

Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging

140c jaargang/2010-I

Maatschappelijk verantwoord ondernemen

Preadviezen van

A.J.A.J. Eijsbouts

F.G.H. Kristen

J.M. de Jongh

A.J.P. Schild

L. Timmerman

Ontwerp omslag: Corps Ontwerpers, Den Haag

© A.J.A.J. Eijlsbouts, E.G.H. Kristen, J.M. de Jongh, A.J.P. Schild, L. Timmerman

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

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

ISBN 978-90-13-07486-4

NUR 820-102

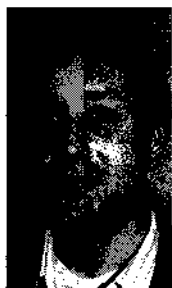


A.J.A.J. (Jan) Eijssbouts trad, na zijn doctoraal Nederlands Recht (bijvak Anglo-Amerikaans Recht) aan de RUG in 1969 en militaire dienst op het Ministerie van Defensie, in 1971 in dienst als bedrijfsjurist bij Philips op de Concernafdeling Juridische Zaken in de groep, die zich bezig hield met de internationale vennootschaps- en concernrechtelijke advisering in brede zin. Na in 1976 te zijn overgestapt naar DSM, waar hij senior bedrijfsjurist was bij de Concernafdeling Juridische Zaken en Hoofd Juridische Zaken Divisie Meststoffen, werd hij in 1989 senior bedrijfsjurist bij Akzo in Amersfoort. In 1994 werd hij senior corporate counsel bij Akzo Nobel's Concernafdeling Juridische Zaken, waar hij per 1 januari 1999 aantrad als Concerndirecteur Juridische Zaken en General Counsel. Medio 2007 ging hij met prepensioen. Hij werd in 1997 gecertificeerd mediator bij CEDR in Londen en in 2001 advocaat (tot begin 2008). Eijssbouts was Co-Chair Corporate Counsel Forum (2004-2006), Co-Chair CSR Committee (2007-2008) en member LPD Council (2004-2008) van de International Bar Association IBA. Thans is hij als adviseur ondernemingsrecht, corporate governance/CSR en conflictmanagement verbonden aan The Gaemo Group en betrokken bij het werk van prof. John Ruggie als Special Representative of the SG United Nations on Business and Human Rights. Hij is voorzitter Bestuur Stichting World Legal Forum (Den Haag), member Public-Private Network HiiL (The Hague Institute for the Internationalisation of Law), member Advisory Boards Mentor Group (Boston USA) en CEELI Institute (Praag) en Chair Chief Legal Officers Round Tables North America and Europe. Hij treedt regelmatig op als docent op het gebied van conflictmanagement en corporate governance/CSR, waarover hij ook publiceert.



François G.H. Kristen (1972) is als hoogleraar straf(proces)recht verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organisatie, Universiteit Utrecht. Hij studeerde Nederlands recht aan de Universiteit van Tilburg, met als afstudeerrichtingen strafrecht en ondernemingsrecht. In 2004 is hij cum laude gepromoveerd aan de Universiteit van Tilburg op het proefschrift getiteld: 'Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht. Een onderzoek naar de grondslagen en de werking van het Europese verbod van misbruik van voorwetenschap, met aandacht voor de doorwerking van EG-richtlijnen in het strafrecht.' Zijn wetenschappelijke publicaties begeven zich vooral op het terrein van fundamenteel materieel strafrechtelijk onderzoek, het Europees strafrecht en de doorwerking daarvan in het nationale straf(proces)recht en het financieel-economisch strafrecht. Hij is verbonden als rechter-

plaatsvervanger aan de Rechtbank Dordrecht en als raadsheer-plaatsvervanger aan het Gerechtshof 's-Hertogenbosch. Hij is tevens redacteur van het belangwekkende losbladige commentaar op het Wetboek van Strafvordering, de uitgave A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), Het wetboek van strafvordering, Deventer: Kluwer (losbladig).



J.M. (Matthijs) de Jongh (1974) werkt sinds 2005 bij het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad. Voordien was hij kandidaat-notaris te Amsterdam. Hij doet tevens onderzoek naar de zeggenschap van aandeelhouders van beursvennootschappen in historisch perspectief. In 2009 kreeg hij een beurs van het Millstein Center for Corporate Governance and Performance (Yale University) voor zijn onderzoek naar aandeelhoudersactivisme bij de VOC tussen 1622 en 1625. Hij publiceert regelmatig op het gebied van het ondernemingsrecht.



A.J.P. (Alexander) Schild (1972) studeerde civiel, notariel en fiscaal recht aan de Universiteit Leiden en wijsbegeerte aan de Universiteit Leiden en de Vrije Universiteit Amsterdam. Hij heeft voorts aan de Université de Dijon gestudeerd en behaalde een LLM aan University College London. Van 1997 tot 2004 werkte hij eerst als kandidaat-notaris en vervolgens als advocaat. Sinds 2004 is hij werkzaam bij het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad en verbonden als gastmedewerker aan de vakgroep Staat- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden.



L. (Vino) Timmerman, geboren in 1950, werkzaam sinds 2003 als advocaat-generaal bij de Hoge Raad en sinds 2006 als hoogleraar grondslagen ondernemingsrecht aan de Erasmus Universiteit, sinds 2001 lid van de Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen, schreef in 2000 een preadvies voor de NJV over 'onderstromen in het rechtspersonenrecht' en redigeerde recent de bundel *Private company law reform, international and European perspectives*. Hij is als promotor opgetreden van 24 promoti.

Inhoud

*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? 1

A.J.A.J. Eijsbouts

Elementaire beginselen van Maatschappelijk Verantwoord
Ondernemerschap 39

F.G.H. Kristen

Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht 121

J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman

Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in
Boek 2 BW? 191

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

A.J.A.J. Eijsbouts, F.G.H. Kristen, J.M. de Jongh, A.J.P. Schild
en L. Timmerman

Inhoudsopgave

1	<i>Inleiding</i>	3
2	<i>MVO: een dynamisch begrip</i>	4
2.1	MVO in vogelvlucht	4
2.2	Voorlopige conclusie: MVO is een dynamisch begrip	7
3	<i>Onderneming en maatschappelijke legitimatie: de 'licence to operate'</i>	8
4	<i>Verschijningsvormen en juridisering van MVO-normen</i>	10
4.1	De reguleringsmix	10
4.2	Internationaal recht als bron van rechtsnormen voor MVO	11
4.3	Extraterritoriale werking van (vreemd) recht op ondernemingen	12
4.4	Maatschappelijk verantwoord investeren	13
5	<i>Internationale en Europese dimensie van MVO</i>	13
6	<i>Sectorale benadering van MVO: De specifieke Triple-P regelgeving als het primaire normatieve kader</i>	18
6.1	Inleiding	18
6.2	People	19
6.3	Planet	20
6.4	Profit	22
7	<i>Ontwikkeling van een definitie van MVO in juridische context</i>	23
7.1	Inleiding	23
7.2	MVO als normatief begrip	24
7.2.1	De visie: MVO is vrijwillig (hovenwettelijk)	25
7.2.2	De visie: het begrip MVO houdt als zodanig een juridische norm in	26

7.2.3	De gemengde leer: het normatieve begrip MVO is een containerbegrip	26
7.2.4	Conclusie voor de normatieve definitie van MVO	28
7.3	MVO als operationeel begrip	30
8	<i>De maatschappelijke onderneming</i>	31
9	<i>Besluit</i>	32
	<i>Lijst van aangehaalde literatuur</i>	34

1 Inleiding

Het maatschappelijke aspect van ondernemen, zoals dat tot uitdrukking komt in het begrip Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (MVO), geniet in toenemende mate belangstelling. Kredietcrisis en klimaatverandering en hun gevolgen en aanpak domineren het publieke debat. Frequent wordt aandacht gevraagd voor schendingen en bescherming van mensenrechten in het kader van ondernemingsactiviteiten. Dit heeft het vraagstuk van het morele deficit van onbelemmerd ondernemen nog prominenter op de agenda geplaatst. Het vraagstuk was reeds geagendeerd vanwege andere meer moreel getinte vraagstukken, zoals het sociale vraagstuk (eind 19e eeuw), het vraagstuk van de verzorgingsstaat (tweede helft 20e eeuw), en het milieuvraagstuk (de laatste vier decennia). Vooral de kredietcrisis heeft een nieuwe impuls gegeven aan het denken over MVO. Financiële instellingen als banken hebben wereldwijd bij politici en burgers vertrouwen verloren.¹ Hun praktijken (verhandeling van slechte hypotheeklen, excessieve bonussen e.d.) hebben geleid tot de ernstigste wereldwijde economische crisis sinds de 'Great Depression' in de dertiger jaren van de vorige eeuw.

Een alerter reactie volgde van het bestuur van de Nederlandse Juristen-Vereniging. Dat bepaalde begin 2008 het onderwerp voor de jaarvergadering van 2010, terwijl op dat moment de verstrekende gevolgen van de kredietcrisis nog allerminst waren te voorzien. Om die reden leest u thans preadviezen over maatschappelijk (verantwoord) ondernemen. Dit thema is inmiddels in een stroomversnelling terecht gekomen door allerlei initiatieven uit de hoek van ondernemingen, overheid en non-gouvernementele organisaties. Zo is MVO in de Nederlandse Corporate Governance Code 2009 opgenomen als een kerntaak van het bestuur van beursvennootschappen.² De Nederlandse Vereniging van Banken heeft een code inzake maatschappelijk bankieren aangenomen met het oog op het bevorderen van het herstel in de sector.³ Uitwassen in de semi-publieke sector hebben de gedachte aan de invoering van de Maatschappelijke Onderneming (MO) weer tot leven gebracht.⁴ Tot slot noemen wij het zogenoemde Ruggie

1. Vgl. o.m. Adviescommissie Toekomst Banken, *Naar herstel van vertrouwen*, April 2009, p. 7-8 en de rapporten genoemd in Bijlage 2.

2. Principe II.1 Taak en werkwijze, Het bestuur, De Nederlandse corporate governance code, zie <www.commissiecorporategovernance.nl>. Dit principe formuleert MVO breed als: 'de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen.' De Corporate Governance Code 2009 is opgesteld in 2008 en per 1 januari 2009 in werking getreden. Zij vervangt de code van 2003, die geen MVO-component in de principes voor het bestuur kende.

3. Code Banken, 9 september 2009, zie <www.nvb.nl>. De code is per 1 januari 2010 in werking getreden.

4. Zie het wetsvoorstel Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek houdende regels voor de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, *Kamerstukken II* 2008/09, 32 003, nrs. 1-3.

Report dat John Ruggie heeft opgesteld als 'Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises'.⁵

Dit algemeen deel beoogt een inleiding tot het onderwerp, een juridische plaatsbepaling van MVO en een typering van de MO te bieden. Zo zal blijken dat MVO een breed en multidimensionaal thema is vanwege de betrokkenheid van uiteenlopende partijen, elk vanuit hun achtergrond en discipline. Wij zullen betogen dat MVO een dynamisch begrip is (§ 2), dat MVO van belang is voor de maatschappelijke legitimatie van alle ondernemingen, ook wel aangeduid als hun 'licence to operate', (§ 3) en MVO nader duiden aan de hand van een drietal dimensies (§ 4-6). Vervolgens presenteren wij in § 7 onze definities van MVO en leiden het onderwerp maatschappelijke onderneming in (§ 8). In dit proces zal waar dat in aanmerking komt, worden verwezen naar de afzonderlijke preadviezen. In de preadviezen nemen wij de hier ontwikkelde plaatsbepaling van MVO tot uitgangspunt.⁶

2 MVO: een dynamisch begrip

2.1 MVO in vogelvlucht

Ondernemen is in beginsel gericht op het behalen van winst (profit).⁷ De ondernemer en zijn onderneming als zelfstandige entiteit nemen deel aan het maatschappelijk en economisch verkeer.⁸ In de tegenwoordige samenleving wordt het steeds duidelijker dat die ondernemer en zijn onderneming niet langer louter gericht kunnen zijn op winst maken. Juist hun deelname aan het maatschappelijk verkeer en de positie die zij daarin kunnen innemen, maakt dat zij omgevingsverantwoord moeten opereren. Zij dienen rekening te houden met de mensen binnen en buiten de onderneming (people) alsook met de invloed van de activiteiten van hun ondernemen op het milieu (planet). Gebruikelijke aanduidingen van MVO zijn dan ook *Triple P: People, Planet, Profit* ofwel de *Triple Bottom Line*.⁹ Daarmee wordt een meer integrale benadering beoogd van in het bijzonder de invalshoeken arbeid, milieu, markt, business relaties en mensenrechten.¹⁰ Het

5. Ruggie 2008. Zie hierover nader Eijshouts 2009, p. 89-97.

6. Aan te duiden als Eijshouts e.a. 2010 in verwijzingen in de afzonderlijke preadviezen.

7. De hier ontwikkelde gedachten zijn uiteraard ook van toepassing op zogenaamde not for profit ondernemingen.

8. Geïnspireerd op Raaijmakers 2009, p. 28.

9. Deze typering wordt ontleend aan Elkington 1997.

10. Hoskins 2008, p. 66, voor de CSR route map.

wordt door MVO Nederland aangemerkt als het Nieuwe Ondernemen, waarin de Triple-P elementen met elkaar in balans worden gebracht.¹¹

In deze nieuwe vorm van ondernemen wordt een veelheid van aspecten bij het ondernemen betrokken. In 1999 heeft ons kabinet drie, in elkaar overlopende dimensies van maatschappelijk ondernemen – het woord ‘verantwoord’ ontbreekt nog in de aanduiding van het onderwerp – onderscheiden.¹² Ten eerste de internationale dimensie die zich afspeelt op het snijvlak van internationaal ondernemen en maatschappelijke thema's. Het betreft dan arbeidsnormen, milieu en mensenrechten, die voorwaarden kunnen stellen aan ondernemingsactiviteiten. Ten tweede de nationale dimensie, waarbij het vooral gaat om verantwoorde producten en productiemethoden. Hierbij richt de aandacht zich vooral op gezondheid, milieu en dierenwelzijn. Deze twee dimensies hebben volgens het kabinet betrekking op de *core business* van bedrijven. Maar daarnaast, en dat is dan de derde dimensie, ziet het kabinet steeds meer ondernemers die een stap verder gaan en een actieve rol willen spelen in de samenleving dan wel hun omgeving. Het kabinet waagt zich voor deze vorm van maatschappelijk ondernemen aan een voorlopige definitie: ‘een bedrijf neemt een zichtbare rol in de maatschappij op zich die verder gaat dan de *core business* en dan waartoe de wet verplicht, én die leidt tot toegevoegde waarde voor zowel het bedrijf als de maatschappij.’¹³ De SER rekent deze laatste vorm van maatschappelijk ondernemen, anders dan het kabinet, ook tot de *core business* van ondernemingen.¹⁴ Dit laatste lijkt ons aan de te stellen kant. De SER beaamt dat overigens ook zelf door de relativiserende opmerking dat niet alle uitingen van maatschappelijk ondernemen *core business* zijn.¹⁵

De drie dimensies van MVO volgens het kabinet geven al een impressie van de veelheid van aspecten. Zoals hierna zal blijken, gaat het bij MVO ook om de positie van werknemers binnen de onderneming (medezeggenschap, arbeidsomstandigheden, etc.), de verhouding tussen de onderneming en burgers in de samenleving op het niveau van hun mensenrechten, de verhouding tussen de onderneming en de overheid en de verhouding tussen de onderneming en het milieu.

Het veld van aspecten wordt voortdurend uitgebreid en verdiept. Wanneer het wordt vergeleken met de eerste internationale codificatie, op basis van vrijwilligheid, voor MVO in het, met name internationale, bedrijfsleven zien we een belangrijke verbreding en concretisering. Die eerste inter-

11. Zie <www.mvonederland.nl>, onder ‘Aan de slag met MVO’, vervolgens ‘Wat is MVO en waarom?’.

12. Zie Adviesaanvraag van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 10 december 1999, in: SER 2000, p. 103.

13. SER 2000, p. 104.

14. SER 2000, p. 12, en p. 86.

15. SER 2000, p. 12, en p. 86.

ationale codificatie betrof de OECD Richtlijnen voor multinationale ondernemingen in 1976. Deze richtlijnen, behorend tot *soft law*, maakten deel uit van de OECD Verklaring inzake internationale investeringen en multinationale ondernemingen¹⁶ en behandelden een reeks algemene leidraden en een aantal onderwerpen. Tot de leidraden behoren onder meer het in acht nemen van doelen en prioriteiten van landen op het vlak van economische en sociale vooruitgang, waaronder bescherming van het milieu en consumentenbelangen, het bevorderen van nauwe samenwerking met de lokale gemeenschap en een verbod tot omkoping van ambtenaren. De onderwerpen betreffen: openbaarmaking van gegevens, mededinging, financiering, belastingen, werkgelegenheid en arbeidsverhoudingen, milieubescherming, wetenschap en technologie.¹⁷

De OECD Richtlijnen voor multinationale ondernemingen zijn in 2000 herzien.¹⁸ Daarbij heeft op de hierboven genoemde onderwerpen een concretisering en verdieping plaatsgevonden, waarbij internationale ontwikkelingen op het vlak van MVO zijn geïncorporeerd. Zo zijn de OECD Principles of Corporate Governance verwerkt in de OECD Richtlijnen voor multinationale ondernemingen.¹⁹ Inmiddels wordt wederom een herziening van de OECD Richtlijnen voor multinationale ondernemingen voorbereid.²⁰ Daarmee wordt onder meer beoogd de sedert 2000 vastgestelde internationale codes en verdragen te incorporeren, zoals het VN Verdrag tegen corruptie²¹ en de OECD Principles of Corporate Governance 2004, te expliciteren dat de richtlijnen zich ook uitstrekken tot ketens van toeleveranciers, de mensenrechtelijke paragraaf te specificeren, het verduidelijken van de richtlijnen op het vlak van milieubescherming etc.

Ook op het gebied van mensenrechten²² is er sprake van een indrukwekkende activiteit op vele fronten. In 2005 stelde Kofi Annan John Ruggie aan als de 'Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enter-

16. Zie <www.oecd.org/data/investment/declaration>.

17. Zie over de OECD Richtlijnen voor multinationale ondernemingen ook hierna, § 5, en Eijshouts 2010, § 3.4, § 6.4.

18. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. Parijs: OECD Publishing 2008, <www.oecd.org>.

19. Zie de toelichting van de Working Party on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Text, Commentary and Clarifications*, 31 October 2001, DAF/LE/IME/WPG(2000)15/FINAL, p. 16, <www.oecd.org>.

20. Zie OECD, *Consultation on an Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Consultation Note, 8 December 2009, <www.oecd.org>.

21. United Nations Convention against Corruption, New York, 31 October 2003, *Trb.* 2004, 11. Nederlandse vertaling in *Trb.* 2005, 244.

22. Hoewel een groot aantal economische en sociale mensenrechten in arbeidsverband in de richtlijnen van 1976 is opgenomen, is het onderwerp van integrale mensenrechten pas later opgenomen als algemeen beginsel nr 2.

prises'. Zijn opdracht was driedelig: in de eerste plaats een inventarisatie van de bestaande regels op het gebied van mensenrechten, vervolgens een analyse daarvan en ten slotte het opstellen van aanbevelingen om de respectieve rollen van staten en multinationale ondernemingen te verduidelijken en af te bakenen en oplossingen aan te dragen om bestaande problemen op dit gebied aan te pakken. Dit leidde in 2008 tot de formulering van een raamwerk, getiteld '*Protect, Respect and Remedy*'.²³ Daarin worden de verantwoordelijkheden van staten en ondernemingen helder onderscheiden en nader gepreciseerd. Ruggie gaat daarbij uit van een zeer wijde niet-limitatieve definitie van mensenrechten. Dit juridisch niet bindende raamwerk is in juni 2008 unaniem aanvaard door de UN Commission on Human Rights en Ruggie's mandaat is met drie jaar verlengd om het raamwerk verder te operationaliseren.

Het Ruggie Report heeft op het niveau van de Europese Unie en in de lidstaten geleid tot een grotere aandacht van regering en parlement voor de problematiek van de mensenrechten. Zowel de Europese Commissie als Nederland hebben onderzoek geëntameerd naar het juridisch raamwerk dat de positie van Europese moederbedrijven beheerst inzake schendingen van mensenrechten, milieu- en arbeidsnormen door hun dochterondernemingen in het buitenland.²⁴ Daarbij gaat het onder meer over de vraag of buitenlandse gelaedeerden multinationale ondernemingen in hun thuisland kunnen aanspreken tot vergoeding van schade als gevolg van handelen, direct dan wel via lokale dochtermaatschappijen en/of toeleveranciers, in het betrokken gastland. Ook Ruggie's team zelf kijkt hier naar. Eijssbouts en Kristen gaan eveneens in op de extraterritoriale werking van nationaal civiel recht respectievelijk nationaal strafrecht.

2.2 *Voorlopige conclusie: MVO is een dynamisch begrip*

Uit het voorgaande volgt dat MVO onderwerpen omvat die naar inhoud, tijd, plaats en type van regulering verschillen en voortdurend in ontwikkeling zijn. Daarbij moet ook worden gesignaleerd dat begrippen een nieuwe inhoud en betekenis krijgen, die soms mede afhankelijk zijn van de betrokken landen. Wij concluderen voorshands dat MVO in meer opzichten een dynamisch begrip is. Dit zullen wij in het onderstaande verder adstrueren wanneer wij het begrip MVO nader duiden aan de hand van een drietal dimensies: i) verschijningsvormen en juridisering van MVO-normen (§ 4), ii) internationale en Europese dimensie van MVO (§ 5), en iii) sectorale

23. Ruggie 2008.

24. European Commission, Call for tenders No ENTR/09/45, Study of the legal framework on human rights and the environment applicable to European enterprises operating outside the EU, Brussels 11 July 2009 resp. *Kamerstukken II* 2008/09, 26 485, nr. 66, p. 26 en Castermans & Van der Weide 2009.

benadering van MVO (§ 6). Hieraan gaat nog vooraf een beschouwing over het belang van MVO voor ondernemingen en hun *licence to operate* (§ 3).

3 Onderneming en maatschappelijke legitimatie: de 'licence to operate'

De ondernemingswijze productie heeft zich ontwikkeld tot het wereldwijd dominante economisch model. Ondernemingen, ongeacht rechtsvorm, vervullen in dit model een centrale rol als motor van een efficiënte welvaartsvoorziening ten behoeve van de samenleving als geheel. De samenleving heeft deze belangrijke functie aan de ondernemer 'uitbesteed' door hem onder meer te voorzien van de juridische middelen, rechtsvormen en andere wettelijke voorzieningen. In het internationale MVO-jargon wordt aan deze uitbesteding veelal de naam '*licence to operate*' gegeven.²⁵ Zolang de ondernemer deze *licence* benut op een wijze die waarde toevoegt, plukken opdrachtgever en opdrachtnemer daar beiden de vruchten van. Beter zou het zijn te spreken van een maatschappelijke legitimatie. De term *licence* roept de gedachte op van een verleende juridische bevoegdheid, waarvan in algemene zin natuurlijk geen sprake is. Vanwege het inmiddels in het MVO-discours ingeburgerde begrip blijven wij hierna echter spreken van de *licence to operate*.

Hoewel in Nederland in oorsprong ook juridisch sprake was van een *licence to operate* voor rechtspersonen heeft zij in de loop van de tijd haar betekenis van algemene juridische bevoegdheid in positieve en beperkende zin verloren.²⁶ Niettemin hebben de gesties van de rechtspersonen-ondernemingen de parlementaire gemoederen, in reactie op een sterk liberale houding ten faveure van de onderneming in de negentiende eeuw met de nodige sociale problemen, sinds het begin van de vorige eeuw bezig weten te houden en heeft de gedachte aan een nieuwe juridische verankering van de *licence to operate* van tijd tot tijd de kop opgestoken. Er zijn dan ook op gezette tijden pogingen ondernomen om een element van algemeen belang in de vennootschappelijke orde te laten opnemen.

Bij de grote herziening van het vennootschapsrecht in 1928 werd door het Tweede Kamerlid Van Schaik de instelling van een Vennootschapskamer bepleit. Dit overheidsinstituut zou moeten worden belast met controle op de goede gang van zaken en bescherming der betrokken belangen tegen malafide, roekeloze, onverantwoordelijke bedrijfsgestie.²⁷

25. Ook wel genoemd '*social licence to operate*' om haar te onderscheiden van de '*legal licence to operate*', maar wij spreken hierna in MVO-verband eenvoudig over '*licence to operate*'.

26. Zie hierover Van der Heijden & Van der Grinten 1992, nrs. 1-25; zie ook Groenewald 2001.

27. Zie Van der Heijden & Van der Grinten 1992, nr. 23.

Ook bij de voorbereiding van de herziening van 1971, in het begin van de zestiger jaren van de vorige eeuw, door de Commissie Verdam²⁸, kwam de gedachte op aan een juridische verankering van de *licence to operate*. De commissie beval daartoe aan in de wet vast te leggen dat 'de commissarissen hun taak vervullen binnen het raam van het algemeen belang ten behoeve van het geheel der belangen van de vennootschap en van de met haar verbonden ondernemingen'.²⁹ Een minderheid van de commissie ging dit niet ver genoeg en zij bepleitte de aanwijzing door de overheid van leden van, of waarnemers bij, de raden van commissarissen van grote ondernemingen.³⁰ Dit pleidooi trof echter een verre van gewillig oor bij de meerderheid van de commissie. De commissie stelde wel voor de procureur-generaal bij het Hof Amsterdam de bevoegdheid te verlenen om een enquête te verzoeken wanneer de openbare orde en het algemeen belang zo'n onderzoek zouden eisen. Dit voorstel werd overgenomen door de wetgever, zij het in de bewoordingen dat deze bevoegdheid werd toegekend in 'het openbare belang'. Boukema oordeelt dat het algemeen belang onvolgende kan worden gespecificeerd en geoperationaliseerd om te worden ingezet als juridisch relevant begrip. Daartoe zou volgens Boukema wel aanleiding bestaan als de wetgever zou ingaan op, overigens niet door de commissie gedane maar in die tijd wel geopperde, voorstellen om het dienen van het algemeen belang uitdrukkelijk binnen de doeleinden van de onderneming te plaatsen.³¹

In de wetswijziging, die in 1971 volgde nadat de SER en, voor wat betreft het structuurregime voor grote naamloze vennootschappen, de nieuw ingestelde Commissie Vennootschapsrecht daarover hadden geadviseerd, is het in de jurisprudentie³² na de Tweede Wereldoorlog ontwikkelde begrip 'vennootschappelijk belang' als richtsnoer voor de taakuitoefening van de raad van commissarissen gecodificeerd.³³ Kreeg het algemeen belang dus geen formele plaats in het vennootschapsrecht, het was eerder al door de taakomschrijving van de SER in de Wet op de bedrijfsorganisatie indirect wel ten grondslag gelegd aan de werkzaamheid van het bedrijfsleven. Volgens artikel 2 van deze wet behoort het tot de taak van deze raad onder meer '(...) een het algemeen belang dienende werkzaamheid van het

28. De commissie, ingesteld bij beschikking van de minister van Justitie van 8 april 1960, naar haar voorzitter, prof.mr. P.J. Verdam, genoemd.

29. Rapport Commissie Verdam 1965, p. 78, 82 en 115.

30. Rapport Commissie Verdam 1965, p. 31.

31. Boukema 1969, p. 53-65.

32. HR 1 april 1949, *NJ* 1949, 465 (Doetinchemse IJzergieterij).

33. Zie art. 2:140 lid 2 en 2:250 lid 2 BW. Hoewel dit niet met zoveel woorden is bepaald voor het bestuur, wordt wel algemeen aangenomen dat ditzelfde geldt voor het bestuur. Fijssbouts gaat in zijn preadvies nader in op het begrip vennootschappelijk belang.

bedrijfsleven te bevorderen (...).³⁴ Deze in de Wet op de bedrijfsorganisatie opgenomen indirecte karakteristiek van de maatschappelijke opdracht van het bedrijfsleven om werkzaam te zijn ten dienste van de nationale economische orde kan naar onze mening worden beschouwd als de pendant van een *licence to operate*. Immers, geen opdracht zonder bevoegdheid, maar evenzeer geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid. We zouden dus kunnen stellen dat de Wet op de bedrijfsorganisatie, zij het in niet-juridische zin en zonder directe werking voor ondernemingen, MVO als normatief begrip heeft geïntroduceerd.

4 Verschijningsvormen en juridisering van MVO-normen

4.1 De reguleringsmix

Uit het voorgaande volgt reeds dat MVO-normen tal van verschijningsvormen kunnen hebben: ongeschreven normen, al dan niet met juridische relevantie, zelfregulering, *soft law* en/of *hard law*. In het laatste geval kan het dan gaan om civiel recht, administratief recht of strafrecht, niet zelden ook in combinatie. Daarenboven kunnen MVO-normen behoren tot het nationale recht, het internationale recht, het Europees recht en vorm krijgen in de interactie tussen deze rechtssystemen (zie hierna § 5).

In Nederland heeft veel sectorale regelgeving op het gebied van MVO al de vorm aangenomen van *hard law* (zie ook § 6). De betrokken MVO-norm kan aan bod komen in het:

- Burgerlijk recht: Het Burgerlijk Wetboek bevat open normen waarin MVO-normen een rol kunnen spelen, zoals de onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW. Zie verder het preadvies van Eijssbouts;
- Strafrecht: Bijzondere wetgeving alsook het Wetboek van Strafrecht bevatten strafbaarstellingen die belangen behorend tot het domein van MVO beogen te beschermen. Zie verder het preadvies van Kristen;
- Bestuursrecht: Het milieurecht is vooral bestuursrechtelijke regelgeving en bevat vele normen die worden gerekend tot MVO. Daarnaast bevat bijvoorbeeld de Wet op het financieel toezicht vele bestuursrechtelijk te handhaven gebods- en verbodsnormen, welke in dit geval door het duale handhavingssysteem ook strafrechtelijk kunnen worden gehandhaafd.

Bij diverse MVO-normen vinden overgangen tussen de verschillende normeringsmodaliteiten plaats. Een MVO-norm kan overgaan van het ongeschreven domein, al dan niet via zelfregulering, naar *soft law* of *hard law*.

34. Zie hierover ook Bouckema 1969, p. 60.

Zo valt op een aantal terreinen een ontwikkeling waar te nemen van *soft law* naar *hard law*. Een treffend voorbeeld levert het thema van omkoping van ambtenaren. In de OECD Richtlijnen voor multinationale ondernemingen van 1976 wordt multinationale ondernemingen, overeenkomstig het *soft law* karakter van deze richtlijnen, aanbevolen zich te onthouden van omkoping van ambtenaren of op andere (in)directe wijze te profiteren van ambtenaren, zowel in eigen land als in den vreemde.³⁵ Een jaar na het verschijnen van deze richtlijnen stellen de Verenigde Staten van Amerika, een OECD lidstaat, het omkopen van buitenlandse ambtenaren strafbaar door de *Foreign Corrupt Practices Act of 1977*. Daarmee ontwikkelde zich een norm van *soft law* tot *hard law* en wel in de meest harde vorm, het strafrecht. In 1997 verbonden de overige OECD lidstaten en een vijftal niet-lidstaten zich bij het OECD Verdrag inzake de bestrijding van omkoping van buitenlandse ambtenaren bij internationale zakelijke transacties³⁶ zich tot invoering van een vergelijkbare strafbaarstelling van omkoping van buitenlandse ambtenaren in hun nationale wetgeving. Dit verdrag is in daarop volgende jaren gecompleteerd met andere internationale en Europese regelgeving die corruptie in brede zin (i.e. omkoping van (buitenlandse) ambtenaren en omkoping in de privé-sector, beide zowel in de actieve als passieve variant) moet tegengaan door verplichtingen tot het invoeren van strafbaarstellingen, al dan niet geflankeerd door preventieve maatregelen.³⁷ In Nederland hebben deze internationale en Europese rechtsinstrumenten geleid tot (aangepaste) strafbaarstellingen van allerlei vormen van corruptie: artikelen 177-178a, 328ter en 362-364a Sr. *Hard law* dus. Zie ook het preadvies van Kristen.

4.2 *Internationaal recht als bron van rechtsnormen voor MVO*

Veel MVO-instrumenten hebben een internationaal publiekrechtelijk karakter, met name die op het gebied van mensenrechten en milieu.³⁸ Daarmee rijst de vraag naar de doorwerking van internationaal publiekrecht in de Nederlandse rechtsorde.³⁹ Internationale verdragen vergen implementatie in het nationale recht. Niettemin staat de Grondwet toe dat een ieder

35. Zie General Policies, onder 7.

36. *Trb.* 1998, 219. Originele Engelse tekst in *Trb.* 1998, 54.

37. Te denken valt aan het in § 2.1 reeds genoemde VN Verdrag tegen corruptie, het Verdrag van de Raad van Europa inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, *Trb.* 2000, 130 en het Kaderbesluit 2003/568/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake bestrijding van corruptie in de privé-sector, *PbEU* 2003, L 192/54.

38. Zie § 2.1 en hierna § 5.

39. Vgl. Hof 's Gravenhage 5 januari 1925, *NJ* 1925, 402, waarin is beslist, dat volkenrechtelijke normen, die bindend zijn voor Nederland zonder meer gelding hebben binnen de Nederlandse rechtsorde. Zie ook de uitgebreide behandeling in Enckering 2007, p. 45 e.v.

verbindende bepaling uit een verdrag door de rechter wordt toegepast, zelfs als die toepassing botst met wetgeving in formele zin. Deze toepassing van de ieder verbindende bepaling bestaat dan uit het buiten toepassing laten van het nationale voorschrift door de rechter dan wel uit een verdragsconforme interpretatie van dat nationale voorschrift.⁴⁰ Daarnaast kan internationaal recht als *ius cogens* of gewoonterecht worden toegepast door de nationale rechter.

In de verhouding tussen burgers en ondernemingen zijn er volgens Van Dam slechts enkele internationale regels direct van toepassing (horizontale werking). Deze regels hebben wel een MVO-karakter. Naast het recht op gelijke behandeling en het stakingsrecht, noemt hij het recht op privacy. Verder wijst hij op enkele regels die aansprakelijkheid regelen op het gebied van milieu: de risico-aansprakelijkheid voor de exploitant van een kerncentrale en voor de eigenaar van een schip dat olievervuiling veroorzaakt.⁴¹ Voor het overige werken internationale normen slechts indirect door doordat ze een rol spelen bij de invulling van de nationale open norm van onrechtmatigheid bij vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.⁴²

4.3 Extraterritoriale werking van (vreemd) recht op ondernemingen

Nederlandse ondernemingen kunnen zijn onderworpen aan diverse regels van vreemd recht. Deze kunnen zowel van strafrechtelijke als van administratiefrechtelijke en civielrechtelijke aard zijn.⁴³ Voorbeelden zijn mededingingsrecht, effectenrecht, onrechtmatige daad en omkoping van buitenlandse ambtenaren. Bij multinationale ondernemingen kan zich ook de omgekeerde situatie voordoen, te weten dat een Nederlands moederbedrijf zich naar Nederlands recht ten overstaan van de Nederlandse rechter moet verantwoorden voor gedragingen begaan in het buitenland door haar buitenlandse dochterondernemingen. Dat kan vanwege het Nederlands aansprakelijkheidsrecht of mogelijk vanwege Nederlands strafrecht het geval zijn. Een aantal problemen doemt op: die van samenloop of collisie van regels uit verschillende jurisdicties, van civielrechtelijke aansprakelijkheid van moeders voor (buitenlandse) dochters (op grond van directe doorbraak of buitenom via onrechtmatige daad) en van strafrechtelijke aansprakelijkheid van (multinationale) ondernemingen. Op een aantal daarvan wordt door Eijssbouts en Kristen in hun preadviezen ingegaan.

40. Art. 94 Gw. Waarover o.m. Brouwer 1992, p. 275-278.

41. Van Dam 2008, p. 29-30.

42. Van Dam 2008, p. 30.

43. Zie IBA 2008.

4.4 *Maatschappelijk verantwoord investeren*

Buiten juridische instrumenten kunnen ook economische instrumenten worden aangewend om MVO een impuls te geven. Financiële middelen zijn een krachtig sturingsinstrument; het is immers 'the power of the purse'. Institutionele beleggers beheren vaak forse vermogens en zij zijn door middel van een beleggingsbeleid mede gericht op realisatie van MVO-doelen in staat ondernemingen, en dan vooral beursvennootschappen, te sturen in een richting die past binnen MVO. Er tekent zich een trend af waarin institutionele beleggers zich in toenemende mate laten leiden bij hun beleggingsbeslissingen door het MVO-beleid van de ondernemingen waarin zij beleggen. Dit beleid wordt aangeduid met de acroniemen SRI (Socially Responsible Investment) of met ESG (Environment, Society, Governance).

Deze trend wordt deels in de hand gewerkt doordat de overheid beleggingen in zogenoemde maatschappelijke beleggingen fiscaal faciliteert. Deels nemen institutionele beleggers zelf hun verantwoordelijkheid in het kader van MVO en beleggen zij op grond van bepaalde maatschappijbeschouwing (uitsluitend) in ondernemingen die voldoen aan hun eisen op het gebied van MVO of, meer in algemene zin, omdat goed MVO-beleid een positief effect heeft op de reputatie en de prestaties van de betrokken ondernemingen en dat ook afstraalt op de reputatie en de prestaties van de institutionele belegger zelf.

Voor een MVO-beleggingsbeleid zijn codes voor verantwoord investeren ontwikkeld. Te noemen zijn de onder auspiciën van de VN in 2006 tot stand gekomen PRIs, de Principles of Responsible Investment.⁴⁴ Tal van pensioenfondsen en andere institutionele beleggers, ook Nederlandse, hebben deze PRIs onderschreven.⁴⁵ Het zal duidelijk zijn, dat hiervan invloed uitgaat op ondernemingen, nu het hen aanzet tot een bewuster en scherper MVO-beleid.

5 **Internationale en Europese dimensie van MVO**

Voor multinationale ondernemingen heeft het ondernemen uit de aard der zaak een internationaal karakter. De onderneming heeft vestigingen, productiefaciliteiten, toeleveranciers, afzetkanalen in meer landen. Maar ook voor de spreekwoordelijke bakker om de hoek heeft het ondernemen een internationale component. In het kader van MVO moet hij zich de vraag stellen of de grondstoffen voor zijn producten wel milieuvriendelijk en

44. Zie <www.unpri.org/>.

45. Zie de lijst met ondertekenaars op <www.unpri.org/signatories>.

zonder kinderarbeid zijn geproduceerd.⁴⁶ MVO heeft derhalve een internationale dimensie; een dimensie die in 1999 ook al door het kabinet is onderscheiden (zie § 2.1).

Doordat MVO internationale vraagstukken omvat, heeft dat geresulteerd in drie kanten van internationalisering: *i*) internationale aandacht voor MVO, *ii*) internationale aanpak van MVO-vraagstukken, en *iii*) doorwerking van internationale MVO-normen in het nationale recht door toezicht-mechanismen. Wij zullen deze drie kanten van internationalisering toelichten aan de hand van enkele voorbeelden. Maar allereerst wijzen wij op een andere ontwikkeling binnen het internationale kader, namelijk de Europeanisering van de aanpak van MVO-vraagstukken.

Nadat een MVO-thema op internationaal niveau een eerste aanzet tot normering heeft gekregen kan de Europese Unie het thema oppakken. Wanneer de Unie het thema kan koppelen aan de doelstellingen van de Unie en de rechtsgrondslagen in, thans, het Verdrag van Lissabon, kan zij een Europees rechtsinstrument opstellen om binnen Europa een gezamenlijke en/of geüniformeerde aanpak te realiseren. Vaak begint de EU met vaststelling van een aanbeveling. Een aanbeveling is evenwel niet verbindend en kan worden beschouwd als een aansporing aan de lidstaten tot het treffen van maatregelen over te gaan.⁴⁷ Wanneer deze aansporingen volgens de EU niet het gewenste effect hebben, kan zij krachtiger, bindende rechtsinstrumenten inzetten, namelijk de richtlijn en de verordening (en tot 1 december 2009 het kaderbesluit). Deze rechtsinstrumenten hebben ofwel rechtstreekse werking (een verordening altijd, een richtlijn onder bepaalde voorwaarden) ofwel verplichten de lidstaten tot implementatie door het vaststellen van nationale omzetting voorschriften en het vervolgens toepassen daarvan (richtlijn en kaderbesluit). Aldus wordt wetgeving gharmoniseerd en gekomen tot een geüniformeerde aanpak. Deze ontwikkeling is pregnant terug te zien bij de aanpak van de handel met voorwetenschap,⁴⁸ en valt ook waar te nemen bij de aanpak van corruptie⁴⁹ en mededinging.⁵⁰ Het eerder genoemde onderzoek dat de Europese Commissie

46. Zie Keijzers & Bos-Brouwers 2008.

47. Zie art. 249 EG-Verdrag (oud) en art. 288 Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (Verdrag van Lissabon) en Kristen 2004, p. 124 (met nadere verwijzingen).

48. Zie de beschrijving van de ontwikkeling van de communautaire aanpak in Kristen 2004, p. 105-180.

49. Zie de preambule van het Kaderbesluit 2003/568/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake bestrijding van corruptie in de privé-sector, *PbEU* 2003, L 192/54.

