heeft in één van de lidstaten bij het Verdrag van Lugano (dat wil zeggen de Brussel-Ibis lidstaten plus Denemarken, Ijsland, Noorwegen en Zwitserland). Uitzonderingen op deze hoofdregel bestaan bijvoorbeeld bij procedures die zien op rechten op onroerende goederen, op consumentenovereenkomsten, op individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst of procedures waarin een (op grond van de regels van het Verdrag van Lugano geldige) forumkeuze gemaakt wordt

[961] Art. 2-4 jo. 60 Verdrag van Lugano.

[962] Art. 2 lid 1 jo. 6 lid 1 Verdrag van Lugano.

[963] Het commune Zwitserse IPR is niet van toepassing als de procedure op grond van één van de uitzonderingen toch binnen het formeel toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Verordening valt of als er een ander internationaalrechtelijk regime van toepassing is op de rechterlijke bevoegdheid.

[964] Vgl. Residual Jurisdiction-studie België, p. 3.

[965] Art. 2 Loi fédérale de droit international privé (LFDIP).

Mogelijk relevant in de IMVO-context is verder de met het Nederlandse commune bevoegdheidsrecht vergelijkbare bepaling op grond waarvan de Zwitserse rechter bevoegd is als de procedure ziet op een onrechtmatige daad die heeft plaatsgevonden in Zwitserland, zowel in het geval dat de onrechtmatige gedraging daar heeft plaatsgevonden als in het geval dat de schade daar is ingetreden.[966] Desondanks blijft een situatie waarin een *foreign direct liability claim* tegen een buiten Europa gevestigde onderneming wordt ingesteld met betrekking tot onrechtmatige gedragingen binnen Europa die schade veroorzaken aan mens en milieu in een niet-Europees gastland, moeilijk voor te stellen (zie ook par. 2.4.2). Datzelfde geldt voor de in Zwitserland net als in Nederland bestaande mogelijkheid om rechtsmacht te baseren op de aanwezigheid van een lokale vestiging van de aangesproken onderneming, aangezien dat alleen kan als de vordering ziet op activiteiten van die vestiging.[967] Datzelfde geldt ook voor de anders dan in Nederland bestaande mogelijkheid voor benadeelden om in geval van civiele aansprakelijkheidsvorderingen naar aanleiding van hinder veroorzaakt door onroerende zaken te kiezen voor ofwel het recht van het land waar de betreffende onroerende zaak is gelegen, ofwel het land waar de schade is ingetreden.[968]

Verder kan de Zwitserse strafrechter bevoegdheid aannemen over een civiele aansprakelijkheidsvordering die ingesteld wordt in het kader van een strafprocedure die aan hem voorligt. Maar omdat dit alleen mogelijk is als ook bevoegdheid zou bestaan voor de Zwitserse rechter als die civielrechtelijke vordering afzonderlijk zou worden aangebracht, schept deze bepaling geen aanvullende grond voor rechtsmacht van de Zwitserse rechter.[969] Wordt een procedure tegen meerdere gedaagden aangebracht, dan komt de Zwitserse rechter die rechtsmacht heeft ten aanzien van één van hen rechtsmacht toe over alle gedaagden. Anders dan de vergelijkbare bepaling van Nederlands commuun internationaal bevoegdheidsrecht creëert deze bepaling echter geen extra grond voor bevoegdheid van de Zwitserse rechter over een niet-Europese gedaagde, aangezien vereiste voor het gezamenlijk behandelen van de vorderingen is dat op grond van het Zwitserse commune internationaal bevoegdheidsrecht al rechtsmacht bestaat ten aanzien van elk van de gedaagden.[970] Datzelfde geldt voor de bepaling dat bij verschillende, samenhangende vorderingen tegen dezelfde gedaagde de Zwitserse rechter die rechtsmacht toekomt ten aanzien van één van die vorderingen, bevoegd is om elk van die vorderingen te behandelen.[971]

Tot slot kent het Zwitserse commune internationaal bevoegdheidsrecht, net als het Nederlandse, een *forum necessitatis*-bepaling.[972] Op grond daarvan kan de Zwitserse rechter bij uitzondering bevoegdheid aannemen over een procedure wanneer het onmogelijk blijkt om deze in het buitenland in te stellen of wanneer het onredelijk zou zijn om te verwachten dat deze in het buitenland wordt ingesteld.[973] Voor een geslaagd beroep op de Zwitserse bepaling is wel, anders dan het geval is bij de soortgelijke bepaling in het Nederlandse commune internationaal bevoegdheidsrecht, wel altijd (dus ook bij absolute onmogelijkheid van een procedure elders) een voldoende nauwe band vereist is van de procedure met de Zwitserse rechtsorde. Uit de rechtspraak blijkt dat dit vereiste onder omstandigheden strikt geïnterpreteerd wordt. Zo wees het Zwitserse Federale Gerechtshof bevoegdheid af over een vordering van een in Zwitserland woonachtige uit Tunesië afkomstige politieke vluchteling tegen de Tunesische staat en de Tunesische minister van Binnenlandse Zaken in verband met martelingen die hij stelde te hebben ondergaan op locaties van het ministerie van Binnenlandse Zaken. Het Gerechtshof bepaalde

[966] Art. 129 LFDIP.
[967] Art. 129 LFDIP.
[968] Art. 138 LFDIP.
[969] Art. 8c LFDIP.
[970] Art. 8a lid 1 LFDIP.
[971] Art. 8a lid 2 LFDIP.
[972] Zie nader Membrez 2012, p. 15-16.
[973] Art. 3 LFDIP.

dat de voldoende nauwe band met de Zwitserse rechtsorde gelegen moet zijn in de feiten die aan de vordering ten grondslag liggen en niet in de persoon van de eiser.[974]

Het Zwitserse commune internationaal bevoegdheidsrecht kent geen *forum non conveniens*-bepaling, op grond waarvan de rechter vrij is om zich, in een geval dat hem rechtsmacht toekomt op grond van enige regel van internationaal bevoegdheidsrecht, toch onbevoegd te verklaren omdat de te berechten zaak naar zijn oordeel onvoldoende aanknopingspunten heeft met de rechtssfeer van het forumland.[975] Het kent wel een litispendentiebepaling, op grond waarvan de Zwitserse rechter de behandeling van een aan hem voorgelegde procedure kan aanhouden als er ten tijde van het aanhangig maken daarvan al een procedure aanhangig is in een ander land (bijvoorbeeld het gastland). Het moet gaan om een procedure die tussen dezelfde partijen aanhangig is en hetzelfde onderwerp betreft en waarvan kan worden voorzien dat deze binnen een redelijk tijdsbestek een uitspraak zal opleveren die in Zwitserland voor erkenning in aanmerking zal komen.[976] Leidt de parallelle procedure inderdaad tot een beslissing van de vreemde rechter die vatbaar is voor erkenning in Zwitserland, dan zal hij zich onbevoegd moeten verklaren.[977]

Is de Zwitserse rechter bevoegd om kennis te nemen van een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een Zwitserse internationaal opererende onderneming naar aanleiding van extraterritoriale (I)MVO-normschendingen, dan zal hij ook voor beantwoording van de vraag welk recht van toepassing is op de vorderingen kijken naar de Zwitserse Wet op het Internationaal Privaatrecht. Het conflictenrechtelijk regime dat daarin is vastgelegd lijkt in grote lijnen op het conflictenrechtelijk regime van de Rome II-Verordening, wat betekent dat de Zwitserse rechter de vraag welk nationaal systeem van aansprakelijkheidsrecht toepasselijk is op de vorderingen in een dergelijke procedure in veel gevallen op dezelfde manier zal beantwoorden als de Nederlandse rechter (par. 2.4.2).

Is er geen sprake van een rechtskeuze uitgebracht door de partijen bij het geding die is uitgebracht na het intreden van de schade en hebben de partijen niet in hetzelfde land hun gewone verblijfplaats, dan geldt als hoofdregel dat toepasselijk is het recht van het land waar de onrechtmatige gedraging heeft plaatsgevonden. Gaat het om een grensoverschrijdende onrechtmatige daad, dan is het recht van het land waar de schade is ingetreden van toepassing, mits voor de pleger van de onrechtmatige daad voorzienbaar had kunnen zijn dat de schade daar zou intreden.[978] Een uitzondering op deze regels geldt als de onrechtmatige daad een schending inhoudt van een reeds tussen de partijen bestaande rechtsverhouding; in dat geval beheerst het op die rechtsverhouding toepasselijke recht ook de onrechtmatige daad.[979] Daarnaast kent het Zwitserse conflictenrecht nog een algemene exceptieclausule, die bepaalt dat wanneer in het licht van de omstandigheden van het geval het geschil slechts in een ver verwijderd verband staat ten aanzien van het door de conflictenrechtelijke regels aangewezen toepasselijke recht en veel nauwer verbonden is met een ander recht, het door de conflictenregels aangewezen recht niet van toepassing is.[980]

Gezien het feit dat de exceptie van nauwere verbondenheid slechts bij uitzondering van toepassing is en er in civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures inzake beweerdelijke extraterritoriale (I)MVO-normschendingen door Zwitserse internationaal opererende ondernemingen in veel gevallen geen

[974] ATF 4C.379/2006/ech, 22 mei 2007, par. 3.4.
[975] Membrez 2012, p. 14-15.
[976] Art. 9 lid 1 LFDIP.
[977] Art. 9 lid 2 LFDIP.
[978] Art. 132 jo. 133 lid 1 jo. 133 lid 2 LFDIP.
[979] Art. 133 lid 3 LFDIP.
[980] Art. 15 lid 1 LFDIP.

sprake zal zijn van een reeds bestaande rechtsverhouding tussen de gedaagde onderneming en de benadeelden uit het gastland, zal de hoofdregel doorgaans bepalend zijn voor het toepasselijke recht. Dit betekent dat het toepasselijke recht in deze procedures in de regel het recht zal zijn van het (gast)land waar de IMVO-normschendingen schade aan mens en milieu tot gevolg hebben, aangezien dat het land is waar de schadeveroorzakende handelingen in veel gevallen gelokaliseerd zullen zijn. Ook als aannemelijk gemaakt kan worden dat het gaat om een grensoverschrijdende onrechtmatige daad waarbij de schade in het gastland gevolg is van gedragingen die gelokaliseerd kunnen worden in Zwitserland, zijnde het thuisland van de gedaagde internationaal opererende onderneming, dan zal het recht van het gastland van toepassing zijn. Dit lijdt slechts uitzondering als het voor de gedaagde onderneming niet voorzienbaar had kunnen zijn dat de schade daar zou intreden; in dat geval is het recht van het thuisland van toepassing.[981]

Het op de civiele aansprakelijkheidsprocedure toepasselijke recht bepaalt onder meer de voorwaarden voor en omvang van de aansprakelijkheid, alsook welke de personen aansprakelijk gehouden kunnen worden.[982] Onafhankelijk van welk recht van toepassing is zal de Zwitserse rechter die zich buigt over een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een Zwitserse internationaal opererende onderneming inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen de ter plaatse van de onrechtmatige daad geldende verkeers- en veiligheidsnormen in zijn overwegingen meenemen.[983] Valt de situatie in geding binnen het toepassingsbereik van eventuele Zwitserse bepalingen van bijzonder dwingend recht dan zal de Zwitserse rechter die moeten toepassen, ongeacht welk recht op grond van de conflictenrechtelijke regels als toepasselijk recht heeft te gelden.[984] Onder omstandigheden kan de Zwitserse rechter ook buitenlandse regels van bijzonder dwingend recht voorrang verlenen boven het eigenlijk toepasselijke recht.[985] In uitzonderingsgevallen kan de Zwitserse rechter (een deel van) het toepasselijke vreemde recht buiten toepassing laten als de toepassing ervan zou leiden tot een resultaat dat in strijd is met fundamentele beginselen en waarden van de Zwitserse rechtsorde.[986] Alledrie deze bepalingen kunnen, afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het individuele geval, relevant zijn in het hier centraal staande type civiele aansprakelijkheidsprocedures (vergelijk par. 2.4.2).[987]

Aansprakelijkheid voor schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen

Voorop staat dat naar Zwitsers recht ondernemingen civielrechtelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor de onrechtmatige gedragingen van (leden van) hun organen en van personen die geautoriseerd zijn om hen te managen of te vertegenwoordigen. Begaan deze personen in het kader van de uitoefening van hun taken een onrechtmatige gedraging, dan kan de onderneming daarvoor aansprakelijk gesteld worden.[988]

Art. 41 Code des Obligations (hierna: CO) geeft de algemene grondslag voor buitencontractuele (fout)aansprakelijkheid in het Zwitserse recht (*responsabilité délictuelle* of *Verschuldenshaftung*).[989] Op grond van de bepaling is degene die een ander wederrechtelijk (*illicite* of *widerrechtlich*) en opzettelijk of nalatig schade toebrengt gehouden die schade te vergoeden (art. 41 lid 1 CO). Ook aansprakelijk en dus schadevergoedingsplichtig is degene die weliswaar niet wederrechtelijk, maar wel opzettelijk in

981 Vgl. Membrez 2012, p. 17.
982 Art. 142 lid 1 LFDIP.
983 Art. 142 lid 2 LFDIP.
984 Art. 18 LFDIP.
985 Art. 19 LFDIP.
986 Art. 17 LFDIP.
987 Zie nader: Membrez 2012, p. 20-21.
988 Vgl. art. 55 Code Civil en art. 722 Code des Obligations. Zie ook: Kaufmann e.a. 2013, p. 43; Membrez 2012, p. 31.
989 Ook wel: *responsabilité aquilienne*, *responsabilité subjectif*. Zie: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/201401010000/220.pdf>.

strijd met de goede zeden schade veroorzaakt (art. 41 lid 2 CO). Deze laatste regel is vooral van toepassing in het kader van contractuele aansprakelijkheid en wordt terughoudend toegepast.[990]

Het concept *illicéité* uit art. 41 lid 1 CO omvat twee elementen.[991] In de eerste plaats betekent het dat de benadeler inbreuk heeft gemaakt op een subjectief recht of (meer indirect) heeft gehandeld in strijd met een regel die de benadeelde beoogt te beschermen en het ontstaan van de door de benadeelde geleden schade beoogt te voorkomen.[992] Het tweede element houdt in dat er voor de benadeler geen legitieme reden was om te handelen zoals hij heeft gedaan in die zin dat een rechtvaardigingsgrond ontbreekt. Een legitieme reden bestaat bijvoorbeeld als de wet expliciet de uitoefening van het recht door de benadeler boven de bescherming van het subjectieve recht van de benadeelde stelt.[993] Wederrechtelijkheid in de zin van art. 41 lid 1 CO ontbreekt ook als de benadeelde heeft ingestemd met het handelen van de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon.[994]

Wederrechtelijkheid is een begrip met een breed bereik. Daaronder worden niet alleen gedragingen begrepen die tot een schending van een absoluut recht (bijvoorbeeld persoonlijkheidsrechten, intellectuele eigendomsrechten) kunnen leiden, maar ook gedragingen die op grond van ongeschreven recht *illicite* zijn, zoals gevaarzetting. Uit de Zwitserse rechtspraak blijkt dat gevaarzetting niet per definitie onrechtmatig is; zo kan het bijvoorbeeld gelegitimeerd zijn als het een voldoende gewichtig belang dient. Gaat het om een handeling die een zekere vaardigheid vereist, dan wordt van degene die die handeling onderneemt verwacht dat hij de kwaliteiten bezit om de activiteit te ondernemen. Heeft hij die niet, dan dient hij ervan af te zien. En daarnaast brengt gevaarzettend handelen dat een specifiek en voorzienbaar gevaar voor een derde oplevert de verplichting met zich om specifieke voorzorgsmaatregelen te treffen om te voorkomen dat die schade intreedt.[995] Wordt aan deze vereisten echter niet voldaan, dan zal gevaarzetting met schade voor derden als gevolg doorgaans leiden tot aansprakelijkheid.

Foutaansprakelijkheid op grond van artikel 41 CO vereist naast *illicéité* ook een fout van de benadeler, dat wil zeggen opzettelijk (*intentionnellement*) of nalatig (*par négligence ou imprudence*) gedrag. Foutief gedrag impliceert dat de benadeler in staat is om tot een redelijk oordeel te komen in de zin van artikel 12 Code Civil (CC), oftewel dat de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon een *capacité délictuelle* bezit.[996] Dat wil zeggen dat het gaat om iemand die handelingsbekwaam is en met zijn acties rechten en verplichtingen in het leven kan roepen. Ook ten aanzien van rechtspersonen wordt aangenomen dat zij een *capacité délictuelle* hebben.[997] Wat nalatigheid betreft geldt dat dit wordt uitgelegd als '*un manqué de diligence dû à l'inertie de la volonté*'; onvoorzichtigheid die te wijten is aan onverschilligheid.[998] Om de mate van voorzichtigheid te bepalen die onder de gegeven omstandigheden van de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon verwacht mocht worden, wordt zijn gedrag (objectief) getoetst aan dat van de redelijk handelende persoon.[999]

---

990 Volgens een voorstel dat deel uitmaakt van een ontwerp voor een nieuwe algemeen deel van het *Obligationenrecht* zou het onderscheid overigens verdwijnen en zou voor de vestiging van aansprakelijkheid volstaan dat een persoon een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, op voorwaarde dat een rechtvaardigingsgrond ontbreekt. Zie: <http://or2020.ch/>.

991 Tercier & Dreyer 2004, p. 149. Zie ook: Deschenaux & Tercier 1982, p. 70-75.

992 Tercier & Dreyer 2004, p. 149.

993 *Ibid.* Zie ook: Deschenaux & Tercier 1982, p. 73.

994 Tercier & Dreyer 2004, p. 150. Zie ook: Deschenaux & Tercier 1982, p. 73. De regel spreekt strikt genomen overigens over het matigen van de vergoedingsverplichting vanwege instemmen door de benadeelde of het zich voordoen van omstandigheden die voor rekening van de benadeelde horen te komen.

995 Deschenaux & Tercier 1982, p. 75-76.

996 Tercier & Dreyer 2004, p. 150.

997 Deschenaux & Tercier 1982, p. 81.

998 *Id.*, p. 83.

999 Tercier & Dreyer 2004, p. 150. Zie ook: Deschenaux & Tercier 1982, p. 83.

Behalve wederrechtelijk, foutief gedrag van de benadeler zijn voor aansprakelijkheid op grond van artikel 41 CO ook vereist schade en een causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging en de schade. Onder causaliteit wordt in het kader van het vestigen van de aansprakelijkheid begrepen dat de gedraging een *conditio sine qua non* moet zijn voor het ontstaan van de schade; had de onrechtmatige daad niet plaatsgevonden dan zou ook de schade niet (als zodanig) zijn ingetreden.[1000] Ten aanzien van de omvang van de aansprakelijkheid geldt in Zwitserland de leer van de adequate veroorzaking, welke inhoudt dat de gedraging in een niet te ver verwijderd verband van de schade moet staan. Deze leer wordt zo uitgelegd dat de schade moet zijn ontstaan uit een gebeurtenis waarvan op basis van ervaringsregels kan worden aangenomen dat deze aan het ontstaan van de schade heeft bijgedragen.[1001]

Wat de vereiste schade betreft kan worden gezegd dat het in beginsel moet gaan om financiële schade. De schade bestaat uit het vermogensverlies dat wordt vastgesteld door de situatie van de benadeelde te vergelijken met de (hypothetische) situatie waarin de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgehad.[1002] In het Zwitserse aansprakelijkheidsrecht bestaat ook de mogelijkheid om vergoeding te vorderen voor immateriële schade. Zo kan bijvoorbeeld op grond van art. 47 CO vergoeding voor immateriële schade toegekend worden aan slachtoffers van letselschade of aan nabestaanden van het slachtoffer van een dodelijk ongeval. Daarnaast kan nog art. 49 CO genoemd worden, op grond waarvan een recht bestaat op vergoeding van immateriële schade die door het slachtoffer geleden is als gevolg van de schending van een persoonlijkheidsrecht.

Het is in beginsel aan de eisende partij om de door hem gestelde feiten te bewijzen.[1003] Er zijn echter verschillende situaties waarin de bewijslast wordt omgekeerd dan wel (onweerlegbare) bewijsvermoedens gelden. Deze uitzonderingen op de hoofdregel zijn allereerst door de wetgever neergelegd in een aantal specifieke materiële wetten.[1004] Deze zien veelal op situaties waarin het causaal verband zeer waarschijnlijk is maar moeilijk bewezen kan worden en hebben tot doel om te voorkomen dat de dader aansprakelijkheid voor zijn onrechtmatige gedraging ontloopt. Daarnaast zijn er in de rechtspraak verschillende manieren ontwikkeld om de op de eiser rustende bewijslast te verlichten. Allereerst kan de rechter op basis van de door de eiser aangebrachte feiten besluiten dat een causaal verband zo waarschijnlijk is dat het in de regel aangenomen wordt, tenzij de gedaagde partij dat weerspreekt en/of bewijs aanlevert van een andere gang van zaken.[1005] Tevens wordt in de rechtspraak in gevallen dat er meerdere mogelijke oorzaken voor de schade zijn, geaccepteerd dat het voldoende is dat de eisende partij kan aantonen dat de onrechtmatige gedraging tezamen met de andere omstandigheden de schade heeft veroorzaakt. Het is dus niet vereist dat de eiser aantoont dat de oorzaak waar hij zich op beroept de meest waarschijnlijke oorzaak van de schade is, slechts dat het de schade gedeeltelijk heeft veroorzaakt.[1006]

IMVO-gerelateerde zorgplichten van Zwitserse internationaal opererende ondernemingen

In Zwitserland is een groep van 23 wetenschappers onder begeleiding van het ministerie van Justitie enkele jaren geleden aan de slag gegaan met het ontwerpen van een nieuw algemeen deel van de Code des Obligations. Dit heeft geleid tot een concreet ontwerp: OR2020.[1007] Een voor de IMVO-context

[1000] Tercier & Dreyer 2004, p. 148.
[1001] *Ibid.*
[1002] *Ibid.*
[1003] Zie art. 8 Code Civil en vgl. ook art. 42 lid 1 Code des Obligations ten aanzien van de schade.
[1004] Art. 336 Abs. Zie ook: Weibel 2008, p. 69-70.
[1005] BGE 117 V 359 (*HWS – Praxis)*.
[1006] BGE 117 v 360 en BGE 134 v 109. Zie ook : Weibel 2008, p. 76-77.
[1007] Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale, <http://or2020.ch/>.

interessante voorgestelde wijziging betreft de introductie van een nieuwe grond voor aansprakelijkheid van de onderneming, die luidt:

> "*II. Entreprise commerciale*
> *Une entreprise commerciale est responsable du dommage causé dans l'accomplissement de l'activité de l'entreprise, si elle ne prouve que l'organisation de son entreprise était apte à empêcher le dommage de se produire*".[1008]

Met het artikel wordt een specifieke grond voor aansprakelijkheid van commerciële ondernemingen in het leven geroepen waarbij wordt aangenomen dat de onderneming aansprakelijk is voor schade die in het kader van de bedrijfsactiviteiten wordt aangericht, tenzij de onderneming kan aantonen dat de organisatie van de onderneming in beginsel geschikt was om dergelijke schade te voorkomen. Een dergelijke *enterprise liability* past, aldus de ontwerpers, bij de tegenwoordige gang van zaken in ondernemingen, welke wordt gekenmerkt door de concentratie van beslissingsbevoegdheid en een gespecialiseerde arbeidsverdeling.[1009]

In de IMVO-context zou een dergelijke specifieke en striktere grond voor aansprakelijkheid van de onderneming uiteraard zeer interessant kunnen zijn in het licht van het feit dat dit de bewijslast voor de eisers aanmerkelijk zou kunnen verlichten. Uiteraard werpt het ontwerpartikelen zoals het er nu ligt ook veel vragen op. Een relevante vraag in de IMVO-context is bijvoorbeeld of het begrip '*entreprise commerciale*' slechts ziet op de onderneming als juridische entiteit of dat het ook kan zien op de onderneming als economische entiteit. In het laatste geval zou het namelijk onder omstandigheden wellicht kunnen dienen als grondslag voor aansprakelijk van een moedermaatschappij van een concern (dat geen juridische entiteit is maar wel gezien kan worden als een economische entiteit) voor schadeveroorzakende activiteiten van haar dochtermaatschappijen.

Op grond van de algemene aansprakelijkheidsbepaling van art. 41 CO, die het zoals gezegd mogelijk maakt om een (rechts)persoon aansprakelijk te houden voor schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, is het in theorie ook naar huidig Zwitsers recht reeds mogelijk om een vordering in te stellen tegen een Zwitserse internationaal opererende onderneming naar aanleiding van extraterritoriale (I)MVO-normschendingen. Datzelfde geldt in beginsel ook voor een vordering tegen een Zwitserse moedermaatschappij van een multinationaal concern voor schade aangericht aan mens en milieu in gastlanden als gevolg van de activiteiten van haar dochtermaatschappijen en/of zakenpartners aldaar. Voorwaarde is wel dat ten aanzien van de moedermaatschappij aangetoond kan worden dat zij zich zelf schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige gedraging en dat deze (mede) de oorzaak is van de door de benadeelden uit het gastland geleden schade. Relevante rechtspraak op dit gebied lijkt echter nog niet voorhanden te zijn en in de literatuur wordt aan deze mogelijkheid vooralsnog niet veel aandacht besteed. Wel wordt daarin gewezen op de mogelijkheid om de onderneming als opdrachtgever of werkgever aansprakelijk te stellen (waarover verderop kort meer).[1010]

Interessant om nog te vermelden in deze context is het burgerwetgevingsinitiatief dat, zoals besproken in par. 3.6.3, ziet op het opnemen van een nieuw art. 101a in de Zwitserse federale Constitutie inzake '*responsabilité des entreprises*'. Dit bevat namelijk ook een bepaling waarin voorzien is dat de handhaving van de in het wetsvoorstel opgenomen verplichtingen voor Zwitserse ondernemingen ten aanzien van de impact van hun activiteiten op mens en milieu, plaatsvindt op basis van het Zwitserse civiele aansprakelijkheidsrecht. De in het wetsvoorstel opgenomen aansprakelijkheidsbepaling is

[1008] Art. 59 OR2020.
[1009] Zie: <http://or2020.ch/>.
[1010] Zie bijvoorbeeld: Weber & Baisch 2016, p. 20-21; Kaufmann e.a. 2013, p. 43-44; Membrez 2012, p. 31-34; Hofstetter 1990, p. 591.

gebaseerd op de bestaande bepaling inzake werkgeversaansprakelijkheid (art. 55 CO). Zij stipuleert dat de ondernemingen waar het wetsvoorstel betrekking op heeft (ondernemingen met hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging in Zwitserland) ook aansprakelijk zijn voor schade die wordt veroorzaakt door ondernemingen onder hun controle die in het kader van hun activiteiten schendingen begaan van algemeen erkende internationale mensenrechten of internationale milieunormen.[1011]

Het woordje 'ook' in de bepaling is vermoedelijk bedoeld om aan te geven dat deze aansprakelijkheid een aanvulling is op de aansprakelijkheid van de betreffende ondernemingen voor hun eigen onrechtmatige gedragingen, die zoals beschreven gevestigd kan worden op grond van de algemene aansprakelijkelijkheidsbepaling van art. 41 CO. De in het wetsvoorstel voorziene nieuwe aansprakelijkheidsgrond houdt een specifieke en striktere vorm van aansprakelijkheid in voor Zwitserse ondernemingen die controle hebben over andere ondernemingen, waarbij wordt aangenomen dat de controlerende ondernemingen aansprakelijk zijn voor schade veroorzaakt door de gecontroleerde ondernemingen in het kader van hun bedrijfsactiviteiten. Het voorgestelde artikel ontslaat de benadeelden van de verplichting om aan te tonen dat de controlerende onderneming zelf een onrechtmatige gedraging begaan heeft. Gezien de verwijzing naar de werkgeversaansprakelijkheid van art. 55 CO (waarover hierna kort meer) mag aangenomen worden dat er wel sprake moet zijn van een onrechtmatige gedraging van de gecontroleerde onderneming (al wordt dit niet met zoveel woorden gezegd).

De in het wetsvoorstel voorziene aansprakelijkheidsbepaling roept geen strikte aansprakelijkheid voor de controlerende onderneming in het leven, maar een aansprakelijkheid met een omkering van de bewijslast. Het bepaalt namelijk ook dat als de controlerende onderneming kan aantonen dat zij de op grond van het wetsvoorstel vereiste zorgvuldigheid betracht heeft bij het voorkomen, beperken en remediëren van schendingen van internationale mensenrechten- en milieunormen door de door haar gecontroleerde ondernemingen, dan loopt zij aansprakelijkheid op deze grondslag voor de daardoor ontstane schade. Volgens de toelichting bij het wetsvoorstel wordt hiermee als het ware een *safe haven* gecreëerd voor die ondernemingen die zich aan de in het wetsvoorstel opgelegde verplichtingen houden:

> "*Cela améliore également la sécurité juridique pour l'économie: si une entreprise peut démontrer de manière crédible qu'elle a mis en oeuvre toutes les mesures nécessaires pour prévenir le dommage en question, elle n'aura pas à craindre le verdict des tribunaux*".[1012]

Strikt genomen klopt dit niet helemaal, aangezien de moedermaatschappij zoals gezegd altijd nog op grond van de algemene bepaling van art. 41 CO aansprakelijk gehouden zou kunnen worden voor haar eigen onrechtmatige gedragingen. Gezien de te verwachten grotere bewijsmoeilijkheden voor de eisers in een dergelijke procedure en gezien het feit dat het in algemene zin lastig zal zijn om aan te tonen dat een moedermaatschappij die zich adequaat van haar *due diligence*-verplichting gekweten heeft zich toch onrechtmatig gedragen heeft, zal het in de praktijk echter niet vaak voorkomen dat teruggevallen wordt op art. 41 CO.

Tot slot is nog van belang om (nogmaals) te vermelden dat het wetsvoorstel nog een bepaling bevat dat de in het voorstel opgenomen verplichtingen van toepassing zijn ongeacht het op grond van het internationaal privaatrecht toepasselijke recht.[1013] Deze bepaling is nodig, aangezien op grond van het

---

[1011] Vgl. art. 2c Voorstel Art. 101a Constitution fédérale: Responsabilité des entreprises. Zie voor de Franstalige tekstversie van het voorstel: <http://konzern-initiative.ch/wp-content/uploads/2015/04/KVI_Factsheet_5_F_.pdf>.

[1012] *Id.*, zie de toelichting bij art. 2c.

[1013] *Id.*, art. 2d.

Zwitserse conflictenrecht het recht dat van toepassing is op een civiele aansprakelijkheidsvordering tegen een Zwitserse internationaal opererende onderneming inzake schendingen van mens- en milieugerelateerde belangen in gastlanden doorgaans het recht van het gastland zal zijn en niet het Zwitserse aansprakelijkheidsrecht. Door de bepalingen uit het wetsvoorstel te karakteriseren als voorrangsregels zou bewerkstelligd kunnen worden dat zij met voorrang op het op grond van de conflictenrechtelijke regels aanwezen recht toegepast kunnen worden op de vordering. Mocht het ooit zo ver komen, dan zou het zeer interessant zijn om te zien hoe Zwitserse rechters met deze twee bepalingen om zouden gaan.

Andere relevante gronden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid

Behalve de algemene foutaansprakelijkheid op grond van artikel 41 CO kent het Zwitserse recht ook een aantal aansprakelijkheden voor gedragingen van een ander. Eén daarvan is de strikte(re) aansprakelijkheid van de werkgever voor schade veroorzaakt door onrechtmatige gedragingen zijn werknemers of andere hulppersonen in de uitoefening van hun werk van art. 55 CO. De werkgever kan deze vorm van aansprakelijkheid ontlopen als hij in staat is te bewijzen dat hij de voorzorgsmaatregelen getroffen heeft die onder de gegeven omstandigheden geschikt waren om de betreffende schade te voorkomen, of dat de schade ondanks dergelijke voorzorgsmaatregelen toch zou zijn ontstaan.[1014]

Zoals gezegd wordt er in de literatuur door verschillende auteurs gesproken over de mogelijkheden die dit artikel zou kunnen bieden in de IMVO-context, in het bijzonder voor aansprakelijkheid van moedermaatschappijen.[1015] Art. 55 ziet op een ondergeschiktheidsrelatie waarin een (rechts)persoon controle uitoefent over degene die de taken uitvoert. De rationale achter deze bepaling is deels gelegen in de gedachte dat de benadeelde zich moet kunnen verhalen op een solvabele (rechts)persoon maar deels ook in de gedachte dat de (rechts)persoon die controle heeft over de activiteiten van een ander en daar het profijt van trekt, ook op zal moeten draaien voor eventuele schade veroorzaakt als gevolg van die activiteiten.[1016] Op het eerste gezicht zou de bepaling zich daarmee in beginsel ook goed kunnen lenen voor toepassing in de verhoudingen tussen moeder- en dochtermaatschappijen.[1017] Toepassing van art. 55 CO in die context stuit echter op twee problemen: allereerst gaat art. 55 CO uit van aansprakelijkheid van de werkgever voor onrechtmatige gedragingen van natuurlijke personen; daarnaast moet er sprake zijn van een ondergeschiktheidsrelatie die niet snel aangenomen zal worden ten aanzien van een dochtermaatschappij die uiteindelijk een zelfstandige rechtspersoon is.[1018]

Desalniettemin blijft art. 55 CO zeer tot de verbeelding spreken waar het gaat om aansprakelijkheid van moedermaatschappijen voor onrechtmatige gedragingen van hun dochters, binnen of buiten de IMVO-context. Zo betoogde Hofstetter in dit verband reeds in 1990:

> "*This concept seems particularly intriguing because it specifically addresses the problem of tort creditors. Like employee creditors, tort victims are often inefficient bearers of limited-liability risks. Where they do bear the risk, they usually remain uncompensated. Limited parent liability, therefore, entails the potential of inefficient risk externalisations from parent companies to tort creditors. The vicarious liability notion suggested by Swiss scholarship would counter this distortion. It would step in where parent companies bear a presumptive responsibility for subsidiary torts due to their active*

[1014] Tercier & Dreyer 2004, p. 151.
[1015] Zie bijvoorbeeld: Weber & Baisch 2016, p. 20-21; Kaufmann e.a. 2013, p. 43-44; Membrez 2012, p. 31-34; Hofstetter 1990, p. 591.
[1016] Membrez 2012, p. 31.
[1017] Membrez 2012, p. 32-33.
[1018] Membrez 2012, p. 31.

> *intervention in the subsidiary's affairs. The standard required for the parent's exoneration defence could be tuned to the degree of its interference. Hence vicarious parent liability would attach where the superior monitoring position of managing parents warranted it*".[1019]

Het is interessant om te zien dat deze gedachte, getuige het eerder besproken burgerinitiatiefwetsvoorstel inzake een *due diligence*-verplichting voor Zwitserse ondernemingen, in de huidige tijd nog net zo actueel is.

Een andere mogelijkheid die nog relevant kan zijn in de IMVO-context is de mogelijkheid om een onderneming die zich niet houdt aan de in zijn beroepsgroep geldende (zelfregulerings)normen ten aanzien van bijvoorbeeld arbeidsomstandigheden, aansprakelijk te stellen op grond van oneerlijke handelspraktijken. Dit kan als de onderneming met zijn gedrag een verstoring veroorzaakt van de markt in zijn branch die als oneerlijk (*déloyal*) aangemerkt kan worden. Elke (rechts)persoon die hierdoor in zijn economische belangen geraakt wordt of geraakt dreigt te worden kan een aansprakelijkheidsvordering instellen, waarbij hij – al naar gelang de omstandigheden van het geval – kan vragen om een gerechtelijk gebod of verbod, om een vergoeding van materiële of immateriële schade, of om ontneming van wederrechtelijke verkregen voordeel. Onder omstandigheden kunnen aansprakelijkheidsvorderingen in dit kader ook ingesteld worden door bijvoorbeeld consumenten, beroepsorganisaties, marktorganisaties, consumentenorganisaties of door de Zwitserse federale overheid.[1020]

Remedies

Met het vestigen van aansprakelijkheid van de aangesproken (rechts)persoon heeft de benadeelde recht op vergoeding van de door hem geleden schade – zowel materieel en immaterieel. Een belangrijk uitgangspunt in het Zwitserse recht is dat de schadevergoeding nooit meer kan belopen dan het (vermogens)verlies dat de benadeelde lijdt. Dit uitgangspunt brengt mee dat *punitive* of *exemplary damages* dus niet mogelijk zijn naar Zwitsers recht.[1021] Behalve schadevergoeding is ook denkbaar dat degene die verwacht schade te zullen lijden door een toekomstige gedraging van een ander of die in één of meer van zijn rechten wordt aangetast, een gebods- of verbodsactie instelt met het oog op het voorkomen van schadeveroorzakend handelen. Een dergelijke verbodsactie kan bijvoorbeeld gebaseerd worden op artikel 28 ZGB als het gaat om een gevreesde schending van zijn persoon of op de artikelen 641 en 679 ZGB die de eigendom beschermen.

Procedurele en praktische omstandigheden

Is een Zwitserse rechter bevoegd om kennis te nemen van een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een internationaal opererende onderneming voor vermeende schendingen van IMVO-gerelateerde zorgplichten, dan is Zwitsers recht (de *lex fori*) van toepassing op procedurele kwesties zoals de mogelijkheden tot bewijsverkrijging en de rechtspleging.[1022] Drie belangrijke mogelijke procedurele en praktische drempels voor potentiële eisers in civiele aansprakelijkheidsprocedures tegen internationaal opererende ondernemingen inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen zijn de kosten die gemoeid zijn moet procederen, de mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties en de mogelijkheden tot het verkrijgen van bewijs.[1023] Daarbij moet voorop gesteld worden dat in

[1019] Hofstetter 1990, p. 591.
[1020] Artt. 7 e.v. Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD). Zie hierover bijvoorbeeld: Kaufmann e.a. 2013, p. 48.
[1021] Tercier & Dreyer 2004, p. 159.
[1022] Art. 1 lid 3 Rome II-Vo.
[1023] Enneking 2013(2); Enneking 2012(1), p. 187-202, 256-265.

procedures voor de Zwitserse rechter, net als in Nederland, een ondergrens gesteld wordt door art. 6 EVRM, waarin het recht op een eerlijk proces is vastgelegd.

De kosten van civiele procedures voor de Zwitserse rechter vallen uiteen in griffierechten, die onder meer de administratieve kosten van de rechtbank en haar uitgaven aan bijvoorbeeld door de rechter ingeschakelde getuigen en experts omvatten, en buitengerechtelijke kosten, die vooral de advocatenkosten en de kosten voor door de partijen ingeschakelde experts omvatten. Griffierechten zijn wettelijk geregeld en zijn hoofdzakelijk afhankelijk van het bedrag van de vordering.[1024] Advocatenkosten zijn daarentegen volledig afhankelijk van de afspraken tussen de advocaten en hun cliënten. Advocatenkosten mogen in Zwitserland echter in beginsel niet vastgesteld worden op basis van resultaat gerelateerde beloningsafspraken (*contingency fees*). Het is wel mogelijk om afspraken te maken over bonussen zolang het basisbedrag in een redelijk inkomen voorziet.[1025]

De kosten van de procedure komen in beginsel voor rekening van de verliezende partij; is er sprake van een gedeeltelijke overwinning en een gedeeltelijk verlies dan worden de kosten ofwel verrekend ofwel in proportionaliteit toegewezen.[1026] In beginsel zijn griffierechten verhaalbaar, alsook de advocatenkosten tot het bedrag dat op basis van de wet verschuldigd is.[1027] De rechter kan van de eisende partij verlangen dat er een aanbetaling wordt gemaakt voor de te verwachten gerechtelijke kosten.[1028] Hebben de eisers geen gewone verblijfplaats of geregistreerde zetel in Zwitserland, zoals vaak het geval zal zijn in civiele aansprakelijkheidsprocedures inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen, dan kan de gedaagde partij in principe van hen verlangen dat zij bij aanvang van de procedure zekerheid stellen voor de proceskosten.[1029]

Zijn de eisers door hun persoonlijke of economische omstandigheden niet in staat om de kosten van de procedure op te brengen, zoals vaak het geval zal zijn in civiele aansprakelijkheidsprocedures inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen, dan bestaat er de mogelijkheid tot een beroep op gesubsidieerde rechtsbijstand. Deze mogelijkheid bestaat ook voor eisers die buiten Zwitserland woonachtig zijn. De eiser kan gesubsidieerde rechtsbijstand krijgen indien hij onvoldoende financiële middelen bezit en de vordering niet volledig kansloos lijkt. Kan de eisende partij aanspraak maken op gesubsidieerde rechtsbijstand, dan kunnen op die manier de kosten van de eisende partij geheel of gedeeltelijk gedekt worden en vervalt ook de eventuele verplichting tot zekerheidstelling voor de proceskosten.[1030] Wel geldt dat het risico dat de proceskosten van de wederpartij bij verlies vergoed moeten worden, blijft bestaan.[1031] Gesubsidieerde rechtsbijstand is niet beschikbaar voor rechtspersonen.[1032]

Wat betreft collectieve acties geldt dat het Zwitserse recht niet een algemeen mechanisme kent dat het mogelijk maakt voor een groep eisers om gezamenlijk een vordering in te stellen uit angst voor misbruik en organisatorische problemen in verband met de complexiteit van de procedure. Op dit beginsel bestaan een aantal zeer gelimiteerde uitzonderingen die slechts een marginale rol spelen in de

[1024] Jolles & Leimgruber 2009, p. 79.
[1025] Jolles & Leimgruber 2009, p. 79.
[1026] Jolles & Leimgruber 2009, p. 79.
[1027] Art. 95, 96 en 111 Civil Procedure Code. Zie ook: F. Bohnet, 'Civil procedure in Switzerland' (2015), <http://www.kgg.ch/wp-content/uploads/2015/06/Civil-procedure-in-Switzerland-.pdf>, p. 16.
[1028] Art. 98 Civil Procedure Code. Hoewel deze bevoegdheid discretionair is verwoord, lijkt dit steeds meer een algemene regel te worden.
[1029] Art. 99 Civil Procedure Code.
[1030] Art. 117 -118 Civil Procedure Code.
[1031] Art. 122 Civil Procedure Code.
[1032] Art. 117 Civil Procedure Code.

praktijk.[1033] Deze kwestie heeft tot veel debatten geleid en wordt door sommige schrijvers gezien als een significante lacune in het Zwitserse procesrecht nu er onvoldoende bescherming zou zijn van het collectieve belang.[1034]

De bewijslast in civiele procedures voor de Zwitserse rechter ligt in beginsel bij de eisende partij. Zijn eis moet gepaard gaan met een lijst waarin alle bewijsstukken staan genoemd waarop hij zich baseert.[1035] Als uitgangspunt met betrekking tot de bewijsgaring geldt geen procedurele verplichting tot het geven van inzage in bewijsstukken die de wederpartij tot zijn beschikking heeft. Wel bestaat er een algemene verplichting tot medewerking omtrent de bewijsgaring (*Mitwirkungspflichten*) en zijn er een paar specifieke juridische gronden op basis waarvan inzage in bewijsstukken kan worden gevorderd.[1036] Deze omvatten onder meer de mogelijkheid om een verzoek in te dienen tot inzage in een bepaald document dat in handen is van de wederpartij. Dergelijke verzoeken worden echter zelden ingewilligd nu de verantwoordelijkheid tot bewijsvergaring in beginsel bij de partijen ligt.[1037]

3.6.5 Toegang tot de strafrechter

Sinds 2011 kent Zwitserland een uniforme wettelijke regeling van het strafprocesrecht met een Wetboek van strafvordering dat voor het hele land geldt: de Schweizerische Strafprozessordnung (SStPO). Voordien had elk kanton een eigen Wetboek van Strafvordering.

Het openbaar ministerie is verplicht alle (vermeend) strafbare feiten te vervolgen, indien het daarvan kennis neemt (art. 7 SStPO). Het openbaar ministerie verwerft deze kennis doordat iedereen aangifte kan doen (art. 301(1) SStPO) dan wel ambtshalve bekend raakt met (vermeend) strafbare feiten. Evenals in Duitsland waar het openbaar ministerie verplicht is alle hem bekende (vermeend) strafbare feiten te vervolgen, kan het Zwitserse openbaar ministerie niet alle gevallen vervolgen. Dat is simpelweg niet haalbaar. Om die reden geeft art. 319 SStPO een aantal gronden op basis waarvan het kan afzien van het aanhangig maken van het strafproces, zoals dat een delictsbestanddeel niet is vervuld en de aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond is aannemelijk.

Het Zwitserse strafprocesrecht maakt een onderscheid tussen twee soorten slachtoffers. In art. 115(1) SStPO wordt de '*geschädigte Person*' gedefinieerd. Dat is degene die door het strafbare feit onmiddellijk in zijn rechten is aangetast. Als een specialis van dit slachtofferbegrip geldt het '*Opfer*' van art. 116(1) SStPO. Het beperkt namelijk het *Opfer* tot de kring van *geschädigte Personen* tot degenen wier fysieke, seksuele en/of psychische integriteit onmiddellijk door het strafbare feit is geschonden. Aan dit type slachtoffer komen specifieke rechten en bevoegdheden toe, zoals het recht op beschermingsmaatregelen, recht op bepaalde informatie, recht op begeleiding door een vertrouwenspersoon.

De *geschädigte Person* kan als '*Privatkläger*' optreden. Dat omvat twee verschillende soorten van acties (art. 118(1) SStPO). Het ziet ten eerste op de '*Strafkläger*'. Dat is het verzoek richten tot het openbaar ministerie om degene die verantwoordelijk is voor het strafbare feit te vervolgen en te berechten (art. 119(2)(a) SStPO). Ten tweede kan de *geschädigte Person* als '*Zivilkläger*' optreden. In dat geval voegt hij zich in het strafproces met een vordering tot schadevergoeding (art. 122(1) SStPO). Beide acties kunnen door middel van een mondelinge of schriftelijke verklaring worden ingesteld, waarbij zowel de

[1033] Zie 'Litigation 2014-2015: Switzerland', <www.chambersandpartners.com>, 2.7
[1034] Membrez 2012, p. 7 en 46.
[1035] Art. 221 lid 2 sub d
[1036] Art. 160 ev Civil Procedural Code.
[1037] Jolles & Leimgruber 2009, p. 82.

Strafkläge en de *Zivilkläge* tezamen als ieder afzonderlijk kunnen worden verzocht. De verklaring moet wel voor de afsluiting van het vooronderzoek worden gedaan; tijdens het strafproces is niet mogelijk.

Voor een *Zivilkläge* geldt dat de vordering tot schadevergoeding onder opgave van bewijsmiddelen kort moet zijn gemotiveerd (art. 123(1) SStPO). De hoogte van de vordering is niet gelimiteerd. In bepaalde gevallen moet de *geschädigte Person* (maar niet het *Opfer*) op verzoek van de verdachte zekerheidsstelling betalen voor diens kosten, zie art. 125(1) SStPO. De strafrechter stelt vast of deze betalingsverplichting geldt en zo ja, voor welk bedrag. De strafrechter spreekt zich bij vonnis uit over de vordering tot schadevergoeding. Hij moet de vordering naar de civiele rechter verwijzen als het strafproces wordt gestaakt, de vordering onvoldoende becijferd en/of onderbouwd is, er niet voldaan is aan de zekerheidsstelling en verdachte wordt vrijgesproken (art. 126(2) SStPO). De strafrechter kan de vordering naar civiele rechter verwijzen wanneer de beoordeling daarvan '*unverhältnismässig aufwendig*' is. Ingeval van verwijzing naar de civiele rechter of afwijzing van de vordering of vrijspraak van de verdachte, kan het slachtoffer worden veroordeeld in de proceskosten (art. 427(1) SStPO). Het slachtoffer heeft recht op gesubsidieerde rechtsbijstand indien hij over onvoldoende middelen beschikt en de vordering niet kansloos lijkt (art. 136(1) SStPO).

3.6.6 Materieelstrafrechtelijke uitstapje

Tot slot kan nog gewezen worden op het feit dat Zwitserland een actieve rol gespeeld heeft bij de totstandkoming van het Montreux Document in 2008, dat zich richt op de manier waarop internationaal recht, in het bijzonder het internationale humanitaire recht en de internationale mensenrechten, van toepassing is op de activiteiten van particuliere militaire en beveiligingsondernemingen (*private military and security companies* of PMSC's).[1038] Naast dit document, dat hoofdzakelijk gericht is op de internationaalrechtelijke verplichtingen van de aangesloten staten, is ook een internationale gedragscode voor PMSC's totstandgebracht die voortbouwt op zowel het Montreux Document als het *UN 'Protect, Respect and Remedy' framework*. Op de naleving hiervan wordt toezicht gehouden door de in Zwitserland gevestigde International Code of Conduct for Private Security Providers' Association (ICoCA).[1039]

In 2013 besloot de Zwitserse regering om de internationale gedragscode op nationaal niveau te implementeren in wetgeving en naleving ervan een bindende verplichting te maken. Dit heeft geleid tot de Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger (hierna : LPSP) die op 1 september 2015 in werking is getreden.[1040] Deze wet verbiedt onder meer vanuit Zwitserland opererende PMSC's (en hun functionarissen en werknemers) om direct deel te nemen aan vijandelijkheden die zich afspelen in het kader van gewapende conflicten in andere landen en/of bij te dragen aan ernstige mensenrechtenschendingen die in dit kader gepleegd worden. Meer specificiek gaat het daarbij om de volgende gedragingen: het rekruteren of formeren van personeel in Zwitserland voor een directe deelneming aan vijandelijkheden in het buitenland, het direct of indirect beschikbaar stellen van personeel voor directe deelneming aan vijandelijkheden in het buitenland, en het oprichten, het exploiteren of het leidinggeven aan een onderneming in Zwitserland die zich met deze activiteiten bezighoudt, en het controleren van een onderneming in Zwitserland die zich met deze activiteiten bezighoudt (art. 8 LPSP). De bijdragen aan ernstige mensenrechtschendingen zien op het vanuit Zwitserland leveren van particuliere beveiligingsdienst of daarmee verwante dienst waarvan wordt vermoed dat deze diensten worden gebruikt in het kader van het begaan van ernstige mensenrechtschendingen, het oprichten, het exploiteren of het leidinggeven aan een onderneming in

[1038] Zie voor meer informatie en verdere verwijzingen: <https://www.eda.admin.ch/eda/en/fdfa/foreign-policy/international-law/international-humanitarian-law/private-military-security-companies/montreux-document.html/>.
[1039] Zie voor meer informatie de IcoCA-website: <http://www.icoca.ch/>.
[1040] Zie, met verdere verwijzingen: <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2015/2015-06-240.html>.

Zwitserland die deze beveiligingsdiensten levert alsmede het controleren van een onderneming in Zwitserland die deze beveiligingsdiensten levert (art. 9 LPSP).

De verplichtingen uit de wet, waaronder de hiervoor genoemde verbodsbepalingen, strekken zich ook uit tot ondernemingen die gecontroleerd door vanuit Zwitserland opererende PMSC's, waarvan sprake kan zijn als deze een meerderheid van de aandelen in handen hebben, (in)direct de bevoegdheid hebben om de meerderheid van de bestuurders te benoemen dan wel ontslaan, of op grond van de statuten een dominante invloed kunnen uitoefenen.[1041]

Overtredingen van de genoemde verbodsbepalingen door natuurlijke personen levert een strafbaar feit op en daarop is een gevangenisstraf van maximaal drie jaar gesteld en een geldboete (art. 21 LPSP). De wet voorziet in de mogelijkheid om af te zien van het vervolgen van deze natuurlijke personen en in de plaats daarvan de onderneming bestuursrechtelijk te beboeten. De maximale boete is evenwel 20.000 Zwitserse francs (zie art. 25 LPSP).

De wet bevat ook verplichtingen om bepaalde activiteiten te melden aan een bevoegde autoriteit alsmede *due diligence*-procedures te implementeren onder meer om ervoor te zorgen dat het personeel van de betreffende ondernemingen zich aan de gestelde verplichtingen houdt.

Uit voorgaande beknopte beschrijving van de wet volgt een viertal opvallende kenmerken. Ten eerste behelst de wet het vastleggen van een wettelijke verplichting voor bepaalde ondernemingen en hun functionarissen en werknemers om bepaalde ernstige mensenrechtenschendingen te voorkomen. Dat is dan wel een beperkte categorie van ondernemingen, de PMSC's, voor beperkte categorie aan activiteiten, namelijk heel kort gezegd beveiligingsdiensten leveren, die bijdragen aan ernstige mensenrechtschendingen in het kader van een buitenlands gewapend conflict of inhouden een direct deelnemen in buitenlandse vijandelijkheden. Ten tweede heeft de wet extraterritoriale werking doordat de verbodsbepalingen ook gelden voor ondernemingen die niet in Zwitserland zijn gevestigd, maar wel worden gecontroleerd door Zwitserse PMSC's. Dat betekent dat de gedragingen van natuurlijke personen in dienst van die buitenlandse ondernemingen onder de reikwijdte van de wet vallen. Ten derde laat de wet hiermee zien dat voor de toepassing van de wet dochterondernemingen gelijk worden gesteld aan de moedermaatschappij. Ten vierde kan in het kader van de handhaving van de wet de strafrechtelijke vervolging van de natuurlijke persoon worden vervangen door een bestuursrechtelijke beboeting van de onderneming.

3.6.7 Conclusie

Het beleid van de Zwitserse regering is er al geruime tijd op gericht om MVO op nationaal en internationaal niveau te bevorderen; daarbij is het uitgangspunt dat MVO in de eerste plaats een zaak van ondernemingen zelf is. Dit uitganspunt is bevestigd en nader uitgewerkt in het in april 2015 door de Zwitserse federale regering gepubliceerde Nationaal Actieplan MVO. De Zwitserse overheid is momenteel bezig met het opstellen van een Nationaal Actieplan Bedrijven en Mensenrechten. In maart 2015 is er in het Zwitserse parlement gedebatteerd over een motie strekkende tot de invoering van een verplichting voor Zwitserse ondernemingen om *due diligence* te betrachten op het gebied van (I)MVO. Deze motie is uiteindelijk afgewezen door het parlement, hetgeen een groep Zwitserse ngo's ertoe gebracht heeft om een burgerwetgevingsinitiatief te starten, om op die manier alsnog de totstandkoming van een wettelijke *due diligence*-verplichting voor Zwitserse internationaal opererende ondernemingen op het gebied van IMVO af te dwingen.

[1041] Zie art. 5 lid 1 LPSP. Voor personenvennootschappen kent art. 5 lid 2 LPSP een regeling met een vergelijkbare strekking.

Verder is interessant om te vermelden dat op 1 september 2015 wetgeving in werking is getreden in Zwitserland waarin een verbod is opgenomen voor vanuit Zwitserland opererende particuliere militaire en beveiligingsondernemingen (PMSC's) om direct deel te nemen aan vijandelijkheden die zich afspelen in het kader van gewapende conflicten in andere landen en/of bij te dragen aan ernstige mensenrechtenschendingen die in dit kader gepleegd worden. Deze verplichting strekt zich ook uit tot ondernemingen die gecontroleerd door vanuit Zwitserland opererende PMSC's, waarvan sprake kan zijn als deze een meerderheid van de aandelen in handen hebben, (in)direct de bevoegdheid hebben om de meerderheid van de bestuurders te benoemen dan wel ontslaan, of op grond van de statuten een dominante invloed kunnen uitoefenen. De wet bevat ook verplichtingen om *due diligence*-procedures te implementeren onder meer om ervoor te zorgen dat het personeel van de betreffende ondernemingen zich aan de gestelde verplichtingen houdt.

In Zwitserland zijn tot op heden slechts een tweetal strafrechtelijke procedures aangebracht tegen Zwitserse internationaal opererende ondernemingen inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen. Eén van deze procedures is geëindigd met een besluit van de betroken openbaar aanklager om niet verder te vervolgen; de ander is afgewezen in verband met verjaring.

Het Zwitserse ondernemingsrecht kent geen specifiek op (I)MVO toegesneden verplichtingen voor bestuurders van een vennootschap. Ten aanzien van beursvennootschappen biedt ook de Corporate Governance Code geen richtsnoeren op dit gebied. Het bestuur van de vennootschap dient bij zijn taakuitoefening zorgvuldigheid te betrachten en zich te richten naar het vennootschappelijk belang. Deze verplichting geldt ook voor een *de facto* bestuurder, zoals onder omstandigheden een moedervennootschap. In de literatuur is op basis van die uitgangspunten wel beargumenteerd dat (bestuurders van) de moedervennootschap verplicht zijn om eigen (I)MVO-standaarden te implementeren bij de dochter en verantwoordelijk zijn voor de bescherming van mensenrechten van werknemers van dochtervennootschappen in ontwikkelingslanden. Hoewel onduidelijk is of onder het vennootschappelijk belang ook (I)MVO-belangen zouden kunnen vallen, geldt dat de zorgvuldigheidsverplichting van het bestuur in beginsel alleen gehandhaafd kan worden door de onderneming zelf of de aandeelhouders.

Interessant in dit kader is nog het eerder genoemde burgerwetgevingsinitiatief inzake een wettelijke *due diligence*-verplichting voor Zwitserse internationaal opererende ondernemingen op het gebied van IMVO. Dit voorstel bevat een algemene verplichting voor ondernemingen die hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging in Zwitserland hebben om *due diligence* te betrachten ten aanzien van de effecten van hun activiteiten en die van door hen gecontroleerde ondernemingen en zakenrelaties op mens en milieu elders. Het bevat ook een bepaling die handhaving van deze verplichting via het civiele aansprakelijkheidsrecht voorziet. Het burgerwetgevingsinitiatief zal aanleiding geven tot een bindend referendum als het de initiatiefnemers lukt om binnen 18 maanden 100.000 handtekeningen te verzamelen.

Het Zwitserse ondernemingsrecht kent geen specifieke transparantieverplichtingen ten aanzien van (I)MVO-gerelateerde kwesties. Wel moet gerapporteerd worden over de werking van het risicobeheersings- en interne controlesysteem en over bijzondere gebeurtenissen aangaande de vennootschap; deze verplichting biedt ruimte voor de opvatting dat onder omstandigheden over bepaalde aspecten van (I)MVO moet worden gerapporteerd, maar alleen voor zover deze een risico voor de vennootschap in zich bergen. Waar het gaat om concernverhoudingen geldt als uitgangspunt dat de moedermaatschappij niet aansprakelijk gesteld kan worden voor de schulden (of gedragingen) van haar dochtermaatschappijen. Uit de rechtspraak en doctrine kan worden afgeleid dat er onder bepaalde omstandigheden uitzonderingen op dit uitgangspunt mogelijk zijn, maar dat de mogelijkheden beperkt zijn. Dat betekent dat IMVO-stakeholders die (bestuurders van) een Zwitserse internationaal

opererende ondernemingen aansprakelijk willen stellen voor schade aan mens en milieu als gevolg van de activiteiten die zij (laten) uitvoeren in gastlanden, zich in beginsel zullen moeten baseren op het civiele aansprakelijkheidsrecht.

De Zwitserse rechter is bevoegd om te oordelen over een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een internationaal opererende onderneming als deze zijn statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging in het Zwitserland heeft. Onder omstandigheden kan de Zwitserse rechter ook bevoegd zijn ten aanzien van vorderingen tegen ondernemingen uit niet-Europese gastlanden, maar de mogelijkheden daartoe zijn beperkt. De Zwitserse rechter is bij uitzondering wel bevoegd ten aanzien van een vordering tegen een niet-Europese onderneming als het onmogelijk blijkt om deze in het buitenland in te stellen of als dat in redelijkheid niet mag worden verwacht. Vereiste is wel dat de procedure een voldoende nauwe band heeft met de Zwitserse rechtsorde; dit vereiste wordt strikt geïnterpreteerd, zo blijkt uit de rechtspraak. Het Zwitserse recht kent geen mogelijkheid voor de Zwitserse rechter om zich onbevoegd verklaren als hij van mening is dat er elders een ander forum beschikbaar is dat bevoegd is over de procedure te oordelen en dat meer geschikt geacht wordt voor berechting van de procedure.

Op grond van de in Zwitserland geldende conflictenrechtelijke regels zal de Zwitserse rechter een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen een Zwitserse internationaal opererende onderneming inzake extraterritoriale (I)MVO-normschendingen in veel gevallen beoordelen op basis van het recht van het gastland. In uitzonderingsgevallen kan Zwitsers aansprakelijkheidsrecht voor toepassing in aanmerking komen. Daar biedt de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van de algemene grondslag voor buitencontractuele (fout)aansprakelijkheid in theorie mogelijkheden om Zwitserse internationaal opererende ondernemingen aansprakelijk te stellen voor schade aangericht aan mens en milieu in gastlanden. Voor aansprakelijkheid op deze grond moet er sprake zijn van een een toerekenbare onrechtmatige gedraging, alsook van schade en een causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging en de schade. De bewijslast rust in beginsel op de eiser, maar onder omstandigheden kan de bewijslast worden omgekeerd of gebruik gemaakt worden (onweerlegbare) bewijsvermoedens gelden om de bewijslast voor de eisende partij te verlichten.

Er bestaan in de Zwitserse rechtspraak geen concrete aanwijzingen of en in hoeverre er op grond van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm uit het Zwitserse civiele aansprakelijkheidsrecht IMVO-gerelateerde zorgplichten kunnen rusten op Zwitserse internationaal opererende ondernemingen. Interessant om te vermelden in dit verband is het voorstel in het kader van de herziening van de Code des Obligations om een specifieke grond voor aansprakelijkheid van commerciële ondernemingen in het leven te roepen waarbij wordt aangenomen dat de onderneming aansprakelijk is voor schade die in het kader van de bedrijfsactiviteiten wordt aangericht. Deze aansprakelijkheid kan slechts ontlopen worden als de onderneming kan aantonen dat de organisatie van de onderneming in beginsel geschikt was om dergelijke schade te voorkomen. In theorie is het echter nu ook al mogelijk om op grond van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm Zwitserse internationaal opererende ondernemingen, waaronder ook moedermaatschappijen van multinationale concerns, aansprakelijk te stellen voor schade aangericht aan mens en milieu als gevolg van de activiteiten die zij in gastlanden (laten) uitoefenen.

Interessant om in dit kader te vermelden is dat de in het eerder genoemde burgerwetgevingsinitiatief vermelde aansprakelijkheidsbepaling stipuleert dat Zwitserse internationaal opererende ondernemingen ook aansprakelijk zijn voor schade die wordt veroorzaakt door ondernemingen onder hun controle die in het kader van hun activiteiten schendingen begaan van algemeen erkende internationale mensenrechten of internationale milieunormen. De aansprakelijkheid voor Zwitserse onderneming die controle hebben over andere ondernemingen is niet onbegrensd; de onderneming ontsnapt aan aansprakelijkheid als zij aan kan tonen dat de controlerende onderneming zelf geen onrechtmatige gedraging begaan heeft. Daarmee houdt de bepaling in feite een foutaansprakelijkheid in voor de

controlerende onderneming met een omkering van de bewijslast. Kan de controlerende onderneming aantonen dat zij de op grond van het wetsvoorstel vereiste zorgvuldigheid heeft betracht bij het voorkomen, beperken en remediëren van schendingen van internationale mensenrechten- en milieunormen door de door haar gecontroleerde ondernemingen, dan kan zij niet aansprakelijk gesteld worden op deze grondslag.

Het wetsvoorstel bevat voorts een bepaling die stipuleert dat de in het voorstel opgenomen verplichtingen van toepassing zijn ongeacht het op grond van de regels van internationaal privaatrecht toepasselijke recht. Daarmee wordt beoogd om de toepasselijkheid van het Zwitserse civiele aansprakelijkheidsrecht zeker te stellen in IMVO-gerelateerde juridische procedures die voor de Zwitserse rechter aangebracht worden. Het Zwitserse recht kent ook nog een aantal andere gronden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid die onder omstandigheden relevant zouden kunnen zijn in de IMVO-context, zoals de bepaling inzake werkgeversaansprakelijkheid en de bepalingen die het mogelijk maken om ondernemingen aansprakelijk te stellen voor oneerlijke handelspraktijken.

Wat betreft de procedurele en praktische omstandigheden geldt dat hoewel het in Zwitserland niet mogelijk is om resultaatgerichte beloningsafspraken te maken met advocaten, buitenlandse eisers in beginsel wel aanspraak kunnen maken op gesubsidieerde rechtsbijstand. Collectieve acties zijn in beginsel niet mogelijk in Zwitserland, een omstandigheid waarop in de literatuur veel kritiek bestaat. Wat betreft bewijsgaring geldt dat de Zwitserse rechter zelden gebruik maakt van zijn bevoegdheid om een partij te verplichten inzage te geven in bepaalde stukken. Deze laatste twee factoren zorgen ervoor dat er een serieuze drempel zal bestaan voor benadeelden van IMVO-gerelateerde normschendingen om een civiele aansprakelijkheidsprocedure in te stellen tegen een internationaal opererende onderneming voor de Zwitserse rechter ter verkrijging van herstel.

In Zwitserland kan het slachtoffer zich, net als in Nederland, als benadeelde partij voegen in het strafproces om in vergelijking met het civiele recht op een goedkope en relatief eenvoudige manier schadevergoeding te verkrijgen. Echter, het slachtoffer loopt wel enige financiële risico's in de vorm van een zekerheidsstelling ten behoeve van verdachte en een proceskostenveroordeling.

Ten slotte kent Zwitserland met de recent in werking getreden Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger een wet die voor bepaalde ondernemingen (PMSC's) en hun functionarissen en werknemers om bepaalde ernstige mensenrechtenschendingen te voorkomen. Het gaat dan om kort gezegd beveiligingsdiensten leveren die bijdragen aan ernstige mensenrechtschendingen in het kader van een buitenlandse vijandelijkheden of het rekruteren of het beschikbaar stellen van personeel voor het direct deelnemen in buitenlandse vijandelijkheden. Natuurlijke personen die zich schuldig maken aan deze activiteiten zijn strafbaar. De wet heeft extraterritoriale werking doordat de verbodsbepalingen ook gelden voor ondernemingen die niet in Zwitserland zijn gevestigd, maar wel worden gecontroleerd door Zwitserse PMSC's. Dat betekent dat de gedragingen van natuurlijke personen in dienst van die buitenlandse ondernemingen onder de reikwijdte van de wet vallen. Voorts stelt de wet voor de toepassing daarvan dochterondernemingen gelijk aan de moedermaatschappij. Tenslotte kan in het kader van de handhaving van de wet de strafrechtelijke vervolging van de natuurlijke persoon worden vervangen door een bestuursrechtelijke beboeting van de onderneming.

3.7 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is beschreven wat de huidige stand van het recht (zowel wetgeving als rechtspraak) is waar het gaat om de zorgplichten van internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van IMVO (dat wil zeggen: de juridisch afdwingbare verantwoordelijkheden van internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van mens en milieu in de gastlanden waar zij opereren) in vijf van de ons omringende landen: België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland. Gekeken is naar relevante beleidsontwikkelingen en juridische procedures in de betreffende landen. Daarnaast is gekeken naar normen en handhavingsmogelijkheden in drie verschillende rechtsgebieden, te weten het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht en het strafrechtprocesrecht in de betreffende landen. Het algemene beeld dat uit deze beschrijving naar voren komt, is dat er in al deze landen juridische ontwikkelingen plaatsvinden en juridische vragen leven die in grote lijnen overeenkomen met hetgeen er momenteel in Nederland leeft.

Wordt echter meer op detailniveau gekeken, dan zijn er ook verschillen te ontwaren in de wetgeving en jurisprudentie van de verschillende landen waar het gaat om de zorgplichten van internationaal opererende ondernemingen in het kader van IMVO. Zo blijkt bijvoorbeeld uit het overzicht van relevante juridische procedures dat in Duitsland, maar met name ook in Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk tot op heden veel meer rechtszaken voor de nationale rechter zijn aangebracht tegen de in die landen gevestigde internationaal opererende ondernemingen in verband met beweerdelijke IMVO-normschendingen in gastlanden. Daarbij gaat het in Verenigd Koninkrijk in alle gevallen om civiele aansprakelijkheidsprocedures, terwijl met name in Frankrijk de blik veel meer is gericht op de mogelijkheden om procedures te initiëren via het strafrecht.

Opgemerkt dient te worden dat ondanks het feit dat er tot op heden in de onderzochte landen ongeveer een dertigtal IMVO-gerelateerde juridische procedures is aangebracht, het aantal rechterlijke eindbeslissingen zeer laag is. Veel van de civielrechtelijke procedures die (vooral) voor de Engelse rechter zijn aangebracht zijn geschikt voordat het tot een inhoudelijk rechterlijk oordeel over de zorgplichten van de aangesproken ondernemingen is gekomen. Veel van de strafrechtelijke procedures die (vooral) voor de Franse rechter zijn aangebracht zijn geëindigd in een beslissing tot niet-vervolging door de openbare aanklager. Er bestaan dan ook nauwelijks juridische precedenten die aanwijzingen verschaffen over het bestaan en de omvang van IMVO-gerelateerde zorgplichten voor internationaal opererende ondernemingen binnen de hier onderzochte rechtsgebieden.

Een uitzondering is de uitspraak die recent gewezen werd door het Parijse Cour d'Appel in een procedure die door Gabonese spoorwerkers was aangespannen tegen hun voormalig werkgever en de Franse moedermaatschappijen van deze onderneming. Vanwege de vrij specifieke arbeidsrechtelijke context ervan biedt deze uitspraak, die gewezen werd op grond van bepalingen van Gabonees vermogensrecht die vrijwel identiek zijn aan Franse bepalingen op dit gebied, echter weinig algemene aanknopingspunten voor IMVO-gerelateerde zorgplichten. Desondanks biedt deze procedure, net als veel andere van de hier besproken procedures, belangrijke aanwijzingen met betrekking tot de omstandigheden waaronder het voor eisers uit gastlanden wenselijk én mogelijk kan zijn om IMVO-gerelateerde procedures aan te brengen tegen internationaal opererende ondernemingen in de hier onderzochte landen.

Waar het gaat om IMVO-gerelateerde normen en de handhaving daarvan op het gebied van het ondernemingsrecht van de betreffende landen, zijn de verschillen veel kleiner. Zeer opvallend zijn op dat gebied echter de voorstellen tot wetgeving die momenteel zowel in Frankrijk als in Zwitserland voorliggen met betrekking tot een wettelijke verplichting voor ondernemingen om *due diligence* op milieu- en mensenrechtengebied te betrachten, niet alleen ten aanzien van de eigen activiteiten maar

ook ten aanzien van de activiteiten van onder meer dochtermaatschappijen en ketenpartners, en om daarover transparantie te betrachten. Beide voorstellen voorzien ook een rol voor het nationale civiele aansprakelijkheidsrecht in de handhaving van de opgelegde verplichtingen. In het Zwitserse voorstel, dat deel uitmaakt van een burgerwetgevingsinitiatief, is een specifieke bepaling opgenomen waarin vastgelegd wordt dat het daarbij gaat om een voorrangsregel, die dient te worden toegepast met voorrang boven het op grond van de op een aansprakelijkheidsprocedure toepasselijke recht (wat naar Zwitsers conflictenrecht in vrijwel alle gevallen de aansprakelijkheidsbepalingen van het recht van het gastland zullen zijn).

Ten aanzien van het civiele aansprakelijkheidsrecht geldt dat het in alle onderzochte stelsels in beginsel mogelijk is om internationaal opererende ondernemingen aansprakelijk te stellen voor schade die het gevolg is van gedragingen die in strijd zijn met ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen. Deze open grondslag voor aansprakelijkheid biedt ruimte om in die gevallen dat in het licht van de ernst en de omvang van de met een bedrijfsactiviteit samenhangend risico onvoldoende voorzorgsmaatregelen zijn getroffen om schade te voorkomen aan mens en milieu, de onderneming die de activiteit uitvoert of laat uitvoeren te verplichten de schade die zich voordoet te vergoeden. Naast een onrechtmatige gedraging is in alle stelsels in ieder geval schade en een causaal verband tussen gedraging en schade vereist om tot aansprakelijkheid te komen. De bewijslast van deze elementen ligt in beginsel op de eisende partij, hoewel in alle stelsels manieren bestaan om deze bewijslast onder omstandigheden te verlichten of (deels) te verschuiven naar de wederpartij.

In rechtspraak en literatuur over de rol van het civiele aansprakelijkheidsrecht in de IMVO-context ligt een sterke nadruk op de vraag onder welke omstandigheden de moedermaatschappij van een multinationaal concern aansprakelijk gesteld kan worden voor schade aangericht aan mens en milieu in gastlanden als gevolg van de activiteiten van haar dochtermaatschappijen aldaar. In alle van de onderzochte rechtssystemen lijken in theorie mogelijkheden te bestaan om een dergelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor haar eigen onrechtmatige gedragingen te gronden op de algemene maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm uit het civiele aansprakelijkheidsrecht. In het Verenigd Koninkrijk bestaat jurisprudentie die laat zien dat een moedermaatschappij onder omstandigheden aansprakelijk gesteld kan worden door een werknemer van haar dochtermaatschappij die gezondheidsschade heeft opgelopen in het kader van zijn werkzaamheden. Hoewel deze uitspraak gewezen werd in een nationale (MVO) context, is er geen reden om aan te nemen dat deze onder omstandigheden niet ook zou kunnen gelden in een internationale (IMVO) context. Tot op heden is het echter niet mogelijk gebleken om op het gestelde precedent voort te bouwen in andere (nationale én internationale) civiele aansprakelijkheidsprocedures in de (I)MVO-context.

