



Factsheet HANDHAVING EN TOEZICHT BIJ IMVO-WETGEVING

Deze factsheet is tot stand gekomen in het kader van de samenwerking van de Tweede Kamer met De Jonge Akademie, de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen (KNAW), de Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra (NFU), de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO), TNO en de Vereniging Universiteiten van Nederland (UNL).

12 mei 2022

Auteur: Prof. mr. dr. Liesbeth Enneking, Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam

Samenvatting

Toezicht op en handhaving van IMVO-wetgeving kan in beginsel gerealiseerd worden via het privaatrecht, via het bestuursrecht, via het strafrecht, of via combinaties van instrumenten uit deze drie rechtsgebieden. Daarbij geldt dat elk van deze rechtsgebieden anders van aard is en in samenhang daarmee andere voor- en nadelen kent waar het gaat om de inzetbaarheid ervan als handhavingsmechanisme bij IMVO-wetgeving.

In de verschillende *due diligence*-wetgevingsinitiatieven die de afgelopen jaren voorgesteld dan wel aangenomen zijn in een aantal Europese landen – waaronder Nederland – en op EU-niveau, zijn uiteenlopende keuzes gemaakt met betrekking tot de manier waarop de in deze wetgeving vervatte *due diligence*-verplichting wordt gehandhaafd. Zo zet de in 2019 aangenomen (maar nog niet in werking getreden) Nederlandse Wet Zorgplicht Kinderarbeid in op een combinatie van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhavingsinstrumenten. In het recente Commissievoorstel voor een *Corporate Sustainability Due Diligence*-richtlijn wordt een andere keuze gemaakt, namelijk voor een combinatie van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhavingsinstrumenten. Frankrijk is het enige land waar tot dusverre enige praktijkervaring bestaat met de handhaving van *due diligence*-wetgeving; de handhaving van de in 2018 in werking getreden *Loi de Devoir de Vigilance* geschiedt door middel van privaatrechtelijke instrumenten, al bestaat er momenteel wel discussie over het al dan niet instellen van een toezichthouder.

De laatste drie decennia groeit het aantal rechtszaken tegen internationaal opererende ondernemingen over schending van IMVO-zorgplichten geleidelijk, zowel in Nederland als in de ons omringende landen. Hoewel deze procedures vrijwel allemaal zijn ingesteld vóór de totstandkoming van (of los van) de hier genoemde wetgevingsinitiatieven, geven zij een beeld van de mogelijkheden en de beperkingen binnen (met name) het strafrecht en het privaatrecht om op te treden tegen IMVO-normschendingen. De ervaringen met bestuursrechtelijke handhaving van *due diligence*-wetgeving door publieke toezichthouders zijn tot dusverre beperkt, ook in het buitenland. Gekeken zou kunnen worden naar de manier waarop de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit het toezicht op de naleving van de Europese Houtverordening vormgeeft; datzelfde geldt voor (meer recent) de rol van de inspecteur-generaal Leefomgeving en Transport in het toezicht op de naleving van de Europese Conflictmineralenverordening. Daarnaast kan in dit verband kan gewezen worden op de ervaringen van de publieke instantie die toezicht houdt op de naleving van de in 2015 in werking getreden Zwitserse wet die ziet op (het voorkomen van) de betrokkenheid van Zwitserse particuliere militaire en beveiligingsbedrijven bij ernstige mensenrechtenschendingen in conflictgebieden.

1 Inleiding

Deze factsheet heeft ten doel om inzicht te geven in de resultaten van wetenschappelijk onderzoek gericht op de juridische aspecten van toezicht en handhaving op IMVO-wetgeving (meer specifiek: *due diligence*-

wetgeving).ⁱ Daarbij wordt onder toezicht en handhaving verstaan het monitoren en in rechte afdwingen van de naleving door ondernemingen van IMVO-wetgeving. Deze factsheet is in belangrijke mate gebaseerd op twee wetenschappelijke studies: het onderzoek naar 'Opties voor afdwingbare IMVO-instrumenten, verricht door Van Dam en Scheltema (Erasmus Universiteit Rotterdam) in opdracht van het ministerie van Buitenlandse Zakenⁱⁱ en het onderzoek naar 'Zorgplichten van ondernemingen inzake internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen', verricht door Enneking e.a. (Universiteit Utrecht) in opdracht van de ministeries van Veiligheid en Justitie en Buitenlandse Zakenⁱⁱⁱ.

De regels voor internationaal opererende ondernemingen die – direct of indirect – betrokken zijn bij activiteiten die risico's op milieu- en mensenrechtenschendingen in gastlanden met zich brengen liggen sinds 2011 vast in twee internationale instrumenten: de *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* (hierna: UNGP's)^{iv} en de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen (hierna: OESO-richtlijnen)^v. De UNGP's hebben specifiek betrekking op mensenrechten en kennen drie pijlers: i) de plicht van staten om bescherming te bieden tegen mensenrechtenschendingen door derden, waaronder ondernemingen; ii) de verantwoordelijkheid van ondernemingen om de mensenrechten van derden te eerbiedigen en iii) toegang tot herstel en verhaal voor slachtoffers van mensenrechtenschendingen. De '*responsibility to respect*' uit de tweede pijler van de UNGP's rust op ondernemingen ongeacht waar ze actief zijn en ongeacht de lokale wettelijke standaarden voor de bescherming van mensenrechten. Zij geldt voor alle ondernemingen, ongeacht hun omvang, sector, operationele context, eigendomsverhoudingen en structuur.^{vi} Kernconcept binnen de tweede pijler van de UNGP's is *due diligence*: een doorlopend proces dat bedrijven helpt risico's op het gebied van mensenrechten in kaart te brengen en vervolgens te stoppen, te voorkomen of te beperken.^{vii}