50. Vgl. artt. 101-102 Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (Verdrag van Lissabon) en met name de centrale uitvoeringsverordening daarvan, Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2003, L 1/1. Zie verder Rijsbouts, Jans, Senden & Prechal 2010, hoofdstuk 5.

heeft uitgezet naar het juridisch raamwerk dat de positie van Europese moederbedrijven beheerst inzake schendingen van mensenrechten, milieu- en arbeidsnormen door hun dochterondernemingen in het buitenland (zie § 2.1) doet vermoeden dat de Commissie overweegt op dit terrein met (regelgevende) initiatieven te komen.⁵¹ Het kabinet is in elk geval voorstander van het gebruiken van Europese rechtsinstrumenten voor het bereiken van MVO-doelen.⁵²

De internationale aandacht voor MVO uit zich in de vele initiatieven die diverse internationale gremia ontplooiën voor het ontwikkelen van MVO-normen. Wij noemden al de OECD Richtlijnen voor multinationale ondernemingen (zie § 2.1). Deze richtlijnen beperken zich evenwel tot de ondernemingen wier hoofdkantoren gevestigd zijn in de OECD lidstaten en de overige elf aangesloten staten. Zij hebben dus geen wereldwijd bereik. Maar ook op wereldniveau, dat wil zeggen de Verenigde Naties, zijn pogingen ondernomen om soortgelijke instrumenten in te voeren. De twee initiatieven daarvoor, de Draft UN Code of Conduct for Transnational Corporations 1990⁵³ en de Draft UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with regard to Human Rights 2003⁵⁴, hebben om uiteenlopende redenen nimmer het conceptstadium achter zich kunnen laten. De uitgebreide discussies en diepgaande meningsverschillen over de UN Norms 2003, met name over het pleidooi om deze direct juridische bindende werking ten opzichte van ondernemingen te geven, en het besef dat het hoog tijd was dat er iets zou gebeuren, hebben in 2005 geleid tot de benoeming van John Ruggie en het door hem opgeleverde Ruggie Report (zie § 1 en § 2.1). Eijssbouts komt in zijn preadvies terug op Ruggie's Framework uit 2008, omdat het zowel in normatief als in operationeel opzicht een belangrijke mijlpaal op dit lang betwiste gebied lijkt te worden. Zowel de VN als de internationale zakenwereld en belangrijke internationale NGO's op dit gebied hebben in principe het Ruggie Framework aanvaard.

Bij deze initiatieven op landen- of IGO-niveau is het niet gebleven. In 2000 heeft Kofi Annan het UN Global Compact opgericht.⁵⁵ Dit is een coalitie van ondernemingen die zich op basis van vrijwilligheid bij ondertekening ertoe verbonden hebben een tental tot de kern van maatschappelijk verantwoord ondernemen behorende aspecten op het gebied van men-

51. Idem Enneking 2009, p. 912 (met op p. 907-910 een beschrijving van de stand van het beleid van de EU op het gebied van MVO).

52. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 26 485, nr. 59, p. 7.

53. UN Doc. E/1990/94. Wij merken op dat deze draft specifiek betrekking had op mensenrechten, één van de onderwerpen van de OECD Richtlijnen voor multinationale ondernemingen.

54. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

55. Zie <www.unglobalcompact.org>.

senrechten, arbeid, milieu en corruptie tot speerpunt in hun beleid te maken en jaarlijks één van de gebieden als speciaal aandachtsgebied te benoemen en een daarop gericht actieplan op te zetten. Deelnemende ondernemingen verbinden zich in hun jaarverslag te verklaren dat zij de Global Compact uitgangspunten onderschrijven en over de voornemens en de realisatie van de plannen jaarlijks publiekelijk te rapporteren. Het Global Compact dient ook als platform voor de uitwisseling van *best practices* tussen de aangesloten ondernemingen. Tot slot kan nog worden gewezen op het Earth Charter, een initiatief van een aantal vooraanstaande politici uit de gehele wereld.⁵⁶

Met voorgaande schets van enige internationale initiatieven⁵⁷ is aangegeven dat er internationaal op diverse niveaus aandacht wordt besteed aan MVO en dat dit kan resulteren in een internationale aanpak van MVO. Met uitzondering van het UN Global Compact voor die ondernemingen die zich eraan hebben verbonden, zijn deze en andere initiatieven in beginsel niet bindend voor ondernemingen. Zij verschaffen evenwel een normatief kader dat kan worden gekwalificeerd als *soft law*. Daarmee geven ze uitdrukking aan legitieme verwachtingen van de internationale gemeenschap ten aanzien van het maatschappelijk verantwoord handelen over de grens, dus de internationale reikwijdte van MVO voor Nederlandse ondernemingen. Dat wordt ook in Nederland onderkend.

In zijn advies 'Duurzame globalisering: een wereld te winnen' gaat de SER in op aspecten van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen. Daaruit is voortgevloeid de SER Verklaring Internationaal Verantwoord Ondernemen 2008.⁵⁸ Daarin verklaren ondertekenaars onder handhaving van de visie dat MVO berust op vrijwilligheid dat zij het in de verklaring opgenomen normatieve kader voor de internationale aspecten van MVO en ketenbeheer onderschrijven.⁵⁹ Dit kader moet in de praktijk van het internationale ondernemen worden ingevuld en toegepast, waardoor ook *good practices* op dit terrein worden bevorderd. Als belangrijke elementen hierin worden genoemd transparantie, verificatie en (interne) klachtenbehandeling. Over deze invulling wordt door de ondernemingen gerapporteerd in het jaarverslag of een separaat document, mede op basis waarvan de SER een jaarlijkse voortgangsrapportage zal opstellen. Daarin zullen niet alleen de gevonden *good practices*, maar ook de gesignaleerde

56. Zie voor dit Earth Charter: Lubbers, Van Genugten & Lambooy 2008.

57. Zie voor een nog uitgebreider illustratief overzicht, met een classificatie van de onderlinge verhouding en juridische status van internationale initiatieven in een vijf pagina's tellende tabel. Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights, UN Doc. E/CN.4/2005/91, 15 February 2005.

58. Zie SER 2008a, p. 222, hetgeen leidde tot SER 2008b.

59. Zie voor dit kader SER 2008b, p. 7.

knelpunten en problemen worden behandeld. Een vraag die hier kan worden gesteld is die naar het verschil in terminologie tussen het in deze verklaring gehanteerde begrip 'good practices' en het begrip 'best practices' in de corporate governance instrumenten. Mag hieruit worden afgeleid dat de ambitieniveaus van de partijen bij het formuleren van hun zelfreguleringsinstrumenten op beide gebieden uiteenlopen? Een mogelijke verklaring voor het verschil is gelegen in de machtspositie van de direct en indirect betrokken (markt)partijen. De financiële markten hebben een grotere machtspositie dan de begunstigden van de SER-verklaring.

Een voorbeeld van doorwerking van internationale MVO-normen op nationaal niveau door toezichtmechanismen leveren ten slotte de al genoemde OECD Richtlijnen voor multinationale ondernemingen. Zij kennen een internationaal monitoring mechanisme om de richtlijnen zelf bij de tijd te houden en nationale monitoring mechanismen in de vorm van de Nationale Contact Punten (NCP's). Bij NCP's kunnen partijen die menen dat multinationale ondernemingen zich niet houden aan de richtlijnen, klachten indienen. Lange tijd hebben deze NCP's weinig effect gesorteerd. Bij de herziening van de richtlijnen in 2000 werd door de OECD lidstaten afgesproken om deze NCP's een actievere rol te laten vervullen. In Nederland heeft dit crtoe geleid dat het NCP onafhankelijk van de overheid is opgesteld. Ontvankelijke klachten worden in behandeling genomen en na fact finding wordt door het NCP een mediation tussen partijen beproefd. Als die niet tot stand komt omdat één van beide partijen daar niet aan mee wenst te werken of als de mediation niet tot de beoogde schikking leidt, kan het NCP zijn eigen conclusies over de zaak opstellen en publiceren. Het vrijwillige karakter van de richtlijnen komt daarmee wel in een merkwaardig daglicht te staan. Ten eerste is het idee dat de mediator na afloop zijn eigen oordeel aan de openbaarheid prijs geeft fundamenteel in strijd met de regels van mediation, maar bovendien betekent publicatie van een kritisch rapport feitelijk een sanctie. Het leidt tot *naming and shaming* en dat wordt in bestuursrechtelijke handhavingstrajecten van Nederlandse toezichthouders beschouwd als een sanctie.⁶⁰ Multinationale ondernemingen dienen zich daarvan terdege bewust te zijn, zeker wanneer naleving van de OECD Richtlijnen voor multinationale ondernemingen feitelijk geen vrije keuze meer is doordat door de overheid dit als voorwaarde stelt voor het verkrijgen van exportkredieten en -subsidies.

60. Zie bijvoorbeeld art. 1:94-100 Wet op het financieel toezicht (Wft) die de Autoriteit Financiële Markten onder meer de bevoegdheid verschaffen de oplegging van een bestuurlijke boete openbaar te maken. De wetgever ziet dit als een mogelijke sanctie, zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 417. Idem Doorenbos 2007, p. 27.

6 Sectorale benadering van MVO: De specifieke Triple-P regelgeving als het primaire normatieve kader

6.1 Inleiding

De primaire bescherming en handhaving van MVO-normen zijn in ons bestel te vinden in sectorale regelgeving die betrekking heeft op de onderscheiden MVO-sectoren People, Planet, Profit. Aldaar zijn voor ondernemingen in het algemeen specifieke MVO-normen te vinden dan wel MVO-normen die alleen gelden voor bepaald aangewezen ondernemingen. Deze sectorale regelgeving is omvangrijk en breed. Daarom volgt hieronder een globale verkenning van die sectorale regelgeving, mede om een beeld te geven van wat MVO omvat. Daarbij zal blijken dat de drie P's elkaar kunnen overlappen, zodat de scheidslijnen niet steeds duidelijk te trekken zijn. Zo kan schade aan het milieu ook worden gezien vanuit het perspectief van mensenrechten, ingeval de milieuschade ook betekent dat het mensenrecht op een goed leefklimaat wordt geschonden. Hoewel dit voor de hand ligt, zijn mensenrechten en milieu lange tijd als gescheiden werelden beschouwd, die nog maar sinds kort met elkaar in verband worden gebracht.⁶¹

De sectorale MVO-normen kennen verschillende verschijningsvormen (vgl. § 4). Naast de sectorale *hard law* waarvan de niet-naleving met bestuursrechtelijke of strafrechtelijke sancties is bedreigd, kunnen sectorale MVO-normen vorm krijgen in *soft law* of zelfregulering. Wanneer schending van normen in sectorale regelgeving niet leidt tot het opleggen van passende en doeltreffende sancties, zullen derden wier in rechte erkende belangen zijn aangetast door de normschending hun toevlucht moeten zoeken tot het algemene civiele aansprakelijkheidsrecht. De sectorale MVO-normen hebben in dat verband juridische werking, ongeacht hun verschijningsvorm. Zij kunnen immers onderdeel zijn van een contractuele of anderszins juridisch relevante toezegging, waarvan nakoming in rechte kan worden gevorderd, dan wel een rol spelen bij de invulling van open normen in het recht. In het laatste geval kleuren zij open begrippen in die onderdeel zijn van algemene, aanvullende normeringskaders als redelijkheid en billijkheid, onjuist beleid, wanbeleid, behoorlijk bestuur, opvattingen in het maatschappelijk verkeer en zorgplicht.

Aldus beïnvloeden sectorale MVO-normen indirect de positie van ondernemingen in de vormgeving van MVO. Het betreft dan in de eerste plaats de vraag hoe MVO in beleid en uitvoering daarvan binnen de onderneming kan worden gewaarborgd en hoe belanghebbenden hierop invloed kunnen uitoefenen. In de tweede plaats gaat het om de mogelijkheden van MVO-

61. Zie Lubbers, Van Genugten & Lambooy 2008, hoofdstuk 2, m.n. § 6, van de hand van Van Genugten & Lambooy.

*stakeholders*⁶² en derden om schade die zij hebben geleden of mogelijk zullen leiden als gevolg van onmaatschappelijk handelen of nalaten, ofwel niet-MVO-conform beleid of uitvoering, in rechte te voorkomen of vergoed te krijgen.⁶³

6.2 *People*

Met de eerste van de Triple P's, *People*, wordt de sociale dimensie van MVO bedoeld. Vanuit ondernemingsoptiek gaat het daarbij in eerste instantie om werknemers en vervolgens om wat hier maar eenvoudig wordt aangeduid als goed nabuurschap als het om de eigen ondernemingsactiviteiten gaat en om de zorg voor de medemens die in de keten van de bedrijfstak van de onderneming een rol speelt en waarop de onderneming invloed kan uitoefenen.⁶⁴ Voor alle drie categorieën zijn vanuit MVO-optiek de mensenrechten een belangrijke bron van recht. Deze mensenrechtennormen worden gevonden in internationale en regionale rechtsinstrumenten als de Universele verklaring van de rechten van de mens van 1948, het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten en het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. In deze en andere verdragen zijn voor alle drie MVO-invalshoeken, werknemers, nabuurschap en ketenaspecten belangrijke bepalingen voor ondernemingen te vinden.⁶⁵

Voor werknemers – die ook in het Nederlandse ondernemingsrecht met de aandeelhouders tot de primaire *MVO-stakeholders* behoren – valt te denken aan alle regels die betrekking hebben op hun collectieve en individuele rechtspositie in formele zin, zoals het recht op het gebied van de arbeidsovereenkomst, collectieve vertegenwoordiging daarbij en medezeggenschap. Maar er zijn ook vele flankerende wetten en regels, waaraan werknemers rechten en plichten ontleen, zoals die inzake de arbeidsomstandigheden. Veel van de regels die de relatie werkgever-werknemer bepalen zijn intussen geharmoniseerd binnen de Europese Unie. Vanuit mensenrechtentoptiek kan in dit verband worden gewezen op art. 28 lid 3 WOR, dat de ondernemingsraad opdraagt te waken tegen discriminatie in de onderneming en in het bijzonder te bevorderen de gelijke behandeling van mannen en vrouwen alsmede de inschakeling van gehandicapten en minderheden in de onderneming.

Voor het nabuurschap, dat wil zeggen de onmiddellijke omgeving van de onderneming, geldt dat dit in meer of mindere mate gevolgen van de acti-

62. Zie voor dit begrip Eijsbouts 2010, § 3.4-3.6.

63. Zie verder Eijsbouts 2010, § 6.

64. Dit wordt in het mensenrechtenjargon aangeduid als 'sphere of influence', zie Ruggie 2008, p. 19-20.

65. Zie Van Dam 2008 en Castermans 2009.

viteten van de onderneming kan ondervinden. Het spreekt vanzelf dat een goede relatie met de omwonenden van groot belang is voor een goede symbiose en daarmee ook voor het succes van de onderneming. Veelal zal de onderneming nieuwe werknemers moeten rekruteren uit de lokale gemeenschap. Waar de respectieve belangen met elkaar in conflict komen is een goede procedure voor klachtenbehandeling van groot belang. Het nabuurschap is als zodanig niet in regelgeving genormeerd,⁶⁶ maar wordt wel deels bestreken door de mensenrechten.

Tot slot de overige indirect bij de onderneming betrokken derden op wier belangen de onderneming invloed kan uitoefenen door haar positie in de keten. Dan gaat het natuurlijk in de eerste plaats over de mogelijkheid om via de contracten met toeleveranciers te bedingen dat in hun ondernemingen de rechten en belangen van de werknemers en hun naburen op universeel maatschappelijk aanvaardbare wijze worden beschermd. Afhankelijk van de positie van de onderneming kan haar invloed verder strekken dan de primaire kring van leveranciers. De vraag kan ook gesteld worden naar de MVO-plichten van de onderneming in het kader van haar relatie met afnemers. Zouden de leveranciers van de grondstoffen voor de gifgassen aan Van Anraat, die ze aan Saddam Hussein e.s. heeft geleverd, waarvoor hij in Nederland in hoogste instantie veroordeeld is tot 17 jaar gevangenisstraf wegens het medeplegen van medeplichtigheid aan oorlogsmisdrijven,⁶⁷ in het huidige tijdsgewricht ook een zorgplicht hebben wat betreft de toepassing van hun producten?⁶⁸

6.3 *Planet*

De component van Planet kent twee invalshoeken: de bescherming van natuur en milieu (water, bodem en lucht) enerzijds en het tegengaan van de uitputting van de natuurlijke hulpbronnen anderzijds. Aantasting van natuur en milieu kan plaatsvinden door zowel industriële productieactiviteiten als het in het verkeer brengen van producten die schadelijk zijn voor natuur en milieu. Voor de sectoren water en lucht geldt dat mogelijke schadelijke gevolgen niet tot de landsgrenzen hoeven te zijn beperkt. Internationale regelgeving is derhalve geboden. Die noodzaak bestaat eveneens voor de uitputting van natuurlijke hulpbronnen. Die zijn vaak op een beperkt aantal plaatsen ter wereld beschikbaar, terwijl wel meer landen afhankelijk zijn van die hulpbronnen voor het overeind houden van hun economieën.

66. Al kunnen Awb of sectorale wetten bezwaar- en beroepsmogelijkheden bieden voor de naburen.

67. Zie HR 30 juni 2009, NJ 2009, 481.

68. Aan deze ketenverantwoordelijkheid besteedt Eijsbouts aandacht.

Sinds de zestiger en zeventiger jaren van de vorige eeuw, toen de daadwerkelijke en mogelijk te verwachten schadelijke effecten van industrieel ondernemen en van consumeren voor natuur en milieu duidelijk werden en het gevaar van uitputting van natuurlijke hulpbronnen door het Rapport van de Club van Rome van 1970 op de mondiale agenda is gezet, is een groot aantal wetten en regels tot stand gekomen. Deze regels zijn vervat in internationale verdragen, Europese rechtsinstrumenten en nationale regelgeving die al dan niet strekt tot implementatie van de internationale en Europese rechtsinstrumenten.

Kenmerkend is dat het hier landen zijn die in het verband van de Verenigde Naties, andere internationale verbanden en/of het verband van de Europese Unie komen tot vaststelling van de standaarden. Dat leidt tot algemene conferenties om te komen tot een mondiale aanpak van bescherming van natuur en milieu, zoals Rio Declaration on Environment and Development van 1992, het Kyoto Protocol van 1997 en het Copenhagen Protocol van 2009. Deze inspanningen zijn niet altijd even succesvol, mede gezien de nog grote verschillen in welvaart in de wereld en de claims van de zich ontwikkelende landen, die onvoldoende gehoor tot solidariteit vinden bij de ontwikkelde landen.

Daarnaast is het instrument van coregulering tussen intergouvernementele organisaties, landen en ondernemingen van belang. Een geslaagd voorbeeld daarvan is het Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer⁶⁹ van 1987 (en nadien meermalen aangepast) dat strekt tot beperking van de emissie en de uiteindelijke uitbanning van het gebruik van CFK's. De aantasting van de ozonlaag is daarmee tot staan gekomen.

Ten slotte zijn op Europees en nationaal niveau veel sectorale regelgeving en zelfreguleringsinstrumenten ontwikkeld. Hier vindt de vertaling van beleidsbegrippen en principes plaats naar het juridisch domein. Zo ligt het voorzorgsbeginsel ten grondslag aan de REACH Verordening van de Europese Unie,⁷⁰ dat met flankerende rechtsinstrumenten⁷¹ een stelsel heeft geïntroduceerd van registratie, veiligheidsrapportages, autorisatie van, en beperkingen in het vervaardigen, het in de handel brengen en het gebruik van stoffen en preparaten die schadelijk zijn voor mens en milieu. Lidstaten moeten schendingen van de verordening bedreigen met doeltreffende, evenredige en ontmoedigende sancties (art. 126). In Nederland heeft

69. Zie <www.unep.org/themes/ozone/?page=home>.

70. Zie art. 1 lid 3 Verordening (EG) nr. 1907/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2006 inzake de registratie en beoordeling van en de autorisatie en beperkingen ten aanzien van chemische stoffen (REACH), *PbEU* 2006, L 396/1.

71. Zie daarvoor <http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/chemicals/documents/reach/index_en.htm>.

dat geleid tot strafbaarstelling van overtredingen van de REACH Verordening via de Wet op de economische delicten.⁷² Ook hier *hard law* dus.

Vanwege de omvang, breedheid en gedetailleerdheid van nationale, Europese en internationale regelgeving ter zake van natuur, milieu en grondstoffen moeten wij hier volstaan met de genoemde voorbeelden en merken wij nog op dat als algemene MVO-instrumenten de OECD Richtlijnen voor multinationale ondernemingen en het UN Global Compact deze Planet-aspecten bestrijken. Veel ondernemingen sluiten zich daarnaast vrijwillig aan bij specifieke op het milieu gerichte programma's in de vorm van collectieve zelfregulering en voldoen aan de daaraan verbonden verplichting tot publicatie van hun actieplannen, implementatiemaatregelen en -vorderingen op de zogenaamde KPI's (key performance indicators). Dit alles om uiting te geven aan de gedachte van duurzaam ondernemen die ten grondslag ligt aan de Planet-component van MVO en die de VN resolutie naar aanleiding van het Brundtland rapport kernachtig als volgt verwoord: '*Believing that sustainable development, which implies meeting the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs, should become a central guiding principle of the United Nations, Governments and private institutions, organizations and enterprises*'.⁷³ Dit is een duidelijk normatieve boodschap, zij het niet in juridische zin.

6.4 *Profit*

De onderneming is als samenwerkingsverband gericht op waardecreatie voor de deelnemers op de lange termijn. Het is derhalve van levensbelang voor de onderneming om winst te maken. De winst is de bedrijfseconomische maatstaf voor het rendement op het vermogen, deels in de vorm van eigen vermogen ter beschikking gesteld door de aandeelhouders als primaire *stakeholders* naast de werknemers. Een zo stabiel mogelijk dividend en een vermogenstoename in de vorm van hogere intrinsieke waarde van het aandeel is de beloning voor de verschaffer van het risicodragend vermogen. De opdracht voor de ondernemer is het om die beloning te genereren met gelijktijdige waardecreatie voor de andere *stakeholders*, waaronder management en werknemers, klanten, leveranciers, de lokale gemeen-

72. Zie o.m. Uitvoeringswet EG-verordening registratie, evaluatie en autorisatie van chemische stoffen (REACH), *Stb.* 2007, 181, die onder andere art. 9.3.3 lid 1 in de Wet milieubeheer voegt waarin wordt verboden te handelen met bepaald aangeduide bepalingen van de REACH Verordening, hetgeen strafbaar is gesteld en ingeval van opzettelijk handelen is bedreigd met een gevangenisstraf van maximaal zes jaar, zie art. 1a sub 1 jo. art. 2 lid 1 jo. art. 6 lid 1 sub 1 WvD.

73. UN Resolution 42/187. Report of the World Commission on Environment and Development, UN Doc. A/RES/42/187.

schappen waarin de onderneming haar activiteiten ontplooit en de over-eengekomen vaste beloning voor de verschaffers van vreemd vermogen. Tot slot maakt de overheid aanspraak op het aandeel van de gemeenschap in de winst in de vorm van belastingen.

In het MVO-perspectief mag het behalen van winst niet ten koste gaan van de aantasting van rechtmatige belangen van derden, onder wie People en Planet. Daaronder dient ook begrepen te worden de samenleving die de juridische en economische kaders heeft geschapen waarbinnen de ondernemer zijn doelen mag trachten te verwezenlijken. Dat betekent dat de ondernemer regelgeving op het gebied van het ondernemen naleeft, waaronder met name regelgeving die strekt tot het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken, zoals corruptie.

In dit verband is vanuit MVO-oogpunt onaanvaardbaar de zienswijze van bepaalde rechtseconomen dat boetes en schadevergoedingen wegens wets-overtredingen moeten worden aangemerkt als een kostenpost, die in een afwegingsproces en beslissing over *compliance* moet worden afgezet tegen de opbrengsten van wetsovertreding.⁷⁴ Die benadring miskent de betekenis van de wet als de reflectie van de waarden die de samenleving van zodanige betekenis acht dat zij de bescherming daarvan niet aan het morele oordeel van de deelnemers aan het maatschappelijke verkeer wil overlaten. Omdat de reikwijdte van de wet echter beperkt is, zijn en blijven niet gecodificeerde MVO-normen van groot belang. In de woorden van Gonthier: "Beyond the formal sources of law, there are common values that inspire it and guide its interpretation. The spirit of the law complements black letter law. It is not concerned with setting down rules. Rather it reflects the values which a society draws upon its development of legal rules."⁷⁵

7 Ontwikkeling van een definitie van MVO in juridische context

7.1 Inleiding

Het voorgaande demonstreert dat MVO veel betekenissen kent: het is multidisciplinair en omvat elementen als management, economie en financiën, transparantie, personeelsbeleid, ondernemingscultuur, ethiek, milieu, mensenrechten, techniek en commercie. MVO als begrip is een pluriforme koepel waaronder diverse belanghebbenden elk vanuit de eigen achterban en

74. Zie het *Ars Aequi* Bijzonder nummer Rechtseconomie 1990 en met name Teyl & Holzhauser 1990, p. 617-631; zie ook De Kluiver 1994.

75. Citaat uit het voorwoord in Pitts 2009, p. ix.

belangen een eigen invulling aangeven, en dat wordt niet altijd geëxpliciteerd. MVO is dan ook getypeerd als een containerbegrip.⁷⁶ Het gevaar bestaat dat misverstanden en miscommunicaties kunnen ontstaan over wat men onder MVO verstaat, wat men daarvan vindt en/of wat men onder de noemer van MVO gaat doen. Daar komt bij dat een juridisering van het MVO-begrip heeft plaatsgevonden (zie § 4). Om die reden wordt MVO sinds een aantal jaren ook vanuit een juridische invalshoek benaderd.

Vanuit de juridische invalshoek is het nuttig te onderscheiden tussen MVO als normatief begrip (vergelijk CSResponsibility) en als operationeel begrip (MVOndernemen). In de Engelstalige benaderingen wordt onderscheiden tussen Corporate Social Responsibility en Corporate Accountability, waarbij dit laatste begrip op zijn beurt weer op twee manieren kan worden opgevat: ten eerste het afleggen van verantwoording over het handelen en ten tweede het zich openstellen voor een beloning of een sanctie voor dat handelen.⁷⁷ In de Engelse zienswijze zijn Corporate Social Responsibility en Corporate Accountability onderscheiden maar elkaar overlappende begrippen. MVO omvat beide begrippen door de tweeledige betekenis van het woord 'verantwoord': verdedigbaar en verantwoording afgelegd.⁷⁸ Dit roept de vraag op of er een vanuit juridisch oogpunt relevante definitie kan worden gegeven van MVO. Er zijn veel definities van MVO in omloop.⁷⁹ Wat ons als juristen daarbij opvalt is dat deze definities vaak een mengvorm zijn met zowel normatieve elementen als operationele aspecten. Voor een beter begrip wordt, in navolging van een eerder door Eijbsbouts geïntroduceerd onderscheid⁸⁰, voor de aanpak in dit preadvies gekozen voor een onderscheid tussen beide aspecten en worden twee definities gehanteerd, een normatieve en een operationele.

7.2 MVO als normatief begrip

Wat het normatieve karakter van MVO in juridische zin betreft zijn er twee uiterste opvattingen. Aan de ene kant de opvatting dat MVO geheel vrijwillig is en als begrip als zodanig geen juridische betekenis heeft, want het

76. Zie o.a. de Adviesaanvraag van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 10 december 1999, opgenomen in SER 2000, p. 103 en het standpunt van de SER in SER 2000, p. 9.

77. Pitts 2009, p. 29.

78. Vgl. SER 2000, p. 12-13, 17, waar de SER een onderscheid maakt tussen het maatschappelijke onderdeel van MVO bestaande uit de bijdrage aan de maatschappelijke welvaart op langere termijn en het onderdeel 'verantwoord' in MVO bestaande uit de dialoog aangaan met belanghebbenden en verantwoording afleggen. Daarbij wordt 'verantwoord' niet gelijkgesteld aan verdedigbaar: dat aspect ligt volgens de SER kennelijk besloten in het maatschappelijke van MVO.

79. Zie onder meer Clarke 2007, Pitts 2009 en Tricker 2009.

80. Eijbsbouts 2005, p. 85. Instemmend: Timmerman 2006, p. 40.

is niet bindend. In deze benadering betreft MVO een morele, bovenwettelijke verplichting. Aan de andere kant staat de opvatting dat aan het begrip MVO als zodanig juridische betekenis moet worden toegekend. Tussen deze beide uitersten zijn tussenposities mogelijk.

7.2.1 De visie: MVO is vrijwillig (bovenwettelijk)

Met betrekking tot MVO kan de prealabele vraag worden gesteld of dit eigenlijk wel een juridisch onderwerp althans een onderwerp met juridische relevantie is. Voor ons kabinet en zijn adviesorgaan de SER, is dat niet zo.⁸¹ Voor de Europese Commissie is dat vooralsnog evenmin het geval,⁸² al doet het eerdergenoemde onderzoek dat de Europese Commissie heeft geëntameerd (zie § 1) vermoeden dat regelgevend optreden wordt overwogen. Voor al deze instanties gaat het bij MVO om een zogenaamd bovenwettelijk kader voor ondernemingsactiviteit: vrijwilligheid staat als centraal begrip bij MVO voorop.⁸³ Het kabinet en de SER blijven vasthouden aan het bovenwettelijke en daarmee in hun visie vrijwillige, hoewel volgens het kabinet daarmee nog niet vrijblijvende, karakter van MVO. Dit heeft natuurlijk ook daarmee te maken dat verreweg de meeste normen op Triple-P gebied niet, moeilijk of niet effectief in overheidsregelgeving te vatten zijn. Ook wil men voorkomen dat een groter aandeel van *hard law* in MVO de ambities van het bedrijfsleven tot een grotere aandacht voor vrijwillig MVO-beleid teveel tempert door het verleggen van de focus naar *legal compliance*. Europese Commissie, kabinet en SER willen dan ook met een groot aantal gerichte initiatieven en maatregelen stimuleren dat het bedrijfsleven vrijwillig verantwoordelijkheid neemt, onder meer door zelfregulering en grotere transparantie over MVO-beleid. De resultaten daarvan worden eerst afgewacht. Het kabinet sluit zelf echter niet uit dat deze initiatieven niet noodzakelijkerwijs tot een gewenst resultaat leiden. Mocht dat inderdaad het geval blijken, dan kan verdere disciplinerende door generieke of zo nodig sectorale regulering, waarop in het parlement en door NGO's wordt aangedrongen, onvermijdelijk blijken. Daarnaast is uiteraard van belang de toegang voor gelaedeerden tot acties tot schadeloosstelling bij onmaatschappelijk handelen. De mogelijkheden daartoe ingeval van schending van mensenrechten en milieu- en arbeidsnormen zijn en worden

81. De visie van VNO-NCW en MKB sluit hierbij aan.

82. Zie COM(2006) 136 def., p. 1.

83. Zie over deze benadering van kabinet onder meer *Kamerstukken II 2007/08*, 26 485, nr. 53, p. 1; *Kamerstukken II 2008/09*, 26 485, nr. 59, p. 5-7, en SER, SER 2000, p. 11, SER 2008a, p. 200, 202, en SER 2008b, p. 5. Al moet worden toegegeven dat de SER ook aangeeft dat geen scherp onderscheid kan worden gemaakt tussen dat waartoe de wet verplicht en de bovenwettelijke verplichtingen, nu het naleven van wettelijke verplichtingen eveneens een drijfveer achter MVO is, zie SER 2000, p. 12.

onderzocht naar aanleiding van de in § 2.1 genoemde initiatieven van de Europese Commissie en het Nederlandse kabinet.⁸⁴

7.2.2 De visie: het begrip MVO houdt als zodanig een juridische norm in

In hun studie uit 2004 naar de ondernemingsrechtelijke aspecten van MVO in het kader van een breder door het Ministerie van Economische Zaken opgezet onderzoek naar de verschillende aspecten van MVO⁸⁵ concluderen Hamers, Schwarz en Steins Bisschop dat 'onmaatschappelijk ondernemen' als zodanig een basis biedt voor een aantal vennootschapsrechtelijke acties, zoals toetsing aan de redelijkheid art. 2:8 BW en vernietiging van besluiten ex art 2:15 BW. Met 'onmaatschappelijk' wordt dan bedoeld op een besluit of beleid dat ingaat tegen door de onderneming zelf geformuleerde MVO doelstellingen dan wel tegen de algemeen geldende opvattingen aangaande MVO, het bestaan waarvan ze stellen te hebben aangetoond.⁸⁶ Alleen al gelet op het dynamische karakter van MVO is het naar onze mening niet mogelijk algemeen geldende opvattingen aangaande MVO juridisch te operationaliseren.

7.2.3 De gemengde leer: het normatieve begrip MVO is een containerbegrip

Volgens ons zijn zowel de visie van de volledige vrijwilligheid van MVO-normen als de bestempeling van MVO als zodanig tot juridisch begrip een versimpeling van de werkelijkheid. Voor kabinet en SER blijkt dat ook wel uit de relativering die zij zelf daarin aanbrengen (zie § 2.1). Ze moeten dan ook veeleer worden gezien als praktische conventies of doelredeneringen. De volledige vrijwilligheid, overigens zonder vrijblijvendheid, van kabinet en SER is in feite een uitgesproken wenselijkheid. Daarmee wil men aangeven dat MVO maximaal door zelfregulering wordt bereikt, zodat geen overheidsregulering zal (behoeven te) volgen. In wezen wordt daarmee een appel gedaan op de maatschappelijke legitimatie van een onderneming. Die maatschappelijke legitimatie, ook wel *licence to operate* genoemd (zie § 3), ontleent zij aan haar handelen, niet alleen in overeenstemming met de wet en andere juridische normen als minimumvoorwaarde, maar ook met de sociale normen in de omgeving waarin zij haar activiteiten uitoefent.⁸⁷

84. Voor Nederland heeft dat geleid tot Castermans & Van der Weide 2009.

85. Zie Hamers, Schwarz & Steins Bisschop 2005, voorwoord.

86. Zie Hamers, Schwarz & Steins Bisschop 2005, p. 9.

87. Zie hierover De Waard 2008, p. 23-29.

Deze *licence to operate* kan de ondernemer belangrijke beperkingen in zijn vrijheid opleggen.⁸⁸

Een sociale norm kan zich, al dan niet na opname in zelfregulering of *soft law*, door tussenkomst van de wetgever of de rechter als een juridische norm gaan manifesteren. Dit illustreert dat de MVO-norm niet per definitie altijd een vrijwillige norm is of hoeft te blijven. De bestempeling van MVO als zodanig tot juridisch begrip berust ook op een wenselijkheid, namelijk dat de rechter de MVO-normen juridische betekenis zal willen toekennen bij de invulling van open wettelijke normen. Niet gezegd is dat de rechter dat ook steeds zal doen.

Recht is een dynamisch begrip. MVO is veranderlijk, bestaat uit verschillende elementen en is in normatieve zin gemengd van aard, evenals het nauw daaraan gerclateerde begrip *corporate governance*. Het is, als gezegd, een containerbegrip.

In onze opvatting hebben MVO-normen dus meer verschijningsvormen, dat wil zeggen dat de norm met betrekking tot hetgeen maatschappelijk verantwoord is kan voortvloeien uit regels in de vorm van *hard law*, *soft law*, collectieve of individuele zelfregulering of ongeschreven normen (zie § 4.1). Indien normen op het gebied van MVO van zelfregulering of *soft law*, door toedoen van wetgever of rechter, overgaan naar *hard law*, wil dat niet zeggen dat deze regels daarmee hun MVO-karakter verliezen. Het ethische karakter van de norm, die in regelgeving wordt neergelegd, verdwijnt immers niet. Wel worden algemene gelding, herkenbaarheid en sanctionering versterkt.⁸⁹ In de gemengde leer wijzigt derhalve niet het toepassingsbereik van de definitie van MVO doordat een MVO-norm juridische status krijgt. In de typering van het kabinet verlaat de norm dan het MVO-domein.

MVO-normen die niet zijn neergelegd in van overheidswege opgelegde verplichtende regels of door de rechter erkende normen, zullen in de regel eenvoudiger worden herkend als MVO-norm en het voldoen aan dergelijke MVO-normen zal door ondernemer, onderneming en samenleving eerder worden gepercipieerd als 'iets extra's doen' dan het nakomen van een opgelegde norm. Dat zal bijdragen aan de maatschappelijke legitimatie van de onderneming. In dit opzicht heeft de vrijwillige visie een meerwaarde. Maar, nogmaals, wanneer een dergelijke MVO-norm in een voorkomend geval overgaat naar *hard law* betekent dat niet een inhoudelijke wijziging van de norm.

88. Zie de beschouwingen over vrijheid als grondrecht voor de ondernemer Raaijmakers 2005, p. 260-263, Raaijmakers 2006, p. 793-795, 798-799, en Raaijmakers 2009, p. 33-39.

89. Pitts 2009, p. ix.

Ten slotte laat de gemengde leer met MVO als containerbegrip alle ruimte voor het dynamische begrip MVO. Als normatief begrip is MVO dynamisch in meer opzichten. De materiële inhoud van de MVO-normen evenals hun interpretatie kunnen naar tijd en plaats verschillen (vgl. § 2).

7.2.4 Conclusie voor de normatieve definitie van MVO

Tegen de achtergrond van de eerder gegeven schets van MVO en de hiervoor gemaakte opmerkingen komen wij tot de volgende definitie van MVO als normatief begrip:

'MVO is de verantwoordelijkheid van de ondernemer om in zijn ondernemen te voldoen aan de gerechtvaardigde verwachtingen van de samenleving ten aanzien van de maatschappelijke gevolgen van zijn ondernemen, zoals economische, sociale en milieu gevolgen, voor alle stakeholders.'

In deze definitie kan, zoals ook uit de bovengenoemde uiteenzetting kan worden afgeleid, het begrip verantwoordelijkheid een driedelig karakter hebben: vrijwillig gekozen door de ondernemer, hem door de maatschappelijke legitimatie zijn ingegeven dan wel door bindende regelgeving zijn opgelegd. Ook in dit opzicht krijgt MVO als normatief begrip een gemengd karakter.

Het begrip 'gerechtvaardigde verwachtingen van de samenleving' heeft in de definitie een meerledige betekenis. Het verwijst in de eerste plaats naar wat van de ondernemer wordt verwacht. Hier moet worden onderscheiden tussen het voldoen aan bestaande MVO-normen en het vervullen van een initiërende rol. Een ondernemer kan namelijk zelf het initiatief nemen en bijvoorbeeld met gebruikmaking van de hem ter beschikking staande middelen, zoals eigen technologie, nieuwe standaarden zetten ten aanzien van de maatschappelijke gevolgen van zijn ondernemen. De ondernemer vervult dan een voortrekkersrol op het gebied van MVO en levert aldus een bijdrage aan de verdere ontwikkeling van MVO.

In de tweede plaats behelst het begrip een maatstaf. Wanneer is namelijk sprake van 'gerechtvaardigde verwachtingen van de samenleving'? Ook hier moet een onderscheid worden gemaakt. Wanneer het gaat om een juridische beoordeling door een rechter of een ondernemer heeft voldaan aan zijn MVO-verplichtingen, kan de rechter de maatstaf invullen vanuit een beoordelingsperspectief van een objectieve derde en vervolgens vaststellen of een bepaald optreden redelijkerwijs van de ondernemer mag worden verwacht. Daartoe zal rekening kunnen worden gehouden met de context waarin de onderneming functioneert en opereert, de toepasselijke MVO-norm(en) alsmede de maatschappelijke gevolgen van zijn ondernemen. De maatstaf kan echter ook worden gebruikt door de samenleving en mondigge burgers om, al dan niet aangevuurd door belangengroeperingen die ge-

bruik weten te maken van de media, verwachtingen op de ondernemer en zijn activiteiten te projecteren en aan de hand daarvan zijn optreden te beoordelen. Het gaat hier om de '*courts of public opinion*', met mogelijk verstrekende gevolgen, zoals Shell met de Brent Spar in 1995 heeft kunnen ervaren.⁹⁰ De beoordeling van de '*courts of public opinion*' kan voor het bewaken van de naleving van MVO-verplichtingen een belangrijke rol spelen,⁹¹ maar bergt evenzeer het gevaar in zich van overspannen verwachtingen van de samenleving. Voor het hier gebezigde begrip *stakeholders* wordt verwezen naar het preadvies van Eijssbouts.

Overigens is het niet onbelangrijk er hier nog aan te herinneren dat het kabinet destijds niet het hele palet aan vormen van maatschappelijk verantwoord ondernemen als vrijwillig, bovenwettelijk, zag, nu het deze term slechts verbond aan de derde categorie van zijn indeling (zie § 7.2.1). Ook op dit punt lijkt de SER een eigen interpretatie te hebben gevolgd, waar hij stelt dat hij het door het kabinet gemaakte onderscheid tussen wettelijk en bovenwettelijk niet te zeer wil benadrukken. Dat onderscheid negeert volgens de SER het feit dat een belangrijke drijfveer achter maatschappelijk verantwoord ondernemen gelegen is in de naleving van wetgeving. Niet geheel toevallig verwijst de SER naar het tegengaan van fraude en corruptie en het waarborgen van veiligheid.⁹² Zo kunnen we tot de conclusie komen dat zowel kabinet als SER op bepaalde terreinen die tot het domein van MVO worden gerekend, naleving van de wet ook tot MVO rekenen. Daarmee wordt de vooral door het kabinet voorgestane, maar door ons afgewezen, absolute vrijwilligheid als essentieel kenmerk van MVO toch gerelativeerd. Deze constatering behoudt haar waarde, nu de SER in zijn advies 'Duurzame Globalisering: een wereld te winnen' van 2008 aan zijn uitgangspunten in diens advies 'De winst van waarden' uit 2000 zegt vast te houden.⁹³ Niettemin behandelt de SER in zijn 2008 advies met name voor internationaal MVO wel een normatief kader, waarin *hard law*, *soft law* en zelfregulering worden genoemd. Er is dus wel sprake van een voortschrijdend inzicht. Hiermee treedt de SER volgens ons toe tot de aanhangers van de 'gemengde leer'.

90. Greenpeace wist een effectieve mediacampagne tegen het afzinken van het afgeschreven olieplatform Brent Spar in de Noordzee (met instemming van de Britse regering) op te zetten, hetgeen uitmondde in een mondiaal consumentenboycot van Shell benzinstations, gevallen van fysiek geweld tegen Shell werknemers en brandstichting bij een Duits Shell benzinstation.

91. Vgl. Ruggie 2008, p. 16-17.

92. SER 2000, p. 12.

93. SER 2008a, p. 199.

7.3 *MVO als operationeel begrip*

Zoals eerder is aangegeven, is het volgens ons praktisch om MVO in operationele zin te onderscheiden van MVO in normatieve zin. Voor MVO in operationele zin hanteren wij de volgende definitie:

‘MVO als operationeel begrip behelst de systematische en gestructureerde wijze waarmee de onderneming alle relevante aspecten van de MVO-normen in de dagelijkse bedrijfsvoering op alle niveaus tot gelding laat komen, deze uitdraagt aan haar werknemers, toeleveranciers, andere *stakeholders* en de samenleving, de effectiviteit bewaakt, bij de tijd houdt en verantwoording aflegt aan de maatschappij.’