Dat het in de IMVO-context gaat om activiteiten van internationaal opererende ondernemingen uit de betreffende landen die schade aanrichten in niet-Europese gastlanden, in veel gevallen met tussenkomst van lokale dochtermaatschappijen en ketenpartners, brengt vragen met zich naar de bevoegdheid van de rechter en het op een aansprakelijkheidsvordering toepasselijke recht. In alle onderzochte landen kan een dergelijke civiele aansprakelijkheidsprocedure aangebracht worden voor de rechter als deze gericht is tegen een onderneming die haar statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging in het betreffende land heeft. Onder sommige omstandigheden kan daarnaast ook rechtsmacht bestaan over (al dan niet gerelateerde) procedures tegen ondernemingen uit andere Europese landen of van buiten de EU. Wat het toepasselijke recht betreft, geldt dat kwesties van materieel aansprakelijkheidsrecht (waaronder bijvoorbeeld de gronden voor aansprakelijkheid en de te vorderen remedies) in veel gevallen bepaald zullen worden door het recht van het gastland. Op deze hoofdregel bestaan echter uitzonderingen, die ervoor kunnen zorgen dat (bepaalde regels van) het recht van het land waar de aansprakelijk gestelde internationaal opererende onderneming gevestigd is, toch relevant kan zijn voor het (al dan niet) vestigen en de gevolgen van aansprakelijkheid.

Procedurele en praktische omstandigheden worden in beginsel bepaald door het recht van de forumstaat. In alle van de hier onderzochte stelsels vormen de kosten van procederen, de mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties en de mogelijkheden tot het verkrijgen van inzage in bewijsstukken die in handen zijn van de wederpartij in meerdere of mindere mate een drempel voor slachtoffers van IMVO-gerelateerde normschendingen door internationaal opererende ondernemingen om aansprakelijkheidsprocedures aan te brengen voor de rechters in de onderzochte landen. Ook in Engeland, dat in algemene zin beschouwd wordt als een land waar de procedurele en praktische omstandigheden relatief gunstig zijn voor het aanbrengen van dit type claims, is door inperkingen van de mogelijkheden voor potentiële eisers tot een beroep op gesubsidieerde rechtsbijstand en tot resultaatsgerichte beloningsafspraken met advocaten, de drempel in recente jaren weer wat omhoog gegaan.

Gezien deze procedurele en praktische drempels verbaast het niet dat in landen waar het voor benadeelden mogelijk is om strafprocedures te (doen) initiëren en/of zich daarin te voegen als civiele partij, zoals in Frankrijk en België en in mindere mate in Duitsland, relatief veel gebruik wordt gemaakt van die strafrechtelijke route. Deze kan voor eisers die IMVO-gerelateerde juridische procedures aan willen brengen tegen internationaal opererende ondernemingen voor Europese nationale rechters voordelen opleveren met name op het vlak van kosten en bewijsgaring. Daarbij moet echter vermeld worden dat dit in slechts zeer weinig gevallen ook daadwerkelijk een strafrechtelijke vervolging en veroordeling heeft opgeleverd.

HOOFDSTUK 4 – DE INVLOED VAN (I)MVO-REGELGEVING OP HET VESTIGINGSKLIMAAT

4.1 INLEIDING

Mede naar aanleiding van de totstandkoming van de UN Guiding Principles en de actieve rol van de Europese Unie op het gebied van het bedrijfsleven en mensenrechten, nemen overheden wereldwijd in toenemende mate wetgeving en beleid aan op het gebied van (I)MVO om voor te schrijven wat de rol en verantwoordelijkheden van (internationaal opererende) ondernemingen zijn. Voorbeelden hiervan zijn, zo blijkt ook de voorgaande twee hoofdstukken, regelgeving met betrekking tot verslaglegging over niet-financiële prestatie-indicatoren, alsook regelgeving gericht op het vergroten van de transparantie over de impact van de activiteiten van (buitenlandse) dochtermaatschappijen en ketenpartners op IMVO-gerelateerde belangen. Een deel van deze (voorgestelde) regelingen voorziet ook in mogelijkheden om die normen in rechte te handhaven.

Er is tot op heden slechts in zeer beperkte mate onderzoek verricht naar de invloed die toenemende regelgeving op het gebied van (I)MVO kan hebben op het nationale vestigingsklimaat (of: investeringsklimaat) van de regelgevende landen. Het onderzoek op dit gebied heeft zich tot dusverre met name gericht op het verband tussen (I)MVO en het concurrentievermogen van ondernemingen (de '*business case*' voor MVO, zie par. 1.3.1). Het verband tussen (I)MVO-regelgeving en het vestigingsklimaat van de regelgevende landen is daarmee tot nog toe onderbelicht gebleven. Dit is opvallend, aangezien uit de in de voorgaande twee hoofdstukken het beeld naar voren komt dat er momenteel in verschillende landen juridische ontwikkelingen plaatsvinden op het gebied van (I)MVO die een belangrijke impact hebben of kunnen gaan hebben op internationaal opererende ondernemingen uit die landen. Tegelijkertijd is het gebrek aan empirisch onderzoek naar deze kwestie te verklaren door het feit dat het hier gaat om vrij recente ontwikkelingen waarvan in veel gevallen het eindresultaat – in de zin van de totstandkoming van concrete regelgeving of jurisprudentie met betrekking tot de IMVO-gerelateerde zorgplichten van ondernemingen – nog onduidelijk is.

Het doel van dit hoofdstuk is om meer inzicht te bieden in de (mogelijke) invloed van (I)MVO-regelgeving op het vestigingsklimaat van de regelgevende landen. Omdat uit de voorgaande twee hoofdstukken blijkt dat een goed deel van de juridisch relevante ontwikkelingen op (I)MVO-gebied voortvloeit uit IMVO-gerelateerde juridische procedures die zijn aangespannen tegen internationaal opererende ondernemingen, wordt daarbij ook aandacht besteed aan de invloed van juridische procedures inzake (I)MVO-gerelateerde kwesties op het vestigingsklimaat. De vraag die hier centraal staat is dan ook hoe de consequenties kunnen worden ingeschat van regelgeving en rechtspraak op het gebied van (I)MVO voor het vestigingsklimaat in Nederland en in de andere onderzochte landen (België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland). Deze vraag zal worden beantwoord aan de hand van een literatuurstudie en een beperkt aantal interviews met experts uit deze landen.

Voor de literatuurstudie is gebruik gemaakt van bestaande literatuur met name op het gebied van regulering en het internationale bedrijfsleven (*business regulation*, *regulatory economics*, *international business*, *business-society interaction*), strategisch management en MVO. Daarnaast is ook gekeken naar literatuur met betrekking tot de invloed van milieuregelgeving op het vestigingsklimaat, aangezien de daarin ontwikkelde kennis relevant kan zijn voor vraagstukken met betrekking tot de al dan niet te verwachten invloed van (I)MVO-regelgeving op het vestigingsklimaat.

In aanvulling op de literatuurstudie wordt in dit hoofdstuk verslag gedaan van de uitkomsten van de semigestructureerde interviews die zijn gehouden met experts uit de verschillende onderzochte landen (Nederland, België, Duitsland, Frankrijk, Engeland en Zwitserland). In elk land is gesproken met drie tot vijf experts die zich vanuit verschillende invalshoeken bezighouden met (I)MVO-regelgeving en -rechtspraak en/of met de impact daarvan op het vestigingsklimaat van het betreffende land. De groep van geïnterviewde experts omvat academici, vertegenwoordigers van koepelorganisaties vanuit het

bedrijfsleven, bedrijfsjuristen en MVO-managers, beleidsmakers, denktanks en vertegenwoordigers van ngo's. Hoewel het aantal interviews dat is afgenomen, onvoldoende is om generieke uitspraken te kunnen doen, bieden de anekdotische gegevens die door middel van de interviews verkregen zijn wel enig inzicht in de percepties van deze experts voor wat betreft de invloed van (I)MVO-regelgeving en -rechtspraak op het vestigingsklimaat van het betreffende land. De interviews en de analyse daarvan betreffen een kwalitatief onderzoek dat gelet op het aantal interviews en de verdeling over respondenten en hun achtergrond en expertise, alleen een indicatief beeld kan geven. Als zodanig bieden zij wel een belangrijke aanvulling op en een toets van het op basis van literatuur geschetste theoretische kader betreffende het verband tussen regelgeving en vestigingsklimaat en bieden zij daarnaast wellicht een opstapje voor verder onderzoek naar dit onderwerp.

Allereerst wordt in dit hoofdstuk aan de hand van bestaande literatuur een theoretisch kader geschetst met betrekking tot het verband tussen (I)MVO-regelgeving en vestigingsklimaat (par. 4.2). Hiervoor wordt onder meer gekeken naar de uitkomsten van bestaande empirische studies naar de verschillende factoren die van invloed zijn op het vestigingsklimaat en de relatieve impact daarbinnen van regelgeving (en, waar mogelijk meer specifiek: (I)MVO-regelgeving) op het vestigingsklimaat. Deze kwestie zal zowel vanuit micro- als macro-economisch perspectief worden bezien. Vervolgens worden de uitkomsten beschreven van de semigestructureerde interviews over de invloed van (I)MVO-regelgeving en -rechtspraak die zijn afgenomen bij experts uit de hier onderzochte landen (par. 4.3). Deze interviews zijn afgenomen aan de hand van een vragenlijst die is opgesteld mede op basis van het hier beschreven theoretisch kader (zie de bijlagen voor de Nederlandstalige en de Engelstalige tekstversie van de vragenlijst). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie waarin kort gereflecteerd wordt op de op basis van de literatuurstudie en interviews verkregen inzichten betreffende de invloed van (I)MVO-regelgeving en -rechtspraak op het nationale vestigingsklimaat van de hier onderzochte landen.

4.2 THEORETISCH KADER

4.2.1 Inleiding

Het 'vestigingsklimaat' is een breed en moeilijk te definiëren begrip. De Nederlandse overheid hanteert zelf de volgende definitie:

> "*Het vestigingsklimaat bepaalt hoe aantrekkelijk een land of een regio is om een vestiging (zoals een distributiecentrum of een hoofdkantoor) te openen. Voor (buitenlandse) investeerders bepaalt het vestigingsklimaat of men wel of geen zaken wil doen op een bepaalde locatie*".[1]

Het nationale vestigingsklimaat van een land omvat allerlei externe factoren die van invloed zijn op ondernemingen die gevestigd zijn in dat land of die overwegen zich aldaar te vestigen. Daarbij kan gedacht worden aan beleid, wet- en regelgeving, het nationale beleid op het gebied van buitenlandse handel, de instituties, de veiligheid, de sociale en culturele context van het bedrijfsleven, het macro-economisch beleid, de toegang van ondernemingen tot financiële en zakelijke dienstverlening en de beschikbaarheid van fysieke en sociale infrastructuur en diensten.[2]

In het kader van dit onderzoek ligt de nadruk op regelgeving en de toenemende regeldruk op het gebied van (I)MVO-voorschriften; daarbij wordt in beginsel alleen gekeken naar van overheidswege opgelegde regels. In overeenstemming met definities gehanteerd door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO), kunnen dergelijke regels worden gedefinieerd als de gevarieerde set van instrumenten die de overheid gebruikt om eisen te stellen aan ondernemingen en burgers. Regelgeving omvat wetten (wet in formele zin), formele en informele regels uitgevaardigd door overheidsinstanties op allerlei niveaus en de regels uitgevaardigd door niet-gouvernementele of zelfregulerende instanties waaraan de overheid regelgevende bevoegdheid heeft gedelegeerd (wet in materiële zin).[3]

Er bestaat geen overeenstemming in de academische literatuur over de wijze waarop de invloed van regelgeving op het vestigingsklimaat of de invloed van regelgeving op de keuze van ondernemingen voor een bepaald vestigingsklimaat, gemeten zou moeten worden.[4] Er bestaan vele empirische en theoretische studies naar deze kwestie, maar de bevindingen en conclusies daarvan lopen zeer uiteen. De opvattingen over de factoren die van invloed zijn op het vestigingsklimaat en de manier waarop de invloed van deze factoren gedegen gemeten kan worden, verschillen eveneens sterk.[5]

Daar komt nog bij dat het begrip 'vestigingsklimaat' slechts in beperkte mate voorkomt in de empirische en theoretische economische studies die verricht zijn op dit gebied. Wel is er academische literatuur beschikbaar over onderzoek naar concepten die nauw samenhangen met dit begrip 'vestigingsklimaat'. Daarbij kan gedacht worden aan onderwerpen als: de invloed van regelgeving op productiviteit, investeringen en economische groei van individuele ondernemingen en landen als geheel; de invloed van regeldruk op ondernemingen en landen; de invloed van verscheidene vormen van regulering op

---

1 Rijksoverheid, 'Internationaal ondernemen – Vestigingsklimaat', <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/internationaal-ondernemen/buitenlandse-investeerders-aantrekken/vestigingsklimaat>.

2 Silva-Leander 2005, p. 3-4.

3 Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO), 'The OECD Report on Regulatory Reform Synthesis', 1997, <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>, p. 6. Zie ook: The Swedish Agency for Growth Policy Analysis, 'The economic effects of the regulatory burden', 2010, <https://www.tillvaxtanalys.se/download/18.201965214d8715afd13d8c6/1432670893004/Report_2010_14.pdf>, p. 15.

4 Kirkpatrick 2012, p. 3; Blind 2012.

5 Silva-Leander 2005, p. 3-4.

ondernemingen en landen; en de (internationale) concurrentiepositie van landen en ondernemingen. Voor zover deze studies relevant zijn in de context van dit onderzoek zal hiernaar verwezen worden. Daarbij is van belang om te vermelden dat ook ten aanzien van gerelateerde concepten, zoals concurrentiepositie en regeldruk, geen overeenstemming bestaat over de precieze definitie ervan.[6] Door de uiteenlopende ideeën over de definitie en omvang van deze kwesties worden er uiteenlopende methoden gebruikt voor het doen van metingen daarnaar, met uiteenlopende resultaten tot gevolg.

Tot slot kan een onderscheid gemaakt worden tussen micro- en macro-perspectieven op de invloed van regelgeving op het vestigingsklimaat. Micro-perspectieven richten zich op de factoren die voor individuele ondernemingen van belang zijn voor de beslissing om zich in een bepaald land te vestigen. Macro-perspectieven daarentegen richten zich op het internationale concurrentievermogen van landen en regio's, dat wil zeggen hun vermogen om ondernemingen aan te trekken die zich in het betreffende land of de betreffende regio willen vestigen. Factoren die op microniveau een rol spelen zijn niet noodzakelijkerwijs ook in die hoedanigheid van toepassing op macroniveau.[7]

4.2.2 Factoren die van invloed zijn op het vestigingsklimaat

In de academische literatuur met betrekking tot de internationale economie en het internationale bedrijfsleven wordt verschillend gedacht over de factoren die van belang zijn bij het bepalen van de internationale concurrentiepositie van een land. Er bestaat overeenstemming over het feit dat de economische groei en het concurrentievermogen van een land bepaald worden door een complex interactief proces van sociale, politieke en institutionele veranderingen. Maar de meningen lopen uiteen waar het gaat om de vraag welke concrete factoren de internationale concurrentiepositie en daarmee de relatieve aantrekkelijkheid van het vestigingsklimaat van een land ten opzichte van andere landen bepalen. Datzelfde geldt voor de vraag hoe gemeten kan worden welke factoren van invloed zijn en hoe deze zich tot elkaar verhouden.[8] In het hierna volgende wordt kort ingegaan op enkele gezaghebbende macro-analyses om te bezien tot welke uitkomsten deze economische analyses komen ten aanzien van de invloed van regelgeving op het vestigingsklimaat en op welke (uiteenlopende) wijzen dit gemeten zou kunnen worden.

De Global Competitiveness Index van het World Economic Forum

De Global Competitiveness Index (GCI) biedt een gezaghebbende visie vanuit een macro-perspectief op de factoren die van invloed zijn op het vestigingsklimaat, alsook op de wijze waarop de aantrekkelijkheid van het vestigingsklimaat van specifieke landen of regio's gemeten kan worden. De GCI wordt jaarlijks opgesteld door het World Economic Forum en brengt het internationale concurrentievermogen van een groot aantal landen (144 voor 2014/2015) in kaart. Met deze index wordt getracht het complexe fenomeen van nationale concurrentiekracht in kaart te brengen en de relatieve nationale concurrentiekracht (het internationale concurrentievermogen) van elk land vast te stellen.

---

6 Zie bijvoorbeeld Van Gestel & Hertogh 2006: "*Regeldruk is een analytisch problematisch begrip en daarom – in zijn huidige, ongewijzigde vorm – ongeschikt als evaluatiecriterium*". Zie ook: Y. Katsoulacos, G. Makri & V. Bageri, 'Regulatory Burden, Competition and Growth', rapport voor de Bank of Greece, 2011, <http://www.cresse.info/uploadfiles/Regulatory_Burden_Competition_and_Growth.pdf>, p. 27; The Swedish Agency for Growth Policy Analysis, 'The economic effects of the regulatory burden', 2010, <https://www.tillvaxtanalys.se/download/18.201965214d8715afd13d8c6/1432670893004/Report_2010_14.pdf>, p. 63. Voor het concept van concurrentievermogen, zie bijvoorbeeld: Dechezleprêtre & Sato 2014, p. 6; IMD World Competitiveness Yearbook 2014, <http://www.imd.org/news/2014-World-Competitiveness.cfm>.

7 Zie bijvoorbeeld: Dechezleprêtre & Sato 2014, p. 6; Boulouta & Pitelis 2011, p. 4; IMD World Competitiveness Yearbook 2014, <http://www.imd.org/news/2014-World-Competitiveness.cfm>.

8 Zie bijvoorbeeld: Dwyer & Kim 2003, p. 370-372. Zie ook: Dunning & Gugler 2008, p. 112.

In de GCI wordt de nationale concurrentiekracht van een land gedefinieerd als de verzameling van instellingen, beleid en factoren die het niveau van de productiviteit van dat land bepalen. Het niveau van de productiviteit bepaalt op zijn beurt weer het welvaartsniveau dat in het betreffende land kan worden bereikt. Aan de hand van de volgende twaalf groepen factoren (pijlers) meet de GCI de nationale concurrentiekracht en daarmee de relatieve aantrekkelijkheid van het vestigingsklimaat van landen: (1) instellingen, (2) infrastructuur, (3) macro-economische omgeving, (4) gezondheid en basisonderwijs, (5) hoger onderwijs en opleidingen, (6) efficiëntie van de goederenmarkt, (7) efficiëntie van de arbeidsmarkt, (8) de ontwikkeling van de financiële markt, (9) technologische gereedheid, (10) omvang van de markt, (11) zakelijke verfijning en (12) innovatie.[9]

Ondanks dat er apart wordt gerapporteerd op basis van de 12 pijlers is het belangrijk om in gedachte te houden dat deze factoren niet op zichzelf staan; ze hebben de neiging om elkaar te versterken en een gebrek op het ene gebied heeft vaak een negatieve invloed op andere gebieden. Zo zal een sterke innovatiecapaciteit (pijler 12) moeilijk te bereiken zijn zonder gezonde en goed opgeleide arbeidskrachten (pijlers 4 en 5), die deskundig zijn op het gebied van nieuwe technologieën (pijler 9) en met voldoende financiering voor onderzoek en ontwikkeling (pijler 8) of een efficiënte goederenmarkt die innovatie stimuleert (pijler 6). De totale score van de 12 pijlers tezamen toont niet de mogelijk enorme verschillen tussen verschillende pijlers. Het is daarom van belang om de pijlers onafhankelijk van elkaar te bezien.[10]

Het relatieve belang dat wordt toegekend aan de verscheidene pijlers van de GCI is afhankelijk van de stadia van ontwikkeling waar het desbetreffende land in verkeerd. [11] De landen in de eerste fase van ontwikkeling, zoals Bangladesh, Rwanda of Nigeria, zijn 'factor-gedreven' en concurreren op basis van schenkingen, ongeschoolde arbeid en natuurlijke rijkdommen. Landen in de tweede fase van ontwikkeling, zoals Indonesië, Marokko, Zuid-Afrika en Thailand, zijn gedreven door *efficiency*. Omdat deze landen meer concurrerend zijn geworden dan de landen in de eerste groep – zowel de productiviteit als de lonen zijn gestegen – worden deze landen geacht efficiëntere productieprocessen te ontwikkelen en de kwaliteit van het product te verbeteren.[12] In landen die in de laatste en derde fase van ontwikkeling (de innovatie-gedreven fase) verkeren, zijn de lonen dermate hoog dat ondernemingen moeten concurreren met nieuwe en unieke producten, door het gebruik van de meest geavanceerde productieprocessen (pijler 11) en innovatieve nieuwe ideeën (pijler 12). Alle zes de landen die centraal staan in dit onderzoek vallen onder deze laatste groep, waarin innovatie de kern is van de ontwikkeling van het land. Voor deze landen geldt dat de mate van geavanceerdheid van het bedrijfsleven en innovatie zwaarder wegen ten opzichte van de andere pijlers.

Geen van de pijlers op basis waarvan in de GCI het vestigingsklimaat en de internationale concurrentiepositie van landen worden bepaald, is expliciet gericht op regelgeving. Wel is regelgeving vervlochten in verscheidene factoren, voornamelijk in factoren die vallen onder pijler 1 die gericht is op instituties. Zo omvat pijler 1 onder andere de volgende indicatoren: eigendomsrechten, de bescherming van intellectueel eigendom, last van overheidsregulering, vriendjespolitiek in beslissingen van overheidsfunctionarissen, efficiëntie van het juridisch kader bij het beslechten van geschillen en het aanvechten van regelgeving, sterkte van auditing en rapporteringsstandaarden en bescherming van minderheidsaandeelhouders en investeerders. Bovendien bevat pijler 6, die betrekking heeft op een efficiënte goederenmarkt, onder andere de factoren 'effectiviteit van anti-monopolie beleid' en

[9] World Economic Forum, Global Competitiveness Report 2014-2015, <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2014-15.pdf> (hierna: GCR 14/15), p. 64.

[10] Zie GCR 14/15, 'Methodology', <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/methodology>.

[11] *Ibid.*

[12] *Ibid.*

'hoeveelheid procedures dat nodig is voor het starten van een bedrijf' en pijler 7, die betrekking heeft op de *efficiency* van de arbeidsmarkt, de factor 'flexibiliteit met betrekking tot het bepalen van lonen'.

BOX 1: GCI – Scores op het gebied van 'instituties' en 'last van overheidsregulering'

Zoals blijkt uit het bovenstaande, is in de GCI de invloed van regelgeving op de nationale concurrentiekracht in hoge mate vervlochten met pijler 1, die betrekking heeft op instituties. De data met betrekking tot pijler 1 zijn grotendeels tot stand gekomen op basis van de Executive Opinion Survey van het World Economic Forum, waarin de visie van personen in hoge posities binnen het bedrijfsleven is weergegeven op basis van een enquête.[13] Uit de vergelijking die de GCI maakt op dit gebied blijkt dat Nieuw-Zeeland, Finland en Singapore hierop het hoogst scoren. Wat betreft de zes landen die centraal staan in dit onderzoek scoren Zwitserland (plaats 9), Nederland (plaats 10) en Engeland (plaats 11) relatief hoog in vergelijking met Duitsland (plaats 17) en België (plaats 23). Frankrijk scoort het laagst (plaats 32 van in totaal 144) ten opzichte van deze andere vijf landen.[14]

Wordt ingezoomd op de factor 'last van overheidsregulering', wat één van de indicatoren is van pijler 1, dan blijkt dat deze verhoudingen verschuiven. De vraag die bij deze factor centraal staat is hoe belastend het is voor ondernemingen in de verschillende landen om te voldoen aan de administratieve vereisten die de overheid stelt waar het bijvoorbeeld gaat om vergunningen, verordeningen en rapportering.[15] Qatar, Singapore en de Verenigde Arabische Emiraten scoren hier het hoogst, wat betekent dat ondernemingen in deze landen weinig overlast ondervinden van overheidsregulering. Zwitserland scoort ook hier relatief hoog met een 12e plaats. Nederland (plaats 30), Engeland (plaats 37) en Duitsland (plaats 55) scoren een stuk lager dan waar het de instituties algemeen betreft. Opmerkelijk zijn de slechte scores van Frankrijk en België, met respectievelijk een 121e en 130e plaats (van 144 in totaal).[16]

In de *overall* score doen alle zes de hier onderzochte landen het overigens goed: Zwitserland voert de lijst van 144 landen aan (plaats 1), op de voet gevolgd door Duitsland, Nederland en het Verenigd Koninkrijk (plaatsen 5, 8 en 9, respectievelijk) en op iets grotere afstand gevolgd door België en Frankrijk (plaatsen 18 en 23, respectievelijk).[17]

Op basis van de GCI kan geconcludeerd worden dat een grote hoeveelheid factoren van invloed is op het vestigingsklimaat en de internationale concurrentiepositie van een land. Op basis van de GCI-data valt niet in concrete bewoordingen uit te drukken wat het relatieve belang is van regelgeving in verhouding tot andere factoren die van invloed zijn om het vestigingsklimaat. Opvallend is wel dat het (relatieve) belang dat in deze gezaghebbende macro-analyse wordt toegekend aan regelgeving in zijn algemeenheid erg beperkt is.

[13] Zie GCR 14/15, 'Chapter 1.3 - The Executive Opinion Survey', <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/introduction-2>.

[14] Zie GCR 14/15, 'Table 5: The Global Competitiveness Index 2014-2015: Basic requirements', <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/wp-content/blogs.dir/54/mp/files/pages/files/tables3-7-wef-globalcompetitivenessreport-2014-15-2.pdf>.

[15] Zie GCR 14/15, 'Technical notes and sources', <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/technical-notes-and-sources>

[16] Zie GCR 14/15, 'Country/Economy profiles', <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/view/downloads/>.

[17] Zie GCR 14/15, 'Table 4: The Global Competitiveness Index 2014-2015', <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/wp-content/blogs.dir/54/mp/files/pages/files/tables3-7-wef-globalcompetitivenessreport-2014-15-2.pdf>.

De Economist Intelligence Unit's Business Environment Ranking

De Economist Intelligence Unit (EIU) meet de kwaliteit en aantrekkelijkheid van het vestigingsklimaat in 82 landen en geeft de resultaten van deze analyse jaarlijks weer in 'Business Environment Rankings'. De beoordeling geschiedt op basis van criteria waarvan de EIU analisten menen dat die bepalend zijn voor ondernemingen wanneer zij voor een bepaald vestigingsland kiezen en met betrekking tot bredere bedrijfsstrategieën. Het betreft een tiental categorieën van indicatoren, namelijk: (1) het politieke klimaat, (2) de macro-economische omgeving, (3) de marktkansen, (4) het beleid ten aanzien van het vrije ondernemerschap en de concurrentie (5) het beleid ten aanzien van buitenlandse investeringen, (6) de buitenlandse handel en wisselkoersen, (7) de belastingen, (8) de financiering, (9) de arbeidsmarkt en (10) de infrastructuur.[18]

Elke categorie bevat een aantal indicatoren (91 in totaal) die worden beoordeeld door de EIU voor de laatste vijf jaar en de komende vijf jaar. De data zijn gebaseerd op kwantitatieve gegevens afkomstig uit nationale en internationale statistische bronnen, bijvoorbeeld gegevens omtrent de groei van het BBP en kwalitatieve gegevens die onder andere zijn verkregen door het afnemen van enquêtes bij ondernemingen. De score per indicator wordt bepaald op basis van een gewogen gemiddelde, dus wat vaker voorkomt, telt vaker mee. De tien categorieën hebben vervolgens gelijk gewicht voor het bepalen van de totale score. De EIU geeft daarbij aan dat de keuze voor dit model is gebaseerd op de hedendaagse theoretische onzekerheid over het relatieve belang dat aan de verscheidene factoren dient te worden toegekend. Ook merkt de EIU op dat onderzoeken met betrekking tot buitenlandse investeringen in een land die werken met gewogen scores of scores waarbij alle factoren even zwaar meetellen niet tot significant andere uitkomsten leiden.[19]

Ook in deze macro-analyse is regelgeving geen specifieke categorie op basis waarvan de kwaliteit en aantrekkelijkheid van het vestigingsklimaat van landen wordt bepaald. Wel zit regelgeving vervlochten in verschillende categorieën, waaronder in het bijzonder categorie 4 (het beleid ten aanzien van het vrije ondernemerschap en de concurrentie) categorie 5 (het beleid ten aanzien van buitenlandse investeringen) en categorie 7 (de belastingen). De totaalscore (alle categorieën tezamen) in het rapport van het jaar 2014 is als volgt: Singapore wordt als beste beoordeeld, gevolgd door Zwitserland en Hong Kong. Duitsland (12e plaats), Nederland (16e plaats) en België (17e plaats) scoren relatief goed in verhouding tot Engeland (plaats 22) en Frankrijk (plaats 24 van 82).[20]

IMD World Competitiveness Index

In het World Competitiveness Yearbook vergelijkt de IMD Business School het vermogen van landen om een klimaat te creëren en te onderhouden waarin ondernemingen kunnen concurreren, oftewel een gunstig vestigingsklimaat. Deze analyse is gebaseerd op de aanname dat welvaart in een land voornamelijk wordt gecreëerd door ondernemingen. Overheden oefenen hier invloed op uit door een vestigingsklimaat te creëren dat het vermogen om in eigen land of internationaal te concurreren verbetert of belemmert. Vier groepen factoren zijn volgens IMD van invloed op het vestigingsklimaat van landen, namelijk: (1) de economische prestaties van het land, (2) de mate van efficiency van de overheid (waar bijvoorbeeld het ondernemingsrecht een onderdeel van is), (3) de mate van efficiency

[18] The Economist Intelligence Unit, 'Business Environment Rankings, Which country is best to do business in?', 2014, <http://pages.eiu.com/rs/eiu2/images/BER_2014.pdf>.

[19] The Economist Intelligence Unit, 'Business Environment Rankings Methodology, Outline of the model', 2006, <http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/CF_PDF.pdf>.

[20] The Economist Intelligence Unit, 'Business Environment Rankings, Which country is best to do business in?', 2014, <http://pages.eiu.com/rs/eiu2/images/BER_2014.pdf>.

van het bedrijfsleven en (4) de infrastructuur. Deze vier factoren zijn elk weer onderverdeeld in 5 sub-factoren, die allemaal hetzelfde gewicht hebben in de analyse. [21]

In het kader van dit onderzoek is voornamelijk categorie 2 van belang, die betrekking heeft op de mate waarin overheidsbeleid bevorderlijk is voor het concurrentievermogen van het land. Het betreft hier de overheidsfinanciën, het fiscale beleid, het institutionele kader, het ondernemingsrecht en het maatschappelijke kader, op basis waarvan 70 verschillende factoren zijn ontwikkeld.[22] Met betrekking tot de factor 'mate waarin overheidsbeleid bevorderlijk zijn voor het concurrentievermogen', scoren de Verenigde Arabische Emiraten (1e plaats), Hong Kong (2e plaats) en Zwitserland (3e plaats) het best van de in totaal 60 geanalyseerde landen. Duitsland (16e plaats), Engeland (17e plaats) en Nederland (18e plaats) scoren relatief goed in verhouding tot de lage score van België (43e plaats) en Frankrijk (50e plaats).[23]

Fraser Institute's Economic Freedom Index

Een laatste noemenswaardige macro-analyse van de factoren die van invloed zijn op het vestigingsklimaat is de Economic Freedom Index van het Fraser Institute. Deze index geeft de mate weer waarin regelgeving, beleid en instituties in de onderzochte landen economische vrijheid van ondernemingen bevorderen. De gedachte achter de door hen gehanteerde maatstaf is dat onderzoek uitwijst dat landen die goed beleid en goede regelgeving en instellingen hebben die economische vrijheid bevorderen, meer investeringen naar zich toetrekken en een snellere economische groei, hogere inkomens en een snellere vermindering van armoede kennen dan landen die in mindere mate economische vrijheid bevorderen. De kern van economische vrijheid is volgens het Instituut: persoonlijke keuzevrijheid, vrijwillige uitwisseling, vrijheid om te concurreren en de veiligheid van particulier eigendom. De Index bevat een beoordeling van 152 landen en gebieden op basis van 42 factoren. Deze factoren zijn onderverdeeld in vijf categorieën: (1) de grootte van de regering (uitgaven, belastingen, en ondernemingen); (2) de juridische structuur en veiligheid van eigendomsrechten; (3) de toegang tot financiering; (4) de vrijheid om internationaal handel te bedrijven en (5) regelgeving op het gebied van krediet, arbeid en ondernemen.[24]

Ook in deze analyse is er niet een aparte categorie van factoren gewijd aan regelgeving in het algemeen. Wel komt regelgeving in vele categorieën terug, namelijk in categorie 2 (de juridische structuur en veiligheid van eigendomsrechten), categorie 3 (de toegang tot financiering), categorie 4 (de vrijheid om internationaal handel te bedrijven) en ook zeer expliciet in categorie 5 (regelgeving op het gebied van krediet, arbeid en ondernemen). De analyse betreft gegevens van het jaar 2013 en de lijst van in totaal 157 landen wordt aangevoerd door Hong Kong (1e plaats), Singapore (2e plaats) en Nieuw-Zeeland (3e plaats). Ook Zwitserland scoort hoog met een 4e plaats, gevolgd door Engeland (10e plaats), Duitsland (29e plaats), Nederland (30e plaats), België (52e plaats) en Frankrijk (70e plaats).[25]

4.2.3 De invloed van regelgeving op het vestigingsklimaat

Uit het voorgaande blijkt dat er een grote hoeveelheid is van factoren die geacht worden van invloed te zijn op het vestigingsklimaat van landen. Er is geen consensus over het relatieve belang van deze verschillende factoren. Regelgeving als factor die van invloed is op het vestigingsklimaat neemt in de

---

21 Zie: IMD World Competitiveness Yearbook 2014, p. 479.
22 *Id.*, p. 480.
23 *Id.*, p. 18.
24 Fraser Institute, 'Economic Freedom of the World: 2015 Annual Report', <http://www.freetheworld.com/2015/economic-freedom-of-the-world-2015_a4-version.pdf>, p. 1-5.
25 *Id.*, p. 8.

macro-analyses echter geen zelfstandige plaats in en is vaak verweven in factoren die op meer dan regelgeving betrekking hebben. Waar regelgeving wel expliciet wordt meegenomen in de analyse, betreft het overwegend ondernemingsrechtelijke en arbeidsrechtelijke regels.

Micro-economische studies tonen ook aan dat vele verschillende factoren het investeringsgedrag (met betrekking tot de keuze in welk land zich te vestigen) van ondernemingen bepalen. Econometrische studies suggereren dat het belastingklimaat en financiële prikkels[26], regelgeving op het gebied van de productenmarkt[27] en barrières voor het toetreden van een bepaalde markt[28] van grote invloed zijn op het investeringsgedrag van ondernemingen. De World Business Environment Survey vermeldt in aanvulling hierop dat belastingen en regelgeving, financiering, beleidsonzekerheid en inflatie het meest belangrijk zijn voor de groei van ondernemingen en daarmee van grote invloed op de keuze waar ze zich zullen vestigen.[29]

Ook op micro-economisch niveau blijkt het moeilijk om een gemeenschappelijke set van factoren vast te stellen die van invloed zijn op individuele investeringsbeslissingen van ondernemingen. Bepaalde overkoepelende kwesties, zoals beleidsonzekerheid, zijn voor alle ondernemingen van belang bij het bepalen waar ze zich zullen vestigen. Wel bestaat er overeenstemming over het feit dat het relatieve belang dat dient te worden toegekend aan verscheidene factoren afhangt van de grootte, de leeftijd, de input mix en de mobiliteit van de onderneming en de sector waarin het actief is. Macro-economische en politieke risico's zijn bijvoorbeeld van groter belang voor buitenlandse ondernemingen die zich in Nederland willen vestigen dan voor binnenlandse ondernemingen.[30]

Zowel macro- als micro-economische studies laten zien dat regelgeving op verschillende manieren het nationale vestigingsklimaat en investeringsbeslissingen van ondernemingen kan beïnvloeden. Hoewel er studies bestaan die een negatief verband laten zien tussen regelgeving enerzijds en het vestigingsklimaat en individuele investeringsbeslissingen en de daarmee samenhangende productiviteit, groei en het concurrentievermogen anderzijds, bestaan er ook studies die een positief verband laten zien.[31] Tegelijkertijd bestaan er studies waaruit blijkt dat op specifieke terreinen de invloed van regelgeving op investeringsbeslissingen, mede afhankelijk van het soort bedrijf en type regulering, onder omstandigheden verwaarloosbaar kan zijn.[32]

Over het algemeen wordt aangenomen dat een hoge regeldruk in de weg staat aan economische groei en daarmee van negatieve invloed kan zijn op het vestigingsklimaat. Regeldruk kan extra kosten met zich brengen, een negatieve invloed hebben op de productiedynamiek, investeringen ontmoedigen en toegang tot de markt en het vermogen van ondernemingen om in te spelen op de markt beperken. Dit alles heeft een negatieve impact op de productiviteit van ondernemingen en economische groei van individuele ondernemingen en op de economie van een land als geheel.[33]

---

[26] Zie bijvoorbeeld, met verdere verwijzingen: Hallberg 2005.

[27] Zie bijvoorbeeld: Alesina e.a. 2003.

[28] Zie bijvoorbeeld: Alesina e.a. 2002.

[29] Zie bijvoorbeeld: Batra, Kaufmann & Stone 2003.

[30] Zie bijvoorbeeld, met verdere verwijzingen: K. Hallberg, 'An Evaluation of World Bank Investment Climate Activities', Conference Paper voor de International Conference on Reforming the Business Environment, 2005, <http://www.businessenvironment.org/dyn/be/docs/84/session5.1hallbergdoc.pdf>.

[31] BERR Department for Business Enterprise & Regulatory Reform, 'Impact of regulation on productivity', BERR Occasional Paper no. 3, 2008, <http://www.cses.co.uk/upl/File/Impact-of-regulation-on-productivity.pdf>, p. vii/viii.

[32] Zie, met betrekking tot regelgeving op milieugebied bijvoorbeeld: Dechezleprêtre & Sato 2014.

[33] Zie bijvoorbeeld: Y. Katsoulacos, G. Makri & V. Bageri, 'Regulatory Burden, Competition and Growth', rapport voor de Bank of Greece, 2011, <http://www.cresse.info/uploadfiles/Regulatory_Burden_Competition_and_Growth.pdf>, p. 27; The Swedish Agency for Growth Policy Analysis, 'The economic effects of the regulatory burden', 2010, <https://www.tillvaxtanalys.se/download/18.201965214d8715afd13d8c6/1432670893004/Report_2010_14.pdf>, p. 12, 23, 51, 63; Galli & Pelkmans 2000, p. 70; Loayza, Oviedo & Servén 2004.

In de literatuur wordt betoogd dat naast regeldruk (veel of weinig regels) de mate waarin *effectief* gereguleerd wordt van invloed is op het vestigingsklimaat.[34] Het betreft hierbij onder meer de mate van striktheid van regels, de vorm van regelgeving[35], de mate waarin flexibiliteit wordt geboden aan ondernemingen om te voldoen aan de gestelde doelen[36], de werkbaarheid van de regels[37], de begrijpelijkheid van regels[38], de kwaliteit van instituties[39] en de mate van effectiviteit van implementatie van regelgeving[40]. Zo concludeert Loayza (Wereldbank) dat hogere regeldruk samengaat met lagere economische groei en dat de kwaliteit van regelgeving – bestaande uit het algehele institutionele kader – deze negatieve impact van regelgeving op economische groei kan verzachten of zelfs tegengaan.[41]

Op basis van het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat uit zowel macro- als micro-economische analyses blijkt dat vele factoren van invloed zijn op het vestigingsklimaat en individuele investeringsbeslissingen van ondernemingen. Wat het relatieve belang van regelgeving hierin is hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de grootte van het bedrijf, de sector waarin het bedrijf actief is en de mate van mobiliteit van het bedrijf. Mede hierdoor biedt de academische literatuur weinig concrete inschattingen van de invloed van regelgeving op het vestigingsklimaat. Ook het feit dat 'regelgeving' in verschillende studies op verschillende manieren geïnterpreteerd wordt – onder meer als 'regeldruk', als 'de mate van striktheid van regelgeving' of als 'effectieve regelgeving' – draagt hieraan bij.

Het in kaart brengen van de factoren die van invloed zijn op de effectiviteit van regelgeving valt buiten de reikwijdte van deze literatuurstudie. Regelgeving is in het kader van deze literatuurstudie geïnterpreteerd als 'regeldruk', oftewel de mate waarin de regels die worden opgelegd aan ondernemingen die zich vestigen in een bepaald land administratieve lasten voor de ondernemer met zich brengen.

In het navolgende zal bezien worden of in de academische literatuur meer concrete handvatten te vinden zijn wat betreft de invloed van regelgeving op het nationale vestigingsklimaat door dieper in te gaan op de invloed van regelgeving in verschillende rechtsgebieden. Daarbij ligt de focus op het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht. Vervolgens zal een overzicht worden gegeven van de academische literatuur omtrent de specifieke invloed van (I)MVO-regelgeving op het vestigingsklimaat.

Het ondernemingsrecht

In alle macro-economische analyses van de nationale concurrentiepositie en het nationale vestigingsklimaat spelen ondernemingsrechtelijke factoren een rol.[42] Er is echter geen consensus over

---

34 Zie bijvoorbeeld: Everett e.a. 2010, p. 40; Hallberg 2005, p. 5.

35 Dechezleprêtre & Sato 2014, p. 9; SQW Limited - economic and management consultants, 'Exploring the relationship between environmental regulation and competitiveness – Literature Review', rapport ten behoeve van het Department for Environment Food and Rural Affairs, 2006, p. ii.

36 Frontier Economics, 'The impact of regulation on growth', rapport ten behoeve van het UK Department of Business, Innovation and Skills, 2012, p. 34-36.

37 Hierover gaat het promotieonderzoek van Esmeralda Vergeer, zie: 'Wanneer hebben ondernemers last van de overheid?', <http://www.campusdenhaag.nl/crk/promovendi/evergeer.html>.

38 *Ibid*.

39 The Swedish Agency for Growth Policy Analysis, 'The economic effects of the regulatory burden', 2010, p. 51, 58-60, 64.

40 World Bank Group, 'Doing Business 2015: Going Beyond Efficiency', p. 9-10.

41 Loayza, Oviedo & Servén 2005, p. 10/11. Zie ook: Petreski 2014, p. 225-248.

42 Ook de Nederlandse wetgever ziet een verband tussen het Nederlandse ondernemingsrecht en het Nederlandse vestigingsklimaat en onderneemt (mede) in dat verband stappen om het Nederlandse ondernemingsrecht te moderniseren. Zie in algemene zin over de impact van ondernemingsrechtelijke rechtsfiguren op het Nederlandse vestigingsklimaat

het relatieve belang van afzonderlijke ondernemingsrechtelijke factoren ten opzichte van andere factoren. Ook bestaat er geen overeenstemming over welke ondernemingsrechtelijke factoren het meest van belang zouden zijn.

De Wereldbank publiceert jaarlijks een rapport waarin het de beperkende en/of stimulerende werking van nationale regelgeving op het bedrijfsleven meet in 189 landen. Het richt zich in het bijzonder op kleine en middelgrote ondernemingen die opereren in de desbetreffende landen. Op basis van ondernemingsrechtelijke en eigendomsrechtelijke factoren worden landen ten opzichte van elkaar en in tijd met elkaar vergeleken.[43]

In de 'Doing Business' rapporten biedt de Wereldbank een jaarlijks overzicht van de mate van het gemak van het doen van zaken in de onderzochte landen. In het rapport '*Doing Business 2015: Going Beyond Efficiency*' zijn de landen beoordeeld aan de hand van 10 categorieën factoren, namelijk: (1) het starten van een bedrijf, (2) het omgaan met bouwvergunningen, (3) het verkrijgen van elektriciteit, (4) het registreren van eigendom, (5) het verkrijgen van krediet, (6) de bescherming van minderheidsinvesteerder, (7) het betalen van belastingen, (8) de handel over de grenzen heen, (9) het afdwingen van contracten en (10) het oplossen van insolventie. De Wereldbank vergelijkt ook nationale regelgeving op het gebied van de arbeidsmarkt, maar heeft dat niet opgenomen in deze beoordeling.[44]

De Wereldbank oordeelt op basis van enquêtes afgenomen bij ondernemingen die opereren in 120 verschillende landen dat de bovenstaande elf factoren (inclusief regelgeving op het gebied van de arbeidsmarkt) het meest van belang zijn voor ondernemers wanneer deze de intentie hebben zich te vestigen in een bepaald land.[45] Een hoge score in de beoordeling betekent dat de nationale regelgeving bevorderlijker is voor het starten van en het functioneren van een onderneming in het land. De analyse is gebaseerd op vragenlijsten die zijn afgenomen bij juridische en lokale experts (en dus niet bij de ondernemingen zelf). Alle factoren wegen even zwaar in de analyse. Singapore komt het beste uit de beoordeling, gevolgd door Nieuw-Zeeland en China (Hong Kong). Wat betreft de 6 landen die centraal staan in dit onderzoek, scoort Engeland hoog met een 8e plek, gevolg door Duitsland (14e plaats), Zwitserland (20e plaats), Nederland (27e plaats), Frankrijk (31e plaats) en België (42e plaats).[46]

De eerdergenoemde en gezaghebbende Global Competitiveness Index heeft daarentegen weinig ondernemingsrechtelijke indicatoren opgenomen in de lijst factoren die van belang zijn bij het beoordelen van het vestigingsklimaat. Enkel in de eerste en zesde pijler (van de twaalf) zijn er een aantal factoren opgenomen die terug te voeren zijn tot het ondernemingsrecht, zoals in pijler 1: de sterkte van auditing- en rapportagestandaarden, de bescherming van minderheidsaandeelhouders en investeerders en in pijler 6: de effectiviteit van anti-monopolie-beleid, de totale belastingdruk, het aantal procedures dat nodig is om een bedrijf te starten, de aanwezigheid van handelsbarrières, de impact van regels omtrent buitenlandse investeringen en de mate van overlast van douaneprocedures.[47]

---

bijvoorbeeld Zaman 2015 en Assink 2009. Zie meer specifiek bijvoorbeeld Van Veen 2012 over Nederlandse regelgeving met betrekking tot grensoverschrijdende herstructureringen en Kroeze 2005 over Nederlandse regelgeving met betrekking tot bestuurdersaansprakelijkheid.

43 World Bank Group, 'Doing Business 2015: Going Beyond Efficiency', <http://www.doingbusiness.org/~/media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB15-Full-Report.pdf>.

44 *Ibid.*

45 *Id.*, p. 16.

46 *Id.*, p. 4.

47 Zie: World Economic Forum, 'Global Competitiveness Report 2014-2015 – Competitiveness Rankings', <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/rankings/> (laatst geraadpleegd op 8 juni 2015).

In zowel de Economist Intelligence Unit's Business Environment Ranking 2014 als de Fraser Institute's Economic Freedom Index spelen ondernemingsrechtelijke factoren weer een grotere rol dan het geval lijkt te zijn in de Global Competitiveness Index.

Het civiele aansprakelijkheidsrecht

In het maatschappelijk en politiek debat over het civiele aansprakelijkheidsrecht en het burgerlijk procesrecht gaan er zo nu en dan geluiden op dat er zich Nederland (en Europa) een 'claimcultuur' zou ontwikkelen, in navolging van de Verenigde Staten. De term 'Amerikaanse toestanden' duikt regelmatig op in dit verband. Met claimcultuur wordt bedoeld een cultuur waarin rechtssubjecten elkaar dikwijls en voor hoge bedragen aansprakelijk stellen voor geleden schade.[48] De negatieve gevolgen hiervan zijn kort gezegd dat mensen en ondernemingen kosten moeten maken om zich te verweren tegen claims, dat de rechterlijke macht meer wordt belast, dat uit angst voor aansprakelijkheid onnodige voorzorgsmaatregelen worden genomen en dat de verzekerbaarheid van bepaalde risico's in gevaar komt.[49] Zo wijzen VNO-NCW, MKB-Nederland en LTO Nederland de Nederlandse overheid op het feit dat de toenemende claimcultuur alsook de openheid van het Nederlands rechtssysteem voor collectieve claims aangedragen door claimstichtingen en gefinancierd door derden (zoals *hedgefunds*) een negatieve invloed hebben op het Nederlandse vestigingsklimaat.[50]

Of het daadwerkelijk zo is dat er zich in Nederland een claimcultuur ontwikkelt, is nog maar de vraag. Empirisch onderzoek dat deze bewering ondersteunt (ofwel weerlegt), ontbreekt. In 2003 is door Eshuis empirisch onderzoek gedaan naar een eventuele claimcultuur in Nederland. Dit onderzoek betrof procedures tot schadevergoeding die bij rechtbanken aanhangig waren gemaakt in de periode 1997-2000. Niet alle schadevergoedingsprocedures werden onderzocht, enkel dagvaardingsprocedures met betrekking tot onrechtmatige daad en beroepsaansprakelijkheid. De gedachte was dat in deze categorieën zaken verandering in claimgedrag het beste zichtbaar zouden zijn. In de onderzochte periode was het aantal civiele claims nauwelijks gestegen. Wel was een stijging te constateren wat betreft de hoogte van de gevorderde bedragen. Rechters gingen hier echter niet in mee, want het onderzoek liet ook zien dat de hoogte van de toegekende bedragen nauwelijks gestegen was.[51] Recenter onderzoek naar de vraag of er in Nederland sprake is van een (toenemende) claimcultuur en naar de mogelijke gevolgen daarvan op onder meer het vestigingsklimaat, ontbreekt.

Niettegenstaande de aandacht die er zo nu en dan besteed wordt in het maatschappelijk, politiek en academisch debat in Nederland aan de mogelijke negatieve gevolgen voor het vestigingsklimaat van een mogelijke claimcultuur, valt er uit macro-economische analyses niet af te leiden dat dit soort kwesties daarbij ook daadwerkelijk een rol spelen. Het civiele aansprakelijkheidsrecht is over het algemeen niet of nauwelijks opgenomen als factor in de hierboven besproken economische studies die zich bezighouden met de factoren die van invloed zijn op het vestigingsklimaat. Zo bevat de 'Doing Business Index' van de Wereldbank hooguit één categorie indicatoren opgenomen waarbinnen het civiele aansprakelijkheidsrecht een rol zou kunnen spelen, namelijk de indicatoren die zien op het gemak waarmee commerciële contracten kunnen worden gehandhaafd.[52] De Global Competitiveness Index

---

[48] In 1998 heeft de Werkgroep Claimcultuur van het Ministerie van Justitie een rapport geschreven over het eventuele ontstaan van een claimcultuur in Nederland. Zie Bauw 1999. Op basis daarvan heeft de Minister van Justitie een brief naar de Tweede Kamer gestuurd waarin hij zijn visie op de claimcultuur formuleert (TK 1998-1999, 26 630, nr. 1). Zie hierover ook: Faure & Hartlief 1999.

[49] Zie bijvoorbeeld: Verheij 2006; Kroeze 2005.

[50] VNO-NCW, MKB-Nederland en LTO Nederland, 'Nederland moet het weer gaan verdienen – duurzame groei door ondernemerschap', 2012, <http://www.mkb.nl/images/Nederland%20moet%20het%20weer%20gaan%20 verdienen[1].pdf> p. 24.

[51] Eshuis 2003.

[52] World Bank Group, 'Doing Business 2015: Going Beyond Efficiency', p. 137.

omvat enkel de indicator 'efficiëntie van het juridische kader in het beslechten van geschillen', onder pijler 1, die ook terug te voeren zou kunnen zijn op het civiele aansprakelijkheidsrecht, zij het indirect.

Het strafrecht

In beginsel mag aangenomen worden dat ondernemingen niet malafide zijn en dus niet primair de intentie hebben om zich te vestigen in landen die zo coulant mogelijk zijn ten aanzien van malafide gedrag. Er zijn dan ook geen algemene studies bekend naar de invloed van het gemak waarmee ondernemingen strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden in een land op het nationale vestigingsklimaat of individuele investeringsbeslissingen van ondernemingen. Dat neemt echter niet weg dat er op bepaalde deelgebieden van het strafrecht wel degelijk aandacht is voor de invloed van specifieke strafrechtelijke regels op het vestigingsgedrag van ondernemingen; dit is bijvoorbeeld het geval op het terrein van de anti-corruptiewetgeving.

Met de 'Flash Eurobarometer 374 survey (2013)' zijn de attitudes van ondernemingen ten opzichte van corruptie in de Europese Unie in kaart gebracht.[53] Uit het onderzoek blijkt dat in de Europese Unie 43% van de ondernemingen corruptie beschouwt als een probleem in de bedrijfsvoering. Corruptie wordt echter niet beschouwd als het grootste probleem; belastingtarieven (72%) en snel veranderende wetgeving en beleid (70%) worden volgens het onderzoek beschouwd als grotere problemen. Andere factoren die door ondernemingen als problematisch worden beschouwd zijn: de complexe administratieve procedures (63%), het ontbreken van schuldherstelmiddelen (59%), de toegang tot financiering (56%), de restrictieve arbeidswetgeving (53%) en een gebrekkige infrastructuur (49%). Corruptie (43%) en patronage en nepotisme (41%) worden in verhouding hiermee door ondernemingen niet als groot probleem gezien. Desalniettemin geeft een kwart van de ondervraagde ondernemingen aan dat corruptie voor hen een 'zeer ernstig' probleem is bij het doen van zaken in een land. Daar staat tegenover dat 45% van de ondervraagde ondernemingen aangeeft dat corruptie 'totaal niet' als probleem wordt beschouwd.[54] Met betrekking tot de landen die centraal staan in dit onderzoek wordt corruptie vooral in Frankrijk (59% van de ondernemingen) beschouwd als een probleem, gevolgd door België (38%), Nederland (24%) en Duitsland (22%).[55]

BOX 2: GCI - Visie van ondernemingen op corruptie binnen de overheid

De Global Competitiveness Index 2014-2015 geeft de visie van ondernemingen weer over de mate waarin misbruik wordt gemaakt in verschillende landen van overheidsgelden ten bate van ondernemingen, individuen of groepen alsmede op het gebruik van onregelmatige betalingen en omkoping in verband met import en export, publieke diensten, jaarlijkse belastingen, openbare aanbesteding, en verkrijgen van gunstige rechterlijke beslissingen.[56] Dergelijke corruptie komt het minst voor in Nieuw Zeeland, Singapore en Qatar. Zwitserland kent weinig van dit soort corruptie (8e plaats), gevolgd door Nederland (10e plaats). Engeland (15e plaats), Duitsland (18e) en België (21e plaats) scoren relatief goed in verhouding tot Frankrijk, waar corruptie in grotere mate de bedrijfsvoering van

[53] Het betreft het niveau van corruptie zoals waargenomen door bedrijven werkzaam in de volgende sectoren: energie, mijnbouw, olie en gas, chemicaliën; gezondheidszorg en farmaceutische sector; engineering en elektronica, auto's; de bouw; telecommunicatie en informatietechnologie; en, financiële diensten, bankieren en beleggen.

[54] Flash Eurobarometer 374, 'Businesses' attitudes towards corruption in the EU' (2013), p. 8.

[55] European Commission, Report from the Commission to the Council and the European Parliament – EU Anti-Corruption Report, Brussel, 3 februari 2014, COM(2014)38 final, p. 17. Zwitserland werd in deze studie niet onderzocht.

[56] Dit gebeurt op basis van de *Executive Opinion Survey* waarmee de visies van managers van bedrijven in kaart worden gebracht en waarbij hen wordt gevraagd te scoren op een reeks van onderwerpen, waaronder deze vormen van corruptie. Zie: World Economic Forum, 'Global Competitiveness Report 2014-2015', 2015, p. 537. <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2014-15.pdf>.

ondernemingen beïnvloedt dan in de andere landen die in dit onderzoek centraal staan (32e plaats van de 144 onderzochte landen).[57]

De mate van striktheid van corruptiewetgeving in een land kan van invloed zijn op het nationale vestigingsklimaat en de investeringsbeslissingen van individuele ondernemingen. Zoals hierboven aangegeven kan corruptie een nadelige invloed hebben op de bedrijfsvoering en daarmee op het nationale vestigingsklimaat. Dit wekt de suggestie dat strengere anti-corruptiewetgeving een gunstige invloed zou kunnen hebben op individuele investeringsbeslissingen van ondernemingen alsook op het nationale vestigingsklimaat als geheel. Omgekeerd zou aangenomen kunnen worden dat coulante anti-corruptiewetgeving het effect zou kunnen hebben dat het malafide ondernemingen aantrekt.

Hierbij moet echter in aanmerking genomen worden dat veel van de regels omtrent corruptie op internationaal niveau genormeerd zijn. Dat zou in ieder geval in theorie met zich zou moeten brengen dat corruptie in verschillende landen hetzelfde of op vergelijkbare wijze wordt aangepakt. Wat betreft de zes landen die centraal staan in deze studie hebben de internationale standaarden geleid tot een vorm van harmonisatie van wetgeving en andere maatregelen tegen corruptie. Zo zijn alle zes landen partij van het VN Verdrag tegen corruptie[58] en het OESO Anti-corruptieverdrag.[59] Met uitzondering van Duitsland hebben ook alle onderzochte landen de twee Raad van Europa verdragen omtrent corruptie geratificeerd.[60].

Ook de Europese Unie draagt bij aan harmonisatie op het gebied van anti-corruptiemaatregelen. In 2003 is het Kaderbesluit 2003/568/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake bestrijding van corruptie in de privé-sector aangenomen, dat de lidstaten onder meer verplicht tot strafbaarstelling van actieve en passieve corruptie in de privé-sector.[61] Daarnaast heeft de Commissie in juni 2011 een mededeling aangenomen met betrekking tot het tegengaan van corruptie in de EU, waarin het heeft toegezegd iedere twee jaar een rapport uit te zullen brengen waarin de lidstaten beoordeeld worden op hun vooruitgang op het gebied van anti-corruptiebeleid en -wetgeving.[62] In 2014 is het eerste EU Anti-corruptierapport verschenen.[63] In dit rapport wordt, op basis van een beschrijving van de stand van zaken per lidstaat in aparte bijlagen, voor alle EU-lidstaten aangegeven waar zij staan op het gebied van de aanpak van corruptie ter zake van de politieke dimensie, de controlemechanismen en preventie, de bestrijding van corruptie en wat specifieke risicogebieden zijn. Aldus wordt beoogd bij te dragen aan de aanpak van corruptie en vast te stellen hoe de EU van invloed kan zijn.

---

57 World Economic Forum, 'Global Competitiveness Report 2014-2015 - Technical Notes and Sources', <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/rankings/>. Zie ook: Transparency International, 'Corruption Perceptions index 2014 – Results', <transparency.org/cpi2014/results>.

58 Verdrag van de Raad van Europa inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, *Trb.* 2000, 130. Duitsland heeft het verdrag pas geratificeerd in november 2014, jaren later dan de andere 5 landen. Het Duitse parlement moest eerst het strafrecht verduidelijken ten aanzien van corruptie door parlementsleden en straffen verhogen.

59 Het verdrag inzake bestrijding van omkoping van buitenlandse ambtenaren bij internationale zakelijke transacties ('*Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and related instruments*) (2001), dat tot stand is gekomen onder druk van de Verenigde Staten, omdat Amerikaanse ondernemingen waren gebonden aan de strikte regels van de *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA).*

60 The Council of Europe, the Criminal Law Convention on Corruption & the Civil Law Convention on Corruption, <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/default_en.asp>.

61 Kaderbesluit 2003/568/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de bestrijding van corruptie in de privé-sector, *Pb* EU 2003, L 192/54 (31 juli 2003).

62 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité, Corruptiebestrijding in de EU (6 juni 2011), COM(2011)308 def.

63 European Commission, Report from the Commission to the Council and the European Parliament – EU Anti-Corruption Report, 3 February 2014, COM(2014)38 final. Zwitserland is geen lid van de EU en daarom wordt het land niet beoordeeld in dergelijke monitoringsrapporten van de Europese Commissie.

Voorts is van belang de wereldwijde, sinds 1995 jaarlijks verschijnende, *Corruption Perception Index* van Transparency International.[64] Daarin wordt per land gescoord hoe corrupt de publieke sector wordt ervaren. Deze index is wijdverspreid en de toegankelijke ranking van landen in deze index biedt ondernemingen informatie over het gepercipieerde niveau van corruptie per land. Het is voorts een middel van '*peer pressure*' voor de landen om een actief en adequaat anti-corruptiebeleid te voeren. Transparency International verzorgt ook de jaarlijkse voortgangsrapportage voor de beoordeling van de handhaving van het OESO Anti-corruptieverdrag. In de rapportage van 2015 komt naar voren dat van de onderzochte landen een kleine 10% het OESO Anti-corruptieverdrag actief naleven. Daartoe behoren Duitsland, Engeland en Zwitserland. Frankrijk en Nederland behoren tot de groep landen met beperkte naleving. En België valt onder de categorie van landen met geen of minieme naleving. Nederland behoorde tot de rapportage over 2015 ook tot deze laatste categorie en is derhalve in de ranking gestegen, hetgeen toe valt te schrijven aan een grote schikking in een corruptiezaak.[65]

Ondanks de internationale maatregelen die aansturen op harmonisatie van anti-corruptiebeleid en -wetgeving blijven er verschillen waarneembaar tussen verschillende landen. Dat blijkt duidelijk uit het EU Anti-corruptierapport. Zo schiet Frankrijk tekort waar het gaat om het tegengaan van corruptie bij openbare aanbestedingen en internationale zakelijke transacties.[66] Nederland wordt bekritiseerd omdat het Openbaar Ministerie niet streng genoeg zou vervolgen, voornamelijk op het gebied van zogenaamde '*mailbox companies*' ("*companies which are incorporated in the Netherlands but pursue their activities entirely from abroad*") en omdat sancties als (te) laag worden beschouwd.[67] Voor België geeft de Europese Commissie aan dat het stappen dient te zetten om de capaciteit van justitie en rechtshandhaving te verhogen om gevallen van corruptie te kunnen vervolgen en de Europese Commissie verzoekt het Duitsland om beleid te ontwikkelingen op het gebied van het '*revolving door*' fenomeen, betreffende ambtenaren die ontslag nemen om te gaan werken voor de ondernemingen die ze in het kader van hun baan bij de overheid eerder hebben geholpen.[68] Over Zwitserland meldt een OESO werkgroep dat in Zwitserland een systematische aanpak ontbreekt voor het uitsluiten van ondernemingen die zijn veroordeeld voor omkoping in het kader van openbare aanbesteding of contracten in de context van officiële ontwikkelingshulp.[69]

Deze verschillen in de aanpak van corruptie kunnen, als gezegd, van invloed kan zijn op het vestigingsklimaat. In hoeverre de mate van striktheid van anti-corruptiewetgeving van invloed is op het vestigingsklimaat kan op basis van deze informatie echter niet worden beoordeeld. Dat het een rol kan spelen bij individuele investeringsbeslissingen van ondernemingen lijkt op basis van het bovenstaande aannemelijk. Daarbij is echter van belang dat een laag corruptie-niveau, hetgeen doorgaans samen zal gaan met strikte(re) anti-corruptiewetgeving, door veel ondernemingen gezien zal worden als een factor die het investeringsklimaat van een land positief beïnvloedt.

---

64 Zie <http://www.transparency.org/research/cpi/overview>.

65 Transparency International, Exporting Corruption. Progress Report 2015: Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combatting Foreign Bribery, p. 2-3 en 14, zie <http://www.transparency.nl/wp-content/uploads/2015/08/2015_ExportingCorruption_OECDProgressReport_EN.pdf>

66 European Commission, 'Summaries of the national chapters from the European Anti-Corruption Report' (3 februari 2014), <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-67_en.htm>.

67 OECD Working Group on Bribery, Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in the Netherlands (december 2012), <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Netherlandsphase3reportEN.pdf> (definitie p. 5). Zie ook: European Commission, Summaries of the national chapters from the European Anti-Corruption Report, 3 February 2014, <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-67_en.htm>.

68 European Commission, 'Summaries of the national chapters from the European Anti-Corruption Report' (3 februari 2014), <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-67_en.htm>.

69 Zie: OECD Working Group on Bribery, 'Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Switzerland' (december 2011), <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Argentina-Phase-3-Report-ENG.pdf>.

4.2.4 De invloed van (I)MVO-gerelateerde regelgeving op het vestigingsklimaat

Ondanks het feit dat de aandacht voor de invloed van (I)MVO-regelgeving op het vestigingsklimaat groeiende is, bestaat er tot op heden een schaarste aan empirische data op dit gebied. Dit heeft tot gevolg dat het bestaan en de inhoud van een verband tussen nationaal beleid en regelgeving op het gebied van (I)MVO enerzijds en het vestigingsklimaat van een land anderzijds niet proefondervindelijk aangetoond is en dus vooralsnog een onderwerp van (al dan niet wetenschappelijke) speculatie blijft.[70] Dit is enerzijds te verklaren doordat het idee dat I(MVO)-regelgeving van invloed zou kunnen zijn op het vestigingsklimaat een recente ontwikkeling is. Anderzijds is het zeer lastig om verbanden vast te stellen tussen de effectiviteit en striktheid van regels en regeldruk op het gebied van (I)MVO op het vestigingsklimaat.[71] Dit maakt het voor overheden moeilijk om een juiste belangenafweging te maken en passend beleid op dit gebied te formuleren.

Het beschikbare empirische en theoretische bewijs op dit gebied komt voornamelijk voort uit analyses gericht op de invloed van regelgeving rond milieu- en duurzaamheidskwesties op het nationale vestigingsklimaat of op individuele investeringsbeslissingen van ondernemingen. Vanwege de gedeeltelijke overlap hiervan met (I)MVO-regelgeving bieden deze studies in potentie interessante inzichten voor het onderwerp van dit onderzoek.

Box 3: Ernst & Young – MVO in toenemende mate van belang voor het vestigingsklimaat in Nederland, in tegenstelling tot Zwitserland, Engeland, Frankrijk, België en Duitsland.

In de 'Barometer Nederlands vestigingsklimaat 2014' concludeert Ernst & Young dat duurzaamheid een steeds belangrijkere factor wordt in de aantrekkelijkheid van het vestigingsklimaat en dat het toenemende belang van MVO daar een belangrijk onderdeel van uitmaakt.[72] In het onderzoek naar de percepties en verwachtingen van 202 buitenlandse ondernemingen over Nederland als potentieel investeringsland, blijkt dat 86% van de ondernemingen MVO in het investeringsbeleid meeneemt. Dit geldt met name voor West-Europese en Noord-Amerikaanse ondernemingen. Tevens blijkt dat hoe groter een onderneming is, hoe vaker MVO onderdeel van het investeringsbeleid is. Dit is het geval voor 98% van de ondernemingen met meer dan € 1,5 miljard omzet, tegenover 78% van de ondernemingen met minder dan € 150 miljoen omzet. 65% van de ondernemingen die MVO in hun investeringsbeleid meenemen doet dit zowel ten aanzien van sociale als ecologische duurzaamheid. Van de ondernemingen die zich slechts op één element concentreren is het aandeel min of meer evenwichtig verdeeld (19% tegenover 14%).[73]

Van belang om op te merken is dat dit Ernst & Young-rapport over Nederland geen inzicht geeft in de mate waarin MVO-regelgeving als factor bij investeringsbeslissingen een rol speelt ten opzichte van andere factoren die van invloed zijn op het vestigingsklimaat. MVO-regelgeving is ook niet opgenomen als een mogelijk antwoord op de vraag waarom buitenlandse ondernemingen voor Nederland kiezen.[74] Daaruit kan afgeleid worden dat hoewel het blijkens de resultaten duidelijk een rol speelt bij investeringsbeslissingen van ondernemingen, die rol uiteindelijk niet doorslaggevend lijkt te zijn voor de uiteindelijke keuze.

---

70 Zie bijvoorbeeld: World Economic Forum, Global Competitiveness Report 2014-2015, p. 55; Boulouta & Pitelis 2014, p. 349; Boulouta & Pitelis 2011, p. 5-6.

71 Dechezleprêtre & Sato 2014, p. 8; European Commission, 'European Competitiveness Report — Overview of the links between Corporate Social Responsibility and Competitiveness, 2008, p. 116-117.

72 Ernst & Young, 'De attractiveness surveys van EY - Barometer Nederlands vestigingsklimaat 2014 - Nederland stabiel sterk', <http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY_Barometer_Nederlands_vestigingsklimaat_2014/$FILE/EY-barometer-nederlands-vestigingsklimaat-2014.pdf>, p. 18-19.

73 *Ibid.*

74 *Id.*, p. 13.

Ernst & Young heeft soortgelijke analyses uitgevoerd in de andere landen die centraal staan in dit onderzoek. Opmerkelijk is dat bij de buitenlandse ondernemingen die overwegen te investeren in deze landen, verwachtingen omtrent het MVO-beleid van die landen een minder grote rol lijken te spelen. Zo geeft het rapport met betrekking tot Zwitserland aan dat het Zwitserse vestigingsklimaat als aantrekkelijk wordt beschouwd door buitenlandse ondernemingen op grond van haar lage belastingen (34% van de respondenten geeft dit aan), stabiele markt (33%) en politieke stabiliteit (30%). Daarna volgen de kwaliteit en diversiteit van werknemers (19%), het potentieel op het gebied van onderzoek en ontwikkeling (18%) en de koopkracht (15%). Managers van buitenlandse ondernemingen met interesse om zich te vestigen in Zwitserland achten de marktgrootte (12%), de nadruk op MVO in Zwitserland (12%) en de nadruk op duurzaamheid (4%) nauwelijks van belang.[75]

Eenzelfde conclusie kan getrokken worden ten aanzien van het Verenigd Koninkrijk. Het rapport met betrekking tot het Verenigd Koninkrijk schenkt weinig aandacht aan MVO. Op de vraag welke kenmerken van belang zijn voor het vestigingsklimaat van het Verenigd Koninkrijk, noemen buitenlandse ondernemingen: het feit dat het land een toonaangevend financieel centrum heeft, een stabiel en voorspelbaar vestigingsklimaat heeft, goed scoort op onderzoek, ontwikkeling en de kwaliteit van innovatie, de diversiteit en goede kwaliteit van de *workforce* en het niveau van telecommunicatie en technologie. De nadruk die het Verenigd Koninkrijk legt op MVO en groen ondernemen wordt als vrij onbelangrijk beschouwd.[76]

Voor België is MVO-regelgeving niet opgenomen als één van de mogelijke antwoorden op de vraag: "Wat zijn de belangrijkste factoren waarmee uw bedrijf rekening houdt bij het kiezen van een locatie om activiteiten te starten?". Belangrijke kenmerken van het Belgische vestigingsklimaat zijn volgens buitenlandse ondernemingen met name de grootte van de markt, de stabiele en voorspelbare bedrijfsomgeving, de diversiteit en kwaliteit van de beroepsbevolking, de grote koopkracht en de infrastructuur. Ook buitenlandse ondernemingen die zich willen vestigen in België achten de nadruk dat het land legt op MVO en groen ondernemen nauwelijks van belang.[77] In de analyses met betrekking tot het Duitse en Franse vestigingsklimaat speelt MVO geen enkele rol.[78]

De weinige studies die zich wel specifiek richten op (I)MVO-regelgeving kijken vooral naar het microperspectief, namelijk de invloed van (I)MVO-regelgeving op individuele investeringsbeslissingen van ondernemingen. Bevindingen op basis van zulke micro-analyses zijn echter niet automatisch ook toepasbaar op het economische macro-perspectief en het nationale vestigingsklimaat. Swift en Zadek geven aan dat de argumentatie "als MVO goed is voor het bedrijfsleven, dan moet het goed zijn voor de economie" niet altijd opgaat.[79] Ondanks dat deze redenering vaak zal kloppen, zijn er situaties denkbaar waarbij deze logica niet opgaat. Zo kan MVO een specifiek bedrijf ten goede komen, maar de algehele economie schaden omdat innovatieve ondernemingen profiteren van het strikte MVO beleid,

[75] Ernst & Young, 'Swiss Attractiveness Survey 2014 - Setting standards: Switzerland as a business location 2014', <http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-swiss-attractiveness-survey-2014/$FILE/EY-swiss-attractiveness-survey-2014-EN.pdf>, p. 34-35.

[76] Ernst & Young, 'EY's attractiveness survey - UK 2014 - Winning the race - but still more opportunity', <http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY_UK-Attractiveness-Index-2014-web/$FILE/1483927_UK%20Attractiveness%20Survey%202014_FINAL_Web.pdf>, p. 36.