De normen uit de UNGP's zijn overgenomen in verschillende andere instrumenten, waaronder de in 2011 herziene versie van de OESO-richtlijnen. In deze richtlijnen, die duiden wat van ondernemingen verwacht wordt aan maatschappelijk verantwoord ondernemerschap bij het internationaal zakendoen, wordt het *due diligence*-kader toegepast op een breder palet aan IMVO-gerelateerde thema's dan in de UNGP's. Dat omvat niet alleen mensenrechten, maar ook: informatieverstrekking; werkgelegenheid en arbeidsverhoudingen; milieu; corruptie, omkopingsverzoeken en afpersing; en consumentenbelangen.^{viii} Daarbij voorzien de OESO-richtlijnen ook, anders dan de UNGP's, in een zelfstandig geschilbeslechtsingsmechanisme waar klachten ingediend kunnen worden bij veronderstelde schendingen van de richtlijnen.^{ix}

De UNGP's en de OESO-richtlijnen worden breed gedragen en zijn gezaghebbend, maar de normen die erin vervat zijn, zijn op zichzelf niet juridisch bindend. Dat wil echter niet zeggen dat de naleving ervan geheel vrijblijvend is. In de tien jaar sinds de totstandkoming van de UNGP's en de herziening van de OESO-richtlijnen hebben de gedragsnormen op verschillende wijzen een meer bindend karakter gekregen. Denk bijvoorbeeld aan de doorwerking ervan via subsidievoorwaarden, via selectiecriteria bij aanbestedingen, via contractuele verplichtingen voor ketenpartners, via bilaterale investeringsverdragen, via convenanten en via wettelijke open normen zoals de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm binnen het onrechtmatige-daadrecht. Daarnaast zijn in de laatste vijf jaar in steeds meer van de ons omringende landen wetgevingsinitiatieven ontplooid, gericht op het invoeren van een verplichting voor bepaalde categorieën ondernemingen tot het verrichten van mensenrechten- en/of milieugerelateerde *due diligence*.^x

Ook in Nederland is IMVO-wetgeving tot stand gekomen waarin *due diligence* verplicht wordt gesteld, in de vorm van de in 2019 aangenomen Wet Zorgplicht Kinderarbeid.^{xi} Deze wet introduceert een *due diligence*-verplichting^{xii} voor ondernemingen die in Nederland gevestigd zijn en/of in Nederland producten op de markt brengen om kinderarbeid in hun productieketen te voorkomen. Enkele cruciale aspecten van de wet, waaronder de nadere invulling van de daarin opgenomen *due diligence*-verplichting en de inrichting van het (door een nog nader te bepalen toezichthouder te verrichten) toezicht op de naleving ervan, moeten nog per AMvB worden uitgewerkt. De wet is dan ook nog niet in werking getreden. Of dit überhaupt zal gebeuren is

twijfelachtig nu het kabinet inmiddels het voornemen heeft uitgesproken – en ook in het coalitieakkoord heeft vastgelegd^{xiii} – om ‘brede’^{xiv} nationale *due diligence*-wetgeving te realiseren. Daarbij zal het in februari 2022 gepubliceerde voorstel van de Europese Commissie voor een ‘*corporate sustainability due diligence*’-richtlijn^{xv} als basis dienen; het streven is om beide voorstellen zoveel mogelijk parallel te laten lopen.^{xvi}

2 Centrale vraagstelling

De centrale vraag waar deze factsheet op ingaat is hoe toezicht en handhaving bij IMVO-wetgeving geregeld kan worden en wat de ervaringen tot dusverre zijn met de verschillende opties in dit verband. Deze centrale vraag wordt mede beantwoord door op enkele deelvragen in te gaan:

1. Op welke wijze kan bij IMVO-wetgeving handhaving en toezicht worden geregeld en welke ervaringen en resultaten zijn daarbij in andere landen behaald?
2. Welke inzichten zijn er in verschillende landen met het toepassen van civiel recht en strafrecht bij handhaving van IMVO-wetgeving en afspraken?
3. Welke mogelijkheden biedt het bestuursrecht voor toepassing bij IMVO-wetgeving en zijn ook combinaties van rechtsinstrumenten mogelijk?

De antwoorden op deze deelvragen zullen achtereenvolgens besproken worden in paragrafen 3.1, 3.2 en 3.3.

3 Analyse

3.1 *Op welke wijze kan bij IMVO-wetgeving handhaving en toezicht worden geregeld en welke ervaringen en resultaten zijn daarbij in andere landen behaald?*

In beginsel kan handhaving^{xvii} van IMVO-wetgeving op verschillende manieren worden geregeld: via het privaatrecht, via het bestuursrecht, via het strafrecht, of via een combinatie van instrumenten uit deze drie rechtsgebieden. Daarnaast kunnen ook niet-juridische en/of niet-publieke instrumenten aangewend worden. Te denken valt aan de afspraken over de implementatie van *due diligence* tussen bedrijven, ngo’s en de overheid in het kader van de IMVO-Convenanten; aan het opleggen van contractuele verplichtingen door ondernemingen aan andere ondernemingen over de implementatie van *due diligence* in hun productieketens; aan audits in het kader van duurzaamheidskeurmerken en certificering, en aan toezicht door ngo’s en de media.