MVO dient te zijn vervlochten met het ondernemen; het is geen eenmalige activiteit waarin kortdurend wordt geïnvesteerd. MVO beoogt immers op de langere termijn een bijdrage aan de samenleving te leveren. Om die reden dient een onderneming op systematische en gestructureerde aandacht te besteden aan MVO. Die aandacht is in de definitie op een vijftal niveaus gepreciseerd:

- Het tot gelding laten komen van MVO in de dagelijkse bedrijfsvoering, en wel op alle niveaus: Wil de onderneming daadwerkelijk de gewenste maatschappelijke bijdrage leveren, dan moet de onderneming waar mogelijk en opportuun in alle onderdelen van de organisatie en in alle fasen van productieprocessen uitvoering geven aan MVO-normen;
- Het uitdragen van MVO aan werknemers, toeleveranciers, andere stakeholders en de samenleving: Een goede uitvoering van MVO verlangt omgevingsbewustzijn alsmede bewustwording en bewustzijn van de waarde die MVO heeft voor de onderneming en de samenleving. Het betekent dat de onderneming eigen werknemers moet voorlichten en, bij herhaling, moet informeren over en betrekken bij het eigen MVO-beleid. De onderneming opereert evenwel niet in een vacuüm; zij betreft in haar bedrijfsvoering toeleveranciers die grondstoffen, halffabricaten, diensten, kennis etc. leveren voor het in stand houden van de ondernemingsactiviteiten. Daar zijn in verschillende opzichten ook stakeholders bij betrokken. Ook zij dienen te worden geïnformeerd over en betrokken bij het MVO-beleid van de onderneming;
- Het bewaken van de effectiviteit van MVO: Voor een daadwerkelijke realisatie van MVO-doelen dient te worden voorzien in een voortdurend proces van monitoring van het uitvoering geven aan MVO-doelen door de organisatie en alle daarin betrokken personen;
- Het bij de tijd houden van MVO: Zoals eerder is aangegeven, is MVO een dynamisch begrip (§ 2). Een onderneming dient de ontwikkelingen op MVO-gebied voor haar bedrijfsvoering bij te houden en waar nodig de eigen MVO-doelen te actualiseren. Een onderneming kan – en zo mogelijk: zou moeten – opteren voor een initiërende en sturende rol.

Dienen zich nieuwe mogelijkheden aan om uitvoering te geven aan MVO-doelen en/of het palet aan MVO-doelen te verdiepen en/of te verbreden, dan volgt uit de ratio van de MVO-gedachte dat de onderneming die voorttrekkersrol op zich neemt wanneer dat binnen haar mogelijkheden ligt;

Het afleggen van verantwoording: Dit is het aspect van rekening en verantwoording afleggen, de communicatie met de samenleving over wat de onderneming heeft ondernomen op het terrein van MVO, of, nog beter, de dialoog met de samenleving over het eigen MVO-beleid.

Eijshouts zal op een aantal van deze aspecten in zijn preadvies nader ingaan.

8 De maatschappelijke onderneming

Van MVO moet worden onderscheiden het ondernemen door zogenaamde 'maatschappelijke ondernemingen,' dat wil zeggen organisaties die zich toeleggen op activiteiten die wel als 'maatschappelijke taken' worden aangeduid. Het gaat om een diffuse groep van organisaties zoals woningcorporaties, ziekenhuizen, thuishulpinstellingen, de Nederlandse Spoorwegen, het Havenbedrijf Rotterdam e.d. Dergelijke organisaties worden soms geheel, soms gedeeltelijk gefinancierd met publieke middelen. Zij kunnen zich richten op winstmaximalisatie, soms ook op het behartigen van publieke belangen, ook als dit ten koste gaat van de winst. Voor zover zij opereren in de private sector, zijn hun activiteiten dikwijls zwaar gereguleerd. Deze hybride organisaties worden gevoerd als uiteenlopende rechtspersonen: als stichting, vereniging, BV, NV (al dan niet als structuurvennootschap) of coöperatie. 'Maatschappelijke ondernemingen' zijn dan ook moeilijk onder een noemer te vatten; als er iets kenmerkends is, dan is dat misschien wel hun hybride karakter, opererend op het grensvlak tussen markt en overheid.

De laatste jaren is de vraag gerezen of het hybride karakter van deze organisaties noopt tot een eigen regeling in Boek 2 BW.⁹⁴ Indien regulering in Boek 2 BW wenselijk wordt geacht, zijn er verschillende varianten denkbaar: zo zou een afzonderlijke rechtspersoon kunnen worden geschapen voor 'maatschappelijke ondernemingen.' Bestaande rechtspersonen zouden voorts een predicaat, een keurmerk, kunnen verdienen als zij voldoen aan bepaalde criteria, bijvoorbeeld door het naleven van een code. Een tussenweg zou zijn dat een modaliteit wordt geschapen van een bestaande rechtspersoon, zoals het structuurregime een modaliteit van BV, NV of coöperatie is.

94. Zie bijv. De Ru, Burggraaf & Spaans 2005, p. 61 e.v.

In het regeerakkoord hebben de coalitiepartijen het voornemen uitgesproken aan de 'maatschappelijke onderneming' een wettelijke basis te geven. In juli 2007 heeft de minister van Justitie een consultatie geopend over een voorontwerp waarin de 'maatschappelijke onderneming' als zelfstandige rechtspersoon wordt geïntroduceerd. De reacties op deze consultatie hebben geleid tot enkele belangrijke wijzigingen in het wetsvoorstel dat in 2009 bij de Tweede Kamer is ingediend.⁹⁵ Ten eerste stelt het kabinet nu voor de 'maatschappelijke onderneming' als modaliteit van de vereniging of stichting te introduceren. Ten tweede schept het wetsvoorstel de mogelijkheid dat winst wordt uitgekeerd aan 'houders van winstbewijzen'.

De reacties op het voorontwerp en op het wetsvoorstel zijn niet onverdeeld positief, terwijl ook in de Tweede Kamer twijfels lijken te leven bij het wetsvoorstel. Is voor het kabinet de vraag of een wettelijke regeling gewenst is al een gepasseerd station, wetenschap en praktijk lijken hiervan nog niet algemeen overtuigd. Ook over de tweede (vervolg)vraag – op welke wijze hybride organisaties in Boek 2 geregeld moeten worden – bestaat geen overeenstemming.

In hun preadvies grijpen De Jongh, Schild en Timmerman het gebrek aan overeenstemming aan om de wenselijkheid van een regeling voor hybride organisaties in Boek 2 nader te onderzoeken. Zij beantwoorden deze vraag bevestigend. Zij hebben echter twijfels over de voorgestelde modaliteit van de vereniging of stichting met de mogelijkheid tot winstuitkering. Anders dan het wetsvoorstel verdedigen zij dat een hybride onderneming die winst wil uitkeren het beste kan worden georganiseerd als (modaliteit van de) NV of BV. Zij putten daartoe inspiratie uit recent in het buitenland geïntroduceerde varianten van daar al bestaande rechtsvormen, zoals de Amerikaanse *Low-Profit Limited Liability Company* (L3C) en vooral de Britse *Community Interest Company* (CIC). Zij hopen daarmee een nieuw element aan de discussie over rechtsvormen voor dit soort hybride ondernemingen te kunnen toevoegen.

9 Besluit

Maatschappelijk verantwoord ondernemen is een begrip dat bij velen allerlei associaties oproept. Het is een begrip zonder vastomlijnde contouren. De globale betekenis die er aan wordt gegeven, is afhankelijk van degene die het begrip gebruikt. Om die reden hebben wij als preadviseurs er voor gekozen MVO in dit algemeen deel te duiden. Na een schets van MVO in vogelvucht hebben wij vastgesteld dat MVO een dynamisch begrip is. Het

95. Zie noot 4.

is veel omvattend, kent een variabele, contextuele betekenis en is voortdurend in ontwikkeling.

Voorts moet worden bedacht dat MVO een drietal, elkaar wederzijds beïnvloedende dimensies kent. Allereerst kent MVO diverse verschijningsvormen. In aanvulling op de eigen verantwoordelijkheid van de ondernemer, die de kern is en dient te blijven van MVO, kan een MVO norm via wetgeving of rechtspraak juridische betekenis krijgen. Ten tweede zijn stimulerende en/of sturende krachten voor ontwikkeling en implementatie van MVO te vinden op internationaal en Europees niveau. Dat hangt samen met het feit dat MVO vaak een antwoord beoogt te bieden voor internationale vraagstukken. Het zorgt voor een top-down-benadering: internationale initiatieven moeten worden geïmplementeerd op het niveau van landen en ondernemingen. Niettemin ontplooiën ook met name multinationale ondernemingen vrijwillig initiatieven voor een beter MVO-beleid. Ten derde is de sectorale benadering in MVO overheersend geworden. Dat laat zich deels verklaren door de internationale en Europese dimensie van MVO. Internationale initiatieven zien namelijk dikwijls op één of meer bepaald aangewezen thema's of gebieden. Dat kan uiteindelijk resulteren in een richtlijn, verdrag, of ander rechtsinstrument. En dat rechtsinstrument moet, als gezegd, worden uitgevoerd op nationaal niveau en leidt daar tot sectorale MVO-normen.

Ten slotte is kenmerkend voor MVO dat het een sterke normatieve lading heeft. Het gaat over wat ondernemers voor de samenleving kunnen betekenen: Kunnen zij maatschappelijke gevolgen van hun ondernemen inperken en/of beheersbaar maken waar het gaat om (dreigende) aantasting van de triple p-componenten People en Planet? En kunnen zij maatschappelijke gevolgen van hun ondernemen bevorderen waar het gaat om het leveren van een bijdrage aan de bescherming en de ontwikkeling van de triple p-componenten People, Planet en Profit? Vervolgens komt het aan op de vraag hoe ondernemers en ondernemingen dit kunnen realiseren, de operationele kant van MVO. Aldus verkrijgen en/of verstevigen ondernemers en ondernemingen de maatschappelijke legitimatie voor hun activiteiten. Hun 'licence to operate' krijgt daarmee invulling. Ondernemers en ondernemingen worden daarmee maatschappelijk, een kwalificatie die zij kunnen verdienen.

Lijst van aangehaalde literatuur

Boukema 1969

C.A. Boukema, 'Algemeen belang en ondernemingsbelang', in: H.L. Bakels e.a., *Op de grenzen van komend recht* (Beekhuis-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1969, p. 53-65

Brouwer 1992

J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992

Castermans 2009

A.G. Castermans, *De burger in het burgerlijk recht* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 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*, Leiden 15 december 2009, <www.ez.nl/Actueel/Kamerbrieven/Kamerbrieven_2009/December_2009/Aanbieding_onderzoek_aansprakelijkheid_MVO>

Clarke 2007

Th. Clarke *International Corporate Governance, a Comparative Approach*, London and New York: Routledge 2007

Van Dam 2008

C.C. van Dam, *Onderneming en mensenrechten* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008

Doorenbos 2007

D.R. Doorenbos, *Naming and shaming* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007

Eijssbouts 2005

A.J.A.J. Eijssbouts, 'Corporate Social Responsibility, A Matter of Principle(s), Law or Both?', in: S.H.M.A. Dumoulin e.a. (red.), *Tussen 'Themis en Mercurius'* (NGB Lustrum-bundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 83-96

Eijssbouts 2009

A.J.A.J. Eijssbouts, 'Ruggie's law: filling the human rights' governance gap for multinationals in public international law', in: P. Essers e.a. (red.), *Met Recht* (Raaijmakers-bundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 89-97

Eijbouts 2010

A.J.A.J. Eijbouts, 'Elementaire beginselen van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemerschap', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2010-I), Deventer: Kluwer 2010

Eijbouts, Jans, Senden & Prechal 2010

W.T. Eijbouts, J.H. Jans, L.A.J. Senden en A. Prechal (red.), *Europees Recht - Algemeen Deel. Sinds het Verdrag van Lissabon*, Groningen: Europa Law Publishing 2010

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 responsibility: tot aan de grens en niet verder?*, Utrecht: Wetenschapswinkel Rechten, Universiteit Utrecht 2007

Enneking 2009

L.F.H. Enneking, 'Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Foreign Direct Liability Cases', *The George Washington International Law Review* 2009, vol. 40, p. 903-938

Groenewald 2001

Th. Groenewald, *Doeloverschrijding bij NV en BV* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2001

Hamers, Schwarz & Steins Bisschop 2005

J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz & B.T.M. Steins Bisschop, *Noodzaak, plicht of wenselijkheid van Maatschappelijk Ondernemen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005

Van der Heijden & Van der Grinten 1992

F.J.J. van der Heijden & W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992

Hoskins 2008

T. Hoskins, *The ICSA Corporate Social Responsibility Handbook 2008*, London: ICSA Publishing 2008

IBA 2008

Report of the IBA Legal Practice Division Task Force on Extraterritorial Jurisdiction, London: International Bar Association 2008

Keijzers & Bos-Brouwers 2008

G. Keijzers & H. Bos-Brouwers (red.), *De preekstoel voorbij. Duurzaam innoveren in het MKB*, Assen: Van Gorcum 2008

De Kluiver 1994

H.J. de Kluiver, 'Het vennootschapsrecht dient te worden versoepeld en verscherpt. Een rechtseconomisch perspectief', *TVVS* 1994, nr. 7

Kristen 2004

F.G.H. Kristen, *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004

Kristen 2010

F.G.H. Kristen, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2010-I), Deventer: Kluwer 2010

Lubbers, Van Genugten & Lambooy 2008

R. Lubbers, W. van Genugten & T. Lambooy, *Inspiration for Global Governance. The Universal Declaration of Human Rights and the Earth Charter*, Deventer: Kluwer 2008

Pitts 2009

C. Pitts (ed.), *Corporate Social Responsibility – A Legal Analysis*, Ontario: LexisNexis Canada 2009

Raaijmakers 2005

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Vrijheid van ondernemerschap en 'bruikbaar ondernemingsrecht'', in: S.H.M.A. Dumoulin e.a. (red.), *Tussen Themis en Mercurius* (NGB Lustrum-bundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 257-287

Raaijmakers 2006

M.J.G.C. Raaijmakers, 'De toekomst van het ondernemingsrecht: back to basics', *AA* 2006, p. 792-804

Raaijmakers 2009

M.J.G.C. Raaijmakers, *Naar een Wetboek Ondernemingsrecht?* (afscheidscollege Tilburg), 27 november 2009

Rapport Commissie Verdam 1965

P.J. Verdam, *Herziening van het ondernemingsrecht*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1965

De Ru, Burggraaf & Spaans 2005

H.J. de Ru, J.L. Burggraaf & L.A.J. Spaans, *De maatschappelijke onderneming*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005

Ruggie 2008

John Ruggie, *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, 7 April 2008, A/HRC/8/5, <www.ohchr.org>

SER 2000

Sociaal-Economische Raad, *De winst van waarden. Advies over maatschappelijk ondernemen. Uitgebracht aan de Staatssecretaris van Economische Zaken* (advies van 15 december 2000, SER 2000/11), Den Haag: SER 2000

SER 2008a

Sociaal-Economische Raad, *Duurzame globalisering: een wereld te winnen. Uitgebracht aan de Staatssecretaris van Economische Zaken en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid* (advies van 20 juni 2008, SER 2008/06), Den Haag: SER 2008

SER 2008b

Sociaal-Economische Raad, *Verklaring Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen* (op 19 december 2008 ondertekend door SER en sociale partners), Den Haag: SER 2008

Teyl & Holzhauer 1990

R. Teyl & R.W. Holzhauer, 'Pluriformiteit in de rechtseconomie: een verkenning van scholen', *AA* 1990, p. 617-631

Timmerman 2006

L. Timmerman, 'Boekbespreking Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen. Tussen Themis en Mercurius, Bedrijfsjuridische bijdragen aan een Europese beleidsconcurrentie, 1930-2005 onder redactie van Prof. mr. S.H.M.A. Dumoulin, Prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers en Mr. A.J.S.M. Tervoort, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 40

Tricker 2009

B. Tricker, *Corporate Governance, principles, policies and practices*, Oxford: Oxford University Press 2009

De Waard 2008

D. de Waard, *Toezicht op Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen* (diss. Groningen), Assen: Van Gorcum 2008

Elementaire beginselen van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemerschap

A.J.A.J. Eijsbouts¹

Inhoudsopgave

1	<i>Inleiding, verantwoording en plan van aanpak</i>	41
2	<i>Ondernemen, ondernemer, onderneming en ondernemingsrecht</i>	43
3	<i>Van shareholders en stakeholders; slingers in fase?</i>	47
3.1	MVO vs CSR: een proeve van etymologie	47
3.2	De ontwikkeling van CSR in de Anglo-Amerikaanse traditie	49
3.3	Enlightened shareholder value in Engeland	51
3.4	De ontwikkeling van belangenpluralisme in Nederland	53
3.5	MVO en Corporate Governance	55
3.6	Belangenpluralisme en MVO-stakeholders	58
3.7	Conclusie: MVO als convergentie-driver tussen shareholder en stakeholder modellen	60
4	<i>Transparantie en verantwoording als norm</i>	61
4.1	Over verantwoording als norm	61
4.2	De niet-financiële verslaglegging	62
4.3	Vrijwillige opening van zaken	65

1. Adviseur Ondernemingsrecht, CSR en Conflictmanagement. Dank ben ik verschuldigd aan velen, die mijn avontuur kleur hebben gegeven. Ik noem enkelen met name. In de eerste plaats uiteraard mijn mede-adviseurs en de leden van de begeleidingscommissie uit het NJV-bestuur, Floris Bannier, Els Wesseling-van Gent, Arie Tervoort, Jaap de Hullu en Edith Hurkens. Mijn dank ook aan de meelzers van eerdere concepten: Sven Dumoulin, Tom Eijsbouts, Martin van Olffen, Ben Schoordijk, Douwe Sikkema (ook als edit adviseur), Jan Karel van der Staay en, last but not least, Jaap Winter, die allen behartigenswaardige opmerkingen hebben gemaakt. Dank ook aan degenen, die bereid waren (enkele van) mijn gedachtespinsels met me te delen en van commentaar te voorzien: Antony Burgmans, Marnix van Ginneken, Tineke Lambooy, Chip Pitts, Caroline Rees, John Sherman, Andre Veneman, David Vermeij en Hans Wijers. Bijzondere dank echter aan mijn vrouw Gabriella, die het geduld wist op te brengen om nog langer op rustiger tijden te wachten. Voor de in dit preadvies door mij verkondigde opvattingen ben ik uiteraard geheel zelf verantwoordelijk.

5	<i>Ondernemingsrecht: de redelijke belangenafweging en MVO</i>	66
5.1	Relevant begrippenkader	66
5.2	Pluralisme als grondbeginsel: het vennootschappelijk belang	69
5.3	MVO in vizier	72
5.4	MVO-actoren in actie in het vennootschapsrecht	76
5.4.1	MVO-beleid afdwingen door middel van het enquêterecht	76
5.4.2	Correctie van beleid via art. 2:15 en 2:8 BW	80
5.4.3	Schadevergoedingsacties voor MVO-stakeholders in vennootschapsrecht?	81
5.5	Conclusies	82
6	<i>Het verbintenisrechtelijke kader: maatschappelijk verkeer in kwadraat</i>	82
6.1	Een korte plaatsbepaling in MVO-verband	82
6.2	Inbreuk op een subjectief recht en strijd met een wettelijke plicht	84
6.3	Strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt	85
6.4	Indirecte doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen ex art 6:162 BW	87
7	<i>Zorgplichten, good practices en MVO-beleid</i>	91
7.1	Inleiding	91
7.2	Een ethische ondernemingscultuur	92
7.3	Risicobeheer met nadruk op due diligence	93
7.4	Compliance	95
7.5	MVO-standaards, tools, benchmarking en audit	96
7.6	Ketenbeheer	97
7.7	Stakeholder management, dialoog en conflictmanagement	98
8	<i>Mijn Triple-P bottom line</i>	99
8.1	Inleiding	99
8.2	Expliciete pluraliteit in de vennootschappelijke belangenafweging?	99
8.3	De A-G in actie voor MVO-stakeholders?	101
8.4	Enterprise liability voor concerns?	101
8.5	The end of CSR?	103
	<i>Geraadpleegde literatuur (en vindplaatsen noten)</i>	104

To keep the tremendous creative abilities of the modern large-scale corporation toward the public good -- that may have to be the goal for the years ahead.

Paul A. Samuelson²

1 Inleiding, verantwoording en plan van aanpak

Nog steeds geldt het maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) in veler ogen als een zaak van bedrijfsethiek voor management, niet voor juristen. Dit is niet meer vol te houden, nu verschillende en belangrijke juridische aspecten ervan zich aan de aandacht opdringen. Anderzijds zal het nooit een puur juridisch onderwerp zijn. Daarom is het niet geheel onbegrijpelijk dat dit preadvies op verzoek van het NJV-bestuur is geschreven vanuit de ervaring van de auteur als internationaal bedrijfsjurist met Nederlands recht als uitgangspunt.

Het onderwerp heeft een plotselinge actualiteit gekregen. Net was ik begonnen met het onderzoek en daar brak de mondiale financiële crisis uit. De oorzaken daarvan werden onder meer gezocht in een gebrek aan maatschappelijk verantwoordelijkheidsgevoel bij bankiers, maar ook in onvoldoende toezicht van interne en externe toezichthouders en in een gebrek aan coördinatie in internationale regulering. *Corporate governance* en MVO bleken ineens verwante begrippen. John Ruggie kwam met zijn *Framework 2008* inzake *business and human rights*.³ Er was een lawine van relevante artikelen en initiatieven op het gebied van crisismanagement, waaronder ook een groot aantal van juridische aard, en een snelle openvolging van juridische studies waarin aspecten van MVO als hoofd- dan wel bijzaak figureerden. Er bleken monografieën (o.m. dissertaties) op stapel te staan over diverse aspecten van MVO, zoals ondernemingsrecht en (internationaal) aansprakelijkheidsrecht. De mooie oraties over juridische MVO-aspecten door Van Dam en Castermans werden eind 2008 gehouden en het rapport van de Commissie Burgmans over *corporate governance* en MVO, dat zou leiden tot opname van MVO in de Nederlandse Corporate Governance Code 2008, zag het licht. De Code Banken volgde en een grote herziening van het vennootschapsrecht naderde haar plenaire behandeling in de Tweede Kamer. Ruim na inlevering van mijn eerste concept werd die behandeling afgerond, verscheen een wetsontwerp tot aanpassing van het enquêterecht, volgden het afscheidscollege van Raaijmakers en de

2. Samuelson 1961, p. 97, met dank aan Boukema 1969 voor deze nog steeds uiterst actuele quote, niet alleen voor banken.

3. Zie hierover Eijssbouts 2009.

belangwekkende preadviezen van Assink en Strik voor de Vereeniging Handelsrecht en verscheen, tot slot, het rapport voor Economische Zaken van de Leidse wetenschappers Castermans en van der Weide over (on-) mogelijkheden van zogenaamde *foreign direct liability*. Dit laatste rapport gaat over extraterritoriale werking van Nederlands aansprakelijkheidsrecht op buitenlandse dochters van Nederlandse moedermaatschappijen, waarvoor deze laatste door de getroffen in het land van de dochter rechtstreeks in Nederland zouden kunnen worden aangesproken onder toepassing van Nederlands materieel recht. Op de valreep ontving ik nog Assink's relevante Rotterdamse oratie. Al met al een overvloed aan zeer recent materiaal.⁴

MVO is dus geen juridisch onderwerp, maar het heeft wel juridische aspecten, zoals in het Algemeen Deel⁵ al is uiteengezet. MVO betekent, in de woorden van Voorzitter Burgmans van de adviescommissie MVO en *Corporate Governance*, in de kern niet meer en niet minder dan ondernemen op een manier die fatsoenlijk en netjes is en als zodanig door de samenleving wordt ervaren. Het gaat dus om normen en waarden in bedrijf en die laten zich in algemene zin nu eenmaal moeilijk in rechtsregels vatten. Niettemin heeft de maatschappij gemeend de bescherming van enkele van die waarden niet aan het morele oordeel van de ondernemer te kunnen overlaten. Het normatieve MVO-kader, zoals dat in het Algemeen Deel door de preadviseurs is gedefinieerd, betreft dan ook niet alleen sociale normen maar ook normen vervat in rechtsregels, geschreven of ongeschreven, en in alternatieve vormen van regelgeving.⁶

Dit preadvies gaat na de inleidende paragrafen in op die normen vanuit drie, steeds verder van de grote vrijwillige kern van MVO verwijderde, civielrechtelijke invalshoeken van regulering.⁷ § 4 gaat over de ontwikkeling van transparantieregels over MVO-beleid- en toepassing. Dit gebeurt vanuit de disciplinerende '*I trust you, but show me*' filosofie. § 5 beziet of en hoe MVO in het beleid en de uitvoering daarvan binnen de onderneming kan worden gewaarborgd door gedragsnormen in het ondernemingsrecht, waaronder de zogenaamde elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap een centrale rol vervullen.⁸ Daarmee verbonden is de vraag,

4. Alle genoemde publicaties komen in dit preadvies aan de orde en worden dan benoemd.

5. In de noten wordt het Algemeen Deel aangeduid als Eijssbouts e.a. 2010.

6. Zie voor de definities van MVO in normatieve en operationele zin Eijssbouts e.a. 2010, § 7.2.4. en voor alternatieve regelgeving Giesen 2007.

7. Zie over de rol van het strafrecht (als niet-ultimum remedium) in MVO Kristen 2010, par 5.1.

8. Aan dit centrale begrip in de vennootschappelijke gedragsnormen ontleende ik de titel van mijn preadvies.

welke mogelijkheden MVO-belangen hebben om hierop invloed uit te oefenen door dat gedrag in rechte te laten toetsen. § 6 bespreekt de mogelijkheden die MVO-*stakeholders* en derden hebben om de schade die zij als gevolg van niet-MVO-conform beleid of uitvoering hebben geleden of mogelijk zullen lijden, in rechte vergoed te krijgen resp. te voorkomen.⁹ Bij dit laatste richt ik mij op het klassieke onrechtmatige daadrecht en laat, gelet op de beperkte ruimte, de collectieve actie van art 3:305 BW en massaschadeclaims onbesproken.¹⁰ Na MVO als operationeel begrip te hebben bezien door een juridische lens (§ 7) rond ik af met een blik op de toekomst (§ 8).

Tot slot in deze inleiding nog een woord over de motieven voor de ondernemer om MVO tot kernpunt in zijn beleid te maken: zoals ik eerder betoogde¹¹ kunnen deze van offensieve aard zijn (waardeschepping¹²) of van defensieve (risicomangement). Beide aspecten zijn van belang in *corporate governance* en MVO, maar het is nu eenmaal zo, dat het recht, zo al nodig¹³, meer invloed kan uitoefenen op het tweede dan op het eerste aspect.

2 Ondernemen, ondernemer, onderneming¹⁴ en ondernemingsrecht

MVO gaat over ondernemen, een van de vier productiemiddelen met arbeid, kapitaal en grond.¹⁵ Ondernemen is het voor eigen rekening en risico drijven van een onderneming, een organisatorisch verband waarin kapitaalverschaffers en werknemers onder leiding van een ondernemer of bestuur samenwerken tot de productie van goederen of diensten welke is gericht op duurzame verwerving van inkomen ten behoeve van de samenwerkenden.¹⁶ Ondernemen is dus geen juridisch begrip, maar heeft wel een groot aantal juridische aspecten. Ondernemen geschiedt in vele (rechts-) vormen en de normatieve definitie MVO, waarvoor de preadviseurs hebben geopteerd, maakt dan ook geen onderscheid naar de door de onderne-

9. Timmerman 2009, punt 32.

10. Zie daarvoor Steins Bisschop 2004, p. 81, en Castermans & Van der Weide 2009, § 5.2 en 5.3.

11. Eijsbouts 2005, p. 91.

12. Zie Porter & Kramer 2006 voor het belang van MVO als ondernemingsstrategie.

13. Zie Timmerman 2009b, die ook een terughoudende rol voor het recht in MVO bepleit.

14. Zie over de begrippen ondernemer en onderneming meer uitgebreid ook Kristen 2010, § 3.2.

15. Andriessen 1964, p. 25.

16. Asser-Maeijer 1994, p. 22.

mer gekozen (rechts-)vorm.¹⁷ De MVO-normadressaten zijn dus alle ondernemers, van zzp-er tot multinational.

Terwijl het begrip ondernemen als zodanig geen juridisch begrip is, komt aan het begrip onderneming wel juridische betekenis toe, ook al kan deze verschillen al naargelang het betrokken rechtskader. Bij elke onderneming waarin als regel meer dan 50 mensen werkzaam zijn dient een ondernemingsraad te zijn ingesteld. Bestuur en commissarissen van een vennootschap-rechtspersoon dienen het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming als richtsnoer te volgen bij hun bestuur c.q. toezicht. Is de NV of BV een holding, dan wordt onder de met haar verbonden onderneming het geheel verstaan van de economische activiteiten van het concern.¹⁸

De onderneming wordt gedreven door de ondernemer. Ook aan het begrip ondernemer komt zekere juridische betekenis toe al naargelang de juridische context. Ondernemer kunnen, al dan niet in een juridisch bepaalde vorm van samenwerking, zijn natuurlijke personen en rechtspersonen. Is de ondernemer een NV, dan is haar verhouding tot haar onderneming die van eigenaar tot eigendom, zo leerde van der Grinten nog in zijn Tilburgse oratie uit 1951¹⁹, waarin hij zich verzette tegen degenen, die de introductie bepleitten van een nieuwe rechtspersoon, de 'onderneming', om daarmee invulling te geven aan de gedachte dat een onderneming een gemeenschap van kapitaalverschaffers, management en werknemers is.²⁰ Nog geen 10 jaar later maakte Van der Grinten deel uit van de zgn. Commissie Verdam²¹, die zich boog over de vermaatschappelijking van de onderneming en uit welker advies 'Herziening van het Ondernemingsrecht' uit 1964 (Rapport Commissie Verdam) onder meer de invoering van de structuur-vennootschap resulteerde. Met de invoering daarvan in 1971 deed de factor arbeid haar intrede in de vennootschapsrechtelijke organisatie van de grote vennootschap-rechtspersoon, waarmee de zgn. institutionalisering daarvan, die al eerder was ingezet, verder gestalte kreeg. Natuurlijk is de vennootschap-rechtspersoon in vermogensrechtelijke zin ook eigenaar van de onderneming, maar die notie moet in het kader van ons onderwerp gere-

17. Zie Eijlsbouts e.a. 2010, § 7.2.4.

18. Zie Van der Heijden/Van der Grinten 1992, nr. 274. Zie ook IIR 7 juli 1982, *NJ* 1983, 35 (*Enka*), OK 13 maart 2003, *NJ* 2003, 248 (*Corus Nederland*) en IIR 13 juli 2007, *JOR* 2007, 178 (*ABN-AMRO*).

19. De structuur der naamloze vennootschap, Oratie Tilburg 1951, in Van der Grinten 2004, p. 323.

20. Ondermeer C.P.M. Romme 1946 en J.Ph.M. van Campen 1945; van der Grinten 2004, pag. 326.

21. De commissie, ingesteld bij beschikking van de Minister van Justitie van 8 april 1960, naar haar voorzitter, Prof. mr. P.J. Verdam, genoemd de Commissie Verdam.

lativeerd worden. Hebben we bij de vennootschap-rechtspersoon, ontstaan als een gekwalificeerde maatschap en dus gebaseerd op contract, een ontwikkeling kunnen zien van contract naar instituut, los van de contractanten met een eigen identiteit, zo kan ook in de ontwikkeling van het begrip onderneming een evolutie worden gezien van object van eigendom naar instituut, met als resultaat, dat de twee figuren, vennootschap en onderneming, naar elkaar toe groeien.²² Treffend vanuit MVO-optiek is de opmerking van Van Schilfgaarde, dat in het moderne ondernemingsrecht eigendom geen rustig bezit is maar een plichten opleggend, verbintenissen scheppend, verantwoording vragend systeem.²³ Adressaat van deze normen is de ondernemer, hoewel in het spraakgebruik, juridisch onjuist, de aandeelhouders veelal als de eigenaren van de onderneming worden aange-merkt. Ik parafraseer op Timmerman's beginsel nr. 4: een aandeelhouder heeft *slechts* recht op het ongestoorde genot van zijn aandeel.²⁴

Dan over ondernemingsrecht, het centrale terrein van dit preadvies. Dit begrip zal ik hanteren als het geheel van regels, dat betrekking heeft op de juridische en feitelijke organisatie van de onderneming en niet in de ook wel gehanteerde ruime betekenis, die daaronder mede begrijpt de regels, die zien op de activiteiten van de onderneming, zoals bijvoorbeeld belasting-, milieu- en mededingingsrecht. In verband met MVO spelen deze regels wel een rol zoals al in het Algemeen Deel werd aangegeven, maar het gaat het bestek van dit preadvies te buiten om aan een dergelijk uitgebreid complex van regelgeving hier meer aandacht te schenken.

De kapitaalvennootschap is in termen van economisch gewicht de belangrijkste ondernemingsvorm. Het vennootschapsrecht, dat in de praktijk nog steeds de kern van ons ondernemingsrecht vormt, neemt de enkelvoudige vennootschap tot uitgangspunt. Onderkend moet echter worden, dat in de praktijk ook kleinere ondernemingen al snel in de vorm van een, ook internationaal, samenstel van vennootschappen opereren. De vraag die daarbij in toenemende mate gesteld kan worden is, of het niet tijd wordt op een andere wijze naar ondernemingen te kijken.²⁵ Die gedachte komt met name op bij een nadere beschouwing van de organisatie van de werkzaamheden in het hedendaagse concern.²⁶ Niet zelden is er een meer of minder groot

22. Van Schilfgaarde/Winter 2009 p. 23.

23. Van Schilfgaarde 1975, p. 76.

24. Timmerman 2008.

25. Zie Raaijmakers 2009.

26. Zie voor een beschrijving van de vele organisatorische fenotypen waarin een concern kan opereren van Rooij 1990 en Raaijmakers 2006, § 4.2.1; zie ook Bartman/Dorresteyn 2009, Timmerman 2002, F.J.P. van den Ingh 2002 en Lennarts 2002 en op het punt van concernaansprakelijkheid Bartman/Dorresteyn 2009 en Lennarts 1999. Zie ook van der Sangen 2009.

gebrek aan congruentie tussen de organisatorische en de juridische structuur van concerns. Die laatste is meestal een reflectie van historische, fiscale en financiële aspecten. Divisies of business units (BU) hebben wereldwijde verantwoordelijkheid voor hun product- of dienstengroep. De leiding van die groepen berust bij een team aangevoerd door een Divisie- of BU-manager, die opereert vanuit zijn/haar Divisie- of BU-hoofdkantoor ergens in de wereld en van daaruit rapporteert aan een lid van de raad van bestuur in het land van het hoofdkantoor van de moedermaatschappij. De bevelslijnen zijn vervat in een samenstel van meer algemene beleidsdocumenten als verklaringen over de waarden, die het concern hoog in het vaandel heeft en daarop aansluitende meer concrete gedragscodes, vaak zeer gedetailleerde *corporate* richtlijnen op alle mogelijke relevante gebieden en autorisatie schema's met de interne goedkeuringsregels. Ter voldoening aan de eisen van risicobeheer en de controlevoorschriften heeft de concernleiding niet zelden de mogelijkheid om via geautomatiseerde systemen wereldwijd tot op de bodem van het concern zelfs bij de kleinste en verst gelegen kleindochters na te gaan of men zich wel aan de regels houdt. Onafhankelijk van opvattingen over de aard van de vennootschap in het land waar de (klein)dochter van de moedermaatschappij is gevestigd en van al dan niet formeel bestaande of erkende instructierechten van moeders voor dochters, vormen de bevelslijnen het eerste en in de beleving van de betrokken managers enige referentiekader voor hun handelen. Met een zo gedetailleerd stelsel van regels kan een concern ook als een (multinationale) deelrechtsonderdeel worden beschouwd. In die context winnen de door Slagter in zijn preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking in 1988 ontwikkelde gedachten over rechtspersoonlijkheid voor het concern, welk pleidooi destijds geen grote aanhang vond, aan nieuwe actualiteit.²⁷ De vraag die daarmee gerechtvaardigd lijkt is of het huidige vennootschapsrecht voor concerns nog wel *fit for purpose* is. Met name vanuit MVO-oogpunt wordt dan ook geregeld de vraag aan de orde gesteld, of het niet tijd wordt te denken aan een *multinational enterprise liability* voor concerns. Dit concept wordt met name in de Verenigde Staten wel verdedigd.²⁸ Dat is vanuit de '*piercing the corporate veil*' benadering door de Amerikaanse rechter niet onbegrijpelijk.²⁹ Timmerman verzet zich tegen deze *enterprise* leer met een beroep op 'de in Nederland voor concerns ontwikkelde onrechtmatige daadleer, waarbij subtiliteiten, zoals de reikwijdte van de zorgplicht, schuld, causaliteit, een belangrijke rol spelen'. Hij

27. Zie Slagter 1988; zie ook Raaijmakers 1990 in antwoord en Slagter 1990 in repliek. Zie ook Blumberg 1993.

28. Zie hiervoor Van Rooij 1990, die deze leer behandelt in de context van de Bophal-zaak tegen Union Carbide Corporation. Zie ook Muchlinski 2007, p. 317-326, en Zerk 2006, p. 228-233.

29. Zie Vandekerckhove 2007.

erkent dat deze leer wellicht nodig zal zijn 'als de zeggenschap in een concern is zoekgeraakt. De benadering in de *enterprise* leer is grof. Een ander probleem is dat de leer slecht in onze privaatrechtelijke dogmatiek past', zo besluit hij zijn bedenkingen.³⁰ Gelet op de ontwikkelingen van de afgelopen jaren op het gebied van *corporate governance* en de daarop gebaseerde eisen van controle en verantwoording door het bestuur van de moedermaatschappij en de niet alleen daarop gebaseerde fijnmazige regelgeving in concerns, zou men Timmerman kunnen voorhouden, dat de zeggenschap niet langer zoek is, maar dat deze bij het bestuur van de moeder berust, althans daar dient te berusten en derden daarop ook mogen vertrouwen met alle consequenties van dien.³¹ Voer voor overdenking. Ik kom er dan ook in § 8 op terug.

Gelet op het onderwerp MVO zal ik in de hierna volgende beschouwingen verder eenvoudshalve spreken over de ondernemer en onderneming als de centrale begrippen, waarbij ik, tenzij anders aangegeven, het oog heb op de (beursgenoteerde) kapitaalvennootschap als ondernemer en de door deze gedreven onderneming.³² Dit alles laat natuurlijk onverlet, dat een niet onbelangrijk deel van de beschouwingen in dit preadvies over MVO ook van toepassing is op andere ondernemers. Zolang Raaijmakers' pleidooi voor een samenhangend wetboek ondernemingsrecht³³, waarin naar mijn idee MVO zowel in normatieve als in operationele zin een plaats zou kunnen krijgen en daarmee alle ondernemers zou adresseren, nog een vrome wens blijft, zie ik ook om die reden mijn scope beperkt tot het traditionele civiele- en vennootschapsrecht.

3 Van shareholders en stakeholders; slingers in fase?

3.1 MVO vs CSR: een proeve van etymologie

Het verschil tussen het Nederlandse acroniem MVO en het Engelse acroniem CSR (*corporate social responsibility*) is opmerkelijk, zowel wat inhoud als wat focus betreft. In § 2.1 wees ik al op de invalshoek in de Nederlandse benaming MVO, namelijk ondernemen als activiteit, waarbij de rechtsvorm waarin dit plaatsvindt in beginsel niet van belang is. De term

30. Zie Timmerman 2002, p. 5.

31. Zie Muchlinsky 2007, p. 77 e.v. Zie ook Zumbansen 2009, p.13: '... the concept of the corporation as a legal person must be deconstructed in order to question the relation between the legal and non-legal norms that govern corporate behavior.' Daarover ook Teubner 2009.

32. Zie supra noot 18 voor de concernonderneming.

33. Raaijmakers 2009.

CSR, die normaal gesproken als de Engelse pendant voor MVO wordt beschouwd, onderscheidt zich daarvan echter in twee fundamentele opzichten: het gaat niet om een activiteit maar om een normatief begrip, namelijk *responsibility* of verantwoordelijkheid, en wel de *social* of maatschappelijke, en deze niet van elke ondernemer, maar van een *corporation*, dus een rechtspersoon. In deze Engelse benadering zal de verklaring moeten worden gevonden, waarom in de overvloedige Engelstalige literatuur, vooral die van Amerikaanse origine, CSR als begrip benaderd wordt vanuit het wezen en karakter van de *corporation* en vervolgens, afhankelijk van de zienswijze daarop, aan de wijze, waarop aan de maatschappelijke verantwoordelijkheid door de *corporation* inhoud moet worden gegeven, dus aan het ondernemen als activiteit.

In het Algemeen Deel is al aangestipt (§ 3), dat de emancipatie van de vennootschap-rechtspersoon in Nederland zich over het algemeen vrij organisch heeft voltrokken tot het zelfstandige instituut, dat we tegenwoordig kennen met een juridisch erkend eigen vennootschappelijk belang naast dat van de andere belangen, die in de vennootschappelijke orde, direct of indirect, hun legitimatie hebben gekregen (in het jargon de *stakeholders*). Dit geldt in beginsel voor de meeste West-Europees-continentale rechtstelsels, zodat deze worden aangeduid als '*stakeholder* modellen'. Ik kom hierop terug in § 3.4.