[77] Ernst & Young, 'EY's attractiveness survey Barometer van de Belgische Attractiviteit 2014', <http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Attractiveness_2014_NL/$FILE/attractiviteit_NL.pdf>, p. 43.

[78] Ernst & Young, 'The EY Attractiveness Survey Neuer Schwung Standort Deutschland 2015', <http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-neuer-schwung/$FILE/ey-neuer-schwung.pdf>; Ernst & Young, 'Baromètre de l'attractivité du site France 2015 - Capital créatif' <http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-barometre-de-attractivite-de-la-france-2015/$FILE/EY-barometre-de-attractivite-de-la-france-2015.pdf>.

[79] Swift & Zadek 2002, p. 15.

terwijl andere ondernemingen er bijvoorbeeld aan ten onder gaan.[80] Ook bestaat de mogelijkheid dat strikt (I)MVO-beleid gunstig is voor grote ondernemingen, terwijl het nadelig is voor kleine en middelgrote ondernemingen, wat op zijn beurt nadelig kan zijn voor de economie van het land als geheel.[81]

Opvallend is dat de beschikbare studies naar de invloed van milieuvoorschriften en (I)MVO-regelgeving op het vestigingsklimaat tot zeer uiteenlopende conclusies komen.[82] Enerzijds zijn er studies die aantonen dat (I)MVO-normen kosten met zich brengen die een nadelige invloed hebben op economische groei van ondernemingen en het land als geheel, wat het nationale vestigingsklimaat minder aantrekkelijk maakt. Anderzijds zijn er studies die aantonen dat dergelijke (I)MVO-normen innovatie bevorderen en als zodanig de productiviteit van ondernemingen en het vestigingsklimaat als geheel gunstig beïnvloeden. Verder zijn er ook nog studies die aantonen dat milieuvoorschriften en (I)MVO-regelgeving geen invloed uitoefenen op het vestigingsklimaat. De verschillende uitkomsten kunnen waarschijnlijk deels verklaard worden door de verscheidenheid in methodes die zijn toegepast in de verschillende studies om de invloed van milieuvoorschriften en (I)MVO-regelgeving op het vestigingsklimaat te meten, alsook het verschil in de omvang en duur van de studies en het brede scala aan uiteenlopende regels dat is onderzocht.[83]

Negatieve invloed

Het heersende perspectief onder (onder meer) economen is dat strengere regelgeving en/of een toename in regeldruk op het gebied van (I)MVO of milieuvoorschriften een nadelige invloed heeft op de economische groei van een land. Dit wijdverbreide traditionele uitgangspunt gaat ervan uit dat dergelijke normen de productiekosten van ondernemingen verhogen, hetgeen kan leiden tot lagere productiviteit en winstgevendheid. Ook kan ambitieuze regelgeving op dit gebied een vertraging in de groei van individuele ondernemingen met zich brengen en daarmee het vermogen van ondernemingen om te concurreren op de internationale markt belemmeren. Dit verlies aan concurrentiekracht wordt verondersteld te worden weerspiegeld in dalende export, toenemende import en het verlies van investeringen aan andere landen. Landen met meer ambitieuze regelgeving op het gebied van (I)MVO en/of milieuvoorschriften hebben in deze visie een minder aantrekkelijk vestigingsklimaat ten opzichte van landen met minder of minder strikte normen op dit gebied.[84]

Positieve invloed

Een alternatieve visie werd in 1991 geformuleerd door Michael Porter na analyse van verschillen in de striktheid van milieuregelgeving en de economische prestaties van verscheidene landen.[85] De zgn. 'Porter hypothese' stelt dat milieuvoorschriften, mits goed ontworpen, een positieve invloed kunnen hebben op het internationale concurrentievermogen van zowel individuele ondernemingen als de economie van een land als geheel doordat het ondernemingen ertoe aanzet om innovatieve aanpassingen door te voeren in hun productieprocessen, welke hen ertoe in staat stellen om aan de striktere (milieu)normen te voldoen zonder dat de productiekosten al teveel omhoog gaan. Van belang is hierbij dat de regelgeving leidt tot innovatie die bedrijfsprocessen verbeteren en dat de positieve effecten hiervan opwegen tegen de directe kosten die hiermee gepaard gaan.[86] De Porter hypothese

---

80 Pitelis 2004.
81 Swift & Zadek 2002, p. 15; Boulouta & Pitelis 2011, p. 352.
82 Zie, met verdere verwijzingen: Lanoie 2014.
83 *Ibid.*
84 Zie, met verdere verwijzingen: Lanoie 2014. Zie ook bijvoorbeeld: Dechezleprêtre & Sato 2014, p. 7; Jaffe e.a. 1995, p. 133.
85 Porter & Van der Linde 1995; Porter 1991.
86 Zie ook: Lanoie e.a. 2011, p. 836-837.

suggereert ook dat milieuregelgeving in het bijzonder kan leiden tot economische groei van ondernemingen en de economie van het land als de regels zodanig zijn ontworpen dat zij zekerheid bieden maar tegelijkertijd flexibel zijn in die zin dat zij ondernemingen toestaan om zelf de technologie of de middelen te kiezen om het gestelde doel te bereiken. Ook meende Porter dat milieuwetgeving op deze manier (door innovatie) nieuwe markten kon creëren, al zou dit sterk afhankelijk zijn van de specifieke context.

De Porter hypothese heeft de afgelopen 25 jaar geleid tot een grote hoeveelheid onderzoeken naar verbanden tussen milieuregelgeving, innovatie en concurrentievermogen van ondernemingen en landen.[87] Ook dit heeft geleid tot zeer uiteenlopende bevindingen op vele cruciale punten.[88] Ambec e.a. hebben getracht op basis van het bestaande empirisch onderzoek de validiteit te beoordelen van drie hypotheses op dit gebied. De eerste hypothese is dat er een verband bestaat tussen milieuregelgeving en innovatie; deze wordt door hen bevestigd. Verscheidene studies vinden een positief verband tussen milieuwetgeving en innovatie, al loopt de mate waarin er een verband bestaat zeer uiteen.[89] Met betrekking tot de tweede hypothese, die inhoudt dat milieuwetgeving bedrijfsprocessen verbetert, suggereren oudere studies het bestaan van een negatieve invloed van milieuregelgeving op de productiviteit van ondernemingen. Meer recentere studies tonen daarentegen aan dat er een aantal positieve effecten van milieuregelgeving waarneembaar zijn op innovatie, hetgeen kan leiden tot een verbetering van bedrijfsprestaties.[90] Deze positieve effecten zijn echter niet van voldoende omvang om de directe negatieve impact (kosten) van de regelgeving te compenseren. De derde hypothese, dat milieuregelgeving de concurrentiepositie van een land kan verbeteren, kan op basis van de zeer uiteenlopende bevindingen niet bevestigend worden beantwoord.[91]

Een andere vergelijkende studie met eenzelfde doel, namelijk het systematisch analyseren van het bewijsmateriaal met betrekking tot de Porter hypothese, komt tot soortgelijke bevindingen als de studie van Ambec e.a.[92] De meeste onderzoeken suggereren dat milieuwetgeving innovatie kan stimuleren. Desalniettemin is er aanzienlijke onenigheid over de sterkte van dit signaal en de impact van de resulterende innovatie op de economische prestaties van ondernemingen.[93] Vooral op de langere termijn kunnen milieuvoorschriften leiden tot innovatie, wat bedrijfsprocessen ten goede komt en kan leiden tot grotere economische groei van ondernemingen alsook van het land als geheel.[94]

Er komt steeds meer aandacht voor de mogelijkheid dat milieuvoorschriften ook beschouwd kunnen worden als een kans voor het ontwikkelen van nieuwe technologieën, producten, diensten en markten.[95] Strikte regelgeving ten aanzien van de bescherming van milieubelangen kan ertoe leiden dat ondernemingen uit dat land als '*first movers*' hun voordeel doen met het in een vroeg stadium implementeren van nieuwe milieuprocedures, hogere standaarden en innovatieve technologieën.[96] Sommige landen spelen hier slim op in door aan de hand van hun strikte MVO-beleid een imago op proberen te bouwen als maatschappelijk verantwoord opererend land, met de intentie om zo

---

87 Zie bijvoorbeeld: Lanoski 2010.

88 Lanoie 2014.

89 Ambec e.a. 2010.

90 Zie, met verdere verwijzingen: Lanoie 2014. Zie ook, bijvoorbeeld: Constantini & Mazzanti 2012, p. 132-153.

91 Ambec e.a. 2010; Frontier Economics, 'The impact of regulation on growth', rapport in opdracht van Department of Business, Innovation and Skills, 2012, <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32107/12-821-impact-of-regulation-on-growth.pdf>, p. 34-36.

92 Zie Lanoie 2014.

93 Johnstone, Hascic & Pop 2010, p. 133-155; Johnstone e.a. 2009.

94 Blind 2012, p. 395.

95 A.L. Hammond, 'The Environment as a Source of Competitive Advantage', Global Competitiveness Report 2005-2006, p. 119-126.

96 Barton 2013, p. 51; Dechezleprêtre & Sato 2014, p. 16-17.

ondernemingen aan te trekken. Zo gebruikte de Deense overheid in 2008 haar reputatie op het gebied van 'verantwoorde groei' ter verbetering van de perceptie over het Deense vestigingsklimaat.[97]

De Europese Commissie heeft op basis van een analyse van de bestaande onderzoeken op dit gebied inzicht proberen te geven in de invloed van MVO op het concurrentievermogen van individuele kleine en middelgrote ondernemingen. Ook heeft de Commissie kort stilgestaan bij de invloed van MVO op het concurrentievermogen op macroniveau, waarbij het aangeeft dat er (te) weinig onderzoek is om gedegen conclusies te kunnen trekken. De Commissie hanteert als definitie voor een goed concurrentievermogen van ondernemingen dat 'het bedrijf producten of diensten kan produceren van betere kwaliteit of tegen lagere kosten dan binnenlandse en buitenlandse concurrenten'. Het concurrentievermogen van landen wordt door de Commissie geïnterpreteerd als 'een aanhoudende stijging van de levensstandaard'. Van belang om op te merken is dat in deze analyse van de Europese Commissie de nadruk ligt op onderzoeken die komen tot een positieve invloed van MVO op ondernemingen en landen. Het onderzoek gaat minder diep in op onderzoeken die tegenovergestelde effecten suggereren.[98]

De Commissie komt tot het oordeel dat MVO een positieve invloed heeft op het concurrentievermogen van ondernemingen op het gebied van de kostenstructuur, human resources, het perspectief van klanten, innovatie, risico en reputatie management en de financiële prestaties. De mate van invloed en mate waarin MVO relevant is voor alle ondernemingen lopen sterk uiteen en zijn sterk afhankelijk van de sector, grootte en omstandigheden van het bedrijf. Het meest duidelijke bewijs van een positieve impact van MVO op het concurrentievermogen van ondernemingen is op het gebied van human resources, risico- en reputatiemanagement en innovatie. Dit geldt voor kleine, middelgrote en grote ondernemingen. Ondanks het feit dat hiervoor geen empirisch bewijs bestaat, oordeelt de Europese Commissie dat er goede redenen zijn om aan te nemen dat MVO een positief effect kan hebben op het concurrentievermogen van landen. De Commissie geeft daarbij wel aan dat de manier waarop MVO het concurrentievermogen van landen kan beïnvloeden onvoldoende bekend is.

Boulouta en Pitelis hebben onderzocht of en hoe MVO van invloed kan zijn op de concurrentiepositie van landen. Op basis van een literatuurstudie deden zij empirisch onderzoek in 19 ontwikkelde landen gedurende een periode van zes jaar. Hun bevindingen suggereren dat de nationale prestaties op het gebied van MVO een positief effect hebben op de nationale concurrentiepositie en dat er daarbij een mediërende rol is voor innovatie. Ook komen zij tot de bevinding dat landen die niet hoog scoren op innovatie meer kunnen profiteren van MVO-beleid dan landen die al hoog scoren op innovatie.[99] Op basis van een vergelijkende studie naar de ervaringen in Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk, Venezuela en Peru naar de invloed van MVO-initiatieven door overheden op het nationale concurrentievermogen komen Liu en Vredenburg tot soortgelijke bevindingen. Hun resultaten suggereren dat innovatie het positieve verband tussen MVO-initiatieven door overheden en de nationale concurrentiekracht deels verklaart.[100]

Van belang om op te merken is dat zowel in het onderzoek van de Europese Commissie als in de studie van Boulouta en Pitelis de nationale concurrentiepositie wordt gemeten wordt aan de hand van de nationale levensstandaard (het BBP per hoofd van de bevolking in koopkracht). Dit is anders dan in de eerder aangehaalde studies, waar wordt het concurrentievermogen van ondernemingen en landen doorgaans wordt gemeten op basis van productiviteit en economische groei. Gelet op de in dit onderzoek

---

97 European Commission, 'European Competitiveness Report – Overview of the links between Corporate Social Responsibility and Competitiveness' (2008), p. 116.

98 *Id.*, p. 118-119.

99 Boulouta & Pitelis 2011, p. 3.

100 Boulouta & Pitelis 2011.

gehanteerde definitie van vestigingsklimaat (namelijk: in hoeverre is het aantrekkelijk voor ondernemingen om zich in een bepaald land te vestigen) zijn onderzoeken die gericht zijn op productiviteit en groei meer relevant dan onderzoeken die gericht zijn op de nationale levensstandaard, aangezien het daarin draait om de vraag in hoeverre het aangenaam is om in het land te wonen, in plaats van in hoeverre het gunstig is voor een bedrijf om zich daar te vestigen. Hoewel Boulouta en Pitelis zelf aangeven dat de door hen gemeten nationale levensstandaard gelijkgesteld kan worden met totale productiviteit in een land[101], is er reden om terughoudend te zijn bij het rechtstreeks toepassen van de bevindingen van deze twee studies in een onderzoek naar het nationale vestigingsklimaat.

Ook de GCI, tot slot, heeft in toenemende mate oog voor de invloed van MVO op het vestigingsklimaat van landen. Als onderdeel van het Global Competitiveness Report 2005-2006 was een analyse van Hammond opgenomen, die op basis van onder andere een survey gehouden onder managers van ondernemingen (*The Executive Opinion Survey 2005)* oordeelde dat ondernemingen van mening zijn dat het naleven van milieuvoorschriften ten goede komt aan hun concurrentievermogen op de langere termijn. Mede hierdoor onderzoekt de GCI in toenemende mate de relatie tussen duurzaamheid en concurrentievermogen van landen. Een dergelijk onderzoek naar 113 nationale economieën wijst uit dat duurzaamheid niet ten koste hoeft te gaan van het nationale concurrentievermogen. De studie wijst uit dat het concurrentievermogen en duurzaamheid complementair zijn en dat een holistisch nationaal beleid op de lange termijn op beide aspecten een positief effect kan hebben.[102]

Te verwaarlozen invloed

Ten aanzien van de invloed van regelgeving op het vestigingsklimaat dient tot slot nog aangegeven te worden dat er in de context van milieuregelgeving verscheidene onderzoeken verricht zijn die suggereren dat de invloed van milieuregelgeving op het vestigingsklimaat dermate beperkt is dat zij te verwaarlozen is ten opzichte van andere factoren, zoals marktcondities en de kwaliteit van arbeid.[103]

Zo concludeerden Jaffe e.a. in 1995 aan de hand van een analyse van de literatuur omtrent de invloed van milieuregelgeving op het concurrentievermogen van ondernemingen in de Verenigde Staten dat er relatief weinig bewijs bestond om de hypothese te ondersteunen dat milieuvoorschriften een grote negatieve impact hebben gehad op het concurrentievermogen van ondernemingen. Zij suggereren dat de studies die hebben geprobeerd het effect van milieuregelgeving op de export, de totale handelsstromen en de investeringsbeslissingen van ondernemingen hebben geleid tot schattingen die aantonen dat de invloed van milieuregelgeving klein en niet significant is.[104] Zij geven hiervoor een drietal redenen. Allereerst constateren ze dat er onvoldoende gedegen studies en data voorhanden zijn om adequate conclusies te kunnen trekken. Ten tweede constateren ze dat de kosten die gepaard gaan met naleving van milieunormen dermate klein zijn ten opzichte van de totale productiekosten, dat de invloed van deze kostenpost op het besluit waar te vestigen nihil is. Tot slot is het verschil tussen milieunormen in Westerse industriële landen dermate klein dat het nauwelijks van invloed is op de relatieve aantrekkelijkheid van het vestigingsklimaat.[105]

In hetzelfde jaar dat Jaffe e.a. hun bevindingen presenteerden, constateerde Meyer – in de context van de discussies omtrent de vraag of deregulering leidt tot economische groei in de Verenigde Staten – dat er geen systematisch verband is aangetoond (negatief of positief) tussen milieuregelgeving en de

[101] Boulouta & Pitelis 2014, p. 351.
[102] World Economic Forum, 'Global Competitiveness Report 2014-2015', p. 67.
[103] Dechezleprêtre & Sato 2014, p. 18.
[104] Jaffe e.a. 1995, p. 157-158.
[105] *Id.*, p. 157-159.

economische prestaties van een land in zowel goede als slechte economische tijden.[106] Sindsdien zijn er honderden studies geweest met steeds grotere datasets en verfijndere methoden, maar over het algemeen komen de conclusies van deze recentere studies tot dezelfde bevindingen. Een recente analyse van hedendaagse onderzoeken uitgevoerd door Dechezleprêtre en Sato toont aan dat er (te) weinig bewijs is om te suggereren dat het aanscherpen van milieuvoorschriften invloed heeft op de internationale concurrentiepositie van landen.[107] Het effect van huidige milieuregels op waar de handel en investeringen plaatsvinden is aangetoond verwaarloosbaar te zijn in vergelijking met andere factoren zoals marktomstandigheden en de kwaliteit van lokale arbeidskrachten.[108]

Recente data wijzen uit dat milieuvoorschriften een negatieve invloed kunnen hebben op de werkgelegenheid en de productiviteit, met name in milieuverontreinigende en de energie-intensieve sectoren. Echter, deze effecten lijken klein en van voorbijgaande aard te zijn. Op de langere termijn zijn dergelijke effecten meestal kleiner dan op korte termijn, wat suggereert dat overheidsbeleid bijvoorbeeld met betrekking tot werkgelegenheid deze tijdelijke gevolgen zou kunnen compenseren. Deze effecten lijken vaker voor te komen binnen de nationale grenzen waar de drempel laag is om in het binnenland ergens anders te vestigen, dan over de grenzen heen. Wel geven Dechezleprêtre en Sato aan dat de enige opmerkelijke verandering in de literatuur sinds 1995 is dat er tegenwoordig ruim bewijs is dat milieuregelgeving innovatie stimuleert, hetgeen kan leiden tot het gebruik van efficiëntere en schonere technologieën, wat op zijn beurt weer kan leiden tot economische groei.[109]

Barton komt tot soortgelijke bevindingen en suggereert dat milieuvoorschriften niet behoren tot de belangrijkste factoren bij het beslissen waar een onderneming zich zal vestigen. Milieuvoorschriften hebben geen systematische effecten op de grootte van het zoekgebied voor vestiging, het aantal locaties dat serieus wordt overwogen, de omvang van de faciliteiten die gebouwd gaan worden of het besluit om een bestaande faciliteit uit te breiden in plaats van een nieuwe te bouwen.[110] Everett e.a. komen na het bestuderen van empirische studies op dit gebied tot de conclusie dat milieuregelgeving op de korte termijn een geringe negatieve invloed kan hebben op productiviteit. Voor wat betreft de effecten op de langere termijn geven zij aan dat het bestaande bewijs afhangt van de methode die is gebruikt of de sector die is onderzocht. Zij geven aan dat er geen bewijs is dat aantoont dat milieuregelgeving grote negatieve effecten kan hebben op productiviteit op de korte dan wel op de lange termijn.[111] Zo blijken bijvoorbeeld de macro-economische effecten van het *EU Emissions Trading Scheme (EU ETS)* verwaarloosbaar te zijn. [112]

Waarom zijn de effecten van milieuregelgeving zo klein volgens deze studies, terwijl de bezorgdheid omtrent de mogelijke effecten van dergelijke regelgeving op productiviteit, economische groei en het vestigingsklimaat internationaal zo groot is? Dechezleprêtre and Sato beargumenteren dat moderne milieuvoorschriften zo goed zijn ontworpen dat zij nadelige effecten voorkomen en beperken. Zo zijn bij en groot aantal milieuregels, waaronder de *EU Emissions Trading Scheme (EU ETS)*, compensatieclausules opgenomen. Een andere reden voor het te verwaarlozen effect van dergelijke regels op ondernemingen en landen kan zijn dat de regels niet strikt zijn of niet strikt worden gehandhaafd.[113]

---

[106] Meyer 1995, p. 4-15.
[107] Dechezleprêtre & Sato 2014, p. 3.
[108] *Id.*, p. 3-18.
[109] *Id.*, p. 18.
[110] Barton 2013, p. 56-58.
[111] Everett e.a. 2010, p. 10, 37-38.
[112] Zie, met verdere verwijzingen: Everett 2010, p. 10.
[113] Dechezleprêtre & Sato 2014, p. 18.

4.2.5 Conclusie

Op basis van voorgaande kan worden aangenomen dat er vele factoren zijn die van invloed kunnen zijn op het vestigingsklimaat van een land. Over de vraag welke factoren dit precies zijn, zijn de meningen zeer verdeeld. Wel kan worden aangenomen dat regelgeving in zijn algemeenheid en (I)MVO-regelgeving in het bijzonder niet de belangrijkste factoren zijn die ondernemingen in overweging nemen wanneer zij op zoek zijn naar een land om zich te vestigen. Op basis van het bestaande theoretische en empirische bewijs kan geen concrete inschatting worden gemaakt van de mate waarin (I)MVO-regelgeving van invloed is op het vestigingsklimaat.

Ondernemingsrechtelijke factoren die betrekking hebben op het gemak waarmee ondernemingen zich kunnen vestigen en kunnen opereren in een land lijken van belang te zijn voor ondernemingen bij het maken van investeringsbeslissingen. Dit blijkt met name uit het feit dat dergelijke factoren voorkomen in vrijwel alle macro- en micro-economische analyses naar de factoren die van invloed zijn op het investeringsbeslissingen van ondernemingen en het nationale vestigingsklimaat. Het is niet bekend in hoeverre het civiele aansprakelijkheidsrecht, waaronder ontwikkelingen op het gebied van de claimcultuur, van invloed is op het vestigingsklimaat van een land. Uit het feit dat het civiele aansprakelijkheidsrecht een marginale rol speelt in vrijwel alle macro- en micro-economische analyses naar investeringsbeslissingen en het nationale vestigingsklimaat kan voorzichtig afgeleid worden dat het relatieve belang van ontwikkelingen op dit rechtsgebied ten opzichte van andere factoren die het vestigingsklimaat bepalen, zeer beperkt is. Er zijn geen studies bekend waarin de algemene invloed van strafrechtelijke regels op het vestigingsklimaat onderzocht worden. Er zijn wel vrij veel onderzoeken waarin aangetoond wordt dat corruptie een nadelige invloed heeft op de bedrijfsvoering, hetgeen in theorie de suggestie wekt dat een strikter anti-corruptiebeleid zou kunnen zorgen voor een aantrekkelijker vestigingsklimaat.

Er is zeer weinig onderzoek beschikbaar naar de invloed van (I)MVO-regelgeving op het vestigingsklimaat. Het beschikbare onderzoek heeft met name betrekking op de invloed van milieuvoorschriften op de investeringsbeslissingen van ondernemingen en het nationale vestigingsklimaat. Aangezien milieuvoorschriften deel uitmaken van het bredere palet aan (I)MVO-kwesties zijn deze bevindingen relevant voor dit onderzoek. De resultaten van de onderzoeken met betrekking tot milieuvoorschriften lopen echter zeer uiteen. De belangrijkste reden hiervoor lijkt te zijn dat er geen overeenstemming bestaat over de begrippen en over de methodes op basis waarvan de invloed van regelgeving op het vestigingsklimaat het beste gemeten zou kunnen worden. Alle besproken studies meten de kwaliteit en de aantrekkelijkheid van het vestigingsklimaat of de internationale concurrentiepositie aan de hand van andere factoren.

Het traditionele uitgangspunt is dat milieuvoorschriften de productiekosten van ondernemingen verhogen, wat kan leiden tot lagere productiviteit en winstgevendheid. Dit kan vervolgens leiden tot lagere economische groei van het land waarin zij gevestigd zijn, hetgeen nadelig is voor het vestigingsklimaat. Meer recente studies tonen aan dat milieuvoorschriften innovatie kunnen stimuleren, hetgeen bedrijfsprocessen ten goede zou kunnen komen en kan leiden tot grotere economische groei van ondernemingen alsook van het land waarin zij gevestigd zijn. Of milieuvoorschriften dergelijke positieve effecten hebben op ondernemingen en het vestigingsklimaat is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals de grootte, de leeftijd en de mobiliteit van het bedrijf in kwestie. Daarnaast bestaat er een groot aantal studies waarin de onderzoekers tot de conclusie komen dat de invloed van milieuvoorschriften op het vestigingsklimaat en de beslissingen van ondernemingen omtrent vestiging dusdanig beperkt is dat deze te verwaarlozen is.

Het is niet onaannemelijk dat de effecten van milieuvoorschriften op het vestigingsklimaat overeenkomsten vertonen met de effecten op het vestigingsklimaat van andere (I)MVO-gerelateerde normen. Dit suggereert dat de bevindingen uit de studies naar de impact van milieunormen naar analogie van toepassing zouden kunnen zijn op (I)MVO-gerelateerde normen in algemene zin. De tegenstrijdigheden in het voorhanden zijnde bewijs maken het echter ontzettend moeilijk om *evidence-based* overheidsbeleid op te stellen op het gebied van (I)MVO. Meer sturing is daarom gewenst. De in het kader van dit onderzoek verrichte interviews, waarvan in de volgende paragraaf verslag wordt gedaan, vormen een kleine eerste – en zeer voorzichtige – stap in de richting van het overbruggen van de vele *knowledge-gaps* ten aanzien van de invloed van (I)MVO-regelgeving op het vestigingsklimaat.

4.3 UITKOMSTEN INTERVIEWS

4.3.1 Inleiding

Zoals duidelijk is geworden in de vorige paragraaf, is het beschikbare bewijs omtrent de invloed van (I)MVO-regelgeving en op het nationale vestigingsklimaat zeer gering en bovendien tegenstrijdig. In het kader van dit onderzoek zijn interviews gehouden met experts uit de verschillende onderzochte landen (Nederland, België, Duitsland, Frankrijk, Engeland en Zwitserland), met als doel om meer inzicht te krijgen in de impact van (I)MVO-regelgeving en -rechtspraak op het vestigingsklimaat van het betreffende land. De opzet van dit empirische deel van het onderzoek is beperkt. In elk land is gesproken met drie tot vijf respondenten, allen experts die zich vanuit verschillende invalshoeken bezighouden met (I)MVO-regelgeving en -rechtspraak en/of met de impact daarvan op het vestigingsklimaat van het betreffende land. Mede met het oog op het verkennende karakter van het empirisch onderdeel van het onderzoek is gekozen om in elk land experts te interviewen die zich vanuit verschillende hoedanigheden (academicus; koepelorganisatie bedrijfsleven; bedrijfsjurist; beleidsmaker; denktank/overig; ngo) met deze onderwerpen bezighouden.

De interviews zijn verricht aan de hand van een semigestructureerde vragenlijst met in totaal 16 vragen (zie de bijlagen voor zowel de Nederlandstalige als de Engelstalige tekstversie van deze vragenlijst). Deze interviewvragen waren onderverdeeld in vier thema's:

1. Het vestigingsklimaat in algemene zin in het betreffende land;
2. Het debat inzake internationaal maatschappelijk ondernemen in het betreffende land;
3. De ervaringen tot op heden met *due diligence* en transparantieverplichtingen op het gebied van IMVO van bedrijven in het betreffende land;
4. De invloed van IMVO-gerelateerde regelgeving en jurisprudentie op het vestigingsklimaat in het betreffende land.

In dit hoofdstuk wordt verslag gedaan van de antwoorden van respondenten op de vragen binnen thema's 1 en 4. De vragen binnen thema's 2 en 3 dienden als achtergrond voor en aanloop naar de vragen over de invloed van (I)MVO-gerelateerde regelgeving en rechtspraak op het vestigingsklimaat (thema 4) en de antwoorden op deze vragen zijn, waar relevant, verwerkt in de overige hoofdstukken van dit rapport. De hier weergegeven reacties van de respondenten zijn geanonimiseerd, zodat zij niet te herleiden zijn tot specifieke personen en/of organisaties; aan alle respondenten wordt gerefereerd als "respondent" of als "hij".

4.3.2 Het nationale vestigingsklimaat in algemene zin

Het eerste interview-thema omvatte een tweetal vragen over het nationale vestigingsklimaat in algemene zin.

Respondenten werd allereerst gevraagd wat de factoren zijn die het vestigingsklimaat in hun land bepalen. In dit kader bestond ruimte voor de respondenten om hun mening te geven over factoren die hun land een aantrekkelijk land maken voor ondernemingen om zich te vestigen, alsook over factoren die hun land minder aantrekkelijk maken in dat opzicht.

Ten tweede werd aan respondenten gevraagd in welke mate van overheidswege opgestelde beleidsinstrumenten en wettelijke regels volgens hen bepalend zijn voor het vestigingsklimaat in hun land. In dit kader bestond ruimte voor de respondenten om te reflecteren op specifieke onderwerpen ten aanzien waarvan overheidsbeleid en –regulering in het bijzonder bepalend zijn voor het

vestigingsklimaat in hun land. Daarbij konden zij, waar relevant, specifieke regels en beleidsinstrumenten aanwijzen op het gebied van het ondernemingsrecht, het strafrecht en/of het civiele aansprakelijkheidsrecht die naar hun mening een uitgesproken positieve dan wel negatieve invloed hebben op het vestigingsklimaat in hun land.

België

Ten aanzien van de factoren die bepalend zijn voor het vestigingsklimaat van een land noemen de respondenten als overkoepelende punten de kosten van ondernemen in dat land en de stabiliteit en algemene structuur van het land.

De respondenten noemen verschillende specifieke factoren die als positief voor het Belgische vestigingsklimaat gezien worden. Deze omvatten onder meer de kwaliteit van de Belgische onderzoeksinstellingen (universiteiten, hogescholen) en daarmee samenhangend de kennis die in België zit, bepaalde aspecten van het belastingsysteem die gunstig zijn voor internationale ondernemingen, de arbeidsproductiviteit en de goede kwaliteit van Belgische toeleveranciers in een aantal sectoren (zoals de chemische industrie en havens). Andere positieve punten die genoemd worden zijn de aanwezigheid in België van de Europese instellingen, de gunstige geografische ligging van België binnen de EU en het feit dat België deel uitmaakt van de eurozone. Opgemerkt wordt dat België niet onaantrekkelijk is voor buitenlandse investeerders, zo blijkt ook uit onderzoeken, maar dat veel van de buitenlandse investeringen gaan naar kapitaalintensieve sectoren, zoals de chemie, of naar marketing en verkoop. Er zijn steeds minder buitenlandse investeringen in productie, wat betekent dat die investeringen ook steeds minder banen opleveren in België.

Daarnaast noemen de respondenten een aantal specifieke factoren die als minder positief gezien worden voor het Belgische vestigingsklimaat. Deze omvatten onder meer de kostenstructuur op het gebied van loon en de relatief hoge energieprijzen voor ondernemingen. Hoewel het belastingsysteem genoemd wordt als een positieve invloed op het Belgische vestigingsklimaat kent het ook negatieve aspecten in dit opzicht, aangezien de belastingen en name ook de vennootschapsbelasting relatief hoog zijn. Over de Belgische infrastructuur zijn de meningen verdeeld. De infrastructuur wordt enerzijds genoemd als een positief punt, maar anderzijds wordt ook gewezen op fileproblemen op de wegen en problemen met de spoorinfrastructuur en verouderde electriciteitsnetwerken.

Eén van de respondenten geeft in dit verband zelf aan dat in de onderzoeken over het Belgische nationale vestigingsklimaat geen aandacht wordt besteed aan de invloed van het Belgische beleid ten aanzien van MVO.

Ten aanzien van de impact van beleidsinstrumenten en wettelijke regels op het Belgische vestigingsklimaat worden als algemene positieve punten genoemd dat België een rechtsstaat is waar het recht als hoogste gezag gehandhaafd wordt (*rule of law*) en dat het Belgische rechtssysteem grotendeels vrij is van corruptie. Meer specifieke punten die in dit verband genoemd worden zijn een algemeen transparant mededingingsbeleid, een doeltreffend juridisch systeem met goed ontworpen en goed geïmplementeerde wetgeving, een sterk systeem voor de bescherming van kleine en middelgrote ondernemingen en een doeltreffend systeem van werknemerscommissies van vakbonden. In 2004 is de Belgische regering een proces gestart om bepaalde administratieve procedures te vereenvoudigen. Daarnaast wordt als relevante factor genoemd dat eigendomsrechten goed beschermd worden door de Belgische wet en dat de Belgische rechterlijke macht beschouwd wordt als onafhankelijk en doeltreffend waar het gaat om het afdwingen van eigendomsrechten. Ook worden genoemd de hoge normen voor de bescherming van intellectuele eigendomsrechten en het feit dat België deel uitmaakt van het internationaal centrum voor de beslechting van investeringsgeschillen (ICSID).

Eén respondent wijst erop dat er recent nog openlijke discussies zijn geweest met Belgische bierbrouwers over de manier waarop door middel van belastingregelgeving incentives geboden kunnen worden om ervoor te zorgen dat de betreffende ondernemingen een nauwe band met België onderhouden. Daarnaast wijst hij op de Antwerpse diamantsector, ten behoeve waarvan verschillende verbonden zijn gesloten en regels zijn ingesteld, bijvoorbeeld ter bescherming van de religieuze vrijheid en de veiligheid van de betrokken actoren, om deze actoren ertoe te bewegen in Antwerpen te blijven. Op het gebied van het ondernemingsrecht wijst hij op het belang dat bescherming van aandeelhouders van ondernemingen door de figuur van beperkte aansprakelijkheid (de *corporate veil*) kan hebben voor ondernemingen. Het feit dat er in België slechts beperkte mogelijkheden bestaan tot doorbraak van aansprakelijkheid kan volgens hem een factor zijn die relevant kan zijn voor ondernemingen bij hun vestigingsbeslissingen.

Daarnaast noemen de respondenten een aantal juridische aspecten die als minder positief voor het Belgische vestigingsklimaat gezien worden. Hierbij wordt met name gedacht aan de restrictieve arbeidswetgeving, de inefficiënte bureaucratie in België en een trage rechtspraak. Meer specifiek wordt in dit kader nog gerefereerd aan de Belgische Genocidewet van 1993, die vanwege zijn zeer brede extraterritoriale reikwijdte een zeer negatieve internationale diplomatieke reactie opriep en als gevolg daarvan uiteindelijk afgeschaft is (zie nader par. 3.2.1 en 3.2.2). Geen van de respondenten is echter van mening dat de afschaffing van de Genocidewet iets te maken had met de invloed die de wet al dan niet zou kunnen hebben op het vestigingsklimaat voor ondernemingen in België. Eén van de respondenten geeft aan dat hij zich weinig andere voorbeelden van wetgeving kan inbeelden waarvan een hoofdkwartier (van een onderneming) zou zeggen dat zij daarvoor graag naar België zouden gaan of dat zij daarvoor juist België zouden vermijden.

Duitsland

Ten aanzien van de factoren die bepalend zijn voor het vestigingsklimaat van een land worden door de respondenten als overkoepelende punten onder meer genoemd de arbeidskosten, het rechtssysteem, de economische omstandigheden en de infrastructuur in Duitsland.

De respondenten noemen verschillende specifieke factoren die als positief voor het Duitse vestigingsklimaat gezien worden. Deze omvatten onder meer de betrouwbaarheid van het Duitse (rechts)systeem, waarbij gedacht kan worden aan de duidelijkheid van regels en verplichtingen, de voorspelbaarheid van beslissingen en het ontbreken van corruptie. Een andere factor genoemd wordt als een reden voor ondernemingen om zich in Duitsland te vestigen is de grootte van de potentiële binnenlandse markt. Daarnaast wordt er bijvoorbeeld gewezen op de aanwezigheid van goed opgeleide en vaardige arbeidskrachten en het hoge kennisniveau met name op het gebied van IT en op industrieel gebied, bijvoorbeeld in de auto-industrie en in de chemische industrie. Er bestaat in Duitsland een sterke verbinding tussen het bedrijfsleven en universiteiten en het onderwijs meer in algemene zin. En daarnaast kennen met name de grotere Duitse steden een zekere openheid naar buitenlanders en buitenlandse ondernemingen en goede beleidsinstrumenten om die aan te trekken. Verder worden nog als aantrekkelijk punt genoemd dat de levensstandaard hoog is in Duitsland in verhouding tot de kosten voor levensonderhoud, hetgeen vooral voor ondernemingen met een mobiel personeelsbestand interessant kan zijn.

Daarnaast noemen de respondenten een aantal specifieke factoren die als minder positief gezien worden voor het Duitse vestigingsklimaat, waaronder het feit dat de arbeidskosten in Duitsland erg hoog zijn en het feit dat de Duitse bureaucratie, hoewel efficiënt, niet de snelste is. Verder wordt door één van de respondenten aangegeven dat er momenteel een tamelijk vijandig klimaat lijkt te bestaan in

Duitsland ten aanzien van grote ondernemingen, hetgeen bijvoorbeeld tot uiting komt in de maatschappelijke en politieke discussies rond TTIP en rond belastingontwijking. Hij geeft in dit kader aan dat het Duitse vestigingsklimaat in algemene zin minder gunstig lijkt te worden, hetgeen versterkt wordt door negatieve berichtgeving in de Duitse media over grote ondernemingen en rijke individuen. Tot slot wordt door verschillende respondenten aangegeven dat het Duitse belastingklimaat niet een factor is die Duitsland specifiek aantrekkelijk maakt als vestigingsland.

Ten aanzien van de impact van beleidsinstrumenten en wettelijke regels op het Duitse vestigingsklimaat wordt als positief punt bijvoorbeeld genoemd dat de kosten op het gebied van het civiele recht, bijvoorbeeld waar het gaat om procesvoering en vertegenwoordiging door advocaten, heel laag zijn. Dit is gunstig voor het bedrijfsleven, aangezien commerciële disputen veel goedkoper (en sneller) opgelost kunnen worden door Duitse rechters dan door rechters in bijvoorbeeld Parijs of Londen. Dit heeft ook te maken met het feit dat de Duitse maatschappij en het Duitse bedrijfsleven veel meer gedecentraliseerd zijn dan bijvoorbeeld het geval is in Frankrijk of het Verenigd Koninkrijk, hetgeen het volgens één van de respondenten mogelijk maakt om de lijnen relatief kort en de procedures relatief simpel te houden in Duitsland. Volgens een andere respondent is het gedecentraliseerde karakter van procedures, waarbij grote en belangrijke zaken soms bij rechtbanken in kleine plaatsen terechtkomen, juist niet wenselijk vanuit een bedrijfsmatig perspectief. Verder wordt in dit kader wordt nog genoemd het feit dat er door het Duitse recht limieten gesteld worden aan de schadevergoeding in civiele zaken die lager liggen dan in vergelijkbare Europese systemen.

Daarnaast noemen de respondenten een aantal juridische aspecten die als minder positief gezien worden voor het Duitse vestigingsklimaat, waaronder bijvoorbeeld het feit dat juridische en administratieve beslissingen soms lang op zich kunnen laten wachten, mede als gevolg van de gedecentraliseerde aard van het gerechtelijk systeem. Ander punten waar op gewezen wordt zijn de regeldruk op het gebied van het arbeidsrecht en de wat bureaucratische aard van het Duitse ondernemingsrecht, hetgeen bijvoorbeeld met zich brengt dat het niet makkelijk is om een onderneming op te richten in Duitsland. Daarnaast wordt door één van de respondenten aangekaart dat het Duitse rechtssysteem weleens gezien wordt als bedrijfsonvriendelijk als gevolg van bijvoorbeeld een sterke nadruk van de rechterlijke macht op consumentenbescherming.

Een interessant kenmerk van het Duitse rechtssysteem is het ontbreken van een algemene mogelijkheid om ondernemingen strafrechtelijk aansprakelijk te stellen. Dit betekent echter niet dat Duitse ondernemingen ongestraft regels kunnen overtreden, aangezien er enerzijds allerlei administratiefrechtelijke mogelijkheden bestaan om ondernemingen aan te spreken en het anderzijds wel mogelijk is om individuele actoren binnen ondernemingen strafrechtelijk aansprakelijk te stellen. Over de mogelijke invoering van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor ondernemingen bestaat al jarenlang discussie. Volgens één van de respondenten wordt in het kader van die discussie aangegeven dat het labellen van ondernemingen als potentiële criminelen onnodig is en een nadelig effect zou hebben op het vestigingsklimaat. Een andere respondent merkt op dat ondernemingen zelf het vestigingsklimaat-argument niet naar voren brengen in de discussie rond het invoeren van strafrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen, aangezien het wat ongepast lijkt om als argument aan te voeren dat ondernemingen zich niet in Duitsland zouden willen vestigen vanwege het feit dat zij daar aansprakelijk gesteld zouden kunnen worden voor strafrechtelijke vergrijpen.

Met betrekking tot relevante regels op het gebied van het ondernemingsrecht wordt bijvoorbeeld gewezen op de doctrine van gescheiden rechtspersoonlijkheid. Eén van de respondenten noemt in het kader van de bespreking van de impact van beleidsinstrumenten en wettelijke regels op het Duitse vestigingsklimaat nog het feit dat in Duitsland ondernemingen doorgaans niet verantwoordelijk zijn voor

de gedragingen van andere ondernemingen, zoals dochtermaatschappijen, onderaannemers of toeleveranciers.

Frankrijk

De respondenten noemen verschillende specifieke factoren die als positief voor het Franse vestigingsklimaat gezien worden. Deze omvatten onder meer het hoge opleidingsniveau in Frankrijk, de beschikbaarheid van vaardige, goed getrainde arbeidskrachten en een hoge arbeidsproductiviteit. Daarnaast wordt bijvoorbeeld gewezen op het belang van onderzoek en innovatie in Frankrijk en de bereidheid van Franse ondernemingen om hier geld aan te besteden. Daarbij speelt ook een rol dat het belastingklimaat voor onderzoek gunstig is. En verder worden als positieve factoren bijvoorbeeld nog genoemd de infrastructuur en de kwaliteit van leven in Frankrijk.

Daarnaast noemen de respondenten een aantal specifieke factoren die als minder positief gezien worden voor het Franse vestigingsklimaat, waarbij er met name op gewezen wordt dat het belastingklimaat in Frankrijk momenteel ongunstig is voor ondernemingen en voor multinationale concerns in het bijzonder. Eén van de respondenten wijst erop dat het huidige klimaat in Frankrijk met een socialistische regering en een linkse meerderheid in het parlement niet heel vriendelijk is voor grote Franse ondernemingen. Dit heeft tot gevolg gehad dat verschillende Franse ondernemingen er de laatste tijd toe zijn overgegaan om afdelingen, zoals de directie of de financiële divisie, te verplaatsen naar andere landen, waaronder het Verenigd Koninkrijk, België, Luxemburg en Zwitserland.

Ten aanzien van de impact van beleidsinstrumenten en wettelijke regels op het Franse vestigingsklimaat wordt bijvoorbeeld gewezen op de in het verleden ook in Frankrijk gevoerde discussie over de (uitbreiding van de) strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen. Eén van de respondenten wijst erop dat er grote zorgen waren dat de criminalisering van ondernemingen onwenselijke gevolgen zou hebben voor het Franse bedrijfsleven. Het betrof vooral een principiële discussie, aangezien er reeds verschillende mogelijkheden bestonden om ondernemingen aan te spreken op normschendend gedrag. Daarnaast is in de praktijk gebleken dat Franse openbaar aanklagers zich niet heel erg actief betoond hebben in het vervolgen van ondernemingen. De respondent voegt hieraan toe dat soortgelijke zorgen over de criminalisering van ondernemingen ook naar voren zijn gebracht in het kader van de discussies over het wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance* voor bepaalde grote Franse ondernemingen. Het reputatie-risico speelt hierbij een grote rol, zoals ook gesuggereerd wordt door de recente bereidheid van verschillende Franse ondernemingen om schikkingen te treffen met de Amerikaanse overheid naar aanleiding van overtredingen van Amerikaans sanctierecht.

Daarnaast noemen de respondenten een aantal juridische aspecten die als minder positief gezien worden voor het Franse vestigingsklimaat, waaronder met name het zeer complexe arbeidsrechtelijke kader. Eén van de respondenten geeft aan dat het voor de meeste ondernemingen, zelfs grote, lastig is om alle details daarvan te bevatten. Bovendien is het op grond van de huidige regels vrijwel onmogelijk voor ondernemingen om flexibel om te gaan met het aannemen en vooral met het ontslaan van personeel. Hoewel er verschillende pogingen gedaan zijn om de regels te versimpelen en te versoepelen is dit tot op heden niet goed gelukt. Hierbij speelt ook een rol dat de vakbonden in Frankrijk, ondanks het feit dat hun ledenaantallen beperkt zijn, zeer krachtige mogelijkheden hebben om veranderingen op dit vlak tegen te houden.

Eén van de respondenten merkt op dat het niet alleen gaat om de hoeveelheid regels maar vooral ook om de stabiliteit van de gestelde regels. Instabiliteit van regels vormt volgens hem zowel op arbeidsrechtelijk als op belastingrechtelijk vlak een probleem. Dit leidt tot een instabiel ondernemingsklimaat, waarbinnen ondernemingen veel geld kwijt zijn aan het op de hoogte blijven van

veranderingen en het zich aanpassen aan veranderende regels. Door de hoeveelheid regels moeten ondernemingen veel investeren in bureaucratische kwesties.

Verder wijst één van de respondenten erop dat men in Frankrijk een beetje op twee gedachten hinkt. Enerzijds wil men het Franse vestigingsklimaat aantrekkelijk maken door middel van hervormingen, belastingvoordelen en andere maatregelen die specifiek bedoeld zijn om buitenlandse investeringen aan te trekken. Anderzijds ziet Frankrijk zich sinds de Franse verklaring van de rechten van de mens en de burger (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*) uit 1789 als wereldleider waar het aankomt op de mensenrechten en als het aangewezen land om een voorbeeld te stellen op dit gebied. Deze twee tendensen, het flexibiliseren van de economie aan de ene kant en het verdedigen van de mensenrechten aan de andere kant, vinden tegelijkertijd plaats en staan tot op zekere hoogte op gespannen voet met elkaar. Ook waar het aankomt op de bescherming van arbeid en milieu en op MVO in bredere zin bestaat zowel aan de linkerkant als aan de rechterkant van het politieke spectrum een bereidheid om hier aandacht aan te besteden.

Nederland

De respondenten noemen verschillende factoren die als positief voor het Nederlandse vestigingsklimaat gezien worden. Eén van de belangrijkste aspecten is het Nederlandse belastingklimaat. Daarbij gaat het niet zozeer om de hoogte van belastingen in Nederland, maar het feit dat ondernemingen in Nederland vooraf afspraken kunnen maken met de fiscus over het het belastbare bedrag op basis van door hen aangeleverde gegevens. Vrijwel alle respondenten noemen dit als de belangrijkste reden dat veel ondernemingen in Nederland zitten, waaronder ook een zeer groot aantal zgn. brievenbusmaatschappijen (ten aanzien waarvan de nodige controverse bestaat).

Een hieraan gerelateerde factor die door verschillende respondenten wordt genoemd is het feit dat Nederland met zeer veel andere landen belastingverdragen en bilaterale investeringsverdragen heeft afgesloten, hetgeen voordelig is voor in Nederland gevestigde ondernemingen. Daarnaast worden factoren genoemd zoals, heel algemeen, het feit dat Nederland een democratie is en een ontwikkeld land dat weinig corruptie kent, alsook de centrale geografische ligging van Nederland en de goede Nederlandse infrastructuur zowel wat betreft wegen en dergelijke maar ook wat betreft bijvoorbeeld internet. Meer specifieke positieve factoren zijn het feit dat Nederland een goede infrastructuur heeft, arbeidsrust, goedgeschoolde arbeidskrachten waaronder veel hoger opgeleiden, een gunstige ligging en inwoners die vrijwel allemaal Engels spreken.

Ten aanzien van de impact van beleidsinstrumenten en wettelijke regels op het Nederlandse vestigingsklimaat wordt als één van de belangrijkste positieve punten genoemd dat Nederland een goed functionerend, betrouwbaar juridisch systeem heeft. Dit draagt bij aan de stabiliteit van Nederland als vestigingsland, hetgeen zeer belangrijk is voor ondernemingen. Een hier nauw mee samenhangende factor is de continuïteit van het Nederlandse overheidsbeleid, met name op fiscaal gebied. Eén van de respondenten geeft in dit kader aan dat ondernemingen scherpe regels niet zo erg vinden, maar wel onvoorspelbare regels, veranderingen in de regels. Mede als gevolg van de Nederlandse overlegcultuur komt het niet snel voor dat ondernemingen onverwacht geconfronteerd worden met nieuwe regels; de Nederlandse wet- en regelgeving is voorspelbaar, hetgeen het Nederlandse vestigingsklimaat ten goede komt.

Op sommige gebieden wordt de continuïteit en voorspelbaarheid van het Nederlandse overheidsbeleid overigens als minder groot ervaren, bijvoorbeeld waar het gaat om milieumaatregelen. Eén van de respondenten wijst erop dat bovendien de perceptie bestaat onder ondernemingen dat Nederland Europese milieuwetgeving in Nederland strenger wordt toegepast dan in andere Europese landen. Op

het gebied van het ondernemingsrecht wordt als positieve factor bijvoorbeeld genoemd dat het relatief makkelijk is, met name sinds de invoering van de Wet Flex-BV, om in Nederland een BV op te richten.

Daarnaast noemen de respondenten een aantal juridische aspecten die als minder positief gezien worden voor het Nederlandse vestigingsklimaat. Daarbij wordt bijvoorbeeld gewezen op het arbeidsrecht en met name het ontslagrecht en de regeling rond doorbetaling van zieke werknemers. Hierbij wordt er door verschillende respondenten op gewezen door respondenten dat hoewel in Nederland gevestigde ondernemingen vaak wel klagen over regeldruk, dit doorgaans geen reden lijkt te zijn voor ze om Nederland te verlaten, wellicht ook omdat de regeldruk in vergelijkbare landen als Duitsland, België of het Verenigd Koninkrijk de regeldruk niet veel lager is.

Een andere minder positieve factor die door één van de respondenten genoemd wordt is dat het goed functionerende Nederlandse rechtssysteem ook een aanzuigende werking kan hebben voor procedures en dus het risico van een claimcultuur in zich draagt. De respondent verwijst in dit verband naar de Nederlandse Shell Nigeria-zaak en stelt dat dit soort zaken ondernemingen ertoe kunnen bewegen het land te verlaten. Een andere respondent verwijst ook naar dit type zaken, maar is juist van mening dat zij een vrij mineure invloed zullen hebben op het vestigingsklimaat, zoals ook het geval is met soortgelijke procedures in bijvoorbeeld de VS. Volgens deze respondent zijn ondernemingen wel vertrokken om fiscale redenen, maar nog nooit om dit soort juridische redenen.

Ten aanzien van het strafrecht wordt door één van de respondenten gewezen op het feit dat Nederland erom bekend staat – en hiervoor ook wel op de vingers getikt is door de OESO en het IMF – dat er in de praktijk weinig strafrechtelijke consequenties verbonden worden aan criminele activiteiten rondom internationale geldstromen, zoals witwaspraktijken en corruptie (zie ook hiervoor par. 4.2.3 over de score van Nederland in de voortgangsrapportage over handhaving van het OESO Anti-corruptieverdrag van Transparency International). In dit opzicht rijst overigens de vraag, zo stelt ook de respondent, in hoeverre dit nu betiteld kan worden als een factor die het Nederlandse vestigingsklimaat beïnvloedt, in negatieve dan wel positieve zin. In algemene zin wordt ten aanzien van een eventuele negatieve invloed van strafrechtelijke regelgeving op het Nederlandse vestigingsklimaat de vraag gesteld in hoeverre een land als Nederland ondernemingen zou moeten willen aantrekken die op zoek zijn naar een land waar bepaalde strafrechtelijke normen minder strikt gehandhaafd worden.

Het Verenigd Koninkrijk

De respondenten noemen verschillende factoren die als positief gezien worden voor het vestigingsklimaat in het Verenigd Koninkrijk. In algemene zin wordt in dit verband genoemd het neoliberale klimaat, met een sterke focus op deregulering, privatisering, een teruggetrokken overheid, lage regeldruk, enz. Het Verenigd Koninkrijk heeft al vele decennia een open deur-beleid gehad met betrekking tot de vestiging in het Verenigd Koninkrijk van buitenlandse ondernemingen, onafhankelijk van welke regering er op enig moment aan de macht was. Ook het Engelse belastingklimaat is voor het bedrijfsleven consistent gunstig gebleven onder verschillende regimes. Daarnaast worden genoemd het ontbreken van controles op investeringen aan de grens en het ontbreken van controles op kapitaal. Het Verenigd Koninkrijk heeft al met al nooit geprobeerd een strikte of rigide controle te verkrijgen over investeringen vanuit het buitenland in het Verenigd Koninkrijk, of over investeringen vanuit het Verenigd Koninkrijk in het buitenland.

Een andere, meer specifieke factor die genoemd wordt als positief voor het vestigingsklimaat in het Verenigd Koninkrijk zijn de belastingparadijzen van het Verenigd Koninkrijk, waaronder Jersey, Guernsey en de Caribische eilanden. Daarnaast wordt onder meer nog de positieve invloed genoemd van de aanwezigheid van de City of London zelf, alsook factoren als de grootte van de binnenlandse

markt, de toegang tot de Europese Unie, historische betrekkingen, handelsbetrekkingen, financiële betrekkingen, enz. Deze zijn, naar de mening van één van de respondenten, veel belangrijker dan het juridische klimaat. Meer in algemene zin worden nog genoemd de stabiliteit van de markten en van regelgeving, voorspelbaarheid en betrouwbaarheid, alsook de aanwezigheid van belangrijke financiële markten en de zeer internationaal gerichte economie, waar veel ervaring bestaat met internationaal zakendoen.

Ten aanzien van de impact van beleidsinstrumenten en wettelijke regels op het vestigingsklimaat in het Verenigd Koninkrijk wordt door de respondenten als factor met een positieve invloed genoemd dat er veel bescherming is voor met name grotere ondernemingen. Verschillende respondenten wijzen op het voorbeeld dat doorbraak van aansprakelijkheid vrijwel nooit wordt toegestaan. Daarover wordt door één van de respondenten opgemerkt dat dit het ook lastig maakt om een procedure aan te brengen in het Verenigd Koninkrijk tegen een buitenlandse dochtermaatschappij van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde internationaal opererende onderneming. Ook ten aanzien van de nadruk in het Engelse ondernemingsrecht op de notie van '*shareholder primacy*' wordt gezegd dat deze in het voordeel is van de grotere ondernemingen.

Daarnaast wordt als relevante factor genoemd dat het heel makkelijk om een onderneming op te richten in het Verenigd Koninkrijk, ook omdat het Engelse ondernemingsrecht geen regels kent omtrent minimumkapitaal. Met name vanuit de City of Londen, wereldwijd één van de belangrijkste centra voor financiële dienstverlening, wordt sterk gelobbyd voor minder regeldruk, ook na de financiële crisis. Eén van de gebieden waar de normen relatief minder streng zijn is op het gebied van het arbeidsrecht, waar op dit moment veel flexibiliteit bestaat waar het gaat om het aannemen en ontslaan van werknemers. Daar komt bij dat de Engelse regering momenteel probeert een nieuwe wet op de vakbonden te laten invoeren die het stakingsrecht sterk aan banden legt. In dit verband wordt door één van de respondenten als probleem genoemd dat arbeidsregelgeving en anti-corruptieregelgeving slecht gehandhaafd zouden worden ten opzichte van kleine en middelgrote ondernemingen, wat volgens de respondent een verstorend effect heeft op het nationale *level playing field*.

Ten aanzien van specifieke regels die een invloed zouden kunnen hebben op het vestigingsklimaat worden onder meer genoemd de regelgeving met betrekking tot financiële zaken en de Financial Services Authority, regelgeving met betrekking tot de handel en regelgeving met betrekking tot corruptie. De perceptie bestaat dat het Verenigd Koninkrijk goed gereguleerde markten heeft en dat is van belang.

Zwitserland

Zwitserland is één van de landen wereldwijd met het grootste aantal multinationale concerns per hoofd van de bevolking. De respondenten noemen verschillende factoren die als positief voor het Zwitserse vestigingsklimaat gezien worden. Daarbij wordt een belangrijke plaats ingenomen door het Zwitserse belastingklimaat, dat met name voor grotere ondernemingen zeer gunstig is, ondanks recente veranderingen die nodig waren om het Zwitserse belastingsysteem in lijn te brengen met internationale normen. Andere factoren die worden genoemd in dit verband zijn een goed rechtssysteem, een hoog democratisch gehalte, het ontbreken van corruptie, stabiliteit, een goede infrastructuur, hoog opgeleide arbeidskrachten, efficiënte administratieve systemen, een hoge arbeidsproductiviteit, lage criminaliteit en een goede levensstandaard. Verder wordt door één van de respondenten opgemerkt dat Zwitserse ondernemingen baat hebben bij het ongeschreven kwaliteitskeurmerk dat samen lijkt te hangen met zakendoen vanuit Zwitserland ("*operating out of Switzerland gives a company a somewhat Swiss brand*"), wat het volgens deze respondent des te meer van belang maakt dat het gedrag van deze ondernemingen correspondeert met Zwitserse waarden.

Over het effect op het Zwitserse vestigingsklimaat van de harde Zwitserse Franc zijn de meningen verdeeld. Als positieve factoren worden verder nog genoemd de begrotingsdiscipline en het politieke systeem, in het bijzonder de directe democratie. De laatstgenoemde factor is interessant, aangezien deze ook kan leiden tot regelgeving die gezien wordt als ongunstig voor het Zwitserse bedrijfsleven en dus het Zwitserse vestigingsklimaat. Een voorbeeld dat in dit verband genoemd wordt zijn de gevolgen van een referendum dat recent gehouden is in navolging op een Zwitsers burgerwetgevingsinitiatief over immigratie en dat ertoe geleid heeft dat immigratie in Zwitserland veel moeilijker gemaakt is, ook voor burgers uit andere Europese landen. Dit heeft een negatieve invloed gehad op het bedrijfsleven, dat nu veel problemen ondervindt bij het aannemen van werknemers uit andere (Europese) landen. Volgens één van de respondenten heeft dit er echter niet toe geleid dat veel ondernemingen Zwitserland verlaten hebben; een andere respondent stelt echter dat het goed mogelijk is dat dit nog gaat gebeuren.

Ten aanzien van de impact van beleidsinstrumenten en wettelijke regels op het Zwitserse vestigingsklimaat wordt als positief punt genoemd de hoge mate van juridische stabiliteit en zekerheid ten aanzien van de regels, met als uitzondering de relatieve onvoorspelbaarheid van de Zwitserse directe democratie (die het mogelijk maakt dat wetgeving tot stand komt via een burgerwetgevingsinitiatief gevolgd door een nationaal referendum). Daarnaast wordt genoemd dat het Zwitserse systeem van regelgeving relatief liberaal is, met als voorbeeld de ruime mogelijkheden die het ondernemingsrecht laat aan ondernemingen om de eigen inrichting en beheersstructuur te bepalen. Eén van de respondenten stelt met betrekking tot de impact van beleidsinstrumenten en wettelijke regels op het Zwitserse vestigingsklimaat dat MVO-kwesties en verantwoording daarbij in het geheel geen rol spelen. Een andere respondent noemt als relevante ontwikkeling op het gebied van het civiele aansprakelijkheidsrecht het debat in Zwitserland over verjaringstermijnen naar aanleiding van een aantal procedures inzake asbestgerelateerde schade.

Daarnaast noemen de respondenten een aantal juridische aspecten die als minder positief gezien worden voor het Zwitserse vestigingsklimaat, waaronder bijvoorbeeld het feit dat een recent burgerwetgevingsinitiatief en referendum hebben geleid tot striktere regels ten aanzien van de vergoedingen van het management van Zwitserse ondernemingen. Deze ontwikkeling wordt gezien als een negatieve invloed op het Zwitserse vestigingsklimaat en volgens één van de respondenten heeft zij ertoe geleid dat twee of drie grote ondernemingen Zwitserland verlaten hebben. Een andere respondent stelt echter dat het niet veel veranderd heeft, op een verzwaring van de administratieve regels die door de Zwitserse overheid zijn opgelegd aan Zwitserse banken in reactie op internationale politieke druk op Zwitserland. Meer in algemene zin merkt deze respondent op dat de Zwitserse overheid de laatste jaren meer onnodige wetten heeft opgesteld die niet in het belang van Zwitserse ondernemingen zijn. Gewezen wordt onder meer op de plannen van de overheid om het ondernemingsrecht te herzien, om collectieve acties in te voeren, om de belastingen op inkomen uit intellectuele eigendomsrechten te verhogen, om het pensioenstelsel te hervormen en om de aansprakelijkheid voor het management van ondernemingen te vergroten.

Eén van de respondenten merkt nog op dat Zwitserland regelmatig achterloopt op andere landen waar het gaat om het opleggen van regels aan het bedrijfsleven. Het duurt lang om te komen tot regelgeving op dit gebied maar als die er dan komt, dan heeft men de neiging om door te schieten. Hij noemt als voorbeeld de regelgeving voor de Zwitserse banken. Naar aanleiding van aanhoudende kritiek vanuit de VS op het Zwitserse banksysteem is de Zwitserse overheid overgegaan tot regulering. Naar de mening van de respondent zijn ze hierbij echter te ver gegaan, met als gevolg dat er nu een concurrentienadeel bestaat voor Zwitserse banken en het Zwitserse bedrijfsleven.

4.3.3 De invloed van IMVO-gerelateerde regelgeving en rechtspraak op het nationale vestigingsklimaat

Het vierde interview-thema omvatte een viertal vragen over de invloed van IMVO-regelgeving en -rechtspraak op het nationale vestigingsklimaat.

Respondenten werd allereerst gevraagd of zij van mening zijn dat nationale regelgeving en beleid met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties factoren zijn die ondernemingen in ogenschouw nemen bij hun beslissingen om zich in bepaalde landen te vestigen en zo ja, op welke manier en in welke mate. In dit kader bestond ruimte voor de respondenten om aan te geven of er in hun land IMVO-gerelateerde regels of beleidsinstrumenten zijn ingesteld die naar hun mening buitenlandse investeerders ertoe zouden kunnen aanzetten om een onderneming in het betreffende land te vestigen, of die hen er juist van zouden kunnen weerhouden dat te doen. Daarbij konden zij, waar relevant, aangeven of er specifieke regels of beleidsinstrumenten ter discussie staan of in voorbereiding zijn in hun land die een sterke invloed (kunnen) uitoefenen op het vestigingsklimaat in het betreffende land. Daarnaast konden zij reflecteren op de vraag of meer bindende regels of meer strikt beleid van overheidswege in hun land het ten aanzien van IMVO-gerelateerde kwesties naar hun mening de bereidheid van ondernemingen om zich in het betreffende land te vestigen of daar gevestigd te blijven, zou kunnen beïnvloeden.

Ten tweede werd aan de respondenten gevraagd in hoeverre het huidige reguleringskader in hun land met betrekking tot IMVO-gerelateerde onderwerpen in algemene zin gezien of ervaren wordt als bevorderen of juist als belemmerend voor het nationale vestigingsklimaat. In dit kader bestond ruimte voor de respondenten om aan te geven of en in hoeverre bestaande IMVO-gerelateerde regels en beleidsinstrumenten in hun land voordelen dan wel nadelen voor in dat land gevestigde ondernemingen creëren. Daarbij konden zij, waar relevant, aangeven of er specifieke regels of beleidsinstrumenten bestaan die in het bijzonder voordelig dan wel nadelig uitwerken in dat verband.

Ten derde werd aan de respondenten gevraagd in hoeverre de nationale overheid in hun land, bij overwegingen omtrent de introductie van IMVO-gerelateerde regels of beleidsinstrumenten, rekening houdt met de mogelijke impact daarvan op het nationale vestigingsklimaat. In dit kader bestond ruimte voor de respondenten om aan te geven in hoeverre hun regering gevoelig is voor klachten over toenemende regeldruk als gevolg van IMVO-gerelateerde regels of beleidsinstrumenten. Daarbij konden zij, waar relevant, aangeven of zij voorbeelden kennen van specifieke regels of beleidsinstrumenten die afgeschaft of niet ingevoerd zijn met het oog op hun (mogelijk) nadelige invloed op het nationale vestigingsklimaat of omgekeerd juist wel ingevoerd zijn met het oog op hun (mogelijk) positieve invloed op het nationale vestigingsklimaat. Daarnaast bestond er ruimte voor de respondenten om hun eigen mening te geven ten aanzien van het gewicht dat door hun nationale overheid gehecht zou moeten worden aan de mogelijke invloed van IMVO-gerelateerde regels en beleidsinstrumenten op het nationale vestigingsklimaat.

Tot slot werd aan de respondenten gevraagd in hoeverre juridische procedures tegen in hun land gevestigde ondernemingen met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties die voor de nationale rechter gebracht worden, invloed hebben op het nationale vestigingsklimaat. In dit kader bestond ruimte voor de respondenten om aan te geven in hoeverre er tot dusverre discussie is geweest onder ondernemingen, juristen of beleidsmakers in hun land over de mogelijke impact van IMVO-gerelateerde procedures en rechterlijke uitspraken op het nationale vestigingsklimaat. Daarbij konden zij, waar relevant, aangeven of zij voorbeelden kennen van juridische procedures op dat terrein waarvan de indruk bestaat dat zij belangrijke consequenties (zouden kunnen) hebben voor de manier waarop in hun land gevestigde ondernemingen omgaan met de mogelijk nadelige effecten van hun activiteiten (of die van hun dochtermaatschappijen en ketenpartners) op mens en milieu in gastlanden. Daarnaast

bestond er ruimte voor de respondenten om aan te geven in hoeverre een eventuele toename van IMVO-gerelateerde juridische procedures voor rechters in hun land invloed zou kunnen hebben op de bereidheid van ondernemingen om zich in hun land te vestigen of gevestigd te blijven.

België

Ten aanzien van de vraag of ondernemingen naar de mening van de respondenten bij hun beslissing om zich in België te vestigen of daar gevestigd te blijven, ook kijken naar regelgeving en beleid in België met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties geeft het merendeel van de respondenten aan dat dit geen doorslaggevende factor zal zijn. Als mogelijk interessante wettelijke bepalingen in dit opzicht worden onder meer de omstreden Belgische Genocidewet van 1993 genoemd en de *forum necessitatis*-bepaling van art. 11 van het Belgische Wetboek van Internationaal Privaatrecht. Met betrekking tot de Genocidewet, die onder meer de grondslag vormde voor een procedure tegen een in België gevestigde multinational wegens de vermeende betrokkenheid van het bedrijf bij mensenrechten in Myanmar (zie nader par. 3.2.2), wordt aangegeven dat deze wet weliswaar tot internationale kritiek heeft geleid, maar geen reacties vanuit het Belgische bedrijfsleven teweeg heeft gebracht over de invloed ervan op het Belgische vestigingsklimaat. In het kader van de ontwikkelingen rond het Belgische Nationaal Actieplan is de mogelijke impact van IMVO-regelgeving en -beleid op de concurrentiepositie van Belgische ondernemingen (een onderwerp dat nauw verbonden is met het Belgische vestigingsklimaat) wel een onderwerp van discussie.

Het uitgangspunt van de koepelorganisaties ten aanzien van (nieuwe of striktere) IMVO-regelgeving is dat dit een bijkomende last is die het Belgische bedrijfsleven kosten oplevert. Tegelijkertijd echter geven verschillende respondenten aan dat bepaalde individuele Belgische ondernemingen wel mogelijkheden lijken te zien in regels of beleidsinstrumenten die een meer proactieve houding vragen van Belgische ondernemingen ten aanzien van IMVO-gerelateerde kwesties. Het zou hier vooral gaan om bepaalde grote Belgische ondernemingen en een aantal niche kleine en middelgrote ondernemingen die voorop lopen op IMVO-gebied en er dus baat bij zouden hebben dat het *playing field* wat gelijkgetrokken wordt. Daarbij is volgens één van de respondenten echter veel afhankelijk van de precieze aard en vorm van zulke regelgeving of beleidsinstrumenten en de juridische consequenties ervan. Een juridische verplichting om een *due diligence* procedure op te zetten en daar als bedrijf de nodige conclusies uit te trekken is wat anders dan het instellen van een wet die, net als de Genocidewet, van België het uitgekozen forum zou maken voor procedures tegen Belgische ondernemingen in verband met IMVO-normschendingen.

Ten aanzien van de vraag of het huidige reguleringskader in België met betrekking tot IMVO-gerelateerde onderwerpen in algemene zin gezien of ervaren wordt als bevorderend of juist als belemmerend voor het Belgische vestigingsklimaat wordt aangegeven dat bepaalde Belgische ondernemingen geïnteresseerd lijken te zijn in voorloperschap op IMVO-gebied, omwille van ethische of commerciële redenen. Zo zijn er verschillende Belgische ondernemingen die nadrukkelijk een voorbeeldfunctie nastreven ten aanzien van specifieke IMVO-gerelateerde kwesties, zoals kinderarbeid. Een factor die hierbij mogelijk een rol speelt is dat België veel familiebedrijven kent, waarbinnen een sterkere focus bestaat op de lange termijn en op ethische waarden. In algemene zin wordt verder door één van de respondenten nog gesteld dat IMVO-gerelateerde onderwerpen tegenwoordig, anders dan vroeger, ook bij de raden van bestuur op de agenda staan, alhoewel twijfelachtig is dat zij op dezelfde hoogte staan als bijvoorbeeld tewerkstelling of belasting. De gedachte dat IMVO een mogelijke positieve invloed kan hebben op Belgische ondernemingen en het Belgische vestigingsklimaat lijkt als zodanig vooralsnog minder te spelen bij de koepelorganisaties.

Ten aanzien van de vraag in hoeverre de Belgische regering bij overwegingen omtrent de introductie van IMVO-gerelateerde regels of beleidsinstrumenten rekening houdt met de mogelijke impact daarvan op het Belgische vestigingsklimaat, geven de respondenten aan dat de Belgische regering wel degelijk gevoelig is voor geluiden vanuit het Belgische bedrijfsleven over regeldruk of de negatieve impact ervan op het vestigingsklimaat. Daarbij kan het groot verschil uitmaken of geluisterd wordt naar individuele ondernemingen die voorlopers zijn op IMVO-gebied, die niet per definitie onwelwillend staan tegenover verdergaande IMVO-regelgeving, of de koepelorganisaties, die in de regel afwijzend staan tegenover meer of strikter IMVO-beleid omdat zij ook de IMVO-achterblijvers moeten vertegenwoordigen. Eén van de respondenten wijst op een concreet geval waarin een onderneming toestemming heeft gekregen van de (lokale) overheid om uit te breiden naar een beschermd natuurgebied in reactie op indicaties van de onderneming dat zij anders weg zou trekken.

Tegelijkertijd echter geven de respondenten in dit verband aan dat de Belgische regering niet bang is om zich als internationale pionier op te werpen ten aanzien van bepaalde onderwerpen, waarbij wel geldt dat dit mede afhankelijk is van de politieke kleur van de regering alsook van ambitie en bevlogenheid van bepaalde individuen binnen de regering. Eén van de respondenten zegt in dit verband: "*soms moet je grote dingen doen als een klein land*". Hij is van mening dat IMVO, anders dan bijvoorbeeld loonkosten, een onderwerp is waarop Belgische ondernemingen het verschil kunnen maken ten opzichte van ondernemingen in andere landen. De diplomatieke onrust die teweeg is gebracht door de Genocidewet van 1993 lijkt hier geen verandering in gebracht te hebben, ook omdat men destijds zelf ook wel wist dat het, mede vanwege de diplomatieke status van België als zetel van de Europese instellingen, een onwerkbare wet was.