In deze factsheet zal de nadruk liggen op door de overheid ingestelde juridische handhavinginstrumenten. Daarbij geldt dat de respectieve rollen van enerzijds private partijen die belang hebben bij handhaving (hierna: belanghebbenden) en anderzijds de overheid per genoemd rechtsgebied verschillen. In algemene zin kan gezegd worden dat bij privaatrechtelijke instrumenten belanghebbenden een relatief grote rol spelen bij het initiëren en realiseren van handhaving en de overheid een relatief kleine rol. Bij strafrechtelijke instrumenten is het beeld precies andersom. Bestuursrechtelijke instrumenten nemen een middenpositie in en neigen, afhankelijk van hun precieze inrichting, meer naar de ene of naar de andere kant van het spectrum.

Privaatrecht

Het belangrijkste privaatrechtelijke handhavinginstrument is de onrechtmatige daad (art. 6:162 e.v. Burgerlijk Wetboek).^{xviii} Wanneer een onderneming zich niet aan een wettelijke IMVO-norm houdt of wanneer er een normschending dreigt plaats te vinden, kunnen belanghebbenden op grond van dit artikel middels een gerechtelijke procedure een vordering instellen tot: i) een bevel tot naleving, ii) een verbod tot (herhaling van) gedragingen in strijd met de betreffende norm, en/of iii) vergoeding van als gevolg van reeds begane normschendingen geleden schade.^{xix} Voor een geslaagde vordering moet naast een onrechtmatige gedraging (de schending van de wettelijke IMVO-norm) ook sprake zijn van (dreigende) schade en een causaal verband tussen gedraging en schade.^{xx} Het is in beginsel aan degene die de vordering instelt om de feiten te stellen – en zo nodig te bewijzen – die relevant zijn voor de rechter. Gaat het om een vordering die betrekking heeft op

normschendingen en/of schade in het buitenland, dan zal de rechter eerst moeten bepalen of hij bevoegd is om kennis te nemen van de vordering en zo ja, welk recht daarop van toepassing is.^{xxi}

Privaatrechtelijke procedures kunnen lang duren en zijn kostbaar; belanghebbenden^{xxii} zullen dus slechts sporadisch van deze mogelijkheid gebruikmaken. Daarnaast kan handhaving van IMVO-wetgeving via het privaatrecht – juist omdat het initiatief bij private belanghebbenden ligt – arbitrair zijn. Er ligt immers geen bredere afweging of strategie ten grondslag aan de keuze welke bedrijven worden opgeroepen of (bij toewijzing van de vordering) gedwongen tot naleving. Andere nadelen zijn dat deze vorm van handhaving niet bijdraagt aan de rechtsontwikkeling, dat het geruime tijd kan duren voordat duidelijk is wat precies van ondernemingen wordt verwacht, en dat er geen bewijs is dat zij daadwerkelijk leidt tot gedragsverandering. Privaatrechtelijke handhaving van IMVO-wetgeving heeft ook belangrijke voordelen. Zo biedt zij belanghebbenden de mogelijkheid financiële compensatie te verkrijgen. Ook kunnen belanghebbenden zelf een procedure initiëren en zijn dus niet afhankelijk van een toezichthouder of openbaar aanklager. Daarnaast biedt het privaatrecht ruimere mogelijkheden tot handhaving in een internationale context – dus waar het gaat om normschendingen en/of schade in het buitenland – dan het bestuursrecht of het strafrecht.^{xxiii}

Bestuursrecht

Het belangrijkste bestuursrechtelijke handhavingsinstrument bij IMVO-wetgeving is de publieke toezichthouder, belast met toezicht op de naleving van de betreffende wettelijke regeling.^{xxiv} Bij niet-naleving kan de toezichthouder – afhankelijk van zijn mandaat – verschillende sancties opleggen, zoals de last onder dwangsom, de bestuursdwang en de bestuurlijke boete. De bestuurlijke boete is bestraffend van aard, de andere twee zijn gericht op het ongedaan maken of beëindigen van een normschending, het voorkomen van herhaling en/of het wegnemen of beperken van de gevolgen ervan.^{xxv} Bij voldoende concrete en specifieke wettelijke IMVO-normen kan door de toezichthouder in principe direct gehandhaafd worden; gaat het om opener normen dan zal de toezichthouder eerst een vertaalslag moeten maken van de inhoud van de betreffende normen. Daarbij bepaalt het wettelijk mandaat van de toezichthouder of deze eigener beweging in actie kan komen bij (dreigende) normschendingen of slechts naar aanleiding van een (voldoende specifieke) melding door belanghebbenden.^{xxvi}

In algemene zin is bestuursrechtelijke handhaving door een publieke toezichthouder sneller en flexibeler dan privaatrechtelijke handhaving via de civiele rechter. Daarbij kan de toezichthouder gerichte keuzes maken in de handhaving wat betreft specifieke risico's, sectoren of thema's, en toekomstgericht te werk gaan door te sturen op een continu proces van verbetering bij ondernemingen. Bovendien ligt de verantwoordelijkheid voor het onderzoeken van feiten die op een (dreigende) normschending wijzen bij de toezichthouder, die daartoe op grond van de Algemene Wet Bestuursrecht (art. 5:15-5:19) ook bepaalde bevoegdheden heeft en daarvoor in beginsel dus beter is toegerust dan belanghebbenden bij privaatrechtelijke handhaving. Hierbij geldt wel dat de effectiviteit van bestuursrechtelijke handhaving uiteindelijk mede bepaald wordt door de door de overheid beschikbaar gestelde financiële middelen, de inhoudelijke expertise van de toezichthouder en het sanctie-arsenaal dat hem ter beschikking staat. Anders dan bij privaatrechtelijke handhaving biedt het bestuursrecht belanghebbenden in beginsel geen toegang tot financiële compensatie voor geleden nadeel. Daar komt bij dat bestuursrechtelijke handhaving in een internationale context – dus waar het gaat om normschendingen en/of schade in het buitenland – problematisch kan zijn. Tot slot kan er terughoudendheid bestaan bij de toezichthouder om controversiële gevallen (waar het wettelijk kader en/of de normschending niet eenduidig zijn) aan te pakken, wat de rechtsontwikkeling kan beperken.^{xxvii}