Weliswaar wordt in de Anglo-Amerikaanse traditie ook gesproken over de '*interest of the company*', maar met die benaming wordt in beginsel gedoeld op de collectiviteit van aandeelhouders als eigenaren van de *corporation*, zodat men hier spreekt van het '*shareholder* model'. De directors worden beschouwd als *agent* of *trustee* voor de aandeelhouders. Hun taak wordt in essentie bepaald door hun *fiduciary duty* ten opzichte van de aandeelhouders.³⁴

Sinds het begin van de vorige eeuw hebben zich in de Verenigde Staten van tijd tot tijd hoog oplopende polemieken voorgedaan over *corporate (social) responsibility*. Deze term is dan ook niet van de laatste jaren in tegenstelling tot Continentaal Europa waar de term CSR en het Nederlandse equivalent MVO pas in de tachtiger jaren van de afgelopen eeuw in zwang zijn gekomen.³⁵ De Amerikaanse discussie over *corporate (social) responsibility* stond en staat in het centrum van de *corporate governance* problematiek en wel vanuit de, inmiddels overigens niet meer omstreden, discretionaire bevoegdheid van het bestuur binnen zijn *fiduciary duty* om *corpora-*

34. Zie over dit begrip uitgebreid Assink 2007, hoofdstuk III.

35. Zie bv. Teubner 1985.

te assets aan te wenden voor doeleinden die niet (direct) bijdragen aan *shareholder value*. In de Europese context werden CSR c.q. MVO aanvankelijk niet beschouwd als juridisch relevant onderwerp en zeker niet in het kader van de traditionele *corporate governance* discussie, maar dit is inmiddels achterhaald. Daarom zal ik hierna eerst beknopt het al veel oudere Amerikaanse discours behandelen. De Europese ontwikkeling, die zoals we zullen zien met name op het gebied van *governance* ook beïnvloed is door de Amerikaanse *governance* discussie, volgt daarna, zodat niet alleen de bestaande verschillen, maar ook de verbanden duidelijk worden.³⁶

3.2 De ontwikkeling van CSR in de Anglo-Amerikaanse traditie

Al in 1916 betreurde Maurice Clark hoezeer '*business inherited an economics of irresponsibility*' uit het *laissez faire* tijdperk en de daarmee verbonden praktijken van de vroege industrialisatie. Hij betoogde dat business transacties niet op zichzelf staan, maar bredere maatschappelijke en economische consequenties hebben. Ze grijpen direct in op werkgelegenheid, gezondheid en milieu, en moeten daarom in de beschouwing betrokken worden. Hij opperde dat wetgeving nodig mocht zijn tegen misbruik, maar dat die nimmer een algemeen verantwoordelijkheidsgevoel in business, uitgaand boven het wettelijk minimum, zou kunnen vervangen om te voorkomen dat concurrentie in de markt zou leiden tot een '*race to the bottom*'. Daaraan zou een halt moeten worden toegeroepen door '*an economics of responsibility, developed and embodied in our working business ethics*'.³⁷

De vraag, of een dergelijk verantwoordelijkheidsgevoel zou kunnen leiden tot beleid ten koste van de aandeelhouders, werd drie jaar later door de rechter ontkennend beantwoord in de veel geciteerde Dodge v. Ford Motor Co case.³⁸ De directors van Ford Motor Co werden door de rechter schuldig bevonden aan het schenden van hun *fiduciary duty* ten opzichte van de aandeelhouders door handelingen van management goed te keuren die ten goede kwamen aan werknemers, consumenten en de gemeenschap ('*the general public*') en dat ten koste van een hoger dividend aan de aandeelhouders.

Het met deze uitspraak in *common law* vastgelegde '*shareholder primacy principle*' heeft nadien weliswaar tot veel academische discussies op hoog

36. Zie voor een meer uitgebreide analyse van deze ontwikkelingen ook Assink 2009, hoofdstuk 2, die ze beschouwt vanuit de interne *corporate governance* problematiek.

37. Teksten ontleend aan Clarke 2007, die Maurice Clark citeert, p. 279-281.

38. Dodge v. Ford Motor Co, 1919 Mich. LEXIS 720, 204 Mich. 459, 170 N.W. 668.

niveau³⁹ geleid maar een wezenlijk andere visie op de aard van de management verantwoordelijkheid heeft dat in de praktijk niet opgeleverd. Het meest bekend in dit verband is de, blijkens de titel van zijn artikel zelfgeproclameerde, doctrine van de latere Nobelprijswinnaar Milton Friedman, prominente representant van de bekende *Chicago School of Economics*:

'In a free-enterprise, private-property system, a corporate executive is an employee of the owners of the business. He has direct responsibility to his employers. That responsibility is to conduct the business in accordance with their desires, which generally will be to make as much money as possible while conforming to the basic rules of the society, both those embodied in law and those embodied in ethical custom.'⁴⁰

Deze strikte opvatting is in latere doctrine en jurisprudentie⁴¹ in de Verenigde Staten wel gerelativeerd ten gunste van een grotere vrijheid voor management om aan het succes van de *corporation* bij te dragen, bijvoorbeeld door de ontwikkeling van de zogenaamde *business judgment rule*⁴², het domein van het vennootschapsrechtelijke 'freie's Ermessen' in Delaware, en het toelaten door de rechter in Staten met zogeheten *constituency statutes*⁴³ van 'stakeholder management'.⁴⁴ Daaronder valt ook het schenken van aandacht en geld aan goede doelen, als dat naar de mening van management kan bijdragen aan de reputatie van de onderneming. Toch is het *shareholder primacy principle* nog steeds de dominante benadering in de Verenigde Staten en, hoewel minder pregnant, ook in de overige *common law* landen.⁴⁵

39. Beroemd is het academisch dispuut tussen Dodd en Berle over het thema '*For whom are corporate managers trustees?*', dat uitmondde in Berle's aanvaarding van Dodd's claim, dat management zijn bevoegdheden *in trust* houdt voor de gehele gemeenschap, zie Wedderburn, 1985; Berle was overigens twintig jaar eerder met Means auteur van het standaardwerk in de US *The Modern Corporation and Private Property*, waarin zij de '*management managed corporation*' als model analyseerden; zie hierover uitgebreid Raaijmakers 2006, hoofdstuk 4, en Tricker 2009.

40. M. Friedman, 'A Friedman Doctrine - The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits', *The New York Times Magazine* (September 13, 1970) 17. Zie hierover ook Zumbansen 2009, p.19-21.

41. Zie bv. *Paramount Communications, Inc vs Time, Inc* (Del.Ch.1989), behandeld in Assink 2007, p.33 ev.

42. Zie hierover uitgebreid Assink 2007, hoofdstuk 4.

43. Pitts 2009, par 5.2.3.3.

44. Dit gaat over waardescheping. Uiteraard kan *stakeholder management* ook vanuit een *risk management* optiek gemotiveerd worden. Zie in dat verband de quote van prof. Ira Milstein over Ruggie's *Framework 2008* in Eijssbouts 2009, p. 93.

45. Zie voor een uitgebreide behandeling van deze ontwikkelingen Pitts 2009, met name hoofdstuk 3. *The conceptual foundations of CSR* (p. 53 e.v.).

Met name de in de zeventiger jaren van de vorige eeuw opkomende visies van de *Chicago School of Law and Economics* hebben eraan bijgedragen, dat dit *shareholder primacy principle* allengs verengd werd tot een *shareholder wealth maximization principle* met sterke oriëntatie op korte termijn *shareholder value*. Tegen deze achtergrond moet ook de opkomst van variabele beloning in de vorm van aandelenopties en performance aandelen worden gezien, die een paralleliteit in belangen tussen bestuur en aandeelhouders zouden bevorderen. De aandacht voor het korte termijn winstdenken met focus op de kwartaalresultaten en de opkomst van activistische aandeelhouders, die (delen van) ondernemingen zagen als handelswaar met potentie tot de verhoging van de korte termijn *shareholder value*, kunnen verklaard worden uit deze *shareholder wealth maximization* doctrine. Dit model heeft de laatste twee decennia van de vorige eeuw niet alleen gedomineerd in de Verenigde Staten, maar het heeft ook grote invloed gehad op de *stakeholder* modellen zoals we later zullen zien. Waarschijnlijk geïnspireerd door Fukuyama's '*The End of History, The last Man*', waarin hij de definitieve wereldwijde suprematie van het westerse democratische staatsmodel verkondigde, publiceerden Hansmann en Kraakman in 2001 hun artikel '*The End of History of Corporate Law*', waarin zij de *shareholder wealth maximization* doctrine tot de wereldwijde standaard voor *corporate governance* verklaarden.⁴⁶

3.3 *Enlightened shareholder value in Engeland*

Aan deze zijde van de Atlantische oceaan, in Engeland, waar het *shareholder primacy principle* traditioneel werd beleden, was met het oog op de in Europa opgekomen discussie over CSR tegen het eind van de eeuwwisseling een toenadering tot het *stakeholder* denken te bespeuren. Door de net aangetreden labour regering werd in 1997 een *Company Law Review steering group* (CLR) ingesteld, die in 2000 een consultatief rapport uitbracht, getiteld '*Modern Company Law for a Competitive Economy: Developing the Framework*'. Dit rapport behelsde voor het eerst voorstellen om de *directors' duties* (waarvan de kern in *common law*, rechters' recht, was gevormd) te codificeren en te voorzien in meer volledige maatschappelijke en milieuverslaglegging. Dit rapport leidde tot een fundamentele discussie van enkele jaren over de vraag, of de tijd gekomen was, dat men *directors* in de voorgenomen codificatie van hun *duties* zou verplichten de belangen van *stakeholders* mee te wegen ('*must have regard to*'), zoals in

46. Hansmann/Kraakman 2001. Zie echter op macro-niveau ook de analyses van Abdelal/Ruggie 2009 over de noodzaak tot herstel van het door het neoliberalisme in de tachtiger jaren verdrongen naoorlogse, door Ruggie in 1982 zo genoemde, *embedded liberalism*. Cf Polanyi's *disembedded liberalism* in zijn *The Great Transformation. The Political and Economic origins of our Time* (Beacon press, 1944).

de Europees-continentele *stakeholder* modellen. In de discussie kwamen twee varianten aan de orde, de '*pluralist approach*' en de '*enlightened shareholder value approach*'. In het in 2005 door de CLR voorbereide *Governmental White Paper* met bijbehorend wetsontwerp wonnen de aanhangers van het *enlightened shareholder value* model. Met handhaving van het *shareholder primacy* model verplichtte deze '*enlightened shareholder value approach*' ieder van de *directors* (dus niet de board als collectief) om overwegingen van lange termijn en belangen van verschillende *stakeholders* in acht te nemen ter bevordering van *shareholder value* op lange termijn. In de nieuwe *section 172 Companies Act 2006* is expliciet vermeld dat de *directors* het succes van de *company* ten faveure van de collectiviteit van aandeelhouders ('*members*') moeten nastreven onder concrete vermelding, overigens niet limitatief, van de belangen, die zij in hun overwegingen dienen te betrekken. Het relevante deel van de tekst van *section 172 Companies Act*, getiteld *Duty to promote the success of the company*, luidt:

- (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 (cursivering JE), 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 praktische verschil tussen beide benaderingen bestond met name in het al dan niet toekennen van een actie aan de *non-shareholder stakeholders* om de *directors* tot nakoming van hun *duties* te verplichten. De aanhangers van de onverdeelde *shareholder interest* leer stemden uiteindelijk in met de nieuwe *enlightened* leer op voorwaarde, dat bij het niet voldoen aan deze belangenafweging de *directors* uitsluitend door de vennootschap dan wel door de aandeelhouders in een *derivative suit* (dus na verkregen toestemming van de High Court) in rechte zouden kunnen worden aangesproken. Zo'n actie is niet erg waarschijnlijk. Een *cause of action* voor de andere *stakeholders* is dus niet voorzien als uitkomst van dit compromis.

Sluitstuk van de wetwijziging op dit punt is de nieuw ingevoerde *section 417 Companies Act 2006*, dat onder het hoofd *Business Review* in het jaarverslag rapportage voorschrijft over de wijze, waarop de *directors* zich hebben gekwetend van hun verplichtingen onder *section 172* van de wet to

promote the success of the company. Het *Business Review* rapport moet ook informatie verstrekken over factoren die de toekomstige ontwikkeling, prestaties en positie van de business mogelijk nadelig beïnvloeden en over milieu-aangelegenheden, medewerkers en maatschappelijke en *community* kwesties. Tot slot dienen beursgenoteerde ondernemingen informatie te verstrekken over contracten en regelingen met toeleveranciers die van wezenlijke betekenis zijn voor de business, tenzij het verstrekken daarvan de betrokkenen ernstig zou benadelen c.q. tegen het algemeen belang zou zijn.⁴⁷

3.4 De ontwikkeling van belangenpluralisme in Nederland

Ik behandelde de ontwikkeling in de Verenigde Staten, omdat zij ook haar invloed in Nederland en de ons omringende *stakeholder* georiënteerde landen heeft gehad. We kunnen stellen, dat het *stakeholder* model bij de herziening van het vennootschapsrecht in 1971 in Nederland is verankerd onder meer met de invoering van het structuurmodel voor grote vennootschappen en de codificatie van het in de rechtspraak ontwikkelde begrip 'vennootschappelijk belang' als richtsnoer voor het toezicht van commissarissen en naar analogische toepassing ook voor het beleid van het bestuur.⁴⁸ De al genoemde in die tijd uit Chicago opkomende gedachten over *shareholder wealth maximization* stimuleerden in 1986 evenwel de Amsterdamse Effectenbeurs om de beschermingsconstructies bij Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen aan de orde te stellen vanuit de aannahme, dat deze een koersdrukkend effect op de aandelen hebben. Deze zorg leidde aanvankelijk tot het akkoord met de Vereniging van Effecten Uitgevende Ondernemingen (VEUO), over beperking van het aantal van deze constructies tot twee per vennootschap, en het kabinetsstandpunt, dat de situatie binnen vijf jaar opnieuw geëvalueerd zou worden. Dit kabinetsstandpunt was gegrond op de zorg, dat de beschermingsconstructies Nederlandse beursvennootschappen in de concurrentie om risicodragend kapitaal op achterstand zouden plaatsen. Een EU conceptrichtlijn uit 1991, die met name Nederlandse beschermingsconstructies op de korrel nam⁴⁹, en de door de genoemde zorg ingegeven aandacht van Minister van Financiën Kok verontrustten de VEUO zeer. Vanuit de vrees dat Nederlandse beursvennootschappen in vergelijking met de situatie in het buitenland aanzienlijk kwetsbaarder zouden worden, pleitte de VEUO in 1994 ervoor,

47. Zie Clarke 2007, p. 281-284, en Davies 2005.

48. In het wetsontwerp bestuur en toezicht (WO 31763), art. 2:129/239, lid 5 BW, wordt dit ook vastgelegd voor het bestuur.

49. En die daarom de aanleiding vormde tot het initiatief om de mogelijkheid te scheppen tot dialoog tussen de vennootschap en haar (toonder-)aandeelhouders via het later opgerichte Communicatiekanaal Aandeelhouders.

om deze problematiek in een bredere internationale context te bezien. Voorgesteld werd een rechtsvergelijkende studie naar de *'market of corporate control'* op te zetten en herzieningsvoorstellen te baseren op de bevindingen daarvan. Dit pleidooi leidde tot de instelling van de Commissie Peters, die met haar veertig 'Aanbevelingen voor corporate governance' in 1997 de eerste Nederlandse code op dit gebied het licht deed zien. Die code, die overigens het onderwerp beschermingsconstructies niet bestreek⁵⁰, beperkte zich in hoofdzaak tot de relatie bestuur en toezicht enerzijds en aandeelhouders anderzijds en ging, kort gezegd, van de gedachte uit, dat de aandeelhoudersinvloed versterkt zou moeten worden. Opnieuw dus een handreiking naar de aanhangers van de *shareholder value* leer.

Niet alleen bleken de veertig aanbevelingen van Peters niet erg doeltreffend, kort na de eeuwwisseling traden ook omvangrijke schandalen aan het licht op het gebied van *corporate governance* in de Verenigde Staten (Enron, Tyco, Worldcom), Italië (Parmalat) en Nederland (Ahold), die tot de nodige beroering en zorg leidden. De roep om grotere disciplinerende van bestuur, beter toezicht door commissarissen en grotere verantwoording aan en invloed door aandeelhouders waren centrale thema's, die zowel in *shareholder* als in *stakeholder* georiënteerde landen opkwamen en leidden tot stevige *rule based* regulering (de *Sarbanes Oxley Act* in 2002 in de Verenigde Staten) dan wel *principles based corporate governance* codes, met meer of minder flankerende wetgeving (in de Europese landen).

In Nederland leidden deze ontwikkelingen onder meer tot het verlaten van het coöptatiemodel voor de benoeming van commissarissen bij structuurvennootschappen ten gunste van een hernieuwd zij het gekwalificeerd benoemingsrecht door de algemene vergadering van aandeelhouders, en *governance* aanpassingen in het vennootschapsrecht op het gebied van zeggenschap van certificaathouders, beloningsbeleid en wezenlijke portfolio transacties, welke laatste twee typen van besluiten onderworpen werden aan de goedkeuring van aandeelhouders. Ook een nieuwe en aanzienlijk meer gedetailleerde *Corporate Governance* Code van de Commissie Tabaksblat trad in 2004 in werking met een verplichte 'pas toe of leg uit' procedure. Onder meer de geruchtmakende antagonistische enquêtezaken rond Stork en ABN Amro met de bekende afloop deden de slinger in Nederland echter weer uitslaan richting *stakeholder*-model.⁵¹

50. De beschermingsconstructies waren onderwerp van een apart en veelbesproken wetsontwerp mede ter uitvoering van de destijds nog in concept verkerende 13e EU Richtlijn over beursovernames. Zie over beschermingsconstructies en vennootschappelijk belang van Ginneken 2006.

51. Zie SER 2008a, dat in reactie op deze ontwikkeling door het kabinet was gevraagd om te adviseren over meer evenwicht in het ondernemingsbestuur.

3.5 MVO en Corporate Governance

De vraag, die met name geliet op de opvatting van de Hoge Raad, dat in Nederland aanvaarde inzichten aangaande *corporate governance* een bron voor rechtsregels kunnen zijn⁵², voor het onderwerp van dit preadvies van belang is, is die naar de relatie tussen *corporate governance* en MVO.

Alvorens deze vraag te beantwoorden ga ik kort in op het begrip *corporate governance*. Evenals MVO kan het begrip *corporate governance* vanuit een aantal gezichtspunten worden gezien: motieven, onderwerpen en type regelgeving? In abstracto kunnen op deze punten dezelfde conclusies worden bereikt als die geschetst voor MVO in het Algemeen Deel: zowel de motieven, de onderwerpen als het type regelgeving⁵³ variëren naar tijd en naar plaats, zodat ook *corporate governance* in deze opzichten een dynamisch container begrip is. Daarbij zijn van belang oriëntatie en structuur van de economie en van het bedrijfsleven, het ondernemings- en effectenrecht en de verschillende vrijwillige collectieve of individuele instrumenten van zelfregulering, al dan niet voorzien van een *soft law* flankering. Wat het aspect van de regelgeving betreft is natuurlijk de politiek en cultureel bepaalde inrichting van de nationale orde van belang. In § 3.4 zagen we al, dat de West-Europese benadering uitgaat van een zgn. *principles-based* inrichting. Principles en *best practices* worden vastgelegd en dienen als richtsnoer. Afwijking van de *best practices* is mogelijk, maar dan dient de reden daarvoor gegeven te worden (pas toe of leg uit; *comply or explain*). Dit systeem biedt de nodige flexibiliteit. De Verenigde Staten gaan met de *Sarbanes Oxley*-wet uit van een uniforme en gedetailleerde *rule-based* benadering met naar voor onze begrippen draconische strafrechtelijke sanctiëring, die men dan ook zou kunnen karakteriseren als *comply or be punished*.

Evenals voor MVO/CSR zijn er talloze definities in omloop voor *corporate governance*. De meest directe en beknopte is die van het *UK Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance* in zijn Report van 1992 (het zgn. Cadbury Report):

'Corporate Governance is the system by which companies are directed and controlled.'

52. HR 21 februari 2003, JOR 2003, 57 (HBG), bevestigd in HR 13 juli 2007, JOR 2007, 178 (ABN Amro); in de laatstgenoemde beschikking werd door de Hoge Raad gerefereerd aan 'de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging zoals deze onder meer tot uiting komt in de Nederlandse Corporate Governance Code'.

53. Zie Voogsgeerd 2006 over de typering van de corporate governance codes als regelingsinstrumenten.

Deze, tevens kortste, definitie diende als uitgangspunt voor de OECD in haar *Principles of Corporate Governance* van 1999, waarin de volgende nadere specificatie werd gegeven:

'Corporate governance is the system by which business corporations are directed and controlled. The corporate governance structure specifies the distribution of rights and responsibilities among different participants in the corporation, such as the board, managers, shareholders and other stakeholders, and spells out the rules and procedures for making decisions on corporate affairs. By doing this, it also provides the structure through which the company objectives are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance.'

Hoewel deze definitie zowel normatieve als operationele elementen behelst en ik, evenals bij het definiëren van MVO, ook hier een splitsing zou willen maken in een normatieve en een operationele benadering, zie ik daarvan af en geef de voorkeur aan deze definitie boven de vele andere die in omloop zijn (ook bijvoorbeeld de OECD definitie uit 2004), omdat in deze definitie duidelijk tot uitdrukking komt, dat *corporate governance* een externe en interne dimensie heeft, hetgeen voor een goed begrip van de reikwijdte van en de operationele consequenties voor MVO van belang is.⁵⁴

In de veertig aanbevelingen van Peters uit 1997 was het met name de externe dimensie, die de nadruk kreeg: hoe vinden toezicht op en verantwoording over het beleid plaats en welke mogelijkheden hebben aandeelhouders om daarover zinvol mee te praten? Met de verschillende *corporate failures* helder op het netvlies heeft de Commissie Tabaksblat in haar Code uit 2003 met name ook grote aandacht besteed aan de omschrijving van wat uit een oogpunt van *corporate governance* tot de taken en verantwoordelijkheden van bestuur en commissarissen behoort, zoals realisatie van de doelstellingen, strategie en risicobeheer, beleid ten aanzien van betrouwbaarheid van de financiële verslaggeving en *compliance* met wet- en regelgeving. Daarmee komt tot uitdrukking een interne, op de werkzaamheden van de onderneming gerichte, dimensie van *corporate governance*.

Terug naar de vraag aan het begin van deze paragraaf, namelijk die naar de relatie tussen *corporate governance* en MVO. Daarover bestaan drie opvattingen. Als eerste de opvatting, dat ze naast elkaar staan en verschillende onderwerpen regelen. De taakopdracht aan de Commissie Tabaksblat in 2003 ging uit van deze eerste opvatting.⁵⁵ Zij bepaalde expliciet, dat het

54. Zie Eijssbouts 2005, § 3 en 4.

55. De Nederlandse Corporate Governance Code 2003, p. 67.

onderwerp MVO geen onderdeel zou moeten uitmaken van de door de commissie op te stellen code. Dit onderwerp, aldus de taakopdracht, is niet verbonden aan een nationale vennootschappelijke structuur en de reikwijdte is ook veel breder dan het ontwikkelen van een nieuwe code voor het functioneren van Nederlandse ondernemingen op de kapitaalmarkt.⁵⁶ Een tweede opvatting is, dat *corporate governance* onderdeel uitmaakt van MVO. Zo schrijven Walsh en Lowry: ‘...*corporate governance is an increasingly important aspect of CSR. And, as they continue to develop, corporate governance principles will continue to provide the more solid foundations on which broader CSR principles – and business ethics – can be further enhanced.*’⁵⁷

De derde visie is die, waarin MVO een onderdeel uitmaakt van *corporate governance*, dit laatste begrip dan uiteraard ruim opgevat. Voor deze ruime benadering pleit een aantal factoren. Om te beginnen kan worden gewezen op de twee motieven, die aan de keuze voor goed beleid met betrekking tot zowel *corporate governance* als MVO ten grondslag liggen, namelijk de functie van beide als bijdrage aan waardevermeerdering (de zogenaamde *values* benadering) en, ten tweede, de functie die beide vervullen als instrumenten van risicomanagement, een van de elementen die in alle *corporate governance* regelingen stevast terugkeren als belangrijke vereisten.⁵⁸ Zie ook de OECD *Principles of Corporate Governance* 2004, die in de inleiding *corporate governance* voor ondernemingen plaatsen in het perspectief van: ‘*maximising value subject to meeting the corporation’s financial and other legal and contractual obligations. This inclusive definition stresses the need for boards of directors to balance the interests of shareholders with those of other stakeholders – employees, customers, suppliers, investors, communities – in order to achieve long term sustained value.*’

56. In deze zin ook Slagter 2005, p.135: ‘Corporate governance komt neer op goed ondernemingsbestuur. Het is scherp te onderscheiden van maatschappelijk verantwoord ondernemen. Corporate governance is gericht op de ‘onderneming’, maatschappelijk verantwoord ondernemen op de ‘omgeving’, de ‘environment’ van de onderneming. corporate governance is egoïstisch, maatschappelijk verantwoord ondernemen altruïstisch. Corporate governance werkt intern, maatschappelijk ondernemen werkt extern. Maatschappelijk verantwoord ondernemen houdt niet in, dat de onderneming mede ten doel moet hebben behartiging of bevordering van het algemeen belang, maar wel, dat behartiging van het vennootschappelijk belang niet mag leiden tot aantasting van het algemeen belang.’ De woorden ‘het niet aantasten van het algemeen belang’ komen overeen met de kern van Ruggie’s definitie uit 2008 van de *Corporate Responsibility to Respect*, nl. ‘to do no harm’. Zie daarvoor Eijsbouts 2009. Zie ook Lambooy 2005, die in een instructieve analyse de begrippen MVO en *corporate governance* gedifferentieerd naar een aantal aspecten behandelt: onder meer achtergrond, doel, belanghebbenden, initiatieven en vrijwilligheid versus afdwingbaarheid.

57. Walsh en Lowry 2005, in Mullerat 2005 p. 38. Zie ook Hermans, Bolhuis & Evers 2005.

58. Zie hierover ook infra § 7.2.

Voor een verdere samenhang van deze *principles* met MVO mag ik verwijzen naar mijn opstel over CSR uit 2005.⁵⁹

Het is dan ook niet zonder betekenis, dat bij de herziening in 2009 van de Nederlandse Corporate Governance Code 2004, op aanbeveling van de Commissie Burgmans, die zich boog over de verhouding tussen maatschappelijk ondernemen en *corporate governance*, in Principe II.1 aan de kerntaken van het bestuur is toegevoegd, dat het bestuur onder meer verantwoordelijk is voor de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van de onderneming. Het bestuur legt hierover verantwoording af aan de raad van commissarissen en de algemene vergadering van aandeelhouders.⁶⁰ Op dit principe sluiten de *best practice* bepalingen over taak en functioneren van de raad van commissarissen aan in Principe III.1 en *best practice* bepaling III.1.7. Op dit advies, dat gebaseerd was op een door het Ministerie Van Economische Zaken geïnitieerd onderzoek⁶¹ kom ik hierna terug. Hier volstaat de constatering, dat de visie over de verhouding tussen *corporate governance* en MVO binnen vijf jaar ook op het niveau van (semi-private) regelgeving in Nederland fundamenteel is gewijzigd, nu MVO onderdeel uitmaakt van de Nederlandse Corporate Governance Code 2009 en wel als een van de kernverantwoordelijkheden van het bestuur. Daarmee is dit pleit beslecht.⁶²

3.6 Belangenpluralisme en MVO-stakeholders

In het Nederlandse ondernemingsrecht is belangenpluralisme een grondbeginsel.⁶³ Zo ook de Nederlandse Corporate Governance Code 2008, die

59. Eijssbouts 2005 § 3 en 4.

60. Zie Burgmans 2008 en Nederlandse Corporate Governance Code 2008.

61. Triple Value Strategy Consulting & Rinnooy Kan 2008.

62. Zie verder Clarke 2007, hoofdstuk 8, en Tricker 2009, p. 349 en Pitts 2009, p. 21, die allen MVO/CSR als onderdeel van *corporate governance* zien. De samenhang tussen *corporate governance* en CSR wordt fraai beschreven door Zumbansen in zijn historisch-analytische overzicht van de ontwikkelingen van *corporate law* en CSR, primair belicht vanuit de Amerikaanse traditie maar met uitstapjes naar Europa. Hij behandelt drie elkaar opvolgende paradigma's voor *corporate governance* en CSR onder de noemers Industrial Capitalism (ca 1900 tot ca 1980), Financial Capitalism (van ca 1980 tot 2008) en, in aansluiting op het recente failliet van dat laatste, de Knowledge Society. Het Knowledge Paradigma 'aims to capture the particular challenges that management faces when confronted with decision-making in a global market, which is characterized by a great degree of uncertainty and risk' (Zumbansen 2009, p. 28). Tricker doelt de visie van Zumbansen, dat CSR beschouwd moet worden als een onderdeel van *corporate governance*, maar waar Zumbansen meent het nieuwe paradigma voor beide te hebben geïdentificeerd, is Tricker van mening, dat er nog onvoldoende theoretisch en empirisch onderzoek op dit gebied is verricht. Hij verwoordt dit beeldend: '*corporate governance, a subject in search of its paradigm*', Tricker 2009, p. 233.

63. En wel het eerste, aldus Timmerman 2008.

in haar preambule uitgaat ‘van het in Nederland gehanteerde uitgangspunt dat de vennootschap een lange termijn samenwerkingsverband is van diverse bij de vennootschap betrokken partijen. De belanghebbenden zijn de groepen en individuen die direct of indirect het bereiken van de doelstellingen van de vennootschap beïnvloeden of er door worden beïnvloed: werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, toeleveranciers, afnemers, de overheid en maatschappelijke groeperingen. Het bestuur en de raad van commissarissen hebben een integrale verantwoordelijkheid voor de afweging van deze belangen, doorgaans gericht op de continuïteit van de onderneming. Daarbij streeft de vennootschap naar het creëren van aandeelhouderswaarde op de lange termijn.’⁶⁴ Deze beschrijving is een beknopte maar redelijk volledige samenvatting van de visies op en modaliteiten van het ook vanuit MVO-oogpunt bezien in ons bestel centrale begrip vennootschappelijk belang. Op dit laatste begrip kom ik in § 5 terug, waarbij met name ook aandacht wordt besteed aan de vraag, of MVO-belangen in dat centrale begrip een rol kunnen en moeten spelen.

Wie zijn nu die MVO-stakeholders, die afhankelijk van het werkkterrein van de onderneming als belanghebbenden bij haar MVO beleid moeten of kunnen worden beschouwd? Voor een antwoord op die vraag sluit ik mij aan bij Pitts 2009, die vanuit de definitie van stakeholders als ‘*individuals and groups who may affect or be affected by the actions, decisions, policies, practices or goals of an enterprise*’ de volgende categorieën stakeholders onderscheidt⁶⁵:

- aandeelhouders,
- andere financiële investeerders,
- commissarissen en bestuur,⁶⁶
- werknemers en hun vertegenwoordigers (zoals vakbonden),
- klanten,
- zakenpartners,
- leveranciers,
- de ‘community at large’,⁶⁷
- specifiek aangedane gemeenschappen, minderheden en personen,
- NGO’s en, tenslotte,
- regeringen en autoriteiten.⁶⁸

64. Preambule, punt 7, Nederlandse Corporate Governance Code 2008.

65. Pitts 2009, ontleend aan A. Carroll, 1996, *Business and Society: Ethics and Stakeholder Management*, Cincinnati, South Western College Publishing, 1996, nr. 74.

66. Mijn vertaling van ‘*directors and officers*’.

67. Deze term laat ik onvertaald, omdat ze veelvuldig in CSR-verband wordt gebruikt.

68. Mijn vertaling van ‘*regulators*’, waarbij ik denk aan het grote aantal regulerende autoriteiten, dat we tegenwoordig in Nederland kennen, zoals de Autoriteit Financiële Markten (AFM), de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Nederlandse Zorg Autoriteit (NZA) etc.

In dit preadvies zal ik vanuit het MVO-perspectief verder spreken over MVO-*stakeholders* of MVO-belangen als het gaat over de collectiviteit. Indien een of meer van de genoemde categorieën specifiek bedoeld worden zal ik die als zodanig ook specifiek aanduiden. Tenslotte, voor het juiste begrip in het kader van MVO, is het van belang erop te wijzen dat een aantal MVO-*stakeholders* beschikt over juridische middelen, ofwel om MVO-beleid af te dwingen ofwel om schade door beleid dat juridisch als onmaatschappelijk wordt beschouwd te verhalen. Andere MVO-*stakeholders* beschikken niet over deze juridische middelen, maar kunnen het beleid aan de *court of public opinion* voorleggen. Bedacht moet worden, dat een categorie van MVO-*stakeholders* soms wel en soms niet over juridische middelen beschikt. Zo kunnen aandeelhouder hun inziens onmaatschappelijk beleid in rechte aan de orde stellen, maar geen schadevergoeding vorderen voor de waardevermindering van de aandelen als gevolg van dat beleid.⁶⁹

3.7 Conclusie: MVO als convergentie-driver tussen shareholder en stakeholder modellen

Ik gaf aan deze ontwikkelingen met name ruimere aandacht, omdat er uit blijkt, dat we in een globaliserende wereldorde met veel uiteenlopende visies en culturen toch ook kunnen spreken van een zekere convergentie ten aanzien van de opvattingen over aard en rol van ondernemingen als instituties, die een groot aantal belangen van uiteenlopende aard en rangorde dienen. Sommige daarvan zijn juridisch geborgd ter beoordeling van de rechter, andere door de ethische normen die de maatschappij oplegt in het kader van de *licence to operate*, ter beoordeling van de *courts of public opinion*. Zoals bleek ligt de sleutel van de oplossing voor de tegenstelling *shareholder-stakeholder* oriëntatie in het besef, dat het belang van de aandeelhouder op de lange termijn kan samenvallen met dat van de onderneming en daardoor ook met dat van de overige participanten.⁷⁰ Het is aanmerkelijk, dat dit resultaat aardig in de buurt kan komen van de belangenafweging in het huidige Engelse model, dat ook op de lange termijn gericht is. Ook in de Verenigde Staten is er sprake van beweging, hoewel minder beslist.⁷¹ De slingers raken dus in fase. Men zal echter steeds voor ogen moeten houden, dat de principiële uitgangspunten, *shareholder value* (hoe *enlightened* ook) en pluraliteit, diametraal tegenover elkaar staan. Ik kom op dit thema terug in paragraaf 5.

69. HR 2 december 1994 *NJ* 1995, 288 (*Poot/ABP*); zie daarover ook Nieuwe Weme & Van Solinge 2009.

70. Zo ook Slagter 2005, p. 136.

71. Zie Timmerman 2009b en Kraakman 2009, § 10.2.

4 Transparantie en verantwoording als norm

4.1 Over verantwoording als norm

Het geven van antwoord heeft een plaats gekregen in de operationele definitie voor MVO. De V in MVO staat voor 'verantwoord'. Dit element in het acroniem moet volgens de SER worden uitgelegd als het 'geven van antwoord op de gerechtvaardigde vragen van de maatschappij'.⁷² Er wordt in een noot op gewezen, dat 'verantwoord' hier door de SER niet wordt gelezen als 'verdedigbaar'. Hoewel in lijn daarmee het geven van antwoord in de benadering van de preadviseurs wordt gezien als een procedureel aspect en daarmee een plaats krijgt in de operationele definitie, zou ik in het begrip 'verantwoord' toch ook een normatief element willen lezen. Daarbij haak ik aan bij de Anglo-Saksische benadering, waarin het begrip *accountability* wordt gehanteerd naast het begrip *responsibility*, dat voor komt in het acroniem CSR. Met *accountability* wordt niet alleen bedoeld het 'geven van antwoord' zoals de SER dat bedoelt, maar ook het 'afleggen van verantwoording' aan de respectieve *stakeholders* en daarmee impliciet het zich openstellen voor de respons, die van juridische of niet-juridische aard kan zijn (bv *naming and shaming*, producten boycot en algemeen reputatieverlies).⁷³ Vanuit de bredere *corporate governance*/CSR benadering, die ik ook met een beroep op de *licence to operate* voorsta, past mijn inziens een normatief karakter van 'verantwoord' in de zin van 'verdedigbaar' in combinatie met het zich openstellen voor dialoog en het aanvaarden van de consequenties verbonden aan de uitkomst daarvan. Vandaar dan ook mijn keuze om 'verantwoording' te behandelen als een normatief kader.⁷⁴ De wettelijke basis voor de 'pas toe of leg uit' methodiek voor de principes en de *best practices* in de Corporate Governance Code 2004/2009 kan daarvoor eveneens als ondersteuning worden gezien. In dit hoofdstuk wordt een beknopte samenvatting gegeven van de ontwikkeling van de verslaglegging van de zogenaamde niet-financiële prestatie-indicatoren (in het Engels simpelweg genaamd '*non-financials*'). Waar er nog geen eenstemmigheid bestaat over het karakter van MVO (ondanks de nodige relativisering nog steeds gekenschetst door kabinet en SER als 'bovenwettelijk'), is dat niet het geval wat de transparantie betreft op het gebied van MVO, zoals hierna zal blijken. Daar is al sprake van *hard law*, die zich verder ontwikkelt.

72. SER 2000, p 17.

73. Zie hierover Pitts 2009, p 29 en *chapter 10*.

74. Zie over verantwoording als beginsel van behoorlijk ondernemingsbestuur Van Leeuwen 1990, hoofdstuk 6.

4.2 De niet-financiële verslaglegging⁷⁵

De eerste aanzet tot het, op vrijwillige basis, geven van inzicht in de ontwikkelingen op het gebied van MVO dateert van 1997, toen het *Global Reporting Initiative* (GRI) werd opgericht op gezamenlijk initiatief van het milieuprogramma van de Verenigde Naties (UNEP) en de *Coalition for Environmentally Responsible Economies* (CERES), een Amerikaanse NGO. Die initiatiefnemers slaagden erin een *multistakeholder* consensus tot stand te brengen tussen het bedrijfsleven en organisaties van een brede kring van *stakeholders* (maatschappelijke organisaties, werknemers, beleggers en analisten) over de wijze waarop de verslaglegging van relevante niet-financiële aspecten zou moeten plaatsvinden. De kenmerken waaraan deze verslaglegging volgens de participanten zou moeten voldoen zijn: relevantie, betrouwbaarheid, begrijpelijkheid, vergelijkbaarheid, tijdigheid en controleerbaarheid. De eerste richtlijn voor deze maatschappelijke verslaglegging zag het licht in 1999.⁷⁶ Als inmiddels toonaangevend instrument voor vrijwillige niet-financiële verslaglegging is GRI daarnaast ook de standaard voor rapportage door de aangesloten bedrijven in het kader van het Global Compact van de Verenigde Naties en referentiekader voor het Earth Charter.⁷⁷

In 2003 werden door de Raad voor de Jaarverslaglegging op uitnodiging van het kabinet in vervolg op het SER 2000 aanbevelingen gedaan op het gebied van verslaglegging over de maatschappelijke aspecten van het ondernemen. Deze aanbevelingen vonden een plaats in Richtlijn 400, de niet verbindende standaard voor de opstelling voor het directieverslag in de financiële verslaglegging, grotendeels gebaseerd op de GRI. De Raad publiceerde tegelijk met de aanpassing van Richtlijn 400 een zogenaamde Handreiking Maatschappelijke Verslaglegging, een conceptueel kader voor deze verslaglegging.

75. Voor meer uitgebreide behandeling van achtergronden en ontwikkeling van maatschappelijke verslaglegging zie Kamp-Roelands & Van der Zanden 2005 en Koelemeijer 2005a. Zie ook Lambooy 2006 en Janssen Groesbeek 2009, hoofdstuk 10.

76. Ze werd gevolgd door nieuwe versies, waarin de focus op milieu werd aangevuld met de twee andere P's, mensen en winst (in een breder perspectief aangeduid als economische meerwaarde) in 2002 en 2006 (www.globalreporting.org). Naast deze algemene richtlijnen heeft GRI ook specifieke richtlijnen ontwikkeld voor het MKB en enkele specifieke industriële sectoren.

77. In het jaar 2008 gaven bijna 1000 organisaties in meer dan 60 landen aan, dat zij de GRI-richtlijnen toepassen, aldus SER 2008d, noot 95. Zie Eijssbouts e.a. 2010, § 5, voor het Earth Charter.

Waar de genoemde standaards nog steeds onverbindend waren⁷⁸, werd in 2005 art. 2:391, lid 1 BW aangepast op grond van de zogenaamde Moderniserings-Richtlijn voor de financiële verslaglegging van de EU.⁷⁹ Deze nieuwe bepaling verplichtte ondernemingen voor het eerst in het jaarverslag informatie te verschaffen over de niet-financiële prestatie-indicatoren, met inbegrip van milieu- en personeelsaangelegenheden, voor zover noodzakelijk voor een goed begrip van de resultaten of de positie van de onderneming. In dit verband is het overigens niet onbelangrijk, dat de Ondernemingskamer in 2003 al had vastgesteld, dat aan de Richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaglegging als producten van een particuliere organisatie weliswaar bindende kracht moet worden ontzegd, maar dat zij wel 'gezaghebbende bronnen van in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar te beschouwen normen' zijn.⁸⁰ De Ondernemingskamer tekende daarbij overigens wel aan, dat van geval tot geval dient te worden gezien of en in hoeverre voor de toepassing van de aan de orde zijnde wettelijke bepalingen gewicht dient te worden toegekend aan enige bepaling in de Richtlijnen. Hoewel dit standpunt van de Ondernemingskamer niet onomstreden was, heeft de Hoge Raad in 2006 bepaald, dat de richtlijnen een belangrijk oriëntatiepunt en gezaghebbende leidraad kunnen vormen voor wat in een concreet geval als aanvaardbaar heeft te gelden.⁸¹

In verband met de genoemde aanpassing van art. 2:391, lid 1 BW zijn in 2005 ook de aanbevelingen uit Richtlijn 400 RJ aangepast. Ze komen, in het kort, neer op aandacht in de maatschappelijk verslaglegging voor:

algemene aspecten: de belangrijkste problemen/uitdagingen voor de rechtspersoon, de invloed daarvan op de bedrijfsstrategie, de rol van *stakeholders* in dit kader, het onderlinge verband tussen de drie P's bij de onderneming en de maatschappelijke aspecten van de verkochte producten of geleverde diensten;

78. In 2001 was door de toenmalige Tweede Kamerleden Koenders (PvdA) en Rabbie (Groen Links) een initiatief wetsontwerp ingediend op grond waarvan multinationals inzicht zouden moeten geven in hun internationale activiteiten op het gebied van milieu- en sociale activiteiten (Wetsvoorstel 27 905, Kamerstukken II, 2000-2001, 27 905, nr. 1-3). Dat ontwerp kreeg geen groots onthaal. Eenzelfde lot trof het idee van Staatssecretaris Ybema uit 2000 om een code voor MVO te ontwerpen, die ondernemingen zou verplichten om op basis van het pas toe of leg uit principe duidelijkheid te laten verschaffen over hun MVO beleid- en -prestaties (FD 2 februari 2000). Zie over een dergelijke code ook Koelmeijer 2005b.