Een andere respondent is echter van mening dat hoewel men in België echt wel vooruitstrevend is en mensenrechtenschendingen aan de kaak wil stellen, diezelfde vooruitstrevende intentie niet of minder lijkt te bestaan ten opzichte van ondernemingen, precies omdat men ondernemingen niet wil afschrikken en investeringen wil behouden. Dit is volgens de respondent zeker het geval met de huidige economisch liberale regering, van waaruit voortdurend benadrukt wordt dat het uitermate belangrijk is om een gunstig vestigingsklimaat te bieden aan ondernemingen. Zo komt het volgens hem op het gebied van (lokale) overheidsaanbestedingen nog steeds voor in sommige gevallen dat men de winstgevendheid van projecten laat voorgaan op een eventueel twijfelachtige reputatie op IMVO-gebied van de ondernemingen waaraan de opdrachten verstrekt worden. Hij noemt als voorbeeld de Palestijnse kwestie, ten aanzien waarvan in de politiek overeenstemming zou bestaan dat mensenrechtenschendingen in de bezette gebieden veroordeeld zouden moeten worden maar beleidsmakers toch huiverig zouden zijn om maatregelen te nemen in verband met het effect dat dit zou kunnen hebben op investeringen en diplomatieke relaties.

Om aan te geven dat in ieder geval de Belgische politiek op sommige vlakken graag een internationale pioniersrol ziet voor België wijst één van de respondenten op een in het parlement breed gesteund nieuw wetsvoorstel met betrekking tot de aanpak van aasgierfondsen (*vulture funds*).[114] De politici die deze wet steunen realiseren zich, volgens de respondent, dat het aannemen van dit wetsvoorstel internationale consequenties zou kunnen hebben en ook dat dit slechts een druppel op een hete plaat

[114] Dit wetsvoorstel is inmiddels aangenomen. Zie Wet teneinde de activiteiten van aasgierfondsen aan te pakken, 11 september 2015, Numac 2015003318. Zie hierover bijvoorbeeld: 'Act introducing measures to restrict vulture funds', Stibbe website (17 september 2015), <https://www.stibbe.com/en/news/2015/september/bru-fin-act-introducing-measures-to-restrict-vulture-fund-activities>, met de volgende omschrijving van *vulture funds*: "*Vulture funds are funds that "prey" on debtors in financial difficulties by systematically buying distressed debt (bonds or loans) at a (very) low price, while speculating on the expectation that the relevant debtor will eventually return to a better financial position. Once the financial position of the debtor indeed allows this, vulture funds will proceed to claim full payment of the debt, including by way of court proceedings and court approved enforcement actions. The amount of profits vulture funds make are often very considerable compared to their initial and much smaller investment*".

is, maar dat zij hopen dat de spreekwoordelijke verzameling van druppels uiteindelijk de plaat zal afkoelen. De respondent geeft daarbij aan dat in het kader van de discussie rond dit wetsvoorstel argumenten over de impact daarvan op het Belgische vestigingsklimaat tot op heden niet ter sprake zijn gekomen.

Ten aanzien van de vraag in hoeverre IMVO-gerelateerde juridische procedures voor de Belgische rechter tegen in België gevestigde ondernemingen invloed hebben op het Belgische vestigingsklimaat verschillen de respondenten van mening. Eén van de respondenten is daarbij vrij stellig over het feit dat de dreiging van IMVO-gerelateerde juridische procedures veel eerder een negatieve impact zou kunnen hebben op het Belgische vestigingsklimaat dan bijvoorbeeld meer dwingende wetgeving op het gebied van IMVO. Hij geeft daarbij als belangrijkste verschil aan dat wetgeving een kwestie is van *regulatory compliance* waarvan de kosten te overzien zijn en als het ware vast te leggen zijn in een Excel-sheet. Juridische procedures op grond van open normen, daarentegen, roepen vage verplichtingen in het leven waarvan niet te voorspellen valt wanneer daaraan voldaan is en wat daarvan de gevolgen zullen zijn, ook wat betreft reputatieschade. Dit zal dus tot meer weerstand leiden vanuit het bedrijfsleven; het gaat hierbij, aldus de respondent, uiteindelijk om een verschil tussen (in de woorden van Donald Rumsfeld) *known unknowns* en *unknown unknowns*. Dit punt is echter vooralsnog niet als zodanig aan de orde geweest in het Belgische debat rond IMVO, ook niet in het kader van de controverse rond de Belgische Genocidewet.

Een andere respondent geeft echter aan dat uitspraken van ondernemingen over vertrekken uit België eerder betrekking hebben op loonkosten en zeker niet zien op IMVO-gerelateerde juridische procedures. Hij geeft aan dat bij zijn weten Belgische ondernemingen ook nooit hebben gedreigd met vertrekken uit België in verband met bijvoorbeeld IMVO-gerelateerde procedures voor het Belgische Nationaal Contactpunt en dit zou volgens hem ook moeilijk te verkopen zijn.

Duitsland

Ten aanzien van de vraag of ondernemingen naar de mening van de respondenten bij hun beslissing om zich in Duitsland te vestigen of daar gevestigd te blijven ook kijken naar regelgeving en beleid in Duitsland met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties, geven zij aan dat dit naar hun mening geen (grote) rol speelt. Dat hangt volgens één van de respondenten ook samen met het feit dat er in Duitsland veel kleine en middelgrote ondernemingen zitten, die nu eenmaal minder makkelijk kunnen verplaatsen naar een ander land dan grote internationale opererende ondernemingen.

In dit kader wordt wel ook aangegeven dat er een sterke voorkeur bestaat voor regels die niet op nationaal niveau maar op Europees niveau vastgesteld worden, zodat er in ieder geval binnen Europa een *level playing field* gecreëerd wordt. Verschillende respondenten geven aan dat het vooral van belang is om te proberen een wereldwijd *level playing field* te creëren, ook in verband met het feit dat de Duitse wetten reeds een zeer hoog beschermingsniveau bieden op het gebied van milieu en arbeidsstandaarden. Van een wettelijke verplichting tot het verrichten van *due diligence* op mensenrechtengebied bijvoorbeeld wordt gezegd dat dit het in dit opzicht reeds bestaande concurrentienadeel van Duitse ondernemingen alleen maar zou vergroten. In dat kader zou het meer wenselijk zijn om ernaar te streven dat niet alleen Westerse landen maar ook landen in bijvoorbeeld Afrika en in Zuid-Amerika Nationaal Actieplannen ter implementatie van de UN Guiding Principles aannemen. Eén van de respondenten geeft aan dat de blik naar buiten wat dit betreft samenhangt met het feit dat de Duitse economie in hoge mate afhankelijk is van export van producten en dat ontwikkelingen op de buitenlandse afzetmarkten daarom vaak belangrijker zijn dan wat er in eigen land gebeurt.

Ten aanzien van de vraag of het huidige reguleringskader in Duitsland met betrekking tot IMVO-gerelateerde onderwerpen in algemene zin gezien of ervaren wordt als bevorderend of juist als belemmerend voor het Duitse vestigingsklimaat wordt aangegeven dat ook in Duitsland, met name door de koepelorganisaties, het traditionele argument wordt uitgedragen dat meer regels meer kosten met zich brengen en dus ongewenst zijn. Eén van de respondenten noemt de kosten die gepaard gaan met rapportageverplichtingen en het feit dat deze een relatief nadeel met zich brengen voor de grote ondernemingen voor wie ze gelden. Een andere respondent noemt de kosten die gepaard zouden gaan met een wettelijke verplichting om *due diligence* op mensenrechtengebied te verrichten. Tegelijkertijd echter wordt ook aangegeven dat het anders ligt als het gaat om normen waar de concurrenten zich al aan houden; in dat geval wil men mee met de ontwikkeling. Eén respondent geeft aan dat veel individuele ondernemingen, anders dan de koepelorganisaties, wel aangeven positief te staan tegenover regelgeving op IMVO-gebied, alhoewel zij hierover geen officieel standpunt innemen. Vanuit deze voorlopers op IMVO-gebied bestaat tot dusverre geen druk op de Duitse regering om ook daadwerkelijk dit soort regelgeving vast te stellen met het oog op het creëren van een *level playing field* binnen Duitsland zelf.

Verschillende respondenten geven aan dat er veel debat is in Duitsland over de vraag of een actief MVO-beleid bij ondernemingen goed is voor hun concurrerend vermogen; hier zijn verschillende studies naar verricht, maar die leiden tot tegenstrijdige uitkomsten. Volgens één van de respondenten wordt het huidige reguleringskader in Duitsland met betrekking tot IMVO-gerelateerde onderwerpen niet echt gezien als iets dat een impact heeft op het vestigingsklimaat, maar zijn de koepelorganisaties desondanks blij met de huidige terughoudendheid van de Duitse regering om regelgeving te introduceren in deze context.

Een andere respondent geeft aan dat de Duitse regering de laatste jaren wel actief is geweest om Duitse ondernemingen aan te moedigen om te investeren in bijvoorbeeld atoomenergie. In die context wordt gesproken van het voordeel van de *first mover*; dit argument wordt in de IMVO-context echter niet genoemd. De respondent merkt in dit verband op dat Duitse ondernemingen weliswaar heel progressief zijn waar het gaat om technologie, maar dat zij dat buiten de milieu-context in beginsel niet zijn waar het gaat om ondernemingsconcepten zoals het *first mover* voordeel. In de discussie klinken ook wel kritische geluiden in dit opzicht, in die zin dat men er niet van overtuigd is dat het zijn van een *first mover* ook daadwerkelijk zoveel voordeel oplevert op de langere termijn. Een andere respondent geeft in dit kader aan dat de Duitse houding ten opzichte van stappen in de IMVO-context, zoals het opstellen van een Nationaal Actieplan, is dat er eerst wordt getreuzeld maar dat op het moment dat het dan opgepakt wordt, men het ook gelijk goed wil doen. De houding is dus niet 'laten wij dit vóór ieder ander doen', maar eerder 'laten we zorgen dat we zelf *best practices* ontwikkelen die later de norm kunnen worden, zodat het *level playing field* vanzelf komt'.

Ten aanzien van de vraag in hoeverre de Duitse regering bij overwegingen omtrent de introductie van IMVO-gerelateerde regels of beleidsinstrumenten rekening houdt met de mogelijke impact daarvan op het Duitse vestigingsklimaat, geven de respondenten aan dat de Duitse regering wel degelijk gevoelig is voor geluiden vanuit (vooral) de Duitse koepelorganisaties over regeldruk of de negatieve impact ervan op het vestigingsklimaat. Eén van de respondenten geeft aan dat de Duitse koepelorganisaties, in samenwerking met koepelorganisaties uit andere Europese landen, ook een sterke invloed uitoefenen op Europees niveau, waar zij onder meer sterk gelobbyd hebben tegen (al te strikte regels in) de nieuwe Europese transparantierichtlijn. Tegelijkertijd wordt aangegeven dat in Duitsland zelf het klassieke argument vanuit het Duitse bedrijfsleven dat een bepaalde in te voeren nieuwe regel zal leiden tot banenverlies niet automatisch als doorslaggevend wordt gezien. Eén van de respondenten merkt op dat hoewel er wel gesproken wordt over de druk van bijvoorbeeld IMVO-gerelateerde transparantieregels,

onderzoek dat vaststelt hoe groot die druk precies is en in hoeverre die druk verminderd kan worden, vooralsnog ontbreekt.

De respondenten verschillen van mening over de vraag of de Duitse regering als internationale pionier zou willen optreden waar het aankomt op regelgeving en beleid met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties. Volgens verschillende van de respondenten is dit in beginsel niet het geval maar bestaan er wel grote verschillen tussen de ministeries met betrekking tot de mate waarin progressieve houding op dit onderwerp wordt voorgestaan, of niet. Volgens één van de respondenten zijn er bepaalde ministeries die wel willen pionieren op dit gebied; daar leefde bij de start van het proces om te komen tot een Nationaal Actieplan heel erg het sentiment dat zij een proces wilden neerzetten dat internationaal als voorbeeld zou kunnen dienen, in de hoop dat andere landen dat voorbeeld dan zouden volgen. In dat kader zou niemand zich serieus zorgen hebben gemaakt dat zoiets ertoe zou kunnen leiden dat bijvoorbeeld Duitse autofabrikanten ineens naar Hongarije zouden vertrekken; dat lijkt zeer onwaarschijnlijk. Tegelijkertijd zouden andere ministeries echter weer geprobeerd hebben om verdere stappen vanuit de EU op IMVO-gebied te voorkomen of af te zwakken. In dit kader wordt er door verschillende respondenten op gewezen dat er momenteel veel discussie bestaat binnen Duitsland op welke manier de nieuwe Europese transparantierichtlijn geïmplementeerd zou moeten worden. Hier speelt wel duidelijk het argument dat nieuwe rapportageverplichtingen een last voor het Duitse bedrijfsleven met zich brengen.

Eén van de respondenten merkt op dat sommige nationale beleidsmakers Duitse ondernemingen er graag aan herinneren dat de internationale *brand* van Duitse producten altijd heeft gedraaid om kwaliteit en niet om prijs en dat ondernemingen die zich zorgen maken over het *level playing field* in Duitsland *best practices* zouden moeten ontwikkelen en die dan zouden moeten verspreiden bijvoorbeeld in OESO-verband. Een andere respondent merkt op dat het, gezien de politieke samenstelling van de huidige coalitie en de mogelijkheid dat de volgende coalitie aan de linkerzijde van het politieke spectrum zal zitten, waarschijnlijk is dat de regering ergens in de nabije toekomst stappen zal gaan maken in het aankaarten van IMVO-gerelateerde kwesties. Verder wordt ook door een respondent aangegeven dat Duitsland in G7-verband heeft geprobeerd voortgang te boeken met betrekking tot de specifieke kwestie van ketenbeheer. Vanuit de EU mist men echter momenteel wat leiderschap op IMVO-gebied; volgens de respondent zou het wenselijk zijn als een aantal landen in Europees verband het voortouw zouden nemen op dit onderwerp en zou Duitsland daar dan wellicht ook aan meedoen.

Ten aanzien van de vraag in hoeverre IMVO-gerelateerde juridische procedures voor de Duitse rechter tegen in Duitsland gevestigde ondernemingen invloed hebben op het Duitse vestigingsklimaat wordt door de meeste respondenten aangegeven dat het onwaarschijnlijk is dat deze veel invloed hebben, ook omdat het aantal procedures tot nog toe laag is, net als de gevorderde bedragen. Het is uiteindelijk maar een heel kleine factor bij de beslissing waar te investeren. Zou het om miljoenenclaims gaan dan zou dat naar de mening van één van de respondenten wellicht meer impact hebben, maar zou het nog steeds niet de bepalende factor zijn voor ondernemingen om zich te vestigen of gevestigd te blijven in Duitsland. Daarbij wordt gelijk vermeld dat dit scenario ondenkbaar is in Duitsland omdat daarvoor eerst het hele systeem van burgerlijk procesrecht, waaronder de mogelijkheden tot het aanbrengen van collectieve schadevergoedingsacties, en van civiel aansprakelijkheidsrecht veranderd zou moeten worden.

Eén van de respondenten geeft aan dat er in Duitsland op veel meer onderwerpen vorderingen van aandeelhouders zijn tegen ondernemingen en dat deze ook niet worden gezien als een factor die van invloed is op het vestigingsklimaat. Een andere respondent merkt op met betrekking tot het met procedures samenhangende risico op reputatieschade dat dit risico speelt voor elke onderneming die producten afzet op de Duitse markt, onafhankelijk waar de betreffende onderneming gevestigd is. Weer

een andere respondent geeft echter duidelijk aan dat één van de belangrijkste redenen voor vertegenwoordigers van het Duitse bedrijfsleven om IMVO-regelgeving zoals een wettelijke verplichting tot het verrichten van *due diligence* af te wijzen, de angst voor aansprakelijkheid is.

Frankrijk

Ten aanzien van de vraag of ondernemingen naar de mening van de respondenten bij hun beslissing om zich in Frankrijk te vestigen of daar gevestigd te blijven, ook kijken naar regelgeving en beleid in Frankrijk met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties zijn de meningen verdeeld.

Eén van de respondenten merkt op dat de transparantieverplichtingen met betrekking tot milieuzaken die eerder al werden ingevoerd in Frankrijk in het kader van de *Loi Grenelle*, bij de ene helft van het Franse bedrijfsleven in het begin kritiek genereerden over extra kosten, maar door de andere helft vrij makkelijk geaccepteerd werden omdat het voor hen ging om bestaande *best practices* en een mogelijkheid om te laten zien dat ze hun betrokkenheid serieus namen. Hij geeft in dit kader ook aan dat Franse koepelorganisaties in tegenstelling tot koepelorganisaties uit veel andere landen positief waren over de totstandkoming van de nieuwe Europese transparantierichtlijn. Daarbij speelde de overweging dat deze een meer *level playing field* zou creëren onder alle Europese ondernemingen ten aanzien van rapportageverplichtingen die voor Franse ondernemingen deels toch al bestonden, een belangrijke rol.

Met betrekking tot het wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance* voor bepaalde grote Franse ondernemingen stelt één van de respondenten dat een grote zorg van het bedrijfsleven daarover is dat deze slecht zal zijn voor de concurrentiepositie van Franse ondernemingen aangezien het een geïsoleerd initiatief is van Frankrijk. Voor buitenlandse partners of concurrenten van Franse ondernemingen gelden niet dezelfde verplichtingen. De angst is dat dit ertoe zal leiden dat Franse ondernemingen, die juist voorlopen op IMVO-gebied op ondernemingen uit veel andere landen, geconfronteerd zullen worden met procedures aangespannen door belanghebbenden voor schade die wellicht helemaal aan de andere kant van de productieketen is aangericht door activiteiten waarover zij geen controle hebben. Dit zou heel slecht zijn voor de verhoudingen tussen Franse ondernemingen en belanghebbenden.

Aan de andere kant merkt de respondent op dat er ook geluiden zijn vanuit het Franse bedrijfsleven, met name de MVO-specialisten, dat de wet geen problemen zal opleveren omdat Franse ondernemingen de zaken die van ze gevraagd worden in het wetsvoorstel allang doen. Die geven aan dat er al gebruik wordt gemaakt van contractuele MVO-verplichtingen, dat er al controles plaatsvinden, dat er al gevraagd wordt om maatregelen, en dat de belangrijkste toeleveranciers hier al op aangesproken worden. De directeuren van de grote Franse ondernemingen waarvoor de wet zou moeten gaan gelden hebben zich in het openbaar nauwelijks uitgesproken over de wet. Een reden daarvoor zou kunnen zijn, aldus de respondent, dat zij bang zijn dat negatieve uitspraken over de wet zouden impliceren dat zij iets te verbergen hebben. Volgens een andere respondent gebeurt het in Frankrijk vaker dat wetten worden aangenomen maar niet geïmplementeerd en kan het stilzwijgen vanuit het bedrijfsleven ook gezien worden als een poging om de aandacht ervoor te laten verslappen.

Volgens één van de respondenten zou aanname van de wet zeker een reden kunnen zijn voor ondernemingen om niet naar Frankrijk te komen, uit angst voor de mogelijkheid dat zij aansprakelijk gesteld zouden kunnen worden voor alles wat er gebeurt in de productieketen. Voor ondernemingen die al in Frankrijk gevestigd zijn, zou het naar de mening van de respondent waarschijnlijk op zichzelf niet een reden zijn om Frankrijk te verlaten, maar zou het in combinatie met bijvoorbeeld belastingkwesties en arbeidskwesties wel een factor kunnen zijn. Van de eventuele invoering van de voorgestelde wet wordt door het Franse bedrijfsleven geen concurrentievoordeel verwacht, in verband

met de zware financiële sancties die verbonden zijn aan niet-naleving ervan. De verwachting van de respondent is dat de wet ertoe zou kunnen leiden dat Franse ondernemingen bepaalde (gast)landen zullen moeten verlaten in verband met het aansprakelijkheidsrisico, hetgeen voor niemand goed zou zijn.

Een andere respondent merkt op dat de waarschuwing vanuit het Franse bedrijfsleven dat aanname van de wet ertoe zou kunnen leiden dat ondernemingen uit Frankrijk vertrekken een klassiek argument is dat bijvoorbeeld ook met betrekking tot belastingkwesties vaker gehoord wordt. Om die reden wordt het niet extreem serieus genomen, alhoewel het wel gezien wordt als een waarschuwingssignaal. Hij is van mening dat er zeker geen grote groepen ondernemingen zullen vertrekken als gevolg van strengere regulering op IMVO-gebied; het zal Franse ondernemingen eerder motiveren om als beste te willen presteren. Daarbij is het volgens hem wel zo dat er in het Franse recht veel onduidelijkheid bestaat over wat er nu van ondernemingen verwacht wordt in de IMVO-context en dat meer zekerheid daaromtrent de zaken veel makkelijker zou maken voor veel Franse ondernemingen.

Door een andere respondent wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel op dit moment niet veel meer inhoudt dan een transparantieverplichting en dat hoewel dit zeker een impact kan hebben, het niet voldoende zal zijn om ondernemingen te weerhouden van investeren in Frankrijk. Tegelijkertijd zorgt het wetsvoorstel er volgens hem voor dat Frankrijk weliswaar overkomt als een principieel land, maar niet als een land met een bedrijfsvriendelijk investeringsklimaat. Hij wijst op het verschil met de manier waarop de Loi Grenelle II ontvangen werd, ten aanzien waarvan een daadwerkelijke betrokkenheid bij alle actoren bestond en er weinig verzet was. Volgens hem zou dit enerzijds kunnen komen doordat er een duidelijkere *business case* bestaat voor het voorkomen van een negatieve impact op het milieu en anderzijds omdat het iets is waar ondernemingen in Frankrijk ook bedacht op moeten zijn en waarmee zij dus meer bezig zijn, ook bij activiteiten in het buitenland. Mensenrechtenbescherming, daarentegen, is volgens de respondent iets wat in Europa vanzelfsprekend is maar tegelijkertijd zo veelomvattend is en verbonden met het ontwikkelingsniveau van een land, dat het moeilijk is voor ondernemingen om daarin daadwerkelijk een verschil te maken.

Ten aanzien van de vraag of het huidige reguleringskader in Frankrijk met betrekking tot IMVO-gerelateerde onderwerpen in algemene zin gezien of ervaren worden als bevorderend of juist als belemmerend voor het Franse vestigingsklimaat wordt onder meer aangegeven dat er ook in Frankrijk een gedachtenstroming bestaat waarbinnen IMVO in algemene zin gezien wordt als iets waar ondernemingen hun voordeel mee kunnen doen. Daarbij is het idee dat ondernemingen die zich op de lange termijn verantwoordelijk gedragen het verst zullen komen, ook omdat zij uiteindelijk profiteren van een bedrijfsstrategie waarin ook externe factoren meegenomen worden, welke bijdragen aan de waardecreatie op de lange termijn. Eén respondent geeft aan dat er al verschillende kopstukken zijn binnen het Franse bedrijfsleven die dit idee geïntegreerd hebben in hun onderneming en dat het steeds meer de heersende gedachtenstroming begint te worden in Frankrijk, in ieder geval onder de grotere ondernemingen. Datzelfde geldt niet voor de kleine en middelgrote ondernemingen, die veel meer bezig zijn met overleven en vaak alleen onbewust aan MVO doen. Volgens een andere respondent zijn er geluiden dat het vergroten van transparantie omtrent de herkomst van producten welkom zou zijn omdat dit de competitiviteit van Franse ondernemingen ten goede zou komen.

Ten aanzien van de vraag in hoeverre de Franse regering bij overwegingen omtrent de introductie van IMVO-gerelateerde regels of beleidsinstrumenten rekening houdt met de mogelijke impact daarvan op het Franse vestigingsklimaat, wordt onder meer aangegeven dat hier wel rekening mee gehouden wordt maar dat bij de huidige linksgeoriënteerde regering IMVO hoog op de agenda staat. Eén van de respondenten merkt op dat bij de invoering van de *Loi Grenelle* het *level playing field*-argument minder belangrijk was voor de Franse regering, die met de wet gewoon een signaal wilde afgeven aan de

maatschappij dat ondernemingen niet aan '*greenwashing*' mogen doen. Met betrekking tot het wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance* voor bepaalde grote Franse ondernemingen wordt opgemerkt dat de Franse regering heeft aangegeven de zorgen van het Franse bedrijfsleven over het wetsvoorstel te begrijpen, maar vervolgens toch publiek haar steun heeft uitgesproken voor het wetsvoorstel, dit tot ongenoegen van het bedrijfsleven.

Eén van de respondenten merkt op dat dit ook de reden is dat veel van de discussie gaat over de grondwettelijkheid van het wetsvoorstel en niet over de politieke wenselijkheid ervan. Naar dit laatste wordt volgens hem namelijk weinig geluisterd, zeker in verkiezingstijd als het aantrekkelijker is voor politici en beleidsmakers om principiële standpunten uit te dragen dan economische. Gezien de sterke neiging van Frankrijk om zichzelf te zien als internationale voorloper op mensenrechtengebied is er een sterke hang naar principes op mensenrechtengebied, zeker als de gevolgen daarvan – zoals het geval is met het wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance* – gedragen worden door een kleine groep grote beursgenoteerde ondernemingen. Een dergelijke maatregel kan volgens de respondent om die reden zelfs op steun rekenen van de kleinere Franse ondernemingen, die er niet direct mee te maken krijgen.

Verschillende respondenten geven duidelijk aan dat Frankrijk zichzelf ziet als internationale pionier waar het aankomt op regelgeving en beleid met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties. Ten aanzien van het wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance* voor bepaalde grote Franse ondernemingen, dat internationaal gezien een geïsoleerd initiatief is, bestaat het idee dat Frankrijk het voorbeeld moet geven en dat andere landen dan zullen volgen. Men wil niet wachten op de andere landen maar zelf het voortouw nemen. Het doel is daarbij uiteindelijk ook, zo stellen verschillende van de respondenten, om het onderwerp op de Europese agenda te krijgen en uiteindelijk te komen tot een EU-breed geldende *due diligence*-verplichting in de IMVO-context.

Ten aanzien van de vraag in hoeverre IMVO-gerelateerde juridische procedures voor de Franse rechter tegen in Frankrijk gevestigde ondernemingen invloed hebben op het Franse vestigingsklimaat verschillen de meningen. Eén van de respondenten geeft aan dat de belangrijkste zorg over het wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance* voor bepaalde grote Franse ondernemingen, het daarmee gepaard gaande risico op aansprakelijkheidsprocedures is. Men is bang dat de wet het mogelijk zal maken voor belanghebbenden om allerlei procedures aan te brengen voor Franse rechters tegen Franse internationaal opererende ondernemingen voor IMVO-normschendingen van hun dochtermaatschappijen, onderaannemers, leveranciers, enz. En omdat iemand moet betalen, zouden de moedermaatschappijen dan moeten betalen, maar alleen de Franse moedermaatschappijen, omdat nergens anders ter wereld een zodanig brede *due diligence* verplichting geïmplementeerd is. De eerste *draft* van het voorstel genereerde nog meer zorgen, onder meer omdat daarin met zoveel woorden aangegeven werd dat het aan ngo's zou zijn om het Franse bedrijfsleven op de betreffende punten te controleren.

Een andere respondent geeft echter aan dat een dergelijke invloed op het vestigingsklimaat niet waarschijnlijk is, maar dat rechtszekerheid wel belangrijk is voor ondernemingen. Zij hebben meer duidelijkheid nodig over de juridische *status quo*. Die duidelijkheid kan onder meer voortvloeien uit jurisprudentie in de IMVO-context; dit weten ondernemingen ook en alhoewel zij IMVO-gerelateerde procedures zeker niet aanmoedigen, zijn zij wel geïnteresseerd om te zien wat de uitkomsten van de momenteel aanhangige procedures zullen zijn. Daarbij is te verwachten dat er naast strafrechtelijke procedures, waarvan het verloop uiteindelijk ook afhankelijk is van de bereidheid van de openbaar aanklagers om ze door te zetten, in de nabije toekomst wellicht ook wat meer civielrechtelijke procedures aangebracht zullen worden door ngo's in Frankrijk.

Naar de mening van een andere respondent zouden dit soort zaken wellicht kunnen leiden tot tactische stappen van ondernemingen om aansprakelijkheid te vermijden, maar zou het ze er niet toe bewegen om Frankrijk te verlaten. Als ondernemingen beweren dat ze om deze reden zouden kunnen vertrekken is dat slechts bluf volgens de respondent, omdat het doorgaans veel te lastig is voor ondernemingen om het hele bedrijf naar een ander land te verplaatsen en te risicovol om de steun van het thuisland te verliezen. Wat volgens hem wel mogelijk is, is dat bepaalde divisies van de onderneming worden overgeplaatst naar een ander land, maar verplaatsing van de onderneming als geheel is onwaarschijnlijk. Datzelfde geldt voor de respondent waar het gaat om de wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance*; de reden dat hiertegen zoveel protest bestaat vanuit het bedrijfsleven laat zien dat ondernemingen niet van plan zijn om Frankrijk te verlaten maar dat zij juist proberen de omstandigheden in Frankrijk voor hen zo gunstig mogelijk te houden.

Nederland

Ten aanzien van de vraag of ondernemingen naar de mening van de respondenten bij hun beslissing om zich in Nederland te vestigen of daar gevestigd te blijven, ook kijken naar regelgeving en beleid in Nederland met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties geven verschillende respondenten aan dat dit geen doorslaggevende factor is. Eén van de respondenten merkt op dat het iets is dat op de koop toe genomen wordt, zolang het belastingregime maar niet teveel wordt aangepast; een veel belangrijker zorg is namelijk de volatiliteit van beleid in Nederland. Regeldruk is een factor, maar uiteindelijk gaat het veel meer om regelconsistentie, ook omdat vooral de grote internationaal opererende ondernemingen juist goed weten om te gaan met regeldruk. Zij kunnen bij uitstek goed omgaan, zo stelt de respondent, met de verschillen in regelgeving tussen de landen en halen juist daar een concurrentievoordeel uit. Daarnaast maakt regeldruk het moeilijker voor buitenlandse ondernemingen om de markt te betreden, hetgeen ook in hun voordeel is.

Een andere respondent stelt dat hoewel het weleens geroepen wordt door het bedrijfsleven, ondernemingen echt niet zomaar weggaan vanwege regelgeving en beleid met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties. Dat zijn maar relatief mineure factoren in het grotere geheel; als ondernemingen weggaan doen ze dat ook volgens hem alleen maar om fiscale redenen. Hij vraagt zich daarnaast af waarom wettelijke regels op IMVO-gebied een punt zouden zijn, aangezien ondernemingen zelf aangeven dat er een *business case* is voor IMVO en dat ze er al mee bezig zijn. Weer een andere respondent geeft aan dat het Nederlandse IMVO-beleid en -regelgeving op dit moment geen invloed heeft op de keuze van ondernemingen of zij zich in Nederland vestigen of daar gevestigd blijven, maar dat dit zou kunnen veranderen als er wetgeving zou komen. De huidige aanpak op basis van convenanten heeft daarentegen, naar de mening van de respondent, geen negatieve invloed op het Nederlandse vestigingsklimaat.

Een voorbeeld van een Nederlandse ontwikkeling waar buitenlandse ondernemingen (moedermaatschappijen) zich zorgen om maakten dat genoemd wordt door één van de respondenten was de discussie over de introductie van een wettelijk streefquotum van 30% vrouwen in het bestuur van grote ondernemingen. Uiteindelijk lijkt deze regel echter weinig impact gehad te hebben op het Nederlandse vestigingsklimaat, wellicht ook vanwege het '*comply or explain*'-karakter ervan. Ook andere respondenten kunnen geen voorbeelden noemen van ondernemingen die zijn vertrokken als gevolg van striktere regelgeving. Eén respondent merkt op dat de vervolgvraag dan ook moet zijn of je het erg moet vinden als sommige ondernemingen weg zouden trekken in reactie op striktere regelgeving. De factoren die aantrekkelijk gevonden worden aan het vestigingsklimaat van een land zijn ook sterk afhankelijk is van het soort onderneming waar het om gaat.

Ten aanzien van de vraag of IMVO-gerelateerde onderwerpen in algemene zin gezien of ervaren worden als bevorderend of juist als belemmerend voor het Nederlandse vestigingsklimaat wordt aangegeven dat het Nederlandse bedrijfsleven in eerste instantie doorgaans fel tegen meer verbindende regelgeving is maar er in sommige gevallen onder invloed van enkele meer progressieve ondernemingen in tweede instantie toch mee akkoord gaat. Een dergelijke dynamiek speelde volgens de één van de respondenten bijvoorbeeld met betrekking tot de conflictmineralen, waarbij met name de financiële spelers positief stonden tegenover verbindende regelgeving, omdat het voor hen gunstig was dat zij niet besmet zouden kunnen raken terwijl de verplichting tot *due diligence* elders in de keten zou liggen. Een andere respondent merkt op dat vooral de ondernemingen die internationaal opereren goed om weten te gaan met regeldruk. Volgens hem levert het verschil in regeldruk tussen verschillende landen voor de grote multinationals zelfs een concurrentievoordeel op, omdat zij daarmee om kunnen gaan terwijl het barrières creëert voor andere ondernemingen die dat minder goed kunnen om toe te treden tot de markt.

Tegelijkertijd wordt echter ook aangegeven door één van de respondenten dat IMVO-kwesties in algemene zin weinig invloed zullen hebben op het vestigingsklimaat, positief of negatief, aangezien hele andere factoren daarbij een veel grotere rol spelen. Als voorbeeld wordt genoemd de REACH-wetgeving voor chemische stoffen, waarvan bij invoering gezegd werd dat dat de doodsteek zou zijn voor het bedrijfsleven; terugkijkend is dat zeker niet het geval geweest en levert het zelfs een concurrentievoordeel op. Daarnaast zijn er ook mensen uit het bedrijfsleven, met name MVO-managers en ook in andere landen, die aangeven dat ze strengere wetgeving zouden verwelkomen omdat dat zou betekenen dat het onderwerp dan binnen ondernemingen meer serieus genomen zou worden. Zodra het onderwerp echter verschuift van de MVO-afdeling naar de juridische of bestuurlijke afdeling van ondernemingen, zoals ook gebeurd is met de conflictmineralen, dan veranderen de zaken.

Verder wordt ook gesteld dat als je dit soort onderwerpen op Europees niveau kunt regelen, het hele vestigingsklimaat-argument wegvalt. Er wordt echter opgemerkt dat de Nederlandse regering daar weinig inspanningen op richt. Eén van de respondenten verbaast zich er ook over dat Nederland niet thuis geeft wanneer er een mogelijkheid bestaat om het onderwerp op internationaal niveau te coördineren, aangezien op die manier een *level playing field* gecreëerd zou kunnen worden waarmee het concurrentienadeel voor Nederlandse ondernemingen weggenomen zou kunnen worden.

Ten aanzien van de vraag in hoeverre de Nederlandse regering bij overwegingen omtrent de introductie van IMVO-gerelateerde regels of beleidsinstrumenten rekening houdt met de mogelijke impact daarvan op het Nederlandse vestigingsklimaat, wordt aangegeven dat de Nederlandse regering relatief gevoelig is voor geluiden vanuit het bedrijfsleven dat bepaalde regels een invloed zouden kunnen hebben op het vestigingsklimaat. Hierbij geldt wel dat betrouwbaarheid een grote rol speelt, twee kanten op. De regering moet betrouwbaar zijn voor het bedrijfsleven, in die zin dat zij niet opeens met allerlei voor het Nederlandse bedrijfsleven nadelige regels komt, maar het bedrijfsleven moet ook betrouwbaar zijn voor de overheid, in die zin dat het zich aan de gemaakte afspraken (zoals convenanten) houdt. Daarbij wordt ook aangegeven dat in verband met de overlegcultuur in Nederland ngo's en het bredere publiek op dit onderwerp de regering het vuur toch minder na aan de schenen legt dan in sommige andere landen, zoals Frankrijk.

Tegelijkertijd geven verschillende respondenten aan dat de Nederlandse regering bij het aantrekken van buitenlandse investeerders niet kijkt naar het soort ondernemingen dat ze aantrekt. In dit kader wordt door één van de respondenten opgemerkt dat de regering meer nadruk zou moeten leggen op de vraag welk soort ondernemingen Nederland eigenlijk zou moeten willen aantrekken, meer aandacht voor de kwaliteit en niet alleen voor de kwantiteit van buitenlandse investeringsstromen. Daar komt ook bij dat het maar de vraag is of de Nederlandse economie er ook daadwerkelijk baat bij heeft als

onverantwoord ondernemende of corrupte ondernemingen zich hier vestigen. Vooralsnog geldt dat ondernemingen zich hier mogen vestigen en van allerlei soorten faciliteiten gebruik mogen maken, zonder dat daar veel verplichtingen tegenover staan. Hij stelt dat het wellicht een goed idee zou zijn om juist in te zetten op hogere normen, met het idee dat je dan ook verantwoordelijke ondernemingen aantrekt. Strafrechtelijke aansprakelijkheid voor ernstige IMVO-normschendingen zou volgens de respondent bijvoorbeeld wenselijk kunnen zijn om ervoor te zorgen dat Nederland alleen maar ondernemingen aantrekt die vrij zijn van betrokkenheid bij ernstige IMVO-normschendingen in hun productieketen.

Ten aanzien van de vraag in hoeverre IMVO-gerelateerde juridische procedures voor de Nederlandse rechter tegen in Nederland gevestigde ondernemingen invloed hebben op het Nederlandse vestigingsklimaat lopen de meningen sterk uiteen. Eén van de respondenten is vrij stellig van mening dat meer IMVO-gerelateerde procedures in Nederland tot gevolg zou kunnen hebben dat een aantal ondernemingen het land verlaten. Hij stelt dat als het aantrekkelijker zou worden om in Nederland te procederen over extraterritoriale kwesties, los nog van de uitkomst van dergelijke procedures, dit Nederland als vestigingsland minder aantrekkelijk zou maken. Daarnaast stelt hij dat Nederland ook nu in vergelijking tot bepaalde andere Europese landen al een aantrekkelijk land is om een procedure aan te brengen, mede vanwege de sterke juridische structuur, goed advocatenkantoren en rechters, betrouwbaarheid, goede procedures en het ontbreken van corruptie. Hij geeft aan dat dit voor in Nederland gevestigde ondernemingen wel als een punt van zorg wordt gezien; er bestaat een angst voor het gebrek aan *level playing field* als gevolg van het relatief goede rechtssysteem in Nederland. Een andere respondent noemt de stabiele rechtsgang in Nederland echter juist als iets dat een positieve invloed op het Nederlandse vestigingsklimaat heeft.

Andere respondenten denken dat het geen of een vrij beperkte invloed zal hebben; volgens hen zijn andere factoren uiteindelijk belangrijker. Eén van de respondenten merkt in dit verband op dat ondernemingen die zich willen vestigen in de VS zich ook niet druk maken over de Alien Tort Statute of de Foreign Corrupt Practices Act. Daarnaast geldt volgens hem dat de drempel om dit soort zaken aan te brengen bij een rechter gigantisch is en dat procedures met betrekking tot extraterritoriale (I)MVO-normschendingen zeer complex zijn. Er zullen dus geen honderden klachten komen; de zorgen vanuit het bedrijfsleven hierover zouden met een korrel zout genomen moeten worden. Ook wordt opgemerkt dat het uiteindelijk gewoon een kosten/baten afweging is voor ondernemingen tussen enerzijds de kosten van het risico op aansprakelijkheid voor mensenrechtenschendingen en anderzijds de baten die bijvoorbeeld uit belastingvoordeel verkregen kunnen worden. Daarbij speelt wel ook nog het reputatie-element een rol, wat betekent dat als negatieve bedrijfsaspecten van een onderneming in een bepaald land veel exposure krijgen, dit ook meespeelt in de kosten.

Een andere respondent geeft aan dat de benadering van IMVO vanuit een juridisch of op risicomanagement gericht perspectief internationaal opererende ondernemingen die voorlopen op het onderwerp geen dienst doet. Zij hebben hun eigen unieke concurrentiepositie, die een combinatie is van onder meer financiën, unieke producten, internationale management skills, de capaciteit om om te gaan met allerlei rare regelingen en het vermogen om nieuwe producten te ontwikkelen. Daarmee komen ze naar de mening van de respondent verder dan met een reactieve, op risico's gerichte benadering van IMVO. Tot slot wordt er nog op gewezen dat als ondernemingen in Nederland niet aansprakelijk gesteld zouden kunnen worden, dat een soort van vrijhaven zou creëren, hetgeen zeker geen wenselijke situatie zou zijn. In dat kader wordt de vraag gesteld of Nederland het erg zou moeten vinden dat ondernemingen die hier aansprakelijk gesteld (dreigen te) worden voor schendingen van IMVO-normen elders wellicht weg zouden trekken uit Nederland.

Het Verenigd Koninkrijk

Ten aanzien van de vraag of ondernemingen naar de mening van de respondenten bij hun beslissing om zich in het Verenigd Koninkrijk te vestigen of daar gevestigd te blijven, ook kijken naar regelgeving en beleid in het Verenigd Koninkrijk met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties geven verschillende respondenten aan dat dit verschillend zal zijn voor verschillende ondernemingen. Elk bedrijf en elke sector heeft andere behoeften en loopt andere risico's; sommige sectoren zijn veel meer ontvankelijk zijn voor IMVO-kwesties dan andere. Eén van de respondenten geeft aan dat IMVO-gerelateerde regelgeving en beleid uiteindelijk irrelevant zijn voor de vestigingsbeslissingen van ondernemingen. Een investeerder die naar het Verenigd Koninkrijk komt verwacht een Europese standaard aan arbeidsnormen en welvaartsbescherming; niemand maakt zich zorgen over de vraag of er in het Verenigd Koninkrijk verantwoordelijkheden bestaan op mensenrechtengebied, of niet. Een andere respondent geeft aan dat ondernemingen wellicht niet specifiek vanwege IMVO-regelgeving ervoor zouden kiezen om hun hoofdkantoor in het Verenigd Koninkrijk te vestigen, maar dat het ze ook zeker niet zou tegenhouden.

Veel is afhankelijk van de bedrijfscultuur; sommige ondernemingen zullen een strenger IMVO-beleid aantrekkelijk vinden vanwege de goede PR en omdat het *trendy* is. Tegelijkertijd wordt door één van de respondenten opgemerkt dat het Verenigd Koninkrijk een markt met 60 miljoen mensen is en één van de belangrijkste financiële centra van de wereld en dat IMVO-regelgeving er dus niet voor zal zorgen dat ondernemingen wegblijven of weggaan. Een goed geredigeerde wet waarin bijvoorbeeld de UN Guiding Principles worden vastgelegd zou volgens hem niemand in het bedrijfsleven veel angst inboezemen. Er zou wel kritiek zijn, maar iedereen zou ermee leren leven. Het risico zou eerder zijn dat een dergelijke wet een '*tick-box exercise*' zou worden, die geen echte verandering teweeg zou brengen in de manier waarop Britse ondernemingen internationaal zakendoen. Een andere respondent benadrukt in dit verband het belang van '*smart regulation*', regels die flexibiliteit bieden aan ondernemingen in de manier waarop zij voldoen aan hun verplichtingen en ondernemingen niet "*straight-jacket*[…] *into doing a certain way of business*". Dat laatste zou wel een negatieve impact op het vestigingsklimaat kunnen hebben.

Eén van de respondenten merkt op dat het feit dat het Verenigd Koninkrijk leidend is geweest op het gebied van de UN Guiding Principles, met als eerste land een Nationaal Actieplan en transparantieverplichtingen ten aanzien van mensenrechten, het investeringsklimaat er niet minder op gemaakt lijkt te hebben. Daarbij speelt zekerheid over wat er verwacht wordt van ondernemingen een belangrijke rol. Een ander stelt dat het interessant zou zijn om te zien of een wetgevingsinitiatief zoals de Modern Slavery Act er inderdaad voor zorgt dat bepaalde ondernemingen niet investeren in het Verenigd Koninkrijk en ook om te zien waar welke '*havens of irresponsibility*' die ondernemingen dan wel toe zouden gaan. Hij geeft aan dat het niet ter sprake is gekomen in het kader van de totstandkoming van de Modern Slavery Act, alhoewel de koepelorganisaties in het begin niet positief waren. Alhoewel hij er zelf niet in gelooft, stelt hij dat het theoretisch wel mogelijk zou zijn dat ondernemingen daarover zouden denken als de Modern Slavery Act er daadwerkelijk toe zou leiden dat bestuurders van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen voor de rechter gedaagd zouden worden in verband met de activiteiten van hun toeleveranciers in Bangladesh.

Ten aanzien van de vraag of IMVO-gerelateerde onderwerpen in algemene zin gezien of ervaren worden als bevorderend of juist als belemmerend voor het Britse vestigingsklimaat wordt onder meer aangegeven dat het goed mogelijk is dat het een positieve rol speelt. Daarbij wordt ook opgemerkt dat er in dit opzicht wellicht ook een verschil is tussen investeerders en ondernemers. De eersten zullen doorgaans op zoek zijn naar een beter gereguleerde, meer voorspelbare, stabiele markt, terwijl dat voor die laatsten niet altijd het geval is. In algemene zin wordt aangegeven dat er verschillende

ondernemingen binnen het Verenigd Koninkrijk erg innovatief te werk zijn gegaan met het implementeren van de UN Guiding Principles in beleid en procedures. Eén vorm van concurrentie is om voor te lopen bij nieuwe ontwikkelingen en dan vervolgens hogere standaarden op te (laten) leggen ook aan andere ondernemingen en de ondernemingen die hier niet aan kunnen voldoen uit de markt te concurreren. Ondernemingen willen '*ahead of the curve*' zijn omdat ze daarmee beter uitgerust zijn om te opereren in een geglobaliseerde wereld waarin de risico's die samenhangen met internationaal zakendoen alleen maar toenemen. Ze kijken naar overheden om hun daarbij te ondersteunen.

Door één van de respondenten wordt aangegeven dat het niet gebruikelijk is dat ondernemingen in het Verenigd Koninkrijk die voorlopers zijn op IMVO-gebied ook daadwerkelijk vragen om meer regelgeving om zo een *level playing field* te krijgen. Een andere respondent stelt echter dat er door de grotere Britse ondernemingen wel degelijk is aangedrongen op striktere transparantieregelgeving, enerzijds omdat daaruit kan worden afgeleid of er daadwerkelijk een *level playing field* is en anderzijds omdat dit het soort mechanisme is dat het gedrag van ondernemingen kan beïnvloeden. Verschillende grotere Britse internationaal opererende ondernemingen investeren al veel geld in naleving van arbeidsstandaarden in de productieketen, wat veel geld kost, maar niet al hun concurrenten doen hetzelfde. Vanuit een concurrentieperspectief is het creëren van een meer gelijk speelveld, niet alleen binnen het Verenigd Koninkrijk maar ook in andere thuislanden zoals de VS én in gastlanden zoals India, iets dat verwelkomd wordt en zo nodig bewerkstelligd zou kunnen worden door middel van regelgeving.

Volgens één van de respondenten is het vooral een kwestie van bedrijfscultuur. Er zijn bepaalde ondernemingen die IMVO '*the right thing to do*' vinden en '*good business*', terwijl andere ondernemingen het onderwerp negeren. Je kunt in deze context niet spreken over een gezamenlijke houding van alle Britse ondernemingen; veel is afhankelijk van de dynamiek binnen een bedrijf en de manier waarop het zich ontwikkelt. Een onderneming is uiteindelijk niet meer is dan een verzameling mensen en uiteindelijk is bepalend in hoeverre die mensen geïnteresseerd zijn in het feit dat andere mensen die niet binnen hun directe invloedssfeer zitten beïnvloed kunnen worden door de activiteiten van de onderneming of daarmee verbonden ondernemingen. Het gaat om menselijke waarden en veel is uiteindelijk afhankelijk van wie er op een bepaald moment op welke plek zit.

Met betrekking tot de totstandkoming van de Modern Slavery Act wordt gesteld dat de Britten zichzelf zien als een deugdelijke maatschappij met behoorlijke arbeidsstandaarden en dus verontrust waren toen er een aantal gevallen van arbeidsuitbuiting in het Verenigd Koninkrijk aan het licht kwamen; de totstandkoming van wetgeving op dit gebied werd dus breed gesteund. Daar kwam ook bij dat veel ondernemingen de standaarden van de Modern Slavery Act al toepasten vóór totstandkoming van de wet, mede omdat zij ook toen al kwetsbaar waren voor aantijgingen over kinderarbeid en mensensmokkel in de media. Het voordeel voor deze ondernemingen van de totstandkoming van de Modern Slavery Act is dat dit er enerzijds voor zorgt dat het speelveld gelijker wordt en anderzijds dat ondernemingen zich niet meer slechts met deze kwesties kunnen bezighouden voor marketing-doeleinden. Daarbij is men zich er ook van bewust dat er ook op EU-niveau en in andere Europese landen allerlei initiatieven spelen die er voor zullen zorgen dat het Europese speelveld te zijner tijd wellicht weer meer gelijkgetrokken zal worden.

Door verschillende respondenten wordt erop gewezen dat in de consultatiefase van de wet door het Britse bedrijfsleven zelf werd gevraagd om de laagst mogelijke toepasselijkheidsdrempel, zodat de wet voor zoveel mogelijk Britse ondernemingen zou gelden, niet alleen beursgenoteerde ondernemingen en ongeacht grootte en sector. Ondernemingen wilden een nationaal *level playing field* behouden en ervoor zorgen dat ook Britse toeleveranciers aan dezelfde regels gebonden zouden zijn, zodat zij net als hun Britse afnemers een *incentive* zouden hebben om moderne slavernij in de productieketen te voorkomen. In dit kader wordt opgemerkt dat in sommige gevallen meer regelgeving meer aantrekkelijk is voor

ondernemingen dan minder regelgeving. Voor de grotere ondernemingen blijft daarbij wel een belangrijke vraag wat voor hen precies de juridische én publicitaire gevolgen zullen zijn van schendingen van de wet. Daarbij is voor hen ook van belang hoe omgegaan zal worden met handhaving van de wet tegenover kleinere ondernemingen.

Ten aanzien van de vraag in hoeverre de Britse regering bij overwegingen omtrent de introductie van IMVO-gerelateerde regels of beleidsinstrumenten rekening houdt met de mogelijke impact daarvan op het Britse vestigingsklimaat, geven de respondenten aan dat zij hier gevoelig voor is, maar ook berekenend te werk gaat. Daarbij wordt ook gekeken naar hoe de introductie van dit soort regels over zou komen bij het bredere publiek en wat voor impact het zou hebben voor de kansen van de gevestigde orde om aan de macht te blijven. Met betrekking tot de politiek wordt door één van de respondenten aangegeven dat er momenteel een beetje een vacuüm bestaat in het Britse parlement, wat ervoor zorgt dat kwesties als IMVO nu niet hoog op de agenda staan. Een andere respondent geeft aan dat de Britse regering vrij achterdochtig staat tegenover Europese initiatieven op dit gebied, omdat IMVO-kwesties ook gebruikt kunnen worden als verkapte handelspolitiek. Volgens één van de respondenten heeft de Britse regering zich bij de totstandkoming van de Modern Slavery Act, ondanks tegenwerpingen vanuit de koepelorganisaties, juist vrij ferm opgesteld, waarbij zij aangaf dat het zeer belangrijk was, dat er geen alternatieven waren en dat er geen weg terug meer was.

Ten aanzien van de vraag in hoeverre IMVO-gerelateerde juridische procedures voor de Engelse rechter tegen in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen invloed hebben op het Britse vestigingsklimaat wordt door verschillende respondenten aangegeven dat dit niet een heel realistisch scenario lijkt te zijn. Het is niet waarschijnlijk dat dit het verschil zal maken. De procedures die er tot nu toe zijn geweest niet heel veel teweeg lijken te hebben gebracht binnen het Britse bedrijfsleven. Veel ondernemingen lijken zich er niet van bewust te zijn of geloven niet dat ze risico lopen om dergelijke procedures tegen zich aangespannen te krijgen, of wachten af wat het daadwerkelijke risico is. Dit geldt niet alleen voor de kleine en middelgrote, maar ook voor de grotere ondernemingen.

Er wordt aangegeven dat de procedures die er zijn geweest er niet toe geleid hebben dat ondernemingen besloten hebben om zich elders te vestigen. Daarbij wordt er ook op gewezen dat het niet makkelijk is om procedures aan te brengen in het Verenigd Koninkrijk door het ontbreken van financiële rechtshulp, de mogelijkheden tot bewijsgaring zijn lang niet zo ruim als in de Verenigde Staten en er bestaat geen cultuur van *public interest litigation*. Massaschadeclaims zijn wel mogelijk in het Verenigd Koninkrijk en worden ook met enige regelmaat aangebracht door het advocatenkantoor dat zich in het Verenigd Koninkrijk bezighoudt met IMVO-gerelateerde procedures.

Door verschillende respondenten wordt aangegeven dat dit soort procedures juist een positief effect kunnen hebben. Zij vormen een incentive voor ondernemingen om het beter te doen en helpen ondernemingen focussen op de UN Guiding Principles. Eén van de respondenten is van mening dat de procedures ervoor gezorgd hebben dat Britse ondernemingen meer concurrerend zijn als zij zakendoen elders, omdat ze beter weten hoe ze hun kosten moeten managen. Hij wijst erop dat er zich een beeld aan het ontwikkelen is dat het managen van mensenrechten-gerelateerde risico's niet gezien moet worden als een extra last, maar als iets dat uiteindelijk leidt tot tijd- en kostenbesparing. Het zet ondernemingen niet aan het denken over elders vestigen, maar wel over manieren om de kosten van activiteiten in gastlanden beter te managen. Volgens een andere respondent zouden concrete voorbeelden waarbij bestuurders in het Verenigd Koninkrijk juridisch worden aangesproken voor normschendingen bij toeleveranciers ervoor kunnen zorgen dat er echt wat gebeurt, ook bij die toeleveranciers, met name als die zouden merken dat dit ook een impact zou hebben op hun bedrijfsvoering.

Zwitserland

Ten aanzien van de vraag of ondernemingen naar de mening van de respondenten bij hun beslissing om zich in Zwitserland te vestigen of daar gevestigd te blijven, ook kijken naar regelgeving en beleid in Zwitserland met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties zijn de meningen verdeeld. Verschillende respondenten zijn van mening dat dit niet speelt of in ieder geval geen grote rol zal spelen zolang Zwitserland op dit punt de EU-lijn volgt. Zwitserland staat bekend om zijn liberale houding ten aanzien van regulering van ondernemingen, hetgeen een aantrekkelijk klimaat creëert met veel beschermde rechten en weinig verplichtingen. Dit is inderdaad een reden voor sommige ondernemingen om zich in Zwitserland te vestigen, maar het is niet te verwachten dat ondernemingen zouden wegtrekken vanwege regelgeving en beleid op IMVO-gebied. Sommige van de respondenten zien een verband in positieve zin, waar IMVO-beleid en -regelgeving in Zwitserland buitenlandse ondernemingen niet afschrikken maar juist ondernemingen aantrekken die er voordeel in zien om geassocieerd te worden met het Zwitserse kwaliteitsmerk. En juist dit zou het soort ondernemingen zijn dat Zwitserland zou moeten willen aantrekken.

Eén van de respondenten geeft aan dat het traditionele argument dat meer regelgeving slecht is voor het vestigingsklimaat vaak genoemd wordt door het Zwitserse bedrijfsleven, zoals dat ook gebeurt met betrekking tot andere onderwerpen, zoals belastingregels. Er zijn echter geen aanwijzingen, zo stelt hij, dat er ook inderdaad ondernemingen zijn weggetrokken uit Zwitserland als gevolg van veranderingen in de belastingregels. Er zijn veel andere factoren die maken dat ondernemingen blijven, zoals hooggekwalificeerde arbeidskrachten, infrastructuur, rechtszekerheid, politieke stabiliteit en stabiliteit op het gebied van regelgeving. Tegelijkertijd bestaat er elders ook al regelgeving die verder gaat op het gebied van IMVO, zoals de Europese transparantierichtlijn. Hij stelt dat er wellicht ondernemingen zijn die zich niet willen houden aan striktere IMVO-normen, maar vraagt zich af of Zwitserland afhankelijk is van dat soort ondernemingen.

Een andere respondent geeft aan dat dit zeker wel iets is dat ondernemingen meenemen bij hun vestigingsbeslissingen. Hij geeft aan dat (I)MVO een trend is, net zoals er trends zijn (geweest) met betrekking tot corporate governance, gezondheid en veiligheid, milieubescherming, duurzaamheid en dat dit soort trends zich vaak vrij snel makkelijk ontwikkelen tot een hele tak van sport, zoals ook gebeurd is met bijvoorbeeld het compliance-thema. Van belang is volgens de respondent echter dat dit soort ontwikkelingen verteerbaar blijven voor ondernemingen, dat zij niet te snel te ver gaan. Er is nu volgens hem een punt bereikt waarop aandeelhoudersvergaderingen van bepaalde grote internationaal opererende ondernemingen voor een heel groot deel over (I)MVO-kwesties gaan en niet meer over financiële resultaten.

De respondent geeft aan dat van belang is dat bij nieuwe regelgevings- of beleidsinitiatieven gekeken wordt of het nog 'verteerbaar' is voor ondernemingen. Volgens hem zou onverteerbaar strikte regelgeving op dit gebied door de Zwitserse overheid inderdaad tot gevolg kunnen hebben dat Zwitserse ondernemingen het land verlaten, waarbij het in verband met hoge liquidatiebelastingen in Zwitserland waarschijnlijk zou gaan om het herlokaliseren van delen van het bedrijf. Ondernemingen zullen volgens de respondent altijd proberen manieren te vinden om te voorkomen dat zij blootgesteld worden aan regelgeving waarvan ze vinden dat die een te grote last met zich brengt. Daarbij merkt hij wel op dat het daarbij veelal gaat om percepties van ondernemingen over de last van regelgeving en dat die percepties soms sterk beïnvloed worden door berichtgeving in de media. Daarin wordt de negatieve impact van regelgeving vaak echter veel meer opgeblazen dan die in werkelijkheid is en blijkt bij nadere bestudering dat het allemaal wel meevalt. Maar soms is de schade, in de zin van de perceptie van slechte regelgeving die een te hoge regeldruk met zich brengt, dan al aangericht.

Ten aanzien van de vraag of IMVO-gerelateerde onderwerpen in algemene zin gezien of ervaren worden als bevorderend of juist als belemmerend voor het Zwitserse vestigingsklimaat wordt door één van de respondenten gesteld dat een voortrekkersrol van Zwitserland op het gebied van IMVO-standaarden – of op het gebied van immigratiecontrole of toezicht op banken – niet iets zou zijn dat ondernemingen zouden zien als iets dat het een specifiek voordeel maakt om gevestigd te zijn in Zwitserland. Verschillende andere respondenten zien een positief verband. Eén van hen merkt op dat er voldoende aanwijzingen dat ondernemingen die IMVO implementeren in hun bedrijfsprocessen daarvoor beloond worden in de aandelenkoersen. Op de lange termijn zal een hogere IMVO-standaard in Zwitserland volgens hem dan ook ondernemingen aantrekken, niet afstoten. In dit kader wordt ook nog opgemerkt dat het voor ondernemingen vooral van belang is dat duidelijk is wat er van hen verwacht wordt; wettelijke regelingen kunnen dan ook voordelen bieden boven beleidsinstrumenten of onduidelijke verwachtingen van overheidswege. Vanuit het bedrijfsleven komen er dan ook geluiden, vooral van MVO-managers, dat IMVO-regelgeving wenselijk kan zijn in dit opzicht en ook om een *level playing field* te creëren, in ieder geval op nationaal niveau.

In dit kader wordt ook nog gewezen op recent onderzoek naar de aantrekkelijkheid van het Zwitserse vestigingsklimaat voor ondernemingen in de grondstoffensector, waarin door de ondervraagde ondernemingen werd aangegeven dat Zwitserland op het moment de beste plaats is om zaken te doen en dat zij niet verwachtten dat dit zou veranderen. Ook in ander verband geven ondernemingen in algemene zin aan dat niet te verwachten is dat de aantrekkelijkheid van het Zwitserse vestigingsklimaat zal veranderen. Eén van de respondenten stelt dat het duidelijk is dat het Zwitserse vestigingsklimaat wel degelijk negatief beïnvloed zou kunnen worden door veranderingen in het belastingstelsel, omdat dat echte grote kosten met zich brengt, maar dat voor alle andere factoren, zoals IMVO-kwesties, geldt dat het slechts één factor uit duizenden is. Een andere respondent stelt dat er wel gesproken wordt over een positief effect van IMVO-beleid en -regelgeving op het Zwitserse vestigingsklimaat, maar dat dit vooral individuele stemmen zijn en zeker niet de meest krachtige stemmen in het debat.

Ten aanzien van de vraag in hoeverre de Zwitserse regering bij overwegingen omtrent de introductie van IMVO-gerelateerde regels of beleidsinstrumenten rekening houdt met de mogelijke impact daarvan op het Zwitserse vestigingsklimaat, wordt aangegeven dat zij hier zeker gevoelig voor is. Eén van de respondenten geeft zelfs aan dat het vestigingsklimaat-argument in deze discussie vaker vanuit de regering opgeworpen wordt dan vanuit de ondernemingen zelf. Verschillende respondenten geven aan dat het standpunt wat dit betreft afhankelijk is van de specifieke persoon aan wie je het vraagt en het departement waarbinnen hij of zij zit. Bij verschillende departementen wordt verschillend gedacht over IMVO als een positieve of negatieve factor in het kader van het vestigingsklimaat. Door één van de respondenten wordt opgemerkt dat er wel geluisterd wordt naar zorgen over het vestigingsklimaat vanuit het bedrijfsleven, maar dat er steeds minder mensen in het parlement en de regering zitten die goed begrijpen hoe het Zwitserse bedrijfsleven werkt en hoe dat (negatief) beïnvloed kan worden door hun regelgeving.

Een andere respondent geeft aan dat de Zwitserse regering onwillig is om standaarden op te leggen aan Zwitserse ondernemingen zonder zeker te weten dat de rest van de wereld zal volgen in het opleggen van soortgelijke standaarden. Zij zal dan ook niet snel geneigd zijn om een *first mover* te zijn in dit opzicht door uit zichzelf bijvoorbeeld een wettelijke verplichting tot het verrichten van IMVO-gerelateerde *due diligence* op te leggen. Zwitserland kijkt altijd naar wat andere landen doen, maar is tegenwoordig meer terughoudend in het spiegelen van ontwikkelingen in bijvoorbeeld de EU. De respondent merkt op dat de regering wel gedwongen kan worden om in actie te komen op dit gebied als gevolg van burgerwetgevingsinitiatieven zoals het initiatief inzake IMVO-gerelateerde verantwoordelijkheid van Zwitserse ondernemingen dat nu speelt. Hij acht het echter onwaarschijnlijk dat men in Zwitserland ver vooruit zou gaan op de rest van de wereld door dit soort IMVO-gerelateerde

verplichtingen op te leggen aan Zwitserse ondernemingen en hen op die manier in feite achter te stellen op ondernemingen elders. Daarbij geeft hij ook aan dat een ontwikkeling in de richting van transparantieregels voor specifieke sectoren dan meer waarschijnlijk zou zijn, aangezien deze minder ingrijpend zijn.

Verschillende andere respondenten wijzen echter tegelijkertijd op de voortrekkersrol die Zwitserland internationaal speelt waar het aankomt op het opleggen van verplichtingen aan private militaire en beveiligingsbedrijven (PMSC's) met betrekking tot hun activiteiten in conflictgebieden. Deze verplichtingen bouwen voort op een internationale gedragscode die Zwitserland samen met de VS en het Verenigd Koninkrijk heeft gelanceerd. Het feit dat Zwitserland hierbij het voortouw heeft genomen vloeit volgens hen voort uit het feit dat er in Zwitserland veel discussie bestond over ondernemingen die zich in Zwitserland vestigden en die in conflictgebieden niet alleen beveiligingsdiensten maar soms zelfs gevechtsdiensten aanboden. Dit ging veel mensen in Zwitserland te ver, aldus de respondenten, en daarom besloot men op nationaal niveau te implementeren wat men op internationaal niveau probeerde uit te dragen op dit gebied. Hier kwam weinig verzet tegen, ook omdat, zo stelt één van de respondenten, de PMSC's zelf niet publiekelijk meededen aan het debat. Daarnaast was er volgens hem zelfs voor de conservatieve partijen geen reden om niet te reguleren, aangezien het gaat om slechts een heel kleine sector binnen Zwitserland. Daarbij speelde naar de mening van de respondent ook een belangrijke rol dat er dus al een internationale (maar niet-verbindende) gedragscode bestond met soortgelijke normen die ook binnen de bedrijfssector zelf veel steun vond.

Een algemeen punt dat in de Zwitserse politiek wel naar voren is gebracht, ook door meer politici uit het midden van het politieke spectrum, is dat het echter ook niet goed is voor Zwitserland om achter te gaan lopen. Zo hebben verschillende politici aangegeven niet goed te begrijpen hoe Zwitserland internationaal in zulke moeilijkheden heeft kunnen komen met betrekking tot het belastingklimaat en de financiële markt, hoe het kan dat Zwitserland met betrekking tot die kwesties niet twee jaar maar tien jaar te laat was met in actie komen. Een belangrijk punt in de Zwitserse politiek op dit moment is dan ook dat Zwitserland een volgende keer niet weer te langzaam moet zijn bij het anticiperen op internationale ontwikkelingen. Zowel vanuit de regering als vanuit de politiek is aangegeven dat de Zwitserse grondstoffensector risico loopt en na de bankensector de volgende sector zou kunnen zijn waar problemen zouden kunnen ontstaan in dit verband. Dit leidt tot het algemene gevoel in Zwitserland dat er een balans gevonden moet worden tussen enerzijds ondernemingen niet afschrikken, maar anderzijds zeker ook niet teveel achterop raken.

Ten aanzien van de vraag in hoeverre IMVO-gerelateerde juridische procedures voor de Zwitserse rechter tegen in Zwitserland gevestigde ondernemingen invloed hebben op het Zwitserse vestigingsklimaat zijn verschillende respondenten van mening dat dit niet een doorslaggevende factor zal zijn. Eén van hen merkt op dat dit niet een kwestie is waar veel over gesproken wordt in Zwitserland, ook omdat er nog geen procedures zijn geweest die tot uitkomsten hebben geleid. Volgens een ander moet er een onderscheid gemaakt worden tussen het aanbrengen van claims en het toewijzen van claims. Het eerste is volgens hem vervelend voor ondernemingen, maar niet echt schadelijk; het laatste zou dat wel kunnen zijn. Hij voegt daaraan toe dat er op dit moment geen risico lijkt te bestaan dat Zwitserse rechter IMVO-gerelateerde vorderingen tegen Zwitserse ondernemingen gaan toewijzen. Tegelijkertijd geeft hij aan dat een gebalanceerde uitspraak als de einduitspraak van de Rechtbank Den Haag in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak wel gewoon geaccepteerd zou worden ook door het Zwitserse bedrijfsleven. Procedures zoals deze, waarin gekeken wordt naar de zorgplichten van moedermaatschappijen in een normale bedrijfsstructuur zijn volgens hem veel minder vergaand en dus minder problematisch dan de aansprakelijkheden van moedermaatschappijen in het kader van bijvoorbeeld Europese antitrust-regelgeving.

Een andere respondent is echter van mening dat IMVO-gerelateerde procedures tegen Zwitserse ondernemingen wel degelijk invloed kunnen hebben in dit opzicht. De Nederlandse Shell Nigeria-zaak laat volgens hem zien dat het makkelijker wordt om dit soort procedures aan te brengen ook in landen als het Verenigd Koninkrijk en Nederland, niet alleen in de VS. Hij stelt dat het bij de beslissing van een onderneming om in een land te blijven of om te herlokaliseren in veel gevallen uiteindelijk neerkomt op de persoonlijke ervaringen van mensen binnen die onderneming. Als bijvoorbeeld bestuurders of algemeen directeurs van ondernemingen persoonlijk aangesproken worden voor de rechter in een civiele of strafprocedure en als zij in dat verband hun eigen naam in de kranten zien staan, dan zullen zij volgens hem sneller geneigd zijn om te zeggen 'laten we vertrekken, hier zitten we niet op te wachten'.

Verder wordt in dit kader opgemerkt door één van de respondenten dat ondernemingen wellicht wel rekening houden met dit soort IMVO-gerelateerde procedures, maar dat het wellicht ook een prikkel kan zijn om *due diligence* te verrichten op dit gebied. Uiteindelijk gaat het er dan om of een onderneming gevestigd wil zijn in een land waar van je verwacht wordt dat je *due diligence* verricht en je het risico loopt dat je erop aangesproken kan worden als er iets misgaat, wellicht een groter risico dan elders, maar waar het investeringsklimaat verder stabiel is, of dat men zich liever ergens wil vestigen waar dat risico niet bestaat. Hoe die afweging gemaakt wordt zal mede afhankelijk zijn van de precieze verplichtingen en het daarmee samenhangende risico op aansprakelijkheid. Ten aanzien van het burgerwetgevingsinitiatief wordt in dit verband opgemerkt dat het ondernemingen de mogelijkheid biedt om aan aansprakelijkheid te ontsnappen als zij kunnen aantonen dat zij adequate *due diligence* verricht hebben.

4.3.4 Synthese

Waar het gaat om factoren die de aantrekkelijkheid van het vestigingsklimaat in een land bepalen, geldt dat in de perceptie van de respondenten de stabiliteit en betrouwbaarheid van het politieke systeem en van het rechtssysteem in alle hier onderzochte landen een zeer belangrijke rol spelen. Daaronder vallen bijvoorbeeld ook factoren als de mate van aanwezigheid van corruptie, kwaliteit van de rechtspraak en consistentie van regelgeving. Daarnaast lijkt het belastingklimaat vrijwel overal één van de meest bepalende factoren te zijn voor het vestigingsklimaat. In vrijwel alle onderzochte landen wordt het belastingklimaat door de respondenten als gunstig omschreven. In Nederland is dat zeker het geval, als gevolg van het feit dat ondernemingen in Nederland vooraf afspraken kunnen maken met de fiscus over het belastbare bedrag op basis van door hen aangeleverde gegevens. In Frankrijk wordt het huidige belastingklimaat omschreven als minder gunstig voor het bedrijfsleven en deze omstandigheid wordt ook wel in verband gebracht met recente herlokalisaties door Franse ondernemingen van afdelingen (directie, financiële divisie) naar nabijgelegen landen.

Andere factoren die vrijwel in alle onderzochte landen een rol spelen, zijn de aanwezigheid van goed opgeleide en capabele arbeidskrachten, arbeidsproductiviteit, infrastructuur en kwaliteit van leven. Factoren die het vestigingsklimaat minder aantrekkelijk maken, verschillen per land. Voorbeelden zijn de ingewikkelde en inflexibele arbeidswetgeving in Frankrijk en het feit dat in het Verenigd Koninkrijk arbeidsregelgeving en anti-corruptiewetgeving slecht gehandhaafd worden ten opzichte van kleine en middelgrote ondernemingen, hetgeen het nationale *level playing field* verstoort. Een interessante factor die twee kanten op kan werken wat de impact op het vestigingsklimaat betreft, is de directe democratie in Zwitserland die de laatste jaren tot een aantal uit burgerwetgevingsinitiatieven voortgekomen regels heeft geleid die als niet gunstig voor het vestigingsklimaat betiteld worden. Verder geldt voor alle van de hier onderzochte landen dat de arbeidskosten er relatief hoog zijn en dat zij daarom op dat vlak niet kunnen concurreren met minder ontwikkelde gastlanden.

Waar het gaat om de invloed van op het vestigingsklimaat van overheidswege opgestelde beleidsinstrumenten en wettelijke regels, lijkt een belangrijke boodschap te zijn dat uiteindelijk niet de striktheid van of veelheid aan regels bepalend is, maar vooral de consistentie van en helderheid van regelgeving. Voor ondernemingen is vooral van belang dat (vooraf) duidelijk is aan welke verplichtingen zij zich precies dienen te houden en dat zij zich een inschatting kunnen maken van de daaraan verbonden kosten. Daarnaast geldt dat regelgeving en beleid in verhouding tot alle andere hiervoor genoemde algemene factoren zeker niet de belangrijkste factor zijn bij het bepalen van de aantrekkelijkheid van een vestigingsklimaat van een land, met uitzondering wellicht van regelgeving op het gebied van het belastingrecht. Uit de interviews komen maar heel weinig voorbeelden naar voren van ondernemingen die daadwerkelijk weg zijn getrokken als gevolg van veranderingen in regelgeving of beleid. Interessant in dit opzicht is nog wel dat enkele recente Zwitserse voorbeelden, waaronder met betrekking tot regulering van het bankwezen, laten zien dat het niet altijd voordelig is om relatief minder strikte regels te hebben, aangezien te lang en te ver achterlopen met regelgeving op een bepaald gebied uiteindelijk kan leiden tot een concurrentienadeel.

Van de drie hier onderzochte rechtsgebieden geldt dat vooral regels op het gebied van het ondernemingsrecht relevant kunnen zijn als één van de factoren die het vestigingsklimaat bepalen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan regels die bepalen aan welke vereisten voldaan moet zijn om een onderneming op te richten of hoe een onderneming ingericht moet zijn. Met name het Zwitserse ondernemingsrecht is relatief liberaal op dit punt; dit wordt genoemd als één van de factoren die het Zwitserse vestigingsklimaat aantrekkelijk maken, alhoewel niet duidelijk is hoe zwaar deze factor uiteindelijk meeweegt in het geheel. Ook het Engelse ondernemingsrecht wordt als gunstig gezien in verband met gemak waarmee een onderneming kan worden opgericht. Een andere factor die in verschillende landen genoemd wordt, waarschijnlijk vooruitblikkend op de invloed van IMVO-gerelateerde regelgeving en -rechtspraak, zijn de mogelijkheden om moedermaatschappijen van (multinationale) concerns aansprakelijk te stellen voor schulden of gedragingen van hun dochtermaatschappijen. In geen van de onderzochte landen wordt melding gemaakt van ruime mogelijkheden op dit gebied die het vestigingsklimaat ongunstig zouden kunnen beïnvloeden.