Strafrecht

Strafrechtelijke handhaving van wet- en regelgeving komt veelvuldig voor; zo zijn tal van overtredingen van de ordeningswetgeving strafbaar gesteld in de Wet op de economische delicten, zodat opsporingsbevoegdheden

kunnen worden ingezet ten behoeve van de handhaving van deze wetgeving.^{xxviii} Ook bij IMVO-wetgeving is strafrechtelijke handhaving denkbaar. Dat blijkt ook uit de Wet Zorgplicht Kinderarbeid waarin de herhaaldelijke niet-nakoming van de daarin neergelegde *due diligence*-verplichting onder bepaalde voorwaarden een economisch delict vormt, en op die grond kan leiden tot strafrechtelijke vervolging van (bestuurders van) de onderneming.^{xxix} Strafrechtelijke handhaving kan geïnitieerd worden ofwel doordat een slachtoffer of derde-belanghebbende aangifte doet van een strafbaar feit, ofwel doordat de politie of het Openbaar Ministerie (OM) daarvan zelf kennis krijgen. Na afsluiting van het voorbereidend onderzoek is het aan het OM om te bepalen of vervolging wordt ingesteld; daarbij geldt het beginsel dat strafbare feiten niet vervolgd worden, tenzij dit om redenen van algemeen belang noodzakelijk is.^{xxx}

Meer dan bij privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving gaat van strafrechtelijke handhaving een krachtig signaal uit dat (ernstige) schendingen van wettelijke IMVO-normen niet worden getolereerd. Dit hangt samen met het feit dat het strafrecht het ingrijpendste sanctie-arsenaal kent, zoals hoge boetes, vrijheidsstraffen en de mogelijkheid tot het stilleggen van een onderneming. De verantwoordelijkheid voor de opsporing van strafbaar gestelde schendingen van een wettelijke IMVO-norm ligt bij de politie en het OM, die daartoe opsporingsbevoegdheden hebben die ruimer zijn dan de onderzoeksbevoegdheden van een publieke toezichthouder en veel ruimer dan de mogelijkheden die belanghebbenden in een privaatrechtelijke procedure hebben om relevante feiten en omstandigheden boven tafel te krijgen.^{xxxi} De beslissing om vervolgens ook over te gaan tot vervolging ligt uiteindelijk bij het OM, dat daartoe een beoordeling zal maken van de haalbaarheid en de wenselijkheid van de vervolging. Daarbij kunnen praktische afwegingen een rol spelen, zoals de verwachting dat het lastig zal zijn om toereikend bewijsmateriaal te verkrijgen in gevallen waar het gaat om schendingen in het buitenland. Ook zijn de mogelijkheden voor belanghebbenden om financiële compensatie te krijgen voor geleden nadeel binnen het strafrecht weliswaar niet zo beperkt als in het bestuursrecht, maar wel een stuk beperkter dan in het privaatrecht.^{xxxii}

Ervaringen en resultaten uit het buitenland

In de verschillende *due diligence*- wetgevingsinitiatieven in een aantal Europese landen – waaronder Nederland en op EU-niveau^{xxxiii} – zijn uiteenlopende keuzes gemaakt wat betreft de manier waarop de *due diligence*-verplichting wordt gehandhaafd. Zo wordt de in 2017 aangenomen en in 2018 (en deels in 2019) in werking getreden Franse *Loi de Devoir de Vigilance*^{xxxiv} gehandhaafd met privaatrechtelijke instrumenten, al wordt nu gesproken over de mogelijkheid om (ook) een publieke toezichthouder in te stellen. De in 2019 aangenomen maar nog niet in werking getreden Nederlandse Wet Zorgplicht Kinderarbeid zet in op een combinatie van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handavingsinstrumenten. En in het recente Commissievoorstel voor een *Corporate Sustainability Due Diligence*-richtlijn wordt weer een andere keuze gemaakt, namelijk voor een combinatie van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handavingsinstrumenten.^{xxxv}

Frankrijk is tot op heden het enige land waar *due diligence*-wetgeving in werking getreden is en waar dus enige praktijkervaring bestaat met de handhaving.^{xxxvi} De wet voorziet in twee privaatrechtelijke handavingsinstrumenten, het ene gericht op naleving, het andere gericht op compensatie voor geleden nadeel. In het kader van de nalevingsprocedure kan door belanghebbenden een formele waarschuwing ingediend worden bij een onderneming dat deze niet voldoet aan de in de wet gestelde normen. Levert dit onvoldoende resultaat op dan kan vervolgens een verzoek ingediend worden bij het bevoegde gerecht om een rechterlijk bevel tot naleving op te leggen, eventueel in combinatie met een dwangsom. Voor vergoeding van door niet-naleving geleden schade kan door belanghebbenden een civiele aansprakelijkheidsprocedure gestart worden.^{xxxvii}