79. Richtlijn 2003/51/EG, PB EG, L 178/16.

80. OK 20 november 2003, JOR 2004, 10 (SOBI/Reed Elsevier, m.nt. P. Van der Zanden); zie meer uitgebreid hierover de artikelen van M. Koelmeijer 2005 en Lambooy 2006.

81. HR 11 februari 2006, JOR, 2006, 94 (KPN/SOBI); Zie over Beckman's afwijkende standpunt: Hoogendoorn 2006, par 3.

- milieuaspecten: de houding van de rechtspersoon tegenover het milieu, gevolgen van milieurisico's en -verplichtingen voor de financiële positie en milieuprestaties;
- sociale aspecten: arbeidsaangelegenheden zoals werkgelegenheid, arbeidsvoorwaarden, zeggenschap, veiligheid en gezondheid;
- economische aspecten: financiële bijdragen van de onderneming aan de maatschappij (o.a. in de vorm van belastingen), verdeling van de toegevoegde waarde over de *stakeholders* (zoals afnemers, toeleveranciers, werknemers en vermogensverschaffers), de maatschappelijke creatie en verspreiding van kennis via onderzoek en ontwikkeling.

Naar aanleiding van het SER Advies 2008 en de daarop aansluitende SER Verklaring 2008 heeft de Raad voor de Jaarverslaglegging in 2009 Richtlijn 400 en de Handreiking Maatschappelijke Verslaglegging verder aangepast met aanbevelingen voor rapportage over het internationale ketenbeheer, mede op basis van de ICC aanbevelingen over ketenbeheer en *good practices* op dit gebied.⁸² Deze aanpassing van Richtlijn 400 is tevens benut om een kader te bieden tot steun en richting voor verslaglegging over MVO met het oog op *best practice* bepaling II.1 van de Corporate Governance Code 2009. Deze bepaalt dat de hoofdzaken van de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen worden vermeld in het jaarverslag. Aanbevolen wordt aandacht te besteden aan elementen als het gevoerde en te voeren MVO-beleid, de organisatie en uitvoering ervan en de dialoog met belanghebbenden.

Aangezien het terrein van de maatschappelijke verslaglegging nog in beweging is heeft het kabinet vooralsnog niet tot wetgeving besloten. Van de nieuwe *best practice* bepaling in de Corporate Governance Code 2008, dat de hoofdzaken van de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen, waarvoor het bestuur volgens principe II.1 van de code verantwoordelijk is, in het jaarverslag worden opgenomen, zal voor ondernemingen uiteraard wel een meer verplichtend karakter uitgaan. In dit verband kan de hierboven genoemde visie van de Hoge Raad, dat aan de richtlijnen van de RJ betekenis kan toekomen in rechte, wel een rol spelen, nu Richtlijn 400 in de 2009 versie de aanbevelingen over de verslaglegging van de maatschappelijke aspecten verregaand detaileert. MVO-stakeholders zouden in de praktijk ook belang kunnen hebben bij een jaarrekeningprocedure. De vraag is of daarbij ook Richtlijn 400 inzake de verslaglegging van de maatschappelijke aspecten een rol zal kunnen spelen.

82. Deze ICC aanbevelingen zijn opgenomen in SER 2008c; zie daarvoor Eijssbouts e.a. 2010, § 5.

Soortgelijke vraag kan gelden voor de Advocaat-generaal handelend in het openbaar belang.

Ook op het gebied van transparantie heeft het kabinet de nodige initiatieven ontwikkeld die ondernemingen zouden moeten aansporen om op vrijwillige basis duidelijkheid te verschaffen over hun beleid op MVO-gebied.⁸³ Zo heeft het Ministerie van Economische Zaken het initiatief genomen voor de ontwikkeling van een zogenaamde transparantie-benchmark. De jaarverslagen en MVO-verslagen van de 150 grootste ondernemingen worden jaarlijks geanalyseerd op een aantal relevante MVO-punten en de daaruit resulterende gegevens worden opgenomen in zogenaamde Transparantie Benchmark, die aangeeft, welke positie ondernemingen ten opzichte van elkaar innemen op het gebied van verslaglegging over MVO.

Op het gebied van de verificatie van de MVO-verslaglegging, waartoe steeds meer ondernemingen besluiten in vrijwilligheid of omdat de benchmark waaraan zij zich vrijwillig onderwerpen het vereist⁸⁴, zijn overigens ook de nodige ontwikkelingen te constateren.⁸⁵ Ook daarvan zal een harmoniserende en mogelijk normerende werking uitgaan.

4.3 *Vrijwillige opening van zaken*

Veel ondernemingen hebben al sinds een aantal jaren, op eigen initiatief dan wel in reactie op maatschappelijke aanspraken op duidelijkheid over hun MVO-beleid na incidenten, MVO-verslagen uitgegeven, waarin zij inzicht geven in hun beleid en prestaties op MVO-gebied. Deze verslagen laten een bonte verscheidenheid zien en vertonen naast een hoog ambitievaak ook een hoog PR-gehalte. Een belemmering om grotere inhoudelijke duidelijkheid, ook over de minder geslaagde kanten van het beleid die een evenwichtige rapportage ook zou moeten behelzen, te geven is gelegen in de vrees bij ondernemingen, dat de toenemende claimcultuur tot juridische of reputatieschade zou leiden, indien mocht blijken, dat eerder gepubliceerde beleidsdoelstellingen niet of niet volledig gerealiseerd zijn. Die ontwikkeling is betreurenswaardig, immers in plaats van een meer ruimhartige opening van zaken, waarbij volledigheid en juistheid maximaal nagestreefd moet, maar nimmer gegarandeerd kan, worden, zou het ondernemingen aanzetten tot grotere terughoudendheid en het niet publiceren van

83. Vgl. ook Raaijmakers 2005b, p. 14 over de disciplinerende functie van transparantie.

84. Zoals de Dow Jones Sustainability Index of het UN Global Compact.

85. Het NIVRA heeft in dat verband twee richtlijnen ontwikkeld: Richtlijn 3410 voor het accepteren van de opdracht voor de verificatie en Richtlijn 3010 voor de aanpak van de controle.

hun beleid c.q. het verpakken ervan in boodschappen, die van een hoog juridisch *disclaimer* gehalte worden voorzien.⁸⁶

5 Ondernemingsrecht: de redelijke belangenafweging en MVO

5.1 Relevant begrippenkader

De vennootschap is rechtssubject en neemt deel aan het maatschappelijk verkeer. Naast rechtssubject is ze zelf een deelrechtsorde⁸⁷ met organen, waaraan in de wet geregelde verantwoordelijkheden en daarbij behorende bevoegdheden toekomen. De wet belast het bestuur (als orgaan) met het bestuur (als functie of taak) (art.2:129/239 BW). Deze bevoegdheid kan door de statuten worden beperkt, doch niet zodanig, dat het bestuur daarmee in zijn zelfstandigheid wordt beperkt.⁸⁸

Wat het bestuur als taak inhoudt is niet als zodanig omschreven in de wet, maar het kan deels in positieve zin, deels in negatieve zin daaruit worden afgeleid. Met het laatste doel ik op de open begrippen, die de wet hanteert in het kader van sanctiemaatregelen, zoals 'wanbeleid' en 'kennelijk onbehoorlijk bestuur'. Er zijn veel omschrijvingen gegeven in de literatuur⁸⁹, maar voor een beknopte, juridisch relevante en ook in MVO-verband duidelijke omschrijving kan Principe II.1 van de Corporate Governance Code 2009 dienen. Dat luidt als volgt:

'Het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap, hetgeen onder meer inhoudt dat het verantwoordelijk is voor de realisatie van de doelstellingen van de vennootschap, de strategie met bijbehorend risicoprofiel, de resultatenontwikkeling en de voor de onderneming relevante maatschappelijk aspecten van de onderneming. Het bestuur legt hierover verantwoording af aan de raad van commissarissen en aan de algemene verga-

86. Zie hierover ook Castermans & van der Weide 2009, p. 21-22, die terecht aantekenen, dat de onderneming niet per definitie zou moeten kunnen worden aangesproken op het niet (volledig) voldoen aan in eigen gedragscodes zelf opgelegde bovenwettelijke aspiraties. Dit geldt natuurlijk niet voor mededelingen, die als misleidende handelspraktijken zijn aan te merken o.g.v. art 6:193c BW. Wellicht kan hier een voorbeeld worden genomen aan de situatie in de Verenigde Staten op het gebied van uitspraken over financiële vooruitzichten, waar de wetgever heeft ingegrepen en het indienen van *class action claims* als gevolg van het niet realiseren van de *forward looking statements* aanmerkelijk heeft ingeperkt door het bieden van een zogenaamde *safe harbor* voor ondernemingen, wier te goeder trouw gedane uitspraken daarover niet zijn uitgekomen. Zie de *Federal Private Securities Litigation Reform Act 1995*.

87. Van Schilfgaarde/Winter 2009, p.18.

88. IIR 21 januari 1955, NJ 1959, 43 (*Forumbank*, m.nt. HB).

89. Zie voor een samenvatting Mok 2004, § 2, en met name de subparagrafen 2.4 en 2.5. Zie ook Assink 2009, § 3.1.1.

dering. Het bestuur 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. Het bestuur verschaft de raad van commissarissen tijdig alle informatie die nodig is voor de uitoefening van de taak van de raad van commissarissen. Het bestuur is verantwoordelijk voor de naleving van alle relevante wet- en regelgeving, het beheersen van de risico's verbonden aan de ondernemingsactiviteiten en voor de financiering van de vennootschap. Het bestuur rapporteert hierover aan en bespreekt de interne risicobeheersings- en controlesystemen met de raad van commissarissen en de auditcommissie.'

De verantwoordelijkheid voor het vaststellen van de strategie, het inventariseren van de algemene en financiële risico's en opzetten van een risicobeheersings- en controlesysteem put de Code rechtstreeks uit de wet, immers deze onderdelen van het beleid moeten op grond van art 2:141, lid 4 BW tenminste eenmaal per jaar met de raad van commissarissen besproken worden, waarmee het impliciete wettelijke uitgangspunt is, dat deze taken tot de belangrijke taken van het bestuur behoren. De wet geeft daarnaast nog enkele andere concrete aanknopingspunten voor de bestuurstaak zoals de administratieplicht uit art 2:10 BW en het afleggen van verantwoording door middel van het opmaken van de jaarrekening (die door vennootschappen, die aan de eisen daarvoor voldoen, geheel of gedeeltelijk openbaar moeten worden gemaakt).

Naast deze concrete taken behelst de wet enkele algemene richtlijnen waaraan het bestuur dient te voldoen. Dat is in de eerste plaats het voorschrift in art 2:8 BW dat de vennootschap en de krachtens de wet of statuten bij haar organisatie betrokkenen, dus ook het bestuur als orgaan (en zijn individuele leden), zich als zodanig jegens elkaar gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Daarnaast schrijft art 2:9 BW voor, dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke taakvervulling. Het volgend positief geformuleerd wettelijk algemeen beginsel is, dat het bestuur zich bij de vervulling van zijn taken dient te laten leiden door het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, met zoveel woorden bepaald voor de raad van commissarissen in art. 2:140/250 BW, welk voorschrift als gezegd ook voor het bestuur geldt en zal worden gecodificeerd.⁹⁰ Tot slot kan worden genoemd het beginsel dat het bestuur juist beleid dient te voeren. Dit beginsel staat via een omweg in de wet, nu 'gegronde twijfel aan een juist beleid' aanleiding kan vormen voor de Ondernemingskamer om een enquête te gelasten op de voet van art 2:345 jo 350 BW. Wat als juist beleid moet worden aangemerkt is naast het voldoen aan de wettelijke taken en

90. Zie supra noot 48.

voorschriften, waaronder het handelen in overeenstemming met het doel, af te leiden uit de inmiddels overvloedige rechtspraak inzake de enquête-verzoeken en behoorlijk bestuur in art 2:9 BW⁹¹ en de verschillende specifieke taken van het bestuur, zoals het vervullen van de vennootschappelijke verplichtingen waaronder het informeren van commissarissen, bijeenroepen van algemene vergaderingen en het opmaken van de jaarrekening. Uit de rechtspraak over het enquêterecht en de bestuurdersaansprakelijkheid, die vaststelt wanneer er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling, kunnen algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden afgeleid. Slagter heeft deze samengevat.⁹² Daaruit blijkt, dat deze regels slechts in zeer algemene zin kunnen worden geformuleerd. Onderdeel van de rubricering van Slagter vormen de door van Leeuwen uit wet en jurisprudentie afgeleide, beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur, waarbij zij zich beperkt tot de interne verhoudingen in de vennootschap.⁹³

Ik sprak hierboven ook over de negatief gestelde algemene begrippen, waaruit normen voor bestuurlijk gedrag kunnen worden afgeleid: wanbeleid (art. 2:355 BW) en kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 2:138/248 BW). Dit laatste begrip ziet specifiek op hoofdelijke aansprakelijkheid bij faillissement en raakt daarmee in het bijzonder de crediteuren als *MVO-stakeholders*. We zullen in § 5 zien, dat dit begrip kennelijk onbehoorlijk bestuur vanwege reflexwerking in meer algemene zin voor MVO-belangen relevant kan zijn. Vaststelling van wanbeleid door de Ondernemingskamer, nadat onderzoek op grond van gegronde twijfel aan juist beleid heeft uitgewezen dat van wanbeleid sprake kan zijn, kan twee doelen dienen: het nemen of bevelen van maatregelen door de Ondernemingskamer om de situatie in de vennootschap in goede banen te leiden en het bepalen van de rol van het bestuur of van de raad van commissarissen (of individuele bestuurders commissarissen) die tot het vastgestelde wanbeleid heeft geleid.⁹⁴ Volgens Ondernemingskamer en Hoge Raad is wanbeleid beleid in strijd met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap.⁹⁵ Daaronder vallen in de eerste plaats strijd met de wet of de statuten, waaronder strijd met de redelijkheid en billijkheid van art 2:8 BW en het niet in acht nemen van het vennootschappelijk belang van art 2: 140/250 BW. Er

91. Zie daarover o.m. Assink 2007, Geerts 2004, Mok 2004 en De Valk 2009.

92. Slagter 2005, § 68, met name p. 318.

93. Van Leeuwen 1990, geïnspireerd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur uit het administratieve recht; zie daarover Timmerman, TVVS1992, p.31.

94. Zie voor dat laatste de beschikkingen OK 9 juli 1998, JOR 1998, 122 (*Vie d'Or*) en HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671, (*Text Lite*, m.nt. Macijer).

95. OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (*Batco*, m.nt. Macijer) e.q. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (*OGE* m.nt. Macijer). Zie over de Batco-beschikking van de OK ook Timmerman 1988.

zijn ook ongeschreven normen van vennootschapsrecht, die tot de vaststelling van wanbeleid kunnen leiden. Timmerman, die waarschuwt, dat men gemakkelijk in dit moeras kan wegzinken, geeft vier terreinen, die volgens hem enigszins begaanbaar zijn: de eis van een zorgvuldige voorbereiding van besluiten, het vermijden van tegenstrijdigbelangsituaties, het toetsen van besluiten aan de evenredigheidsregel en het laten verkommen van de vennootschap als gevolg van conflicten. In het artikel waarin hij deze opsomming geeft, vraagt hij zich ook af, of de Code van de Commissie Tabaksblad, die dan in aantocht is, een nieuwe bron van toetsingsnormen zal kunnen zijn.⁹⁶ We zagen al, dat de Hoge Raad inderdaad die mening is toegegaan.⁹⁷

5.2 *Pluralisme als grondbeginsel: het vennootschappelijk belang*

Vanuit MVO-optiek is een nadere beschouwing van het vennootschappelijk belang op haar plaats. Dit begrip is een hoeksteen van ons ondernemingsrecht en heeft een dwingendrechtelijk karakter, aldus Assink in zijn Rotterdamse oratie.⁹⁸ De vele zienswijzen in literatuur vat ik voor mijn doel samen vanuit de volgende invalshoeken: inhoud (begrip sui generis, verzamel- of leeg begrip), reikwijdte (institutioneel betrokkenen, concern, derden, algemeen belang), rangorde van de deelbelangen en, tenslotte, de juridische aard van de norm (gedragsnorm, verantwoordingsnorm, toetsingsnorm en actie- of aansprakelijkheidsnorm).

Eerst over inhoud: er zijn drie hoofdrichtingen, de holistische leer, de resultanteleer en de, door mij als zodanig bestempelde, leer van de leegte. De aanhangers van de holistische leer worden aangevoerd door Maeijer, die er in 1964, dus nog voor de codificatie van het begrip vennootschappelijk belang in 1971, als eerste uitgebreid en sindsdien met volharding over heeft geschreven, en Mendel, die het begrip 'holistisch' introduceerde.⁹⁹ Voor hen heeft de vennootschap een eigen belang naast de belangen van de directe en indirecte deelgenoten in de deelrechtsorde. Het vennoot-

96. Timmerman 2003, p. 560. Voor een zeer uitgebreide studie en systematische behandeling van de begrippen onjuist beleid, wanbeleid en strijd met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap verwijs ik naar Assink 2007.

97. Zie supra noot 52.

98. Assink 2010, p. 37 e.v., waarin hij een uitgebreide analyse geeft van de verschillende zienswijzen en hun implicaties voor de praktijk. Zie over het begrip vennootschappelijk belang ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, Assink 2007, Bartman/Dorresteyn 2009, Verburg 2007 en Assink 2009.

99. Mendel 1989. Ook Assink 2010, p. 47, lijkt zich na uitgebreide analyse uit te spreken voor de holistische leer, die hij betitelt als het 'autonome begrip' vennootschappelijk belang.

schappelijk belang is, in de woorden van Macijer, het belang dat de vennootschap heeft bij haar eigen gezonde bestaan, uitgroei en voortbestaan met het oog op het door haar te bereiken doel, zolang zinvol.¹⁰⁰ De resultanteleer, ontwikkeld door van der Grinten¹⁰¹, houdt in dat het vennootschappelijk belang de uitkomst is van een telkens plaatshebbend afwegingsproces.¹⁰² Voor dat laatste pleit ook Timmerman, die het belangenpluralisme in de sleutel van de redelijke belangenafweging van art. 2:8. BW zelfs als eerste beginsel behandelt.¹⁰³ De leer van de leegte, tenslotte, wordt vertegenwoordigd door Honée en Winter. Voor hen is het begrip vennootschappelijk belang inhoudsloos en kan daarom worden gemist.¹⁰⁴

Dan over de reikwijdte: waar de code in de geciteerde passage uit de preambule duidelijk is, namelijk alle belanghebbenden die direct of indirect het bereiken van de doelstellingen van de vennootschap beïnvloeden of erdoor kunnen worden beïnvloed¹⁰⁵, bestaat er onder de schrijvers geen eenstemmigheid. Zoveel staat vast, dat de belangen van bestuur en toezicht, aandeelhouders, werknemers en, onder omstandigheden, crediteuren eronder vallen. Ze worden als direct belanghebbenden aangemerkt. Maar wat de indirecte belanghebbenden betreft zien we ook hier verschillende lezingen: er zijn schrijvers voor wie een hele reeks van indirecte belangen zoals leveranciers, afnemers en de regionale gemeenschap, waarin de vennootschap haar bedrijf uitoefent, deel uitmaken van het vennootschappelijk belang, zoals Van der Grinten.¹⁰⁶ Van Schilfgaarde/Winter spreken naast de directe belangen van aandeelhouders en werknemers over buitenvennootschappelijke belangen, als hoedanig worden aangemerkt het concernbelang¹⁰⁷ en externe belangen, aan welke laatste benaming de voorkeur wordt gegeven boven de termen 'algemeen belang' en 'maatschappelijk belang'.¹⁰⁸ Wat daarvan ook zij, er is geen overeenstemming onder de schrij-

100. Asser/Macijer 1994, p. 366. Ik teken hierbij aan, dat Van Solinge en Nieuwe Weme in Asser/Macijer/van Solinge & Nieuwe Weme 2009 opteren voor de resultante leer, zie nr. 394 en 395.

101. Van der Heijden/van der Grinten 1992, nr. 231.

102. Van Schilfgaarde/Winter 2009, § 5.

103. Timmerman 2008.

104. Honée 1996 en Winter 2007, p. 132, aan welke laatste ik de kwalificatie 'leeg' ontleen.

105. Vgl. de definitie in § 2.6. ontleend aan Pitts 2009.

106. Van der Heijden & Van der Grinten 1984, p. 438.

107. Wat overigens hiervan te denken, nu art 2:140/250 BW spreekt van 'het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming' als één belang en verder in het geval van een concern onder 'onderneming' in dit artikel volgens van der Grinten moet worden verstaan 'alle economische activiteiten van het concern'; zie ook supra noot 18.

108. Van Schilfgaarde/Winter 2009, § 5.

vers, hoever de norm ten aanzien van indirecte belangen reikt en welke MVO-belangen daar dan onder moeten of mogen worden gerekend.¹⁰⁹

Een volgend verschil van inzicht geldt met betrekking tot de vraag of bij de afweging van de deelbelangen een rangorde geldt of door het bestuur kan worden aangehouden? Heersende leer is, dat dit niet het geval is. Wetgever noch Hoge Raad hebben voor het vennootschapsrecht een dergelijke hiërarchisering aanvaard.¹¹⁰ In het licht van de beschreven opmars van de *shareholder*-oriëntatie in de *stakeholder* modellen wordt de laatste jaren door schrijvers wel opgemerkt, dat een zeker overwicht van het aandeelhoudersbelang binnen het vennootschappelijk belang valt te bespeuren.¹¹¹ Timmerman signaleert eenzelfde tendens en verwijst in dat verband naar de eerder al genoemde introductie in de Engelse Companies Act van de *enlightened shareholder value approach*. Hij is gelet op de maatschappelijke ontwikkelingen gecharmeerd van die benadering, die 'belangenpluralisme combineert met een zekere vooropstelling van het aandeelhoudersbelang', maar op dat laatste niet strikt gericht is, immers de mogelijkheid biedt zich onder omstandigheden van het aandeelhoudersbelang te distantiëren.¹¹² Naar mijn idee relateert Timmerman met deze voorstelling van zaken de in de Companies Act 2006 nog steeds geldende *shareholder primacy* teveel. Voor zover er al van pluralisme kan worden gesproken, dient dat ter waarborging van de *shareholder value* op de lange termijn. De Kluiver heeft vanuit Nederlandse optiek zijn bedenkingen tegen Timmerman's sympathie met de *enlightened shareholder value* leer.¹¹³ In die kritiek klinkt door dat de Kluiver de norm van het vennootschappelijk belang van waarde acht omdat die norm toelaat te oordelen vanuit het perspectief van de maatschappelijke rol en functie van de onderneming. In zijn repliek ziet Timmerman als nadeel dat de norm van het vennootschappelijk belang de mogelijkheid opent al te gemakkelijk om het aandeelhoudersbelang heen te wandelen, maar dan komt Timmerman toch weer uit op de resultante leer

109. Hamers, Schwarz & Steins Bisschop 2005, p. 6 e.v., onderscheiden vanuit MVO-optiek drie categorieën: directe, directe-indirecte en indirecte-indirecte belanghebbenden. De laatste twee categorieën hebben in beginsel geen vennootschapsrechtelijke positie. Zij moeten resp. zich verlaten op contractuele binding of vertrouwen op erkenning via open normen. Hierbij zou kunnen worden gedacht aan afnemers die garanties afdwingen op MVO-gebied, zoals geen gebruik van kinderarbeid, of aan vakbonden waarmee een zogenaamde *International Framework Agreement* is overeengekomen, gericht op de handhaving binnen het concern van de fundamentele arbeidsnormen van de ILO. Zie hierover De Koster & Van den Eynde 2009.

110. Timmerman 2008, nr. 12 en 13 en noot 20 daarbij.

111. Zo constateerde Eisma, dat het begrip vennootschappelijk belang zo ruim en flexibel is dat een accentverschuiving in de richting van de kapitaalverschaffers niet werd tegengehouden. Eisma 1998.

112. Timmerman 2008, punt 14.

113. De Kluiver 2009, p. 19.

in een versterkte verantwoordingsmodus, door te stellen, dat het voordeel van zijn benadering van het 'aandeelhoudersbelang op de lange termijn' is dat bestuur en commissarissen meer openlijk moeten uitleggen, waarom het aandeelhoudersbelang in hun afweging niet de doorslag gaf. Dus toch een bresje in zijn primaat voor het aandeelhoudersbelang?

Tot slot de aard van de norm vennootschappelijk belang, te onderscheiden als procedureel en als materieel begrip. Procedureel is er overeenkomst met de WOR: zorgvuldige besluitvorming is vereist en deze wordt door de OK ook vol getoetst. Dat verrast niet. Over de aard van de norm in materiële zin verschillen de meningen. Voor sommigen gaat het om een richtsnoer voor bestuur en toezicht, dus uitsluitend gedragsnorm, maar niet om een verantwoordingsnorm. Zo Verburg, die in zijn dissertatie over medezeggenschap in internationaal verband een uitvoerige beschouwing wijdt aan het vennootschappelijk belang met name vanuit het werknemersperspectief.¹¹⁴ Anderen, onder wie Honée, Winter, Wezeman en zoals in de vorige alinea al werd genoemd, Timmerman, benadrukken juist dat het hier wel degelijk ook om een verantwoordingsnorm gaat. Ik citeer Van Schilfgaarde/Winter: 'De norm dat het vennootschappelijk belang in acht moet worden genomen fungeert dan ook niet als vast richtsnoer maar als eis tot verantwoording binnen een door wet, recht en redelijkheid bepaald kader.'¹¹⁵ Evenals bij de WOR stelt de OK zich vervolgens terughoudend op en toetst het resultaat van de belangenafweging marginaal: de afweging dient evident onredelijk te zijn.¹¹⁶ Ook dat verrast niet. De rechter kan bezwaarlijk op de stoel van de ondernemer plaatsnemen.¹¹⁷

5.3 MVO in vizier

Laten we ons nu richten op de maatschappelijke aspecten, ofwel de MVO-aspecten, zoals in dit preadvies bedoeld. Voor de vraag of het vennootschapsrecht MVO-belangen als zodanig bescherming biedt moeten we te rade gaan bij geschreven beginselen, regels en (open) normen en ongeschreven normen, nu deze belangen als zodanig niet in boek 2 BW voorkomen.¹¹⁸ In § 7.2.2 van het Algemeen Deel werd gerefereerd aan de stelling van Hamers, Schwarz en Steins Bisschop dat MVO als zodanig een relevant juridisch begrip is. In hun analyse komen zij tot de conclusie, dat onmaatschappelijk' ondernemen aanleiding kan geven tot een aantal acties

114. Verburg 2007, p. 68.

115. Honée 1996, van Schilfgaarde/Winter 2009 en Wezeman 2007.

116. Timmerman 2003 en Wezeman 2007.

117. Timmerman 2008, punten 31 en 32.

118. Zoals in Eijlsbouts, c.a. 2010, par 6, is geïllustreerd komen diverse categorieën van MVO-belangen natuurlijk wel in vele sectorale wetten aan bod.

in het vennootschapsrecht. Met 'onmaatschappelijk' wordt dan bedoeld een besluit of beleid dat ingaat tegen de door de onderneming zelf geformuleerde MVO-doelstellingen dan wel tegen de algemeen geldende opvattingen aangaande MVO.¹¹⁹ Het bestaan van deze laatste menen zij te hebben aangetoond.¹²⁰ Ik heb mij tegen die opvatting verzet¹²¹, omdat ik MVO als container begrip een te weinig concreet vaststaand begrip acht om te worden ingezet in een procedure. De vergelijking dringt zich op met het soortgelijke begrip *corporate governance*. Daarbij is het natuurlijk wel van belang dat we ons blijven realiseren, dat bepaalde categorieën van MVO-stakeholders in het vennootschapsrecht wel als zodanig al een positie hebben, en wel aandeelhouders, werknemers en crediteuren.

Met de toevoeging van de verantwoordelijkheid van het bestuur voor de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten in de Nederlandse Corporate Governance Code 2008 kan in elk geval worden vastgesteld, dat er een normatief kader voor MVO-beleid geldt in de beurs-vennootschappelijke orde. De code normeert, maar is geen wet in formele of materiële zin. Nederlandse NV's wier aandelen, ergens ter wereld, zijn genoteerd aan een officiële effectenbeurs dienen te voldoen aan het 'pas toe of leg uit' principe en publicatie van het *corporate governance* verslag met uitleg voor het niet door de vennootschap toepassen van *best practice* bepalingen in het jaarverslag, nu de code is aangewezen bij algemene maatregel van bestuur op de voet van art. 2:391, lid 5 BW.¹²² Hoewel de controletaken op het jaarverslag, waarvan het *corporate governance* verslag deel uitmaakt, van zowel de accountant als de AFM zich ook uitstrekken tot de pas toe of leg uit plicht, hebben zij geen taak om de gegeven uitleg inhoudelijk te waarderen. Deze handhaving van de code ligt dus, zoals ook de commissie Tabaksblat bij de eerste versie in 2003 stelde, primair in handen van de aandeelhouders. Met deze kwalificatie zou ik de code in de normatieve MVO-opzet willen rangschikken als een hybride vorm tussen zelfregulering en soft law. Kunnen er met het oog op de bovengenoemde toetsingsnormen echter ook rechtens relevante conclusies aan worden verbonden?

Als gezegd heeft de Hoge Raad in zijn HBG-beschikking overwogen, dat in Nederland aanvaarde inzichten aangaande *corporate governance* bron voor rechtsregels kunnen zijn. In de ABN Amro beschikking is verder door de Hoge Raad gerefereerd aan 'de in Nederland heersende rechtsovertui-

119. Steins Bisschop 2004, p. 75.

120. Hamers, Schwarz & Steins Bisschop 2005, p. 9.

121. Eijssbouts 2005, p. 92.

122. Voor de Corporate Governance Code 2008 is dat geschied bij AMvB 10 december 2009, Stbl. 2009, 545.

ging zoals deze onder meer tot uiting komt in de Nederlandse Corporate Governance Code'.¹²³ Maar daarmee is nog geen richtsnoer gegeven, hoe dit alles in de praktijk moet worden vastgesteld, met name als het om de code gaat. Duidelijk is wel, dat de code bepalingen bevat die ook in de wet voorkomen (zie § 5.1 hierboven), maar hoe het gesteld is met bepalingen waarvoor dat niet geldt, zal voor elke bepaling afzonderlijk moeten worden vastgesteld. Nu de code in § 4 van haar preambule ervan uit lijkt te gaan, dat afwijking van principes niet mogelijk is, terwijl dat bij *best practices* wel het geval is, mits uitleg volgt, zou men daaraan de voorzichtige conclusie kunnen verbinden, dat de principes, voor zover zij zich daar naar hun aard voor lenen en dus voldoende concreet bepaald of bepaalbaar zijn, bron voor rechtsregels kunnen zijn.¹²⁴

Hoe dit zal alles uitwerken voor de nieuw in principe II.1 opgenomen taak van het bestuur met betrekking tot de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten, zal dus moeten worden afgewacht. Daarbij zal ook een rol spelen, dat MVO in materiële zin geen vastomlijnd begrip is en dat het betrokken MVO-aspect in normatieve zin in de definitie van de preadviseurs in verschillende categorieën van juridische c.q. niet-juridische normering kan vallen. Wat de *best practices* II.1.2 sub d) en III.1.6. sub g) met betrekking tot MVO betreft ligt dit nog meer genuanceerd. Daar zou men gelet op de specifieke invulling van de *practices* per vennootschap op de voet van de HR-uitspraak in de zaak ABN Amro in 2007, eerder moeten oordelen, dat zij een inkleuring geven aan de redelijkheid en billijkheid op grond van art 2:8 BW en de eisen die voortvloeien uit de behoorlijke taakvervulling door bestuurders als bedoeld in art 2:9 BW.¹²⁵ In dit geval oordeelde de Hoge Raad, dat de wijze waarop de vennootschap zelf de beginselen van corporate governance begrijpt en onderschrijft, kan leiden tot concrete verplichtingen jegens, in dit geval, haar aandeelhouders. Met de uitbreiding van de code tot MVO is het interessant te zien, of dit ook zal gelden ten aanzien van de overige stakeholders.

Maar wat zegt de code nu eigenlijk precies over deze nieuwe taak voor het bestuur over maatschappelijk ondernemen? De omschrijving dat het bestuur verantwoordelijk is voor de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten, is enigszins cryptisch en wel op twee gronden: wat moet worden verstaan onder de maatschappelijke aspecten wordt niet nader aangeduid en, afgezien daarvan, bovendien is niet duidelijk, wat de code verwacht aan actie van het bestuur. Kun je verantwoordelijk zijn voor

123. Zie supra noot 52.

124. Zie hierover ook Winter 2003.

125. Zie over deze materie meer uitgebreid de Monchy/Legein 2009, hoofdstuk 1, en Van Schilfgaarde/Winter 2009, p. 42.

aspecten op een bepaald gebied? Die formulering is mijns inziens ongelukkig. Ik zou zeggen, dat het bestuur er slechts verantwoordelijk voor kan zijn, dat het bij het voorbereiden van het ondernemingsbeleid inventariseert, welke maatschappelijke belangen binnen de Triple-P-scope voor de onderneming relevant zijn en deze, voor zover het in de macht van de onderneming ligt om ze te behartigen, op de juiste wijze in de vaststelling en tenuitvoerlegging van dat beleid betreft.¹²⁶ Ook alleen daarop kan mijn inziens de goedkeuring van de raad van commissarissen, die *best practice* bepaling II.1.2. sub d) daarvoor vereist, betrekking hebben. Zo bezien, zou de conclusie kunnen luiden, dat het niet op de juiste wijze betrekken van de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten bij het ondernemingsbeleid en/of de uitvoering ervan wanbeleid zou kunnen opleveren, nu in het spoor van de ABN AMRO-beschikking principe II.1 als een uiting van een in Nederland heersende rechtsovertuiging kan worden beschouwd, mits men zou menen dat deze taakopdracht voldoende concreet is omschreven. Timmerman's eerste ongeschreven beginsel van ondernemingsrecht, dat van de zorgvuldige besluitvorming, is daarop van toepassing.¹²⁷

De volgende vraag die gesteld kan worden, is of aan die relevante MVO-belangen, die niet reeds als zodanig in het vennootschapsrecht een erkende positie hebben, gelet op hun erkenning in de code uit hoofde van het evenredigheidsbeginsel ook een positie toekomt in de afweging van het vennootschappelijk belang bij de vaststelling van het beleid en de besluitvorming over de uitvoering daarvan. Nu de code deze nieuwe verantwoordelijkheid bestempelt tot onderdeel van de kerntaken van het bestuur in principe II.1 moet niet uitgesloten worden geacht, dat ook aan de door het bestuur als relevant geïdentificeerde maar niet reeds vanouds erkende MVO-belangen een positie toekomt in het afwegingsproces van het vennootschappelijk belang. Voor concerns betekent het feit, dat de onderneming van de moedermaatschappij alle activiteiten van het concern omvat, dat het vennootschappelijk belang dat hier dient te worden behartigd de te erkennen belangen bij alle concernactiviteiten mede omvat.¹²⁸

Tot slot kunnen wij ons afvragen of de redelijkheid en billijkheid van art 2:8 BW vergen, dat aan de relevante MVO-belangen, voor zover zij al niet tot de zogenaamd institutioneel betrokkenen moeten worden gerekend, vol-

126. Deze kanttekening is met name van belang op het gebied van mensenrechten, waarvan Ruggie's *Framework 2008* stelt, dat ondernemingen 'slechts' een '*responsibility to respect*' hebben naast de '*duty to protect*' van de staten. Over deze '*responsibility to respect*' en de inhoud daarvan verwijs ik naar Eijshouts 2009.

127. Timmerman 2003; zie ook Timmerman 2004 over de 'pas toe of leg uit' formule.

128. Zie supra noot 18.

doende aandacht wordt besteed. Hier zou het met het oog op principe 11.1 en *best practice* 11.1.2, sub d) in lijn met de bovengenoemde ABN Amro uitspraak niet uitgesloten moeten worden geacht, dat de door de onderneming 'erkende' MVO-belangen zich als institutioneel betrokkenen kunnen beroepen op behandeling door vennootschap, bestuur en toezicht naar redelijkheid en billijkheid. De analyse in deze paragraaf zie ik overigens ook als bevestiging van mijn in het begin ervan geuite bezwaar tegen de leer, dat beleid en besluiten, die ingaan tegen algemeen geldende opvattingen aangaande MVO, als zodanig als onmaatschappelijk in vennootschapsrechtelijk relevante zin hebben te gelden.¹²⁹

5.4 MVO-actoren in actie in het vennootschapsrecht

In § 5.1 en 5.2 heb ik het vennootschapsrechtelijke normenkader behandeld, dat een rol kan spelen bij de behartiging van MVO-belangen. In deze paragraaf wil ik nagaan of en zo ja hoe de verschillende (categorieën van) *stakeholders* aan deze normen rechten tot bescherming van hun belangen kunnen ontleenen en daarbij de actoren en hun actiemogelijkheden in dit verband de revue laten passeren. Hierbij past een prealabele opmerking. Wat deze bescherming betreft dient namelijk te worden onderscheiden. Enerzijds gaat het om belangen, die *stakeholders* mogelijk kunnen hebben in hun hoedanigheid van 'erkend' institutioneel betrokkenen bij het beleid van de vennootschap als op continuïteit gericht samenwerkingsverband. Anderzijds gaat het om het belang schadeloos gesteld te worden voor hun aangedane schade als gevolg van, al dan niet in een enquêteprocedure vastgesteld, onjuist beleid van de vennootschap, aan deze of aan bestuurder(s) toe te rekenen. Ik behandel hierna achtereenvolgens de mogelijkheden om MVO-beleid af te dwingen of te corrigeren. Tot slot, hoewel het aansprakekijheidsrecht aan de orde komt in § 6, behandel ik in § 5.5 ook de vraag of vennootschapsrechtelijke acties mogelijk zijn om door onjuist MVO-beleid ontstane schade te verhalen op de vennootschap of de bestuurders.

5.4.1 MVO-beleid afdwingen door middel van het enquêterecht

Wat het afdwingen of corrigeren van beleid betreft is het enquêterecht het meest aangewezen middel. De functie van dit recht is het aan de orde stellen van het beleid en het voorzien in maatregelen, die op vordering van de verzoeker(s) in geval van geconstateerd wanbeleid naar het oordeel van de Ondernemingskamer in aanmerking komen. De beantwoording van de vraag, wiens belang de procedure dient, kan worden afgeleid uit de toe-

¹²⁹. Hamers, Schwarz & Steins Bisschop 2005, p. 9.

kenning door de wet van de bevoegdheid tot het vragen van de enquête. De primaire *stakeholders*, aandeelhouders en certificaathouders (art. 2:346 BW) en werknemers, vertegenwoordigd door de vakbonden (art. 2:347 BW), hebben de mogelijkheid het beleid op juistheid te laten toetsen. De uitgebreide jurisprudentie op het gebied van het enquêterecht laat een groot aantal situaties zien, waarin gegronde redenen aanwezig werden geacht om te twifelen aan juist beleid als het om de belangen van deze *stakeholders* ging, en, indien het onderzoek dat inderdaad bevestigde, het uitgesproken wanbeleid aanleiding gaf tot ingrijpen door de Ondernemingskamer.¹³⁰ Het openbaar belang, vertegenwoordigd door de advocaat generaal bij het Hof Amsterdam (art. 2:345, tweede lid BW), is sinds 1971 slechts vijfmaal aan de orde geweest in een enquêteprocedure.¹³¹ Andere categorieën *stakeholders* dan aandeelhouders, personeel en het openbaar belang, hebben de mogelijkheid niet het beleid aan de orde te stellen in een enquêteprocedure, tenzij hun bij de statuten of overeenkomst die mogelijkheid is geboden (art. 2:346, derde lid BW).

Vanuit MVO-oogpunt komt een nadere beschouwing in aanmerking over de kring van belanghebbenden, die worden toegelaten tot het enquêterecht. Daarover is het nodige te doen geweest. Zo is bijvoorbeeld regelmatig gesproken over de mogelijkheid het enquêterecht te verlenen aan de vennootschap zelf, aan het bestuur en aan de ondernemingsraad. In lijn met het advies Evenwichtig Ondernemingsbestuur¹³² van de SER¹³³ strekt het recent ingediende wetsontwerp tot wijziging van het enquêterecht dan ook tot toekenning van het recht aan de vennootschap zelf.¹³⁴

130. Zie Assink 2007, die aan de hand van een zeer uitgebreide analyse van die jurisprudentie een goed inzicht biedt in de typen van gevallen waarin sprake is van gegronde twijfel aan juist beleid c.q. wanbeleid.

131. Zie Cools, Geerts, Kroeze & Pijls 2009.

132. SER 2008a. Advies uitgebracht aan het kabinet op zijn adviesaanvraag van 19 juni 2007 over het versterken van de positie van werknemers in de vennootschap. Deze adviesaanvraag diende ter aanvulling op het rapport 2007 van de Monitoring Commissie naar aanleiding van haar opmerking, dat de onderneming een langetermijnsamenwerkingsverband is tussen verschillende bij de vennootschap betrokken partijen, waaronder zij ook expliciet verwijst naar de werknemers, maar waarover zij echter geen specifieke aanbevelingen geeft.

133. Het wel gevraagde advies, over het verlenen van het enquêterecht aan de ondernemingsraad, heeft de SER niet uitgebracht. Onoverkomelijke verdeeldheid daarover blijft.