Het civiele aansprakelijkheidsrecht lijkt als factor veel minder relevant te zijn voor het vestigingsklimaat. Wat in dit verband nog wel genoemd wordt als mogelijk relevante factor is het gemak waarmee aansprakelijkheidsvorderingen ingesteld kunnen worden tegen ondernemingen. In vrijwel alle onderzochte landen bestaat in dit kader het schrikbeeld van de Amerikaanse claimcultuur. Tegelijkertijd bestaan echter in al die landen vrij hoge drempels voor het aanbrengen van aansprakelijkheidsvorderingen en is er bij lange na geen sprake van zgn. 'Amerikaanse toestanden'. Opvallend is overigens dat in het enige hier onderzochte land waar procedurele en praktische drempels voor het aanbrengen van civiele claims in vergelijking minder hoog zijn, namelijk het Verenigd Koninkrijk (zie nader par. 3.5.4), niets wordt gezegd over een eventuele negatieve invloed daarvan op het vestigingsklimaat.

Het strafrecht wordt in geen van de onderzochte landen in verband gebracht met het vestigingsklimaat, met uitzondering wellicht van het positieve effect op het vestigingsklimaat van adequate (handhaving van) anti-corruptiewetgeving. In Duitsland en in Frankrijk hebben recent discussies gespeeld over de wenselijkheid van strafrechtelijke aansprakelijkstelling van rechtspersonen, maar in geen van beide landen lijkt dit tot argumenten met betrekking tot het vestigingsklimaat geleid te hebben. Een mogelijke verklaring voor de omstandigheid dat ondernemingen vrijwel nooit lijken te klagen over de impact van het strafrecht op het vestigingsklimaat is dat dit een ethisch en politiek moeilijk te verkopen argument is. In dit verband wordt overigens door verschillende respondenten de vraag gesteld in hoeverre een land ondernemingen voor wie het vestigingsklimaat mede bepaald wordt door de striktheid van strafrechtelijke wetgeving of handhaving, zou moeten willen aantrekken en/of behouden.

Over de vraag of en in hoeverre regelgeving en beleid met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties iets is dat voor ondernemingen een rol speelt bij hun beslissingen om zich in een land te vestigen of daar gevestigd te blijven, zijn de meningen verdeeld. Het merendeel van de respondenten in de verschillende landen lijkt van mening te zijn dat dit niet een factor is die een rol van betekenis speelt naast alle andere meer algemene factoren die in dit opzicht een veel grotere rol spelen. Zo heeft bijvoorbeeld de Belgische Genocidewet, die internationaal veel kritiek heeft opgeroepen vanwege zijn ongeëvenaard ruime extraterritoriale reikwijdte en die de basis is geweest voor de eerste en enige IMVO-gerelateerde procedure tegen een Belgische internationaal opererende onderneming, nooit geleid tot commentaar over de mogelijke impact ervan op het Belgische vestigingsklimaat. Concrete voorbeelden van ondernemingen die geherlokaliseerd zijn als gevolg van de invoering van nieuwe of striktere IMVO-regelgeving of -beleidsmaatregelen worden door geen van de respondenten genoemd.

Er zijn enkele respondenten die van mening zijn dat IMVO-gerelateerde regelgeving en beleid een negatieve impact kunnen hebben op het vestigingsklimaat. Dit is in ieder geval een argument dat in alle landen in het kader van discussies over dit onderwerp vooral door koepelorganisaties vanuit het bedrijfsleven ter tafel gebracht wordt. Het traditionele argument daarbij is dat meer of striktere IMVO-gerelateerde regels leiden tot meer kosten en dus tot een slechtere concurrentiepositie ten aanzien van ondernemingen uit landen waar die regels niet gelden en dus onwenselijk zijn. Interessant is dat in veel van de hier onderzochte landen op dit punt een verschil van inzicht blijkt te bestaan tussen koepelorganisaties, die een brede achterban moeten vertegenwoordigen van voorlopers én achterlopers op IMVO-gebied, en individuele ondernemingen die zich over dit onderwerp uitspreken, die meestal voorlopers zijn op IMVO-gebied. Deze laatsten staan doorgaans veel minder afwijzend tegenover meer of striktere regelgeving op IMVO-gebied, omdat zij de met de regelgeving in te stellen verplichtingen toch al vrijwillig nakomen en erbij gebaat zijn als het nationale *level playing field* tussen hen en ondernemingen die dat niet doen, hersteld wordt.

De mogelijke invloed van IMVO-gerelateerde regelgeving op het vestigingsklimaat, voor zover daarvan al sprake is volgens de respondenten, kan verschillen al naar gelang de cultuur van een onderneming, het type sector waarbinnen deze opereert en de aard en vorm van de voorgestelde norm. Zo lijken voor internationaal opererende ondernemingen transparantieverplichtingen over het algemeen beter verteerbaar te zijn dan bijvoorbeeld wettelijke zorgvuldigheidsverplichtingen ten aanzien van de gevolgen van de activiteiten voor mens en milieu in gastlanden. Verder wordt gesteld dat regelgeving die een zekere flexibiliteit biedt aan ondernemingen in de manier waarop zij voldoen aan hun verplichtingen, minder snel een negatieve invloed zal hebben op het vestigingsklimaat. Daarnaast is ook van belang dat het in dit opzicht vaak gaat om een perceptie van de invloed van (voorgestelde) regels. Die perceptie is in veel gevallen sterk beïnvloed is door berichtgeving hierover in de media, waarbij incidenten mede door herhaalde berichtgeving worden uitvergroot, terwijl in werkelijkheid de gevolgen van de voorgestelde regel naar alle waarschijnlijkheid wel meevallen.

Kortom, in geen van de onderzochte landen lijkt het beeld te bestaan dat het bestaande reguleringskader met betrekking tot IMVO-gerelateerde onderwerpen nadelig is voor het vestigingsklimaat. Voorstellen tot meer of striktere regelgeving op dit gebied, zoals momenteel spelen in Frankrijk en Zwitserland en recent tot regelgeving hebben geleid in het Verenigd Koninkrijk en in het Zwitserland, roepen doorgaans wel het eerdergenoemde traditionele argument inzake een negatieve impact op het vestigingsklimaat op. Daarbij laat het voorbeeld van de recente Zwitserse wetgeving met betrekking tot de activiteiten van private militaire en beveiligingsbedrijven in conflictgebieden echter zien dat striktere regelgeving soms ook weinig verzet kan oproepen. Reden daarvoor kan zijn dat het wetgeving betreft die voortborduurt op algemeen geaccepteerde internationale richtlijnen, die slechts

een kleine sector betreft en/of die een onderwerp betreft dat zo gevoelig ligt dat de ondernemingen waarop de regelgeving van toepassing is zich niet in het publieke debat willen mengen.

Tegelijkertijd is er in alle hier onderzochte landen ook aandacht voor de mogelijkheid dat regelgeving aangaande IMVO-gerelateerde onderwerpen ook een gunstig effect zouden kunnen hebben op het vestigingsklimaat. Zo is er bijvoorbeeld in het kader van de totstandkoming van de Britse Modern Slavery Act actief gelobbyd door de grotere ondernemingen voor een zo laag mogelijke toepassingsdrempel, met het oog op het nationale *level playing field*. Daarbij geldt dat het, naast ngo's en academici, met name de MVO-managers van grote ondernemingen zijn die de positieve effecten van meer of striktere IMVO-regelgeving zien. Dit biedt voor hen de noodzakelijke mogelijkheden om het onderwerp langs de bedrijfsjuristen en op de agenda van de raad van bestuur te krijgen. In landen als Duitsland en Zwitserland wordt IMVO wel gezien als een mogelijkheid voor *branding* van het nationale bedrijfsleven, dat daarmee internationaal onderscheidend kan zijn.

In alle hier onderzochte landen zijn de nationale regeringen in de perceptie van de respondenten gevoelig voor klachten over de mogelijk nadelige impact van IMVO-gerelateerde regels of beleidsinstrumenten. Daarbij geldt wel overal dat de mate waarin hiernaar geluisterd wordt, van ministerie tot ministerie verschilt. In dit kader speelt ook de politieke samenstelling van de regeringen in de verschillende landen, alsook de aanwezigheid binnen die regeringen van individuele bewindvoerders met ambitie en bevlogenheid op IMVO-gebied, een bepalende rol. Daarnaast worden hier interessante verschillen zichtbaar in de mate waarin en de manier waarop ngo's respectievelijk het bedrijfsleven invloed kunnen uitoefenen binnen het politieke bestel van de verschillende landen. Zo hebben Franse ngo's een bepalende invloed gehad op het totstandkoming van het Franse wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance* en biedt de Zwitserse directe democratie voorstanders van een wettelijke regeling inzake *responsabilité des entreprises* de mogelijkheid om dit eventueel zelfs zonder overheidsinmenging tot stand te brengen.

Verschillen bestaan vooral in de mate waarin regeringen in de verschillende landen internationaal willen optreden als pioniers op het gebied van IMVO-regelgeving en beleid. In landen als Frankrijk en België lijkt hiertoe een sterkere neiging toe te bestaan dan in een land als Zwitserland, waar men over het algemeen huiverig is om voor te lopen op andere landen. Duitsland heeft zich in G7-verband voortvarend opgesteld met betrekking tot het thema ketenbeheer, maar lijkt verder de kat uit de boom te willen kijken en medestanders te willen identificeren alvorens over te gaan tot meer voortvarende actie. In Nederland leidt de overlegcultuur tot minder uitgesproken maar wel pragmatische en creatieve oplossingen, zoals de (I)MVO-convenanten. In het Verenigd Koninkrijk bestaat enerzijds een sterk op vrijwilligheid gerichte benadering van IMVO-kwesties, maar heeft de regering anderzijds het initiatief genomen met het tot stand brengen van de Modern Slavery Act.

Ervaringen uit het verleden hebben juist in Zwitserland een sterk besef doen groeien dat er ook gevaar schuilt in al te ver achterlopen op de rest, hetgeen ervoor zorgt dat men nauwlettend in de gaten houdt wat er in andere landen gebeurt op dit vlak. Ook in de andere onderzochte landen is men er zich van bewust dat achterblijven een concurrentienadeel kan opleveren en worden de ontwikkelingen over de grens nauwlettend in de gaten gehouden. In de landen waar vooruitstrevende wetgevingsinitiatieven zijn aangenomen op IMVO-gebied of daarover gesproken wordt, heerst een sterk bewustzijn van het feit dat er ook in andere landen nagedacht wordt over verdergaande regelgeving op dit gebied en dat standaarden op EU-niveau te zijner tijd weer gelijkgetrokken kunnen worden. Ook Zwitserland houdt de EU-lijn goed in de gaten.

Over de vraag of IMVO-gerelateerde juridische procedures in de hier onderzochte landen een impact kunnen hebben op het vestigingsklimaat zijn de meningen verdeeld. Het merendeel van de

respondenten verwacht niet dat dit soort procedures het verschil zullen maken bij de beslissingen van internationaal opererende ondernemingen of zij zich willen vestigen of gevestigd willen blijven in het betreffende land. Daarbij wordt ook verwezen naar landen als Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk, waar tot dusverre het grootste aantal IMVO-gerelateerde procedures is aangebracht (zie ook hoofdstukken 3 en 5) maar dit niet tot een verslechtering van het vestigingsklimaat lijkt te hebben geleid.

Een aantal respondenten is wel van mening dat dit soort procedures een negatieve invloed kunnen hebben op het vestigingsklimaat, met name ook vanwege de onvoorspelbaarheid ervan. Daarbij kan met name het feit dat een bestuurder of algemeen directeur persoonlijk aansprakelijk gesteld wordt of dreigt te worden in deze context leiden tot een voorkeur voor vertrek naar een ander land bij investeringsbeslissingen. Geen van de respondenten kan echter concrete voorbeelden noemen van ondernemingen die geherlokaliseerd zijn als gevolg van IMVO-gerelateerde juridische procedures of de dreiging daarvan.

Veel van de bedenkingen over de recente (voorstellen tot) IMVO-regelgeving in Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland, hangen samen met zorgen over de aansprakelijkheidsrisico's die hier mogelijk mee gepaard gaan. Hierbij spelen argumenten als rechtszekerheid en calculeerbaarheid van de mogelijke kosten een belangrijke rol, kwesties die moeilijk liggen omdat met name waar het gaat om aansprakelijkheid voor activiteiten van ketenpartners vooralsnog veel onzekerheid bestaat over de vraag wanneer die intreedt en hoe ver die kan gaan. De (voorgestelde) wetteksten bieden op dit punt weinig houvast.

In verschillende landen wordt door respondenten gewezen op de mogelijk positieve gevolgen van juridische procedures, in die zin dat ze sterker gefocust zijn op de UN Guiding Principles, meer concurrerend zijn als ze elders zakendoen en beter zijn in het managen van de kosten van activiteiten in gastlanden. Tegelijkertijd geven zij een duidelijk signaal af enerzijds naar bestuurders in thuislanden en anderzijds naar toeleveranciers in gastlanden dat zorgvuldigheid geboden is omdat een negatieve impact van de activiteiten op mens en milieu daadwerkelijk juridische consequenties kan hebben. Daarnaast wordt gesteld dat een te hoge drempel voor het instellen ervan, mede vanuit het oogpunt van de bescherming van het nationale vestigingsklimaat, tot gevolg zou kunnen hebben dat een land een vrijhaven wordt voor ondernemingen die slecht presteren op IMVO-gebied, een situatie waarvan twijfelachtig is of deze wenselijk is.

4.4 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is verslag gedaan van een literatuurstudie en een empirische studie van de (mogelijke) invloed van (I)MVO-regelgeving en -rechtspraak op het vestigingsklimaat in Nederland en in de vijf andere onderzochte landen (België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland). Door de beperkte opzet van het empirisch deel van het onderzoek naar zorgplichten van ondernemingen in het kader van IMVO, is het uit de interviews te verkrijgen bewijs enkel anekdotisch van aard. Het kwalitatieve empirisch onderzoek geeft dan ook slechts een indicatief beeld van de bij verschillende experts bestaande percepties over de invloed van (I)MVO-gerelateerde regelgeving en rechtspraak op het vestigingsklimaat voor ondernemingen in de betrokken landen.

Het algemene beeld dat uit de literatuurstudie naar voren komt is dat ondanks het feit dat er veel verschillende instrumenten bestaan voor het vaststellen van de concurrentiepositie van landen, er uiteindelijk maar weinig consensus bestaat over de vraag of (I)MVO-gerelateerde regelgeving en –rechtspraak invloed heeft op het vestigingsklimaat, alsmede over de vraag wat nu precies de factoren zijn die het vestigingsklimaat van een land bepalen en hoe deze factoren zich tot elkaar verhouden qua relatieve invloed. Wat uit de literatuurstudie naar voren komt is dat regelgeving invloed heeft op het vestigingsklimaat, maar zeker niet de belangrijkste factor is. Het is veeleer een factor die op de achtergrond meespeelt bij andere meer prominente factoren, zoals het belastingklimaat, de stabiliteit van het rechtssysteem en de betrouwbaarheid van het politieke systeem, hetgeen onder meer bepaald wordt door de mate van afwezigheid van corruptie. Van de drie in deze studie onderzochte rechtsgebieden worden regels op het gebied van het ondernemingsrecht wel in verband gebracht met het vestigingsklimaat, maar regels op het gebied van het civiele aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht niet of in veel mindere mate.
Bestaande studies leveren derhalve weinig bewijs op dat regelgeving met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties een invloed zou kunnen hebben op het vestigingsklimaat. Er bestaan wel onderzoeken naar de invloed van milieuregelgeving op het vestigingsklimaat, maar de uitkomsten daarvan zijn verdeeld. De traditionele aanname is dat er een negatief verband staat tussen beide, dat wil zeggen dat strengere milieuregelgeving een ongunstige uitwerking heeft op het vestigingsklimaat, maar in recentere studies worden ook positieve verbanden aangetoond (strengere milieuregelgeving heeft een positieve invloed op het vestigingsklimaat) alsook het ontbreken van enig verband tussen beide. Het is lastig om de verschillende studies goed met elkaar te vergelijken omdat met uiteenlopende onderzoeksmethoden is gewerkt.

Het algemene beeld dat uit de (beperkt opgezette) empirische studie naar voren komt is dat in de perceptie van de respondenten in alle onderzochte landen soortgelijke factoren een rol spelen bij het bepalen van het vestigingsklimaat. De belangrijkste voorbeelden zijn betrouwbaarheid en stabiliteit van het (rechts)systeem, belastingklimaat, infrastructuur, hooggeschoolde arbeidskrachten en een hoge levensstandaard. Regelgeving is in alle landen met name van belang waar het gaat om belastingen, arbeid en (intellectueel) eigendom. Voor wat betreft de drie hier onderzochte rechtsgebieden wordt het beeld bevestigd dat ondernemingsrecht wel gerelateerd wordt aan het vestigingsklimaat, terwijl dat in veel mindere mate geldt voor het civiele aansprakelijkheidsrecht en nauwelijks voor het strafrecht.

Volgens het merendeel van de respondenten zijn er geen aanwijzingen dat IMVO-gerelateerde regelgeving en beleidsinstrumenten een bepalende factor zijn voor internationaal opererende ondernemingen bij hun investeringsbeslissingen. In algemene zin wordt regeldruk, ook op IMVO-gebied, wel als ongewenst ervaren door ondernemingen aangezien het kosten met zich brengt en dus een mogelijke verslechtering van de internationale concurrentiepositie. Voorts is van belang dat niet zozeer de mate van striktheid van regels over (I)MVO-gerelateerde onderwerpen telt, maar de consistentie, de duidelijkheid en de voorspelbaarheid van deze regels. Het gaat met andere woorden om rechtszekerheid

voor ondernemingen. Hoe duidelijker de regel en hoe overzichtelijker de consequenties ervan, hoe makkelijker het is om de met *compliance* samenhangende kosten in te calculeren. Verder geldt dat er een opvallend verschil van mening bestaat wat betreft de invloed van IMVO-regelgeving op het vestigingsklimaat tussen koepelorganisaties die een bredere achterban van ondernemingen vertegenwoordigen en (bepaalde) individuele ondernemingen. Deze koepelorganisaties dragen vaak een vrij traditionele visie uit ten aanzien van de onwenselijkheid van meer of striktere IMVO-gerelateerde regelgeving, terwijl ondernemingen die zelf al actief stappen zetten op dit gebied doorgaans veel welwillender staan ten opzichte van dit soort regelgeving.

In alle onderzochte landen worden signalen vanuit het bedrijfsleven over de invloed van IMVO-gerelateerde regelgeving op het vestigingsklimaat, in de perceptie van de respondenten, zeer serieus genomen door de respectievelijke nationale regeringen. Er bestaan echter verschillen tussen de onderzochte landen waar het gaat om de bereidheid en de mogelijkheden van ngo's, politici en/of beleidsmakers om internationaal te pionieren met wetgeving en beleid. Volgens het overgrote merendeel van de respondenten hebben IMVO-gerelateerde juridische procedures geen invloed op het vestigingsklimaat. Geen van de respondenten kent concrete voorbeelden van ondernemingen die vertrokken zijn uit landen vanwege (de dreiging van) juridische procedures.

HOOFDSTUK 5 – OVERKOEPELENDE BESCHOUWINGEN

5.1 INLEIDING

Sportschoenen, benzine, koffie, smartphones. Veel van onze dagelijkse producten worden geproduceerd in het buitenland. Soms onder omstandigheden die wij hier in Nederland niet acceptabel zouden vinden. Dit roept ethische, politieke én juridische vragen op. Hoe ver reikt de maatschappelijke verantwoordelijkheid van Westerse ondernemingen die deze producten, veelal tegen lage kosten, laten produceren in minder ontwikkelde gastlanden en hier op de markt brengen? Rust er op hen een verplichting om te voorkomen dat hun eigen activiteiten, of die van hun lokale dochtermaatschappijen of toeleveranciers, resulteren in schade aan mens en milieu in de betreffende gastlanden? En als zulke schade ontstaat, onder welke omstandigheden kunnen deze internationaal opererende ondernemingen daarvoor dan in hun Westerse thuislanden aansprakelijk gesteld worden?

Het concept maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) geeft in de kern de gedachte weer dat ondernemingen bij hun streven naar winst rekening dienen te houden met mens en milieu. Het maatschappelijk, politiek en juridisch debat rond deze kwestie spitst zich met name toe op de vraag of van ondernemingen onder omstandigheden verwacht mag worden dat zij mens- en milieugerelateerde belangen (*people* en *planet*) vóór laten gaan op het ondernemingsbelang (*profit*). Deze kwestie speelt vooral waar het gaat om bedrijfsactiviteiten die door of voor in Westerse landen gevestigde internationaal opererende ondernemingen worden uitgevoerd in gastlanden waar normen op het gebied van arbeid, gezondheid & veiligheid, milieu en mensenrechten minder strikt zijn of minder strikt gehandhaafd worden dan in de thuislanden van de betreffende ondernemingen. Waar het gaat om deze kwestie van maatschappelijk verantwoord ondernemerschap in de internationale context wordt doorgaans gesproken van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen (IMVO).

De vraag rijst in hoeverre er een juridische verplichting bestaat voor internationaal opererende ondernemingen om te voorkomen dat hun activiteiten, of de activiteiten van hun dochtermaatschappijen of ketenpartners, schadelijke gevolgen hebben voor mens en milieu in gastlanden. Als uitgangspunt geldt dat (rechts)personen geacht worden om zich bij hun activiteiten te houden aan de grenzen die gesteld worden door wettelijke regels de gelden in het land waar zijn die activiteiten verrichten. Dat brengt met zich dat de mate waarin zij rekening dienen te houden met de eventuele negatieve impact van bedrijfsactiviteiten op derden in de landen waar zij opereren in beginsel sterk bepaald wordt door het beschermingsniveau voor mens- en milieugerelateerde belangen dat geboden wordt door lokale wettelijke regels en de handhaving daarvan. Daarbij geldt ook dat rechtspersonen in beginsel niet verantwoordelijk zijn voor de activiteiten van andere rechtspersonen, zelfs niet als zij in concern- of ketenverband met elkaar verbonden zijn.

Incidenten zoals het instorten van het Rana Plaza-gebouw in Bangladesh roepen echter maatschappelijk en politiek debat op over de verantwoordelijkheid van Westerse internationaal opererende ondernemingen om bedacht te zijn op mens- en milieugerelateerde risico's die verbonden zijn aan de activiteiten van hun buitenlandse dochtermaatschappijen of ketenpartners in ontwikkelingslanden. Rechtszaken zoals de aansprakelijkheidsprocedure tegen het Nederlandse Shell-hoofdkantoor en haar Nigeriaanse (klein)dochter in verband met olielekkages in de Nigerdelta, verkennen de juridische grenzen van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemerschap. Het draait daarbij telkens om de vraag in hoeverre op grond van geschreven of ongeschreven normen op de betrokken ondernemingen zorgplichten rust(t)en om redelijkerwijs voorzienbare en te vermijden risico's op schade voor derden als gevolg van de bedrijfsactiviteiten te voorkomen of te beperken.

In 2008 werd door John Ruggie, Speciaal Vertegenwoordiger van de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties op het gebied van (internationaal opererende) ondernemingen en mensenrechten, het '*Protect, Respect and Remedy*'-beleidsraamwerk voor bedrijven en mensenrechten uitgebracht. Zoals

de titel al doet vermoeden, rust het beleidsraamwerk op drie pijlers. De eerste pijler ziet op de '*state duty to protect*', de verplichting van staten om bescherming te bieden tegen bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. De tweede pijler ziet op de '*corporate responsibility to respect*', de verantwoordelijkheid van ondernemingen om ervoor te zorgen dat hun activiteiten, of die van hun zakenpartners, geen inbreuk maken op de mensenrechten van derden. De derde pijler ziet op '*access to remedy*', de noodzaak om te voorzien in effectieve remedies voor slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen.

In maart 2011 werden ter operationalisering van het '*Protect, Respect and Remedy*'-beleidsraamwerk de *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* uitgebracht. Daarin worden de verplichtingen van staten en de verantwoordelijkheden van ondernemingen ten aanzien van het voorkomen en redresseren van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen verder uitgewerkt. De UN Guiding Principles zijn verwelkomd door de UN Human Rights Council en hebben internationaal zeer veel bijval gekregen van zowel staten als andere betrokken actoren, waaronder internationale organisaties, ngo's en het bedrijfsleven. Daarnaast hebben zij ook veel navolging gekregen, onder meer in die zin dat zij (deels) over zijn genomen in andere internationale instrumenten zoals de OESO-richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen en de ISO 26000 MVO-richtlijnen. Daarmee zijn zij ook leidend geworden in de bredere context van (internationaal) maatschappelijk verantwoord ondernemen ((I)MVO), waar naast mensenrechten ook onder meer milieu, arbeid en gezondheid & veiligheid centraal staan.

In oktober 2011 werd door de Europese Commissie de strategie 2011-2014 omtrent MVO uitgebracht, waarin de EU-lidstaten onder meer werden opgeroepen tot het opstellen van Nationaal Actieplannen met voorstellen voor de implementatie op lidstaat-niveau van de UN Guiding Principles. Verschillende lidstaten, waaronder Nederland en het Verenigd Koninkrijk, hebben inmiddels gehoor gegeven aan deze oproep; in vele andere lidstaten, waaronder België, Duitsland en Frankrijk, zijn Nationaal Actieplannen in voorbereiding. Ook in verschillende landen buiten de EU, waaronder Zwitserland, wordt gewerkt aan het opstellen van een Nationaal Actieplan. In Nederland stemde de regering in december 2013 in met het door de minister van Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking, minister Ploumen, voorgestelde Nationaal Actieplan Bedrijfsleven en Mensenrechten.

In het Nederlandse Nationaal Actieplan worden onder meer de belangrijkste bevindingen gepresenteerd van interviews en consultatiebijeenkomsten gehouden met vertegenwoordigers van het bedrijfsleven, maatschappelijke organisaties, uitvoeringsorganisaties en andere experts in Nederland. Hieruit blijkt onder meer dat het voor Nederlandse bedrijven niet duidelijk is wat er van hen verwacht wordt qua *due diligence* in het kader van de op hen rustende verantwoordelijkheid om de mensenrechten van derden te respecteren. In dat kader komt ook naar voren dat er geen consensus bestaat over de vraag in hoeverre de zorgplicht van Nederlandse ondernemingen ten aanzien van maatschappelijk verantwoord ondernemen afdoende in de wet is geregeld, dan wel of een nadere explicitering daarvan nodig is.

In dit rapport wordt verslag gedaan van de zoektocht naar antwoorden op de vraag op welke manier en in hoeverre er in de Nederlandse wet en/of jurisprudentie een zorgplicht van Nederlandse vennootschappen ten aanzien van (I)MVO is geregeld dan wel toegepast en in hoeverre de huidige stand van zaken wat dat betreft zich verhoudt tot de UN Guiding Principles en tot de stand van zaken in de ons omringende landen.

Deze probleemstelling is onderverdeeld in zeven onderzoeksvragen:

1. Hoe is geregeld in Nederlandse wetgeving en jurisprudentie en in de Nederlandse Corporate Governance Code dat het bestuur en de Raad van Commissarissen van een Nederlandse vennootschap voorschriften omtrent MVO bij hun afwegingen moeten betrekken?

2. Hoe is de civielrechtelijke aansprakelijkheid van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen voor betrokkenheid van hun buitenlandse dochtermaatschappijen of ketenpartners bij schendingen van MVO-normen geregeld in de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie?
3. Wat zijn de mogelijkheden om via het Nederlandse strafrecht de betrokkenheid van internationaal opererende ondernemingen bij schendingen van extraterritoriaal werkende MVO-normen te redresseren en hoe werkt dit door in het civiele recht?
4. Hoe worden de vragen 1, 2 en 3 beantwoord voor de ons omringende landen België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland?
5. Hoe kunnen de consequenties van deze regelgeving en jurisprudentie voor het vestigingsklimaat van ondernemingen in de genoemde landen worden ingeschat?
6. Hoe verhouden de huidige Nederlandse wetgeving en jurisprudentie zich tot de UN Guiding Principles?
7. Hoe verhouden de huidige Nederlandse wetgeving en jurisprudentie zich tot die in de genoemde landen, in het licht van de bevordering van de '*responsibility to respect*' conform de UN Guiding Principles en in het licht van de mogelijke gevolgen voor het vestigingsklimaat?

Voor de beantwoording van de eerste vier onderzoeksvragen is gebruikgemaakt van beproefde juridische onderzoeksmethoden, bestaande uit onderzoek van relevante regelgeving, jurisprudentie en literatuur.

Daarbij is voor de beantwoording van onderzoeksvraag 1 gekeken naar relevante regelgeving, jurisprudentie en literatuur op het gebied van het Nederlandse ondernemingsrecht. Voor de beantwoording van onderzoeksvraag 2 is gekeken naar relevante regelgeving, jurisprudentie en literatuur op het gebied van het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht, inclusief delen van het in Nederland geldende internationaal privaatrecht en het Nederlandse burgerlijk procesrecht. Voor de beantwoording van onderzoeksvraag 3 is gekeken naar relevante regelgeving, jurisprudentie en literatuur op het gebied van het Nederlandse materiële strafrecht en het Nederlandse strafprocesrecht. Voor de beantwoording van onderzoeksvraag 4 is gekeken naar relevante regelgeving, jurisprudentie en literatuur op het gebied van het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht (inclusief internationaal privaatrecht en burgerlijk procesrecht) en het strafprocesrecht in België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland. Een rechtsvergelijkende studie van het materiële strafrecht in de onderzochte landen viel buiten het bereik van dit onderzoek. Wel zijn twee materieelstrafrechtelijke case studies en een zgn. 'materieelstrafrechtelijk uitstapje' opgenomen met betrekking tot voor Nederland interessante buitenlandse materieelstrafrechtelijke regelingen.

Voor de beantwoording van de vijfde onderzoeksvraag is gebruikgemaakt van een qua opzet beperkte empirische studie. Daarbij zijn in elk van de onderzochte landen semi-gestructureerde interviews afgenomen met verschillende experts op het gebied van (I)MVO-gerelateerde regelgeving en rechtspraak en de invloed daarvan op het nationale vestigingsklimaat. Gezien de beperkte omvang van dit empirisch deel van het onderzoek (26 interviews in totaal, met per land tussen 3 en 5 respondenten met verschillende achtergronden en expertise) kunnen de resultaten van de interviews slechts gezien worden als anekdotisch. Dit kwalitatieve onderzoek biedt slechts een indicatief beeld van de percepties van verschillende experts in de onderzochte landen voor wat betreft de invloed van (I)MVO-regelgeving en -rechtspraak op het nationale vestigingsklimaat. Als zodanig bieden zij een belangrijke aanvulling op en een toets van eerder verrichte studies naar de impact van regelgeving op het vestigingsklimaat en bieden zij daarnaast wellicht een opstapje voor verder onderzoek naar dit onderwerp in de (I)MVO-context.

Conform de nadruk die de laatste jaren niet alleen in Nederland maar ook op EU-niveau en in internationaal verband gelegd wordt op maatschappelijk verantwoord ondernemen in een internationale context, ligt de focus van dit onderzoek op zorgplichten van Nederlandse ondernemingen in het kader van IMVO. Het is juist in deze internationale context, waar het draait om de mogelijke negatieve gevolgen van de activiteiten van in Nederland gevestigde internationaal opererende ondernemingen – of van hun buitenlandse dochtermaatschappijen of ketenpartners – op mens en milieu in gastlanden, dat de meest prangende juridische vragen bestaan rond het bestaan en de reikwijdte van zorgplichten. Voor het civiele aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht geldt daarbij dat in deze internationale context naast vragen naar het bestaan en de omvang van zorgplichten voor ondernemingen, extra vragen rijzen naar de bevoegdheid van nationale rechters en het toepassingsbereik van nationaal recht. Voor zorgplichten op het gebied van het ondernemingsrecht geldt dat weinig onderscheid gemaakt wordt tussen de nationale en de internationale dimensie van MVO; in deze context wordt hier dan ook in beginsel gesproken over (I)MVO.

In het eerste hoofdstuk van dit rapport wordt een schets gegeven van de aanleiding van het onderzoek en van de opzet en afbakening daarvan en wordt het onderzoeksveld kort nader verkend. In het tweede hoofdstuk van dit rapport wordt uitgebreid verslag gedaan van de bevindingen ten aanzien van onderzoeksvragen 1 t/m 3, die zien op de huidige stand van zaken in het Nederlandse recht. In het derde hoofdstuk van dit rapport wordt uitgebreid verslag gedaan van de bevindingen ten aanzien van onderzoeksvraag 4, die ziet op de huidige stand van zaken in het recht van vijf van de ons omringende landen. In het vierde hoofdstuk van dit rapport wordt uitgebreid verslag gedaan van de bevindingen ten aanzien van onderzoeksvraag 5, die ziet op een inschatting van de consequenties van de huidige stand van zaken in het recht van deze landen inzake (I)MVO context op het nationale vestigingsklimaat aldaar op basis van een literatuurstudie en interviews met experts. In dit vijfde hoofdstuk worden op grond van de bevindingen van de eerste vier hoofdstukken antwoorden geformuleerd op onderzoeksvraag 6 (par. 5.2) en onderzoeksvraag 7 (par. 5.3). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een deels vooruitblikkende slotparagraaf (par. 5.4).

5.2 DE JURIDISCHE STATUS QUO IN NEDERLAND IN HET LICHT VAN DE UN GUIDING PRINCIPLES

5.2.1 De UN Guiding Principles

Het *Protect, Respect and Remedy*-beleidsraamwerk voor bedrijven en mensenrechten en de ter operationalisering daarvan opgestelde UN Guiding Principles vormen *soft law*-instrumenten die gezaghebbend zijn en internationaal zeer breed gedragen worden. Zij leggen gedragsnormen vast voor zowel staten als (inter)nationaal opererende ondernemingen met betrekking tot hetgeen van hen verwacht wordt waar het aankomt op het voorkomen en redresseren van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Daarbij roepen zij op zichzelf echter geen juridisch bindende verplichtingen in het leven voor de betreffende normadressaten. Zij bieden een reflectie van bestaande inzichten en juridische verplichtingen en hebben tot doel om de status quo in dat opzicht te vertalen in concrete gedragsnormen, niet om nieuw recht te creëren. Dat betekent ook dat zij op bepaalde punten waar bestaande inzichten vooralsnog uiteenlopen, noodzakelijkerwijs vaag blijven.

Uit de brede aanvaarding van deze instrumenten mag afgeleid worden dat er tot op zekere hoogte internationale consensus bestaat over de gedragsnormen die erin zijn vastgelegd. Uit die gedragsnormen komt een aantal kernpunten naar voren.

Eén daarvan is dat op ondernemingen een verantwoordelijkheid rust om na te gaan of hun activiteiten risico's op mensenrechtenschendingen met zich brengen, om deze risico's zoveel mogelijk te voorkomen of beperken en om eventuele schendingen te verhelpen. Deze *responsibility to respect* geldt ongeacht waar die activiteiten plaatsvinden en kan zich ook uitstrekken tot de eventuele negatieve gevolgen op mensenrechtengebied die via zakelijke relaties van de onderneming rechtsreeks aan haar activiteiten, producten of diensten gelieerd zijn. De schaal en complexiteit van de middelen die een onderneming geacht wordt in te zetten om te voldoen aan haar *responsibility to respect* is daarbij mede afhankelijk van enerzijds de omvang, sector, operationele context, eigendomsverhoudingen en structuur van de onderneming en anderzijds de ernst van de mogelijke mensenrechten-impact van haar activiteiten. Met name bij activiteiten in ingewikkelde operationele contexten, zoals conflictgebieden, waar het risico op medeplichtigheid bij mensenrechtenschendingen door andere actoren hoog is, mag in dit verband veel verwacht worden van ondernemingen.

De *responsibility to respect* is een zelfstandige verantwoordelijkheid die rust op op elke onderneming, ongeacht de lokaal geldende regels in de landen waar zij haar activiteiten verricht of waar haar zakelijke relaties hun activiteiten verrichten. Naleving van lokale wettelijke voorschriften door de onderneming en/of haar zakelijke relaties is dus niet noodzakelijkerwijs voldoende om te voldoen aan de op haar rustende verantwoordelijkheid in dit opzicht. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan de *responbility to respect* meebrengen dat meer van haar vereist is. Daarbij geldt ook dat het gaat om een verantwoordelijkheid om negatieve effecten van de bedrijfsactiviteiten op de mensenrechten van derden te voorkomen. Vrijwillige initiatieven van de onderneming waarmee beoogd wordt om een positieve invloed uit te oefenen op mens en milieu zijn uiteraard toegestaan en welkom, maar doen niet af aan de daar los van staande verantwoordelijkheid om negatieve effecten te voorkomen.

Uit de UN Guiding Principles blijkt duidelijk dat van ondernemingen een proactieve houding verwacht wordt bij het in kaart brengen, het voorkomen en het beperken van de mensenrechtenrisico's die aan hun activiteiten of die van hun zakelijke relaties verbonden zijn en bij het verhelpen van eventuele schendingen. Op ondernemingen rust een verantwoordelijkheid om zich alle inspanningen te getroosten die gezien de bedrijfscontext en de ernst van de aan de activiteiten verbonden mensenrechtenrisico's redelijkerwijs verwacht mogen worden om schendingen te voorzien en te vermijden. Daarnaast wordt verwacht van ondernemingen dat zij deze proactieve houding aannemen niet alleen ten opzichte van

de mogelijke mensenrechtenrisico's die aan hun eigen activiteiten verbonden zijn, maar ook ten opzichte van de mogelijke negatieve gevolgen op mensenrechtengebied die via hun zakelijke relaties rechtsreeks aan hun activiteiten, producten of diensten verbonden zijn. De *responsibility to respect* van een onderneming kan zich dus uitstrekken tot mensenrechtenrisico's die verbonden zijn aan de activiteiten van bijvoorbeeld dochtermaatschappijen of ketenpartners.

In de UN Guiding Principles wordt gestipuleerd dat ondernemingen, conform hun omvang en operationele context, dienen te voorzien in beleidsmaatregelen en procedures om invulling te geven aan hun *responsibility to respect*. Deze omvatten in ieder geval: 1) een beleidscommitment inzake de verantwoordelijkheid om mensenrechten te eerbiedigen; 2) een procedure voor *due diligence* op mensenrechtengebied; 3) procedures gericht op het verhelpen van negatieve gevolgen op mensenrechtengebied die door de bedrijfsactiviteiten veroorzaakt of in de hand gewerkt zijn. De *due diligence*-procedure ziet allereerst op het in kaart brengen, het voorkomen en beperken, alsook – waar nodig – het verhelpen van negatieve effecten van de bedrijfsactiviteiten op de mensenrechten van derden. Daarnaast ziet zij op het afleggen van publieke verantwoording door ondernemingen over het gevoerde beleid ter beperking van negatieve gevolgen op mensenrechtengebied.

De *responsibility to respect* voor ondernemingen wordt in het *Protect, Respect and Remedy*-beleidsraamwerk en de UN Guiding Principles voorafgegaan door de verplichting van staten om bescherming te bieden tegen bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Deze *state duty to protect* ziet in de eerste plaats op het respecteren, beschermen en realiseren van de mensenrechten van personen binnen het grondgebied en/of de jurisdictie van de staat. Om dat te bewerkstelligen dienen passende maatregelen getroffen te worden, in de vorm van effectieve beleidsmaatregelen, wet- en regelgeving en juridische procedures, die erop gericht zijn om mensenrechtenschendingen door private actoren te voorkomen, te onderzoeken, te bestraffen en te verhelpen.

Daarbij wordt onder meer gesteld dat wetgeving met betrekking tot de exploitatie van ondernemingen, zoals het vennootschapsrecht, handvatten moet bieden aan (functionarissen van) ondernemingen voor de eerbiediging van de mensenrechten van derden en hieraan niet in de weg moeten staan. Daarnaast dienen staten ondernemingen van advies te voorzien over passende methoden om de mensenrechten bij al hun activiteiten te respecteren, waaronder *due diligence* procedures, en aan te geven welke resultaten verwacht mogen worden. Tot slot dienen staten ondernemingen aan te moedigen en waar nodig te verplichten om verslag te doen van de manier waarop zij omgaan met de impact van hun activiteiten op de mensenrechten van derden.

Waar het gaat om het bieden van bescherming tegen bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen in het buitenland geldt dat volgens de UN Guiding Principles op staten een verplichting rust om duidelijk kenbaar te maken dat zij van alle ondernemingen binnen hun grondgebied en/of jurisdictie verwachten dat deze de mensenrechten van derden respecteren, ook bij activiteiten die plaatsvinden in het buitenland. Er wordt in deze context dus niet gesproken van een verplichting voor staten om (extraterritoriaal werkende) maatregelen op te leggen ter bescherming van de mensenrechten elders; dergelijke maatregelen worden echter ook niet ontraden of verboden. Gaat het om activiteiten van internationaal opererende ondernemingen in conflictgebieden elders, dan zijn de thuislanden van die ondernemingen volgens de UN Guiding Principles wél gehouden tot het vervullen van een meer actieve rol. In dit kader wordt expliciet melding gemaakt van het belang van civielrechtelijke, administratieve of strafrechtelijke aansprakelijkstelling van ondernemingen die binnen het grondgebied of de jurisdictie van het thuisland opereren en betrokken raken bij ernstige mensenrechtenschendingen in conflictgebieden.

De *responsibility to respect* voor ondernemingen en de *duty to protect* voor staten worden in het *Protect, Respect and Remedy*-beleidsraamwerk en de UN Guiding Principles gecomplementeerd door richtlijnen die zien op de noodzaak om te voorzien in effectieve remedies voor slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Bij het realiseren van *access to remedies* is enerzijds een rol weggelegd voor ondernemingen, die in het kader van hun *responsibility to respect* geacht worden te voorzien in effectieve klachtenmechanismen op operationeel niveau. Anderzijds ligt hier een rol voor staten, die in het kader van hun *duty to protect* geacht worden bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen te onderzoeken, te bestraffen en verhaal en/of herstel te bieden voor degenen die binnen hun grondgebied en/of jurisdictie getroffen worden door bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Zij dienen daartoe onder meer adequate toegang te garanderen voor deze slachtoffers tot gerechtelijke en buitengerechtelijke klachtenmechanismen.

Specifiek met betrekking tot de gerechtelijke klachtenmechanismen wordt bepaald dat staten maatregelen dienen te treffen om de effectiviteit daarvan te waarborgen bij het bieden van herstel en/of verhaal aan slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Daarbij dienen zij er onder meer voor te zorgen dat er geen juridische, praktische of andere barrières bestaan die de gang naar de rechter beletten in legitieme zaken waar rechtsmiddelen essentieel zijn voor het verkrijgen van herstel en/of verhaal. Dergelijke barrières hangen veelal samen, aldus de UN Guiding Principles, met de ongelijkheid der wapenen tussen partijen bij gerechtelijke procedures in deze context waar het gaat om financiële middelen, toegang tot informatie en expertise. Daarbij dient extra aandacht te zijn voor de specifieke behoeften in dit opzicht van personen uit kwetsbare en gemarginaliseerde bevolkingsgroepen.

Als mogelijke juridische barrières worden in dit opzicht genoemd: 1) een verdeling van civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid tussen ondernemingen in concernverband die het ontlopen van verantwoordelijkheid in de hand werkt; 2) geen toegang tot de rechter in het thuisland, ongeacht de gegrondheid van de vordering, voor eisers die in het gastland geconfronteerd worden met rechtsweigering; 3) de achterstelling wat juridische bescherming betreft van de mensenrechten voor bepaalde bevolkingsgroepen.

Als mogelijke praktische barrières worden in dit opzicht genoemd: 1) hoge kosten voor het instellen van een vordering, welke kosten niet beperkt kunnen worden via bijvoorbeeld overheidssteun of marktmechanismen; 2) problemen voor eisers bij het verkrijgen van vertegenwoordiging in rechte als gevolg van een gebrek aan financiële middelen of andere prikkels voor advocaten om dit soort zaken op zich te nemen; 3) belemmering van effectief herstel en/of verhaal voor individuele eisers als gevolg van onvoldoende mogelijkheden voor voeging van vorderingen of procesvoering door belangenbehartigers; 4) onvoldoende middelen, expertise en steun voor openbare aanklagers om onderzoek te doen naar de betrokkenheid van (rechts)personen bij misdrijven die zijn gerelateerd aan mensenrechtenschendingen.

Hoewel het *Protect, Respect and Remedy*-beleidsraamwerk en de UN Guiding Principles als gevolg van hun *soft law*-karakter zoals gezegd op zichzelf geen juridisch verbindende verplichtingen in het leven roepen voor staten of voor ondernemingen, kan aan de daarin vastgelegde gedragsnormen desalniettemin onder omstandigheden toch een verplichtend karakter toekomen.

Allereerst zijn zij deels afgeleid uit bestaande mensenrechtenverdragen die voor de aangesloten staten een verbindend karakter hebben en hen doorgaans verplichten om nationale wetgeving op te stellen die bescherming biedt tegen mensenrechtenschendingen, ook door private actoren zoals ondernemingen. Ook hebben zij aanleiding gegeven tot pogingen om te komen tot een juridisch bindend internationaal verdrag op het gebied van bedrijven en mensenrechten, alhoewel de totstandkoming daarvan vooralsnog onzeker is. Daarnaast zijn zij overgenomen in verschillende andere internationale

soft law-instrumenten, waarvan sommige een sterker verbindend karakter hebben en/of een bredere reikwijdte wat betreft de te beschermen belangen. Een voorbeeld zijn de OESO-richtlijnen, die het bredere palet aan IMVO-gerelateerde kwesties bestrijken en in het kader waarvan Nationaal Contactpunten zijn opgericht waar klachten kunnen worden ingediend over niet-naleving. Nationale en internationale organisaties, zoals Transparency International, monitoren de naleving van bepaalde OESO-richtlijnen door aangesloten landen en rapporteren daarover. Tezamen kunnen deze internationale *soft law*-instrumenten weer een basis of inspiratie bieden voor meer verbindende internationale verplichtingen, zoals de recente EU-richtlijn die een rapportageverplichting bevat ten aanzien van niet-financiële prestatie-indicatoren.

Op nationaal niveau hebben de UN Guiding Principles als basis van of ter inspiratie gediend voor verschillende recente wetsinitiatieven. Voorbeelden zijn, het in Frankrijk voorliggende wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance* voor bepaalde grote Franse ondernemingen ten aanzien van mens en milieu in gastlanden en het Zwitserse burgerwetgevingsinitiatief inzake een *responsabilité des entreprises* jegens mens en milieu in gastlanden (zie hierover nader par. 5.3). Een ander voorbeeld is de recente Engelse Modern Slavery Act die mede ziet op arbeidsuitbuiting in de productieketen. Hoewel deze Modern Slavery Act vooral uitvoering beoogt te geven aan andere internationale rechtsinstrumenten, past deze wet wel bij de gedachten vervat in de UN Guiding Principles. Daarnaast zullen de UN Guiding Principles naar verwachting een belangrijke rol gaan spelen in (toekomstige) juridische procedures tegen internationaal opererende ondernemingen naar aanleiding van schade aangericht aan mens en milieu in gastlanden, als aanknopingspunten bij de invulling van op ongeschreven zorgvuldigheidsnormen gebaseerde zorgplichten voor ondernemingen. Tot slot krijgen zij een meer verplichtend karakter als gevolg van het gebruik ervan door ondernemingen zelf in contracten met toeleveranciers en andere ketenpartners, in (I)MVO-gedragscodes en in publieke uitlatingen.

5.2.2 (I)MVO-gerelateerde verplichtingen en de mogelijkheden tot handhaving daarvan op het gebied van het Nederlandse ondernemingsrecht

In het kader van deze studie is onder meer onderzocht hoe in de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie en in de Nederlandse Corporate Governance Code geregeld is dat bestuurders en commissarissen van Nederlandse vennootschappen voorschriften omtrent (I)MVO moeten betrekken bij hun taakuitoefening. In algemene zin geldt in Nederland, net als elders, dat van (functionarissen van) ondernemingen verwacht wordt dat zij opereren binnen de grenzen gesteld door het recht in de landen waar zij actief zijn. Bevatten de lokaal geldende wettelijke normen bepalingen die van toepassing zijn op (functionarissen van) ondernemingen en die zien op de bescherming van mens en milieu, dan zullen deze in beginsel nageleefd moeten worden. Hoewel dit uitgangspunt al veel langer bestaat, wordt in dit verband de laatste decennia veelal gesproken van (*regulatory*) *compliance*.

Gaat het om vennootschapsrechtelijke verplichtingen van bestuurders en commissarissen van een Nederlandse vennootschap (dat wil zeggen een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap die haar statutaire zetel in Nederland heeft), dan geldt op grond van de in Nederland geldende regels van internationaal privaatrecht dat deze in beginsel beheerst worden door de Nederlandse bepalingen van vennootschapsrecht. Op grond daarvan geldt dat bestuurders en commissarissen zich bij hun taakuitoefening dienen te richten op het vennootschapsrechtelijk belang. Dit houdt in dat van hen verwacht wordt dat zij zich primair bezighouden met het bevorderen van het bestendige succes van de aan de vennootschap verbonden onderneming. Daarbij dienen zij zorgvuldigheid te betrachten ten aanzien van de kenbare belangen van al degenen die bij de aan de vennootschap verbonden onderneming betrokken zijn. In het Nederlandse *stakeholder*-model gaat het daarbij niet alleen om de belangen van de aandeelhouders (alhoewel die wel voorop staan), maar kan het afhankelijk van de

omstandigheden ook gaan om de belangen van bijvoorbeeld werknemers, toeleveranciers of maatschappelijke groeperingen.

Op grond van het Nederlandse vennootschapsrecht bestaat geen algemene verplichting voor bestuurders en commissarissen om rekening te houden met nog verder buiten de onderneming gelegen 'externe' belangen, zoals de mens- en milieugerelateerde belangen van derden uit gastlanden. Noch in de wet noch in de rechtspraak bestaan aanknopingspunten voor de gedachte dat het heersende leer zou zijn dat er vennootschapsrechtelijke zorgplichten bestaan voor bestuurders en commissarissen ten aanzien van de belangen van buitenvennootschappelijke derden, zoals leveranciers, bewoners van bepaalde gebieden en (I)MVO-stakeholders. Zij dienen zich in het kader van hun taakuitoefening primair te richten naar het belang van de vennootschap. Dit is slechts anders wanneer een verplichting om rekening te houden met dergelijke belangen voortvloeit uit de wet of uit de statuten van de vennootschap, of indien het in het belang van de onderneming is om daarmee wel rekening te houden. Van dit laatste kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer te verwachten is dat het schenden van dergelijke belangen zou kunnen leiden tot kostbare aansprakelijkheidsclaims en/of aanzienlijke reputatieschade.

In de Nederlandse Corporate Governance Code, die van toepassing is op Nederlandse beursvennootschappen, wordt bepaald dat het bestuur van de vennootschap verantwoordelijk is voor de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen. In het jaarverslag dient melding gemaakt te worden van de wijze waarop hieraan door het bestuur aandacht besteed is en voor zover dat niet gebeurd is, waarom niet (*comply or explain*). Het bestuur is voorts verantwoordelijk voor *compliance* door de vennootschap en adequate interne risicobeheersings- en controlesystemen. Het toezicht van de Raad van Commissarissen op het bestuur omvat onder meer de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen. De MVO-gerelateerde gedragsnormen uit de Corporate Governance Code zijn relatief vaag en roepen op zichzelf geen bindende juridische verplichtingen in het leven. Zij kunnen echter wel doorwerken in open normen op het gebied van het vennootschapsrecht en daarbuiten.

Op het gebied van de externe verslaglegging geldt naar huidig recht dat grote rechtspersonen een jaarverslag dienen op te maken waarin, indien noodzakelijk voor een goed begrip van de ontwikkeling van de onderneming, naast financiële ook niet-financiële prestatie-indicatoren vermeld dienen te worden, waaronder milieu- en personeelsaangelegenheden. Daarnaast zullen op grond van de EU-richtlijn niet-financiële informatie bepaalde grote ondernemingen vanaf 2017 ook dienen te rapporteren over hun bedrijfsbeleid ten aanzien van ten minste milieu-, sociale en personeelsaangelegenheden, mensenrechten en de bestrijding van corruptie en omkoping. Verder dienen zij te rapporteren over de resultaten van dat bedrijfsbeleid, alsook over de voornaamste risico's op deze terreinen en de beheersing daarvan. Daarbij geldt dat deze informatie verstrekt moet worden in de mate waarin dit noodzakelijk is voor een goed begrip van de ontwikkeling, de resultaten en de positie van de onderneming, alsmede van de effecten van haar activiteiten. Deze rapportageplicht is vormvrij en kent ten aanzien van de inhoud een '*comply or explain*'-principe; ondernemingen die geen beleid voeren met betrekking tot deze aangelegenheden, dienen duidelijk en gemotiveerd toe te lichten waarom niet.

De hier genoemde vennootschapsrechtelijke verplichtingen gelden in beginsel jegens de vennootschap en de direct daarbij betrokkenen (waaronder bijvoorbeeld de aandeelhouders). Houden bestuurders of commissarissen zich niet aan de in het kader van hun taakuitoefening op hen rustende verplichtingen, dan kunnen zij daardoor in beginsel slechts door deze partijen aangesproken worden wegens onbehoorlijke taakvervulling. Hier ligt vooral een rol voor eventuele 'activistische (IMVO-)aandeelhouders', alhoewel de meeste mogelijkheden in dit verband voorbehouden zijn aan (groepen) aandeelhouders die een bepaald deel van het geplaatst kapitaal vertegenwoordigen. Alleen dan zullen zij voldoende impact en invloed kunnen hebben. Derden die schade lijden als gevolg van mens- en

milieugerelateerde normschendingen door (functionarissen van) ondernemingen hebben echter in beginsel zelf geen toegang tot de ondernemingsrechtelijke handhavingsmechanismen. Zij zullen gebruik moeten maken van het onrechtmatigedaadsrecht om bestuurders of commissarissen aan te spreken voor nadeel toegebracht aan mens en milieu als gevolg van beslissingen die zij in het kader van hun taakuitoefening genomen hebben. Gaat het daarbij om gedragingen die in het maatschappelijk verkeer te gelden hebben als gedragingen van de vennootschap, dan kunnen deze worden toegerekend aan de vennootschap en zal het dus in veel gevallen in de rede liggen om niet de individuele functionarissen, maar de vennootschap zelf aan te spreken.

Waar het gaat om de handhaving van transparantieverplichtingen is op grond van de huidige Nederlandse bepalingen omtrent het jaarrekeningenrecht onder meer een rol weggelegd voor aandeelhouders en investeerders. Zij hebben de mogelijkheid om bestuurders van een Nederlandse vennootschap aansprakelijk te stellen voor eventuele schade die zij hebben geleden als gevolg van het feit dat in het jaarverslag een misleidende voorstelling is gegeven van de toestand van de vennootschap. Daarnaast kan de Ondernemingskamer op vordering van belanghebbenden (waaronder aandeelhouders, ondernemingsraad en vakbonden maar ook bijvoorbeeld concurrenten, crediteuren en belangenorganisaties) die van mening zijn dat het jaarverslag niet aan de wettelijke vereisten voldoet, bepalen dat het wordt ingericht volgens zijn aanwijzingen. Daarnaast kan, vanwege de strafbaarstelling van schending van transparantieverplichtingen via de Wet op de Economische Delicten, het Nederlandse openbaar ministerie strafvervolging instellen wegens niet-naleving van deze verplichtingen. Omdat het hier slechts een overtreding betreft zullen de belangen bij vervolging echter minder groot zijn en zal een uiteindelijke veroordeling niet een sterk normerend effect hebben.

Ten slotte is in dit kader nog van belang om te vermelden dat waar het gaat om concernverhoudingen, het uitgangspunt is dat dochtermaatschappijen gescheiden rechtspersonen zijn ten opzichte van de moedermaatschappij en zelfstandige dragers van rechten en verplichtingen. Naar Nederlands recht bestaat geen wettelijke concernleidingsplicht voor de moeder. Uit de Nederlandse rechtspraak blijkt wel dat de taak van het bestuur van de moeder zich onder omstandigheden kan uitstrekken tot concernvennootschappen. Daaruit wordt door sommigen een concernleidingsplicht afgeleid voor (het bestuur van) de moedermaatschappij. Als een dergelijke plicht al kan worden aangenomen dan zal deze in beginsel echter slechts verplichtingen scheppen jegens de dochtermaatschappij en niet jegens met de dochter in verbinding staande derden. Stelt de moeder een geconsolideerde jaarrekening op, dan moet daarin zo nodig ook melding gemaakt worden van niet-financiële prestatie-indicatoren die betrekking hebben op de bedrijfsvoering van haar dochtermaatschappijen.

De moeder is in beginsel niet aansprakelijk voor schulden of gedragingen van haar dochtermaatschappijen. Er bestaan een aantal wettelijke uitzonderingen op dit uitgangspunt voor bijzondere gevallen, die met name zien op situaties van faillissement van de dochtermaatschappij. Daarbuiten wordt doorbraak van aansprakelijkheid in concernverband in de Nederlandse rechtspraak slechts bij zeer hoge uitzondering aanvaard. In rechtspraak op basis van het civiele aansprakelijkheidsrecht wordt wel aangenomen dat op een moedermaatschappij onder omstandigheden een zelfstandige zorgplicht kan rusten jegens bijvoorbeeld crediteuren van een dochtermaatschappij. Deze mogelijkheid dient echter onderscheiden te worden van het ondernemingsrechtelijke leerstuk van doorbraak van aansprakelijkheid omdat zij geen inbreuk inhoudt op de ondernemingsrechtelijke uitgangspunten van gescheiden rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid.

5.2.3 IMVO-gerelateerde verplichtingen en de mogelijkheden tot handhaving daarvan op het gebied van het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht

In het kader van deze studie is ook onderzocht hoe de civielrechtelijke aansprakelijkheid van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen voor hun betrokkenheid bij schendingen van (I)MVO-normen, veelal via buitenlandse dochtermaatschappijen of ketenpartners, geregeld is in de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie. Zoals hiervoor gesteld zullen derden in beginsel moeten terugvallen op het onrechtmatigedaadsrecht om (functionarissen van) ondernemingen aan te spreken voor nadeel toegebracht aan mens en milieu in het kader van activiteiten die door of voor hen verricht worden in gastlanden.

Wordt een civiele aansprakelijkheidsprocedure inzake in het buitenland gepleegde (hierna: extraterritoriale) MVO-normschendingen ingesteld tegen een rechtspersoon die zijn statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging in Nederland heeft (hierna: Nederlandse internationaal opererende onderneming), dan dient de Nederlandse rechter zich bevoegd te verklaren om te oordelen over die vordering, ook al heeft deze aanknopingspunten met meerdere landen. Bij uitzondering kan de Nederlandse rechter zich ook bevoegd verklaren ten aanzien van een vordering tegen bijvoorbeeld een in het gastland gevestigde dochtermaatschappij of ketenpartner van een Nederlandse internationaal opererende onderneming. Voorbeelden zijn de situatie dat de vordering tegen de buitenlandse onderneming nauw samenhangt met een vordering tegen een Nederlandse onderneming en de situatie dat de eisers in het gastland geen toegang hebben tot de rechter. Daarnaast is de Nederlandse rechter ook bevoegd als de partijen in onderlinge overeenstemming besluiten hun zaak aan hem voor te leggen.

De Nederlandse rechter dient een civiele aansprakelijkheidsvordering tegen een Nederlandse internationaal opererende onderneming inzake schade aangericht aan mens en milieu in een gastland op grond van het in Nederland geldende internationaal privaatrecht in beginsel te beoordelen op basis van de regels omtrent civiele aansprakelijkheid die gelden in het gastland. Nederlands aansprakelijkheidsrecht komt alleen in specifieke gevallen voor toepassing in aanmerking in dit soort procedures, bijvoorbeeld als de procedure ziet op (letsel- of vermogensschade als gevolg van) milieuschade in het gastland die het gevolg is van schadeveroorzakende gedragingen die geheel of gedeeltelijk plaats hebben gevonden in Nederland. Meer in algemene zin moet de Nederlandse rechter sowieso rekening houden met veiligheids- en gedragsnormen die gelden op de plaats(en) van de schadeveroorzakende gedragingen. Verder moet hij voorrang geven aan eventuele Nederlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht die op de in het geding zijnde situatie van toepassing zijn en is het daarnaast ook mogelijk dat de partijen in onderlinge overeenstemming Nederlands recht als het toepasselijke recht aanwijzen. In uitzonderingsgevallen kan hij de buitenlandse bepalingen (deels) buiten toepassing laten als toepassing ervan strijd zou opleveren met fundamentele normen en waarden binnen de Nederlandse rechtsorde.

Op grond van het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht kan een Nederlandse internationaal opererende onderneming in beginsel aansprakelijk gesteld worden voor schendingen van wettelijke normen of van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen die zien op de bescherming van mens en milieu, ongeacht waar die schendingen plaatsvinden. In veel gevallen zal het daarbij gaan om de vraag of er op de onderneming een zorgplicht rustte jegens derden wiens mens- en milieugerelateerde belangen mogelijk nadelig beïnvloed konden worden als gevolg van de door haar verrichte activiteiten. Daarbij kan het ook gaan om een zorgplicht in verband met risico's op schade die samenhangen met activiteiten die niet door de onderneming zelf verricht worden, maar bijvoorbeeld door een dochtermaatschappij of een ketenpartner. Zo blijkt bijvoorbeeld uit jurisprudentie in de financiële sfeer dat op een moedermaatschappij een zorgplicht kan rusten jegens crediteuren van haar dochter. Een dergelijke

zelfstandige zorgplicht van de moeder is niet strijdig met de ondernemingsrechtelijke beginselen van gescheiden rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid.

De rechter beoordeelt achteraf en in het licht van de feiten en omstandigheden van het concrete geval of het risico op nadeel voorzienbaar en vermijdbaar had kunnen zijn voor de aangesproken onderneming en in hoeverre met het oog op de grootte van het risico en de ernst van de mogelijke schade van haar verwacht had mogen worden dat zij voorzorgsmaatregelen zou treffen om deze te voorkomen. Aanknopingspunten voor de mate van zorgvuldigheid die van de onderneming verwacht had mogen worden kunnen bijvoorbeeld voortvloeien uit relevante wettelijke bepalingen, jurisprudentie, rechtsbeginselen, richtlijnen, gebruiken en gedragscodes. Daarbij kan dus bijvoorbeeld ook betekenis toekomen aan *soft law*-instrumenten zoals de UN Guiding Principles en aan IMVO-gerelateerde richtlijnen die de laatste jaren voor steeds meer sectoren opgesteld zijn en ook aan IMVO-bepalingen in gedragscodes die door veel ondernemingen zelf vastgesteld zijn.

Het is in beginsel aan de eisende partij om te stellen en waar nodig te bewijzen dat de gedaagde onderneming zich schuldig heeft gemaakt aan een schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm of een wettelijke norm die ziet op de bescherming van de mens- en milieugerelateerde belangen van de eisers en dat zij als gevolg daarvan schade hebben geleden. Uit geschreven of ongeschreven rechtsregels of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid kan onder omstandigheden een afwijkende bewijsrisicoverdeling voortvloeien. Dit kan van groot belang zijn bij aansprakelijkheidsprocedures tegen Nederlandse internationaal opererende ondernemingen inzake extraterritoriale MVO-normschendingen, aangezien (potentiële) eisers doorgaans veel minder toegang zullen hebben tot relevante kennis, informatie en bewijsstukken dan de gedaagde ondernemingen. Daarbij speelt ook een rol dat het Nederlands burgerlijk procesrecht slechts beperkte mogelijkheden biedt tot het verkrijgen van inzage in bewijsstukken die in handen zijn van de wederpartij of van derden.

Nederlandse rechters zijn de afgelopen jaren tweemaal geconfronteerd met civiele aansprakelijkheidsprocedures waarin Nederlandse internationaal opererende ondernemingen civielrechtelijk aansprakelijk gesteld werden voor schade aangericht aan mens en milieu in gastlanden. Desondanks bestaat er vooralsnog geen jurisprudentie op basis van Nederlands civiel aansprakelijkheidsrecht waarin de zorgplichten van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen jegens mens en milieu in gastlanden verder uitgewerkt worden. De meest recente rechtszaak is een procedure tegen oliehandelaar Trafigura, die is ingesteld door Ivoriaanse slachtoffers van het afvaldumpingsincident met de Probo Koala. Deze procedure is momenteel in behandeling bij de rechtbank Amsterdam en heeft nog niet tot rechtelijke uitspraken geleid. De andere rechtszaak betreft een aantal vorderingen van Nigeriaanse boeren en de Nederlandse ngo Milieudefensie tegen het in Nederland gevestigde Royal Dutch Shell en haar Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappij in verband met olielekkages in de Nigerdelta. In deze laatste zaak is in januari 2013 een einduitspraak gewezen door de Rechtbank Den Haag, maar hierin werd de aansprakelijkheidskwestie niet beoordeeld op grond van Nederlands aansprakelijkheidsrecht. De zaak ligt nu in hoger beroep voor aan het Hof Den Bosch.

Verschillende elementen van de Nederlandse Shell Nigeria-zaak werden wel beoordeeld op grond van Nederlands recht, waaronder de vraag naar de bevoegdheid van de rechtbank om kennis te nemen van zowel de vorderingen tegen de Nederlandse Shell-moedermaatschappij als de vorderingen tegen haar Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappij. Over het eerste bestond geen verschil van mening, gezien de uit Europese recht voortvloeiende hoofdregel dat de Nederlandse rechter bevoegd is ten aanzien van vorderingen tegen ondernemingen die hun statutaire zetel, hoofdkantoor of hoofdvestiging in Nederland hebben. Over het laatste bestond wel verschil van mening, aangezien het daarbij ging om vorderingen waarvan de belangrijkste connectie met de Nederlandse rechtsorde gelegen was in de band van de Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappij met haar Nederlandse moeder. Desondanks werd door de

rechtbank bevoegdheid aangenomen ook over deze vorderingen, op grond van hun nauwe verbondenheid met de vorderingen tegen de Nederlandse moedermaatschappij, die naar het oordeel van de Rechtbank een gezamenlijke behandeling om redenen van doelmatigheid rechtvaardigde. Het verweer van de gedaagde ondernemingen dat de vorderingen tegen de moeder op voorhand kansloos waren en slechts ingesteld waren om rechtsmacht te creëren over de vorderingen tegen de dochter, werd door de Rechtbank verworpen.

Over deze bevoegdheidskwestie, die ook in hoger beroep een belangrijk twistpunt is, werd in december 2015 door het Gerechtshof Den Haag in een tussenarrest uitspraak gedaan. Daarin bepaalde het Hof, in lijn met de eerdere uitspraak van de rechtbank, dat het bevoegdheid kon aannemen over de 'ankervorderingen' tegen de in Nederland gevestigde moedermaatschappij van het Shell-concern, alsook over de nauw daarmee samenhangende vorderingen tegen haar in Nigeria gevestigde (klein)dochtermaatschappij. Ook het Hof verwierp daarbij het verweer van gedaagden dat er sprake zou zijn van 'evident kansloze' vorderingen tegen de moedermaatschappij en een daarmee samenhangend misbruik van procesrecht. Datzelfde geldt voor de tegenwerping dat het voor de dochtermaatschappij niet voorzienbaar zou zijn geweest dat zij voor een andere dan de Nigeriaanse rechter c.q. voor de Nederlandse rechter zou worden gedagvaard. Tot slot maakt het Hof nog duidelijk dat de eenmaal aangenomen bevoegdheid over de vorderingen tegen die dochtermaatschappij niet komt te vervallen als in een later stadium van de procedure de 'ankervordering' (de vordering tegen de moedermaatschappij) ongegrond blijkt te zijn.

Een ander belangrijk twistpunt dat ook opnieuw aan de orde gesteld werd is of en in hoeverre aan de eisers inzage verstrekt zou moeten worden in interne Shell-documenten met betrekking tot onder meer onderhoud en controle van de lekkende pijpleidingen en het interne beleid en bevoegdheden van de moedermaatschappij ten aanzien van (de activiteiten van) haar Nigeriaanse (klein)dochter. Hun verzoeken daartoe werden door de Rechtbank in eerste aanleg grotendeels afgewezen, mede omdat de eisers volgens de Rechtbank verschillende van de stellingen waartoe de opgevraagde stukken als bewijs zouden moeten dienen, onvoldoende onderbouwd hadden. Een beroep van de eisers op het uit art. 6 EVRM voortvloeiende '*equality of arms*'-beginsel werd afgewezen omdat volgens de Rechtbank onvoldoende gesteld of gebleken was van de buitengewone omstandigheden die vereist zijn voor het slagen van een dergelijk beroep. Het Gerechtshof gaf op dit punt de voorkeur aan deskundigenonderzoek van de pijpleidingen over verdere inzage voor de eisers in documenten met betrekking tot het onderhoud van de pijpleidingen, maar wees wel enkele van de vorderingen van de eisers toe tot inzage in documenten inzake de interne (milieu)beleidsvoering en organisatie van de gedaagde ondernemingen.

In de volgende fase van de procedure bij het Hof zal de aansprakelijkheidskwestie zelf opnieuw aan de orde komen, waarbij het net als in eerst aanleg zowel gaat om de vraag naar aansprakelijkheid van de Nederlandse moedermaatschappij, als om de vraag naar aansprakelijkheid van haar Nigeriaanse (klein)dochter. De rechtbank wees in haar eindvonnis van januari 2013 op grond van het toepasselijke Nigeriaanse aansprakelijkheidsrecht het merendeel van de vorderingen tegen de dochtermaatschappij af. Daarbij speelde een belangrijke rol dat de rechtbank op grond van het aan haar voorgelegde bewijsmateriaal ervan uitging dat de lekkages veroorzaakt waren door sabotage en niet door achterstallig onderhoud, zoals door de eisers was betoogd. Eén van de vorderingen werd echter toegewezen, omdat de rechtbank van mening was dat de dochtermaatschappij in dat geval onvoldoende gedaan had om het risico op sabotage te beperken en dus aansprakelijk was voor de als gevolg daarvan ontstane schade. Alle vorderingen tegen de moedermaatschappij werden in het licht van de gestelde feiten en omstandigheden afgewezen door de rechtbank. Reden hiervoor was dat er volgens de rechtbank geen sprake was van bijzondere omstandigheden die een uitzondering rechtvaardigden op

het naar Nigeriaans (en Engels) aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat geen algemene zorgplicht bestaat om te vorkomen dat derden schade toebrengen aan anderen.

De UN Guiding Principles hebben in deze procedure tot dusverre geen expliciete rol gespeeld, hetgeen niet verbaast aangezien de in het geding zijnde olielekkages zich ver voor het uitkomen daarvan hebben afgespeeld en datzelfde ook geldt voor (een groot deel van) de procedure in eerste aanleg.

5.2.4 IMVO-gerelateerde verplichtingen en de mogelijkheden tot handhaving daarvan op het gebied van het Nederlandse straf(proces)recht

In het kader van deze studie is ook onderzocht wat de mogelijkheden zijn om via het Nederlandse strafrecht de betrokkenheid van internationaal opererende ondernemingen bij schendingen van extraterritoriaal werkende MVO-normen (hierna: IMVO-normen) te redresseren en hoe dit doorwerkt in het civiele recht. Wil het strafrecht een rol kunnen spelen, dan is vereist dat het Nederlandse materiële strafrecht voorziet in strafbaarstelling van gedragingen die een schending van een IMVO-norm behelzen dan wel zien op de betrokkenheid van een internationaal opererende onderneming bij een dergelijke schending. Dergelijke strafbaarstellingen zijn vanwege het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel van artikel 1 Wetboek van Strafrecht de essentiële voorwaarde om tot strafvervolging door het openbaar ministerie over te kunnen gaan en mogelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid te kunnen vestigen.