In 2021 werd opgetekend dat sinds 2019 zeven keer handavingsacties gestart zijn, wat in drie gevallen leidde tot gerechtelijke procedures. Deze hebben echter nog geen rechterlijk eindoordeel opgeleverd. Mede daardoor bestaat over verschillende aspecten van de wet die relevant zijn voor de handhaving daarvan vooralsnog

onduidelijkheid.^{xxxviii} Daarnaast is in de praktijk gebleken dat de drempel om dit soort handhavingsacties te starten voor de daartoe bevoegde belanghebbenden (doorgaans ngo's en vakbonden) hoog is, gezien hun beperkte financiële en operationele slagkracht; ook kan een dergelijke procedure risico's met zich brengen voor mensenrechten- en milieuvrijwilligers. Om het toezicht op de naleving van de wet te versterken wordt gepleit voor het instellen van een toezichthouder.^{xxxix}

Een belangrijke vraag over de schadevergoedingsprocedure die vooralsnog onbeantwoord is gebleven, is of de bepalingen van de wet ook toepasbaar zijn op schade, geleden buiten Frankrijk. Daar komt bij dat het voor belanghebbenden lastig kan zijn om feiten te stellen en te bewijzen op grond waarvan de rechter tot toewijzing kan komen van een schadevergoedingsvordering tegen een onderneming die niet aan haar verplichtingen onder de wet heeft voldaan. Ook kunnen er inhoudelijke, maatschappelijke, culturele, institutionele en taalkundige omstandigheden bestaan die het entameren van een schadevergoedingsprocedure in de praktijk belemmeren. Daarom wordt door verschillende ngo's verzocht om een aanpassing van de bewijsrisicoverdeling zodat dat de bewijslast niet volledig op belanghebbenden rust.^{xl}

In algemene zin wordt de in de wet voorziene schadevergoedingsprocedure in de literatuur als weinig effectief bestempeld, gezien de vele drempels voor belanghebbenden en gezien de onduidelijkheid over de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn om een onderneming civielrechtelijk aansprakelijk te stellen voor niet-naleving van de wet. De dwangsommen die op grond van de wet periodiek kunnen worden opgelegd zolang een onderneming niet voldoet aan de wettelijke verplichtingen worden wel gezien als effectief.^{xli}

3.2 Welke inzichten zijn er in verschillende landen met het toepassen van civiel recht en strafrecht bij handhaving van IMVO-wetgeving en afspraken?

Zoals in par. 3.1 beschreven is de praktijkervaring met *due diligence*-wetgeving en de handhaving daarvan beperkt tot de Franse *Loi Devoir de Vigilance*. Dat wil niet zeggen dat er geen ervaring is met de rol die het civiele aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht kunnen spelen bij het in rechte afdwingen van de naleving door ondernemingen van geschreven of ongeschreven IMVO-normen van nationale of internationale aard. Sinds de jaren '90 worden er steeds vaker rechtszaken aangebracht voor nationale rechters in Europese landen waarbij in Europa gevestigde internationaal opererende ondernemingen aansprakelijk gesteld worden voor hun betrokkenheid bij mensenrechten- en milieuschendingen in hun waardeketens. In 2015 ging het om zo'n 35 procedures, geëntameerd in België, Duitsland, Frankrijk, Nederland, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland. Het merendeel van deze procedures had zich tot dan toe voorgedaan in Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk, waarbij het in Frankrijk overwegend ging om strafrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures en in het Verenigd Koninkrijk uitsluitend om civielrechtelijke procedures. Ook in Nederland waren enkele procedures (zowel strafrechtelijk als civielrechtelijk), die soms tot toewijzing van de vorderingen door de rechter leidden.^{xlii}

De laatste jaren is vooral het aantal civiele aansprakelijkheidszaken toegenomen en is er als gevolg van rechterlijke uitspraken meer duidelijkheid gekomen over juridische, maar ook voor de praktijk relevante, kwesties. Een voorbeeld is de aansprakelijkheid van een moedermaatschappij voor schade aan mens en milieu als gevolg van de activiteiten van dochtermaatschappijen in gastlanden^{xliii}, en de manier waarop niet-bindende IMVO-normen (zoals de normen uit de UNGP's en de OESO-richtlijnen) kunnen leiden tot rechtens afdwingbare zorgplicht voor ondernemingen^{xliiii}. Deze procedures (en het feit dat zij zich in beperkte mate voordoen) laten ook zien dat met name in de IMVO-context procedurele en praktische drempels bestaan voor de gang naar de civiele rechter door benadeelden.^{xliiii} Drempels die ook de mogelijkheden tot het inzetten van het civiele aansprakelijkheidsrecht als handhavingsmechanisme bij IMVO-wetgeving belemmeren.

Hoewel het strafrecht uitsluitend inzetbaar is voor het in rechte afdwingen van wettelijke normen laten de genoemde rechtszaken zien dat ook hier mogelijkheden liggen in de IMVO-context. Of, en in hoeverre, het mogelijk is voor belanghebbenden om de openbare aanklager aan te zetten tot vervolging van strafbare feiten (de niet-naleving van strafbaar gestelde IMVO-normen) verschilt per land. Zo hangt het relatief grote aantal

strafrechtelijke procedures in Frankrijk nauw samen met de mogelijkheden voor belanghebbenden om de openbaar aanklager te dwingen tot het instellen van strafvervolging^{xlvi}. Naar Nederlands recht zijn deze mogelijkheden er niet. Het relatief beperkt aantal IMVO-gerelateerde strafzaken in Nederland laat zien dat het niet vanzelfsprekend is dat het OM tot vervolging overgaat. Dat hangt samen met zowel de beperkte capaciteit en middelen bij het OM als de beperkte mogelijkheden – ook bij het OM – om toereikend bewijsmateriaal te verzamelen, zeker waar normschendingen hebben plaatsgevonden in het buitenland.^{xlvii}

3.3 Welke mogelijkheden biedt het bestuursrecht voor toepassing bij IMVO-wetgeving en zijn ook combinaties van rechtsinstrumenten mogelijk?