134. Wetsvoorstel aanpassing enquêterecht 29 oktober 2009. Dat de vennootschap wel degelijk belang kan hebben bij een enquête ter bescherming van haar vennootschappelijk belang wordt mijns inziens op overtuigende wijze beargumenteerd door Steins Bisschop in zijn Maastrichtse oratie, waarin hij het actuele onderwerp behandelt van bescherming van de vennootschap tegen vijandelijke overnames en ongewenst aandeelhoudersactivisme. Steins Bisschop 2009.

Over de reikwijdte van het openbaar belang, vertegenwoordigd door de Advocaat -generaal kan worden gewezen op de conclusie van A.-G van Bruggen in een jaarrekeningzaak uit 1990¹³⁵, waarin de A.-G. over het openbaar belang in art 999, lid 2 RV (thans art 2:448, lid 1 Sub b BW) tot de slotsom komt:

‘Uit de wetsgeschiedenis kan mijns inziens worden afgeleid, dat aan het openbaar ministerie inderdaad een beperkte opdracht is gegeven en dat daaruit volgt, dat het in het algemeen alleen dan zal optreden wanneer andere, meer direct belanghebbenden, zoals aandeelhouders en vakbonden van werknemers, stilzitten en er een belang van openbare orde gemocid is met het instellen van een onderzoek’.

Mok gaat in zijn preadvies na welke andere belangen nog met een enquête gediend zouden kunnen zijn en hij noemt de volgende: handhaving van rechtsnormen, continuïteit van de onderneming, continuïteit van het betrokken type onderneming, managers, crediteuren, afnemers en mogelijk ook leveranciers en concurrenten en, tenslotte, derden.¹³⁶ Uit de door mij aangehouden lijst van MVO-*stakeholders*¹³⁷ zou ik daaraan willen toevoegen: de ‘*community at large*’, specifiek aangedane gemeenschappen, minderheden en personen, NGO’s (vergelijkbaar met vakbonden als erkende enquêtegerechtigden ten behoeve van de werknemers) en de overheden en autoriteiten. Wellicht zouden deze categorieën ook kunnen worden begrepen onder de categorie openbaar belang, vertegenwoordigd door de advocaat-generaal. Bij zijn laatste categorie, (ik neem aan: overige) derden, heeft Mok met name het oog op gedragingen van ondernemingen, waardoor hun belangen geschaad (kunnen) worden en hij verwijst ze daarvoor naar het algemene onrechtmatige daadrecht.

Is er inderdaad gegronde reden om aan juist beleid te twijfelen, dan kan de Ondernemingskamer onmiddellijke voorzieningen treffen als de bescherming van de betrokken belangen daartoe naar haar oordeel aanleiding geeft. Concludeert de Ondernemingskamer uit het rapport van de onderzoekers, dat er inderdaad sprake is geweest van wanbeleid, dan beschikt zij over een breed scala aan maatregelen om dat beleid te corrigeren en ervoor te zorgen, dat de vennootschap in de toekomst juist beleid zal voeren.

De vraag die in het kader van deze paragraaf aan de orde is betreft juist de mogelijkheid, die MVO-*stakeholders* zouden kunnen hebben om beleid van de vennootschap, waardoor hun belangen geschaad worden of dreigen te worden, op deze wijze te laten corrigeren. Daarbij kan gedacht worden

135. IIR 5 september 1990. NJ 1990,62 (Nedlloyd m.nt. Macijer).

136. Mok 2004, p. 83 ev.

137. Zie supra par 2.6.

aan structureel verwaarlozen van de belangen, die het bestuur als relevant heeft geïdentificeerd in het kader van zijn nieuwe verantwoordelijkheid voor de maatschappelijke aspecten in de Code Corporate Governance 2009. Steins Bisschop noemt in dit verband de mogelijkheid om MVO-*stakeholders* bij statuten het recht te verlenen tot het aanvragen van een enquête.¹³⁸ Dat is een nobele gedachte, maar ze getuigt mijns inziens niet van veel realisme. Als bestuur en commissarissen al een dergelijke statutenwijziging zullen voorstellen, zullen aandeelhouders een dergelijk voorstel niet erg warm onthalen.¹³⁹ Een 'initiatiefvoorstel' tot statutenwijziging door aandeelhouders zelf is evenmin te verwachten. Timmerman's beschouwingen over de relatie tussen codeverplichtingen en mogelijk wanbeheer roepen nog de intrigerende vraag op, of het kennelijk nalatig zijn door het bestuur in de identificatie van de relevante MVO-aspecten uit hoofde van principe II.1 en daarmee per definitie ook aan de vereiste vermelding in het *corporate governance* verslag van de hoofdzaken daarvan, tot wanbeheer kan leiden.¹⁴⁰ Dit geldt temeer in het licht van de opvattingen van de Hoge Raad over de concernenquête, waardoor ook de handel en wandel van het concern in het buitenland aan de orde kan komen.¹⁴¹

Tot slot nog een woord over de al eerder genoemde Batco beschikking uit 1979. Daarin leidde het niet voldoen door Batco Nederland bij de sluiting van haar fabriek in Amsterdam aan de overlegparagraaf in de door haar Engelse moedermaatschappij als beleidsuitgangspunt aanvaarde OECD Richtlijnen voor multinationals de OK onder meer tot de conclusie, dat er sprake was van wanbeleid. In het Algemeen Deel is aandacht geschonken aan de mogelijkheid, dat het NCP na onderzoek van een klacht over naleving van de OECD Richtlijnen zijn bevinding kan publiceren, dat de onderneming heeft gehandeld in strijd met de richtlijnen. De vraag die nu opkomt is of een dergelijk oordeel van het NCP aanleiding kan geven tot een enquête, nu het niet in acht nemen van de Richtlijnen gelet op de Batco-beschikking kan leiden tot het oordeel dat er sprake is (geweest) van wanbeleid. De vraag rijst verder, of thans nog zou moeten worden onderscheiden tussen de ondernemingen, die de OECD Richtlijnen expliciet hebben aanvaard en degene, die dat niet deden, nu de ontvankelijkheid van klachten bij het NCP tegen multinationals daarvan niet afhangt.¹⁴² De in

138. Steins Bisschop 2004, p. 80.

139. Zie in dit verband ook OK 5 oktober 2005, JOR 2005/296 (*Smit Transformatoren*, m.nt. Leijten) en OK 1 maart 2005, JOR 2005/87 (*Stichting Kinderopvang Nederland*, m.nt. Josephus Jitta). In beide zaken had het bestuur de enquêtebevoegdheid toegekend aan de ondernemingsraad.

140. Timmerman 2004.

141. Zie HR 4 februari 2005 *NJ* 2005, 127 (*Landis*); ook Bartman/Dorresteyn 2009, p. 93 e.v.

142. Het NCP baseert zich kennelijk op het door VNO-NCW namens haar leden onderschrijven van de OECD Richtlijnen, zie SER 2000, p. 83.

het Algemeen Deel geuite twijfel aan de vrijwilligheid van de OECD Richtlijnen in materiële zin wordt daarmee extra gevoed.¹⁴³ Daar is overigens op zichzelf niets mis mee, mits aan de eisen van due process is voldaan, hetgeen nu niet verzekerd lijkt.

5.4.2 Correctie van beleid via art. 2:15 en 2:8 BW

Correctie van beleid kan ook plaatsvinden door de in art 2:15 BW geboden mogelijkheid voor belanghebbenden om besluiten te laten vernietigen. Vanuit MVO-optiek is dan de vraag, welke gronden de wet daarvoor geeft. Dit zijn volgens het tweede lid: strijd met wettelijke en statutaire bepalingen, die het tot stand komen van besluiten regelen, strijd met de redelijkheid en billijkheid die door art. 2:8 BW wordt geëist en strijd met een reglement. Deze actie staat open voor degenen, die daarbij een redelijk belang hebben, aldus het derde lid van dit artikel. Het lijkt redelijk aan te nemen, dat aan, door het bestuur volgens de Corporate Governance Code 2009 als voor de onderneming relevant geïdentificeerde en dus erkende, maatschappelijke aspecten gerelateerde belangen toegang tot deze actie, met name in te stellen op grond van strijd met de redelijkheid en billijkheid, kan worden verleend.

Steins Bisschop vermeldt nog de mogelijkheid, dat, vertaald in mijn terminologie, MVO-*stakeholders* een actie kunnen instellen tegen het onmaatschappelijke karakter van ondernemingsbeleid op grond van strijd met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW.¹⁴⁴ Twee vragen zijn daarvoor van belang. Ten eerste de vraag jegens wie deze beginselen gelden, alleen de traditioneel zogenaamde institutioneel betrokkenen genoemd in het artikel, of ook tegenover 'erkende' MVO-*stakeholders*. Vervolgens de vraag, of zij zelfstandig kunnen worden ingeroepen of richting geven bij de beoordeling door de rechter van specifiek beleid of besluiten op grond van wettelijke bepalingen? De eerste vraag zou ik in positieve zin willen beantwoorden met een beroep op de Corporate Governance Code 2008. Wat de tweede vraag betreft ben ik geneigd geen ruimte aanwezig te achten voor een zelfstandige actie op grond van dit artikel gericht tegen beleid als zodanig. Het beginsel biedt natuurlijk wel een richtsnoer voor de rechter bij zijn oordeel in enquêteprocedures en acties ex art 2:15 BW over besluiten of handelingen ter uitvoering van dat beleid, die 'erkende' MVO-*stakeholders* wezenlijk raken.

143. Zie Eijsbouts e.a. 2010, § 5, laatste alinea. Een dergelijke bevinding is door het Engelse NCP uitgesproken in de Afrimex case (28 augustus 2008), waarin onder verwijzing naar Ruggie's *Framework 2008* werd geoordeeld, dat Afrimex niet had voldaan aan haar *due diligence* verplichtingen in haar *supply chain*.

144. Steins Bisschop 2004, p 78 ev.

5.4.3 Schadevergoedingsacties voor MVO-stakeholders in vennootschapsrecht?

Als gezegd heeft de enquêteprocedure niet tot doel om schadevergoeding toe te kennen bij gebleken wanbeleid. Ze kan wel dienen om, overigens vrij, bewijs op te leveren voor schadevergoedingsacties tegen bestuurders op grond van art. 2:9 BW. Dit is een actie die uitsluitend open staat voor de vennootschap en voor de curator ingeval van faillissement van de vennootschap.¹⁴⁵

Vooropgesteld moet worden, dat het bestuursbeleid wordt toegerekend aan de vennootschap en dat zonder specifieke bepaling het bestuur (en commissarissen, voor zover het hun toezicht daarop betreft) collectief (noch individueel) daarover in rechte kan worden aangesproken. Dat betekent overigens niet, dat bestuur en raad van commissarissen steeds vrijuit gaan als er iets aan te merken is op het beleid (of toezicht). De wetgever geeft geen vrijbrief en voorziet in de mogelijkheid van optreden tegen bestuurders (en commissarissen) die de hun in beginsel verleende uitsluiting van aansprakelijkheid niet naar behoren aanwenden. De normen voor het vestigen van persoonlijke aansprakelijkheid zijn echter strenger dan die in het normale verkeer. Dat is te verklaren uit de ruimere beoordelingsvrijheid die nodig is om de onderneming tot bloei te kunnen laten komen. Het nemen van risico's behoort tot het normale ondernemerschap, maar als gezegd behoort het tot de taak van het bestuur om een verantwoord risico-beleid te voeren.¹⁴⁶ De bestuurders zijn op grond van art 2:9 BW elk in algemene zin jegens de vennootschap gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hun opgedragen taak. De door de Hoge Raad daarvoor geobjectiveerde toetsingsnorm is die van wat van een nauwgezet en voor zijn taak berekende bestuurder mag worden verwacht. Eerst ernstige verwijtbaarheid leidt tot aansprakelijkheid.¹⁴⁷

MVO-stakeholders, die zich in hun belangen benadeeld achten door het handelen van de vennootschap, zullen zich dus moeten bedienen van art. 6:162 BW en dat in een actie tegen de vennootschap of tegen bestuurders, allen hoofdelijk of individueel als daartoe aanleiding bestaat zoals bijvoorbeeld geconcludeerd kan worden uit de bevindingen van de Ondernem-

145. Zie art 2:138/248 BW, die het bestuur bedreigen met hoofdelijke persoonlijke aansprakelijkheid in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur, waarvan komt vast te staan, dat het tot faillissement heeft geleid.

146. Zie over dit laatste uitgebreid Strik 2009.

147. Zie HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (*Staleman/van de Ven*); ook Timmerman 2008, nr. 31 en 32 en, zeer uitgebreid, De Valk 2009, gevolgd door, tot slot, Timmerman 2009.

mingskamer in de enquêteprocedure.¹⁴⁸ De vraag, die hierbij opkomt is die van een mogelijke actie door MVO-*stakeholders* tegen de vennootschap of bestuurders mede op grond van bevindingen door de OK in een niet door hen geëntameerde enquêteprocedure. Mij is geen voorbeeld daarvan bekend.

5.5 Conclusies

MVO-belangen hebben een erkende plaats gekregen in *corporate governance* en dus op grond van de beschikkingen van de Hoge Raad inzake HBG 2003 en ABN Amro 2007 mogelijk ook in het vennootschapsrecht door hun opname in de omschrijving van de kerntaken van het bestuur c.q. de raad van commissarissen in de Principes II.1 en III.1, met uitwerking in de best practice-bepalingen II.1.2.d) en III.1.6.g) van de Corporate Governance Code 2009. Op basis daarvan door het bestuur met goedkeuring van de raad van commissarissen geïdentificeerde, of in weerwil van het code voorschrift kennelijk nalatig ten onrechte niet geïdentificeerde, MVO-belangen kunnen een rol spelen in de vereiste evenwichtige belangenafweging door het bestuur. Een mogelijkheid tot correctie van beleid gericht op hun belangen via de enquêteprocedure hebben de MVO-belangen (nog) niet of het moest een indirecte zijn via een verzoek door de AG in het openbaar belang.¹⁴⁹ Vennootschapsrecht biedt geen mogelijkheid tot acties gericht op schadevergoeding voor MVO-belangen.

6 Het verbintenisrechtelijke kader: maatschappelijk verkeer in kwadraat

6.1 Een korte plaatsbepaling in MVO-verband

Ondernemingen zijn als deelnemers aan het maatschappelijk verkeer onderworpen aan de algemene regels van het civiele recht. Zij kunnen dus ook onrechtmatig handelen in de zin van art 6:162 BW. Omdat de rechtspersoon zelf geen schuld kan treffen, zal daartoe de schuld van de natuurlijke persoon die namens de vennootschap handelt aan de rechtspersoon moeten worden toegerekend.¹⁵⁰ In 1979 heeft de Hoge Raad beslist, dat dit

148. De omgekeerde weg is ook mogelijk, hoewel daarover verschillend wordt geoordeeld: wordt persoonlijke aansprakelijkheid vastgesteld, dan kan dat een indicatie opleveren voor wanbeleid door de vennootschap. Zie daarover Mok 2004, p. 51, en Van Solinge 1997, die dat onjuist acht.

149. Die mogelijkheid wordt geopperd door Steins Bisschop 2004, p. 81.

150. Zie Timmerman 2000, p. 122, en De Valk, p.70 e.v., over de objectivering daarvan in het kader van deze toerekening aan de vennootschap.

kan geschieden, als de gedragingen van degene, die in de sfeer van de rechtspersoon handelt, in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de rechtspersoon hebben te gelden.¹⁵¹ In MVO-verband gaat het dan met name om de gevallen, waarin de vennootschap door handelen of nalaten van personen in haar sfeer schade toebrengt aan de MVO-*stakeholders*. De vennootschap is dan gehouden die schade te vergoeden op grond van art. 6:162 BW, mits aan alle eisen die dat artikel stelt voldaan wordt. Daarnaast kan de bestuurder in vier gevallen naast de vennootschap persoonlijk aansprakelijk zijn jegens de derde.¹⁵² Uiteraard kan de vennootschap ook aansprakelijk zijn voor fouten van ondergeschikten (art 6:179 BW), van een niet-ondergeschikte (art. 6:171 BW) en van een vertegenwoordiger (art. 6:172 BW).

Als onrechtmatige daad worden ingevolge art 6:162, tweede lid BW aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond). Vanuit MVO-oogpunt zijn met name van belang de inbreuk op een recht zoals de subjectieve persoonslijksrechten van *stakeholders* (bv. recht op leven, lichamelijk integriteit, vrijheid, privacy en eer) en handelen c.q. nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Deze open norm komt alleen al vanwege haar benaming voor nadere beschouwing in het kader van MVO in aanmerking. Diezelfde naam zou overigens ook de gemakzucht kunnen dienen en tot de simpele conclusie kunnen leiden, dat onmaatschappelijk ondernemen aanleiding geeft tot aansprakelijkheid, mits uiteraard ook aan de andere eisen van art 6:162 BW is voldaan. Maar dat is natuurlijk te simpel. Maatschappelijk onmaatschappelijk is nog niet noodzakelijk juridisch onmaatschappelijk. Dat laatste wordt het pas als de rechter zo beslist, zodat nadere verkenning geboden is. Trouwens, het opschrift van deze § 6 is hiermee ook verklaard: aan de opvattingen in het maatschappelijk verkeer ontleent de rechter de criteria om te bepalen ten eerste of hij het handelen zal toerekenen aan de vennootschap en vervolgens of dit handelen onrechtmatig is.

Naast een korte behandeling van de inhoud van de maatschappelijke zorgplicht van ondernemingen komt in MVO-verband nog een tweetal aspecten

151. HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (*Kleuterschool Babbel*). Deze casus betrof het handelen van een wethouder, dat aan de gemeente werd toegerekend. Algemeen wordt aangenomen, dat deze uitspraak naar analogie ook geldt voor privaatrechtelijke rechtspersonen, waarmee de zogenaamde orgaantheorie overboord werd gezet. Zie over de aansprakelijkheid van de rechtspersonen en hun leidinggevendenden, onder meer in het kader van onrechtmatig handelen, zeer uitgebreid De Valk 2009.

152. Zie Slagter 2005, p. 100 ev.

in aanmerking. Met het toenemend belang van concerns betreft het eerste aspect de vraag, in hoeverre een moedermaatschappij aansprakelijk kan worden gehouden op grond van onrechtmatige daad als gevolg van handelen door haar dochtermaatschappijen. In het concernrecht wordt dit het leerstuk genoemd van de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid van de dochter naar de moeder. Het tweede aspect, ook in toenemende mate van belang in MVO-verband, is de vraag hoe het rechtens zit met betrekking tot deze doorbraak van aansprakelijkheid naar de Nederlandse moeder, als het gaat om een buitenlandse dochter. Dan komen aan de orde bevoegdheid van de rechter en toepasselijk recht.¹⁵³

Deze aspecten zijn complex vanuit zowel juridisch als feitelijk oogpunt. Het gaat daarbij om vragen van doorwerking van internationaal publiekrecht in nationaal recht, internationaal privaatrecht en concernrecht. Gelet op het bestek van dit preadvies zal ik mij dan ook moeten beperken tot een samenvatting van de resultaten van mijn studie, waarbij ik verder volsta met verwijzing naar meer uitgebreide studies op elk van de betrokken punten. In hoofdstuk 7 komen enkele van deze aspecten nog aan de orde in het kader van een verkenning van mogelijk toekomstige ontwikkelingen.

6.2 Inbreuk op een subjectief recht en strijd met een wettelijke plicht

De eerste twee categorieën van onrechtmatigheid, inbreuk op een recht en strijd met een wettelijke plicht, kunnen in MVO-verband een bron van aansprakelijkheden opleveren voor ondernemingen voor zover de MVO-normen een plaats in *hard law* hebben gekregen, waarbij ik verwijs naar het Algemeen Deel, § 6. De eerste categorie, inbreuk op een recht, is in het kader van MVO in toenemende mate van belang. Met name op het gebied van de mensenrechten is er, als in die genoemde § 6 gememoreerd, een uitgebreide reeks van bepalingen, voornamelijk neergelegd in internationale verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties, zoals het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en het Internationaal verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten. Deze verdragen kunnen niet alleen rechtstreekse verticale werking in de relatie staat – burger maar ook horizontale werking in de relatie tussen burgers onderling (waaronder begrepen rechtspersonen) hebben.¹⁵⁴ Dit is het in § 4.1. van het Algemeen Deel genoemde leerstuk van de doorwerking van internationaal publiekrecht in het nationale recht. Inbreuk door ondernemingen op die rechten kan leiden tot aanspraken van degenen die als gevolg daarvan schade leiden op grond van onrechtmatige daad, voor zover de rechter de directe en

153. Zie voor beide aspecten Enneking 2007 en Castermans & van der Weide 2009.

154. Zie hierover uitgebreid Enneking 2007; zie ook Van Genugten & N.M.C.P. Jägers 2003.

horizontale werking van de verdragen heeft erkend. Dat is bijvoorbeeld het geval met het stakingsrecht in art. 6, vierde lid Europees Sociaal Handvest, waaraan door de Hoge Raad directe en horizontale werking werd toegekend.¹⁵⁵

Vervolgens is vanuit MVO-oogpunt van belang het handelen in strijd met een wettelijke plicht, waaraan ondernemingen op MVO-gebied zijn onderworpen, zoals het verbod van de emissie van gevaarlijke stoffen, van beperking van de mededinging en het omkopen van (buitenlandse) ambtenaren, die bij overtreding aanleiding kunnen zijn voor benadeelde partijen om schade te vorderen van de onderneming.¹⁵⁶ Ik verwijs voor een verdere oriëntatie naar de bespreking van de wettelijke Triple P kaders in § 6 van het Algemeen Deel.

6.3 *Strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt*

De derde grond voor onrechtmatigheid is handelen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Centraal begrip is de vereiste zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer. Deze open norm zal de rechter in elk voorkomend geval aan de hand van de feiten inhoud moeten geven. Vanuit MVO-oogpunt gaat het er dan om wat de maatschappij in het algemeen en de *stakeholders* in het bijzonder van de onderneming mogen verwachten op het gebied van de jegens hen als belanghebbenden in acht te nemen zorgvuldigheid.

Over de zorgplichten¹⁵⁷, waaraan maatschappelijk betamelijke ondernemingen dienen te voldoen, zal de rechter zich in elk individueel geval moeten buigen, waarbij hij naast de algemene aspecten als waarschijnlijkheid en ernst van de schadetoebrengende gebeurtenis, de bezwaarlijkheid van maatregelen ter voorkoming ervan en de mogelijke eigen schuld van de gelaedeerde, met name zal moeten vaststellen, wat van de 'maatondernemer' redelijkerwijze gevergd kan worden. In zijn analyse wat deze zorgplicht inhoudt op het gebied van mogelijke schendingen van mensenrechten geeft Van Dam¹⁵⁸ een mooi overzicht, waarbij hij om te beginnen stelt,

155. HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688 (*Spoorwegstaking*). Zie ook Enneking 2007.

156. Zie met betrekking tot het omkopen van buitenlandse ambtenaren Eijssbouts e.a. 2010, § 4.1, en Kristen 2010, § 3.6.3.

157. Het begrip zorgplichten is ontwikkeld in het onrechtmatige daad recht, maar heeft tegenwoordig een veel bredere toepassing gekregen. Zie hierover Tjong Tjin Tai 2007, die zorgplicht definieert als een plicht tot handelen of nalaten t.b.v. een of meer concrete belangen van een persoon of object, p. 97.

158. Van Dam 2008, p. 55 e.v.

dat het hier, in de moderne *governance* terminologie, eerder een *principles based* dan *rules based* categorie betreft. Omdat mensenrechten in elk van de Triple P-sectoren aan de orde kunnen komen, kan de catalogus van Van Dam beschouwd worden als een goede checklist voor de meeste MVO-normen. Deze factoren zijn: mogelijke impact van handelen of nalaten op MVO-rechten of -belangen, de vereiste wetenschap daarvan, voldoende voorzorgsmaatregelen, de rol van bij het handelen van de onderneming betrokken derden (waaronder mede te begrijpen dochtermaatschappijen, aldus Van Dam) en de mate waarin de onzorgvuldigheid bijdraagt aan de schade.¹⁵⁹ Dit laatste verdient op het gebied van de mensenrechten een bijzondere beschouwing. Zoals ook Ruggie opnieuw heeft duidelijk gemaakt in zijn *Framework 2008*, zijn en blijven staten in de eerste plaats verantwoordelijk voor de bescherming van de mensenrechten (*the duty to protect*), maar de zelfstandige, van de *duty to protect* van staten losstaande, verantwoordelijkheid van ondernemingen om de mensenrechten te respecteren (*the responsibility to respect*) kan ertoe leiden dat zij door hun handelen of nalaten medeplichtig zijn aan de schending daarvan door staten.¹⁶⁰ Daarnaast kunnen ondernemingen natuurlijk ook in strijd handelen met hun zelfstandige verplichtingen tot het respecteren van mensenrechten op basis van indirecte horizontale werking daarvan.¹⁶¹ Ruggie stipuleert dan ook dat ondernemingen uit hoofde van hun genoemde zelfstandige verantwoordelijkheid om de mensenrechten te respecteren, *impact assessments* en *due diligence* programma's opzetten om de gevolgen van hun handelen of projecten voor de mensenrechten na te gaan alvorens deze activiteiten of projecten ter hand te nemen. In § 7 wordt op de verschillende relevante instrumenten uit de gereedschapskist van de onderneming ingegaan. Een aantal daarvan heeft gelet op hun brede toepassing in de praktijk concrete juridische betekenis in het kader van de invulling van de zorgplicht.

Tot slot nog een opmerking over het niet voldoen aan opgewekte verwachtingen. Dit laatste is in MVO-verband niet onbelangrijk, omdat ondernemingen tegenwoordig veelvuldig beleidsuitgangspunten of -voornemens op MVO-gebied publiceren, soms ter nakoming van een verplichting, vrijwillig aangegaan of opgelegd door *hard law*, *soft law* of collectieve zelfregulering. We betreden hierbij het terrein van de mogelijk onrechtmatige misleiding.¹⁶² Een *leading case* op dit gebied is de Kasky Nike case over

159. Deze catalogus is natuurlijk geïnspireerd op HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 (*Kelderhuik*); zie ook IIR 25 november 2005 *NJ* 2009, 103 (*Eternit*), waarover Castermans & Van der Weide, p. 17.

160. Daarop worden de zaken op grond van de *Alien Tort Claims Act* uit 1789 in de Verenigde Staten onder meer gebaseerd (het zogenaamde '*aiding and abetting*', wat leidt tot *complicity*). Zie daarover Eijssbouts 2009 en Enneking 2010.

161. Zie daarvoor Enneking 2007, p. 51-54 en Van Dam 2008, p. 30.

162. Art 6:193a e.v. BW; zie daarover ook Castermans & van der Weide 2009, p. 21-22.

het niet voldoen door Nike aan haar publiekelijk bekend gemaakte beleid om geen kinderarbeid te tolereren in haar *supply chain*. Een door Kasky tegen Nike daarover in California aangespannen zaak op grond van misleiding leidde tot een schikking, nadat het US Supreme Court had besloten de zaak in behandeling te nemen.¹⁶³

6.4 *Indirecte doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen ex art 6:162 BW*

Tot slot besteed ik in dit kader kort aandacht aan de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen, of zoals Roelvink deze figuur aanduidt, de doorbraak buitenom.¹⁶⁴ Het is goed ons steeds voor ogen te houden, dat het gaat om MVO-kwesties en daarom een opmerking vooraf: de doorbraak buitenom betreft vrijwel steeds situaties waarin dochtermaatschappijen niet meer aan hun financiële verplichtingen kunnen voldoen en de moedermaatschappij, anders dan op contractuele grond¹⁶⁵, wordt aangesproken voor het tekort. Het betreft dus gevallen, waarin de moeder wordt aangesproken uit hoofde van eigen onrechtmatig handelen, doordat zij er (mede) schuld aan heeft, dat de dochter niet in staat is aan haar schulden te voldoen. Daarbij speelt de grond van de vordering van de crediteur van de dochter in beginsel geen rol: die kan meerdere oorzaken hebben zoals een contractuele achtergrond of onrechtmatig handelen door de dochter. Vanuit MVO-oogpunt is de laatste invalshoek meer relevant: heeft de dochter een onrechtmatige daad gepleegd jegens een stakeholder en kan de moeder daarvoor (mede-)aansprakelijk worden gehouden? En dat ofwel in de situatie, waarin de dochter niet aan haar verplichting tot schadevergoeding kan voldoen, ofwel in de situatie waarin de dochter dat naar verwachting wel zal kunnen, maar een directe actie tegen de moeder om andere reden de voorkeur van de benadeelde partij geniet. Dat laatste kan het geval zijn vanwege gunstiger materieel recht of proceseconomie als het om een buitenlandse dochter gaat (waarover overigens ook hierna). Met het oog op deze specifieke invalshoek, waarbij het juist om onrechtmatig handelen van zowel dochter als moeder gaat, laat ik de bijzondere aansprakelijkheid van de moeder in geval van deconfiture van de dochter ex art 2:248, zevende lid BW hier verder buiten beschouwing. Deze aanspra-

163. Zie hierover Ward 2003, p. 18 ev. Het *California Supreme Court* had eerder geoordeeld, dat Nike's '*commercial speech*' niet onder de bescherming viel van het *First Amendment* van de *US Constitution* als '*political speech*'.

164. Zie Roelvink 1977 en 1988. Ik laat het ondernemingsrechtelijke fenomeen 'vereenzelviging', dat slechts bij hoge uitzondering wordt toegepast, in dit preadvies buiten beschouwing. Zie hierover ook Timmerman 2000, nr. 31.

165. Bijv. uit hoofde van een garantie of uit hoofde van een art 2:403 BW verklaring als voorwaarde voor vrijstelling van publicatieplicht door de dochter.

kelijkheid discrimineert immers niet naar de oorzaak van de deconfiture, nu die samenhangt met onbehoorlijk bestuur van de moeder ongeacht of er sprake is van onrechtmatig handelen van de dochter.¹⁶⁶

De eerste vraag die in dit verband aan de orde komt is die naar de zorgplicht van moeder voor het juiste beleid van de dochter op de MVO-gebieden, die voor de dochter van belang zijn. Op dit punt zijn de beschouwingen van Lennarts in haar bijdrage aan de 'Groninger' opstellen voor Timmerman verhelderend.¹⁶⁷ Ze behandelt daarin, kort gezegd, de problematiek van de zogenaamde *foreign direct liability*, de doorbraak van aansprakelijkheid van de moeder voor onrechtmatig handelen van haar buitenlandse dochter, een concept waarover deze dagen het nodige te doen is. Als katalysator daarvoor geldt een aantal geruchtmakende rechtszaken in de vorm van *class actions* in de Verenigde Staten tegen multinationals, zowel Amerikaanse als niet-Amerikaanse met een nexus in de US, op grond van de *Alien Torts Claims Act* van 1789.¹⁶⁸ De zaak Wiwa-Shell in de US-courts heeft in Nederland de publieke aandacht op deze vorm van *foreign direct liability* gevestigd.¹⁶⁹

Lennarts behandelt in haar opstel een Engelse zaak, Lubbe et al vs Cape.¹⁷⁰ Deze zaak betrof kort gezegd een vordering van werknemers en omwonenden van een vroegere Zuid-Afrikaanse dochtermaatschappij van Cape plc tegen deze moedermaatschappij op grond van schade die zij stelden geleden te hebben als gevolg van onverantwoorde productieomstandigheden in een door haar Zuid-Afrikaanse dochter geëxploiteerde asbestmijn. Deze zaak, waarin uiteindelijk een schikking werd bereikt, zodat het niet tot een einduitspraak is gekomen, is om een aantal redenen interessant. Juridische leerstukken als *forum non conveniens*¹⁷¹, zorgplichten, *double*

166. Zie HR 6 oktober 1989 NJ 1990, 286 (*Beklamet*), HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (*Hurks II*); van Schilfgaarde/Winter 2009, p. 182-183 en over de problematiek van aansprakelijkheid van de moeder bij betalingsonmacht van de dochter in het algemeen Lennarts 1999.

167. Lennarts 2003.

168. Zie hierover ook Enneking 2010.

169. Met Ruggie's *Framework 2008* heeft deze problematiek ook de aanzet gevormd voor de opdracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken tot het onderzoek genoemd in Eijlsbouts e.a. 2010, § 2.1, dat leidde tot Castermans & Van der Weide 2009.

170. House of Lords 20 juli 2000, Lubbe et al v. Cape plc, [2000] Lloyd's Rep 139; [2000] 1 W.L.R. 1545.

171. Het in de *common law* landen geldende principe dat een eiser in zijn eis die betrekking heeft op een kwestie die in een andere jurisdictie heeft gespeeld niet ontvankelijk is, indien deze in het betrokken land kan worden afgedaan. Daarbij speelt de wijze waarop die afdoening zal geschieden (bv aanmerkelijk minder ruimhartig schadevergoedingsrecht) in principe geen rol.

*standards*¹⁷² en de juridische betekenis van *soft law* komen in het opstel aan de orde. Het interessante van Lennarts' opstel voor ons onderwerp is, dat zij nagaat hoe deze casus naar Nederlands recht zou uitvallen als Cape plc een Nederlandse moedermaatschappij zou zijn geweest. Belangrijkste conclusies zijn dan: naar Nederlands recht zou 'Cape NV' in Nederland in rechte kunnen worden aangesproken¹⁷³ en toepasselijk materieel recht zou in beginsel zijn het recht van Zuid Afrika.¹⁷⁴

Voor dit onderdeel van mijn preadvies zijn de conclusies op het gebied van zorgplichten en *soft law* het meest van belang. Lennarts' beschouwingen over zorgplicht zijn grotendeels ontleend aan de rechtspraak op het gebied van indirecte doorbraak in situaties van financieel onvermogen van de dochter, die volgens haar ook kan dienen als basis voor de beoordeling van aansprakelijkheid van moedermaatschappijen in acties op grond van onrechtmatige daad. In de Cape-zaak hadden de advocaten van eisers aangevoerd, dat de activiteiten in Zuid Afrika in feite werden gecontroleerd door Cape plc in Londen en dat deze op de hoogte was van de daaraan verbonden gevaren voor de gezondheid van werknemers en omwonenden. Cape had daarom een *duty of care* jegens hen. In haar opstel breekt Lennarts een lans voor een directe en onafhankelijke plicht van de moedermaatschappij tegenover derden (werknemers, burens, de gemeenschap, de staat etc.) die aan risico's zijn blootgesteld ten gevolge van het werken met gevaarlijke stoffen door de dochter. Daarbij plaatst zij de kanttekening, dat daarbij het 'modicuze, maar tegelijkertijd nogal vage thema sociaal verantwoord ondernemen' niet nodig is. Als gezegd zoekt zij aansluiting bij de zorgplichten die de Hoge Raad heeft geformuleerd in het kader van de op onrechtmatige daad gebaseerde aansprakelijkheid van moeders voor hun dochters jegens een bepaalde groep *stakeholders*, namelijk de schuldeisers van de dochter. Ik ben geneigd deze stelling van Lennarts te onderschrijven, maar daarbij naast de categorie gevaarlijke stoffen ook betekenis toe te kennen aan die MVO-normen, die daarvoor voldoende specifiek zijn uitgekris-

172. Het probleem van 'double standards' betreft het verschil van normen en standaards tussen het land van de moedermaatschappij en dat van de buitenlandse dochter, waardoor het concern kan profiteren van kostenvoordelen; dit kan leiden tot de zgn. 'regulatory arbitrage'.

173. Deze conclusie lijkt voorlopig bevestigd door de uitspraak in de zaak Milieudefensie c.s.-Royal Dutch Shell plc/The Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd, waarin de rechtbank eisers ontvankelijk heeft verklaard (Rb Den Haag, 30 december 2009, HA-ZA 09-579).

174. Lennarts 2003, p. 183. Zie ook Enneking 2007, p. 82-94., en Castermans & van der Weide 2009, p. 34-40.

talliseerd en van voldoende gewicht, zoals de universele mensenrechten, als invulling van de open norm 'maatschappelijke betamelijkheid'.¹⁷⁵

Wat dit laatste betreft behandelt Lennarts ook de invloed van *soft law* en dan met name, in de context van arbeidsomstandigheden, de al eerder genoemde OECD Richtlijnen voor Multinationals 2000, hoofdstuk IV. Waar haar opstel in het bijzonder op de *foreign direct liability* ziet, is voor haar onderwerp natuurlijk interessant, dat de toelichting bij de Richtlijnen in het kader van arbeidsrelaties en -omstandigheden sinds 2000 het sinds 1976 gehanteerde principe van het naleven van de wetten in het gastland heeft vervangen door de toepassing in het gastland van de standaards in het land van het hoofdkantoor, waarmee althans op dit punt het probleem van de *double standards* wordt geadresseerd. Ook Lennarts wijst op de juridische relevantie van de, uitdrukkelijk onverbindende, OECD Richtlijnen voor de invulling, ook in een puur Nederlandse context, van de open normen in het Nederlandse onrechtmatige daadrecht, waarbij ze refereert aan de eerder door mij genoemde Batco zaak.¹⁷⁶ Als gezegd was daar weliswaar sprake van toetsing van besluiten van de ondernemer in het kader van de WOR en ondernemingsbeleid (conquêterecht), maar het valt niet in te zien, waarom deze normen niet op dezelfde wijze zouden kunnen meespelen bij de invulling van de maatschappelijke verkeersnormen in art. 6:162 BW. In dit verband wijs ik terzijde ook nog op het feit, dat Lennarts naast de OECD Richtlijnen ook de gedragscodes van individuele ondernemingen als vorm van zelfregulering rangschikt onder de categorie *soft law*.¹⁷⁷ In mijn benadering zijn de categorieën *soft law* en zelfregulering te onderscheiden vormen van MVO-normering. De juridische relevantie van beide categorieën heeft ook een verschillende achtergrond. In de *soft law* categorie waartoe de OECD Richtlijnen behoren, gaat het om breed gedeelde maatschappelijke opvattingen, onderschreven door de Nederlandse staat als lidstaat van de OECD en VNO-NCW namens haar leden.¹⁷⁸ In de categorie zelfregulering gaat het, voor zover de onderneming een gedragscode heeft vastgesteld en die ook heeft gepubliceerd¹⁷⁹, om de opgewekte verwachting, waaraan derden de onderneming kunnen houden.¹⁸⁰

175. In deze zin ook Castermans & Van der Weide 2009, p. 28. Langemeijer's correctief zal hierbij ruim aan de orde komen.

176. Zie met name § 4.5.1. slotlinea.

177. Zo ook Castermans & van der Weide, die de OECD Richtlijnen als een categorie van zelfregulering zien, p. 20.

178. Zie SER 2000, p. 98.

179. Hetgeen vrijwillig kan geschieden, maar voor beursgenoteerde ondernemingen verlangd wordt door de Nederlandse Corporate Governance Code, *best practice*-bepaling II.1.3, c); zie daarvoor ook § 7.3 en met name noot 192.

180. Zie art. 6:193g, sub a BW, Van Dam 2008, p. 49 en Castermans, 2008 p. 18 en 44.

7 Zorgplichten, *good practices* en MVO-beleid

7.1 Inleiding

In § 4 t/m 6 zijn de normatieve kaders voor MVO behandeld. Daarbij kwamen achtereenvolgens het verantwoordingskader, het vennootschapsrechtelijke gedragsnormenkader en het onrechtmatige daadkader aan de orde. Wij zagen, dat met name de laatste twee als centrale begrippen open normen kennen, bij de invulling waarvan de rechter zal moeten beoordelen of de rehtens geformuleerde of erkende zorgplichten in acht zijn genomen. Voor wat het vennootschapsrechtelijke kader betreft dient de rechter daarbij te toetsen of de vennootschap (vennootschappelijk belang, redelijkheid en billijkheid, juist beleid en elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap) en/of bestuur en toezicht (vennootschappelijk belang, redelijkheid en billijkheid, behoorlijk bestuur, persoonlijk ernstig verwijtbaar handelen) zich hebben gedragen overeenkomstig de daarvoor aan de hand van de voor de 'redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris' ontwikkelde geobjectiveerde normen. Een adequate bestuursstructuur en –organisatie liggen daaraan vanzelfsprekend ten grondslag.¹⁸¹ Voor wat het onrechtmatigheidskader betreft geldt de 'maatondernemer' (als rechtspersoon te onderscheiden van zijn collega natuurlijke persoon, de 'maatman') als toetscriterium.

Bij de hantering van deze normen zal de geadieerde rechter moeten nagaan, wat de 'stand van de techniek' op managementgebied is als maatstaf voor verantwoord ondernemen in elk concreet geval. Dit is geen statisch en vastomlijnd begrip. Zoals wij in § 5.1 zagen biedt de wet enkele aanknopingspunten voor de taken van het bestuur, zoals de verantwoordelijkheid voor de op de realisatie van de doelstellingen van de onderneming afgestemde strategie, het inventariseren van de algemene en financiële risico's en het opzetten van een beheers- en controlesysteem (art 2:141, lid 4 BW). Ik verwijs verder naar de in § 5.1 genoemde algemene beginselen van behoorlijk bestuur van Slagter, waaronder de 'wanbeleid'-formule 'elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap'.¹⁸² Van Leeuwen onderscheidt deze beginselen van haar intern gerichte 'beginselen van behoorlijk bestuur', waarbij zij opmerkt, dat men bij 'ondernemerschap' ook zou kunnen denken aan de externe effecten van ondernemershandelen, bijvoorbeeld de ethische aspecten van het zakendoen.¹⁸³

181. Zie voor de relatie bestuursstructuur en MVO De Graaf 2005 en De Waard 2008 en voor het beleid op MVO-gebied de Corporate Governance Code 2009, Principe II.1. Daarop sluit ook de MVO-definitie in operationele zin aan, zie Eijsbouts e.a. 2010, § 7.3.