Deze strafbaarstellingen zijn er in ruime mate. Daarbij moet worden onderscheiden tussen enerzijds strafbepalingen van commuun strafrecht en die in het Wetboek van Strafrecht zijn te vinden, en anderzijds strafbepalingen behorend tot het bijzonder strafrecht. Commune strafbepalingen als die inzake anti-corruptie, bodemverontreiniging en witwassen, omvatten gedragingen die een schending van een (I)MVO-norm behelzen. Andere commune strafbepalingen kunnen in voorkomende gevallen eveneens bruikbaar zijn, zoals die inzake valsheid in geschrift wanneer de schending van de (I)MVO-norm gepaard gaat met het vervalsen of valselijk opmaken van documenten (bijvoorbeeld om de schending te bemantelen). De bijzondere strafbepalingen zijn te vinden in sectorale wetgeving. Voorbeelden zijn de milieuwetgeving met een reeks van voorschriften die via artikel 1a Wet op de Economische Delicten strafbaar zijn gesteld, zoals het zich wederrechtelijk ontdoen van afvalstoffen, alsmede de internationale misdrijven van de Wet Internationale Misdrijven. Opgemerkt moet worden dat commune strafbepalingen en bijzondere strafbepalingen elkaar kunnen overlappen wat betreft werkingssfeer of dat commune strafbepalingen vanwege hun (algemene) karakter naast andere strafbepalingen toepasselijk kunnen zijn (dat betreft vooral witwassen en valsheid in geschrift, en in mindere mate, deelneming aan een criminele organisatie).

Aldus zijn in het Nederlandse strafrecht diverse schendingen van (I)MVO-normen en betrokkenheid daarbij strafbaar gesteld. Vaak beschrijven strafbepalingen in hun delictsomschrijving de concrete gedraging die strafbaar is gesteld. Daarbij kan gebruik zijn gemaakt van specifieke begrippen, zoals het uitvoeren van afvalstoffen, alsook van open, algemene begrippen, zoals deelneming in de strafbepaling van deelneming aan een criminele organisatie, welk begrip deelneming in de rechtspraak nader invulling heeft gekregen. Daarnaast kent het commune en het bijzondere strafrecht strafbepalingen waarin gebruik is gemaakt van een of meer zorgplichten. Die zorgplichten kunnen algemeen van aard dan wel meer specifiek van aard zijn. Dergelijke strafbepalingen hebben wij aangeduid als zorgplichtbepalingen. Een voorbeeld van een algemene zorgplichtbepaling is de strafbaarstelling van culpoze bodemverontreiniging van artikel 173b Sr. De culpa behelst een algemene zorgplicht, die in een concrete strafzaak tegen de achtergrond van de concrete omstandigheden van het geval nadere invulling krijgt. Bij een strafbepaling met een specifieke zorgplicht is de zorgplicht toegespitst op een bepaalde gedraging bestaande uit iets doen of juist iets nalaten. Zo kent artikel 13 Wet bodembescherming de zorgplicht om ingeval van bodemverontreiniging alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs kunnen

worden gevergd om de verontreiniging zoveel mogelijk ongedaan te maken. Overigens, beide genoemde voorbeelden laten wederom zien dat een commune en een bijzondere strafbepaling elkaar kunnen overlappen.

Rechtspersonen kunnen strafbare feiten begaan (art. 51 Sr). Internationaal opererende ondernemingen met rechtspersoonlijkheid kunnen derhalve kwalificeren als dader van de bovengenoemde strafbepalingen. Daartoe geldt als centraal criterium dat de gedraging(en) van natuurlijke personen die de schending van een (I)MVO-norm constitueren redelijkerwijs aan de rechtspersoon moeten kunnen worden toegerekend. Een belangrijk oriëntatiepunt daarbij is of die gedragingen hebben plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon. Ter uitwerking van dit oriëntatiepunt heeft de Hoge Raad in het Drijfmest-arrest een set van vier enuntiatieve, niet-cumulatieve omstandigheden gegeven. Eén van die omstandigheden omvat een algemene zorgplicht. Een rechtspersoon wordt geacht gedragingen van natuurlijke personen te hebben aanvaard indien hij niet de zorg heeft betracht die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging. Dezelfde algemene zorgplicht kan naast daderschapsvestigend ook daderschapuitsluitend werken. Heeft namelijk een rechtspersoon wél de vereiste zorg betracht, dan kan niet worden gezegd dat die rechtspersoon de verboden gedraging heeft aanvaard, en dus kan de rechtspersoon niet als dader worden aangemerkt.

De genoemde daderschapsconstructie om Nederlandse ondernemingen binnen de werkingssfeer van een strafbepaling te kunnen brengen, vindt in het strafrecht vooralsnog uitsluitend toepassing in enkelvoudige verhoudingen (i.e. één rechtspersoon en gedraging(en) van een of meer natuurlijke personen) en in gevallen waarin de gedraging(en) van natuurlijke personen zich op Nederlands territoir zijn te situeren. Het criterium van de redelijke toerekening biedt ruimte om ook toepassing te kunnen vinden in concernverhoudingen. Twee toerekeningsroutes zijn onderscheiden waarmee kan worden bereikt dat een Nederlandse moedermaatschappij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor schendingen van IMVO-normen op het niveau van haar binnenlandse of buitenlandse dochteronderneming. Uiteraard dienen dan wel alle delictsbestanddelen van de toepasselijke strafbepaling te zijn vervuld. Al naar gelang de concrete delictsomschrijving kan dan vereist zijn dat moet blijken van opzet of culpa van de moedermaatschappij. Daartoe is dan een tweede toerekeningsmoment vereist. Ook dat kan langs twee wegen geschieden. Allereerst kan de geestesgesteldheid aanwezig bij natuurlijke personen die zijn betrokken bij de verboden gedraging worden 'bijeengeharkt' en vervolgens worden toegerekend als de kennis en de wil van de moedermaatschappij. Ten tweede kan blijken van rechtstreeks op het niveau van de moedermaatschappij aanwezige geestesgesteldheid, bijvoorbeeld kenbaar uit bestuursbesluiten en/of bedrijfspolitiek en/of feitelijke werkwijze.

De combinatie van de strafbepalingen, de algemene regels inzake rechtsmacht, de daderschapsconstructies, en de zorgplichten maakt dat het strafrecht ook extraterritoriale werking kan hebben voor gevallen waarin de schending van de IMVO-norm valt te situeren bij een buitenlandse dochteronderneming. De twee uitgewerkte toerekeningsroutes om verboden gedragingen binnen of voor de dochteronderneming aan de Nederlandse moedermaatschappij toe te kunnen rekenen, staan ook toe dat gedragingen die in de onderneming van een buitenlandse dochteronderneming zijn te situeren, aan de Nederlandse moedermaatschappij kunnen worden toegerekend. Die zou daarmee in Nederland kunnen worden vervolgd voor schending van IMVO-normen binnen of voor haar buitenlandse dochteronderneming. Voorts kent het strafrecht een aantal strafbepalingen die door hun vormgeving en daaraan gegeven uitleg in de rechtspraak ook extraterritoriale werking kunnen hebben. Zij omvatten dan gedragingen in het buitenland die via die strafbepaling aan de Nederlandse rechter kunnen worden voorgelegd. Een voorbeeld daarvan leveren de strafbepalingen inzake witwassen. Ten slotte zijn er strafbepalingen waarbij bij wet is voorzien in extraterritoriale rechtsmacht, zoals de internationale misdrijven van de Wet Internationale Misdrijven en het misdrijf van mensenhandel met minderjarige

slachtoffers, die daardoor ook betrokkenheid bij buitenlandse schendingen van IMVO-normen binnen de werkingssfeer van de Nederlandse strafwet brengen.

Wanneer strafrechtelijke aansprakelijkheid van Nederlandse ondernemingen wegens schending van IMVO-normen in Nederland of daarbuiten kan worden gevestigd, dient dat via het strafprocesrecht te worden geëffectueerd. Alsdan kan het strafrecht in de eerst plaats een eigenstandige rol naast het civiele recht vervullen. Een strafrechtelijk onderzoek, vervolging en berechting, al dan niet uitmondend in een veroordeling van een onderneming, kan een passende overheidsreactie opleveren op de schending van een (I)MVO-norm. Door strafvorderlijk optreden kunnen een of meer strafdoelen worden gerealiseerd: leedtoevoeging, generale en speciale preventie en reparatie. Leidt een vervolging tot een berechting dan wordt het verboden gedrag in een openbaar strafproces aan de kaak gesteld. Vaak genereert dat media-aandacht en omdat het om strafrechtelijk optreden gaat, zullen de 'courts of public opinion' hun werk doen. De publiciteit heeft immers dikwijls allerlei consequenties voor ondernemingen, vooral in termen van reputatieschade. Volgt er vervolgens een veroordeling door de rechter en een bestraffing van de dader, dan spreekt de overheid daarmee een laakbaarheidsoordeel uit. Het strafrecht kan daarmee een normerende functie vervullen. En het kan slachtoffers van schending van een IMVO-norm immateriële genoegdoening verschaffen.

In de tweede plaats kan het strafprocesrecht aanvullend werken op het civiele recht. Indien een schending van een (I)MVO-norm strafrechtelijk wordt vervolgd, dan kan degene die rechtstreeks schade heeft geleden als gevolg van het ten laste gelegde feit zich in het strafproces voegen als benadeelde partij door een vordering ter vergoeding van die schade in te dienen. Aldus biedt het strafproces een betrekkelijk eenvoudige weg om zonder al te veel kosten en via een relatief snelle weg een veroordeling tot betaling van schadevergoeding te verkrijgen. Een belangrijke beperking is evenwel dat de behandeling van deze vordering benadeelde partij geen onevenredige belasting van het strafproces mag opleveren. Want dan zal de strafrechter de vordering benadeelde partij niet ontvankelijk verklaren. De benadeelde partij zal vervolgens haar toevlucht moeten zoeken in het civiele recht.

Wordt de vordering benadeelde partij daarentegen toegewezen, dan pleegt de strafrechter die te ondersteunen door oplegging van de schadevergoedingsmaatregel. Het voordeel daarvan is dat de Staat verantwoordelijk is voor de executie van de schadevergoedingsmaatregel c.q. de toegewezen vordering benadeelde partij. De kosten van en de perikelen bij executie zijn dan voor rekening van de Staat in plaats van voor rekening van de benadeelde partij. Daarmee biedt het strafprocesrecht een slachtoffer een effectieve remedie voor het verhalen van zijn schade, zeker in vergelijking met het civiele recht. Wel zal de genoemde beperking van geen onevenredige belasting juist in omvangrijke en/of complexe en/of internationale zaken van schendingen van IMVO-normen voor slachtoffers daarvan een onneembare barrière betekenen voor het gebruik maken van deze route via het strafprocesrecht. Het is dan geen effectieve remedie als bedoeld in van de UN Guiding Principles.

In de derde plaats kan het strafprocesrecht doorwerken in het civiele recht door dit te ondersteunen. Deze ondersteunende werking kan tweeërlei zijn. Allereerst kan de omstandigheid dat een bepaalde schending van een IMVO-norm een strafbaar feit oplevert meewerken in de concretisering van een algemene civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm. Ten tweede leveren de bewezenverklaarde feiten in het strafrechtelijk vonnis of arrest bij een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling dwingende bewijskracht van die feiten op in een civiele procedure.

In Nederland is in het kader van (I)MVO slechts één strafzaak tegen een internationaal opererende onderneming voor de strafrechter gebracht. Dit was de strafzaak tegen Trafigura Beheer B.V., waarin de hiervoor geschetste benadering is gevolgd van het vervolgen voor overtreding van bijzondere en

commune strafbepalingen die een deel van het gedrag van schending van IMVO-normen omvatten. Trafigura Beheer B.V. is namelijk vervolgd voor drie feiten:

1) het uitvoeren van de slops met het schip Probo Koala vanuit Amsterdam naar Ivoorkust, hetgeen is vervolgd als het overtreden van een bijzondere strafbepaling uit de Wet milieubeheer (hierna: Wmb);
2) het afleveren van de slops als afvalstoffen door het overpompen van de slops uit de tanks van de Probo Koala naar de tanks van het inzamelvaartuig van APS, hetgeen is vervolgd als het overtreden van één van de commune milieudelicten uit het Wetboek van Strafrecht; en
3) de valsheid in geschrift, bestaande uit het in een document in strijd met de waarheid opgeven dat de afvalstoffen in de tanks van de Probo Koala afkomstig waren van het reinigen van ladingtanks en/of enkel uit benzine en water bestonden. Dit is vervolgd als het overtreden van het commune delict van valsheid in geschrift.

Voor de feiten 1 en 2 is Trafigura Beheer B.V. als rechtspersoon in hoger beroep onherroepelijk veroordeeld en bestraft; van feit 3 is Trafigura Beheer B.V. vrijgesproken. Voor deze veroordeling zijn gedragingen van natuurlijke personen via het criterium van de redelijke toerekening aan de rechtspersoon Trafigura Beheer B.V. toegerekend, zodat deze rechtspersoon daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk kon worden gesteld. Hier is sprake van een enkelvoudige verhouding, waarbij Trafigura Beheer B.V. de moedermaatschappij van het Trafigura-concern is. De Engelse dochtermaatschappij, Trafigura Ltd., is niet vervolgd. Een vordering benadeelde partij die was ingesteld vanwege schade gelden in Ivoorkust als gevolg van het dumpen van de slops werd in eerste aanleg meteen niet-ontvankelijk verklaard omdat deze schade niet rechtstreeks voortvloeide uit de feiten die Trafigura Beheer B.V. in Nederland ten laste waren gelegd.

In de Trafigura-zaak moest het openbaar ministerie wel tot vervolging overgaan, gelet op het algemeen belang dat met vervolging zou worden gediend. De internationale en nationale maatschappelijke verontwaardiging over de affaire die verstrekkende gevolgen heeft gehad voor de bevolking en het milieu in en rondom Abidjan, Ivoorkust, verlangde een passende overheidsreactie.

Hier heeft het strafrecht diens normerende rol kunnen vervullen doordat het openbaar ministerie is gaan vervolgen, en de strafrechter tot een veroordeling is kunnen komen. Deze veroordeling kon vervolgens onherroepelijk worden doordat het openbaar ministerie een schikking trof over het ingestelde cassatieberoep. Dat daarbij voor andere feiten is vervolgd dan het doen storten van de slops in Ivoorkust lijkt weinig verschil te hebben gemaakt. Zo wordt duidelijk dat de inzet van het strafrecht tegen gedragingen die een onderdeel betreffen van het gedrag dat de schending van IMVO-normen behelst, maar waarvoor Nederland onmiskenbaar rechtsmacht heeft omdat zij in Nederland zijn te situeren, doeltreffend kan zijn. Ingewikkelde rechtsmachtvraagstukken over de vraag of Nederland extraterritoriale rechtsmacht kan vestigen over het doen storten van de slops in en rondom Abidjan, Ivoorkust, zijn aldus vermeden.

Een andere strafzaak tegen een internationaal opererende onderneming betreft die tegen Delft Instruments B.V. dat in de Golfoorlog van 1990-1991 (via een Belgische dochteronderneming) nachtkijkers aan het Iraakse regime had geleverd, ondanks een wapenembargo van de VN Veiligheidsraad. Deze was destijds niet ingestoken als een zaak waarin een schending van een IMVO-norm aan de orde was, maar kan '*with the benefit of hindsight*' wel als zodanig worden aangemerkt. Het openbaar ministerie besloot in deze kwestie de strafzaak tegen Delft Instruments B.V. te seponeren. Daar liggen twee redenen aan ten grondslag. Vanwege een Amerikaans boycot lijdt Delft Instruments B.V. enorme verliezen, waardoor het voortbestaan van de onderneming in gevaar is en daarmee ook

de werkgelegenheid van haar medewerkers. Voorts loopt in de Verenigde Staten een strafrechtelijk onderzoek tegen Delft Instruments B.V. en is Nederland om originele dossierstukken verzocht.

Voor het overige zijn in Nederland nog twee zakenmannen, Van Anraat en Kouwenhoven, als individuen vervolgd, ook al was bij beiden een eigen onderneming betrokken, voor hun betrokkenheid bij oorlogsmisdrijven in het buitenland. Beide zaken passen niet helemaal in het type zaak dat in dit onderzoek centraal staat (namelijk procedures tegen internationaal opererende ondernemingen). Maar worden niettemin vaak geassocieerd met IMVO. Alshier is uit de procedure tegen van Anraat van belang dat de vordering benadeelde partij niet-ontvankelijk werd verklaard omdat zij niet eenvoudig van aard was. De slachtoffers zijn daarmee voor hun vordering doorverwezen naar de civiele rechter. Die veroordeelt Van Anraat tot het betalen van in totaal € 400.000,- schadevergoeding aan de slachtoffers. Hier blijkt een voorwaarde voor de eenvoudige afdoening van een vordering tot schadevergoeding van slachtoffers van schendingen van IMVO-normen via het strafproces een beslissende barrière te zijn. Dat verbaast niet bij dit type van strafzaken; juist vanwege de internationale context waarbij de slachtoffers in het gastland vallen, zijn dergelijke vorderingen complex. Ook kan het verband tussen de gedragingen waarvoor wordt veroordeeld en de gevorderde schade problematisch zijn, zodat niet kan worden voldaan aan de wettelijke voorwaarde dat sprake is van rechtstreekse schade (vgl. de strafzaak tegen Trafigura Beheer B.V.).

5.2.5 Discussie

Hoe verhouden de huidige Nederlandse wetgeving en jurisprudentie op het gebied van het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht en het straf(proces)recht zich tot de UN Guiding Principles?

Bij het beantwoorden van die vraag moet allereerst opgemerkt worden dat de UN Guiding Principles weliswaar gezaghebbend en zeer breed aanvaard zijn, maar op zichzelf geen juridische verplichtingen in het leven roepen voor staten of voor ondernemingen. Strikt genomen vloeit er daarmee dus ook geen verplichting uit voort voor staten om de daarin opgenomen gedragsnormen om te zetten in nieuwe nationale wetgeving of door te voeren in bestaande nationale wetgeving. Daarnaast dient opgemerkt te worden dat de UN Guiding Principles zich in de eerste plaats richten op de bescherming van mensenrechtenbelangen – alhoewel dit geïnterpreteerd wordt als een (zeer) ruim begrip – en niet zozeer op de bescherming van belangen op het gebied van bijvoorbeeld arbeid, gezondheid & veiligheid en milieu, die in de bredere MVO-context wel ook een rol spelen. En tot slot zijn de UN Guiding Principles juist waar het gaat om IMVO-kwesties, dat wil zeggen schendingen van MVO-gerelateerde normen bij activiteiten door of voor internationaal opererende ondernemingen in gastlanden, terughoudend in het opleggen van verplichtingen aan de thuislanden van waaruit deze ondernemingen opereren.

Tegelijkertijd is de juridische impact van de UN Guiding Principles veel groter dan de niet-verbindende aard en de beperkte reikwijdte ervan wellicht doet vermoeden.

Zij hebben sinds 2011 een sterke invloed uitgeoefende op andere IMVO-gerelateerde reguleringsinstrumenten. Sommige hiervan zijn ruimer van opzet dan de UN Guiding Principles, zoals de OESO-Richtlijnen die het bredere scala aan IMVO-onderwerpen betreffen. Daarnaast zijn sommige van deze instrumenten juridisch sterker verplichtend dan de UN Guiding Principles, zoals de EU-richtlijn niet-financiële informatie, de Engelse Modern Slavery Act, de Zwitserse wet inzake *private and military security companies* en initiatieven in Frankrijk en Zwitserland met betrekking tot de invoering van IMVO-gerelateerde wettelijke zorgvuldigheidsverplichtingen (waarover nader par. 5.3). Daarnaast werken zij door in de vele open normen die ons recht kent. Zo kunnen zij binnen het vennootschapsrecht een rol gaan spelen bij een verdere verbreding van het begrip vennootschappelijk belang, maar zullen zij in de

eerste plaats een *tool* vormen voor aandeelhouders en investeerders die, uit moreel besef of met een oog op de reputatierisico's en aandelenkoersen, vennootschappen bij de les willen houden op (I)MVO-gebied. Op het gebied van het civiele aansprakelijkheidsrecht hebben zij een belangrijke rol bij de invulling van wat op grond van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen verwacht mag worden van internationaal opererende ondernemingen die (in)direct betrokken zijn bij activiteiten in gastlanden met een negatieve impact op mens en milieu.

Ook veel ondernemingen zelf stellen zich proactief op bij het implementeren van de verantwoordelijkheden die voortvloeien uit de UN Guiding Principles, zoals het invoeren van *due diligence*-procedures op mensenrechtengebied. Binnen sommige ondernemingen wordt dit reeds gezien als een *compliance*-kwestie of in ieder geval een kwestie van risicomanagement. Wel geldt hierbij, zo blijkt uit antwoorden op vragen hierover in het kader van de interviews, dat het hier met name gaat om een klein groepje voorlopers en dat er in alle onderzochte landen een grote achterhoede is van ondernemingen die weinig tot geen veranderingen hebben doorgevoerd naar aanleiding van de UN Guiding Principles. Dit leidt ertoe dat in alle landen wel stemmen opgaan van individuele voorlopers op IMVO-gebied voor een meer dwingend reguleringskader dat in ieder geval het nationale speelveld wat dit betreft weer gelijktrekt. In Nederland is vooralsnog gekozen voor de middenweg van het afsluiten van IMVO-convenanten met (bepaalde sectoren binnen) het bedrijfsleven waarin afspraken worden gemaakt over de te bereiken doelstellingen. Daarbij geldt als stok achter de deur de dreiging van meer dwingende regelgeving als hier niet aan voldaan wordt.

Gezien deze ontwikkelingen zijn er verschillende aandachtspunten waar het gaat om de mate waarin de huidige Nederlandse wetgeving en jurisprudentie op het gebied van het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht en het straf(proces)recht zich verhouden tot de UN Guiding Principles.

In algemene zin valt op dat het Nederlandse recht vooralsnog geen wettelijke verplichting kent voor Nederlandse ondernemingen om de in het kader van de *responsibility to respect* opgestelde gedragsnormen te implementeren. Het gaat daarbij in ieder geval om: 1) een beleidscommitment inzake de verantwoordelijkheid om mensenrechten te eerbiedigen; 2) een procedure voor *due diligence* op mensenrechtengebied; 3) procedures gericht op het verhelpen van negatieve gevolgen op mensenrechtengebied die door de bedrijfsactiviteiten veroorzaakt of in de hand gewerkt zijn. Hoewel de niet-verbindende aard van de UN Guiding Principles met zich brengt dat een dergelijke verplichting strikt genomen niet ingevoerd hoeft te worden, gaat het hier wel om de kerncomponenten van de *responsibility to respect*. Daarbij wordt ook van staten verwacht dat zij ondernemingen van advies voorzien over passende methoden om de mensenrechten bij al hun activiteiten te respecteren, waaronder *due diligence* procedures, en aan te geven welke resultaten verwacht mogen worden.

In dit verband wordt momenteel een belangrijke rol gespeeld door de IMVO-convenanten tussen het Nederlandse bedrijfsleven en de Nederlandse overheid. Deze aanpak via een meer consensueel ingestoken reguleringskader betekent echter niet dat er geen behoefte bestaat, bijvoorbeeld op deelgebieden of met betrekking tot specifieke aandachtspunten, of kan ontstaan, bijvoorbeeld na evaluatie van de effectiviteit van de gekozen aanpak, aan een meer verplichtend wettelijk kader. Hierbij speelt ook het belang van de bescherming van het concurrentievermogen, ook in nationaal verband, van ondernemingen die zich actief inspannen om te voldoen aan hetgeen van hen verwacht wordt in het kader van de *responsibility to respect*, een rol (zie hierover nader par. 5.3). Dit mede in verband met het feit dat uit de in het kader van dit onderzoek afgenomen interviews als algemeen beeld naar voren komt dat in de onderzochte landen vooralsnog door slechts een klein deel van de (internationaal opererende) ondernemingen concrete stappen gezet worden gericht op het implementeren van de *responsibility to respect*. Het lijkt dan ook van belang, mede met het oog op de rechtszekerheid en het behoud van een nationaal gelijk speelveld, om zowel de daadwerkelijke implementatie van de *Ruggie*

Principles op ondernemingsniveau verder in kaart te brengen, als de mogelijkheden tot meer verbindende regelgeving op dit vlak.

De UN Guiding Principles en het Nederlandse ondernemingsrecht

Met betrekking tot de drie hier onderzochte rechtsgebieden geldt dat de bestaande bepalingen op het gebied van het ondernemingsrecht of, meer specifiek, het vennootschapsrecht zekere aanknopingspunten bieden voor een verdere uitwerking van de Guiding Principles, in het bijzonder de *responsibility to respect* uit de tweede pijler. Het Nederlandse vennootschapsrecht is in beginsel van toepassing op alle Nederlandse vennootschappen (dat wil zeggen: vennootschappen die naar Nederlands recht zijn opgericht en hun statutaire zetel in Nederland hebben), ongeacht waar zij hun activiteiten verrichten. Tot op zekere hoogte vinden (I)MVO-gerelateerde onderwerpen ook naar huidig recht al uitwerking op het gebied van het ondernemingsrecht, met name in de vorm van de verplichting die onder bepaalde voorwaarden bestaat om in het jaarverslag te rapporteren over niet-financiële prestatie-indicatoren, met inbegrip van milieu- en personeelsaangelegenheden.

Daarbij geldt echter wel dat ondernemingen op grond van de huidige Nederlandse regels omtrent verslaglegging niet hoeven te rapporteren over de mensenrechtenimpact van hun activiteiten. Dit is een punt van aandacht in het licht van de bepaling in de UN Guiding Principles dat staten ondernemingen dienen aan te moedigen en waar nodig te verplichten om verslag te doen van de manier waarop zij omgaan met de impact van hun activiteiten op de mensenrechten van derden. Daarnaast is de werking van de bestaande transparantieverplichtingen in beginsel beperkt tot grote rechtspersonen en strekt zij zich dus niet uit tot middelgrote of kleine rechtspersonen. En tot slot is van belang om te vermelden dat op grond van huidig recht slechts transparantie betracht hoeft te worden ten aanzien van niet-financiële prestatie-indicatoren indien dit noodzakelijk is voor een goed begrip van de ontwikkeling, de resultaten of de positie van de onderneming.

De nieuwe EU-richtlijn niet-financiële informatie speelt een belangrijke rol in dit opzicht, omdat hierin de bestaande transparantieverplichtingen verbreed en verdiept worden en daarmee ook meer in lijn gebracht worden met de UN Guiding Principles. Op grond hiervan dienen bepaalde grote ondernemingen (waaronder beursgenoteerde bedrijven, banken en verzekeraars) te rapporteren over hun bedrijfsbeleid ten aanzien van milieu, sociale- en personeelsaangelegenheden, mensenrechten en de bestrijding van corruptie en omkoping. Daarnaast moet gerapporteerd worden over de resultaten van dat bedrijfsbeleid en dient aandacht besteed te worden aan de voornaamste risico's ten aanzien van deze onderwerpen en de manier waarop deze worden beheerst. Voert de onderneming geen beleid ten aanzien van één of meerdere van deze onderwerpen, dan moet een duidelijke en gemotiveerde verklaring worden opgenomen waarom zij dit niet doet (*comply or explain*). De precieze werking en impact van de Richtlijn zal uiteindelijk mede afhangen van de manier waarop deze geïmplementeerd gaat worden in het nationale recht van de lidstaten, waaronder Nederland, alsook van de mogelijkheden en bereidheid van bijvoorbeeld aandeelhouders, belangenorganisaties en het openbaar ministerie om aan te dringen op op naleving van de gestelde transparantieverplichtingen. De lidstaten moeten de richtlijn uiterlijk op 6 december 2016 hebben geïmplementeerd in hun nationale wetgeving.

Anderzijds geldt ook dat de mogelijkheden die het vennootschapsrecht biedt en kan bieden waar het gaat om het vertalen van de *responsibility to respect* met het oog op de bescherming van de mensenrechten van derden of, in meer algemene zin, mens en milieu, inherent beperkt zijn door de focus ervan op het vennootschapsbelang.

In dit kader kan gewezen worden op de bepaling uit de UN Guiding Principles dat wetgeving met betrekking tot de exploitatie van ondernemingen, zoals het vennootschapsrecht, handvatten moet

bieden aan (functionarissen van) ondernemingen voor de eerbiediging van de mensenrechten van derden en hieraan niet in de weg moeten staan. Dit is een aandachtspunt, aangezien op het gebied van het Nederlandse vennootschapsrecht het belang van de bescherming van mens en milieu in beginsel niet voorgaat op het ondernemingsbelang. Tenzij iets anders voortvloeit uit de wet of de statuten geldt dat *profit* vooropstaat en dat *people* en *planet* slechts een rol spelen voor zover zij daaraan bijdragen of daarmee te verenigen zijn. Dit heeft tot gevolg dat eventuele (I)MVO-gerelateerde verplichtingen voor bestuurders en commissarissen van Nederlandse ondernemingen op het gebied van het vennootschapsrecht in beginsel beperkt zijn tot die gevallen waarin het rekening houden met of het behartigen van de mens- en milieugerelateerde belangen van derden in het belang is van de onderneming. Hoewel dat soms het geval kan zijn, bijvoorbeeld waar het schenden van die belangen zou kunnen leiden tot substantiële financiële en reputatieschade voor de vennootschap als gevolg van bijvoorbeeld juridische procedures, zal dit lang niet altijd zo zijn.

Ook in dit opzicht is de nieuwe EU-richtlijn niet-financiële informatie interessant. Deze wijkt namelijk af van het naar huidig recht geldende uitgangspunt dat slechts transparantie betracht hoeft te worden ten aanzien van niet-financiële prestatie-indicatoren voor zover dit noodzakelijk is voor een goed begrip van de ontwikkeling, de resultaten of de positie van de onderneming. Op grond van de richtlijn moet namelijk ook niet-financiële informatie verstrekt worden die noodzakelijk is voor een goed begrip van de effecten van de activiteiten van de onderneming. Hiermee wordt transparantie omtrent (het ondernemingsbeleid ten aanzien van) de impact van de ondernemingsactiviteiten op (I)MVO-gerelateerde belangen dus ineens een doel op zich en niet iets dat slechts ten doel staat aan transparantie omtrent de ontwikkelingen, resultaten of positie van de onderneming. Het zal interessant zijn hoe hiermee omgegaan zal worden bij en na implementatie van de richtlijn in het nationale recht van de EU-lidstaten.

Het vennootschapsrecht kent ook geen handhavingsmechanismen die het mogelijk maken voor buitenvennootschappelijke derden die schade lijden als gevolg van de negatieve impact van de ondernemingsactiviteiten op mens of milieu om (functionarissen van) de vennootschap daarvoor aansprakelijk te stellen. Daarmee heeft weinig te bieden waar het gaat om mogelijkheden voor slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen tot het verkrijgen van herstel en/of verhaal via gerechtelijke klachtenmechanismen in de zin van de derde pijler van de UN Guiding Principles. Handhaving van eventuele (I)MVO-gerelateerde verplichtingen op het gebied van het ondernemingsrecht is dan ook grotendeels afhankelijk van de actiebereidheid van aandeelhouders en investeerders. Hoewel deze actiebereidheid gestaag lijkt toe te nemen, is voor veel van de relevante instrumenten vereist dat de (groepen van) aandeelhouders die daarvan gebruik wensen te maken een bepaald gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. De enquêteprocedure, die ook ingesteld kan worden door bijvoorbeeld vakbonden of de advocaat-generaal in het algemeen belang, zou in theorie mogelijkheden kunnen bieden om in te grijpen bij ernstige en aanhoudende IMVO-normschendingen in het kader van de activiteiten in gastlanden door Nederlandse internationaal opererende ondernemingen en/of hun dochtermaatschappijen.

Tot slot is van belang dat in het ondernemingsrecht de beginselen van gescheiden rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid belangrijke uitgangspunten zijn, hetgeen betekent dat rechtspersonen in beginsel niet verantwoordelijk gehouden worden voor de gedragingen van andere rechtspersonen. Deze uitgangspunten gelden ook waar het gaat om vennootschappen die met elkaar verbonden zijn in concernverband; zij worden in rechte gezien als gescheiden entiteiten en kunnen slechts bij hoge uitzondering aansprakelijk gesteld worden voor schulden of gedragingen van andere groepsmaatschappijen. Dit betekent dat er naar de huidige stand van zaken in het ondernemingsrecht weinig plaats is voor de uitwerking van de bepaling uit de UN Guiding Principles dat de *responsibility to respect* van ondernemingen zich ook uitstrekt tot de eventuele negatieve gevolgen op

mensenrechtengebied die via haar zakelijke relaties, zoals dochtermaatschappijen of ketenpartners, rechtstreeks aan haar activiteiten, producten of diensten gelieerd zijn.

De UN Guiding Principles en het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht

Ook de bestaande bepalingen op het gebied van het civiele aansprakelijkheidsrecht bieden mogelijkheden voor de verdere uitwerking van de gedragsnormen uit de UN Guiding Principles, waaronder de *responsibility to respect*. Anders dan het ondernemingsrecht is het civiele aansprakelijkheidsrecht specifiek gericht op het beschermen van de belangen van derden tegen de schadelijke gevolgen die de activiteiten van (rechts)personen met zich brengen. Het kan in geval van schadeveroorzakende gebeurtenissen op initiatief van de benadeelden ingezet worden met het oog op het verkrijgen van vergoeding van de door hen geleden schade door de (rechts)personen die verantwoordelijk zijn voor die gebeurtenissen. Daarnaast biedt het, anders dan het ondernemingsrecht, wel mogelijkheden om ondernemingen die een bepaalde mate van invloed kunnen uitoefenen over de activiteiten van andere (rechts)personen of de gevolgen daarvan, in rechte aan te spreken wanneer die activiteiten schade aan mens en milieu tot gevolg (dreigen te) hebben.

Als zodanig speelt het civiele aansprakelijkheidsrecht een belangrijke rol waar het gaat om de derde-pijler verplichting voor staten om slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen toegang te geven tot herstel en/of verhaal via gerechtelijke klachtenmechanismen. Daarnaast kan het tot op zekere hoogte ook een rol spelen in de eerste pijler van de UN Guiding Principles, aangezien het tegelijkertijd een reguleringsinstrument vormt dat op initiatief van de benadeelden kan worden ingezet om bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen te voorkomen, te onderzoeken en te redresseren. In aanvulling daarop heeft het met de mogelijkheid tot het instellen van een aansprakelijkheidsvorderingen ter voorkoming van verdere of dreigende schade ook een directe preventieve werking. Indirect kunnen (de dreiging van) aansprakelijkheid en de daarmee samenhangende financiële en reputatieschade gedragsprikkels vormen voor ondernemingen om normconform te handelen. Vooral waar het gaat om activiteiten van internationaal opererende ondernemingen in conflictgebieden elders mag van de thuislanden van die ondernemingen volgens de UN Guiding Principles een actieve rol verwacht worden bij het initiëren of faciliteren van aansprakelijkstelling van die ondernemingen als zij in het kader van die activiteiten betrokken raken bij ernstige mensenrechtenschendingen. Ook in de tweede pijler heeft het een functie, aangezien civiele aansprakelijkheidsprocedures een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de implementatie en nadere uitwerking, van geval tot geval, van de *responsibility to respect*.

In de IMVO-context is van bijzonder belang dat het civiele aansprakelijkheidsrecht ook mogelijkheden biedt om (functionarissen van) ondernemingen aansprakelijk te stellen voor schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Deze open norm maakt het mogelijk om in procedures tegen Nederlandse ondernemingen met betrekking tot hun betrokkenheid bij activiteiten die geresulteerd hebben in schade aan mens en milieu, ook algemeen aanvaarde niet-wettelijke gedragsnormen, mee te nemen bij de beoordeling welke mate van zorg van de onderneming verwacht had mogen worden. Op die manier kan de verantwoordelijkheid die op grond van de UN Guiding Principles rust op ondernemingen om na te gaan of hun activiteiten risico's op mensenrechtenschendingen met zich brengen en om deze risico's zoveel mogelijk te voorkomen of beperken, een factor worden die mede bepaalt of en in hoeverre de onderneming bij verwezenlijking van die risico's in rechte gehouden is om het als gevolg daarvan door derden geleden nadeel te redresseren.

Uit bestaande jurisprudentie over civielrechtelijke zorgplichten in algemene zin kan afgeleid worden dat van de onderneming meer, betere en duurdere voorzorgsmaatregelen verwacht mogen worden naarmate het redelijkerwijs voorzienbare risico op schending van de IMVO-gerelateerde belangen van

derden groter is, zoals bij activiteiten in conflictgebieden, en/of de te verwachten schade ernstiger is. Net als in de UN Guiding Principles mag ook hier van ondernemingen verwacht dat zij zich proactief opstellen; stilzitten en de andere kant opkijken is geen manier om aansprakelijkheid te ontlopen. In beginsel lijkt het civiele aansprakelijkheidsrecht meer mogelijkheden te bieden dan het ondernemingsrecht om een onderneming verantwoordelijk te houden voor schade die veroorzaakt wordt niet door haar eigen activiteiten maar door de activiteiten van anderen, zoals dochtermaatschappijen of ketenpartners. Daarbij is bepalend in hoeverre de met die activiteiten samenhangende risico's op schade aan mens en milieu voorzienbaar hadden kunnen zijn voor de onderneming en in hoeverre zij op grond van haar invloed op de betreffende actoren en activiteiten over *de facto* mogelijkheden had kunnen beschikken om die risico's te voorkomen of te beperken.

Hoewel het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht in theorie ruime mogelijkheden biedt voor de operationalisering en verdere uitwerking van de gedragsnormen uit de UN Guiding Principles bestaat er vooralsnog geen rechtspraak waarin deze mogelijkheden ook daadwerkelijk in de praktijk gebracht zijn. Dit is deels te verklaren uit het feit dat de UN Guiding Principles een relatief recent fenomeen zijn en als zodanig slechts in beperkte mate een rol kunnen spelen in procedures die zien op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan voor de totstandkoming ervan. Daarnaast zijn er echter ook belemmeringen waar het aankomt op de potentiële rol die het aansprakelijkheidsrecht in dit opzicht kan spelen.

Enerzijds is, anders dan waar het gaat om vennootschapsrechtelijke bepalingen, voor de toepasselijkheid van het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht wel relevant waar de schadeveroorzakende activiteiten hebben plaatsgevonden. Gaat het om activiteiten die verricht worden voor of door Nederlandse internationaal opererende ondernemingen en die resulteren in schade aan mens of milieu in een gastland, dan zijn in de regel niet de Nederlandse bepalingen van civiel aansprakelijkheidsrecht van toepassing, maar de bepalingen van het recht van het gastland. Op deze hoofdregel bestaan wel enkele uitzonderingen, onder meer wanneer het gaat om (letsel- of vermogensschade als gevolg van) milieuschade in het gastland die mede het gevolg is van schadeveroorzakende gedragingen door de aangesproken onderneming in Nederland. In dat geval kan een keuze uitgebracht worden door de benadeelden voor toepassing van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht, wat voor hen aantrekkelijk kan zijn als dit meer bescherming biedt dan het recht van het gastland. Een dergelijke uitzondering is echter niet van toepassing waar het gaat om mensenrechtenschendingen of andersoortige IMVO-normschendingen die niet als milieuschade geclassificeerd kunnen worden. Dan bestaat er geen mogelijkheid om terug te vallen op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht als dat meer bescherming biedt dan het recht van het gastland.

Anderzijds worden de mogelijkheden voor benadeelden van IMVO-gerelateerde normschendingen om een civiele aansprakelijkheidsprocedure in te stellen voor de Nederlandse rechter beperkt door praktische en procedurele omstandigheden. Daarbij zijn in het bijzonder van belang de kosten van procederen, de mogelijkheden tot het instellen van collectieve (schadevergoedings)acties en de mogelijkheden tot het verkrijgen van inzage in bewijs dat in handen is van de wederpartij of van derden. Daarbij speelt een belangrijke rol dat het in beginsel, behoudens mogelijke uitzonderingen, aan de eisers is om bewijs te leveren van de door hen gestelde feiten en omstandigheden; doen zij dit niet dan zal hun vordering afgewezen worden en lopen zij als verliezende partij het risico om veroordeeld te worden tot het vergoeden van (een deel van) de door de wederpartij gemaakte kosten.

Deze procedurele en praktische omstandigheden spelen in beginsel een rol in elke civiele aansprakelijkheidsprocedure die voor de Nederlandse rechter wordt aangebracht en roepen ook in de nationale context vragen op naar de toegang tot het recht voor slachtoffers in buitencontractuele aansprakelijkheidszaken. In de hier besproken IMVO-gerelateerde juridische procedures, die niet alleen

een grensoverschrijdend karakter hebben maar doorgaans ook relatief complex zijn, vormen zij echter in het bijzonder een hekel punt. Dit heeft vooral te maken met de ongelijkheid der wapenen die in dit type procedures, gezien de Noord-Zuid context waarin zij zich afspelen, vrijwel altijd bestaat tussen de eisers uit het gastland enerzijds en de gedaagde multinationals anderzijds wat betreft kennis, toegang tot relevante informatie, financiële armslag en organisatiegraad.

Dit is een punt van aandacht gezien de nadruk in de UN Guiding Principles op de verplichting voor staten om te voorzien in effectieve remedies, onder meer via gerechtelijke klachtenmechanismen, voor degenen die binnen hun grondgebied en/of jurisdictie getroffen worden door bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Volgens de UN Guiding Principles dienen staten ervoor te zorgen dat er geen juridische, praktische of andere barrières bestaan die de gang naar de rechter voor benadeelden beletten in legitieme zaken waar rechtsmiddelen essentieel zijn voor het verkrijgen van herstel en/of verhaal. Hier ligt een duidelijke opdracht voor de Nederlandse overheid om in huidige en toekomstige procedures tegen Nederlandse internationaal opererende ondernemingen inzake MVO-normschendingen in binnen- en buitenland goed in de gaten te houden of de Nederlandse regels van internationaal privaatrecht en/of burgerlijk procesrecht drempels met zich brengen voor eisers met legitieme claims. Daarbij geldt dat het eventueel uitblijven van (verdere) aansprakelijkheidsprocedures inzake IMVO-normschendingen in een tijd dat dit type procedures wereldwijd in opkomst is, een aanwijzing zou kunnen zijn dat de drempel te hoog is.

De UN Guiding Principles wijzen onder meer op de noodzaak tot toegang tot de rechter voor benadeelden die in eigen land geen toegang hebben tot een (met waarborgen omklede) gerechtelijke procedure. Hoewel deze mogelijkheid in Nederland in theorie wel bestaat met de *forum necessitatis*-bepaling in het Nederlandse bevoegdheidsrecht, zal in de praktijk moeten blijken of en in hoeverre deze toepassing kan vinden in procedures inzake IMVO-normschendingen. Daarnaast wijzen de UN Guiding Principles op het belang van collectieve (schadevergoedings)acties; de mogelijkheden hiertoe zullen in de nabije toekomst verruimd worden in Nederland, wat met name van belang is voor IMVO-gerelateerde schadevergoedingsprocedures door grote groepen benadeelden. Voorts wijzen de UN Guiding Principles op de kosten die gemoeid zijn met het instellen van een procedure; deze kunnen in Nederland wel een belangrijke barrière opleveren in dit opzicht. Dit hangt mede samen met het feit dat het in Nederland vooralsnog in principe niet mogelijk is om het financiële risico van procederen te verkleinen door middel van bijvoorbeeld resultaatsgerelateerde beloningsafspraken met advocaten in Nederland. Hoewel de kosten van procederen in Nederland tot op zekere hoogte en onder bepaalde voorwaarden gereduceerd kunnen worden door middel van financiële rechtsbijstand, zijn de mogelijkheden hiertoe niet onbeperkt.

Uit de Nederlandse Shell Nigeria-zaak blijkt verder dat de beperkte mogelijkheden voor eisers om toegang te krijgen tot informatie die relevant is voor de door hen te bewijzen stellingen een belangrijk struikelblok kan vormen. Het zal daarbij veelal gaan om informatie met betrekking tot de toedracht van de als gevolg van de bedrijfsactiviteiten toegebrachte schade aan mens en milieu, met betrekking tot de invloed die de onderneming kon uitoefenen over die activiteiten en met betrekking tot het IMVO-beleid binnen de onderneming en ten aanzien van dochtermaatschappijen en/of ketenpartners. Dit soort informatie zal echter doorgaans in handen zijn van de wederpartij of van derden. Dat betekent dat de eisers in beginsel afhankelijk zullen zijn van de mogelijkheid om inzage in de betreffende bewijsstukken te vorderen, een mogelijkheid die in Nederland op grond van het huidige recht zeer beperkt is, of van de bereidheid van de Nederlandse wetgever of Nederlandse rechter om over te gaan tot een gehele of gedeeltelijke bewijsrisicoverschuiving in dit soort procedures. Een wetsvoorstel tot verbetering van de wettelijke regeling van het inzagerecht, dat in haar huidige versie niet tot een noemenswaardige verruiming van het inzagerecht leidt zoals dat momenteel in de rechtspraktijk reeds wordt toegepast, ligt sinds februari 2014 stil in afwachting van meer duidelijkheid is over ontwikkelingen op het terrein van het bewijsrecht.

Tot slot moet nog gewezen worden op het feit dat staten er in dit kader volgens de UN Guiding Principles voor dienen te waken dat het aanbrengen van legitieme civiele of strafrechtelijke claims niet onmogelijk gemaakt wordt door een verdeling van aansprakelijkheid tussen ondernemingen in concernverband die het ontlopen van verantwoordelijkheid voor schade aan mens en milieu als gevolg van de bedrijfsactiviteiten in binnen- of buitenland, in de hand werkt. Zowel op het gebied van het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht als op het gebied van het Nederlandse strafrecht (zie hierna) bestaan in theorie mogelijkheden voor slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen om moedermaatschappijen in rechte aan te spreken voor hun eventuele (indirecte) betrokkenheid daarbij. Mocht in de praktijk echter blijken dat ook daarbij de aansprakelijkheidsverdeling in concernverband het ontlopen van IMVO-gerelateerde verantwoordelijkheden door moedermaatschappijen in de hand werkt, dan zou dit gezien kunnen worden als een barrière waarvan op grond van de UN Guiding Principles van staten verwacht mag worden dat zij die wegnemen.

De UN Guiding Principles en het Nederlandse straf(proces)recht

De behandeling van de mogelijkheden die het Nederlandse materieel strafrecht en het strafprocesrecht bieden om schendingen van IMVO-gerelateerde normen te kunnen redresseren laat zien dat er veel en gevarieerde mogelijkheden zijn, ook al heeft de schending geheel of gedeeltelijk in het buitenland plaatsgevonden. Er bestaan veel commune en/of bijzondere strafbepalingen die geheel of gedeeltelijk zien op de bescherming van mens- en milieugerelateerde belangen en in dit verband verplichtingen aan ondernemingen opleggen.

De constructie van daderschap van rechtspersonen en de mogelijke uitleg en toepassing die daaraan in concernverband kan worden gegeven, maakt dat lokale (I)MVO-gerelateerde normschendingen door buitenlandse dochtermaatschappijen van een Nederlandse moedermaatschappij toch binnen het bereik van de Nederlandse strafwet kunnen worden gebracht. Daarnaast kunnen ook via bepaalde strafbepalingen, zoals witwassen en deelneming aan een criminele organisatie, alsmede via deelnemingsvormen als medeplichtigheid allerlei vormen van betrokkenheid van ondernemingen bij strafbare feiten begaan door andere (rechts)personen binnen de reikwijdte van de genoemde strafbepalingen worden gebracht. Verder kan het strafprocesrecht een eigenstandige rol vervullen doordat de overheid via het strafrecht voorziet in een passende overheidsreactie op een (I)MVO-gerelateerde normschending en daarmee de normerende werking van het strafproces kan aanspreken. Daarnaast kan het strafprocesrecht een civiele procedure zowel ondersteunen als aanvullen.

Via de genoemde strafbepalingen en de daderschapsconstructie voor ondernemingen wordt ook bescherming geboden aan mens- en milieugerelateerde belangen, waaronder de mensenrechten die centraal staan in de UN Guiding Principles. Deze strafbepalingen verschaffen tevens de krachtens het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel vereiste wettelijke basis om daders van schendingen ervan te kunnen bestraffen. Als zodanig speelt het Nederlandse strafrecht een belangrijke rol in de eerste pijler van de UN Guiding Principles, aangezien het een reguleringsinstrument vormt dat door de staat kan worden ingezet om bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen te onderzoeken en te redresseren. Voorts gaat van het enkele feit van strafbaarstelling van bepaalde gedragingen die een negatieve impact hebben op mens en milieu een sterke preventieve werking uit. Door normschendingen met straf te bedreigen wordt door de wetgever een standaard gezet die aangeeft wat van ondernemingen wordt verwacht in het kader van het respecteren van mensenrechten en het milieu. Doordat in het Nederlandse recht de strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevenden (feitelijk leidinggevenden, waaronder CEO's en managers) is gekoppeld aan het daderschap van de rechtspersoon, kunnen deze natuurlijke personen eveneens worden vervolgd voor hun leidinggeven aan verboden gedragingen binnen de sfeer van de onderneming. Daarmee biedt het strafrecht een stok achter de deur voor de plicht die in het

kader van de tweede pijler van de UN Guiding Principles op ondernemingen rust vanwege de *responsibility to respect*.

In het kader van de *duty to protect* bepalen de UN Guiding Principles dat staten verplicht zijn tot het invoeren en het handhaven van strafrechtelijke bepalingen inzake bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen die het mogelijk maken om de 'eigen' ondernemingen te vervolgen op grond van het actief nationaliteitsbeginsel, ongeacht waar het strafbaar feit is begaan. Voor een beperkt aantal Nederlandse strafbepalingen die ernstige mensenrechtenschendingen beogen tegen te gaan, is extraterritoriale rechtsmacht voorzien op grond van het actief nationaliteitsbeginsel. Het gaat dan om ambtsmisdrijven zoals ambtelijke corruptie, het laten verrichten van arbeid door ongewenste vreemdelingen, bepaalde, ernstige zedendelicten, alsook om de internationale misdrijven uit de Wet Internationale Misdrijven. Daarmee is voor die specifieke strafbepalingen reeds uitvoering gegeven aan de UN Guiding Principles. Die zien echter op een veel breder scala aan mensenrechtenschendingen. Het is dan ook van belang om kritisch te bekijken of er in meer gevallen extraterritoriale rechtsmacht zou moeten worden gevestigd voor misdrijven die mensenrechtenschendingen inhouden. Daarnaast zou, conform de UN Guiding Principles, meer inzet van het strafrecht kunnen worden overwogen voor een effectieve handhaving van IMVO-gerelateerde wettelijke verplichtingen uit andere rechtsgebieden.

In Nederland ligt het initiatief voor het initiëren van een strafrechtelijke procedure bij het openbaar ministerie. Gelet op het beperkte aantal strafzaken lijkt het erop dat het openbaar ministerie in het licht van het prioriteren van de soorten zaken waarvoor de schaarse opsporing- en vervolgingsmiddelen worden ingezet, dan niet opteert voor het vervolgen van bedrijfsgerelateerde mensenrechtschendingen. Dat terwijl het strafrecht daartoe wel verschillende mogelijkheden biedt. Bestaande strafrechtelijke mogelijkheden blijven derhalve onbenut. Hier ligt een aandachtspunt in het licht van de UN Guiding Principles. Daaruit blijkt duidelijk dat met een toereikend wettelijk kader niet kan worden volstaan; het gaat ook om het daadwerkelijk onderzoeken, vervolgen en bestraffen van mensenrechtenschendingen en dat daar beleid op wordt gevoerd. Dat lijkt in Nederland voor het straf(proces)recht te ontbreken in de IMVO-context.

Gelet op de omstandigheid dat het openbaar ministerie, als bestuursorgaan belast met rechtshandhaving, in Nederland het vervolgingsmonopolie bezit en de exclusieve bevoegdheid heeft inzake de vervolgingsbeslissing, ligt het op de weg van het openbaar ministerie om hier verandering in te brengen. Het opportuniteitsbeginsel staat namelijk toe dat het openbaar ministerie het onderzoeken en het vervolgen van zaken waarin sprake is van schendingen van IMVO-normen hoger prioriteert en ook ambtshalve onderzoek instelt. Slachtoffers en ngo's kunnen het openbaar ministerie juridisch gezien alleen aanzetten tot het doen van onderzoek en het instellen van vervolging door het doen van aangifte of – voor zover zij aan de daartoe gestelde voorwaarden voldoen – de mogelijkheid van een klacht bij het gerechtshof tegen een beslissing van het openbaar ministerie om niet te vervolgen. Daarbij moet worden bedacht worden dat de UN Guiding Principles in het kader van de derde pijler staten ertoe verplichten om ervoor te zorgen dat openbaar aanklagers de middelen, expertise en steun krijgen die ze nodig hebben om conform de verplichtingen van de staat zelf onderzoek te doen naar de betrokkenheid van personen en ondernemingen bij misstanden op mensenrechtengebied.

In het kader van de *duty to protect* bepalen de UN Guiding Principles dat Staten ook wetgeving moeten handhaven die een preventieve werking heeft en ondernemingen aanzet tot het respecteren van mensenrechten. Hier zou een argument kunnen worden gevonden voor het invoeren van een meer uitgebreide strafrechtelijke handhaving van bepaalde transparantieverplichtingen voor ondernemingen (zie hiervoor) alsook voor wetgeving geïnspireerd op de regeling van artikel 7 UK Bribery Act 2010 (waarover meer in par. 5.3.1).

De eerste pijler van de UN Guiding Principles verlangt dat Staten adequate maatregelen nemen om bedrijfsgerelateerde mensenrechtschendingen te onderzoeken, te bestraffen en te redresseren. Het strafrecht kan hierin bij uitstek voorzien. Zeker als het gaat om de eigenstandige rol van het strafrecht. Door strafvorderlijk optreden kunnen een of meer strafdoelen worden gerealiseerd: leedtoevoeging, generale en speciale preventie en reparatie. Leedtoevoeging geschiedt door bestraffing, en ook de generale en speciale preventie verlangen in beginsel bestraffing. Het redresseren van bedrijfsgerelateerde mensenrechtschendingen kan vooral worden bereikt via het strafdoel van reparatie. Volgt op een vervolging de veroordeling van de dader, dan spreekt de overheid een laakbaarheidsoordeel uit. Aldus kan het strafrecht een normerende functie vervullen. Voor slachtoffers verschaft een strafrechtelijke veroordeling van een schending van een IMVO-norm immateriële genoegdoening. Daarnaast biedt zo'n strafrechtelijke veroordeling een opmaat voor het verkrijgen van schadevergoeding. Aldus kan het strafrecht een effectieve remedie bieden, iets waar de UN Guiding Principles op aansturen.

Ten slotte vergt de derde pijler van de UN Guiding Principles dat slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen over een effectieve remedie kunnen beschikken. Hier speelt het Nederlandse straf(proces)recht slechts een bescheiden rol waar het gaat om de toegang van slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen tot herstel en/of verhaal via gerechtelijke klachtenmechanismen. In het Nederlandse strafrecht is de rol van het slachtoffer beperkt. Het slachtoffer van IMVO-gerelateerde strafrechtelijke gedragingen door een onderneming kan zich voegen als benadeelde partij in het strafproces tegen die onderneming en een vordering tot schadevergoeding aan de strafrechter kan voorleggen. De gevorderde schadevergoeding moet wel betrekking hebben op schade die rechtstreeks is veroorzaakt door het ten laste gelegde feit. Aldus biedt het strafproces een betrekkelijk eenvoudige weg om zonder al te veel kosten en via een relatief snelle weg een veroordeling tot betaling van schadevergoeding te verkrijgen.

Een belangrijke beperking is evenwel dat de behandeling van deze vordering van de benadeelde partij naar Nederlands recht geen onevenredige belasting van het strafproces mag opleveren. Bij meer complexe schadeclaims zal dit echter al snel het geval zijn, wat betekent dat het slachtoffer zal worden gedwongen zijn toevlucht te zoeken tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Een voorbeeld levert de Van Anraat-zaak. Aldus blijkt een voorwaarde voor eenvoudige afdoening van een vordering tot schadevergoeding van slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtschendingen via het strafproces een beslissende barrière te zijn. Alsdan verschaft het Nederlandse strafrecht geen effectieve remedie voor slachtoffers, waar de UN Guiding Principles dat wel verlangen. Hier moet dan worden teruggevallen op het civiele aansprakelijkheidsrecht, waarover hiervoor reeds opmerkingen zijn gemaakt.

5.3 DE JURIDISCHE STATUS QUO IN NEDERLAND IN RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF EN IN HET LICHT VAN DE MOGELIJKE GEVOLGEN VOOR HET VESTIGINGSKLIMAAT

5.3.1 IMVO-gerelateerde verplichtingen en de mogelijkheden tot handhaving daarvan in rechtsvergelijkend perspectief

Het ondernemingsrecht

In grote lijnen is het juridische plaatje ten aanzien van de (I)MVO-gerelateerde verplichtingen voor internationaal opererende ondernemingen en de mogelijkheden tot handhaving daarvan op het gebied van het ondernemingsrecht in de andere onderzochte landen (België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland) vergelijkbaar met dat in Nederland. Ook in de andere stelsels staat het ondernemingsbelang steeds voorop. Dat betekent dat er ook daar slechts beperkt ruimte bestaat voor het in acht nemen van de belangen van niet direct bij de onderneming betrokken derden voor zover dit niet vereist is door de wet of de statuten van de onderneming of in het belang van de onderneming zelf is. Hoewel het lastig vergelijken is, lijkt het Franse het begrip *l'intérêt social* momenteel de meest ruime mogelijkheden te bieden waar het gaat om de rol die mens- en milieugerelateerde belangen van derden kunnen spelen in het kader van het vennootschappelijk belang of equivalenten daarvan in de hier onderzochte landen.

Relevante normen met betrekking tot de verplichtingen van bestuurders en, waar van toepassing, commissarissen waar het gaat om hun algemene taakuitoefening, corporate governance en externe verslaglegging verschillen over het algeheel weinig van de in Nederland geldende normen. In sommige landen bestaat meer dan in Nederland discussie over de vraag in hoeverre bestuurders die vrijwillig op (I)MVO-gericht beleid voeren gevrijwaard kunnen worden van aansprakelijkheid jegens de vennootschap en/of de aandeelhouders. Daarbij geldt net als in Nederland dat derden die schade hebben geleden als gevolg van de negatieve impact van de ondernemingsactiviteiten op mens en milieu in binnen- of buitenland, doorgaans geen toegang hebben tot de ondernemingsrechtelijke handhavingsmechanismen. Hierop bestaan enkele beperkte uitzonderingen, bijvoorbeeld in het Franse ondernemingsrecht.

Ook in de andere stelsels zijn moedermaatschappijen in beginsel niet verantwoordelijk voor de schulden en activiteiten van hun dochtermaatschappijen en is er slechts bij hoge uitzondering ruimte voor doorbraak van aansprakelijkheid ten behoeve van externe derden. In het Duitse systeem bestaat een meer uitvoerige regeling van concernverhoudingen. Deze is echter gericht op de relatie tussen moeder en dochter en roept dus geen verplichting in het leven voor de moeder tot het in acht nemen van de belangen van derden wiens mens- en milieugerelateerde belangen negatief beïnvloed worden door de activiteiten van de dochter.

Er zijn enkele punten waarop het ondernemingsrecht in de andere landen interessante en relevante verschillen vertoont met de Nederlandse juridische status quo.

In Frankrijk kan bijvoorbeeld gewezen worden op de rapportageverplichting over de impact op milieu en maatschappij van de Franse Loi Grenelle II, die ook ziet op de impact van de activiteiten van dochtermaatschappijen en voor zeer specifieke gevallen een schuldaansprakelijkheid van de moedermaatschappij in het leven roept voor bodemvervuiling door een failliete dochter. Daarnaast is er momenteel een wetsvoorstel in behandeling inzake een *devoir de vigilance*, waarin beoogd wordt een verplichting tot gepaste zorgvuldigheid in het leven te roepen voor bepaalde grote Franse vennootschappen. Het gaat om een zorgvuldigheidsverplichting ten aanzien van mens- en milieugerelateerde risico's die verbonden zijn aan de eigen activiteiten, maar ook aan die van

dochtervennootschappen, onderaannemers en leveranciers. Ten uitvoering hiervan dient door de normadressaten een *plan de vigilance* opgesteld te worden. Overtreding van deze bepaling kan onder meer leiden tot civielrechtelijke aansprakelijkheid en boetes.

In het Verenigd Koninkrijk kan gewezen worden op s. 172 van de Engelse Companies Act dat betrekking heeft op de belangen waarnaar bestuurders zich moeten richten bij het bevorderen van het succes van de vennootschap. Daarin is ook een bepaling opgenomen dat zij acht moeten slaan op de impact van ondernemingsactiviteiten op milieu en maatschappij. Deze bepaling heeft echter slechts een beperkt bereik en kan niet ingeroepen worden door derden die schade lijden als gevolg van de negatieve impact van de ondernemingsactiviteiten op mens en milieu. Daarnaast kent het Engelse recht diverse transparantiebepalingen ten aanzien van de impact van de ondernemingsactiviteiten op (I)MVO-gerelateerde belangen. Het meest interessant in dat opzicht is de transparantiebepaling in s. 54 van de recent aangenomen Engelse Modern Slavery Act. Op grond daarvan dienen ondernemingen elk jaar een verklaring af te leggen over de maatregelen die zij hebben genomen ter voorkoming van moderne slavernij in de productieketen.

In Zwitserland kan gewezen worden op een recente motie met een voorstel voor het aannemen van een *due diligence*-verplichting voor Zwitserse ondernemingen ten aanzien van mensenrechten- en milieukwesties die het net niet gehaald heeft in het Zwitserse parlement. In reactie daarop is in april 2015 voor verschillende Zwitserse ngo's een burgerwetgevingsinititatief gelanceerd met betrekking tot een wettelijke verplichting tot *due diligence* op IMVO-gebied voor Zwitserse ondernemingen. De voorgestelde verplichting houdt in dat Zwitserse ondernemingen mensenrechten- en milieunormen in binnen- en buitenland dienen te respecteren en te laten respecteren door ondernemingen die zij controleren (waaronder dochtermaatschappijen maar ook ondernemingen waarover *de facto* controle kan worden uitgeoefend) en dat zij in dit kader *due diligence* dienen te verrichten. Overtreding van deze verplichting kan leiden tot civielrechtelijke aansprakelijkheid.

Het civiele aansprakelijkheidsrecht

In grote lijnen is het juridische plaatje ten aanzien van de (I)MVO-gerelateerde verplichtingen voor internationaal opererende ondernemingen en de mogelijkheden tot handhaving daarvan op het gebied van het civiele aansprakelijkheidsrecht in de andere onderzochte landen (België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland) vergelijkbaar met dat in Nederland. Ook in andere stelsels zijn slachtoffers van (I)MVO-normschendingen uit gastlanden in beginsel aangewezen op civiele aansprakelijkheidsrecht om (functionarissen van) ondernemingen aan te spreken voor nadeel toegebracht aan mens en milieu als gevolg van activiteiten door of voor die ondernemingen. In alle landen gelden daarbij vergelijkbare regels die het mogelijk maken om gedragingen van functionarissen die zijn verricht in het kader van hun taakuitoefening toe te rekenen aan de onderneming.

Regels omtrent rechterlijke bevoegdheid en toepasselijk recht zijn in grote lijnen hetzelfde in de andere landen. Daarbij geldt wel dat in verschillende van de onderzochte landen op specifieke punten ruimere mogelijkheden bestaan dan in Nederland voor rechters om bevoegdheid aan te nemen over vorderingen tegen niet-Europese dochtermaatschappijen of ketenpartners. In alle landen behalve Zwitserland gelden dezelfde regels als in Nederland met betrekking tot het recht dat van toepassing is op civiele aansprakelijkheidsvorderingen. In Zwitserland gelden soortgelijke regels, maar ontbreekt bijvoorbeeld de bijzondere regel omtrent het toepasselijke recht in gevallen van milieuschade, die juist in de IMVO-context zeer relevant kan zijn.

Ook de mogelijkheden om ondernemingen civielrechtelijk aansprakelijk te stellen voor schendingen in het kader van hun activiteiten in gastlanden van wettelijke gedragsnormen of van ongeschreven

zorgvuldigheidsnormen ter bescherming van mens- en milieugerelateerde belangen zijn in grote lijnen vergelijkbaar met die in Nederland. Daarbij geldt dat in de meeste andere stelsels net als in Nederland nog geen jurisprudentie bestaat over de aansprakelijkheid naar eigen recht van internationaal opererende ondernemingen voor IMVO-normschendingen in het kader van hun eigen activiteiten of die van hun dochtermaatschappijen en ketenpartners in gastlanden.

Dat heeft onder meer te maken met het feit dat in dit soort procedures vaak eerst over veelal complexe voorvragen geprocedeerd dient te worden (bijvoorbeeld inzake bevoegdheid, bewijsverkrijging, ontvankelijkheid, vorderingsgerechtigdheid, enz.) alvorens toegekomen kan worden aan behandeling van de aansprakelijkheidsvraag. Daarnaast is in dit soort procedures doorgaans het (aansprakelijkheids)recht van het gastland is dat van toepassing, wat betekent dat zelfs als het zover komt er veelal geen duidelijkheid geschept wordt ten aanzien van de mogelijkheden die het aansprakelijkheidsrecht van het thuisland in deze context biedt. Tot slot is met name in het Verenigd Koninkrijk, waar tot op heden de meeste IMVO-gerelateerde civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures zijn aangebracht, een goed deel van deze procedures geëindigd in een buitengerechtelijke schikking, met als consequentie dat een rechterlijke uitspraak over de aansprakelijkheidsvraag is uitgebleven.

Er zijn enkele punten waarop het civiele aansprakelijkheidsrecht in de andere landen interessante en relevante verschillen vertoont met de Nederlandse juridische status quo. Zo heeft een Franse rechter recent rechtsmacht aangenomen over een IMVO-gerelateerde civiele door Gabonese spoorwerkers tegen de Franse moedermaatschappij van hun voormalig werkgeefster op grond van *forum necessitatis*. In dezelfde procedure werd door de rechter beslist dat de moedermaatschappij naar Frans recht aansprakelijk was jegens werknemers van haar buitenlandse dochter die zonder ontslagvergoeding ontslagen zijn op basis van het feit dat zij aangemerkt kon worden als medewerkgever van de werknemers van haar dochter. Daarnaast is interessant dat in het Franse wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance* voor bepaalde grote Franse vennootschappen de niet-naleving van de verplichting tot het opstellen van een *plan de vigilance* met betrekking tot de aan de activiteiten van dochtermaatschappijen, onderaannemers en toeleveranciers verbonden IMVO-gerelateerde risico's, gekoppeld wordt aan de ruime Franse bepaling van schuldaansprakelijkheid van art. 1382 CC. Volgens sommige critici voegt de huidige versie van het wetsvoorstel echter weinig toe aan de op basis van dat artikel reeds bestaande (maar vooralsnog ongeteste) mogelijkheden tot aansprakelijkheid in de IMVO-context.

Het Verenigd Koninkrijk is tot dusverre het enige van de hier onderzochte landen waar op grond van het nationale civiele aansprakelijkheidsrecht een zorgplicht is aangenomen voor een moedermaatschappij van een concern ten aanzien van de MVO-gerelateerde belangen van derden. Het ging daarbij om een zorgplicht jegens een werknemer van één van haar dochtermaatschappijen die in het kader van zijn werkzaamheden voor de dochter was blootgesteld aan asbest en daardoor gezondheidsschade had geleden. Volgens de Engelse rechter rustte op de moedermaatschappij een zorgplicht jegens de werknemer van haar dochter in verband met het feit dat zij superieure kennis had van de risico's die verbonden waren aan de blootstelling aan asbest en daarnaast in zekere mate controle kon uitoefenen over de bedrijfsactiviteiten van haar dochter en dit ook deed. Aanwijzingen dat dit precedent ook toepasbaar zou kunnen zijn in de IMVO-context vloeien onder meer voort uit het feit dat de Engelse rechter in de betreffende uitspraak verwijst naar eerdere IMVO-gerelateerde procedures. Daarbij moet vermeld worden dat de Rechtbank Den Haag in de Nederlandse Shell Nigeria-zaak, die beoordeeld werd op grond van het sterk op Engels recht gelijkende Nigeriaanse aansprakelijkheidsrecht, toepassing ervan ook heeft overwogen, maar uiteindelijk afgewezen heeft op basis van verschillen tussen beide procedures in de relevante feiten en omstandigheden.

Het Zwitserse burgerwetgevingsinitiatief dat ziet op de invoering van een wettelijke verplichting inzake '*responsabilité des entreprises*' bevat ook een bepaling waarin voorzien is dat de daarmee samenhangende verplichtingen voor Zwitserse ondernemingen ten aanzien van de impact van hun activiteiten op mens en milieu, plaatsvindt op basis van het Zwitserse civiele aansprakelijkheidsrecht. Hierin wordt voorzien dat Zwitserse ondernemingen niet alleen aansprakelijk zijn voor hun eigen activiteiten in deze context, maar ook voor schade die wordt veroorzaakt door onrechtmatige gedragingen van ondernemingen onder hun controle. Het voorgestelde artikel ontslaat de benadeelden van de verplichting om aan te tonen dat de controlerende onderneming zelf een onrechtmatige gedraging begaan heeft. Zij roept daarbij geen strikte aansprakelijkheid in het leven voor de controlerende onderneming maar een aansprakelijkheid met een omkering van de bewijslast. Kan de controlerende onderneming aantonen dat zij de op grond van het wetsvoorstel vereiste zorgvuldigheid heeft betracht, dan ontloopt zij aansprakelijkheid op deze grondslag.

Interessant is ook dat het wetsvoorstel een bepaling bevat die het classificeert als een voorrangsregel die als zodanig moet worden toegepast door de Zwitserse rechter, ongeacht het op de vordering toepasselijke recht. Daarmee wordt beoogd om de toepasselijkheid van het Zwitserse civiele aansprakelijkheidsrecht zeker te stellen in IMVO-gerelateerde juridische procedures die voor de Zwitserse rechter aangebracht worden. Deze bepaling geeft een indicatie hoe een sterkere rol voor het civiele aansprakelijkheidsrecht van de thuislanden van in Europa gevestigd internationaal opererende ondernemingen in de IMVO-context mogelijk bewerkstelligd zou kunnen worden, ook binnen het kader van de in de EU geldende Rome II-Verordening inzake het toepasselijk recht op non-contractuele verbintenissen.

Net als in Nederland bestaan er in de meeste andere hier onderzochte landen drempels om procedures aan te brengen hoog voor benadeelden van IMVO-gerelateerde normschendingen door internationaal opererende ondernemingen in verband met regels omtrent kosten, collectieve actie en bewijsgaring. Het Engelse systeem is in dit opzicht de uitzondering die de regel bevestigt, aangezien het ruimere mogelijkheden kent dan in Nederland waar het gaat om resultaatgerichte beloningsafspraken met advocaten, collectieve acties en bewijsgaring. Mogelijkheden tot het verkrijgen van gefinancierde rechtsbijstand zijn in het Verenigd Koninkrijk echter recent ingeperkt. Verder geldt in algemene zin bijvoorbeeld dat de kosten van procederen in België relatief laag zijn, terwijl de mogelijkheden tot bewijsgaring in Frankrijk ruimer lijken te zijn dan in de andere onderzochte landen (behalve het Verenigd Koninkrijk) en dat de mogelijkheden tot het instellen van collectieve (schadevergoedings)acties in alle andere landen (behalve het Verenigd Koninkrijk) relatief beperkt zijn. De mogelijkheden tot het instellen van collectieve schadevergoedingsacties zullen in Nederland overigens in de nabije toekomst verruimd worden. In sommige landen zijn eisers van buiten de EU in het nadeel wat de kosten van procederen betreft, bijvoorbeeld omdat voor hen geen recht op gefinancierde rechtsbijstand bestaat; dit geldt in principe niet voor Nederland.

Het strafprocesrecht

Voor het Nederlandse straf(proces)recht is aangegeven dat dit een eigenstandige rol, een aanvullende rol en/of een ondersteunende rol op civielrechtelijke procedures kan hebben om schendingen van IMVO-normen te redresseren (zie par. 5.2). Waar het gaat om de systeemkenmerken van het strafprocesrecht en de manier waarop dit een ondersteunende en/of aanvullende rol kan hebben op civielrechtelijke procedures bestaan er in sommige van de andere onderzochte landen (België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland) opvallende verschillen met Nederland. Daarbij gaat het onder meer om wie een strafvervolging kan bewerkstelligen (het openbaar ministerie en/of een andere strafvorderlijke autoriteit – dus de vraag naar het bestaan van een vervolgingsmonopolie – en/of het slachtoffer van schending van een IMVO-norm, al dan niet na of via een aangifte), of het slachtoffer via

het strafprocesrecht een vordering tot schadevergoeding kan indienen en tijdens het strafproces kan laten behandelen en of een strafrechtelijke veroordeling een bepaalde bewijskracht heeft in een civiele procedure.