Onderzoek laat zien dat het bestuursrecht in theorie interessante mogelijkheden biedt voor handhaving van *due diligence*-wetgeving. Dit geldt in het bijzonder voor het ‘dynamisch toezicht’, erop gericht ondernemingen te stimuleren steeds beter te presteren (*road to the top*) en hun gedrag te verbeteren. Om dit potentieel te kunnen realiseren zal de toezichthouder wel over voldoende kennis en capaciteit moeten beschikken.^{xlviii} De inzet van het bestuursrecht in de vorm van een publieke (al dan niet dynamische) toezichthouder kan ook gecombineerd worden met handhaving via het civiele aansprakelijkheidsrecht, zoals voorzien in het *Corporate Sustainability Due Diligence*-richtlijnvoorstel van de Europese Commissie, of met handhaving via het strafrecht, zoals in de Wet Zorgplicht Kinderarbeid.

De praktijkervaring met bestuursrechtelijke handhaving van *due diligence*-wetgeving door publieke toezichthouders is tot dusverre beperkt, ook in het buitenland. Gekeken zou kunnen worden naar de manier waarop de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit het toezicht op de naleving van de Europese Houtverordening^{xlix} vormgeeft; datzelfde geldt voor (meer recent) voor de rol van de inspecteur-generaal Leefomgeving en Transport in het toezicht op de naleving van de Europese Conflictmineralenverordening^l. Daarnaast kan in dit verband gewezen worden op de ervaringen van de publieke instantie die toezicht houdt op de naleving van de in 2015 in werking getreden Zwitserse wet die ziet op (het voorkomen van) de betrokkenheid van Zwitserse particuliere militaire en beveiligingsbedrijven bij mensenrechtenschendingen in conflictgebieden.^{li} Deze wet bevat ook verplichtingen om *due diligence*-procedures te implementeren, onder meer opdat het personeel van de ondernemingen zich aan de wettelijke verplichtingen houdt. Bij de handhaving van deze wet worden rechtsinstrumenten uit het bestuursrecht en het strafrecht gecombineerd.

Bronnenlijst

- Stéphane Brabant & Elsa Savourey, ‘France’s Corporate Duty of Vigilance Law – A closer look at the penalties faced by companies’, *Revue Internationale de la Compliance et de l’Éthique des Affaires – Supplement no 50* (14 december 2017), <business-humanrights.org/en/latest-news/a-closer-look-at-the-penalties-faced-by-companies>.
- C.C. van Dam & M.W. Scheltema, *Opties voor afdwingbare IMVO-instrumenten – Een onderzoek naar de mogelijke juridische vormgeving en handhaving van afdwingbare IMVO-instrumenten*, rapport in opdracht van het Nederlandse Ministerie van Buitenlandse Zaken (2020) <rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2020/04/03/opties-voor-afdwingbare-imvo-instrumenten>
- L. Enneking, F. Kristen, K. Pijl, T. Waterbolk, J. Emaus, M. Hiel, A.-J. Schaap, I. Giesen, *Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen*, WODC rapport 2531 (2015), <repository.wodc.nl/handle/20.500.12832/2158>.
- L. Enneking, ‘Putting the Dutch Child Labor Due Diligence Act into Perspective’, *Erasmus Law Reviews*
- Elsa Savourey & Stéphane Brabant, ‘The French Law on the Duty of Vigilance: Theoretical and practical challenges since its adoption’, *Business and Human Rights Journal* 6 (2021), p. 141-152.

ⁱ Er bestaan ook andere typen IMVO-wetgeving, bijvoorbeeld met betrekking tot verslaglegging, productinformatie, certificering, duurzaamheidsinitiatieven, enz. Zie voor een overzicht en beschrijving van de verschillende wetgevingsopties (en de te verwachten effecten daarvan op *due diligence*) Van Dam & Scheltema 2020, p. 42-75. Deze worden in dit factsheet buiten beschouwing gelaten; IMVO-wetgeving wordt hier gelijkgesteld met *due diligence* wetgeving.

ⁱⁱ Van Dam & Scheltema 2020.

ⁱⁱⁱ Enneking e.a. 2015.

^{iv} 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).

^v De OESO-richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen, Nederlandse vertaling (versie 2011), <oeso-richtlijnen.nl/binaries/oeso-richtlijnen/documenten/brochure/201/12/8/volledige-tekst-oeso-richtlijnen/OESO-richtlijnen+voor+Multinationale+Ondernemingen_TG.pdf>.

^{vi} Deze factoren zijn echter wel van invloed op de schaal en complexiteit van de middelen die 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.