182. Zie supra par 4.1.

183. Van Leeuwen 1990, p. 182, waarmee zij anticipeert op MVO.

Bij de beoordeling van concrete gevallen dient de rechter te rade te gaan bij de erkende algemene principes op management gebied en de in de betrokken bedrijfstak ontwikkelde en in beginsel breed toegepaste 'good practices'.¹⁸⁴ In het kader van MVO zie ik de volgende 'good practices' als richtsnoer voor ondernemingen: het bevorderen van een passende en ethisch verantwoorde ondernemingscultuur met een daarop afgestemd intern regelmechanisme, een op de werkzaamheden van de onderneming afgestemd systeem van risicobeheer waaronder *compliance*, het gebruik van erkende standaards voor structureel MVO-beleid, systemen van *benchmarking* met andere ondernemingen in de bedrijfstak, ketenbeheer en een goed ontwikkeld systeem van verantwoording aan en dialoog met de interne en externe *stakeholders* en een goed ontwikkeld systeem van klachtenbehandeling. Het toenemend gebruik van deze systemen in het algemeen of in een bepaalde bedrijfstak kan leiden tot norm.¹⁸⁵

Elk van deze 'good practices' laat ik hieronder kort de revue passeren.¹⁸⁶

7.2 Een ethische ondernemingscultuur

Ik noem het aspect cultuur gebaseerd op een solide integriteitsmanagement als eerste omdat het leidend is voor het succes van de onderneming op lange termijn.¹⁸⁷ Het is dan ook niet verwonderlijk dat hieraan in de *corporate governance* regelingen grote aandacht wordt besteed. De eerder genoemde drijfveren voor goede *corporate governance* en MVO met een systeem van hoge normen en waarden binnen de onderneming zijn tweërlei: enerzijds als basis voor waardecreatie (onder meer in de vorm van een goede reputatie) en anderzijds als element van risicomanagement. In de Nederlandse Corporate Governance Code vinden we dit laatste terug in best practice bepaling II.1.3 c): een gedragscode, die op de website wordt geplaatst. Het is opvallend, dat de Code de gedragscode ziet als instrument van intern risicobeheer en controle. De invalshoek daarbij is kennelijk die van het voorkomen van reputatieschade, waarover ook hierna in § 7.3, en

184. Zie Eijlsbouts e.a. 2010, § 5, voor het onderscheid *best practices* en *good practices*.

185. Zie Giesen 2007, § 4, over de betekenis van deze vormen van alternatieve regelgeving in het recht.

186. Zie ook Pitts 2009, die de volgende zeven *CSR Legal Principles* onderscheidt: *Integrated Sustainable Decision-making, Stakeholder Engagement, Transparency, Consistent best Practices, Precautionary Principle, Accountability en Community Investment*. Zie ook ICSA 2008, een handboek voor integraal MVO-management.

187. Zie hiervoor Sherman and Pitts 2008 en Heineman 2008. Heineman was jarenlang de Chief Legal Officer van General Electric en is thans Senior Fellow aan de Harvard Law School. Zie ook Raaijmakers 2005b, p. 32-33, die verwijst naar de *Hermes Principles* (*hermes.co.uk*) van de Engelse institutionele belegger Hermes, die een meer materiële benadering van het governance aspect voorstaat.

niet de creatie van waarde, zoals een goede reputatie. Het had in de rede gelegen, dat bij de recente herziening van de Code, waarbij maatschappelijk verantwoord ondernemen als kerntaak aan de bestuurstaken is toegevoegd, de gedragscode in de eerste plaats tot middel ter bevordering van de goede cultuur en dus tot waardecreatie en niet alleen tot beschermingsmaatregel te bestempelen. Uiteraard mag het geen dode letter blijven. Het voorschrift in de Code dat de bedrijfscode op de website wordt geplaatst is niet onbetekenend vanuit juridisch oogpunt, zoals ik al betoogde in § 5.4, nu het een verwachtingspatroon schept, waarop belanghebbenden de onderneming kunnen aanspreken.¹⁸⁸ Het spreekt dan ook voor zich, dat het systeem van *monitoring* en *rapportering*, dat in de genoemde *best practice*-bepaling onder d) is opgenomen mede betrekking heeft op de naleving van de gedragscode.¹⁸⁹ Een niet onbelangrijk aspect daarbij is een adequaat sanctiesysteem, waarbij een zorgvuldige afstemming zowel op het medezeggenschapsrecht als op het arbeidsrechtelijke kader vereist is. Tot slot merk ik in dit verband nog op, dat de Code Banken van bankbestuurders een moreel-ethische verklaring eist. De code biedt ook een voorbeeldverklaring daarvoor.¹⁹⁰

7.3 *Risicobeheer met nadruk op due diligence*

Zoals in § 5.1 al aangegeven is risicobeheer onderdeel van de wettelijke taak van het bestuur. Ter uitwerking daarvan bepaalt de Nederlandse Corporate Governance 2009 in *best practice* bepaling II.1.3, dat in de vennootschap een op haar toegesneden intern risicobeheersings- en controlesysteem aanwezig is.¹⁹¹ De daartoe behorende gedragscode, al genoemd in § 7.2., ziet niet alleen op een ethische cultuur maar ook op correcte bedrijfsprocessen. Afgezien van het feit, dat vrijwel elke gedragscode expliciet uitgaat van de naleving van wet- en regelgeving en interne voorschriften, worden daarin onder meer onderwerpen opgenomen die de reputatie van de onderneming, hoewel niet op de balans voorkomend een van de belangrijkste immateriële activa van de onderneming, waarborgen. De reputatie van de onderneming draagt in belangrijke mate bij aan haar succes en daarmee aan haar marktwaarde. Dramatische koersdalingen volgden op het naar buiten komen van de verschillende bedrijfsschandalen uit het

188. Zie met name ook supra noot 184.

189. Zie voor vergelijkbare voorschriften in de VS infra, noot 192.

190. Code Banken 2009, principe 3.2.3.

191. Zie over risicomangement als hoeksteen van corporate governance Schoordijk 2005 p. 309-329 en zeer uitgebreid en ruim gedocumenteerd Strik 2009, die ook ingaat op de dit thema in het kader van wanbeleid en bestuurdersaansprakelijkheid. Interessant zijn met name ook haar beschouwingen op het gebied van de organisatie van risicobeheer en *compliance*, die naar haar mening los van elkaar dienen te staan (p. 243).

recente verleden tonen dit aan. Dit verklaart de focus van elke *corporate governance* regulering op het belang van beleid en instrumenten, die aan de vestiging en bescherming van een goede reputatie kunnen bijdragen.¹⁹² Reputatie is ook sterk verbonden met MVO, zoals tal van voorbeelden uit het verleden hebben laten zien. Milieurampen, omkoopschandalen, schendingen van mensenrechten en vele andere vormen van onmaatschappelijk gedrag leiden niet alleen tot veroordeling in rechte tot het betalen van omvangrijke boetes en schadevergoedingen, maar aan de kaak gesteld door NGO's hebben ze ook een belangrijke invloed op het gedrag van consumenten, leidend tot verlies van omzet voor en aandeelhouderswaarde van de betrokken onderneming. Het is dan ook opvallend, dat evenmin als Assink in zijn preadvies rept over MVO als (code-)taak van het bestuur, Strik in haar preadvies rept over de gedragscode als een van de risico-instrumenten, genoemd in *best practice*-bepaling II.1.3. van de Corporate Governance Code 2009. In haar instructieve lijst van 13 punten, opgesteld mede op basis van beschikbare jurisprudentie en die geacht mogen worden een rol te spelen bij de vaststelling van de gedragsnormen voor behoorlijk bestuur op het gebied van risicomanagement, komen we de invalshoek van MVO evenmin expliciet tegen.¹⁹³

Het meest toegepaste en daarom ook in de toelichting bij de Corporate Governance Code genoemde systeem is het COSO Enterprise Risk Management systeem, dat een integrale benadering van de drie belangrijke pijlers van ondernemen behelst: strategie en operaties, financiële verslaglegging en compliance.¹⁹⁴ Op het gebied van MVO noem ik in het bijzonder *due diligence* als belangrijk, hoewel in MVO-verband relatief nieuw, onderdeel van risicomanagement. Hoewel dit begrip veelal in relatie wordt gezien tot de M&A-praktijk, heeft het een veel ruimere toepassing. In zijn dissertatie over *due diligence* behandelt Brink in het hoofdstuk over de leerstukken, die ten grondslag liggen aan onderzoeksplicht en mededelingsplicht en die de juridische kern vormen van het *due diligence* onderzoek, ook het leerstuk van de zorgplichten.¹⁹⁵ Ik verwees in § 6.3. over zorgplichten al naar Ruggie's *Framework 2008* en de door hem daar-

192. Op dezelfde wijze als de Nederlandse Corporate Governance Code het belang van een goede cultuur onder meer met behulp een op de onderneming toegesneden gedragscode benadrukt, vereisen de *corporate governance* regels van de beurzen in de USA voor daaraan genoteerde ondernemingen een *code of conduct* met publicatie, *monitoring* en *enforcement* eisen. Deze eisen door de beurzen zijn gebaseerd op voorschriften van de SEC, die op haar beurt hiertoe is verplicht door de *Sarbanes Oxley Act 2002*. Het niet in acht nemen van deze beursvoorschriften wordt bedreigd met *de-listing*.

193. Strik 2009, p 281 ev.

194. Zie, zeer uitgebreid, Strik 2009 en, meer specifiek over het COSO *Enterprise Risk Management* systeem, Schoordijk 2005.

195. Brink 2008, p 165-168.

in als ‘*universal baseline expectation*’ voor ondernemingen in het kader van hun *responsibility to respect human rights* gestipuleerde *due diligence* naar de effecten voor de mensenrechten van hun projecten en activiteiten. De eerste stelling van Brink bij zijn proefschrift luidt: ‘Een *due diligence* onderzoek behoort tot de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap’. Ter staving van deze stelling behandelt hij onder het hoofd ‘bestuurdersaansprakelijkheid’ de rol van elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap in het bijzonder in die gevallen, waarin sprake was van *due diligence* in een overname. Eenzelfde redenering kan gelden als het om belangrijke samenwerkings- of investeringsprojecten gaat, met name in landen waar de overheid het met MVO-normen zoals die inzake mensenrechten en milieu niet zo nauw neemt. De mogelijke juridische aansprakelijkheden voor de betrokken dochtermaatschappijen (met mogelijkheid van indirecte doorbraak) en de reputatieschade zijn zeker aspecten, die tot *impact assessment* en *due diligence* dienen te leiden, wil de vennootschap zich kunnen beroepen op verantwoord ondernemerschap en het bestuur kunnen spreken van behoorlijk ondernemingsbestuur. In zijn analyse van de bestaande instrumenten en problemen op het gebied van mensenrechten heeft Ruggie een kleine vierhonderd gevallen aangetroffen van (medeplichtigheid aan) schending van mensenrechten door ondernemingen. De catalogus daarvan wordt momenteel benut door het Ruggie-team om een systeem van *due diligence* op dit gebied te ontwikkelen.¹⁹⁶

7.4 Compliance

Compliance (naleving van wet- en regelgeving, waaronder ook de interne regelgeving met de gedragscode en de daarin behandelde ethische normen, van de deelrechtsorde) is in de huidige tijd als ‘*good practice*’ niet meer weg te denken.¹⁹⁷ Dit vindt ook zijn reflectie in de Corporate Governance Code, Principe II.1. *Compliance* beleid binnen ondernemingen heeft tegenwoordig dan ook een breder bereik dan naleving van *hard law*, nl. ook van *soft law*, zelfregulering en niet gecodificeerde ethische normen.¹⁹⁸ Hoewel *compliance* vaak wordt gerekend tot risicobeheer, behandel ik het als een aparte categorie, omdat het als een integrale component van *cor-*

196. Er zijn al diverse publicaties over human rights due diligence: zo heeft de organisatie Aim for Human Rights in 2007 een Best practice guide to the human rights compliance assessment opgesteld (info@humanrights.nl) en een coalitie van het Office of the UN High Commissioner for Human Rights, Global Compact, International Business Leaders Forum en het Castan Centre for human Rights Law aan de Monash University, heeft de Human Rights Translated, A business reference guide uitgegeven.

197. Zie over het compliance-onderzoek ook Brink 2008, p. 60.

198. Voor een praktische handleiding voor (bedrijfs-)juristen op het gebied van *compliance* verwijs ik naar van Leeuwen, van der Staay & Javornik 2009, hoofdstuk 4.

porate governance naast het aspect van risicobeheer ook het aspect van waardecreatie betreft.

Op het stuk van zorgvuldigheid van beleid en in het bijzonder van *compliance* met wet- en regelgeving vond ik de beschouwingen van Timmerman over toerekening van onrechtmatige daad respectievelijk strafbaar handelen behartigenswaardig. Naar aanleiding van het Veder arrest meende hij, dat adequaat veiligheidsbeleid gericht op het zoveel mogelijk voorkomen van gasexplosies toerekening zou kunnen voorkomen.¹⁹⁹ In dit verband verwijs ik nog naar de *US Federal Organisational Sentencing Guidelines*.²⁰⁰ Deze richtlijnen voor *Department of Justice* en Federale rechter bij de vervolging en berechting van crimineel handelen door ondernemingen uit 1991, laatstelijk uitgebreid herzien in 2004, gaan ervan uit dat een robuust *compliance* programma een strafverminderend effect kan hebben. De eisen waaraan zo'n programma dient te voldoen zijn in 2004 met het oog op de schandalen rond Enron, Tyco en Worldcom aanzienlijk uitgebreid en verscherpt. Hoofddregel is dat het bestuur een cultuur van ethisch handelen hoog in het vaandel heeft, uitdraagt en met behulp van aan groot aantal concreet voorgeschreven maatregelen bevordert. De *Sentencing Commission* uit het *Congress* heeft bij deze nieuwe versie aanbevolen, dat dezelfde maatstaven voor *compliance* programma's zouden worden aangelegd bij de beoordeling van administratief en civielrechtelijke sanctionering van ondernemingen. De praktijk wijst uit, dat deze aanbeveling wordt overgenomen door de belangrijke *regulators*, niet alleen in de Verenigde Staten zoals de SEC, maar in toenemende mate ook daarbuiten. Goede *corporate governance* vereist dus niet alleen voor multinationals met activiteiten in de US *compliance* met deze *Guidelines*. Het is tegenwoordig bepaald niet meer uitzonderlijk, dat ondernemingen het management op alle niveaus beoordelen op *compliance* met het MVO-beleid van de onderneming en dit laten meespelen bij het belonings- en bevorderingsbeleid.²⁰¹

7.5 MVO-standaards, tools, benchmarking en audit

De afgelopen jaren zijn er diverse standaards ontwikkeld die ondernemingen kunnen toepassen in hun bedrijfsprocessen om MVO daarin een structurele plaats te geven. De ISO, de internationale organisatie voor de ont-

199. Timmerman 2000, p. 127; HR 4 oktober 1991 *NJ* 92 nr. 410 (*Veder BV*). In het strafrecht zou dat dan tot strafvermindering kunnen leiden. Zie over de vergelijking in toerekening tussen civiel- en strafrecht uitgebreid De Valk 2009, p. 524 ev.

200. Beschikbaar op <www.usssc.gov>

201. In 2010 heeft de Vereniging van Beleggers voor Duurzame Ontwikkeling een gids uitgegeven voor Sustainable Remuneration, waarin wordt aangegeven hoe MVO-aspecten in het beloningsbeleid kunnen worden geïntegreerd, zie <www.vbdo.nl>.

wikkeling van kwaliteitsstandaarden, heeft speciaal met het oog op structureel MVO-beleid door ondernemingen de niet verbindende ISO 26000 standaards ontwikkeld. Ook de SA 8000 standaard, opgesteld door SustainAbility, een NGO, is gericht op MVO-beleid. Het zich publiek binden aan deze normen schept verwachtingen, waarop de onderneming bij niet voldoen daaraan kan worden aangesproken eventueel op grond van misleidende handelspraktijken, zowel voor de rechter op grond van onrechtmatige daad als voor de Consumentenautoriteit.²⁰²

In toenemende mate sluiten met name multinationale ondernemingen zich ook aan bij organisaties die zich bezig houden met *benchmarking* op MVO-gebied, zoals de *Dow Jones Sustainability Index* (DJSI) en de *FTSI4Good* index. Deze organisaties hebben per bedrijfstak uitgebreide verificatieschema's opgesteld om het MVO-beleid en de uitvoering daarvan bij ondernemingen vast te leggen. Ze houden daarvan ook ranglijsten bij, die door institutionele beleggers worden gehanteerd bij hun beleggingsbeslissingen. De positieve uitwerking van dit beleid op *governance*, reputatie en risicobeleid van de betrokken ondernemingen speelt daarbij een belangrijke rol. Deze *benchmarking* organisaties vereisen van de aangesloten ondernemingen ook een onafhankelijke *audit* van hun rapportage over hun MVO-beleid en -prestaties.²⁰³ Dit alles kan normatieve betekenis krijgen.

7.6 Ketenbeheer

Van ondernemingen wordt in toenemende verwacht dat zij de invloed die ze kunnen uitoefenen op de naleving van MVO-normen door partijen met wie ze handelen in de keten in hun bedrijfstak, directe en indirecte leveranciers en afnemers, aanwenden met name in internationaal verband. Bij de selectie van zakenpartners wordt van ondernemingen dan ook een *due diligence* onderzoek naar het MVO-beleid en de uitvoering daarvan verwacht. Ruggie's *Framework* 2008 ziet dit als een van de kernverantwoordelijkheden van ondernemingen. Daarmee en met de daardoor mede geïnspireerde SER Verklaring 2008²⁰⁴ krijgt MVO ook voor het MKB een internationale dimensie. De mede op grond van deze SER Verklaring in § 3.2 genoemde Richtlijn 400 RJ en de daarbij behorende Handleiding in de nieuwe 2009 versie behandelen onder meer de transparantie van het ketenbeheer door ondernemingen. De overheid heeft inmiddels ook voor haar eigen inkoopbeleid ingezet op duurzaamheid.

202. Zie supra § 6.4. en Castermans & van der Weide 2009, p. 21-22.

203. Nederlandse multinationals bekleden al enkele jaren de topposities in hun sectoren van de DJSI.

204. Zie Eijshouts e.a. 2010, § 5.

7.7 *Stakeholder management, dialoog en conflictmanagement*

Ik sluit dit hoofdstuk af met *Stakeholder management*, een cruciaal aspect in MVO-beleid. Het vereist een structureel op MVO-beleid geënte en een op dialoog gerichte cultuur, *impact assessment*, *due diligence* en transparantie.²⁰⁵ Naast de verplichte periodieke publicaties, jaar- en kwartaalverslagen behandeld in § 4.4, wordt door ondernemingen op grond van effectenregelgeving (wet of beursvoorschriften) tussentijds gerapporteerd over ontwikkelingen, die voor beleggers en het publiek in het algemeen van belang zijn bij de beoordeling van het beleid en de daaraan te verbinden beleggingsbeslissingen.

Onder meer aan de hand van deze publicaties worden met beleggers en de betrokken maatschappelijke groeperingen (NGO's) gesprekken gevoerd over beleid, prestaties en wensen. Procedures voor interne klachtenbehandeling zijn verplicht onder de *corporate governance* regimes, waaraan beursgenoteerde ondernemingen zijn onderworpen.²⁰⁶ Ruggie's *Framework 2008* kent, naast de *State duty to protect* en de *Corporate responsibility to respect*, als derde pijler *Access to remedies*. Daaronder wordt de invoering van een systeem bepleit om externe klachten te behandelen met behulp van mediation in aanvulling op adequate toegang tot juridische middelen. Ruggie ziet hierin een methode om eventuele problemen zo vroeg mogelijk aan te pakken en escalatie naar juridische procedures te voorkomen.²⁰⁷ Dit zal voor een aantal ondernemingen ongetwijfeld een cultuurverandering vergen, omdat ze in hun conflictmanagement beleid (nog) niet structureel met deze nieuwe vormen van conflictaanpak werken en hun systemen daarop niet zijn ingericht. Ruggie's team in Harvard werkt aan een model voor deze procedures op MVO-gebied.²⁰⁸ Gelet op de mogelijk grote invloed van dit soort conflicten op de reputatie en in toeneemende mate ook op de juridische consequenties daarvan komt het vanuit verantwoord *corporate governance* beleid en met name goed risicobeheer in aanmerking, om deze methoden van conflictoplossing structureel in te voeren. Toepassing van mediation leidt tot behoud van controle over de oplossing van het conflict en past daarom in een intern risicobeheersings- en controlesysteem als bedoeld in best practice bepaling II.1.3 van de Corporate Governance Code 2008.²⁰⁹

205. Zie over stakeholder management De Graaf 2005, hoofdstuk 10, en De Waard, § 2.3.

206. Zie bv. de Corporate Governance Code 2008, *best practice* bepaling II.1.7.

207. Zie hierover meer uitgebreid Eijssbouts 2009.

208. Rees 2008.

209. Zie hierover Eijssbouts & Schonewille 2008. Zie voor een uitgebreide juridische beschouwing van zakelijke conflictmanagement technieken Van Beukering-Rossmüller 2007.

8 Mijn Triple-P bottom line

8.1 Inleiding

Aan het eind gekomen van mijn preadvies, kom ik tot mijn Triple-P bottom line, waarin de P staat voor Plea. Dus drie pleidooien, in de traditie van de Nederlandse Juristen Vereniging toekomstgericht. Gelot op het internationaal weer aan invloed winnende *stakeholder* denken na het failliet van de *shareholder value maximization* benadering van de laatste 25 jaar betreft mijn eerste pleidooi het in de wet inhoud geven aan het pluraliteitsbeginsel door het begrip 'vennootschappelijk belang' meer concreet te omschrijven. Mijn tweede pleidooi betreft de introductie van een actie, zij het indirect, voor de andere *stakeholders* dan aandeelhouders en personeel (via de vakbonden) om het beleid in rechte te laten toetsen. Tot slot bepleit ik om te bezien of een nieuw aansprakelijkheidsregime kan worden ontwikkeld voor concerns, waarin aan het *enterprise-liability* model uitvoering kan worden gegeven.

8.2 Expliciete pluraliteit in de vennootschappelijke belangenafweging?

De vele beschouwingen die sinds het arrest Doetinchemse IJzergieterij uit 1949 zijn gewijd aan het begrip vennootschappelijk belang, waarvan ik een samenvatting gaf in § 5.2, tonen dat dit een voor juristen buitengewoon intrigerend begrip is. Ik liet met name zien, dat dit begrip zelf voorwerp is van een grote pluriformiteit aan opvattingen, zowel wat inhoud, reikwijdte, ordeningsnorm als toetsingsnorm betreft. In hun bewerking van Asser Macijer stellen Van Solinge en Nieuwe, dat over de functie van het begrip als richtsnoer voor het handelen van bestuur en commissarissen veel minder verschil van inzicht bestaat dan over de inhoud. Bestuurders, commissarissen en in voorkomende gevallen ook rechters kunnen wel uit de voeten met deze open norm, die naar gelang het concrete geval resulteert in een redelijke en billijke uitkomst.²¹⁰ Dat is een opmerkelijke constatering als met name over de inhoud verschil van inzicht bestaat. Voor de praktijkjurist, die de ondernemer moet adviseren, is het dan ook koorddansen met een te korte evenwichtslat, hetgeen vooral in concernverband tot uiting kan komen. Het is onmogelijk de ondernemer een 'hard and fast rule' te bieden om tot de juiste inventarisatie van de in aanmerking komende belangen en de afweging daarvan te komen.²¹¹ Ik refereer

210. Asser/Macijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, p. 395.

211. Assink 2010 ontwikkelde een handzaam raamwerk (p. 41) om het begrip vennootschappelijk belang beter te operationaliseren, maar daarin worden met name de traditionele institutionele belanghebbenden betrokken, die hij als 'onderkant' (de onderneming) en 'bovenkant' (de aandeelhouders) aanduidt. Andere MVO-belangen worden er niet structureel in betrokken. Hij onderscheidt ook de aspecten gedragsnorm en beslisregel, van welk laatste aspect de toetsingsnorm deel uitmaakt (p. 37).

nogmaals aan het pleidooi van Honée uit 1996 in zijn artikel met de veelzeggende titel 'Commissarissen, gezanten uit Niemandland'²¹², waarin hij beargumenteerd concludeert: 'dat het geen gemis zou zijn wanneer in de wet een normstelling van deze strekking niet zou voorkomen'. Zijn grootste bezwaar tegen het begrip is dat het teveel functioneert als een vrijbrief voor bestuur en commissarissen om de motivering van hun besluiten te versluieren onder een vage norm. Het begrip zou als verantwoordingsnorm tekortschieten. Winter's betoog, dat het vennootschappelijk belang een 'leeg begrip' is sluit daarbij aan. Wat die verantwoording betreft verwijst ik met name naar Timmerman's repliek aan de Kluiver, genoemd in § 5.2. Hij betoogt, dat het voordeel van de *enlightened shareholder value* norm daarin bestaat, dat er meer openlijk moet worden aangegeven door bestuur en toezicht, waarom in een concreet geval het aandeelhoudersbelang heeft moeten wijken en dat dit geen verkeerd idee is in een tijd waarin om meer openheid wordt gevraagd. Dit betreft dus niet de inhoud maar de aard van de norm en sluit ook aan bij de roep om meer transparantie over MVO-beleid, waarover ik schreef in hoofdstuk 3.

Nu MVO-belangen een plaats hebben gekregen in *corporate governance* en daarmee mogelijk dus ook in het ondernemingsrecht, voor zover ze al niet onder het vennootschappelijk belang zouden vallen waarover dus geen eenduidigheid bestaat, komt het in aanmerking om daarin klaarheid te bieden. Ik zou dan ook willen bepleiten, dat de Nederlandse wetgever het begrip vennootschappelijk belang vervangt door een bepaling, die het pluraliteitskarakter van de belangen, die bij de vennootschap c.q. de onderneming zijn betrokken, specificeert op een wijze zoals de Engelse *Companies Act* 2006 dat in de nieuwe *section 172* heeft gedaan en die ik in § 3.3 heb geciteerd. Daarbij zou dan op dezelfde wijze als in Engeland is gebeurd het belang van de vennootschap en haar onderneming op de lange termijn als belangrijkste richtsnoer worden geformuleerd. In de traditie van ons pluraliteitsbeginsel zou daarbij echter verduidelijkt moeten worden, dat dit belang van de vennootschap en haar onderneming, anders dan in Engeland, niet het belang van aandeelhouders is. Iets anders is natuurlijk, dat het zo gespecificeerde belang over het algemeen wel kan samenvallen met het belang van aandeelhouders op de lange termijn. Zie daarover ook mijn conclusie in § 3.7. Gelet op het verantwoordingskarakter van de norm zal zo nodig ook duidelijkheid moeten kunnen worden verkregen over de manier, waarop de diverse belangen hebben meegespeeld in het afwegingsproces tot een besluit.

212. De Naamloze Vennootschap 74/11 november 1996.

8.3 *De A-G in actie voor MVO-stakeholders?*

In § 2.3. gaf ik aan, dat de keuze in de *Companies Act 2006* voor de ‘enlightened shareholder value’ benadering ten koste van de ‘pluralist approach’ met name daarin praktische betekenis heeft gekregen, dat aan de in *section 172* genoemde belanghebbenden, anders dan de aandeelhouders, geen actie tot nakoming van de *duty* van de directors is verleend. Nu wij in Nederland een goed ontwikkeld enquête-recht hebben, waarin het beleid kan worden getoetst, zou aan ons pluraliteitsbeginsel ook op dat punt inhoud kunnen worden gegeven. In het voorstel tot herziening van het enquête-recht is weliswaar uitgegaan van een inperking van de mogelijkheden voor aandeelhouders bij grote vennootschappen tot het aanvragen van een enquête, maar dat beoogt de antagonistische enquête terug te dringen. Daarvan is de laatste jaren meer en meer gebruik gemaakt op een wijze die niet overeenstemt met de oorspronkelijke bedoelingen van het middel. Niettemin zou ik de mogelijkheid willen bepleiten, dat de *stakeholders* toegang, zij het indirect, tot het enquête-recht wordt gegund. Ze zouden de advocaat-generaal bij het Hof Amsterdam kunnen verzoeken een enquête-verzoek in te dienen bij de Ondernemingskamer, mogelijk onder de noemer van een ruimer te interpreteren ‘openbaar belang’²¹³ of onder eigen noemer, met de bedoeling te laten vaststellen, of het ondernemingsbeleid de toets van een evident onredelijke belangenafweging kan doorstaan.²¹⁴ Dit zal ongetwijfeld tot een ‘*landslide*’ wijziging leiden in de taken van de advocaat generaal en het zal hem, en niet alleen hem, waarschijnlijk een cultuurschok bezorgen.

In zijn studie naar de rol van het OM in het ondernemingsrecht heeft Schmieman in 2004 gepleit voor een activering van die rol.²¹⁵ Hij heeft daar ook aanbevelingen voor gedaan. Het lijkt er niet op, dat daarmee iets is gedaan, maar de analyse is nog steeds van nut, zeker in het huidige tijdsgewricht waarin een herijking plaats vindt van de rol van de onderneming in de maatschappelijke orde die gepaard gaat met een opwaardering van het pluraliteitsbeginsel.

8.4 *Enterprise-liability voor concerns?*

Mijn derde en laatste pleidooi betreft het idee om een internationale studie te entameren naar de mogelijkheden tot invoering van een internationale *enterprise liability* voor multinational concerns.

213. Zie voor een pleidooi in deze zin ook Steins Bisschop 2004, p. 81.

214. Zie Timmerman 2003, p. 561 en Wezenan 2007, p. 100.

215. Schmieman 2004. Zie ook Bartman/Dorresteyn 2009, p. 307.

In hoofdstuk 1 verwees ik naar de fenotypen, waarmee concerns tegenwoordig aan het firmament verschijnen. Ik stelde de vraag, of het in beginsel nog steeds op de enkelvoudige vennootschap als grondmodel gebaseerde ondernemingsrecht nog wel 'fit for purpose' is voor het moderne concern in een internationale context.

Onderwerp van de studie zou dan de mogelijkheid betreffen tot invoering van een wereldwijd geldend verdrag, op grond waarvan de moedermaatschappij, behoudens tegenbewijs, in beginsel aansprakelijk zou zijn voor schade aangericht aan MVO-belangen door haar buitenlandse dochtermaatschappijen overeenkomstig een bij hetzelfde verdrag overeen te komen uniform materieelrechtelijk regiem voor aansprakelijkheid.²¹⁶ De beoordeling van deze zaken, die niet met moderne conflictmanagement technieken als mediation kunnen worden opgelost, zou kunnen worden voorgelegd aan een WTO-panel. De WTO heeft een goed ontwikkeld apparaat voor en al een ruime ervaring met internationale geschillenoplossing, waarbij veelal ook (belangen van) staten zijn betrokken. Het zou wel betekenen, dat de WTO haar heersende aversie laat varen tegen het betrekken van MVO-belangen bij de beoordeling van investeringsgeschillen in WTO-verband.²¹⁷

Deze benadering heeft een aantal voordelen. Ten eerste kan er mee worden voorkomen, dat er een bonte mengeling ontstaat van nationale wetten op *foreign direct liability (FDL)*.²¹⁸ Extraterritoriale werking van civiel recht is een allerm minst onbetwist rechtsfenomeen.²¹⁹ Het ondermijnt juridische grondbeginselen en leidt tot toenemende juridische en zakelijke onzekerheid. Het verhoogt bovendien de kans op vergeldingsmaatregelen, protectionisme en politieke disputen. Tenslotte heeft het een verstorende invloed op internationale handel en investeringen en leidt het tot conflicterende voorschriften. De al sinds de tachtiger jaren in de Verenigde Staten spelende zaken op grond van de *Alien Torts Claims Act* van 1789, waarin de Amerikaanse rechter zijn recht probleemloos toepast op zaken, die geen enkel ander verband met de Verenigde Staten hebben dan een minieme nexus daarmee, zoals in het geval van Shell een investor relations kantoor-tje in New York, kunnen daarmee ook tot een eind komen. Tot nu toe is

216. Zie hierover met name Muchlinski 2007, Chapter 8, 2(a), p. 317 cv., Van den Heuvel 2009 en, zeer uitgebreid, Zerk 2006, Part III.

217. Zie SER 2008, § 5.3.2., Buriński 2007 en Ward 2003, p. 26.

218. Zie supra § 5.4. en Castermans & van der Weide 2009. Zie ook Ruggie 2009 voor zijn analyse van mogelijkheden en problemen op het gebied van extraterritorialiteit, business en mensenrechten.

219. Zie voor een uitgebreid recent overzicht van de verschillende verschijningsvormen en problemen op het gebied van extraterritoriale jurisdictie IBA 2008.

eigenlijk alleen de advocatuur daarmee gebaat. Zerk merkt dan ook op: *'The financial, emotional, practical and most of all legal obstacles faced by plaintiffs in private claims means that, as a form of regulation, FDL will never be systematic.'*²²⁰ Ze ziet daarom een verdrag als oplossing.

Het tweede voordeel zou daarin bestaan, dat voor grote gevestigde concerns, die in grote mate van openheid (dienen te) opereren en waarvan de maatschappij een goed ontwikkeld MVO-beleid eist, dat bloot staat aan permanente beoordeling van de *courts of public opinion*, een *level playing field* wordt gecreëerd met hun vele kleinere concurrenten, die onder het maaiveld opereren en er andere normen op kunnen nahouden.²²¹

Het derde voordeel zou daarin gelegen zijn, dat een ingewikkeld juridisch touwtrekken wordt voorkomen over de vele vragen die zich voordoen bij aansprakelijkheidsgedingen in grensoverschrijdende concerns, waarbij in de woorden van Timmerman de zeggenschap binnen het concern is zoekgeraakt. Problemen op het gebied van conflictenrecht en doorbraakregimes kunnen daarmee voorkomen worden. Dat wil niet zeggen, dat daarmee alle problemen zijn opgelost. De omgekeerde bewijslast, die van dit voorstel deel uitmaakt, zou het probleem van de bewijsvoering niet afdoend oplossen, maar een *strict liability* systeem zou naar mijn idee te ver gaan.

Onderkend moet worden dat een dergelijk regiem niet eenvoudig tot stand te brengen is en dat een groot aantal aspecten van technisch-juridische aard zal moeten worden opgelost.²²²

8.5 *The end of CSR?*

Met de titel van deze slotparagraaf wil ik niet alleen tot uitdrukking brengen, dat ik ben aangeland bij de afronding van mijn preadvies. Parafraserend op het al genoemde boek van Fukuyama, *'The end of History, the last man'*, en het artikel van Hansmann en Kraakman, *'The end of history for Corporate Law'*, waarin niet het absolute einde maar naar de mening van de auteurs het eind van een ontwikkeling wordt aangegeven, kom ik tot de voorzichtige conclusie, dat de emancipatie van MVO voltooid is in die zin dat de maatschappij MVO definitief als een dynamisch maatschappelijk normstelsel heeft aanvaard en dat aan de ondernemingswereld oplegt. Vanuit juridisch oogpunt kan worden geconstateerd, dat deze dynamiek zich ook uit in een ontwikkeling, waarbij de maatschappelijke normen op

220. Zerk 2006, p. 240.

221. Van Dam 2008, p. 51.

222. Zie daarover ook met name Muchlinski 2007 en de al in hoofdstuk 1 genoemde polemiek tussen Slagter en Raaijmakers, zie *supra* noot 27.

diverse manieren juridische relevantie kunnen krijgen in de vorm van *hard law*, *soft law* en zelfregulering, die elkaar onderling beïnvloeden. Er is dan ook geen ruimte voor de vrees, dat het toekomstbeeld van Prof. Richard Susskind in zijn boek '*The end of Lawyers?*'²²³ ook in absolute zin werkelijkheid zal worden.

(De tekst van het preadvies is afgesloten op 7 februari 2010)

Geraadpleegde literatuur (en vindplaatsen noten)

Abdelal/Ruggie 2009

A. Abdelal & J.G. Ruggie, 'The Principles of Embedded Liberalism: Social Legitimacy and Global Capitalism', in David Moss & John Cisterino (eds.), *New Perspectives On Regulation*, Cambridge, MA: The Tobin Project, 2009, p.151-162

Andriessen 1964

J.E. Andriessen, *Economie in theorie en praktijk*, Amsterdam Brussel: Agon Elsevier 1964

Asser/Maeijer 1994

J.M.M. Maeijer, Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009

J.M.M. Maeijer, G. Van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 2 II, *Rechtspersonenrecht*, Deventer: Kluwer 2009

Assink 2007

B.F. Assink, *Rechterlijk toetsing van bestuurlijk gedrag* (dissertatie Rotterdam), Uitgave Instituut voor Ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2007

Assink 2009

B.F. Assink, Deel I – Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur, in: *Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2009, Deventer: Kluwer 2009

223. Susskind 2009.

Assink 2010

B.F. Assink, *De Januskop van het ondernemingsrecht, over facilitering en regulering van ondernemerschap* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010

Bartman/Dorresteijn 2009

S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteijn, *Van het concern*, zevende druk, Deventer: Kluwer 2009

Blumberg 1993

Philip Blumberg, *'The Multinational Challenge to Corporation law : The Search for a new Corporate Personality'*, Oxford: Oxford University Press, 1993

Van Beukering-Rosmuller 2007

E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Geschildadoening in zakelijke contracten*, Den Haag: Boom 2007

Boukema 1969

C.A. Boukema, 'Algemeen belang en ondernemingsbelang', in *Op de grenzen van komend recht, opstellen aangeboden aan Prof. Mr J.H. Beekhuis*, Zwolle: Tjeenk Willink en Deventer: Kluwer 1969

Brink 2008

M. Brink, *Due diligence, een beschouwing over het due diligence onderzoek naar het Nederlandse recht*. dissertatie Maastricht, 2008, Den Haag: Boom 2009

Burgmans 2008

Rapport van de Commissie Burgmans over de verhouding MVO en corporate governance, uitgebracht op 6 november 2008 aan de Staatssecretaris van Economische Zaken (www.ez.nl)

Burianski 2007

M.Burianski, Is there a role for the WTO in the Conflict between Globalisation and the Protection of Social Norms?, in K. Byttebier & K. Van der Borch (eds). *WTO Obligations and Opportunities, Challenges of Implementation*, London: Cameron May, p. 427-442

Van Campen 1945

J.Ph.M. van Campen, *Onderneming en rechtsvorm*, dissertatie Nijmegen, 1945, aangehaald in van der Grinten 1951, p. 326

Carroll 1996

W. Carroll, *Business and Society: Ethics and Stakeholder Management*, Cincinnati: South Western College Publishing, 1996, nr. 74

Castermans 2008

A.G. Castermans, *De burger in het burgerlijk recht*, oratie Leiden 2008, Den Haag: Boom 2009

Castermans & Van der Weide 2009

A.G. Castermans en J van der Weide, *De Juridische verantwoordelijkheid van Nederlandse moederbedrijven voor de betrokkenheid van dochters bij schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten*, Leiden, 15 december 2009 <www.ez.nl>

Clarke 2007

Thomas Clarke, *International Corporate Governance, a Comparative Approach*, London and New York: Routledge 2007

Code Banken 2009

Nederlandse Vereniging van Banken, De Code Banken 2009 <www.nvb.nl>

Cools/Gcerts/Kroeze/Pijls 2009

K. Cools, P.G.F.A. Gcerts, M.J. Kroeze en A.C.W. Pijls, *Het recht van enquête, Een empirisch onderzoek*, Instituut voor Ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2009

Van Dam 2008

C.C. Van Dam, *Onderneming en mensenrechten*, oratie Utrecht 2008, Den Haag: Boom 2008

Davies 2005

P. Davies, *Enlightened Shareholder Value and the New Responsibilities*, W.E. Hearn Lecture at the University of Melbourne Law School, 4 October 2005 <www.eclsr.law.unimelb.edu.au>

Eijssbouts 2005

A.J.A.J. Eijssbouts, CSR, a matter of principle(s), law or both?, in S.H.A. Dumoulin ea (red.), *Tussen Themis en Mercurius, Bedrijfsjuridische bijdragen aan een Europese beleidsconcurrentie*, Lustrumuitgave Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, Deventer: Kluwer 2005, p. 83-96

Eijssbouts 2009

A.J.A.J. Eijssbouts, Ruggie's law: filling the human rights' governance gap for multinationals in public international law, in: *Met Recht, opstellen over*

privaat- en ondernemingsrechtelijk ondernemingsrecht, aangeboden aan Theo Raaijmakers, Deventer: Kluwer, 2009, pag. 89-97

Eijssbouts e.a. 2010

A.J.A.J. Eijssbouts, F.G.H. Kristen, J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen, naast in of met recht' in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2010-I), Deventer: Kluwer 2010

Eijssbouts & Schonewille 2008

A.J.A.J. Eijssbouts en M. Schonewille, *Corporate Governance, Integraal conflictmanagement en mediation*, in Forum voor Conflictmanagement, 2008/03, p. 81-86

Enneking 2007

L.F.H. Enneking, *Corporate Social Responsibility: tot aan de grens en niet verder? Over de regulering vanuit Nederland van de activiteiten van Nederlandse multinationale concerns in gastlanden: foreign direct liability and beyond*. Wetenschapswinkel Rechten, Universiteit Utrecht, 2007

Enneking 2009

L.F.H. Enneking, 'Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Foreign Direct Liability Cases', *The George Washington International Law Review* 2009, vol. 40, p. 903-938

Hoskins 2008

Tony Hoskins, The ICSA 'Corporate Social Responsibility Handbook', London: ICSA Information and Training Ltd 2008

Friedman 1970: M. Friedman, 'A Friedman Doctrine - The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits', *The New York Times Magazine* (September 13, 1970), p. 17

Gecerts 2004

P.G.F.A. Gecerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht*, dissertatie Groningen. IVO, Deventer: Kluwer 2004

Giesen 2007

I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', in: *NJV Preadviezen Alternatieve regelgeving 2007*, Deventer: Kluwer 2007, p. 67-168

Van Ginneken 2000

M.J. Van Ginneken, 'De OESO Corporate Governance beginselen door aandeelhouders gezien', *Ondernemingsrecht*, 2001, p. 157-163

Van Ginneken 2006

M.J. van Ginneken, 'Beschermsconstructies en vennootschappelijk belang', *Ondernemingsrecht* 2006, p. 526-524

De Graaf 2005

F.J. de Graaf, 'De bestuursstructuur en de maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemingen', dissertatie Amsterdam 2005, Delft: Eburon 2005

Van der Grinten 1951

W.C.L. van der Grinten, De structuur der naamloze vennootschap, intreedende Katholieke Economische Hogeschool Tilburg 1951, in: *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten*, verzameld en ingeleid door C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann en G. Van Solinge, Deventer: Kluwer 2004