Door het doen van aangifte kan het slachtoffer in alle onderzochte landen een schending van een IMVO-norm ter kennis van het openbaar ministerie of een andere strafvorderlijke autoriteit (met name de politie) brengen. Vanaf dat moment gaan de strafvorderlijke stelsels in de onderzochte landen uiteenlopen. Met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk, dient in alle onderzochte landen vervolgens door het openbaar ministerie, meestal na nader (politieel en/of justitieel) onderzoek, te worden besloten of het al dan niet overgaat tot vervolging van de verdachte. In Nederland heeft het openbaar ministerie een vervolgingsmonopolie, hetgeen inhoudt dat alleen en exclusief de officier van justitie beslist om tot vervolging over te gaan. Hiertoe geldt vanwege het opportuniteitsbeginsel dat het openbaar ministerie in beginsel niet vervolgt, tenzij er redenen van algemeen belang zijn om wel te vervolgen. Het slachtoffer kan in geval van niet-vervolging alleen bij het gerechtshof de klacht voorleggen dat het openbaar ministerie ten onrechte niet vervolgt.

In de andere onderzochte landen heeft het openbaar ministerie geen vervolgingsmonopolie. Het slachtoffer dat rechtstreeks schade lijdt door het strafbare feit kan zelf een vervolging starten (België, Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk) of het openbaar ministerie verzoeken een vervolging te starten (Duitsland en Zwitserland). Daarbij gelden per land specifieke voorwaarden, die onderling moeilijk te vergelijken zijn vanwege de samenhang met systeemkenmerken van het desbetreffende strafprocesrecht. Wanneer het slachtoffer zelf een vervolging start (private vervolging) moet in België, Duitsland en Frankrijk het openbaar ministerie de vervolging overnemen; in het Verenigd Koninkrijk is de *Director of Public Prosecution* bevoegd om de vervolging over te nemen.

Voor zover bekend, is opvallend dat in het merendeel van de hier onderzochte landen, met uitzondering van Frankrijk, in de praktijk tot dusverre weinig gebruik is gemaakt van de mogelijkheid tot private vervolging in de IMVO-context. Mogelijke verklaringen daarvoor zijn de financiële lasten (bijvoorbeeld de noodzaak een borgsom te betalen, of het risico van proceskostenveroordeling), beperkende voorwaarden zoals een beperking tot bepaalde delicten, en de hiervoor vereiste kennis van het strafprocesrecht. In Frankrijk wordt in de IMVO-context wel gebruik gemaakt van de mogelijkheid een private vervolging te starten. Uit de hierna te bespreken indicatieve tabel met procedures volgt dat Frankrijk met acht strafrechtelijke procedures koploper is in vergelijking met de andere onderzochte landen. Deze strafrechtelijke procedures zijn gestart door actieve ngo's die gebruik maken van een systeemkenmerk van het Franse strafprocesrecht, de *action civile*, die onder meer de mogelijkheid van private vervolging omvat. Bij de bespreking van de tabel zal evenwel ook blijken dat deze strafrechtelijke procedures tot op heden nog niet tot veroordelingen hebben geleid.

Duitsland kent nog de figuur van de zgn. *Nebenkläge*, waarbij het slachtoffer naast de openbaar aanklager als mede-aanklager optreedt. Het slachtoffer is dan volwaardige procespartij met allerlei rechten en bevoegdheden. Buiten de genoemde mogelijkheden kunnen er nog procedures zijn waarmee kan worden opgekomen tegen een beslissing tot niet-vervolgen (België en Duitsland). Voor België en Frankrijk geldt dat het openbaar ministerie een discretionaire bevoegdheid heeft inzake de vervolgingsbeslissing. In Duitsland en Zwitserland geldt inzake de vervolgingsbeslissing het legaliteitsbeginsel: alle zaken die ter kennis van het openbaar ministerie komen, moeten als uitgangspunt worden vervolgd. Het Engelse strafprocesrecht wijkt zodanig af van het voorgaande beeld dat het moeilijk vergelijkbaar is. Er bestaat in het Engelse recht geen Wetboek van Strafvordering met een coherent systeem en regeling van rechten en bevoegdheden in de strafvordering, procedures en posities van procesdeelnemers. Er is dan ook geen openbaar ministerie met een zelfde centrale rol inzake de vervolgingsbeslissing als in de andere onderzochte landen.

Voor alle onderzochte landen, behoudens het Verenigd Koninkrijk, geldt dat het strafprocesrecht een instrument kent voor het slachtoffer om zijn schade die rechtstreeks veroorzaakt is door het strafbare feit via het strafproces te trachten te verhalen op de dader. Het slachtoffer voegt zich daartoe met zijn vordering tot schadevergoeding in het strafproces en dwingt aldus de strafrechter ertoe om te beslissen over een civielrechtelijk vraagstuk: is de dader gehouden tot het betalen van schadevergoeding aan het slachtoffer, en zo ja, welke schade en voor welk bedrag moet worden vergoed? Het voordeel voor het slachtoffer is evident: aldus kan hij via het strafproces op betrekkelijk eenvoudige wijze en vaak sneller en goedkoper dan via een civielrechtelijke procedure proberen zijn schade vergoed te krijgen door de dader. Uiteraard kent elk onderzocht stelsel eigen, beperkende, voorwaarden. Het zijn dikwijls ook die beperkende voorwaarden die maken dat dit instrument voor civiel schadeverhaal via het strafproces niet of beperkt wordt gebruikt, al dan niet in combinatie met andere omstandigheden, zoals vigerende opvattingen over wat wel en niet thuishoort in een strafproces (zoals bijvoorbeeld het geval is in Duitsland).

In België, Frankrijk en Nederland is de civiele rechter gebonden aan uitspraken van de strafrechter. Het strafrechtelijke vonnis of arrest heeft in deze landen dwingende bewijskracht in een civielrechtelijke procedure. Het gaat dan vooral om de door de strafrechter vastgestelde feiten en kernonderdelen van de uitspraak, zoals de schade. In Duitsland bestaat er een facultatieve dwingende bewijskracht van een strafrechtelijke veroordeling. Dit houdt in dat de civiele rechter moet beoordelen of de uitspraak van de strafrechter aanleiding geeft tot aanmerkelijke twijfel over vooral de vastgestelde feiten. Is die twijfel er niet, dan moet de civiele rechter het oordeel van de strafrechter volgen. Is de twijfel er wel, dan hoeft de civiele rechter de strafrechtelijke uitspraak niet volgen. In de praktijk volgt de civiele rechter doorgaans de uitspraken van de strafrechter. In het Engelse recht is de civiele rechter niet gebonden aan uitspraken van de strafrechter, maar kan deze wel als bewijs van feiten in de procedure toelaten.

Materieelstrafrechtelijke case studies

Een quickscan van het materiële strafrecht van de onderzochte landen heeft een tweetal regelingen opgeleverd waaruit inspiratie kan worden geput voor een denkrichting die zou kunnen uitmonden in aanpassing van het Nederlandse strafrecht om dat (nog) beter te outilleren voor het gebruik daarvan voor een strafrechtelijke aanpak van schendingen van mens- en milieugerelateerde belangen in gastlanden. Beide regelingen zijn afkomstig uit het Verenigd Koninkrijk.

Voor het materieel strafrecht kan tot inspiratie dienen artikel 7 Bribery Act 2010. Deze bepaling vestigt strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens 'failure to prevent bribery'. Dit is een vorm van preventief strafrecht, waarbij de strafbepaling een risico-aansprakelijkheid behelst. De strafrechtelijke aansprakelijkheid grijpt hier niet aan bij de gedraging die een schending van mens- en milieugerelateerde belangen in gastlanden oplevert, maar in de fase daaraan voorafgaand. Ondernemingen worden door artikel 7 Bribery Act 2010 verplicht voorzorgsmaatregelen te treffen om omkoping te voorkomen. Treffen zij evenwel adequate maatregelen, dan werkt dat daderschapuitsluitend: de onderneming is niet strafrechtelijk aansprakelijk. Aldus heeft de onderneming een zgn. *due diligence defence*, maar zij moet wel zelf op basis van een *balance of probabilities* aantonen dat zij aan haar zorgplicht heeft voldaan. Het Engelse Ministerie van Justitie heeft aan ondernemingen handreikingen geboden voor het invullen van de zorgplicht door middel van het formuleren van zes beginselen en die van commentaar en voorbeelden te voorzien. Tegelijkertijd verschaft dat de rechter beoordelingsmaatstaven om na te gaan of een onderneming inderdaad adequate maatregelen heeft genomen. Aan de regeling van artikel 7 Bribery Act 2010 is tevens extraterritoriale werking toegekend zodat buitenlandse ondernemingen die zaken willen doen in het Verenigd Koninkrijk, zich eveneens aan deze verplichtingen dienen te houden.

Voor het materieel strafrecht biedt voorts de Modern Slavery Act 2015 met diens *slavery and trafficking reparation orders* het inzicht dat in bepaalde gevallen het mogelijk kan zijn dat een beperkende voorwaarde voor civiel schadeverhaal via het strafproces zou kunnen worden opgeheven. De genoemde *orders* zijn wat betreft werking en effect vergelijkbaar met schadevergoedingsmaatregel van artikel 36f Sr, maar kennen niet de belemmering daarvan dat het strafproces niet onevenredig mag worden belast door de behandeling van de vordering benadeelde partij. Dat betekent dat complexe en/of omvangrijke schadevergoedingskwesties ook door de strafrechter worden afgedaan. Voorts is de Engelse strafrechter verplicht om in alle gevallen dat aan de toepassingsvoorwaarden van de *slavery and trafficking reparation order* is voldaan ambtshalve te overwegen of de order moet worden opgelegd. Gaat hij niet daartoe over, dan moet hij dat motiveren.

Bij wijze van materieelstrafrechtelijk uitstapje is nog de recent in werking getreden *Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger* in het onderzoek betrokken. Deze wet bevat een wettelijke plicht voor bepaalde ondernemingen (*private military and security companies*, PMSC's) en hun functionarissen en werknemers om bepaalde ernstige mensenrechtenschendingen te voorkomen. Het gaat dan om kort gezegd het leveren van beveiligingsdiensten die bijdragen aan ernstige mensenrechtschendingen in het kader van buitenlandse vijandelijkheden of het rekruteren of het beschikbaar stellen van personeel voor het direct deelnemen in buitenlandse vijandelijkheden. Natuurlijke personen die zich schuldig maken aan deze activiteiten zijn strafbaar. De wet heeft extraterritoriale werking doordat de verbodsbepalingen ook gelden voor ondernemingen die niet in Zwitserland zijn gevestigd, maar wel worden gecontroleerd door Zwitserse PMSC's. Dat betekent dat de gedragingen van natuurlijke personen in dienst van die buitenlandse ondernemingen onder de reikwijdte van de wet vallen. Voorts stelt de wet voor de toepassing daarvan dochterondernemingen gelijk aan de moedermaatschappij. Ten slotte kan in het kader van de handhaving van de wet de strafrechtelijke vervolging van de natuurlijke persoon worden vervangen door een bestuursrechtelijke beboeting van de onderneming.

IMVO-gerelateerde juridische procedures: een overzicht

Voor elk van de onderzochte landen is in kaart gebracht of en in hoeverre er op grond van het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht of het strafrecht procedures zijn aangebracht tegen internationaal opererende ondernemingen voor schendingen van mens- en milieugerelateerde belangen in gastlanden. Om een algemene vergelijking mogelijk te maken van deze procedures is hieronder een indicatieve tabel opgesteld.

Gekeken is naar IMVO-gerelateerde procedures aangebracht door of namens derden uit gastlanden van 1990 tot nu. De tabel is indicatief omdat het in veel landen lastig bleek om concrete informatie over de onderzochte procedures, zoals processtukken en soms zelfs rechterlijke uitspraken, boven tafel te krijgen. Het is dan ook mogelijk dat het aantal relevante rechtszaken in de ons omringende landen hoger ligt dan hier weergegeven. Verder hangt de telling nauw samen met de definitie van wat IMVO-gerelateerde juridische procedures zijn. In dat kader moet opgemerkt worden dat in deze tabel alleen procedures zijn meegerekend die ingesteld zijn tegen ondernemingen. Dat betekent dat de bijvoorbeeld procedures als de Nederlandse IMVO-gerelateerde strafzaken tegen de Nederlandse zakenmannen Van Anraat en Kouwenhoven niet zijn meegenomen.
Verder moet opgemerkt worden dat voor deze tabel gerekend is met de verschillende rechtszaken en niet alle afzonderlijke (deel)procedures die in sommige gevallen binnen één rechtszaak spelen. Deze (deel)procedures hangen namelijk in veel gevallen inhoudelijk en procesmatig nauw met elkaar samen en bovendien is er om de eerdergenoemde reden vaak onvoldoende informatie beschikbaar over de afzonderlijke procedures binnen een rechtszaak. Wel is binnen de verschillende rechtszaken een

onderscheid gemaakt tussen civielrechtelijke en strafrechtelijke procedures, omdat deze een geheel andere doelstelling, functie en (mogelijk) resultaat kennen.

Een voorbeeld is de Trafigura-zaak, in het kader waarvan in Nederland zowel strafrechtelijke als civielrechtelijke procedures zijn gevoerd. Voor het strafrecht ging het daarbij om een vervolging van Trafigura B.V, een bestuurder van Trafigura B.V., een medewerker van Trafigura Ltd., de kapitein van de Probo Koala, Amsterdam Port Services (APS), een bestuurder van APS en de gemeente Amsterdam. In het kader van onderstaande tabel worden deze procedures beschouwd als één zaak; zij worden echter wel onderscheiden van de twee civielrechtelijke procedures die in dit kader zijn ingesteld, die op hun beurt wel weer als één (civielrechtelijke) rechtszaak gelden.

Land	Onderne-mings-recht	Civiele zaken: aantallen	Civiele zaken: uitkomsten	Strafzaken: aantallen	Strafzaken: uitkomsten	Totalen
België	0	0	nvt	1	• 1 gestaakt (onbevoegd)	1
Duitsland	0	3	• 2 lopend • 1 geschikt	2	• 1 status onduidelijk • 1 OM staakt onderzoek	5
Frankrijk	0	2	• 1 schadevergoeding toegewezen • 1 afgewezen (geen schending internationale verplichting)	8	• 1 OM staakt onderzoek; • 1 OM staakt onderzoek en gevoegde civiele vordering geschikt • 3 lopend • 2 lopend (inclusief gevoegde civiele vordering) • 1 status onduidelijk	10
Engeland	0	13	• 4 lopend • 6 geschikt • 1 deels geschikt, deels lopend • 1 afgewezen (geen bevoegdheid) • 1 afgewezen (verjaard)	0	nvt	13
Zwitserland	0	0	nvt	2	• OM staakt beide zaken (waarvan 1 vanwege verjaring)	2
Nederland	0	2	• 1 deels schade-vergoeding toegewezen • 1 deels afgewezen, deels aanhanging	2	• 1 geseponeerd • 1 veroordeling	4
Totalen	0	20		15		35

Op grond van deze tabel kan een aantal constateringen worden gedaan met betrekking tot de prevalentie, de aard en het verloop van IMVO-gerelateerde rechtszaken in de onderzochte landen.

In de eerste plaats valt op dat in geen van de onderzochte landen een ondernemingsrechtelijke procedure gestart is door benadeelden van MVO-gerelateerde normschendingen door internationaal opererende ondernemingen in gastlanden. Dit kan verklaard worden door het feit dat, zoals eerder al werd geconstateerd, voor alle onderzochte landen geldt dat derden die schade hebben geleden als gevolg van de negatieve impact van de ondernemingsactiviteiten op mens en milieu doorgaans geen of slechts in zeer beperkte mate toegang hebben tot de ondernemingsrechtelijke handhavingsmechanismen.

In de tweede plaats kan worden geconstateerd dat het aantal procedures per land vooralsnog betrekkelijk laag is, met enkele opmerkelijke verschillen tussen de landen. In België is tot op heden slechts één rechtszaak tegen een internationaal opererende onderneming voor de rechter gebracht in

verband met schade aangericht aan mens en milieu in gastlanden en in Zwitserland slechts twee, terwijl in dat er in het Verenigd Koninkrijk dertien zijn en in Frankrijk tien. Nederland zit aan de kant van België en Zwitserland met een totaal van vier rechtszaken, waarvan twee met betrekking tot het afvaldumpingsschandaal met de Probo Koala in Ivoorkust.

Hoewel het aantal juridische procedures in de IMVO-context de laatste jaren snel toeneemt (vijftien jaar geleden waren er in totaal vier van dit soort zaken aangebracht voor rechters in de hier onderzochte landen en nu zijn dat er al meer dan dertig), moet toch geconstateerd worden dat schendingen van IMVO-normen blijkbaar niet snel leiden tot juridische procedures voor Europese rechters. Dit kan mede verklaard worden door het feit dat met uitzondering wellicht van het Verenigd Koninkrijk (voor het civiele recht) en Frankrijk (voor het strafrecht) er in alle onderzochte landen praktische en procedurele drempels bestaan die het voor potentiële eisers lastig kunnen maken om IMVO-gerelateerde juridische procedures te initiëren.

In de derde plaats laat de tabel zien dat wanneer alle rechtszaken in alle onderzochte landen tezamen genomen worden, er net meer civielrechtelijke procedures dan strafrechtelijke procedures zijn gestart. Het primaat lijkt derhalve te liggen bij civiele aansprakelijkheidsprocedures. Dit geldt overigens niet voor België en Zwitserland, want in die landen komt geen enkele civielrechtelijke procedure voor; gezien het lage aantal IMVO-gerelateerde rechtszaken in die landen tot dusverre kunnen daar echter weinig conclusies aan verbonden worden.

Voor het schijnbare primaat van het civiele aansprakelijkheidsrecht zijn in elk geval twee mogelijke verklaringen te noemen. Ten eerste kunnen civielrechtelijke procedures niet alleen door slachtoffers worden gestart maar vaak ook door belangengroeperingen en andere belanghebbenden, waaronder, afhankelijk van de grondslag, bijvoorbeeld ook consumenten en concurrenten. Daar staat tegenover dat in veel van de onderzochte landen de beslissing tot het strafrechtelijk vervolgen van een onderneming wegens IMVO-normschendingen ligt bij het openbaar ministerie, althans (in het Engelse recht) bij de strafvorderlijke overheid. De tweede mogelijke verklaring hangt hiermee samen en luidt dat voor het openbaar ministerie, althans de strafvorderlijke overheid, in de onderzochte landen de vervolging van dergelijke zaken weinig prioriteit lijkt te hebben naast de vele andere strafzaken waarvoor de schaarse capaciteit moet worden aangewend.

In de vierde plaats valt op dat Frankrijk de meeste strafrechtelijke procedures kent, zowel in vergelijking tot de strafrechtelijke procedures in de andere onderzochte landen als in vergelijking tot de civielrechtelijke procedures in Frankrijk. Het gaat om acht strafzaken tegen twee civielrechtelijke aansprakelijkheidszaken in Frankrijk en tegen één strafrechtelijke procedure in België, twee in Zwitserland, twee in Nederland, twee in Duitsland en nul in het Verenigd Koninkrijk.

Kijkend naar de strafrechtelijke procedures in Frankrijk tegen de achtergrond van het Franse strafprocesrecht is hier een duidelijke verklaring voor. In Frankrijk heeft het slachtoffer van een strafbaar feit een *action civile*, hetgeen mede inhoudt de mogelijkheid om een strafrechtelijke vervolging te starten zonder dat het openbaar ministerie daartoe is overgegaan of overgaat. Daarnaast kan het slachtoffer zich als benadeelde partij in een reeds gestarte strafrechtelijke vervolging voegen met een vordering tot schadevergoeding. Vanwege deze mogelijkheid om via het strafproces schadevergoeding te vorderen en de daaraan gekoppelde bewijsrechtelijke voordelen, biedt het instellen van de *action civile* perspectief. Daarnaast is het begrip slachtoffer in het Franse Wetboek van Strafvordering uitgebreid met allerlei soorten collectieve belangbehartigers. De acht strafrechtelijke procedures zijn dan ook alle gestart door ngo's. Er is echter wel een keerzijde. In twee gevallen was dit omdat het openbaar ministerie (dat een eenmaal ingestelde strafvervolging moet overnemen) het strafrechtelijk onderzoek heeft gestaakt. Onder de vijf lopende zaken bevinden zich drie zaken waarin het

strafrechtelijke onderzoek door het openbaar ministerie in eerste instantie is gestaakt, maar ngo's daartegen bij de rechter bezwaar hebben gemaakt. De conclusie is dat er in Frankrijk relatief veel strafzaken hebben gespeeld in de IMVO-context, maar dat dit niet heeft geleid tot veroordelingen.

De inhoud, structuur en organisatie van het Engelse strafprocesrecht verklaart waarom daar geen enkele strafzaak is gestart. Zo is er in het Verenigd Koninkrijk niet een met het Nederlands openbaar ministerie vergelijkbare openbaar aanklager met een vervolgingsmonopolie. Bovendien hebben slachtoffers geen locus standi in het strafproces en bestaat niet de mogelijkheid zich als benadeelde partij met een vordering tot schadevergoeding te voegen in het strafproces. Tegelijkertijd verklaart het civiele aansprakelijkheidsrecht en het burgerlijk procesrecht waarom er in het Verenigd Koninkrijk juist relatief gezien veel (dertien) civielrechtelijke procedures zijn aangebracht. Daarbij moet echter vermeld worden dat geen enkele van de hier weergegeven IMVO-gerelateerde procedures vooralsnog heeft geleid tot een veroordeling tot schadevergoeding. Wel zijn in zes zaken schikkingen getroffen en zijn vier zaken nog aanhangig. Uit het voorgaande blijkt dat systeemkenmerken en organisatie van de rechtspleging in een land zeer bepalend zijn voor aantallen procedures en de mate van succes daarvan.

In de vijfde en laatste plaats laat de tabel zien dat het resultaat van de IMVO-gerelateerde rechtszaken in de onderzochte landen in termen van civielrechtelijke of strafrechtelijke veroordelingen tot dusverre zeer beperkt is. Nederland is het enige land waarin in strafzaken een veroordeling is gerealiseerd. Dit betreft één strafzaak, waarbij die veroordeling dan ziet op het overtreden van een voorschrift van sectorale wetgeving alsmede een het overtreden van een commune strafbepaling. Het gaat daarmee dus strikt genomen niet om een strafbepaling die rechtstreeks een IMVO-norm beoogt te beschermen, alhoewel de normovertreding wel ziet op een gedraging die onderdeel is van het geheel van gedragingen dat als een schending van een IMVO-norm kan worden beschouwd.

In de andere onderzochte landen zijn de meeste IMVO-gerelateerde strafzaken geëindigd omdat het strafrechtelijk onderzoek gestaakt werd door het openbaar ministerie of omdat de strafzaak werd geseponeerd door het openbaar ministerie. Voor zover dat viel te achterhalen, zijn de redenen daarvoor gebrek aan bewijs, gebrek aan bevoegdheid, en verjaring van het recht op strafvordering. In de andere gevallen is door de strafrechter een beslissing genomen die geleid heeft tot het eindigen van de strafzaak, is de strafzaak geëindigd in een schikking, of is de strafzaak nog aanhangig. Voor de civielrechtelijke procedures in de onderzochte landen geldt dat buiten de nog aanhangige zaken relatief veel zaken geëindigd zijn in een schikking, vooral in het Verenigd Koninkrijk. Vorderingen tot schadevergoeding zijn slechts toegewezen in twee civiele aansprakelijkheidszaken, één in Frankrijk en één in Nederland. In een beperkt aantal gevallen zijn civielrechtelijke procedures geëindigd wegens het ontbreken van rechtsmacht, verjaring, of afwijzing van de vordering tot schadevergoeding.

5.3.2 De rol van het vestigingsklimaat

Uit bestaande studies naar het vestigingsklimaat komt een zeer verdeeld beeld naar voren over wat nou precies de factoren zijn die het vestigingsklimaat van een land bepalen en hoe groot de relatieve impact is van de verschillende factoren. Wat uit deze studies duidelijker naar voren komt, is dat regelgeving wel invloed heeft op het vestigingsklimaat, maar niet de belangrijkste factor is. Het is veeleer een factor die op de achtergrond meespeelt bij andere, meer prominente factoren, zoals het belastingklimaat, de stabiliteit van het rechtssysteem en de betrouwbaarheid van het politieke systeem. Van de drie hier onderzochte rechtsgebieden worden regels op het gebied van het ondernemingsrecht wel in verband gebracht met het vestigingsklimaat, maar regels op het gebied van het civiele aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht in veel mindere mate.

De bestaande studies leveren weinig bewijs op dat regelgeving met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties een invloed zouden kunnen hebben op het vestigingsklimaat. Dit is ook niet een onderwerp waar eerder uitvoerig onderzoek naar is gedaan. Er bestaan wel wat studies naar de invloed op het vestigingsklimaat van milieuregelgeving, maar de uitkomsten daarvan zijn zeer verdeeld. De traditionele aanname is dat er een negatief verband zou bestaan tussen het aantal en/of de striktheid van milieuregels en de aantrekkelijkheid van het vestigingsklimaat. Meer recente studies laten echter ook een positieve invloed zien van milieuregelgeving op het vestigingsklimaat, terwijl in andere studies geen verband tussen beide kan worden aangetoond. Mede vanwege de uiteenlopende onderzoeksmethoden en parameters zijn deze studies onderling slecht vergelijkbaar.

Uit de in het kader van dit onderzoek verrichte (qua opzet beperkte) empirische studie komt naar voren dat in alle onderzochte landen (België, Duitsland, Frankrijk, Nederland, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland) soortgelijke factoren genoemd worden die het nationale vestigingsklimaat in algemene zin in die landen aantrekkelijk maken. Het gaat daarbij om factoren als betrouwbaarheid en stabiliteit van het (rechts)systeem, het belastingklimaat, de infrastructuur, de aanwezigheid van hooggeschoolde arbeidskrachten, en een hoge levensstandaard. In vrijwel alle onderzochte landen en zeker ook in Nederland wordt het belastingklimaat door de respondenten als gunstig omschreven. Alleen in Frankrijk wordt het momenteel als minder gunstig ervaren, een omstandigheid die door sommige respondenten in verband gebracht wordt met recente herlokalisaties van afdelingen door Franse ondernemingen naar nabijgelegen landen. Voor alle onderzochte landen geldt dat de arbeidskosten er relatief hoog zijn, wat betekent dat zij op dat vlak dus niet kunnen concurreren met minder ontwikkelde gastlanden (de zgn. 'lagelonenlanden') en dat zij zich dus op andere manieren moeten onderscheiden, zoals de eerdergenoemde betrouwbaarheid van het (rechts)systeem, waarbij het ontbreken van corruptie een belangrijke rol speelt.

De invloed van regelgeving is in alle onderzochte landen met name van belang waar het gaat om zaken als belastingen, arbeid en (intellectueel) eigendom. Een belangrijke boodschap lijkt te zijn dat uiteindelijk niet de striktheid van of veelheid aan regels bepalend is, maar vooral de consistentie en duidelijkheid daarvan. Hoe duidelijker de regel en hoe overzichtelijke de consequenties ervan, hoe makkelijker het is om de daarmee samenhangende kosten in te calculeren. Interessant in dit opzicht is nog wel dat enkele recente Zwitserse voorbeelden, waaronder met betrekking tot regulering van het bankwezen, laten zien dat het niet altijd voordelig is om relatief minder strikte regels te hebben, aangezien te lang en te ver achterlopen met regelgeving op een bepaald gebied uiteindelijk kan leiden tot een concurrentienadeel voor de eigen ondernemingen.

Verder komt uit de interviews naar voren dat in de perceptie van de respondenten regelgeving en beleid in verhouding tot alle andere hiervoor genoemde algemene factoren zeker niet de belangrijkste factor zijn bij het bepalen van de aantrekkelijkheid van een vestigingsklimaat van een land, met uitzondering wellicht van regelgeving op het gebied van het belastingrecht. Als voorbeelden van regelgeving die een ongunstig effect heeft op het vestigingsklimaat worden bijvoorbeeld genoemd de ingewikkelde en inflexibele arbeidswetgeving in Frankrijk en de slechte handhaving ten opzichte van kleine en middelgrote ondernemingen van arbeidsregelgeving en anticorruptiewetgeving in het Verenigd Koninkrijk. Uit de interviews komen echter maar heel weinig voorbeelden naar voren van ondernemingen die daadwerkelijk uit een land weg zouden zijn getrokken als gevolg van veranderingen in regelgeving of beleid.

Van de drie in dit onderzoek centraal staande rechtsgebieden wordt het ondernemingsrecht wel genoemd door de respondenten als één van de factoren die relevant kunnen zijn voor het vestigingsklimaat. Zo worden het Engelse en Zwitserse ondernemingsrecht bijvoorbeeld als relatief gunstig gezien waar het gaat om het gemak om een onderneming op te richten en de flexibiliteit bij het

inrichten daarvan. Het civiele aansprakelijkheidsrecht lijkt veel minder relevant te zijn voor het vestigingsklimaat, hoewel door enkele respondenten nog wel de gevreesde 'Amerikaanse toestanden' genoemd worden. Opvallend is echter dat in het enige hier onderzochte land waar procedurele en praktische drempels voor het aanbrengen van civiele claims minder hoog zijn dan in de andere landen (het Verenigd Koninkrijk) niets wordt gezegd over een eventuele negatieve invloed daarvan op het vestigingsklimaat. Het strafrecht wordt in geen van de hier onderzochte landen in verband gebracht met het vestigingsklimaat, met uitzondering van het positieve effect van adequate (handhaving van) anticorruptieregelgeving. Overigens wordt door verschillende respondenten de vraag gesteld in hoeverre een land ondernemingen die afgeschrokken worden door de striktheid van strafrechtelijke normen of handhaving, zou moeten willen aantrekken of behouden.

Wordt gekeken naar de invloed op het vestigingsklimaat van IMVO-gerelateerde regelgeving en rechtspraak dan zijn er volgens het merendeel van de respondenten geen aanwijzingen dat IMVO-gerelateerde regelgeving en beleidsinstrumenten een bepalende factor zijn voor internationaal opererende ondernemingen in de onderzochte landen bij hun investeringsbeslissingen. Voor zover er al sprake is van een dergelijke invloed is deze sterk afhankelijk van de cultuur van de onderneming en de sector waarin deze opereert en van de aard en vorm van de norm. Concrete voorbeelden van ondernemingen die geherlokaliseerd zijn als gevolg van de (dreigende) invoering van nieuwe of striktere IMVO-regelgeving of -beleidsmaatregelen worden door geen van de respondenten genoemd. Zo heeft bijvoorbeeld de Belgische Genocidewet, die internationaal veel kritiek teweeg heeft gebracht vanwege zijn ruime extraterritoriale reikwijdte en die de basis is geweest voor de eerste en enige IMVO-gerelateerde procedure tegen een Belgische internationaal opererende onderneming, geen merkbare impact gehad op het Belgische vestigingsklimaat. Datzelfde lijkt te gelden voor de (aanmerkelijk minder omstreden) recent in het Verenigd Koninkrijk aangenomen Modern Slavery Act.

In algemene zin wordt regeldruk, ook op IMVO-gebied, wel als ongewenst ervaren door ondernemingen aangezien het kosten met zich brengt en dus een mogelijke verslechtering van de internationale concurrentiepositie. Daarbij geldt dat het in dit verband niet in de eerste plaats gaat om de concurrentie met lokale bedrijfjes uit minder ontwikkelde gastlanden, maar met de concurrentie met internationaal opererende ondernemingen uit andere Westerse en niet-Westerse thuislanden, zoals China.

Opmerkelijk is het verschil van opvatting dat in dit verband soms bestaat tussen koepelorganisaties die het bedrijfsleven vertegenwoordigen en (bepaalde) individuele ondernemingen. Koepelorganisaties dragen vaak een vrij traditionele visie uit ten aanzien van de onwenselijkheid van meer of striktere IMVO-gerelateerde regelgeving, hetgeen ook samenhangt met het feit dat zij een brede kring van ondernemingen – zowel voorlopers als achterblijvers op IMVO-gebied – moeten vertegenwoordigen. Individuele ondernemingen zelf, vooral ondernemingen die zelf al actief stappen zetten op dit gebied, staan doorgaans veel positiever tegenover IMVO-gerelateerde regelgeving. Zij zien voordelen in het feit dat dergelijke regelgeving in ieder geval op nationaal niveau een gelijk speelveld bewerkstelligt tussen hen en hun nationale concurrenten. Zo is er in het kader van de totstandkoming van de Modern Slavery Act bijvoorbeeld actief gelobbyd vanuit het bedrijfsleven voor een zo laag mogelijke toepassingsdrempel. In verschillende landen, waaronder bijvoorbeeld Duitsland en Zwitserland, wordt IMVO wel gezien als een *branding opportunity* waarmee het nationale bedrijfsleven zich internationaal onderscheidend kan maken.

In alle onderzochte landen worden signalen uit het bedrijfsleven over de mogelijke impact op het vestigingsklimaat van IMVO-gerelateerde regelgeving volgens de respondenten (zeer) serieus genomen door de nationale overheid. Er bestaan echter opvallende verschillen tussen de onderzochte landen waar het gaat om de bereidheid en de mogelijkheden van beleidsmakers, politici en/of maatschappelijke organisaties om internationaal te pionieren met IMVO-gerelateerde wetgeving en beleid. In sommige

landen lijkt hiertoe een sterkere bereidheid te bestaan dan in andere landen, waarbij veel afhankelijk is van de politieke samenstelling van de regering en de invloed van individuele bewindvoerders met ambitie en bevlogenheid op IMVO-gebied. Zo was de Belgische Genocidewet indertijd een voorbeeld van internationaal pionierschap, net als het Franse wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance* en de Engelse Modern Slavery Act dat nu zijn, althans in Europees verband.

In Zwitserland, waar men huiverig is om voor te lopen op andere landen maar zich omgekeerd inmiddels ook bewust is van de risico's van te ver achterlopen, zorgt de mogelijkheid tot burgerwetgevingsinitiatieven en bindende referenda voor een interessante dynamiek waarbinnen regelgeving zoals de voorgestelde regeling inzake *responsabilité des entreprises* eventueel zelfs zonder overheidsinmenging tot stand gebracht kan worden.

Volgens het overgrote merendeel van de respondenten hebben IMVO-gerelateerde juridische procedures die worden aangebracht voor rechters in de onderzochte landen geen invloed op het vestigingsklimaat. Er zijn slechts een paar respondenten die van mening zijn dat een toename in IMVO-gerelateerde procedures wel een impact zou kunnen hebben op het vestigingsklimaat. Volgens enkelen gaat het daarbij om een negatieve invloed vanwege de onzekerheid over het bestaan en de reikwijdte van IMVO-gerelateerde zorgplichten en de daarmee samenhangende onvoorspelbaarheid van juridische procedures en vooral van de daarmee samenhangende kosten. Enkele anderen spreken juist van een positieve invloed omdat dit soort procedures ondernemingen scherp houden en een signaal vormen voor zowel bestuurders in thuislanden als ketenpartners in gastlanden dat zorgvuldigheid geboden is waar het gaat om de impact van de bedrijfsactiviteiten op mens en milieu. Opvallend is verder dat geen van de respondenten concrete voorbeelden kent van ondernemingen die vertrokken zijn uit de hier onderzochte landen vanwege (de dreiging van) IMVO-gerelateerde rechtszaken.

5.3.3 Discussie

Hoe verhouden de huidige Nederlanse wetgeving en jurisprudentie zich tot die in de genoemde landen, in het licht van de bevordering van de '*responsibility to respect*' en in het licht van het vestigingsklimaat?

In algemene zin kan gezegd worden dat Nederland in vergelijking met de andere onderzochte landen geen achterblijver is op het gebied van IMVO-gerelateerde regelgeving en rechtspraak, maar ook geen voorloper. Vooralsnog heeft de Nederlandse regering met de focus op MVO-convenanten met (bepaalde sectoren van) het bedrijfsleven gekozen voor een aanpak die aansluit bij de Nederlandse overlegcultuur. De mogelijkheid van het opleggen van meer dwingende regels aan Nederlandse internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van de mogelijk negatieve impact van door of voor hen verrichte activiteiten op mens en milieu in gastlanden, speelt daarmee op dit moment slechts een rol als stok achter de deur als op termijn zou blijken dat de gestelde doelen niet gehaald worden.

Ook op grond van het huidige recht op het gebied van het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht of het strafrecht bestaat in Nederland geen algemene wettelijke verplichting voor Nederlandse ondernemingen om te voldoen aan de kernelementen van de *responsibility to respect* uit de UN Guiding Principles. In verschillende van de ons omringende landen kent men op deelgebieden wel dergelijke verplichtingen of bestaan serieuze voorstellen voor het invoeren van een dergelijke verplichting ten aanzien van de bredere IMVO-context, die niet alleen ziet op mensenrechten maar ook op arbeid, gezondheid & veiligheid en milieu.

Zo kent men in Frankrijk met de Loi Grenelle II al langer verdergaande rapportageverplichtingen met betrekking tot de milieu-impact van ondernemingsactiviteiten, ook in concernverband. In het Verenigd Koninkrijk werd recent de Modern Slavery Act aangenomen, die een verdergaande

rapportageverplichting kent met betrekking tot arbeidsuitbuiting in de productieketen. Verder ligt in Frankrijk momenteel een wetsvoorstel voor inzake een wettelijke zorgvuldigheidsverplichting (*devoir de vigilance*) voor bepaalde grote Franse ondernemingen ten aanzien van de mens- en milieugerelateerde risico's die verbonden zijn aan de activiteiten van hun dochtervennootschappen, onderaannemers en leveranciers. Overtreding van deze bepaling zou onder meer kunnen leiden tot civielrechtelijke aansprakelijkheid en boetes.

Zwitserland heeft met de recente *Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger* een wet aangenomen die voor private militaire en beveiligingsbedrijven (PMSC's) en hun functionarissen en werknemers een wettelijke plicht bevat om directe deelneming aan vijandelijkheden in het buitenland en bepaalde ernstige mensenrechtenschendingen in dat kader te voorkomen. Daarnaast loopt in Zwitserland een burgerwetgevingsinitiatief ter invoering van een wettelijk verplichte '*responsabilité des entreprises*' voor Zwitserse ondernemingen die ziet op de impact op mens en milieu van hun eigen activiteiten en van de activiteiten van ondernemingen die onder hun controle staan. Handhaving van de verplichting zou lopen via het Zwitserse civiele aansprakelijkheidsrecht, waarbij een extra bepaling is opgenomen op grond waarvan Zwitserse ondernemingen ook aansprakelijk gehouden kunnen worden voor IMVO-normschendingen door ondernemingen die zij controleren, tenzij zij kunnen aantonen de benodigde zorgvuldigheid betracht te hebben.

De traditionele boodschap die vooral door koepelorganisaties naar voren wordt gebracht met betrekking tot dit soort IMVO-gerelateerde wetgevingsinitiatieven is dat meer regeldruk op nationaal niveau ongewenst is, aangezien dit leidt tot hogere kosten en daarmee tot verslechtering van de internationale concurrentiepositie van het nationale bedrijfsleven. Daarbij geldt dat het in dit verband niet in de eerste plaats gaat om de concurrentie met lokale bedrijfjes uit minder ontwikkelde gastlanden, maar met de concurrentie met internationaal opererende ondernemingen uit andere Westerse en niet-Westerse thuislanden. Tegelijkertijd wordt door individuele ondernemingen, met name de voorlopers op IMVO-gebied, juist gewezen op de keerzijde van het verhaal, namelijk dat regelgeving, mits duidelijk en consistent, het nationale speelveld gelijktrekt en tegelijkertijd aanzet tot innovatie die op de lange termijn een concurrentievoordeel oplevert op het internationale speelveld. Daarbij is een belangrijke boodschap die uit de interviews naar voren komt dat in internationaal opzicht achterlopen op vergelijkbare landen met regelgeving soms grotere risico's op concurrentienadeel met zich kan brengen dan voorlopen.

Daarbij is ook van belang om op te merken dat er geen aanwijzingen zijn dat striktere regelgeving op IMVO-gebied een bepalende factor zou zijn voor internationaal opererende ondernemingen in de onderzochte landen bij hun investeringsbeslissingen. Wetgeving zoals ooit de Belgische Genocidewet en meer recent de Franse Loi Grenelle II en de Engelse Modern Slavery Act hebben niet, althans naar het oordeel van de respondenten in deze qua opzet beperkte empirische studie, geleid tot herlokalisering van ondernemingen uit de betreffende landen naar andere thuislanden. Hetzelfde geldt voor de IMVO-gerelateerde wetsvoorstellen die momenteel in Frankrijk en Zwitserland voorliggen. Hoewel de meningen op dit vlak wat verdeeld zijn, geeft ook het overgrote merendeel van de Nederlandse respondenten aan niet te geloven dat striktere regelgeving op IMVO-gebied, vergelijkbaar met de ontwikkelingen op dit gebied in de ons omringende landen, ervoor zou zorgen dat internationaal opererende ondernemingen Nederland zouden verlaten of zouden ontlopen. De vraag wordt zelfs opgeworpen of Nederland ondernemingen waarvoor dit wel een bepalende factor zou zijn, moet willen aantrekken dan wel vasthouden.

Uiteindelijk zijn er bij elk van de hier besproken IMVO-gerelateerde wetgevingsinitiatieven een aantal factoren die bepalend lijken te zijn voor enerzijds de te verwachten werkzaamheid ervan (dat wil zeggen: de effectiviteit ervan met het oog op het gestelde doel) en anderzijds de 'verteerbaarheid' ervan

voor het bedrijfsleven. Deze factoren omvatten onder meer de vraag voor welke ondernemingen de gestelde verplichtingen gelden (de horizontale reikwijdte) en de vraag in hoeverre zij zich ook uitstrekken binnen het concern of in de productieketen (de verticale reikwijdte). Daarnaast is van belang of het gaat om verplichtingen die uiteindelijk zien op de bescherming van mens- en milieugerelateerde belangen of om verplichtingen die uiteindelijk zien op de bescherming van het ondernemingsbelang (het te beschermen belang). Verder is een belangrijke factor in hoeverre het gaat om de verplichtingen die duidelijk afgebakend zijn en/of die een zekere mate van flexibiliteit wat betreft de manier waarop de erin gestelde doelen nagestreefd kunnen worden door de ondernemingen tot wie zij zich richten (de aard). En tot slot is telkens van belang op welke manier en door wie de gestelde verplichtingen gehandhaafd kunnen worden (de handhaving).

Opvallend is dat vrijwel alle voorbeelden van IMVO-gerelateerde regelgeving die is ingevoerd of waar momenteel over gesproken wordt in de ons omringende landen, (deels) in de vorm gegoten zijn van transparantieverplichtingen voor internationaal opererende ondernemingen inzake de impact van ondernemingsactiviteiten op mens en milieu. Relevant in dit kader is ook de reeds vermelde nieuwe EU-richtlijn inzake rapportage over niet-financiële prestatie-indicatoren. Daarbij moet opgemerkt worden dat in de interviews nauwelijks gerefereerd is aan de mogelijke impact ervan op het vestigingsklimaat van de landen waar hij zal gaan gelden. Een verklaring hiervoor kan gelegen zijn in de *comply or explain*-status van de richtlijn, die ondernemingen wat ruimte geeft in het voldoen aan de opgelegde verplichting, of in het feit dat de richtlijn nog niet omgezet is in nationaal recht en dus nog geen realiteit is. Aannemelijker is wellicht echter dat ook meespeelt dat het een verplichting betreft die voor ondernemingen binnen alle EU-lidstaten gaat gelden, wat betekent dat het risico dat de verplichting concurrentienadeel oplevert ten opzichte van andere Europese ondernemingen veel kleiner is. Dit illustreert het voordeel van een Europese of in ieder geval multilaterale aanpak in deze context.

Wat verder nog opgemerkt kan worden in dit verband, is dat er in de verschillende lidstaten wel discussie bestaat over de impact van de richtlijn op het nationale gelijke speelveld, gezien de beperkte horizontale reikwijdte ervan. Meer in het algemeen werpen dit soort transparantieverplichtingen in veel van de onderzochte landen de vraag op in hoeverre er ook iets verwacht mag worden van het midden- en kleinbedrijf. Zo is in het kader van de Modern Slavery Act bijvoorbeeld actief gelobbyd door het bedrijfsleven voor een lage toepassingsdrempel van de daarin opgenomen verplichtingen. De boodschap die daarin doorklinkt, is dat in sommige gevallen de impact van dit soort reguleringsinstrumenten op de nationale concurrentiepositie van ondernemingen meer vragen lijkt op te roepen dan de impact ervan op de internationale concurrentiepositie.

Ook waar het gaat om IMVO-gerelateerde rechtspraak is Nederland geen achterblijver maar ook geen voorloper ten opzichte van de andere hier onderzochte landen (zie par. 5.3.1). Met een totaal van 4 rechtszaken, waaronder twee civiele aansprakelijkheidszaken en twee strafzaken, bevindt Nederland zich in de achterhoede voor wat betreft het totale aantal hier aangebrachte claims. Met in ieder geval twee rechtszaken waarin het is gekomen tot een gemotiveerd gerechtelijk eindoordeel over de zorgplichten van internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van mens en milieu in gastlanden (de Nederlandse Shell Nigeria-zaak en de Trafigura-zaak, hoewel deze laatste na het hoger beroep geschikt is), bevindt Nederland zich echter in de voorhoede.

Het totaal van aangebrachte IMVO-gerelateerde procedures in de hier onderzochte landen staat momenteel op 35, hoewel men afhankelijk van definities en telling ook op een wat kleiner of een veel groter aantal zou kunnen uitkomen. Van belang is echter dat de teller volgens de hier gehanteerde methode 15 jaar geleden nog maar op 5 stond, hetgeen wil zeggen dat het aantal procedures in absolute getallen wellicht best meevalt, maar procentueel enorm gestegen is. Er bestaat een internationale trend, niet alleen in Europa maar ook in andere Westerse landen, richting juridische procedures tegen

internationaal opererende ondernemingen voor rechters in hun thuislanden naar aanleiding van schade aangericht aan mens en milieu in gastlanden. En hoewel dit zeker niet een ontwikkeling is die wordt toegejuicht door de aangesproken ondernemingen, worden deze juridische procedures door velen, waaronder niet alleen ngo's en academici maar ook politici, beleidsmakers en tot op zekere hoogte ook mensen uit het bedrijfsleven zelf, gezien als een ontwikkeling die cruciaal is voor het verder ontwikkelen en in kaart brengen van de zorgplichten van ondernemingen in het kader van IMVO.

Interessant is dat deze procedures in sommige landen, zoals Nederland en Zwitserland, veel meer maatschappelijke en politieke discussie lijken op te roepen dan in andere landen, zoals Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk. Daarbij is opvallend dat juist in die landen waar ze veel discussie oproepen het aantal aangebrachte procedures laag is, terwijl in die landen waar ze weinig discussie oproepen het aantal aangebrachte procedures hoger is, waarbij met name gedacht kan worden aan Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk. Ook is opvallend dat in het kader van deze discussie juist door (enkele) respondenten uit Nederland en in Zwitserland een negatief verband gelegd wordt tussen dit soort procedures en het nationale vestigingsklimaat, terwijl het overgrote merendeel van de respondenten aangeeft dat naar hun mening dit soort IMVO-gerelateerde juridische procedures geen invloed hebben op het vestigingsklimaat. Zoals opgemerkt kent geen van de respondenten concrete voorbeelden van ondernemingen die omwille van (de dreiging van) dit soort procedures het land verlaten hebben. Enkele respondenten, waaronder ook respondenten uit het bedrijfsleven, spreken zelfs van een positieve invloed.

Gaat het in meer algemene zin om het creëren van 'Amerikaanse toestanden' (dat wil zeggen: een rechtscultuur waarin te veel en te vlug wordt geclaimd) dan zijn er in meer landen respondenten die aangeven dat dit wellicht ongunstig zou kunnen zijn voor het vestigingsklimaat. Daarbij moet echter opgemerkt worden dat volgens de respondenten in geen van de onderzochte landen van een dergelijke rechtscultuur sprake is. Dit is ook niet het beeld dat naar voren komt uit het rechtsvergelijkende onderzoek naar procedurele en praktische omstandigheden die van belang zijn voor de mogelijkheden voor benadeelden om civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures te initiëren tegen internationaal opererende ondernemingen naar aanleiding van IMVO-gerelateerde normschendingen. In vrijwel alle onderzochte landen, waaronder ook Nederland, vormen regels met betrekking tot de kosten van procederen, de mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties en/of de mogelijkheden tot bewijsgaring potentiële drempels die de toegang tot de rechter kunnen bemoeilijken of verhinderen in IMVO-gerelateerde juridische procedures, ook voor eisers met legitieme claims.

Daarmee geldt niet alleen voor Nederland maar ook voor veel van de andere hier onderzochte landen dat er wat betreft de in de UN Guiding Principles voorgestane toegang tot effectieve gerechtelijke remedies een belangrijk verschil bestaat tussen wat er volgens de Guiding Principles mogelijk zou moeten zijn en wat er op grond van de huidige juridische status quo mogelijk is. Het enige land dat hierop in vergelijking met Nederland en de andere hier onderzochte landen een uitzondering vormt, is het Verenigd Koninkrijk. Opvallend is dat het juist de respondenten uit het Verenigd Koninkrijk zijn, waar zoals gezegd tot dusverre in verhouding het hoogste aantal civiele aansprakelijkheidsclaims is aangebracht, die geen negatief verband zien tussen IMVO-gerelateerde juridische procedures en het vestigingsklimaat en het zelfs zien als iets dat ondernemingen 'scherp' houdt.

In vergelijking met de andere onderzochte landen onderscheidt Nederland zich niet wat betreft de rol en de mogelijkheden van het strafrecht. Verschillende buitenlandse strafrechtelijke regelingen kunnen als inspiratie dienen voor een verdere rol van het Nederlandse strafrecht in de IMVO-context. Hierbij kan gedacht worden aan de extraterritoriaal werkende UK Bribery Act, die een strafrechtelijke risico-aansprakelijkheid kent van ondernemingen die geen adequate maatregelen treffen ter voorkoming van actieve corruptie, aangevuld met een bij de wet voorziene mogelijkheid van een zgn. *due diligence*

defence. Ook kan gedacht worden aan de Modern Slavery Act 2015 met diens *slavery and trafficking reparation order* die weinig procedurele belemmeringen kent en steeds ambtshalve moet worden overwogen. De eerdergenoemde Zwitserse wet inzake PMSC's bepaalt dat daarin neergelegde verbodsbepalingen ook gelden voor ondernemingen die niet in Zwitserland zijn gevestigd, maar wel worden gecontroleerd door Zwitserse PMSC's. Ook stelt de wet voor de toepassing daarvan dochterondernemingen gelijk aan de moedermaatschappij.

Nederland is tot nu toe wel het enige land waar in een IMVO-gerelateerde strafzaak tegen een internationaal opererende onderneming een veroordeling gevolgd is. Net als in de andere onderzochte landen (behoudens het Verenigd Koninkrijk) kan het Nederlandse strafrecht daarnaast civiele procedures aanvullen en ondersteunen door middel van de mogelijkheid om als slachtoffer via het strafproces civiel schadeverhaal te realiseren, door bij te dragen aan concretisering van een zorgplicht doordat een strafbepaling van toepassing is en door de bewijskracht van een strafrechtelijke uitspraak in een civielrechtelijke procedure.

Toch wordt vooralsnog relatief weinig gebruik gemaakt van de mogelijkheden tot strafrechtelijk optreden tegen Nederlandse ondernemingen die betrokken zijn bij ernstige mensenrechten- of milieuschendingen elders. Zoals eerder vermeld, is dit een punt van aandacht in het licht van de UN Guiding Principles. Daarbij kan nog gewezen worden op het feit dat uit de interviews naar voren komt dat het straf(proces)recht van een land nauwelijks wordt meegenomen bij de vestigingsbeslissingen van internationaal opererende ondernemingen. Voorts kan de vraag gesteld worden in hoeverre een land ondernemingen die afgeschrokken worden door de striktheid van strafrechtelijke normen of handhaving, zou moeten willen aantrekken of behouden.

Relevant in dit verband is dat in verschillende van de andere landen meer mogelijkheden bestaan voor slachtoffers van IMVO-normschendingen en ngo's om zelf een strafprocedure te initiëren. Vermeldenswaard is vooral de Franse *action civile*. Hierbij moet echter opgemerkt worden dat hoewel deze mogelijkheid heeft geleid tot een aanzienlijk hoger aantal IMVO-gerelateerde strafprocedures in Frankrijk dan in Nederland, deze procedures vooralsnog uiteindelijk geen veroordelingen hebben opgeleverd. In een meerderheid van de gevallen heeft het Franse openbaar ministerie de strafvervolging gestaakt, al is in drie zaken daartegen bezwaar gemaakt door ngo's en lopen de betreffende procedures nog. Hoewel de *action civile* in theorie mogelijkheden biedt om de rol van het straf(proces)recht bij de verwezenlijking van de *responsibility to respect* te versterken, zou deze figuur een wezensvreemd element zijn binnen het systeem en de organisatie van de Nederlandse strafvordering.

Uit het gering aantal strafzaken en de afloop daarvan lijkt te mogen worden afgeleid dat voor alle onderzochte landen geldt dat het openbaar ministerie kennelijk geen prioriteit legt bij strafrechtelijke aanpak van schendingen van IMVO-normen. In al deze landen (behoudens het Verenigd Koninkrijk) is datzelfde openbaar ministerie evenwel ofwel de ingang tot het strafrecht, ofwel de partij die de vervolging moet overnemen na het initiatief daartoe door een private partij. Als gevolg daarvan blijft de rol van het strafrecht bij het handhaven van IMVO-gerelateerde strafbepalingen vooralsnog beperkt, zowel in Nederland als daarbuiten.

5.4 SLOT EN VOORUITBLIK

Binnen het Nederlandse recht bestaan op vele rechtsgebieden specifieke wettelijke normen die gericht zijn op het beschermen van mens en milieu tegen de schadelijke gevolgen van de activiteiten van ondernemingen in Nederland. Maar wat mag er verwacht worden van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen die activiteiten (laten) verrichten in minder ontwikkelde gastlanden waar de wettelijke bescherming van mens en milieu (aanzienlijk) minder strikt is?

Volgens de UN Guiding Principles rust er op staten een verplichting om duidelijk kenbaar te maken dat zij van alle ondernemingen binnen hun grondgebied en/of jurisdictie verwachten dat deze de mensenrechten van derden respecteren ook bij activiteiten die plaatsvinden in het buitenland. Gaat het om activiteiten van internationaal opererende ondernemingen in moeilijke operationele contexten elders, zoals conflictgebieden, dan zijn de thuislanden van die ondernemingen gehouden tot het vervullen van een nog actievere rol. Op ondernemingen rust een zelfstandige verantwoordelijkheid om zoveel mogelijk te voorkomen dat hun activiteiten negatieve gevolgen hebben voor de mensenrechten van derden en om eventuele schendingen te verhelpen. Deze verantwoordelijkheid geldt ongeacht waar de activiteiten plaatsvinden en de lokale wettelijke context; zij strekt zich ook uit tot de negatieve gevolgen op mensenrechtengebied die via zakelijke relaties rechtstreeks aan de activiteiten, producten of diensten van de onderneming gelieerd zijn. Slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen dienen adequate toegang te hebben tot effectieve remedies, waaronder gerechtelijke klachtmechanismen.

Net als in de ons omringende landen bestaat in Nederland naar huidig recht geen specifiek geformuleerde wettelijke bepaling die ondernemingen verplicht om bij hun eigen activiteiten, of ten aanzien van die van hun dochtermaatschappijen of ketenpartners, zorgvuldigheid te betrachten jegens mens en milieu in gastlanden. Het algemene civiele aansprakelijkheidsrecht biedt benadeelden echter de mogelijkheid om bij reeds aangerichte schade of een concrete dreiging daarvan de betrokken ondernemingen daarvoor in rechte verantwoordelijk te houden. Dit soort civiele aansprakelijkheidsprocedures kunnen ook ingesteld worden tegen internationaal opererende ondernemingen in hun Westerse thuislanden, waaronder Nederland. Daarbij geldt echter dat hoewel het aantal IMVO-gerelateerde juridische procedures in de onderzochte landen de laatste twee decennia sterk is gestegen, het totale aantal zeer beperkt blijft. Dit onderstreept de noodzaak om, zoals ook gesteld wordt in de UN Guiding Principles, praktische en procedurele drempels weg te nemen die het de facto onmogelijk maken voor benadeelden met legitieme claims tegen Nederlandse internationaal opererende ondernemingen om deze voor de Nederlandse rechter te brengen.

Ook op het gebied van het strafrecht bestaan reeds mogelijkheden om ondernemingen verantwoordelijk te houden voor ernstige schendingen van mens en milieu, ook als deze plaatsvinden in het buitenland. In Nederland beslist exclusief het openbaar ministerie tot vervolging (tenzij de klachtprocedure van art. 12 Sv met succes wordt gevolgd). En dat is anders dan in sommige van de ons omringende landen. Dit heeft in Nederland tot op heden geleid tot een klein aantal IMVO-gerelateerde strafzaken, waarin het in één geval tot een veroordeling van een internationaal opererende onderneming gekomen is. Vooralsnog lijkt een actief vervolgingsbeleid met betrekking tot de betrokkenheid van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen bij ernstige mensenrechten- en milieugerelateerde misstanden in gastlanden echter te ontbreken. Dit onderstreept de noodzaak om, zoals ook geïmpliceerd wordt door de UN Guiding Principles, ervoor te zorgen dat het Nederlands openbaar ministerie de middelen, expertise en steun heeft die nodig zijn om onderzoek te doen naar de betrokkenheid van personen en bedrijven bij misstanden op mensenrechtengebied.

Het civiele aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht zijn beide sterk gericht op handhaving achteraf tegen ondernemingen die zich onzorgvuldig dan wel laakbaar hebben gedragen waar het gaat om het voorkomen van een negatieve impact van de ondernemingsactiviteiten op mens en milieu. Zij spelen aldus een belangrijke rol bij het ter verantwoording roepen van ondernemingen die (op punten) slecht presteren waar het gaat om hun *responsibility to respect*. Daarnaast zal er echter juist ook aandacht besteed moeten worden aan de verantwoordelijk van ondernemingen om schade aan mens en milieu te voorkomen. De UN Guiding Principles bieden hiertoe vrij concrete handvatten, onder meer in de procedure voor *due diligence* op mensenrechtengebied die een kerncomponent is van de *responsibility to respect*. Vooralsnog lijkt het er echter op dat er in elk van de onderzochte landen slechts een zeer klein groepje voorlopers is die een dergelijke procedure ook daadwerkelijk geïmplementeerd hebben in het ondernemingsbeleid of daar althans mee bezig zijn.

Dit suggereert dat het in de rede ligt om verder te kijken naar de mogelijkheden van een meer verplichtend wettelijk kader als zou blijken dat de huidige op consensualiteit ingestoken benadering van de Nederlandse regering in de vorm van IMVO-convenanten te weinig concrete resultaten oplevert. Daarbij zou gedacht kunnen worden aan veranderingen op het gebied van het ondernemingsrecht, dat zekere aanknopingspunten biedt voor een verdere uitwerking van de *responsibility to respect*, bijvoorbeeld in de voortschrijdende transparantieverplichtingen op (I)MVO-gebied. Wel dient opgemerkt te worden dat een verplichting voor ondernemingen om (op *comply or explain*-basis) te rapporteren over de impact van hun activiteiten op mens en milieu nog niet hetzelfde is als een zorgplicht om een negatieve impact te voorkomen, alhoewel het daarmee wel verband kan houden zo blijkt ook uit het Franse wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance*.

Een inherente beperking van de rol van het ondernemingsrecht in deze context is dat dit rechtsgebied primair gericht is op het belang van de onderneming en niet op de belangen van buitenvennootschappelijke derden die schade lijden als gevolg van de activiteiten van de onderneming. Daarnaast biedt het weinig mogelijkheden waar het gaat om dat deel van de *responsibility to respect* dat ziet op een verantwoordelijkheid voor de activiteiten van bijvoorbeeld dochtermaatschappijen en ketenpartners. Omdat benadeelden in de IMVO-context geen toegang hebben tot de ondernemingsrechtelijke handhavingsmechanismen heeft het weinig toegevoegde waarde in het kader van de *access to (judicial) remedies*. De handhaving van eventuele (I)MVO-gerelateerde normen binnen het ondernemingsrecht blijft daarmee afhankelijk van de bereidheid hiertoe van activistische aandeelhouders en investeerders en, in ernstige gevallen van IMVO-normschendingen, bijvoorbeeld vakbonden of de advocaat-generaal via een enquêteprocedure.

De UN Guiding Principles maken duidelijk dat de keuze voor het betrachten van zorgvuldigheid ten aanzien van mens en milieu in gastlanden niet zomaar overgelaten kan worden aan ondernemingen zelf, die immers een ander doel hebben dan de bescherming van mens en milieu. Tegelijkertijd maken zij ook duidelijk dat ondernemingen zich niet kunnen verschuilen achter weinig strikte of weinig strikt gehandhaafde normen op het gebied van mensenrechten, milieu, gezondheid & veiligheid en arbeid in de gastlanden waar zij activiteiten verrichten, of achter het feit dat deze activiteiten niet door henzelf verricht worden maar door hun dochtermaatschappijen of ketenpartners. Verder kan het ter verantwoording roepen van ondernemingen voor schade aangericht aan mens en milieu in gastlanden niet slechts overgelaten worden aan Westerse aandeelhouders, investeerders en consumenten. In gevallen waarin er sprake is van daadwerkelijk nadeel voor mens en milieu moet er voor de benadeelden adequate toegang zijn tot rechtsmiddelen, ook in de thuislanden van de betrokken ondernemingen, zoals Nederland.

Daarnaast moet vanuit thuislanden, zoals Nederland, actief aangedrongen worden op verdere implementatie van de *responsibility to respect* door een bredere kring van ondernemingen, zo nodig

middels meer dwingende regelgeving. Uiteraard moet daarbij gezocht worden naar een vorm die 'verteerbaar' is voor de betreffende ondernemingen en is samenwerking met andere Europese landen, waar soortgelijke ideeën bestaan, te verkiezen boven unilateraal handelen. Tegelijkertijd moet het belang van rechtszekerheid en het belang van een nationaal gelijk speelveld niet uit het oog verloren worden. Een actieve houding van ondernemingen waar het gaat om het implementeren van de *responsibility to respect* en het betrachten van zorgvuldigheid ten aanzien van mens en milieu in gastlanden moet aangemoedigd worden en niet 'bestraft' met een concurrentienadeel ten opzichte van ondernemingen uit hetzelfde land die achterblijven op dat gebied. Dit noopt ertoe om te kijken naar manieren om de grenzen van het huidige recht te verleggen waar het gaat om de zorgplichten van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van mens en milieu in gastlanden.

Dit rapport over zorgplichten van ondernemingen in het kader van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen wordt afgesloten met een blik op de nabije toekomst. Zoals duidelijk is uit hetgeen hier beschreven is, zijn er veel relevante ontwikkelingen aan de gang, zowel binnen Nederland als daarbuiten. Ter afsluiting wordt daarom kort stilgestaan bij een aantal (mogelijke) juridische ontwikkelingen om in de gaten te houden op de korte, de middellange en de lange(re) termijn.

Relevant op de korte termijn is allereerst het verdere verloop van de Nederlandse Shell Nigeria-zaak, waarin het Gerechtshof Den Haag bij tussenarrest van 18 december 2015 bepaalde dat het bevoegdheid heeft over zowel de vorderingen tegen de Nederlandse moedermaatschappij als haar Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappij. Omdat het Hof de mogelijkheid van een tussentijds beroep in cassatie niet heeft opengesteld, zal de volgende stap in deze procedure de behandeling van de aansprakelijkheidsvorderingen van de eisers en de verweren daartegen door de gedaagde ondernemingen zijn. Daarnaast is bij de Rechtbank Amsterdam momenteel een civiele aansprakelijkheidsprocedure in behandeling tegen oliehandelaar Trafigura, in verband met het Probo Koala afvaldumpingsincident in Ivoorkust in 2006.

Een andere relevante ontwikkeling waarover naar verwachting op de korte termijn meer duidelijkheid zal ontstaan is het Franse wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance*. Dit werd in november 2015 unaniem afgewezen door het Franse hogerhuis, de *Sénat*. Het is echter goed mogelijk dat het voorstel desondanks rechtstreeks aangenomen zal worden door het Franse lagerhuis, de *Assemblée nationale*. Tot slot zal begin 2016 een aanbeveling verschijnen van de Raad van Europa die ziet op de implementatie en verdere ontwikkeling in Europees verband van de *UN* Guiding Principles.

Op de middellange termijn is er de totstandkoming van Nationaal Actieplannen op het onderwerp bedrijven en mensenrechten in België, Duitsland, Frankrijk en Zwitserland en de implementatie van de nieuwe EU-richtlijn niet-financiële informatie in de EU-lidstaten. Daarnaast zullen er naar verwachting in verschillende landen rechterlijke uitspraken gewezen worden in lopende procedures. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de recent geïnitieerde civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen Trafigura in Nederland in verband met het afvaldumpingsincident met de Probo Koala in Ivoorkust, de aansprakelijkheidsprocedure tegen Kik in Duitsland in verband met een fabrieksbrand in Pakistan, de strafrechtelijke procedure tegen Qosmos in Frankrijk in verband met mensenrechtenschendingen in Syrië en de civielrechtelijke procedure tegen Vedanta Resources in het Verenigd Koninkrijk in verband met milieuvervuiling in Zambia.

En verder zal er meer duidelijkheid komen over het Zwitserse burgerwetgevingsinitiatief inzake het invoeren van een wettelijke bepalingen met betrekking tot '*responsabilité des entreprises*' voor Zwitserse ondernemingen. De initiatiefnemers hebben tot eind 2016 de tijd om de benodigde 100.000 handtekeningen binnen te halen; lukt dit, dan zal er op zijn vroegst in het voorjaar van 2018 een referendum plaatsvinden over de voorgestelde wet.

Ten slotte zal er op de lange(re) termijn meer duidelijkheid komen over de vorm en de haalbaarheid van een internationaal verdrag op het gebied van bedrijven en mensenrechten, waarvan momenteel sprake is. In juli 2014 heeft de UN Human Rights Council een voorstel aangenomen tot het instellen van een intergouvernementele werkgroep die tot doel heeft om te komen met een voorstel voor een bindend internationaal instrument met betrekking tot internationaal opererende ondernemingen en mensenrechten. De eerste bijeenkomst van deze '*open-ended*' werkgroep heeft plaatsgevonden in juli 2015; de tweede bijeenkomst staat gepland voor oktober 2016.

Het interessant zijn om te zien of IMVO-gerelateerde wetsvoorstellen die zijn of worden aangenomen in de EU-lidstaten een aansporing zullen vormen om te proberen ook in Europees verband te komen tot verdere regelgeving op dit gebied. Uit de interviews komt naar voren dat adoptie van het Franse wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance* hoogstwaarschijnlijk zal leiden tot druk vanuit Frankrijk om een soortgelijke verplichting EU-breed in te voeren. Daarnaast zal er bij een eventuele herziening van de Rome II-Verordening inzake het recht dat van toepassing is in buitencontractuele aansprakelijkheidsprocedures voor de rechter in de EU-lidstaten wellicht gesproken worden over het opnemen van een bepaling inzake mensenrechtenschendingen vergelijkbaar met de reeds bestaande bijzondere regel inzake milieuvervuiling.

Tot slot suggereert de gestage toename van IMVO-gerelateerde procedures voor rechters in Westerse landen dat er op de lange(re) termijn meer pogingen gedaan zullen worden om internationaal opererende ondernemingen in Nederland en in de andere hier onderzochte landen aan te spreken voor vermeende schendingen van zorgplichten jegens mens en milieu in gastlanden. Hierin zullen de bestaande juridische mogelijkheden en grenzen ten aanzien van de zorgplichten van ondernemingen in het kader van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen verder geëxploreerd worden. Zij vormen daarmee een belangrijke bron van verdere informatie over de juridische verplichtingen voor ondernemingen om te voorkomen dat hun eigen activiteiten, of die van hun lokale dochtermaatschappijen of toeleveranciers, resulteren in schade aan mens en milieu in gastlanden en de mogelijkheden voor slachtoffers van IMVO-gerelateerde normschendingen om deze in rechte af te dwingen in het thuisland van deze ondernemingen. En daarnaast kunnen de rechterlijke uitspraken in deze procedures op hun beurt weer een bron van verdere rechtsontwikkeling vormen.

LITERATUURLIJST

Abbott & Snidal 2000

K.W. Abbott & D. Snidal, 'Hard and soft law in international governance', *International Organization* 2000/3, p. 421-456.

Acquier 2014

A. Acquier, 'Élargir la responsabilité des sociétés mères à leurs filiales et leurs fournisseurs? Analyse de la proposition de loi relative au devoir de vigilande de sociétés mères', *Revue de l'organisation responsible* 2014/2, p. 76-80.

Ambec e.a. 2010

S. Ambec, M. Cohen, S. Elgie & P Lamoie, 'The Porter Hypothesis at 20: Can Environmental Regulation Enhance Innovation and Competitiveness?' CIRANO Serie Scientifique No 29, 2010.

Alesina e.a. 2002

A. Alesina, S. Ardayna, R. Perotti & F. Schiantarelli, 'Fiscal Policy, Profits, and Investment', *American Economic Review* 2002/3, p. 571-589.

Alesenia e.a. 2003

A. Alesina, S. Ardayna, G. Nicoletti & F. Schiantarelli, 'Regulation and Investment', National Bureau of Economic Research Working Paper 9560, 2003, <http://www.nber.org/papers/w9560>.

Allemeersch 2007

B. Allemeersch, *Taakverdeling in het burgerlijk proces* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2007.

Arnold 2013

M. Arnold, 'General Duties of Directors', in: S. Mortimore (red.), *Company Directors: Duties, Liabilities, and Remedies*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Arnold & Haywood 2013

M. Arnold en M. Haywood, 'Duty to Promote the Success of the Company', in: S. Mortimore (red.), *Company Directors: Duties, Liabilities, and Remedies*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Asser 6-II

A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser Procesrecht/Giesen 1 2015

I. Giesen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht. Deel 1. Algemeen Deel. Beginselen van burgerlijk procesrecht,* Deventer: Kluwer 2015.

Asser, Groen, Vranken & Tzankova 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken (m.m.v. I.N. Tzankova), *Uitgebalanceerd: eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Asser-Hartkamp-Sieburgh 4-III Verbintenissenrecht

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht,* Deventer: Kluwer 2014.

*Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV**

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2015.

Asser/Kramer & Verhagen 10-III

X. Kramer & H.L.E. Verhagen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

*Asser/Maeijer & Kroeze 2-I**

M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I*. De rechtspersoon,* Deventer: Kluwer 2015.

*Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II**

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II*. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II

J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel II. De rechtspersoon*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa

M.P. Nieuwe Weme & G. van Solinge, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen,* Deventer: Kluwer: 2013.

*Asser/Vranken Algemeen deel****

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel ***, Deventer: Kluwer 2005.*

Assink 2005

B.F. Assink, Ontwikkelingen in het buitenland. Over de 'business judgement rule'- Enige recente ontwikkelingen in het vennootschapsrecht van met name Duitsland en Delaware, *Ondernemingsrecht* 2005/2, p. 75-77.

Assink 2009

B.F. Assink, 'Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur', in: … , *Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse*, Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht, Deventer: Kluwer 2009, p. 1-171.

Assink 2010

B.F. Assink, *De Januskop van het ondernemingsrecht* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010.

Assink 2012

B.F. Assink, 'Hoedanigheden en zorg(vuldigheids-)plichten in het ondernemingsrecht', Ars Aequi 2012/4, p. 277-285.

Assink 2013

B.F. Assink, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Assink 2015

B.F. Assink, 'Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang', *WPNR* 2015/7048, p.103-117.

Augenstein 2010

D. Augenstein, 'Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises Operating outside the European Union', study prepared for the European Commission by the University of Edinburgh, 2010.

Autenne 2013

A. Autenne, 'Chapter 7: Belgium', in: A.M. Fleckner en K.J. Hopt (eds.), *Comparative Corporate Governance: a Functional and International analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2013.

Baker 2009

R.B. Baker, 'Universal jurisdiction and the case of Belgium: a critical assessment', *ILSA Journal of International and Comparative Law* 2009/1, p. 141-167.

Bartman & Holtzer 2010
S.M. Bartman en M. Holtzer, 'Enquêterecht voorzichtig onder het mes', Ondernemingsrecht 2010/14, p.76-86.

Bartman & Dorresteijn 2013
S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteijn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013.

Batra, Kauffman & Stone 2003
G. Batra, D. Kaufmann & A.H.W. Stone, 'Investment Climate around the World: Voices of the Firms from the World Business Environment Survey', Washington D.C: The World Bank, 2003, <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2003/06/30/000094946_0306190405385/Rendered/PDF/multi0page.pdf>.

Barton 2013
J.R. Barton, 'Competitiveness and investment', in: D. Brack (red.) *Trade and environment: conflict or compatibility*, London: Routledge, 2013, p. 49-60.

Bauw e.a. 1999
E. Bauw, F. Van Dijk, N. Frenk, J.H.A.M. Grijpink, G.H. Lankhorst, F.R. Salomons & F.J.A. van der Velden, 'Claimcultuur – Naar een nieuwe eistijd?', in: E. Bauw, J.M. Barendrecht et al. (red.), *Privaatrecht in de 21e eeuw - Aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 11-56.