^{vii} Principles 17-20 UNGP’s. Het in de UNGP’s omschreven *due diligence* proces omvat vier stappen: 1) het identificeren en beoordelen van negatieve gevolgen op mensenrechtengebied van de eigen activiteiten, in toeleveringsketens en bij zakelijke relaties; 2) het stoppen, voorkomen en/of beperken van die negatieve gevolgen; 3) het monitoren van de praktische toepassing en resultaten van de genomen acties; en 4) het communiceren over hoe negatieve gevolgen worden aangepakt (Principles 18-21 UNGP’s). Daarnaast dienen ondernemingen volgens de UNGP’s te voorzien in een beleidscommitment inzake de verantwoordelijkheid om de mensenrechten te eerbiedigen (Principle 16 UNGP’s) en dienen zij te voorzien in of mee te werken aan procedures voor herstel of verhaal in gevallen waarin blijkt dat zij negatieve gevolgen op mensenrechtengebied hebben veroorzaakt of in de hand gewerkt hebben (Principle 21 UNGP’s).

^{viii} Zie voor voorbeelden van negatieve gevolgen per thema: OESO Due Diligence Handreiking voor Multinationale Ondernemingen (2019) <oeso-richtlijnen.nl/binaries/oeso-richtlijnen/documenten/publicatie/2019/06/06/oeso-due-diligence-handreiking-voor-mvo-nls/OESO_Due+Diligence+Handreiking_TG.pdf>, p. 30-31.

^{ix} Elk land dat de richtlijnen onderschrijft, verbindt zich niet alleen om de richtlijnen uit te dragen naar ondernemingen die vanuit dat land opereren, maar ook om een Nationaal Contactpunt in te richten waar klachten ingediend kunnen worden bij beweerdelijke schending van de richtlijnen. NCP-uitspraken zijn doorgaans gezaghebbend, maar hebben – in lijn met het niet-bindend juridisch karakter van de OESO-richtlijnen – geen directe rechtsgevolgen.

^x Zie de website van de European Coalition for Corporate Justice voor een relatief recent overzicht van de stand van zaken wat betreft wetgevingsinitiatieven in Europa: <corporatejustice.org/publications/map-corporate-accountability-legislative-progress-in-europe>.

^{xi} Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van oederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen (Wet zorgplicht kinderarbeid), Stb. 2019, 401 (13 november 2019), <zoek.officiëlebekeendmakingen.nl/stb-2019-401.html>.

^{xii} Dit wordt in de wet aangeduid als een verplichting tot ‘gepaste zorgvuldigheid’, maar komt in feite min of meer op hetzelfde neer.

^{xiii} Coalitieakkoord ‘Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst’, 15 december 2021, <rijksoverheid.nl/regering/coalitieakkoord-omzien-naar-elkaar-vooruitkijken-naar-de-toekomst>.

^{xiv} ‘Breed’ wil in dit verband zeggen: niet beperkt tot één specifieke sector of of een specifieke thema.

^{xv} Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, COM(2022) 71 final (23 februari 2022), <ec.europa.eu/info/publications/proposal-directive-corporate-sustainable-due-diligence-and-annex_en>

^{xvi} Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken, ‘Fiche 1: Richtlijn gepaste zorgvuldigheidsverplichtingen voor ondernemingen, Kamerstukken 2021-22, 22112 IS, p. 11.

^{xvii} Volgens het Kenniscentrum voor beleid en regelgeving wordt onder ‘toezicht’ verstaan “[...] het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren”. Zie <kcbn.nl/beleid-en-regelgeving-ontwikkelen/integraal-afwegingskader-voor-beleid-en-regelgeving/instrumenten/ondersteunende-instrumenten/toezicht>. Volgens datzelfde Kenniscentrum wordt met ‘handhaving’ bedoeld op “[...] de activiteiten van de overheid om een bepaalde mate van naleving te bewerkstelligen of af te dwingen”. Handhaving is onder meer gericht op “[g]edrag dat we niet willen verbieden, maar wel willen regelen”, “[...] zoals bij economische gedragingen”. Wat betreft de verhouding tussen toezicht en handhaving geldt bij dit type gedrag: “[n]alevingstoezicht en handhaving vallen hierbij samen; beide zijn gericht op de naleving van regels die de samenleving ordenen”. Zie <kcbn.nl/beleid-en-regelgeving-ontwikkelen/integraal-afwegingskader-voor-beleid-en-regelgeving/instrumenten/ondersteunende-instrumenten/handhaving>. In het hierna volgende worden de termen ‘toezicht’ en ‘handhaving’ dan ook behandeld als uitwisselbaar, tenzij anders aangegeven.

^{xviii} In meer detail: Van Dam & Scheltema 2020, p. 30-31.

^{xix} Art. 3:296 BW.

^{xx} Andere vereisten zijn relativiteit en schuld; zie 6:162 BW en verder. In meer detail: Enneking e.a. 2015, p. 163-169.

^{xxi} Art. 150 Rv. In meer detail: Enneking e.a. 2015, p. 169-170.

^{xxii} Het betreft hier doorgaans individuen die door schending van de wettelijke IMVO-norm schade hebben geleden of dreigen te leiden en/of belangenorganisaties.

^{xxiii} Van Dam & Scheltema 2020, p. 31-32.

^{xxiv} Van Dam & Scheltema 2020, p. 32-34. Het uitoefenen van toezicht houdt in dat de toezichthouder controleert of een onderneming de voor haar geldende normen uit IMVO-wetgeving naleeft; anders dan bij opsporing in het kader van strafrechtelijke handhaving is hiervoor niet vereist dat er een redelijk vermoeden bestaat dat een wettelijke IMVO-norm is overschreden. Het toezicht kan een breed scala aan activiteiten omvatten, waaronder ook voorlichting en advisering met het oog op het voorkomen van normschendingen, en aansporingen en waarschuwingen om te bewerkstelligen dat geschonden IMVO-normen alsnog worden nageleefd. Gebeurt dit niet, dan kan het toezicht op de naleving van IMVO-wetgeving door de toezichthouder uitlopen op het gebruik van handhavingsmiddelen met een meer dwingend karakter, meer in het bijzonder de in deze paragraaf beschreven bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen. Anders dan bij de eerder beschreven privaatrechtelijke handhaving op basis van art. 6:162 BW of de hierna te beschrijven strafrechtelijke handhaving, is hiervoor in beginsel geen gang naar de rechter vereist. Zie bijvoorbeeld Kenniscentrum InfoMil, ‘Verschil tussen toezicht, opsporing en bestuursrechtelijke handhaving’, <infomil.nl/onderwerpen/integraal/handhaving/@87805/verschil_tussen>.