Beckers 2014
A. Beckers, *Taking corporate codes seriously – Towards private law enforcement of voluntary corporate social responsibility codes* (diss. Maastricht), 2014.

Bilchitz & Deva 2015
D. Bilchitz, S. Deva (red.), *Human rights obligations of business – Beyond the corporate responsibility to respect?*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.

Bissara 1999
P. Bissara, 'L'intérêt social', *Revue des Sociétés* 1999/1, p. 5-32.

Blind 2012
K. Blind, 'The influence of regulations on innovation: A quantitative assessment for OECD countries', *Research Policy* 2012/2, p. 391-400.

Blumberg 2001
Ph.I. Blumberg, 'Accountability of multinational corporations – The barriers presented by concepts of the corporate juridical entity', *Hastings International & Comparative Law Review* 2001, p. 297-320.

Bocken & Boone 2011
H. Bocken, I. Boone, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge: die Keure 2011.

Borghetti 2012
J.-S. Borghetti, 'The Culture of Tort Law in France', *Journal of European Tort Law* 2012/2, p. 174-157.

Boulouta & Pitelis 2011
I. Boulouta en C.N. Pitelis, 'CSR-Based Positioning Strategies, National Competitiveness, and the Role of Innovation', bijdrage voor de 52nd European Congress of the Regional Science Association International, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1965449>.

Boulouta & Pitelis 2014
I. Boulouta en C.N. Pitelis, 'Who needs CSR? The impact of corporate social responsibility on national competitiveness', *Journal of business ethics*, 2014/3, p. 349-364.

Braeckmans & Houben 2012
H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2012.

Brienen & Hoegen 2000
M.E.I. Brienen & E.H. Hoegen, *Victims of crime in 22 European criminal justice systems. The implementation of recommendation (85) 11 of the Council of Europe on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure,* Nijmegen: Wolf Legal Productions 2000.

Castermans 2009
M. Castermans, *Gerechtelijk Privaatrecht*, Gent: Story Publishers 2009.

Castermans & Van der Weide 2009
A.G. Castermans & J.A. van der Weide, 'De juridische verantwoordelijkheid van Nederlandse moederbedrijven voor de betrokkenheid van dochters bij schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten', rapport van een studie voor de Nederlandse ministeries van Economische Zaken en Buitenlandse Zaken (15 december 2009).

Childress 2014
D.E. Childress, 'Escaping federal law in transnational cases: the brave new world of transnational litigation', *North Carolina Law Review* 2014, p. 995-1048.

Conac 2013
P-H. Conac, 'Chapter 10: France', in: A.M. Fleckner en K.J. Hopt (red.), *Comparative Corporate Governance: a Functional and International analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2013.

Constantini & Mazzanti 2012
V. Costantini & M. Mazzanti, 'On the green and innovative side of trade competitiveness? The impact of environmental policies and innovation on EU exports', *Research Policy* 2012/1, p. 132-153.

Cornelis 1989
L. Cornelis, Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad (reeks aansprakelijkheidsrecht), Antwerpen: MAKLU Uitgevers 1989.

Corstens/Borgers 2014
G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2014.

Cossart & Guislain 2015
S. Cossart, M.L. Guislain, 'Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable', *Revue Lamy Droit des Affaires* 2015/104, p. 75-80.

Couret 2015
A. Couret, 'L'immixtion de la mère dans les affaires de sa filiale', *Bulletin Joly Sociétés* 2015/3, p.128-130.

Dannenberger 2011
F. Dannenberger, '98. Éclairage – L'article de la Grenelle II, coup d'épée dans l'eau ?', *Bulletin Joly Sociétés* 2011/2, p. 90.

De Bock 2011
H.R. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid. Over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2011.

De Hullu 2015
J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

De Kluiver 2014
H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht', *NJB* 2014/15, p. 1028-1041.

De Moor & Korkmazer 2008
B. de Moor & F. Korkmazer, 'Aansprakelijkheid van bestuurders van groepsverbonden vennootschappen', in: P. Ernst, A. François, A. van Oevelen, M. van Passel (red.), *Bestendig handboek: vennootschap & aansprakelijkheid*, Mechelen: Kluwer 2008.

De Roo 2015
K. de Roo, 'De Corporate Governance Code en het drijfzand van de open norm', *Ars Aequi* 2015/4, p. 257-265.
Deakin e.a. 2013
S. Deakin, A. Johnston & B. Markesinis, *Markesinis and Deakin's tort law*, Oxford: Clarendon Press 2013.
Dearborn 2009
M. Dearborn, 'Enterprise liability. Reviewing and revitalizing liability for corporate groups, *California Law Review* (97) 2009/1, p. 195-262.
Dechezleprêtre & Sato 2014
A. Dechezleprêtre & M. Sato, 'The impacts of environmental regulations on competitiveness', Policy Brief Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, LSE, 2014, <http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/wp-content/uploads/2014/11/Impacts_of_ Environmental_Regulations.pdf>.
Deen 2010
E.M. Deen, 'Letselschade en de patiëntenkaart: een bewijsrechtelijke beschouwing', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2010/4, p. 98-103.
Demeersseman 1986
H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht,* Arnhem: Gouda Quint 1986.
Demeyere 2015
S. Demeyere, 'Liability of a Mother Company for its Subsidiary in French, Belgian, and English Law', *European Review of Private Law* 2015/3, p. 385-413.
Deschenaux & Tercier 1982
H. Deschenaux & P. Tercier, *La responsabilité civile*, Bern: Staempfli & cie 1982.
Douma & Van der Kooi 2014
W.Th. Douma, M. van der Kooi, 'Juridische aspecten van de strijd tegen illegaal gekapt hout op mondiaal niveau, in de EU en in de VS', in: N. Teesing (red.), *Duurzame handel in juridisch perspectief*, Preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Milieurecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 181-202.
Dorresteijn e.a. 2009
A. Dorresteijn, T. Monteiro, C. Teichmann, E. Werlauff (red.), *European Corporate Law*, Alphen aan de Rijn: Kluwer International 2009.
Drimmer & Lamoree 2011
J.C. Drimmer & S.R. Lamoree, 'Think Globally, Sue Locally: Trends and Out-of-Court Tactics in Transitional Tort Actions', *Berkeley Journal of International Law* 2011/2, p. 456-527.
Drion 2007
C.E. Drion, 'Van een duty to care naar een duty of care?', *Nederlands Juristenblad* 2007/45, p. 2857.
Duivenvoorde 2014
B.B. Duivenvoorde, *The consumer benchmarks in the unfair commercial practices directive*, diss. Universiteit van Amsterdam, 2014.
Duk 1980
A.A. Duk, *Toepassing van Nederlands strafrecht op buiten Nederland begane delicten*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1980, Zwolle: Tjeenk Willink 1980.
Dunning & Gugler 2008
J.H. Dunning, & P. Gugler (red.), *Foreign direct investment, location and competitiveness* (deel 2), Amsterdam: Elsevier 2008.
Dyson & Randall 2015
M. Dyson & J. Randall, 'England's splendid isolation', in: M. Dyson (red.), *Comparing Tort and Crime*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 18-72.

Dwyer & Kim 2003
L. Dwyer & C. Kim, 'Destination competitiveness: determinants and indicators', *Current issues in tourism* 2003/5, p. 369-414.

Eijsbouts e.a. 2010
A.J.A.J. Eijsbouts, F.G.H. Kristen, J.M. de Jongh, A.J.P. Schild, L. Timmerman, 'Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?', in: A.J.A.J. Eijsbouts, F.G.H. Kristen, J.M. de Jongh, A.J.P. Schild en L. Timmerman, *Maatschappelijk verantwoord ondernemen*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2010-1, Deventer: Kluwer 2010, p. 1-37.

Eijsbouts 2010
A.J.A.J. Eijsbouts, 'Elementaire beginselen van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemerschap', in: A.J.A.J. Eijsbouts, F.G.H. Kristen, J.M. de Jongh, A.J.P. Schild en L. Timmerman, *Maatschappelijk verantwoord ondernemen*, Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging 2010-1, Deventer: Kluwer 2010, p. 39-122.

Eijsbouts & Kemp 2012
A.J.A.J. Eijsbouts en B. Kemp, 'Over maatschappelijk verantwoord ondernemen, waardecreatie, ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang', *Tijdschrift vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur* 2012/5, p. 120-132.

Ekelmans 2010
J. Ekelmans, *De Exhibitieplicht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010.

Ekelmans 2011
J. Ekelmans, 'Het wetsvoorstel over het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden - Geen eindspel, maar een tussenstand', *Ars Aequi* 2011, p. 346-354.

Ekelmans 2012
J. Ekelmans, 'Het inzagerecht verbeterd? Het wetsontwerp over inzage in bescheiden', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2012/2, p. 49-58.

Elkington 1997
J. Elkington, *Cannibals with forks – The triple bottom line of 21st century business*, Oxford: Capstone Publishing Limited 1997.

Enneking 2007
L.F.H. Enneking, *Corporate social reponsibility: tot aan de grens en niet verder?*, Utrecht: Wetenschapswinkel Rechten Universiteit Utrecht 2007.

Enneking 2008
L.F.H. Enneking, 'The common denominator of the Trafigura Case, Foreign Direct Liability Cases and the Rome II Regulation', *European Review of Private Law* 2008/2, p. 283-312.

Enneking 2010
L.F.H. Enneking, 'Aansprakelijkheid via 'foreign direct liability claims' - Den Haag is weer even de 'Legal capital of the world', *Nederlands Juristenblad* 2010/7, p. 400-407.

Enneking e.a. 2011
L.F.H. Enneking, I. Giesen, M.J.C. van der Heijden, T.E. Lambooy, M.L. Lennarts, Y. Visser, 'Privaatrechtelijke handhaving in reactie op mensenrechtenschendingen door internationaal opererende ondernemingen - De (on)mogelijkheden van het aansprakelijk stellen van Nederlandse multinationals voor extraterritoriale mensenrechten- en milieuschendingen naar Nederlands privaatrecht', *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* 2011/5, p. 541-560.

Enneking 2012(1)
L.F.H. Enneking, *Foreign direct liability and beyond – Exploring the role of tort law in promoting international corporate social responsibility and accountability*, Den Haag: Eleven International publishing 2012.

Enneking 2012(2)
L. Enneking, 'Multinational corporations, human rights violations and a 1789 statute: a brief exploration of the case of Kiobel v. Shell', *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2012/3, p. 396-400.

Enneking 2013(1)
L.F.H. Enneking, 'Zorgplichten van multinationals in Nederland – 'Second best' zo slecht nog niet?', *Nederlands Juristenblad* 2013/12, p. 745-750.

Enneking 2013(2)
L.F.H. Enneking, 'Multinationals and transparency in foreign direct liability cases - The prospects for obtaining evidence under the Dutch civil procedural regime on the production of exhibits', *The Dovenschmidt Quarterly* 2013/3, p. 134-147.

Enneking 2014(1)
'The future of foreign direct liability? Exploring the international relevance of the Dutch Shell Nigeria case', *Utrecht Law Review* 2014/1, p. 44-54.

Enneking 2014(2)
L.F.H. Enneking, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor (internationaal) maatschappelijk verantwoord ondernemen: verschuivende grenzen tussen publiek en privaat', in: I. Giesen, J.M. Emaus & L.F.H. Enneking (red.), *Aansprakelijkheid, verantwoordelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 201-223.

Enneking 2014(3)
L.F.H. Enneking, 'Civiele aansprakelijkheid voor (dreigende) milieuschade in een internationale context', in: N. Teesing (red.), *Duurzame handel in juridisch perspectief*, Preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Milieurecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 33-65.

Enneking & De Jong 2014
L.F.H. Enneking & E.R. de Jong, 'Regulering van onzekere risico's via public interest litigation?', *Nederlands Juristenblad* 2014/23, p. 1542-1551.

Eshuis 2003
R.J.J. Eshuis, *Claims bij de rechtbank*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Esser & Dettmeijer-Vermeulen 2014
L.B. Esser & C.E. Dettmeijer-Vermeulen, 'De omgang van rechters met de ruim geformuleerde mensenhandelgedraging in de delictsomschrijving van art. 273f lid 1 sub 4 Sr', *Delikt en Delinkwent* 2014/48.

Everrett e.a. 2010
T. Everett, M. Ishwaran, G.P. Ansaloni & A. Rubin, 'Economic Growth and the Environment', Defra Evidence and Analysis Series Paper 2, 2010.

Faure e.a. 2006
M. Faure, T. Hartlief & N. Philipsen, 'Resultaatgerichte beloningssystemen voor advocaten – Een vergelijkende beschrijving van beloningssystemen voor advocaten in een aantal landen van de Europese Unie en Hong Kong', WODC eindrapport 1347/5381972/05 (6 december 2006), <https://www.wodc.nl/images/1347-volledige-tekst_tcm44-59425.pdf>.

Faure & Hartlief 1999
M. Faure & T. Hartlief, 'Het kabinet en de claimcultuur: over de (onbezonnen) Hollandse vrees voor Amerikaanse toestanden of het Hollands medicijn voor Amerikaanse ziektes', *Nederlands Juristenblad* 1999/43, p. 2007-2015.

Ferrari 2012
J. Ferrari, 'La société mère peut-elle voir sa responsabilité engagée dans le cadre de la RSE?', *Revue Lamy Droit des Affaires* 2012/76, p. 72-78.

Forstmoser 2006
P. Forstmoser, 'Profit – das Mass aller Dinge?', in R. Zäch (red.), *Individuum und Verband: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006*, Zürich, Basel & Geneve: Schulthess 2006, p. 55-86.

Forstmoser 2012
P. Forstmoser, 'Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für Multinationale Unternehmen?', in: A. Cavallo, E. Hiestand, F. Blocher, I. Arnold, B. Käser, M. Caspar & I. Ivic (red.), *Liber amicorum für Andreas Donatsch*, Zürich: Schulthess Verlag 2012, p. 703-724.

Friedman 1970
M. Friedman, 'The social responsibility of business is to increase its profits', *The New York Times* Magazine 13 september 1970.

Galli & Pelkmans 2000
G. Galli en J. Pelkmans (red.), *Regulatory Reform and Competitiveness in Europe: Horizontal issues*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2000.

Germain & Magnier 2011
M. Germain, V. Magnier (red.), *Les sociétés commerciales*, Paris: L.G.D.J, Lextenso Editions 2011.

Geisser 2013
G. Geisser, *Ausservertragliche Haftung privat tátiger Unternehmen fúr Menschenrechtsverletzungen bei internationalen Sachverhalten – Möglichkeiten und Grenzen der schweizerischen Zivilgerichtsbarkeit im Verhältnis von Völkerrecht und Internationalem Privatrecht*, Zürich: Schulthess Verlag 2013.

Giesen 2001
I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Giesen 2004
I. Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten – Een verkennend rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid wegens nalaten, in het bijzonder van toezichthouders*, Deventer: Kluwer 2004.

Giesen 2005(1)
I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Giesen 2005(2)
I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid – Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden*, Deventer: Kluwer 2005.

Giesen 2007
I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', in: W.J. Witteveen, I. Giesen, J. Wijkerslooth, *Alternatieve regelgeving*, Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 2007-1, Deventer: Kluwer 2007.

Giesen 2009
I. Giesen, *The burden of proof and other procedural devices in tort law* in: H. Koziol, B.C. Steiniger (red.), *European Tort Law 2008,* Wenen/New York: Springer Verlag 2009.

Giesen & Maes 2014
I. Giesen & K. Maes, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2014/6, p. 219-232.

Goodison 2013
A. Goodison, 'Directors and other officers: requirement and definitions', in: S. Mortimore (red.), *Company Directors: Duties, Liabilities, and Remedies*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Gower & Davies 2012
L.C.B. Gower & P.L. Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 9e ed., Londen: Sweet & Maxwell 2012.
Grabosch 2013
R. Grabosch, 'Rechtsschutz vor deutschen Zivilgerichten gegen Beeinträchtigungen von Menschenrechten durch transnationale Unternehmen', in: R. Nikol, T. Bernhard & N. Schniederjahn, *Transnationale Unternehmen und Nichtregierungsorganisationen im Völkerrecht*, Baden-Baden: Nomos 2013, p. 69-100.
Grabosch 2015
R. Grabosch, 'Möglichkeiten der Ausgestaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht', in: R. Grabosch, C. Scheper, 'Die menschenrechtlinche Sorgfaltspflicht von Unternehmen – Politische und rechtliche Gestaltungsansätze', studie voor de Friedrich Ebert Stiftung, september 2015, <http://library.fes.de/pdf-files/iez/11623-20150925.pdf>, p. 26-64.
Griss 2013
I. Griss, 'How Judges Think: Judicial Reasoning in Tort Cases from a Comparative Perspective', *Journal of European Tort Law* 2013, p. 247-258.
Gritter 2007
E. Gritter, 'De strafbaarheid van de rechtspersoon', in: J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 32-80.
Gritter 2009
E. Gritter, 'Functioneel daderschap: dogmatische inbedding en praktische uitwerking', in: E. Gritter (red.), *Opstellen materieel strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 13-27.
Gritter 2013
E. Gritter, 'Engeland en Wales', in: B.F.F. Keulen, A.A. van Dijk, E. Gritter, N.J.M. Kwakman & K. Lindenberg, *Naar een tweefasenproces? Over voor- en nadelen van een strafproces in twee fasen, in relatie tot posities van slachtoffer en verdachte*, Zutphen: Paris 2013, p. 233-252.
Guyon 2001
Y. Guyon, *Droit des affaires*, Paris : Economica 2001.
Guyon 2008
Y. Guyon, 'Chapter XIII Company Law', in: G.A. Bermann en E. Picard (red.), *Introduction to French Law*, Alphen aan de Rijn: Kluwer International 2008.

Hallberg 2005
K. Hallberg, 'An Evaluation of World Bank Investment Climate Activities', Conference Paper voor de International Conference on Reforming the Business Environment, 2005.
Hansmann & Kraakman 2009
H.B. Hansmann en R. Kraakmann (eds.), *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford: Oxford University Press 2009.
Hartlief 2009
T. Hartlief, *Anno 2010*, Amsterdam: deLex 2009.
Heesakkers 2015
R.A.G. Heesakkers, *Het vennootschappelijk belang nader beschouwd – Een theoretisch perspectief*, Masterscriptie UU 2015, op aanvraag beschikbaar.
Hellwege & Wittig 2015
Ph. Hellwege & P. Wittig, 'Delictual and criminal liability in Germany', in: M. Dyson (red.), *Comparing Tort and Crime*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 123-172.
Heydenreich e.a. 2014
C. Heydenreich, A. Paasch & J. Kusch, *Globales Wirtschaften und Menschenrechte – Deutschland auf dem Prüfstand*, Druckerei Lokay 2014.

Hiss 2009
S. Hiss, 'Corporate Social Responsibility – Innovation oder Tradition? Zum Wandel der gesellschaftlichen Verantwortung von Unternehmen in Deutschland', *Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik*, 2009/3, p. 287-303..

Hofstetter 1990
K. Hofstetter, 'Parent responsibility for subsidiary corporations: evaluating European trends', *International and Comparative Law Quarterly* 1990/3, p. 576-598.

Hofstetter 2014
K. Hofstetter, *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2014: grundlagenbericht zur Revision*, Zürich: DAZ 2014.

Huizink 2010
J.B. Huizink, 'Zorgplichten in het concern', *Onderneming en Financiering* 2010/4, p. 5-28.

Ibili 2007
F. Ibili, *Gewogen rechtsmacht in het IPR*, Deventer: Kluwer 2007.

Jaffe e.a. 1995
A.B. Jaffe, S.R. Peterson, P.R. Portney & R.N. Stavins, 'Environmental regulation and the competitiveness of US manufacturing: what does the evidence tell us?', *Journal of Economic literature*, 1995/1, p. 132-163.

Jansen 2009
C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Deventer: Kluwer 2009.

Jenkins 2001
R. Jenkins, *Corporate codes of conduct: self-regulation in a global economy*, UNRISD Technology, Business and Society Programme Paper No. 2, Geneve: UNRISD, 2001.

Johnstone 2009
N. Johnstone, I. Hascic, R. de Vries & N. Medhi. 'The Effects of Environmental Policy on the Type of Innovation: The Case of Automotive Emissions Control Technologies', OECD Economic Studies 2009/1, p. 1-18.

Johnstone, Hascic & Pop 2010
N. Johnstone, I. Hascic & D. Popp, 'Renewable Energy Policies and Technological Innovation: Evidence Based on Patent Counts', *Environmental and Resource Economics* 2010/1, p. 133–155.

Jolles & Leimgruber 2009
A. Jolles & S. Leimgruber, 'Switzerland', in: R.A. Cohen, *The International Comparative Legal Guide to Litigation & Dispute Resolution 2009*, Global Legal Group 2009.

Kaufmann e.a. 2013
C. Kaufmann, J. Niedrig, J. Wehrli, L. Marschner & C. Good, 'Mise en oeuvre des droits humains en Suisse – Un état des lieux dans le domaine droits de l'homme et économie', Bern(e): Editions Weblaw 2013, <http://www.skmr.ch/frz/publications/economie/etat-des-lieux.html?zur=110>.

Kemperink 2015
G.N.H. Kemperink, 'Internationale overname en algemeen belang', *WPNR* 2015/7048, p. 95.

Keupink 2011
B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

Kirkpatrick 2012
C. Kirkpatrick, 'Economic Governance, Improving the economic and regulatory environment for supporting private sector activity', UNU-WIDER Working Paper No. 2012/108, 2012, <https://www.wider.unu.edu/publication/economic-governance>.

Kolk & van Tulder 2002
A. Kolk & R. van Tulder, *International codes of conduct – Trends, sectors, issues and effectiveness*, Rotterdam: Erasmus University Rotterdam, Department of Business-Society Management, 2002, <http://www.ib-sm.org/internationalcodesconduct.pdf>.

Kötz & Wagner 2010
H. Kötz & G. Wagner, Deliktsrecht, Munchen: Verlag Franz Vahlen 2010.

Koutsias & Willett 2013
M. Koutsias, C. Willet, 'The Unfair Commercial Practices Directive in the UK', *Erasmus Law Review* 2012/4, p. 237-251.

Kristen 2007
F.G.H. Kristen, 'Blij met publiciteit, bang voor de media?', Voordracht op 4 oktober 2007 ten behoeve van minisymposium ter gelegenheid van de uitreiking van de Jacques van Veen persprijs, gepubliceerd op <http://persprijsvanveen.nl/persprijs-2007/>.

Kristen 2008
F.G.H. Kristen, 'Aandacht vragen, aandacht krijgen en aandacht verdienen', in: A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constante waarden* (Kelk bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 313-322.

Kristen 2010
F.G.H. Kristen, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht', in: A.J.A.J. Eijsbouts, F.G.H. Kristen, J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, *Maatschappelijk verantwoord ondernemen*, Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging 2010-1, Deventer: Kluwer 2010, p. 121-189.

Kristen 2011
F.G.H. Kristen, 'Het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel in het bijzonder strafrecht', in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman & M.J.J.P. Luchtman (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 313-347.

Kroeze 2005
M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.

Kuijpers 2004
M.G. Kuijpers, 'Belangenafweging bij enquêteverzoeken', *WPNR* 2004/6589, p. 679-685.

Kunz 2013
P.V. Kunz, Chapter 20: Switzerland, in: A.M. Fleckner en K.J. Hopt (red.), *Comparative Corporate Governance: a Functional and International analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2013.

Kwakman 2013
N.J.M. Kwakman, 'België', in: B.F. Keulen e.a., *Naar een tweefasen strafproces?*, Groningen: 2013, p. 195-231.

Lambooy 2010
T.E. Lambooy, *Corporate social responsibility: legal and semi-legal frameworks supporting CSR: developments 2000-2010 and Case Studies* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

Lambooy 2013
T.E. Lambooy e.a., 'The opacity of a multinational company's organization, legal structure and power', *The Dovenschmidt Quarterly* 2013/3, p. 121-133.

Lambooy 2015
T.E. Lambooy, ''Maatschappelijk' ondernemen: begripsbepaling en ontwikkelingen', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De toekomst van het ondernemingsrecht – het ondernemingsrecht van de toekomst: opstellen voor prof. Mr. L. (Vino) Timmerman, ter gelegenheid van zijn 65ste verjaardag en 25+ jaar hoogleraarschap*, Deventer: Kluwer 2015, p. 281-314.

Lanoie e.a. 2011

P. Lanoie, J. Laurent-Lucchetti, N. Johnstone & S. Ambec, 'Environmental policy, innovation and performance: new insights on the Porter hypothesis', *Journal of Economics & Management Strategy*, 2011/3, p. 803-842.

Lanoie 2014

P. Lanoie, 'Greening Economic Growth: How Can Environmental Regulation Enhance Innovation and Competitiveness?', online gepubliceerd op <https://www.cigionline.org/publications/greening-economic-growth-how-can-environmental-regulation-enhance-innovation-and-compet>.

Lanoski 2010

L. Lankoski, 'Linkages between Environmental Policy and Competitiveness', OECD Environment Working Papers No. 13, 2010.

Lenaerts 2014

A. Lenaerts, 'Le principe général du droit fraus omnia corrumpit: une analyse de sa portée et de sa fonction en droit privé belge', *Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht/Revue Générale de Droit Civil* 2014/3, p. 98-115.

Lennarts 1999

M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid – Rechtsvergelijkende en internationaal privaatrechtelijke beschouwingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999.

Lennarts 2002

M.L. Lennarts, 'Wat weet een concern(vennootschap)?', in: J.M.M. Maeijer, M. van Olffen, H.M.N. Schonis, F.J.P. van den Ingh & G. van Solinge (red.), *Concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 57-70.

Lennarts 2003

M.L. Lennarts, 'Multinationals en asbestclaims: over forum non conveniens, zorgplichten, 'double standards' en 'soft law'', in: H. Boschma e.a. (red.), *LT: Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vino Timmerman*, Deventer: Kluwer 2003, p. 177-190.

Lennarts 2015

M.L. Lennarts, 'De zorgplicht van de moedervennootschap jegens werknemers van de dochter naar Engels recht: '*do cases make bad law*'?', in: B.F. Assink, K.F. Haak, J.M. de Jongh, M.J. Kroeze, & A.J.P. Schild (red.), *De toekomst van het ondernemingsrecht: het ondernemingsrecht van de toekomst – Opstellen voor Prof. mr. L. Timmerman ter gelegenheid van zijn 65ste verjaardag en 25+ jaar hoogleraarschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 315-329.

Lestrade & Rijken 2014

S.M.A. Lestrade & C.R.J.J. Rijken, 'Mensenhandel en uitbuiting nader bepaald, *Delikt en Delinkwent* 2014/64.

Lindenbergh 2008

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Deventer: Kluwer 2008.

Lindenberg 2013

K. Lindenberg, 'Duitsland', in: B.F. Keulen e.a., *Naar een tweefasen strafproces?*, Groningen: 2013, p. 253-279.

Lindenbergh 2014

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding* (monografieën BW B-34), Deventer: Kluwer 2014.

Loayza, Oviedo & Servén 2004

N. Loayza, A.M. Oviedo en L. Servén, 'Regulation and macroeconomic performance', World Bank Policy Research Working Paper 3469, 2004.

Lopik 2015

S.J. Lopik, 'Strafbaarheid moederonderneming bij gedraging binnen dochteronderneming', *Onderneming & Strafrecht in Praktijk* 2015/6, p. 83

Lubach 2005
R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen. Over de achtergrond, reikwijdte en toepassing van art. 6:171 BW* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005.

Malabat & Wester-Ouisse 2015
V. Malabat & V. Wester-Ouisse, 'The quest for balance between tort and crime in French law', in: M. Dyson (red.), *Comparing tort and crime. Learning from across and within legal systems*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 73-122.

Malinaud & Fenouillet 2012
P. Malinaud & D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Paris: LexisNexis 2012.

Mayson, French & Ryan 2014
D. French, S.W. Mayson & C.L. Ryan, *Mayson, French & Ryan on company law*, Oxford: Oxford University Press 2014.

McGregor 2014
H. McGregor, *McGregor on Damages*, London: Thomson Reuters 2014.

Meeran 2000
R. Meeran, 'Liability of multinational corporations: a critical stage in the UK', in: M.T. Kamminga & S. Zia-Zarifi (red.), *Liability of multinational corporations under international law*, Den Haag: Kluwer Law International 2000, p. 251-264.

Meeran 2011
R. Meeran, 'Tort litigation against multinational corporations for violations of human rights: an overview of the position outside the United States', *City University of Hong Kong Law Review* 2011/1, p. 1-41.

Meeran 2013
R. Meeran, 'Access to remedy: the United Kingdom experience of MNC tort litigation for human rights violations', in: S. Deva & D. Bilchitz (red.), *Human rights obligations of business – Beyond the corporate responsibility to respect?*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 378-402.

Meier-Hayoz & Forstmoser 2007
A. Meier-Hayoz & P. Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 10e druk, Bern: Stämpfli 2007.

Melai/Groenhuijsen e.a.
A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig)

Membrez 2012
F. Membrez, 'Les remèdes juridiques face aux violations des droits humains et aux atteintes à l'environnement commises par les filiales des entreprises suisses', maart 2012, <http://www.rechtohnegrenzen.ch/media/medialibrary/2012/03/etude_membrez_def.pdf>.

Menting 2015
M. Menting, '(R)Evolutie in het privaatrecht? Enkele beschouwingen over de rol van private regelgeving en de invloed van het EVRM naar aanleiding van HR Achmea/Rijnberg', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2015/4, p. 104-111.

Merkt 2013
H. Merkt, 'Chapter 12: Germany', in: A.M. Fleckner en K.J. Hopt (red.), *Comparative Corporate Governa nce: a Functional and International analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2013.

Meurkens 2014
R.C. Meurkens, *Punitive damages. The civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2014.

Meyer 1995
S.M. Meyer, 'The economic impact of environmental regulation', *Journal of Environmental Law & Practice*, 1995/2, p. 4-15.
Moore 2013
M.T. Moore, Chapter 21 United Kingdom, in: A.M. Fleckner en K.J. Hopt (red.), *Comparative Corporate Governance: a Functional and International analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 913-956.
Moréteau 2015
O. Moréteau, 'France: French tort law in the face of European harmonization', *Journal of Civil Law Studies* 2013/2, p. 759-801.
Mülbert 2005
P. Mülbert, 'Marktwertmaximierung als Unternehmensziel der Aktiengesellschaft', in: G. Crezelius, H. Hirte, K. Vieweg, *Festschrift für Volker Röhricht zum 65. Geburtstag*, Köln: Otto Schmidt Verlag 2005.

Oldenhuis & Kolder 2012
F.T. Oldenhuis & A. Kolder, 'Kroniek kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen en zaken', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2012/1, p. 14-34.
Otero García-Castrillón 2011
C. Otero García-Castrillón, 'International litigation trends in environmental liability: a European Union – United States comparative perspective', *Journal of Private Law* 2011/3, p. 551-581.

Peel & Goudkamp 2014
W.E. Peel & J. Goudkamp, *Winfield and Jolowicz on Tort*, London: Sweet & Maxwell 2014.
Peters 2005
W.P.J. Peters, *Das Enquêterecht bei schlechter Unternehmensführung gemäß Art. 2: 344 ff. BW (Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch) – ein Vorbild für Europa?* (Inaugural dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch die Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf) 2005.
Petreski 2014
M. Petreski, 'Regulatory Environment and Development Outcomes: Empirical Evidence from Transition Economies', *Ekonomický časopis (Journal of Economics)* 2014/3, p. 225-248.
Phillips 2015
A.S. Phillips, 'Transnational business, the right to safe working conditions, and the Rana Plaza building collapse: toward a tort-based solution to the global race to the bottom', in: J. Martin, K.E. Bravo (red.), *The business and human rights landscape – Moving forward, looking back*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 468-497.
Pitelis 2004
C.N. Pitelis, '(Corporate) governance, (shareholder) value and (sustainable) economic performance', *Corporate Governance: An International Review* 2004/12, p. 209–222
Porter 1991
M.E. Porter, 'America's Greening Strategy', *Scientific American* 1991/4, p. 168.
Porter & Van der Linde 1995
M.E. Porter en C. van der Linde, 'Toward a new conception of the environment competitiveness relationship', *Journal of Economic Perspectives*, 1995/4, p. 97–118.

Queinnec & Caillet 2010
Y. Queinnec & M.C. Caillet, Quels outils juridiques pour une regulation efficace des activités des sociétés transnationales?, in: I. Daugareilh (red.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Brussel: Bruylant 2010.

Queinnec & Brabant 2013
Y. Queinnec, S. Brabant, 'De l'art et du devoir d'être vigilant', *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2013/88, p. 48.

Raaijmakers 2015
M.J.G.C. Raaijmakers, 'De 'institutionele opvatting': grondslag en inhoud?', *Ondernemingsrecht* 2015/5, p. 155-164.

Reker 2015
T. Reker, 'Concernaansprakelijkheid in het strafrecht. Een onderscheid naar Duits voorbeeld', *Strafblad* 2015/12, p. 62-68.

Rieger 2012
K. Rieger, *Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands*, München: Sellier European Law Publishers 2012.

Roorda & Ryngaert 2015
L. Roorda, C.M.J. Ryngaert, 'Business and Human Rights Litigation in Europe: the Promises Held by Forum of Necessity-based Jurisdiction', *Rabels Zeitschrift fuer ausländisches und internationales Privatrecht* (te verschijnen 2016).

Rousseau & Tchotourian 2009
S. Rousseau en I. Tchotourian, 'L'intérêt social en droits des sociétés: regards transatlantiques', te raadplegen via <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3072/InteretSocialCanadaROUSSEAUTCHOTOURIAN.pdf>.

Rühmkorf 2015
A. Rühmkorf, *Corporate social responsibility, private law and global supply chains*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2015.

Saage-Maaß 2011
M. Saage-Maaß, 'Labour conditions in the globaly supply chain – What is the extent and implications of German corporate responsibility?', studie voor de Friedrich Ebert Stiftung, december 2011, <http://library.fes.de/pdf-files/iez/08822.pdf>.

Saage-Maaß & Wesche 2015
M. Saage-Maaß & P. Wesche, 'Holding German companies accountable for human rights bauses related to foreign subsidiaries and suppliers – The prospects in the German law of delict', draft versie 2015.

Scheepens & Rinnooy Kan 2008
W. Scheepens & R. Rinnooy Kan, *Geborgd of Verborgen – Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen in Corporate Governance*, Den Haag: Ministerie van Economische Zaken, 2008

Sethi 2011
S.P. Sethi, *Globalization and self-regulation: the crucial role that corporate codes of conduct play in global business*, New York: Palgrave MacMillan 2011.

Shaffer & Pollack 2010
G.C. Shaffer, M.A. Pollack, 'Hard law vs. soft law: alternatives, complements and antagonists in international governance', *Minnesota Law Review* 2010, p. 706-799.

Sijmonsma 2010
J.R. Sijmonsma, *Het inzagerecht. Artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2010.

Silva-Leander 2005
Katja Silva-Leander, 'Making sense of investment climate surveys', paper voor internationale conferentie "Reforming the business environment", oktober 2005, <http://www.businessenvironment.org/dyn/be/docs/69/Session1.1LeanderDoc.pdf>,

Sjåfjell 2009
B. Sjåfjell, *Towards a Sustainable European Company Law:* Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International 2009.
Snijders e.a. 2011
H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011
Sobrie 2014
S. Sobrie, '*User pays*? Burgerlijke geschillenbeslechting in tijden van budgettaire ademnood', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2014/3, p. 1259-1306.
Spier e.a. 2015
J. Spier, T. Hartlief, A.L.M. Keirse, D. Lindenbergh & R.D. Vriesendorp (red.), *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2015.
Spießhofer 2014
B. Spießhofer, 'Wirtschaft und Menschenrechte – Rechtliche aspekte der corporate social responsibility', *Neue Juristische Wochenschrift* 2014, p. 2473-2479.
Spindler 2011
G. Spindler, *Unternehmensorganisationspflichten – Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte*, Göttingen: Universitätsverlag Göttingen 2011.
Steins Bisschop 2004
B.T.M. Steins Bisschop, *Maatschappelijk ondernemen en het ondernemingsrecht*, Den Haag: Boom 2004.
Stephens 2002
B. Stephens, 'Translating Filártiga: a comparative and international law analysis of domestic remedies for international human rights violations', Yale Journal of International Law 2002/1, p. 1-57.
Strikwerda 2012
L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012.
Swift & Zadek 2012
T. Swift en S. Zadek, *Corporate responsibility and the competitive advantage of nations*, Londen: AccountAbility 2002.

Taeymans 2015
M. Taeymans, 'De Belgische class action in kort bestek', *Cahier van de Jurist* 2015/1, p. 1-4.
Tercier & Dreyer 2004
P. Tercier & D. Dreyer, 'Tort', in: F. Dessemontet & T. Ansay (red.), *Introduction to Swiss Law*, The Hague: Kluwer Law International 2004, p. 145-136.
Thsibende e.a. 2012
L.-D. Muka Thsibende, Y. Queinnec & I. Tchotourian, 'Articles 224 et s. de la loi Grenelle II : vers un droit de la gouvernance d'entreprise (enfin ?) responsable?', *Revue de droit international et de droit comparé* 2012/1, p. 97-170.
Timmerman 2000
L. Timmerman, 'Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht', in: *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2000-I, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 105-165.
Timmerman 2006
L. Timmerman, 'Impliceert beperkte toetsing beperkte verantwoordelijkheid?', *Ondernemingsrecht* 2006/9, p. 334-337.
Timmerman 2009
L. Timmerman, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2009/2, p. 4-13.

Timmerman 2015
L. Timmerman, 'De breedte van het vennootschapsrecht, enkele inleidende opmerkingen', *WPNR* 2015/7048, p. 93-94.
Tjittes 2001
R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Deventer: Kluwer 2001.
Tjong Tjin Tai 2006
T.F.E. Tjong Tjin Tai, Zorgplichten en zorgethiek, Deventer: Kluwer 2006.

Van Andel 2006
W.J.M. van Andel, 'Aansprakelijkheid voor nalaten in het ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2006/16, p. 50-55.
Van Boom 2006
W.H. van Boom, *Efficacious enforcement in contract and tort* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
Van Calster 2013
G. van Calster, *European private international law*, Oxford: Hart Publishing 2013.
Van Dam 1989
C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1989.
Van Dam 1995
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten*, Deventer: Kluwer 1995.
Van Dam 2000
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.
Van Dam 2008
C.C. van Dam, *Onderneming en mensenrechten – Zorgvuldigheidsnormen voor ondernemingen ter voorkoming van betrokkenheid bij schending van mensenrechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
Van Dam 2013
C. van Dam, *European tort law*, Oxford: Oxford University Press 2013.
Van den Broek & Enneking 2014
G.M. Van den Broek, L.F.H. Enneking, 'Public interest litigation in the Netherlands - A multidimensional take on the promotion of environmental interests by private parties through the courts', *Utrecht Law Review* 2014/3, p. 77-90.
Van den Boezem & Van Hoek 2014
F.B. Beekhoven van den Boezem & A.A.H. van Hoek, *Forumshopping*, Handelingen Vereniging voor Burgerlijk Recht, Zutphen: Paris 2014.
Van der Sangen 2009
G.J.H. van der Sangen, 'Concernleiding en aansprakelijkheid: het delicate evenwicht tussen unitaire leiding en juridische zelfstandigheid', *Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur* 2009/6, p. 146-153.
Van Dongen 1995
R.C. van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1995.
Van Engelen 2013
D. van Engelen, 'Grensoverschrijdend procederen in IE-zaken: back to the future?', *Ars Aequi* 2013, p. 271-279.
Van Gerven 2006
W. van Gerven, *Verbintenissenrecht*, Leuven: Acco 2006.

Van Gestel & Hertogh 2006
R.A.J. van Gestel & M.L.M. Hertogh, 'Wat is regeldruk? – Een verkennende internationale literatuurstudie', Onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoeks-en Documentatiecentrum (WODC), Ministerie van Justitie, 2006.

Van Hoek 2013
A.A.H. van Hoek, 'In de olie – Het proces tegen Shell wegens olielekkages in de Ogonidelta (Nigeria)', *Ars Aequi* 2013, p. 482-490.

Van Kempen 2008
P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

Van Nispen 2009
C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Rooij 1990
R. van Rooij, 'De moeder, de dochter, de calamiteit en het concern', in: M.J.G.C. Raaijmakers, R. van Rooij, J. Spier (red.), *Aansprakelijkheden – Opstellen rond het thema ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht bij gelegenheid van het 60-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 177-195.

Van Schilfgaarde e.a. 2013
P. Van Schilfgaarde, J. Winter en J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013.

Van Schoubroeck 2012
C. Van Schoubroeck, 'Begroting van morele schade in België', *Verkeersrecht* 2012/6, p. 218-225.

Van Strien 1996
A.L.J. van Strien, *De rechtspersoon in het strafproces* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1996.

Van Strien 2010
A.L.J. van Strien, in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen. Verslag van de op 11 juni 2010 te Amsterdam gehouden algemene vergadering*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2010-II, Deventer: Kluwer 2011, p. 48-50

Van Veen 2012
W.J.M. van Veen, 'Vestigingsklimaat en de restricties in nationale wetgeving met betrekking tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing, fusie en splitsing', in: G.F. Boulogne & L.J.A. Pieterse, *Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen – Tribuut aan Jaap Bellingwout*, Deventer: Kluwer 2012, p. 165-181.

Vandaele 2003
A. Vandaele, 'De wet van 27 februari 2007 ter bevordering van sociaal verantwoorde productie: een blauwdruk voor een internationale regelgeving?', in: E. Brems & P. vanden Heede (red.), *Bedrijven en mensenrechten – Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Antwerpen: Maklu 2003, p. 107-140.

Vander Beken 2004
T. Vander Beken, 'Nieuwe Genocidewet, nieuwe regels inzake rechtsmacht', *Jura Falconis* 2004/1, p. 43-54.

Vandekerckhove 2007
K. Vandekerckhove, *Piercing the corporate veil*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2007.

Vandenbogaerde 2009
M. Vandenbogaerde, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2009.

Vansweevelt & Weyts 2009
T. Vansweevelt & B. Weyts, Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, Antwerpen: Intersentia 2009.

Verbunt & Van den Heuvel 2007
B.E.L.J.C. Verbunt, R.F. Van den Heuvel, 'De rol van toerekening van wetenschap bij aansprakelijkheid voor zuiver nalaten in het rechtspersonenrecht', in: M. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007*, Deventer: Kluwer 2007, p. 211-230.

Verdam 2013
A.F. Verdam, 'Het vennootschappelijk belang: méér dan 'enlightened shareholder value', *Ondernemingsrecht* 2013/18, p. 93-101.

Verdam 2015
A.F. Verdam, 'Iets over de verhouding tussen de institutionele opvatting, het vennootschapsbelang en de norm van redelijkheid en billijkheid, mede in relatie tot bestuurders, commissarissen en aandeelhouders', *WPNR* 2015/7062, p. 430-436.

Verhaeghe 2004
M. Verhaeghe, 'De politieke begrafenisstoet van de genocidewet', *Ethische Perspectieven* 2004/2 p. 131-147.

Verheij 2006
A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, 6e druk, Deventer: Kluwer 2005.

Verlinden 1987
J. Verlinden, 'Het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de rechtsvordering (art. 17 en 18 Gerechtelijk Wetboek)', *Jura Falcone* 1987/1, p. 19-59.

VerLoren van Themaat & Van Heezik 2010
I.W. VerLoren van Themaat & M.C. van Heezik, 'Het toerekeningsleerstuk: de balans opgemaakt', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2010/ 3, p. 90-95.

Verstappen 2011
R. Verstappen, *Benchmark Responsible Investment by Pension Funds in the Netherlands*, Utrecht: VBDO, 2011.

Viney & Jourdain 2010
G. Viney & P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, Paris : L.G.D.J. 2010.

Viney, Jourdain & Carval 2013
G. Viney, P. Jourdain & S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, Paris : L.G.D.J. 2013.

Voet 2015
S. Voet, 'Belgische consumenten class-action', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2015/1, p. 16-24.

Vytopil 2014
A.L. Vytopil, 'Zin en onzin van gedragscodes, contractenrecht en aansprakelijkheidsrecht voor het bevorderen van duurzaamheid in handelsketens', in: N. Teesing (red.), *Duurzame handel in juridisch perspectief*, Preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Milieurecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 67-86.

Vytopil 2015
L. Vytopil, *Contractual control in the supply chain*, diss. UU, Den Haag: Eleven international Publishing, 2015.

Waterbolk 2014
T. Waterbolk, *De zorgplicht van moedermaatschappijen jegens (potentiële) schuldeisers van dochtermaatschappijen*, Masterscriptie UU 2014, op aanvraag beschikbaar.

Weber & Baisch 2016
R.H. Weber & R. Baisch, 'Liability of parent companies for human rights violations of subsidiaries', *European Business Law Review* 2016 (nog te verschijnen), <http://ssrn.com/abstract=2625536>.

Weibel 2008
T. Weibel, *Beweise und Beweisführungsgrundsätze im Zivilrecht*, Graz: Schulthess 2008.

Wilcox 2012
V. Wilcox, 'Vindicatory Damages: The Farewell?', *Journal of European Tort Law* 2012/3, p. 99-109
Wirth e.a. 2010
G. Wirth, M. Arnold, R. Morshäuser, M. Greene, *Corporate Law in Germany*, München: C.H. Beck 2010.
Wouters 2004
J. Wouters, 'Tien jaar experimenteren met internationaal recht: van de Wet van 16 juni 1993 tot de Wet van 5 augustus 2003', *Jura Falconis* 2004/1 p. 3-20.

Zaman 2015
D.F.M.M. Zaman, *Het ondernemingsrecht als katalysator voor de economie?* (oratie Leiden) Leiden: Universiteit Leiden 2015.
Zekoll & Reimann 2005
J. Zekoll & M. Reimann, Introduction to German Law, The Hague: Kluwer Law International 2005.
Zerk 2006
J.A. Zerk, *Multinationals and corporate social responsibility*, Cambridge: Cambridge University Press 2006.
Zerk 2010
J. Zerk, 'Extraterritorial jurisdiction: lessons for the business and human rights sphere from six regulatory areas', Report for Harvard Corporate Social Responsibility Initiative, to help inform mandate of Special Representative Ruggie (2010), <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_59_zerk.pdf>.
Zwalve 2008
W.J. Zwalve, *Common law & Civil Law*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
Zweigert & Kötz 1998
K. Zweigert & H. Kötz, *An introduction to comparative law*, 3e ed., Oxford: Clarendon Press 1998.

BEGELEIDINGSCOMMISSIE

Samenstelling begeleidingscommissie

Voorzitter

- Dhr. Prof.mr. M.J. Kroeze

  Erasmus Universiteit Rotterdam

Leden

- Mw. Mr. E.C. van Ginkel

  WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie

- Dhr. Dr.mr. E. Gritter

  Rijksuniversiteit Groningen

- Dhr. Prof.mr. R.J.M. Lefeber

  Ministerie van Buitenlandse Zaken

- Mw. Mr.dr. M. Meinema

  Ministerie van Veiligheid en Justitie

- Dhr. Mr.dr. S.F.G. Rammeloo

  Universiteit Maastricht

INTERVIEWVRAGEN NEDERLANDSTALIG

INLEIDING

Dit interview maakt deel uit van een onderzoeksproject inzake de zorgplichten van bedrijven in het kader van Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (IMVO) in opdracht van de Nederlandse ministeries van Buitenlandse Zaken en Veiligheid & Justitie. Met dit onderzoeksproject wordt navolging gegeven aan het 'Nationaal Actieplan bedrijfsleven en mensenrechten' van het Kabinet-Rutte II, dat de prioriteiten van de Nederlandse overheid weergeeft bij de implementatie van het VN beleidsraamwerk inzake bedrijven en mensenrechten.

De vraag die ten grondslag ligt aan dit onderzoek is in hoeverre de zorgplicht van Nederlandse bedrijven ten aanzien van (internationaal) maatschappelijk verantwoord ondernemen afdoende in de wet is geregeld, dan wel of een nadere explicitering daarvan nodig is. De focus van het onderzoek is op zorgplichten voor bedrijven in het kader van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen die voortvloeien uit regelgeving en rechtspraak op het gebied van het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht.

Conform het daartoe gestelde in het Nationaal Actieplan, wordt niet alleen gekeken naar relevante regelgeving en jurisprudentie in Nederland en in vergelijkbare landen, maar wordt ook een inschatting gemaakt van de invloed daarvan op het vestigingsklimaat voor bedrijven in die landen. Dit is het onderwerp waarover we graag met u van gedachten zouden willen wisselen in dit interview.

We willen graag vier thema's met u bespreken:
1. het Nederlandse vestigingsklimaat in algemene zin;
2. het Nederlandse debat inzake internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen;
3. de ervaringen tot op heden van in Nederland gevestigde bedrijven met *due diligence* en transparantieverplichtingen op dit gebied;
4. de invloed van IMVO-gerelateerde regelgeving en jurisprudentie op het Nederlandse vestigingsklimaat.

Het interview is exploratief van aard en de resultaten zullen worden weergegeven als anekdotisch bewijs. De resultaten zullen geanonimiseerd worden, zodat zij niet te herleiden zijn tot u of uw organisatie. Het interview zal worden opgenomen en uitgeschreven; als u daar prijs op stelt kunnen we u een kopie van het transcript doen toekomen.

Gedurende het interview zullen wij de term 'internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen' zo nu en dan afkorten tot 'IMVO'.

Het interview bestaat uit 16 hoofdvragen. De sub-vragen (schuingedrukt) zijn ter nadere verduidelijking / uitwerking van de hoofdvragen, maar hoeven niet allemaal als zodanig aan bod te komen.

THEMA 1: HET NEDERLANDSE INVESTERINGSKLIMAAT IN ALGEMENE ZIN

- Wat zijn naar uw mening de factoren die het Nederlandse vestigingsklimaat bepalen?
    - *Welke factoren maken Nederland een aantrekkelijk land voor bedrijven om zich te vestigen?*
- In welke mate zijn door de Nederlandse overheid opgestelde beleidsinstrumenten en wettelijke regels bepalend voor het Nederlandse vestigingsklimaat?

- *Zijn er specifieke onderwerpen ten aanzien waarvan overheidsbeleid en -regulering in het bijzonder bepalend zijn voor het Nederlandse vestigingsklimaat?*
- *Kunt u wellicht specifieke regels of beleidsinstrumenten aanwijzen op het gebied van het ondernemingsrecht, het strafrecht en/of het civiele aansprakelijkheidsrecht die naar uw mening een uitgesproken positieve dan wel negatieve invloed hebben op het Nederlandse vestigingsklimaat?*

THEMA 2: IMVO IN NEDERLAND

- Wat wordt er in Nederland verstaan onder het begrip internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen (IMVO)?
    - *Wordt onder dit begrip verstaan 'de verantwoordelijkheid van in Nederland gevestigde bedrijven om ervoor te zorgen dat hun wereldwijde activiteiten – waaronder de activiteiten van hun buitenlandse dochtermaatschappijen of zakenpartners – geen nadeel toebrengen aan mens en milieu elders', of wordt er iets anders onder verstaan?*
    - *Bestaan er verschillende interpretaties van het begrip IMVO bij verschillende groepen belanghebbenden en zo ja, waar zitten de verschillen?*
    - *In hoeverre wordt het begrip IMVO gekoppeld aan begrippen als* corporate citizenship*,* corporate governance *en/of duurzame ontwikkeling?*

- Zou u het Nederlandse debat rond internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen kort kunnen schetsen?
    - *Wat zijn de belangrijkste kwesties die aan de orde zijn in dit debat?*
    - *Wat zijn de belangrijkste deelnemers aan het debat (bedrijfsleven, politici, beleidsmakers, consumenten, ngo's, …) en hoe staan zij tegenover het onderwerp?*
    - *Hoe wordt er door hen gedacht over de verantwoordelijkheid van in Nederland gevestigde ondernemingen waar het gaat om het voorkomen van schade aangericht aan mens en milieu elders als gevolg van hun wereldwijde bedrijfsactiviteiten – waaronder ook de activiteiten van hun buitenlandse dochterondernemingen en zakenpartners?*

- Heeft de Nederlandse overheid regels of beleidsinstrumenten geïmplementeerd die specifiek gericht zijn op het bevorderen van (internationaal) maatschappelijk verantwoord ondernemerschap van in Nederland gevestigde ondernemingen?
    - *Kunt u ons enkele voorbeelden geven van de belangrijkste regels en beleidsinstrumenten op dit gebied?*
    - *Wat was de reden voor de invoering hiervan?*
    - *Zijn deze regels en beleidsinstrumenten van toepassing op alle in Nederland gevestigde ondernemingen?*
    - *Wordt naleving ervan gemonitord en/of gehandhaafd en zo ja, door wie en op welke manier?*
    - *Hoe heeft het Nederlandse bedrijfsleven gereageerd op de invoering van deze regels en beleidsinstrumenten?*

- Hebben in Nederland gevestigde bedrijven zich geconfronteerd gezien met juridische procedures met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties die in Nederland voor de rechter gebracht zijn?

- *Wat waren de kwesties waar het in deze procedures om draaide?*
- *Om wat voor soort claims ging het (civiele aansprakelijkheid, strafrechtelijke aansprakelijkheid, misleidende reclame, oneerlijke concurrentie, …)?*
- *Hoe zijn deze procedures verlopen?*
- *Hoe heeft het Nederlandse bedrijfsleven gereageerd op deze procedures?*

- Zijn er andere manieren waarop IMVO-gerelateerde kwesties onder de aandacht gebracht zijn van bedrijven, beleidsmakers en/of het bredere publiek in Nederland?

  - *Is er media-aandacht geweest voor specifieke kwesties of incidenten die gerelateerd waren aan de activiteiten van in Nederland gevestigde ondernemingen in het buitenland of aan de activiteiten van hun buitenlandse dochterondernemingen of zakenpartners?*
  - *Zijn er voorbeelden geweest van niet-gerechtelijke procedures (bijvoorbeeld mediation of arbitrage-procedures) waarin dergelijke kwesties aan de orde gesteld werden met betrekking tot in Nederland gevestigde ondernemingen?*
  - *Zijn er buitenlandse reguleringsinitiatieven of gerechtelijke procedures met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties geweest waarvoor in Nederland veel aandacht (geweest) is?*

THEMA 3: *DUE DILIGENCE* EN TRANSPARANTIEVERPLICHTINGEN VOOR IN NEDERLAND GEVESTIGDE ONDERNEMINGEN

- In hoeverre en op welke manier hebben de *UN Guiding Principles on Business & Human Rights* invloed gehad op het ondernemingsbeleid en de ondernemingspraktijk van in Nederland gevestigde bedrijven?

  - *Hebben de* Guiding Principles *veranderingen gebracht in de manier waarop in Nederland gevestigde bedrijven omgaan met de mogelijke gevolgen van hun activiteiten op mens en milieu elders?*
  - *In hoeverre strekken die veranderingen zich ook uit tot de manier waarop zij zich verhouden tot de activiteiten van hun buitenlandse dochterondernemingen en zakenpartners?*
  - *In hoeverre is hun invloed op de ondernemingspraktijk vergelijkbaar met de invloed daarop van andere instrumenten zoals de OESO-richtlijnen, sector-specifieke richtlijnen, eigen gedragscodes, enz.?*

- Hoe zijn in Nederland gevestigde ondernemingen omgegaan met de verwachting dat zij *due diligence* procedures implementeren met het oog op het identificeren en voorkomen van IMVO-gerelateerde risico's die verbonden zijn aan hun activiteiten (ook) in het buitenland?

  - *Kunt u ons een indruk geven van hoe wijdverspreid het gebruik van dergelijke procedures is onder in Nederland gevestigde ondernemingen?*
  - *In hoeverre omvatten dergelijke procedures ook risico's die verbonden zijn aan de activiteiten van de buitenlandse dochterondernemingen of zakenpartners van in Nederland gevestigde ondernemingen?*
  - *Heeft u de indruk dat het implementeren van due diligence procedures door bedrijven beschouwd wordt als een van buiten opgelegde verplichting waaraan voldaan moet worden of als een door hen zelf gevoelde en ervaren verantwoordelijkheid?*
  - *Wat zijn naar uw mening de belangrijkste drijfveren voor de stappen die in dit kader genomen zijn door in Nederland gevestigde ondernemingen (bijv. een intern gevoelde noodzaak om mens- en milieu gerelateerd nadeel als gevolg van de bedrijfsactiviteiten te*

voorkomen, dan wel de dreiging van strengere regelgeving of druk vanuit de publieke opinie)?

- Hebben de ervaringen van in Nederland gevestigde ondernemingen met het implementeren van IMVO-gerelateerde *due diligence* procedures specifieke problemen bij het opzetten en uitvoeren daarvan aan het licht gebracht?
    - *Bestaat er voldoende duidelijkheid over de inhoud en reikwijdte van hun verantwoordelijkheden in dit kader?*
    - *Zijn er andere omstandigheden die de implementatie van dergelijke procedures bemoeilijken?*
    - *Bestaan er ideeën over mogelijke manieren waarop de geconstateerde problemen en onduidelijkheden opgelost kunnen worden?*
    - *In hoeverre ziet men hier een rol weggelegd voor regelgeving of beleid vanuit de Nederlandse overheid, voor gerechtelijke procedures en/of voor andere vormen van normstelling en conflictoplossing?*

- Kunt u ons iets vertellen over de transparantieverplichtingen van in Nederland gevestigde ondernemingen ten aanzien van IMVO-gerelateerde kwesties?
    - *Zijn er specifieke standaarden of richtlijnen van toepassing waarin duidelijk gemaakt wordt over welke kwesties en op welke manier gerapporteerd moet worden?*
    - *In hoeverre bestaat er een neiging onder in Nederland gevestigde bedrijven om bij het rapporteren over dit soort kwesties verder te gaan dan op grond van de wet strikt noodzakelijk is?*
    - *In hoeverre en door wie / op welke manier wordt de verstrekte informatie getoetst op waarheid en compleetheid?*

- Is er naar uw mening behoefte aan meer of andere IMVO-gerelateerde regels of beleidsinstrumenten vanuit de Nederlandse overheid en zo ja, hoe zouden die eruit moeten zien?
    - *Zou de Nederlandse overheid zich actief of juist terughoudend moeten opstellen bij het reguleren van IMVO-gerelateerde onderwerpen?*
    - *Vindt u zelfregulering een effectief instrument waar het gaat om het stimuleren van in Nederland gevestigde ondernemingen om hun verantwoordelijkheden in de IMVO-context na te leven?*
    - *In hoeverre zouden zelfreguleringsinstrumenten aangevuld moeten worden met overheidsregulering gericht op het creëren van een gelijk speelveld voor voorlopers en achterlopers op IMVO-gebied?*
    - *Op welke manier zou dit vorm kunnen krijgen?*
    - *Kunt u ons iets vertellen over de rol van het Nederlandse Nationaal Actieplan voor Bedrijfsleven en Mensenrechten in dit verband?*

THEMA 4: IMVO-GERELATEERDE REGELGEVING EN RECHTSPRAAK EN HET NEDERLANDSE VESTIGINGSKLIMAAT

- Bent u van mening dat nationale regelgeving en beleid met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties factoren zijn die bedrijven in ogenschouw nemen bij het nemen van hun beslissingen om zich in bepaalde landen te vestigen en zo ja, op welke manier en in welke mate?

- *Bestaan er IMVO-gerelateerde regels of beleidsinstrumenten ingesteld door de Nederlandse overheid die naar uw mening buitenlandse investeerders ertoe zouden kunnen aanzetten om een onderneming in Nederland te vestigen, of die hen er juist van zouden kunnen weerhouden dat te doen?*
- *Zijn er specifieke regels of beleidsinstrumenten ter discussie of in voorbereiding in Nederland die een sterke invloed (zouden kunnen) uitoefenen op het Nederlandse vestigingsklimaat?*
- *Als de Nederlandse overheid meer bindende regels of meer strikt beleid zou aannemen ten aanzien van IMVO-gerelateerde kwesties – of als het bestaande regels en beleidsinstrumenten strikter zou gaan handhaven – zou dat dan naar uw mening de bereidheid van ondernemingen om zich in Nederland te vestigen of daar gevestigd te blijven, kunnen beïnvloeden?*

- In hoeverre wordt het huidige reguleringskader in Nederland met betrekking tot IMVO-gerelateerde onderwerpen in algemene zin gezien of ervaren als bevorderend of juist als belemmerend voor het Nederlandse vestigingsklimaat?

  - *In hoeverre en op welke wijze creëren de bestaande IMVO-gerelateerde regels en beleidsinstrumenten in Nederland voordelen voor in Nederland gevestigde ondernemingen?*
  - *Zijn er specifieke regels of beleidsinstrumenten te noemen die in het bijzonder voordelig uitwerken in dit verband?*
  - *In hoeverre en op welke wijze creëren de bestaande IMVO-gerelateerde regels en beleidsinstrumenten in Nederland nadelen voor in Nederland gevestigde ondernemingen?*
  - *Zijn er specifieke regels of beleidsinstrumenten te noemen die in het bijzonder nadelig uitwerken in dit verband?*

- In hoeverre houdt de Nederlandse overheid, bij overwegingen omtrent de introductie van IMVO-gerelateerde regels of beleidsinstrumenten, rekening met de mogelijke impact daarvan op het Nederlandse vestigingsklimaat?

  - *In hoeverre is de Nederlandse overheid gevoelig voor klachten over toenemende regeldruk als gevolg van IMVO-gerelateerde regels of beleidsinstrumenten?*
  - *Zijn er voorbeelden van regels of beleidsinstrumenten op dit gebied die aangepast, afgeschaft of niet ingevoerd zijn met het oog op hun (mogelijk) nadelige invloed op het Nederlandse vestigingsklimaat?*
  - *Zijn er voorbeelden van regels of beleidsinstrumenten op dit gebied die juist wel ingevoerd zijn met het oog op hun (mogelijk) positieve invloed op het Nederlandse vestigingsklimaat?*
  - *Hoeveel gewicht zou de Nederlandse overheid naar uw mening moeten hechten aan de mogelijke invloed van IMVO-gerelateerde regels en beleidsinstrumenten op het Nederlandse vestigingsklimaat?*

- In hoeverre hebben juridische procedures tegen in Nederland gevestigde bedrijven met betrekking tot IMVO-gerelateerde kwesties die voor de Nederlandse rechter gebracht worden invloed op het Nederlandse vestigingsklimaat?

  - *In hoeverre is er tot dusverre discussie geweest onder het Nederlandse bedrijfsleven of onder Nederlandse juristen of beleidsmakers over de mogelijke impact van IMVO-gerelateerde rechterlijke procedures en rechterlijke uitspraken op het Nederlandse vestigingsklimaat?*

- *Zijn er voorbeelden van juridische procedures op dit terrein waarvan de indruk bestaat dat zij belangrijke consequenties (kunnen) hebben voor de manier waarop in Nederland gevestigde ondernemingen omgaan met de mogelijke nadelige effecten van hun activiteiten – of de activiteiten van hun dochtermaatschappijen of zakenpartners – op mens en milieu in het buitenland?*
- *Als de prevalentie van IMVO-gerelateerde juridische procedures voor de Nederlandse rechter tegen in Nederland gevestigde ondernemingen zou toenemen, zou dit naar uw mening dan invloed kunnen hebben op de bereidheid van ondernemingen om zich in Nederland te vestigen of in Nederland gevestigd te blijven?*

AFSLUITING

Zijn er nog onderwerpen met betrekking tot de invloed van IMVO-gerelateerde regelgeving, jurisprudentie en beleidsontwikkelingen op bedrijven en het vestigingsklimaat in Nederland die naar uw mening relevant zijn en waar u nog iets over kwijt zou willen?

Wij danken u zeer hartelijk voor uw tijd en voor uw bereidheid om deel te nemen aan dit interview!

INTERVIEWVRAGEN ENGELSTALIG

INTRODUCTION

This interview is part of a research project on corporate duties of care in the context of international corporate social responsibility, which has been commissioned by the Dutch Ministries of Foreign Affairs and Security & Justice. The project is a follow-up to the Dutch National Action Plan on Business & Human Rights, in which the Dutch government has set out its priorities in implementing the UN Guiding Principles on Business & Human Rights.

The main question to be answered through this research project is whether the responsibilities of Dutch companies with respect to international corporate social responsibility are adequately regulated by law, or whether more specific provisions are necessary. The focus of the research project is on corporate duties of care in the context of international corporate social responsibility in the fields of corporate law, non-contractual liability law and criminal law. As required by the Dutch National Action Plan, we take into consideration relevant legislation and case law both in the Netherlands and in a number of neighbouring countries, including France.

What we have also been asked to take into consideration in this research project are the effects of legislation, policies and case law in the field of international corporate social responsibility on companies and the business climate in the countries involved. This is the topic we would like to talk about with you in this interview.

We would like to discuss four themes with you:

1. the French investment climate in general;
2. the debate on international corporate social responsibility in France;
3. the experiences so far of France-based companies with due diligence and reporting requirements in this field;
4. the impact of ICSR-related regulations on the French investment climate.

The interview is explorative in nature and the results will be presented as strictly anecdotal. We will anonymize the results, which means that it will not be possible to trace them back to you or to your organisation. The interview will be recorded and transcribed; if you would like to receive a copy of the transcript, please let us know.

In the course of the interview, we will at times use the abbreviation 'ICSR' for the term of international corporate social responsibility.

Please note that the questions in italics are sub-questions, which may serve as a tool to further clarify and/or operationalize the main questions, but do not necessarily need to be addressed in the interview.

THEME 1: THE FRENCH INVESTMENT CLIMATE

- In your view, which factors determine the French investment climate?
    - *What particular features make France an attractive country for companies to take up domicile there?*
- To what extent do governmental regulations and policies play a role in determining the attractiveness of a country's investment climate?

- *Are there any particular subject matter areas where governmental regulations and policies are especially relevant in determining the national investment climate?*
- *What particular features of the French regulatory system do you perceive to be crucial in determining France's investment climate?*
- *Are there any specific rules or policies in the fields of corporate law, criminal law or civil law that you would say are particularly favourable or particularly unfavourable for the French business community?*

THEME 2: (I)CSR IN FRANCE

- How is the notion of international corporate social responsibility (ICSR) interpreted in France?
    - *Is the notion understood as referring to 'the responsibilities of France-based companies to prevent their worldwide activities – including those of their foreign subsidiaries and trade partners – from having an adverse impact on people and planet abroad', or do people attach a different meaning to it?*
    - *Do different groups of stakeholders have different interpretations of the notion of ICSR?*
    - *To what extent is ICSR in France considered to be related to notions such as corporate citizenship, corporate governance and/or sustainable development?*

- Could you briefly sketch for us the general discourse in France on international corporate social responsibility (ICSR)?
    - *What are the main issues that are being addressed in this debate?*
    - *Which are the main stakeholder groups involved in this debate (i.e., the business community, policymakers, civil society, academics, …)?*
    - *What are their views on the responsibilities of France-based companies to prevent their worldwide activities – including those of their foreign subsidiaries and trade partners – from having an adverse impact on people and planet abroad?*

- Has the French government implemented specific rules or policies aimed at dealing with ICSR-related issues?
    - *Can you give us some examples of such rules and policies?*
    - *What has been the reason for their implementation?*
    - *Are these rules and policies applicable to all France-based companies?*
    - *Is compliance with these rules and policies being monitored and/or enforced and if so, by whom?*
    - *How has the French business community responded to their coming into being?*

- Have France-based companies been confronted with legal claims involving ICSR-related issues that have been brought before French courts?
    - *What were the issues in dispute?*
    - *What particular types of claims were involved (civil liability, criminal liability, misleading advertisements, unfair competition, …)?*
    - *How have the courts dealt with these claims?*
    - *How has the French business community responded to these claims?*

- Are there other ways in which ICSR-related issues have been brought to the attention of companies, policymakers and/or the general public in France?
    - *Has there been media-attention to specific incidents related to the business operations abroad of France-based companies and/or their foreign subsidiaries or business partners?*
    - *Have there been examples of non-judicial dispute settlement procedures (involving for instance mediation or arbitration) on such issues involving France-based companies?*

THEME 3: DUE DILIGENCE AND REPORTING REQUIREMENTS FOR FRANCE-BASED COMPANIES

- To what extent and in what way have the UN Guiding Principles on Business & Human Rights affected the operational practices and policies of France-based companies?
    - *Have they brought any changes to the way in which those companies deal with the potential impacts of their activities on people and planet abroad?*
    - *To what extent do those changes also extend to the activities of their foreign subsidiaries and/or other business partners?*

- How have France-based companies responded to the requirement that they should introduce due diligence processes aimed at identifying and preventing the realisation of ICSR-related risks caused by their operations abroad?
    - *Could you give us an indication as to whether such due diligence processes have been broadly introduced among internationally operating France-based companies?*
    - *To what extent do those processes also encompass the risks caused by the operations of their foreign subsidiaries and other business partners?*
    - *Do you feel that the progress that has so far been made by France-based companies in introducing ICSR-related due diligence processes has been mostly driven by an actual desire to avoid ICSR-related risks or has it mostly been driven by external factors like the pressure of (potential) governmental rules and policies and public opinion?*

- Have the experiences of the French business community in introducing human rights due diligence processes brought to light any particular difficulties in setting up and implementing them?
    - *Is there sufficient clarity on the substance and extent of their responsibilities in this respect?*
    - *If not, what would be a good way of resolving any of the remaining difficulties or uncertainties?*
    - *Would they consider there to be a role for governmental rules or policies or for judicial standard-setting and dispute resolution in this respect?*

- Could you tell us something about the reporting requirements for France-based companies on ICSR-related issues?
    - *Are there any standards or guidelines on the issues to be reported on?*
    - *To what extent are companies inclined to report on more than is strictly required?*
    - *To what extent is the information provided tested for validity and completeness?*

- In your view, is there a need for more or different ICSR-related rules or policies by the French government and if so, what should those look like?
    - *Should the French government take a proactive or rather a more cautious approach in seeking to regulate these matters?*
    - *Do you consider self-regulation to be an effective tool in stimulating France-based companies to live up to their responsibilities this context?*
    - *To what extent should self-regulatory measures be accompanied by regulatory pressure aimed at levelling the playing field between corporate leaders and laggards in this respect?*
    - *What form should such regulatory pressure take?*
    - *Could you tell us something about the development of the French National Action Plan for Business and Human Rights and its (potential) role in this regard?*

THEME 4: (I)CSR-RELATED REGULATION AND THE FRENCH INVESTMENT CLIMATE

- Do you feel that national rules and policies on ICSR-related issues are factors that companies take into account when making their investment decisions and if so, how?
    - *Are there any ICSR-related rules and policies set out by the French government that in your view could have the effect of incentivizing foreign investors to establish a company in France, or of preventing them from doing so?*
    - *Are there specific rules and policies in place or under consideration in France that (would) have a particularly strong impact on the French investment climate?*
    - *If the French government were to adopt more binding rules or stricter policies on ICSR – or enforce the existing rules and policies more strictly – could that, in your opinion, potentially affect the willingness of companies to remain domiciled in France or to take up domicile in France?*

- Overall, would you say that the current regulatory framework in France with respect to ICSR-related issues is perceived as having a positive or a negative impact on the national investment climate?
    - *In what way do the ICSR-related rules and policies that are currently in force in France create benefits for France-based companies?*
    - *Are there specific rules and policies that seem to create particularly strong benefits in this respect?*
    - *In what way do the ICSR-related rules and policies that are currently in force in France create burdens for France-based companies?*
    - *Are there specific rules and policies that seem to create particularly heavy burdens in this respect?*

- To what extent does the French government, when considering the introduction of rules and policies on ICSR-related issues, take into account their impact on the French business climate?
    - *To what extent is the French government susceptible to concerns about regulatory pressure by ICSR-related rules and policies?*
    - *Are there examples of laws or policies in this field that have been altered or abolished in view of their potential negative impact on the French investment climate?*
    - *Are there examples of laws or policies in this field that have been introduced with a view to their potential positive impact on the French investment climate?*

- *What weight should the French government attach to the impact that potential rules or policies with respect to ICSR-related issues may have on the French investment climate?*

- In your view, to what extent do civil or criminal claims against France-based companies before French courts in relation to ICSR-related issues have an impact on the French investment climate?

  - *Has there been any discussion in the French business community or among legal professionals in France on the potential impact of ICSR-related claims and/or or case law on the French investment climate?*
  - *Are there examples of cases dealing with these issues that are perceived to have (had) significant consequences for the way France-based companies deal with the risks of being held liable for any detrimental impacts that their activities or the activities of their foreign subsidiaries or business partners may have on people and planet abroad?*
  - *If the number of civil or criminal claims against France-based companies before French courts in relation to ICSR-related issues were to rise, would this in your view have an impact on the willingness of companies to remain domiciled in France or to take up domicile in France?*

CONCLUSION

Are there any other issues relating to the impact of ICSR-related legislation, case law and policy developments on companies and the national business climate in France that you feel are relevant and that you would like to comment on?

Thank you very much for your time and your willingness to participate in our research!