- ^{xxv} Van Dam & Scheltema 2020, p. 32.
- ^{xxvi} Van Dam & Scheltema 2020, p. 32-33.
- ^{xxvii} Van Dam & Scheltema 2020, p. 33-34.
- ^{xxviii} Brief van de Ministers voor Rechtsbescherming en voor Justitie en Veiligheid, 'Rechtsstaat en Rechtsorde', *Kamerstukken* 2018/19, , 503, p. 6.
- ^{xxix} Art. 9 Wet Zorgplicht Kinderarbeid.
- ^{xxx} Enneking e.a., p. 134-135.
- ^{xxxi} Enneking e.a., p. 134-136.
- ^{xxxii} Enneking e.a., p. 134-135.
- ^{xxxiii} Zie de website van de European Coalition for Corporate Justice voor een relatief recent overzicht van de stand van zaken wat betreft wetgevingsinitiatieven in Europa: <corporatejustice.org/publications/map-corporate-accountability-legislative-progress-in-europe>.
- ^{xxxiv} LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/.
- ^{xxxv} Zie voor een overzicht van de belangrijkste kenmerken van de verschillende wetgevingsinitiatieven, waaronder de daarin voorziene handhavingsmechanismen, de website van de European Coalition for Corporate Justice: <corporatejustice.org/news/comparing-corporate-due-diligence-and-liability-laws-and-legislative-proposals-in-europe>.
- ^{xxxvi} Zie de website van de European Coalition for Corporate Justice voor een overzicht van aangenomen wetgevingsinitiatieven: <corporatejustice.org/publications/map-corporate-accountability-legislative-progress-in-europe>. De Noorse *Transparency Act* zal op 1 juli 2022 in werking treden en de Duitse *Lieferkettengesetz* in 2023. Of en wanneer de Nederlandse Wet Zorgplicht Kinderarbeid in werking zal treden is vooralsnog onduidelijk.
- ^{xxxvii} Savourey & Brabant 2021, p. 149-151.
- ^{xxxviii} Daarbij gaat het onder meer om vragen als wat onder 'belanghebbende' en 'bevoegd gerecht' moet worden verstaan, de hoogte van de te verbeuren dwangsommen, hoe specifiek en gedetailleerd een rechterlijk bevel tot naleving dient te zijn en hoe de rechter kan nagaan of daaraan voldaan is. Ook bestaan vragen over de samenloop van de nalevings- en de schadevergoedingsprocedure. Savourey & Brabant (2021), p. 149-150.
- ^{xxxix} Savourey & Brabant (2021), p. 150-151.
- ^{xl} Savourey & Brabant (2021), p. 151-152.
- ^{xli} Brabant & Savourey (2017).
- ^{xlii} Zie in meer detail: Enneking e.a. 2015, p. 439-442.
- ^{xliii} Gerechtshof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132 (Oguru/Shell).
- ^{xliiv} Rechtbank Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339 (Milieudefensie/Shell).
- ^{xlv} Het gaat daarbij in het bijzonder om drempels die samenhangen met de kosten van het aanbrenge en voeren van dit soort complexe en vaak langdure procedures, beperkte mogelijkheden voor het aanbrenge van collectieve acties door groepen slachtoffers en/of door belangenorganisaties en beperkte mogelijkheden tot het verkrijgen van toegang tot bewijsmateriaal dat in handen is van de wederpartij of van derden. Deze (en soortgelijke) drempels zien we zowel in Nederland als in de ons omringende landen en worden ook in de UNGP's expliciet genoemd in het kader van de verplichting voor staten om belemmeringen bij de toegang tot effectieve remedies voor benadeelden weg te nemen (Principle 26). Zie in meer detail: Enneking e.a. 2015, p. 111-126.
- ^{xlvi} Enneking e.a. 2015, p. 258-260.
- ^{xlvii} Enneking e.a. 2015, p. 134-138.
- ^{xlviii} Zie in detail Van Dam & Scheltema, p. 108-119.
- ^{xlix} Regulation (EU) No 995/2010 of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 laying down the obligations of operators who place timber and timber products on the market Text with EEA relevance, O.J. L295/23, 12 November 2010.
- ^l Regulation (EU) 2017/821 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas, O.J. L130/1, 19 May 2017.
- ^{li} Loi fédérale du 27 septembre 2013 sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger, RO 2015 2407, <fedlex.admin.ch/eli/oc/2015/450/fr>.

Disclaimer: De Jonge Akademie, KNAW, NFU, NWO, TNO en UNL bemiddelen tussen parlementaire kennisvraag en wetenschappelijk kennisaanbod. De informatie in het kader van Parlement en Wetenschap is afkomstig van vooraanstaande wetenschappers, maar niet onderworpen aan peer review en niet door de wetenschapsorganisaties geverifieerd.



Tweede Kamer
DER STATEN-GENERAAL



Universiteiten
van Nederland