Van Genugten & Jägers 2003

W.J.M. van Genugten en N.M.C.P. Jägers, 'Juridische gebondenheid van ondernemingen aan de rechten van de mens', in: W.J.M. van Genugten en C. Flinterman (red.), *Niet-statelijke actoren en de rechten van de mens; gevestigde waarden, nieuwe wegen*, Den Haag: Boom 2003

Hamers, Schwarz & Steins Bisschop 2005

J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz en B.T.M. Steins Bisschop 'Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen: juridisering van een relatief vaag normenkader', in: *Noodzaak, plicht of wenselijkheid van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen*, een multidisciplinaire verkenning' Den Haag: Boom, 2005, p. 1-11

Van der Heijden & Van der Grinten 1992: E.J.J. van der Heijden & W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992

Hansmann/Kraakman 2001

H. Hansmann and R. Kraakman, 'The End of History in Corporate Law' (2001), 89 *Geo. L.J.* p. 439-468

Heineman 2008

B. Heineman, *High Performance with High Integrity*, Boston, USA: Harvard Business Press, 2008

Hermans/Bolhuis/Evers 2006

R. Hermans, I. Bolhuis and M. Evers, 'The Netherlands' in D. Frank (general editor), *'CSR World, Jurisdictional comparisons in the law and regulation of corporate social responsibility'*, London: The European Lawyer, Reference Series, 2006, p. 111-120

R. van den Heuvel 2009

A. van den Heuvel, *Labor rights as Human Rights vs Multinational Corporations: responsibility and accountability*, Kennispunt Faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organisatie, Universiteit Utrecht 2009

Hofstetter 1990: K. Hofstetter, 'Multinational Enterprise Parent Liability: Efficient Legal Regimes in a World Market Environment', 15 NCJ Int'l & Com. Reg 299 (1990)

Hoogendoorn 2006

M.N. Hoogendoorn, 'Betekenis Richtlijnen Raad voor de Jaarverslaglegging', in: M.J. Kroeze e.a. (red.), *VERANTWOORDING aan Hans Beckman*, Liber amicorum, Deventer; Kluwer 2006, p. 225-236

IBA 2008: Report of the IBA Legal Practice Division Task Force on Extraterritorial Jurisdiction. London: International Bar Association 2008

Van den Ingh 2002

F.J.P. van den Ingh 'De bevelsstructuur in de vennootschap' in *Concernverhoudingen*, in: *Concernverhoudingen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deventer: Kluwer 2002, p. 13-27

Janssen Groesbeek 2009

M. Janssen Groesbeek, *Duurzamer Ondernemen*, Amsterdam/Antwerpen: Business Contact, 2009

Kamps-Roelands & Van der Zanden 2005

A.E.M. Kamp-Roelands en P.M. van der Zanden Maatschappelijk 'Verantwoord Ondernemen en maatschappelijke verslaggeving' in Hamers, Schwarz & Steins Bisschop 2005, p. 169-192

Keijzers & Bos-Brouwers 2008

G. Keijzers en H. Bos-Brouwers (red.), *'De preekstoel voorbij, Duurzaam innoveren in het MKB'*, Assen: van Gorkum 2008

De Kluiver 2009

H.J. de Kluiver, *'Vennootschappelijke repliek op Timmerman's grondslagen'*, Ondernemingsrecht 2009-4

Koelemeijer 1999

M. Koelemeijer, '*Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen*', dissertatie Maastricht 1999, IVO, Deventer: Kluwer 1999

Koelemeijer 2005a

M. Koelemeijer, '*Naar een maatschappelijk bestuursverslag*' in Hamers/Schwarz/Steins Bisschop 2005, p. 193-205

Koelemeijer 2005b

M. Koelemeijer, '*Naar een Nederlandse Gedragscode Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen*' in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen: Corporate Social Responsibility in a Transnational Perspective*, J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz & B.T.M. Steins Bisschop, (editors), Ius Commune Europaeum, Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, 2005, p. 105-124

De Koster & Van den Eynde 2009

P. de Koster en P. van den Eynde '*International Framework Agreements on Corporate Social Responsibility: conflict of Laws and Enforcement*', Business Law International, Vol. 10 no 2, May 2009

Kraakman 2009

R. Kraakman ea, *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach*, Oxford: Oxford University Press 2009

Kristen 2010

F.G.H. Kristen, '*Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht*', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2010-I), Deventer: Kluwer 2010

Lambooy 2005

T.E. Lambooy, '*De problematiek van het maatschappelijk verantwoord ondernemen en corporate governance*', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen: Corporate Social Responsibility in a Transnational Perspective*, J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz & B.T.M. Steins Bisschop, (editors), Ius Commune Europaeum, Antwerp - Oxford - New York: Intersentia, 2005, p. 53-102

Lambooy 2006

T.E. Lambooy, '*Sustainability Reporting by Companies is Necessary for Sustainable Globalisation*', in: *Neo-liberal Globalism and Social Sustainable Globalisation*, (E. Nieuwenhuys, red.) Leiden: Brill, 2006

Lambooy 2009b

T.E. Lambooy, Case study: The international CSR Conflict and mediation; supply chain responsibility, western customers and the Indian textile industry, in: *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflict management*, 2009 (13) 2, p. 5-46

Lambooy, Raic & Kryczka 2009

T.E. Lambooy, D. Raic, K. Kryczka: Concept Paper: *Globalization, The Nation State and Private Actors, rethinking Public-Private cooperation in shaping Law and Governance*, HIL Law of the Future Conference, Den Haag 2009

Van Leeuwen 1990

B.H.A. van Leeuwen, '*Beginselen van behoorlijk ondernemings-bestuur*' (diss. Maastricht), Kluwer 1990

Van Leeuwen, Van der Staay & Javornik 2009

B.H.A. van Leeuwen, A.G.H. van der Staay en O. Javornik, *Beroep bedrijfsjurist, praktische leidraad voor bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 2009

Lennarts 1999

M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen), IVO, Deventer: Kluwer 1999

Lennarts 2002

M.L. Lennarts 'Wat weet een concern(vennootschap)' in *Concernverhoudingen*, Serie vanwege het van der Heijden Instituut, 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 *LT, Verzamelde opstellen aangeboden aan Vio Timmerman*, Kluwer, Deventer 2003, p. 177-189

Lubbers, van Genugten & Lambooy 2008

R. Lubbers, W. van Genugten en T. Lambooy: '*Inspiration for Global Governance. The Universal Declaration of Human Rights and the Earth Charter*', Kluwer 2008

Maeijer 1964

J.M.M. Maeijer, “*Het belangenconflict in de naamloze vennootschap*”, oratie Nijmegen, 1964, opgenomen in verspreide geschriften, Deventer: Kluwer 2009, p.141-162

Mendel 1989

M.M. Mendel, *Het vennootschappelijk belang, mede in concernverband beschouwd* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1989

Mok 2004

M.R. Mok, ‘*Het recht van enquête onderzocht*’, in: Preadvies Vereniging Handelsrecht 2004 door M.W. Josephus Jitta en M.R. Mok, Deventer: Kluwer 2004, p. 45-95

De Monchy/Legein 2009

C.W. de Monchy en M.H. Legein (eindred.) ‘*Corporate Governance in Nederland*’, 2^e druk, Den Haag: Boom 2009

Muchlinski 2007

P.T. Muchlinski, *Multinational Enterprises & The Law*, Second edition, Oxford: Oxford University Press 2007

Nederlandse Corporate Governance Code 2003: De Nederlandse Corporate Governance Code, Commissie Corporate Governance (Cie Tabaksblat), 9 december 2003 (www.commissiecorporategovernance.nl)

Nederlandse Corporate Governance Code 2008: De Nederlandse Corporate Governance Code, Commissie Corporate Governance (Cie Frijns), 10 december 2008 <www.commissiecorporategovernance.nl>

Nieuwe Weme & Van Solinge 2009

M.P. Nieuwe Weme en G. van Solinge, Afgeleide schade wegens waardevermindering van aandelen. in: *Met Recht, opstellen over privaatrecht en ondernemingsrechtelijk ondernemingsrecht, aangeboden aan Theo Raaijmakers*, Deventer: Kluwer, 2009, p. 329-338

Pitlo/Raaijmakers 2006

Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht, Deel 2 *Ondernemingsrecht*, door prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, Deventer: Kluwer 2006

Pitts 2009

Michael Kerr, Richard Janda en Chip Pitts (eds) ‘*Corporate Social Responsibility, a legal analysis*’, LexisNexis, Canada 2009

Porter & Kramer 2006

Michael E. Porter en Mark R. Kramer, *Strategy & Society, The link between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility*, in Harvard Business Review, December 1, 2006, Issue BR0612

Raaijmakers 1990

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Dient een concern te worden beschouwd als rechtspersoon', TVVS 1990, nr. 90/2

Raaijmakers 2005a

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Vrijheid van Ondernemerschap en 'Bruikbaar Ondernemingsrecht' in: S.H.A. Dumoulin ca (red.), *Tussen Themis en Mercurius. Bedrijfsjuridische bijdragen aan een Europese beleidsconcurrentie*, Lustrumuitgave Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, Deventer: Kluwer 2005, p. 257-287

Raaijmakers 2005b

G.T.M.J. Raaijmakers, *De Effectiviteit van regels in het ondernemings- en effectenrecht* (oratie Maastricht), Den Haag: Boom 2005

Raaijmakers 2006

M.J.G.C. Raaijmakers, *De toekomst van het ondernemingsrecht, back to basics*, Ars Acqui, november 2006, p.792-804

Raaijmakers 2009

M.J.G.C. Raaijmakers, *Naar een Wetboek Ondernemingsrecht?* (Afscheidscollege Tilburg), 27 november 2009

Rapport Commissie Verdam 1964

Herziening van het ondernemingsrecht, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1965

Rees 2008: Caroline Rees, *Rights-compatible Grievance Mechanisms: A Guidance Tool for Companies and their Stakeholders*, Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper No 41, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, January 2008

Roelvink 1988: H.L.J. Roelvink, 'De "Corporate Veil" in recente rechtspraak' in: *Van Vennootschappelijk Belang, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr J.M.M. Maeijer*, Tjeenk Willink Zwolle, 1988, p. 217-226

Romme, 1946: C.P.M. Romme, *De onderneming als gemeenschap in het recht*, 1946, aangehaald in van der Grinten 1951, p. 326

Van Rooij 1990

R. van Rooij, 'De moeder, de dochter, het concern en de calamiteit' in: *Aansprakelijkheden*, lustrumbundel Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, Deventer: Kluwer, 1990, p. 177-195

Ruggie 2008

John Ruggie, *Protect, Respect and Remedy, a Framework for Business and Human Rights*, 7 April 2008, A/HRC/8/5, www.ohchr.org

Ruggie 2009

J.G. Ruggie, Keynote Presentation at EU Presidency Conference on the 'Protect, Respect and Remedy' Framework, Stockholm, November, 10-11, 2009 (<http://esilgies.files.wordpress.com/2009/11/ruggie-stockholm-address-1.pdf>)

Samuelson 1961

Paul A Samuelson, *Economics*, 5th edition, New York: McGraw Hill 1961

Van der Sangen 2009

G.J.H. van der Sangen, *Concernleiding en aansprakelijkheid: het delicate evenwicht tussen unitaire leiding en juridische zelfstandigheid*, Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2009-6, p. 146-153

Van Schilfgaarde 1975

P. Van Schilfgaarde, *Vrijheid van Vennootschap*, bijdrage aan de bundel 'Vrijheid en Recht', bundel opstellen aangeboden aan prof. mr. E.H. 's Jacob, opgenomen in Peter van Schilfgaarde *Select, Een bloemlezing uit zijn werk*, IVO, Deventer: Kluwer 2000, p. 71-79

Van Schilfgaarde/Winter 2009:

P. Van Schilfgaarde, Van de NV en de BV, vijftiende druk, bewerkt door Jaap Winter, Deventer: Kluwer 2009

Schmieman 2004

E. Schmieman, De bevoegdheden van de Advocaat-generaal bij het Gerechtshof Amsterdam in het Enquêterecht (art 2:345 lid 2 en 2:355 lid 1 BW), in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2003-2004, Deventer: Kluwer 2004

Schoordijk, 2005

B.J. Schoordijk, 'Risk management als hoeksteen van corporate governance' in: S.H.A. Dumoulin ea (red.), *Tussen Themis en Mercurius*, Be-

drijfsjuridische bijdragen aan een Europese beleidsconcurrentie, Lustrum-uitgave Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, Deventer: Kluwer 2005, p. 309-329

SER 1984

Sociaal Economische Raad, *Advies raden van commissarissen structuurvennootschappen*, SER 84/06. publicatie nr. 6-13 april 1984

SER 2000

Sociaal Economische Raad, *De Winst van waarden, Advies over maatschappelijk ondernemen*, uitgebracht aan de Staatssecretaris van Economische Zaken (Advies van 15 december 2000, SER 2000/11), Den Haag: SER 2000

SER 2008a

Sociaal Economische Raad, *Evenwichtig Ondernemingsbestuur, Advies uitgebracht aan de Minister van Economische Zaken, de Minister van Financiën, de Minister van justitie en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*, (Advies van 15 februari 2008, SER 08/01), Den Haag: SER 2008

SER 2008b: Sociaal Economische Raad, *Duurzame Globalisering: een wereld te winnen, Advies uitgebracht aan de Staatssecretaris van Economische Zaken en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid* (advies van 20 juni 2008, SER 2008/06) Den Haag: SER 2008

SER 2008c

Sociaal Economische Raad, *Verklaring Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen* (op 19 december 2008 ondertekend door SER en sociale partners) Den Haag: SER 2008

Sherman and Pitts 2008

John Sherman and Chip Pitts, *Human Rights Corporate Accountability Guide: from Law to Norms to Values* (Business Leaders Initiative on Human Rights, December 2008)

Slagter 1988

W.J. Slagter, *Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen over moeder-ochterverhoudingen*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1988

Slagter 1990

W.J. Slagter's antwoord op Raaijmakers 1990, in TVVS 1990, nr. 90/2

Slagter 2005

Compendium Ondernemingsrecht, 8^e druk, Deventer: Kluwer, 2005

Van Solinge 1997

G. Van Solinge, Tussen Wanbeleid en aansprakelijkheid (oratie Nijmegen), in: *Drie Nijmeegse redes*, Serie monografieën vanwege het van der Heijden Instituut, Deventer: Kluwer 1998, p. 37-63

Steins Bisschop 2004

B.T.M. Steins Bisschop, *Maatschappelijk ondernemen en het ondernemingsrecht*, Den Haag: Boom 2004

Steins Bisschop 2008

B.T.M. Steins Bisschop, *Bescherming tegen niet geïnviteerde overnames en ongewenst aandeelhoudersactivisme* (Oratie Maastricht 2008), Zutphen: Paris 2008

Strik 2009

D.A.M.H.W. Strik, Deel II - Aansprakelijkheid voor falend risicomanagement, in: *Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2009, Deventer: Kluwer 2009

Susskind 2009

R. Susskind, *The End of Lawyers?* Oxford: Oxford University Press 2009

Teubner 1985

G. Teubner, 'Corporate fiduciary duties and their beneficiaries', in K.J. Hopt and G. Teubner (eds.), *Corporate Governance and Directors' liabilities: Legal, economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, Berlin: Walter de Gruyter, 1985 p. 149

Teubner 2009

G. Teubner, *Constitutionalizing private selfregulation: The corporate codes of multinationals*, Keynote speech presented at the HiiL Law of the future Conference 2009, 8-9 October 2009, The Hague

Timmerman 1988

L. Timmerman, De concretisering van vage normen in het vennootschapsrecht, in: *Van Vennootschappelijk Belang. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr J.M.M. Maeijer*, Tjeenk Willink Zwolle, 1988, p. 337-347

Timmerman 2000

L. Timmerman, *Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht*, Preadvies NJV, 2000, Deventer: Tjeenk Willink, 2000, p. 105-165

Timmerman 2002

L. Timmerman, 'Hebben wij in Nederland nog behoefte aan concernerecht?', in: *Concernverhoudingen*, Serie vanwege het van der Heijden Instituut, Deventer: Kluwer 2002, p. 13-27

Timmerman 2003

L. Timmerman, *Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief*, Ondernemingsrecht 2003-15

Timmerman 2004

L. Timmerman, *Kroniek van het vennootschapsrecht*, NJB 2004, p. 1629-1636

Timmerman 2008

L. Timmerman, *De grondslagen van geldend ondernemingsrecht* (Oratie Rotterdam), opgenomen in Ondernemingsrecht, 2009-1

Timmerman 2009a

L. Timmerman, *Naar geïntegreerde bestuurdersaansprakelijkheid?* In: Met Recht, opstellen over privaatrecht en ondernemingsrechtelijk ondernemingsrecht, aangeboden aan Theo Raaijmakers, Deventer: Kluwer, 2009, p. 481-488

Timmerman 2009b

L. Timmerman, *Van smal (weer) naar breed?*, Ondernemingsrecht, 2009, 142

Tjong Tjin Tai 2007

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. UVA 2007), Deventer: Kluwer 2007

Tricker 2009

Bob Tricker, *Corporate Governance, principles, policies and practices*, Oxford: Oxford University Press 2009

Triple Value & Rinnooy Kan 2008

Triple Value Strategy Consulting & Rinnooy Kan & Partners, *Geborgd of Verborgen. Maatschappelijk Ondernemen in Corporate Governance*, Onderzoeksrapport 2008 <www.ez.nl>

Voogsgeerd 2006

H. Voogsgeerd: *Corporate Governance Codes; Markt- of Rechtsarrangementen?*, IVO, Deventer: Kluwer 2006

UN Norms 2003

Draft Human Rights Principles and Responsibilities for Transnational Corporations and other Business Enterprises, Introduction, UN Doc. E/CN.4/sub2/2002/XX/Add 1 (2002)

De Valk 2009

S. De Valk. *Aansprakelijkheid van leidinggevenden* (diss. Groningen), IVO, Deventer: Kluwer 2009

Vandekerckhove 2007

K. Vandekerckhove, 'Piercing the Corporate Veil. A Transnational Approach', Dissertatie Leuven, New York: Kluwer International Law 2007

De Waard 2008

D. De Waard, *Toezicht op maatschappelijk ondernemen* (diss. Groningen) Assen: van Gorkum 2008

Walsh/Lowry 2005

M. Walsh & J. Lowry, 'CSR and Corporate Governance', in: *Corporate Social Responsibility, the corporate governance of the 21st century*, Ramon Mullerat (Ed.), The Hague: IBA & Kluwer Law International 2005, p. 37-60

Wedderburn 1985

L. Wedderburn of Charlton, The Legal Development of Corporate Responsibility: For Whom Will Corporate Managers Be Trustees, in K.J. Hopt and G. Teubner (eds.), *Corporate Governance and Directors' liabilities: Legal, economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, Berlin: Walter de Gruyter, 1985 p. 149

Ward 2003

H. Ward, *Legal Issues in Corporate Citizenship*, prepared for The Swedish Partnership for Global Responsibility, IIED Publication <www.iied.org>

Wezeman 2007

J.B. Wezeman, Het enquêterecht: panacée voor kapitaalverschaffers? In: de H. Beckman ea *De nieuwe macht van de kapitaalverschaffer*, IVO, Deventer: Kluwer 2007, p. 89-104

Winter 2003

J.W. Winter, 'In Nederland aanvaarde inzichten omtrent corporate governance' in: *LT Verzamelde "Groninger" opstellen aangeboden aan Vino Timmerman*, IVO, Deventer: Kluwer 2003, p. 331-342

Winter 2007

J.W. Winter, Level Playing Fields Forever, in: de H. Beckman ea *De nieuwe macht van de kapitaalverschaffer*, IVO, Deventer: Kluwer 2007, p. 121-138

Zerk, 2006

J.A. Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility*, Cambridge Studies in International and comparative Law, Cambridge University Press, 2006

Zumbansen 2009

P. Zumbansen, *The Evolution of the Corporation, Organization, Finance, Knowledge and Corporate Social Responsibility*, CLPE Research Paper 06/2009, Vol. 05 No 01 (2009)

Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht

F.G.H. Kristen¹

Inhoudsopgave

1	<i>Introductie</i>	123
2	<i>Verkenning van strafrechtelijke kanten van maatschappelijk verantwoord ondernemen</i>	124
3	<i>Welke mogelijkheden biedt het huidige strafrecht?</i>	129
3.1	Inleidende opmerkingen	129
3.2	Potentiële normadressaten	130
3.2.1	De Nederlandse onderneming	130
3.2.2	De Nederlandse multinationale onderneming	131
3.3	Strafrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen	132
3.3.1	Algemeen kader	132
3.3.2	Vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid	134
3.4	Strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevenden	139
3.5	Potentiële bruikbaarheid van algemene, commune strafbepalingen	141
3.5.1	Delicten die mensenrechten beschermen	142
3.5.2	Delicten die mede strekken tot implementatie van MVO-normen	143
3.5.3	Kapstokbepalingen	145
3.6	Internationale misdrijven	145
4	<i>Twee commune delicten met extraterritoriale werking</i>	146
4.1	Witwassen	146
4.2	Deelneming aan een criminele organisatie	151

1. Hoogleraar straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht. De auteur dankt de secretaris-penningmeester van de NJV Jaap de Hullu en de leden van de begeleidingscommissie uit het NJV-bestuur Floris Bannier, Arie Tervoort en Els Wesseling-Van Gent voor hun waardevolle opmerkingen en suggesties bij eerdere versies van het preadvies. Voorts dank ik Liesbeth Enneking voor de enthousiasmerende en inspirerende gesprekken over MVO.

5	<i>Strafrechtelijke aansprakelijkheid van een Nederlandse moedermaatschappij</i>	155
5.1	Vraagstelling	155
5.2	Drijfmeest in Nederlandse concernverhoudingen	156
5.2.1	Toerekening van de verboden gedraging van de dochteronderneming	157
5.2.2	Rechtstreekse toerekening van de verboden gedraging van fysieke pleger(s)	166
5.3	Drijfmeest en de multinationale onderneming	169
5.4	Afsluitende opmerkingen	172
6	<i>Enige algemene, afsluitende observaties over inzet van strafrecht in MVO-context</i>	174
6.1	Inleidende opmerkingen	174
6.2	Gebruik maken van bestaande strafrechtelijke mogelijkheden: opportuniteit	175
6.2.1	Enige argumenten voor vervolging	176
6.2.2	Enige argumenten tegen vervolging	178
6.2.3	Een korte afweging van argumenten	181
6.3	Uitbreiding van strafrechtelijke mogelijkheden: wetgevend optreden?	182
	<i>Lijst van aangehaalde literatuur</i>	183

1 **Introductie**

'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht, hoe verhoudt zich dat tot elkaar?', zo kan een eerste reactie zijn van de lezer van dit preadvies. Maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) wordt namelijk niet onmiddellijk in verband gebracht met het strafrecht. Daar ligt de eerste doelstelling van dit preadvies: onderzoeken of er een verband bestaat tussen MVO en strafrecht en zo ja, wat dat verband is (zie § 2). Ik kan al prijsgeven dat zo'n verband bestaat, want in § 3 inventariseer ik de algemene mogelijkheden om schendingen van normen die behoren tot het veld van MVO via het strafrecht te redresseren. Dat is de tweede doelstelling van dit preadvies.

Vervolgens kom ik toe aan de derde doelstelling, namelijk nagaan welke specifieke mogelijkheden het huidige Nederlands strafrecht biedt om schendingen van MVO-normen die zich in het binnenland of in het buitenland hebben voorgedaan, in Nederland strafrechtelijk te vervolgen. Gelet op de betrokken belangen en het (wetenschappelijke) debat over MVO (zie § 2), concentreer ik mij daarbij op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen, hun leidinggevendenden en meer in het bijzonder de Nederlandse moedermaatschappij van een multinationale onderneming.

Voor de verwezenlijking van deze derde doelstelling ben ik uitgegaan van twee afzonderlijke onderzoeksvragen:

- 1 Zijn er algemene *commune delicten* die zich door hun extraterritoriale werking laten toepassen op gevallen waarin de schending van de MVO-norm zich in het buitenland heeft gemanifesteerd?, en
- 2 Kan een Nederlandse moedermaatschappij in Nederland strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor een schending van een MVO-norm door of binnen haar binnenlandse of buitenlandse dochteronderneming?

De resultaten van het onderzoek op basis van beide onderzoeksvragen zijn aan te treffen in § 4 respectievelijk § 5. In het kader van de tweede onderzoeksvraag vindt nog een beperkte interne rechtsvergelijking plaats met de vereenzelving in het ondernemingsrecht (§ 5.2.1).

De verkregen resultaten zien op mogelijkheden die thans niet worden benut (vgl. § 6.1). Dat roept de vraag op naar de opportuniteit van een vervolging op basis van deze mogelijkheden. In § 6.2 bespreek ik in algemene zin enige argumenten voor en tegen een dergelijke vervolging. Ik rond af met enkele opmerkingen over de vraag of er redenen zijn voor wetgevend optreden en waaruit dat optreden kan bestaan (§ 6.3).

In dit preadvies beperk ik mij tot de mogelijkheden die het Nederlandse strafrecht biedt om schendingen van MVO-normen te redresseren door het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid van Nederlandse (multinationale) ondernemingen en hun leidinggevende(n). Ik ga daarmee voorbij

aan het internationale strafrecht waar verwante, doch wel te onderscheiden vragen spelen.²

2 Verkenning van strafrechtelijke kanten van maatschappelijk verantwoord ondernemen

Tussen maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) en strafrecht bestaat geen vanzelfsprekende relatie. Of een dergelijke relatie bestaat en zo ja, welke relatie dat is, hangt af van de wijze waarop MVO wordt gedefinieerd.

In het algemeen deel is aan bod gekomen dat MVO voor ons kabinet, Sociaal Economische Raad (SER) en Europese Commissie ziet op het bovenwettelijke en vrijwillige kader voor ondernemingsactiviteiten.³ In deze benadering kan MVO bijvoorbeeld worden gedefinieerd als het optreden van een onderneming dat gericht is op meer dan het naleven van de wet en waarbij de onderneming naast het realiseren van economische prestaties ook vrijwillig bijdraagt aan de maatschappelijke welvaart op langere termijn, door onder meer het eerbiedigen van mensenrechten en het bevorderen van het welzijn van mens en zijn omgeving.⁴

In deze definitie van MVO blijft het strafrecht buiten beeld. Vanwege het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel (art. 1 lid 1 Sr) vergt inzet van het strafrecht een wettelijke delictomschrijving en wordt het gewenste gedrag dat tot het domein van het bovenwettelijke MVO wordt gerekend, bewerkstelligd door een wettelijk verbod of gebod. Het is daarmee een wettelijke verplichting geworden. Dat zou in de genoemde opvatting betekenen dat niet langer sprake is van een MVO-norm.

Mijn benadering – en die van de medepreadviseurs – van MVO is een andere. Mede vanwege de anomalie in bovenstaande definitie van MVO dat inzet van het strafrecht om een MVO-norm te handhaven ertoe leidt dat deze norm buiten MVO valt, terwijl die norm materieel niet van inhoud verandert, maar alleen een andere verschijningsvorm heeft gekregen (zij is overgegaan in *hard law*), hanteren wij een normatieve definitie van MVO. Volgens onze definitie omvat MVO normen die behoren tot het domein

2. Het gaat dan vooral om de vraag of (multinationale) ondernemingen en leidinggevendenden kunnen worden vervolgd en veroordeeld wegens deelneming (meestal medeplichtigheid) aan internationale misdrijven, zie o.m. Ruggie 2007, p. 8-12 en ICJ 2008, alsmede om de vraag of moedermaatschappijen naar internationaal strafrecht aansprakelijk kunnen worden gesteld voor internationale misdrijven begaan door of binnen hun dochterondernemingen, zie o.m. Stoitchkova 2010, p. 19-20.

3. Zie Eijlsbouts e.a. 2010, § 7.2.1.

4. Deze definitie bevat onderdelen van de omschrijvingen van de SER en de Europese Commissie, SER 2000, p. 13-14; COM(2006), 136 def., p. 2.

van morele, bovenwettelijke verplichtingen, ongeschreven recht, zelfregulering, *soft law* en *hard law*.⁵ Doordat wij ook regels van *hard law* tot MVO rekenen, is er wel degelijk een directe relatie tussen MVO en strafrecht. Hier kunnen drie situaties worden onderscheiden.

Allereerst de meest voorkomende situatie waarin de wetgever ervoor heeft gekozen een MVO-norm vervat in voorschriften van *hard law* strafrechtelijk te handhaven en daartoe de overtreding van deze voorschriften strafbaar te stellen. Dat doet zich voor bij wat wij hebben aangeduid als sectorale MVO-normen.⁶ Dergelijke MVO-normen treft men aan in bijzondere wetgeving waarbij de strafbaarstelling vaak via de Wet op de economische delicten (WED) plaatsvindt.

Een goed voorbeeld van een norm die tegenwoordig tot de (sectorale) MVO-normen wordt gerekend,⁷ is het verbod van kinderarbeid dat in Nederland is neergelegd in art. 3.2 lid 1 Arbeidstijdenwet (Atw). Overtreding van dit verbod nadat eerst binnen bepaald aangeduide periodes twee onherroepelijke bestuurlijke boetes voor overtreding van het verbod zijn opgelegd, is een strafbaar feit, en wel een overtreding bedreigd met een maximale hechtenisstraf van zes maanden, taakstraf of een geldboete van de vierde categorie.⁸ Vindt bij de tewerkstelling een ongeval plaats met ernstig lichamelijk of geestelijk letsel bij het kind of met de dood van het kind ten gevolge dan wel zijn deze gevolgen redelijkerwijs te verwachten, dan is meteen sprake van een strafbaar feit en geldt niet de voorwaarde van twee voorafgaande bestuurlijke boetes (art. 11.3 lid 2 Atw).

Andere voorbeelden treft men aan in de regelgeving voor de financiële sector. Zo verlangt art. 4:14 Wet op het financiële toezicht (Wft) dat bepaalde instellingen, zoals beleggingsondernemingen als banken, hun bedrijf zodanig inrichten dat een beheerste en integere bedrijfsuitoefening mogelijk is.⁹ Dit voorschrift behoort tot de zogenoemde prudentiële voorschriften; voorschriften die gedrag verlangen dat in wezen tot maatschap-

5. Eijshouts e.a. 2010, § 7.2. Idem Zerk 2006, p. 29-32; Stoitchkova 2010, p. 5-6.

6. Eijshouts e.a. 2010, § 6.

7. Zie SER 2008, p. 7, verwijzend naar de ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, June 1998 (art. 2 sub c), welke ook voor 'effective abolition of child labour' is herbevestigd in de ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, 10 June 2008, p. 7. Zie ook ILO Convention concerning Minimum Age for Admission to Employment, 26 June 1973 (ILO C 138) en ILO Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour, 17 June 1999 (ILO C 182). Alle ILO documenten zijn beschikbaar op <www.ilo.org/ilolex>.

8. Zie art. 11.3 lid 1 en lid 4 Atw jo. art. 1 sub 3 jo. art. 2 lid 3 jo. art. 6 lid 1 sub 4 WED.

9. Nader uitgewerkt in de Wft en nadere regelgeving. Zowel bestuursrechtelijke handhaving is mogelijk (art. 1:79-1:80 Wft), als strafrechtelijke handhaving (art. 1 sub 2 jo. art. 2 lid 1 jo. art. 6 lid 1 sub 2 WED).

pelijk verantwoord ondernemerschap zou moeten behoren. De kredietcrisis suggereert in elk geval wat anders, maar dat terzijde.¹⁰

Bij deze voorbeelden laat ik het, omdat er mede vanwege de veelomvattendheid van MVO een variëteit aan MVO-normen in heel diverse bijzondere wet- en regelgeving is aan te treffen waarvan de overtreding met straf is bedreigd. Deze bijzondere wet- en regelgeving begeven zich op de terreinen die tot MVO plegen te worden gerekend: arbeid(somstandigheden), natuur en milieu, natuurlijke hulpbronnen, en de financiële sector.¹¹

Ten tweede de situatie dat een MVO-norm strafrechtelijke bescherming kent doordat gedragingen die een schending van de desbetreffende MVO-norm behelzen onder de reikwijdte vallen van een strafbepaling van het Wetboek van Strafrecht. Daarmee is een commun delict van toepassing. Dat kan zich vaak voordoen, zeker nu veel commune delicten bescherming van mensenrechten beogen, hetgeen ook tot het domein van MVO wordt gerekend.¹² Zie verder § 3.5.1.

Ten derde de gevallen waarin sprake is van internationale misdrijven. Het gaat dan om genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, oorlogsmisdrijven en foltering, die voor Nederland strafbaar zijn gesteld in art. 3-9 Wet internationale misdrijven (WIM). Wanneer wordt gesproken over MVO en strafrecht plegen vooral de internationale misdrijven te worden genoemd (zie § 3.6). Naar mijn mening zal alleen in exceptionele gevallen een schending van een MVO-norm een internationaal misdrijf opleveren, zie § 3.6.

In de drie genoemde situaties heeft een MVO-norm, althans de materiële kant daarvan, neerslag gevonden in een delictsomschrijving dan wel reflecteert een delictsomschrijving een materiële norm die tot het domein van MVO wordt gerekend. Dat maakt dat die MVO-norm ook tot het strafrecht behoort.¹³

Aangezien mogelijke schendingen van strafrechtelijk handhaafbare MVO-normen in de regel door en binnen ondernemingen geschiedt, rijst de vraag wie daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. In het bestek van dit preadvies concentreer ik mij op de navolgende potentiële normadressaten: de Nederlandse onderneming, leidinggevendend daarbinnen, en de Nederlandse multinationale onderneming (zie § 3.2). Wat betreft de laatstgenoemde verdient de positie van een Nederlandse moedermaatschappij bijzondere aandacht vanwege de mogelijkheden tot het vestigen van strafrechtelijk daderschap voor gedragingen in de onderne-

10. Vgl. Kalshoven 2009, die stelt dat banken hun 'licence to operate' hebben verloren.

11. Vgl. ook het indicatieve overzicht van sectorale MVO-normen in Eijssbouts e.a. 2010, § 6.

12. Zie o.m. Eijssbouts e.a. 2010, § 2 en § 6.2; Ruggie 2008, p. 3-9 (de 'duty to protect' en de 'duty to respect' zien op mensenrechten).

13. Groenhuijsen 1986, p. 119.

ming van haar binnenlandse of buitenlandse dochteronderneming. Dit roept een veelheid van toepassingsvragen op, zie nader § 5.

Nederlandse ondernemingen kunnen op verschillende manieren internationaal actief zijn. Zij kunnen buitenlandse producten voor hun bedrijfsvoering gebruiken, zij kunnen een deel van de werkzaamheden uitbesteden aan een lagelonenland, zoals een callcenter in India, zij kunnen in de ontwikkeling, de productie en/of de vermarkting van producten samenwerken met buitenlandse partners etc. Voor Nederlandse multinationale ondernemingen komt daar nog bij dat bedrijfsonderdelen in het buitenland zijn gevestigd in de vorm van dochterondernemingen of andere juridische entiteiten en aldaar actief zijn (zie ook § 3.2.2 en § 5).

Aangezien een onderneming voortdurend de kosten dient te bewaken, kan zij gebruik maken van het buitenland – en moet zij dat wellicht ook om te kunnen blijven voortbestaan – door aldaar al datgene wat nodig is voor de eigen onderneming tegen lagere kosten te verwerven. Daar is niets mis mee, wanneer de lagere kosten zijn ingegeven door bijvoorbeeld het lagere salarisgebouw dat heersend is in het buitenland. De uitbesteding, samenwerking en/of verplaatsing leidt dan tot werkgelegenheid in dat buitenland; het draagt bij aan het vergroten van de welvaart in het desbetreffende land. Maar wanneer de lagere kosten worden bewerkstelligd doordat de ondernemingsactiviteiten in het buitenland niet hoeven te voldoen aan normen en regels die voor diezelfde activiteiten in Nederland gelden, dan wel dat in het buitenland geen adequaat toezicht op de naleving van wel vergelijkbare normen en regels bestaat, zodat het overtreden van die normen en regels ongesanctioneerd blijft, dan is er vanuit MVO perspectief wel wat aan de hand. De Nederlandse onderneming omzeilt op deze manier normen en regels die zij anders in acht had moeten nemen.

Ook rijst hier de vraag of de activiteiten leiden tot een bijdrage aan de welvaart in dat andere land. Is de onderneming dan nog een waardeschepende organisatie die door het vervaardigen en leveren van goederen en diensten bijdraagt aan de maatschappelijke welvaart en zorgt voor inkomen voor werknemers, andere ondernemingen, en haar kapitaalverschaffers?¹⁴ Of gaat hier de winstmaximalisatie ten koste van anderen die daartegen weinig in het geweer kunnen brengen? Anders gezegd, is een onderneming in een dergelijke situatie bezig met maatschappelijk verantwoord *ondernemen* doordat zij zich niet langer oriënteert op het algemeen belang van de landen waarin zij actief is? Weliswaar profiteren de onderneming, haar werknemers, haar kapitaalverschaffers en haar afnemers van deze werk-

14. Dit wordt beschouwd als de maatschappelijke functie van een onderneming, zie o.m. SER 2000, p. 13; Asser-Maeijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, nr. 22; Raaijmakers 2006, p. 2; Ruggie 2008, p. 3.

wijze. Maar de globale solidariteit tussen landen komt onder spanning te staan.

In deze internationale context bestaat ook nog een ander perspectief. Ik duid dat aan als het exporteren van 'onze' normen en waarden. Er zijn landen in de wereld waar mensenrechten, sociale standaarden, milieu, oftewel de 'people' en de 'planet'-waarden, niet de bescherming en de bevordering krijgen als in het eigen land dan wel volgens internationale standaarden gewenst is. Dat kan het gevolg zijn van een fallende overheid,¹⁵ instabiliteit in het land, gebrek aan (financiële) middelen, rampspoed door natuurgebied etc. Nederlandse multinationale ondernemingen die in dergelijke landen actief zijn, kunnen de bescherming en de bevordering van 'people'- en 'planet'-waarden ondersteunen of zelfs waarborgen door bij hun ondernemingsactiviteiten ter plekke Nederlandse, althans internationale standaarden in acht te nemen, dan wel bovenwettelijke activiteiten te ontplooiën. Dit wordt zelfs beschouwd als een MVO-norm: multinationale ondernemingen hebben een verantwoordelijkheid voor het welzijn van 'people' en 'planet' in alle landen waar zij actief zijn.¹⁶ Dat wordt ook gezien als maatschappelijk verantwoord ondernemen.

Tegen deze achtergrond staat in de internationale, de Europese en de nationale politiek in de belangstelling de navolgende rechtsvraag in de sfeer van de multinationale onderneming: Kan een moedermaatschappij civielrechtelijk en/of strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor schendingen van mensenrechten, arbeids- en milieunormen door hun buitenlandse dochterondernemingen, en zo ja, onder welke voorwaarden?¹⁷ Voor zover het gaat om naleving van Nederlandse en/of internationale standaarden is voor dit preadvies relevant de vraag of Nederlandse multinationale ondernemingen kunnen worden gedisciplineerd door hen in Nederland strafrechtelijk ter verantwoording te roepen voor hun ondernemingsactiviteiten in het buitenland. Ik zal ter zake twee varianten behandelen.¹⁸

15. Incidenteel of structureel fallend, op één of een beperkt aantal terreinen dan wel over gehele linie van overheidstaken. Het omvat derhalve ook de 'failed state'. Vgl. ook Ruggie 2008, p. 6.

16. Vgl. Eijshouts e.a. 2010, §§ 6.2-6.3.

17. European Commission, Call for tenders No ENTR/09/45, Study of the legal framework on human rights and the environment applicable to European enterprises operating outside the EU, Brussels 11 July 2009 resp. Kamerstukken II 2008/09, 26 485, nr. 66, p. 26 en het rapport Castermans & Van der Weide 2009, p. 10, 12, 14 (die overigens de geschonden normen samenvatten als fundamentele, internationaal erkende rechten en de strafrechtelijke kant beperken tot mensenrechtenschendingen).

18. Een derde mogelijkheid is het vestigen van Nederlandse rechtsmacht door een ruimhartige toepassing van de leer van de locus delicti (plaats van de gedraging) in de context van de delictomschrijving. Dit leent zich om die reden niet goed voor een algemene behandeling. Zie verder Wolswijk 1998, p. 89 e.v.

Allereerst de commune strafbepalingen die vanwege hun extraterritoriale werking bruikbaar kunnen zijn voor een strafrechtelijke reactie op schending van MVO-normen in het buitenland. In deze gevallen bestaat er een aanknopingspunt met de Nederlandse rechtssfeer doordat de normadessaat op Nederlands grondgebied iets doet of nalaat dat in verband staat met de schending van MVO-normen in het buitenland. Zie nader § 4.

Ten tweede de extraterritoriale werking van de daderschapsconstructie van rechtspersonen, hetgeen van betekenis is bij een Nederlandse multinationale onderneming waarbij in de onderneming van haar buitenlandse dochteronderneming MVO-normen niet in acht zijn genomen (zie § 5).

3 Welke mogelijkheden biedt het huidige strafrecht?

3.1 Inleidende opmerkingen

De hiervoor verkende strafrechtelijke kanten van MVO werk ik thans meer uit. Dat strekt enerzijds tot onderbouwing van mijn verkenning in § 2. Anderzijds beoog ik de praktische mogelijkheden van inzet van het strafrecht voor het bewerkstelligen van MVO-doelen te demonstreren. Daarbij ga ik uit van de onderneming. Schendingen van strafrechtelijk gehandhaafde MVO-normen zullen immers in de regel plaatsvinden door en binnen ondernemingen.

In § 3.2 omlijn ik eerst wie in de context van de onderneming potentiële normadressaten zijn van strafbepalingen. Daarna schets ik de fundering van strafrechtelijke aansprakelijkheid van deze normadressaten (§ 3.3-§ 3.4). Later, in § 5, pas ik deze inzichten toe ter bepaling van mogelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid van een Nederlandse moedermaatschappij voor gedragingen in de sfeer van haar Nederlandse of buitenlandse dochteronderneming. In § 3.5 behandel ik enkele toepassingsmogelijkheden van algemene, commune strafbepalingen op (multinationale) ondernemingen die maatschappelijk *onverantwoord* ondernemen. Ook maak ik enkele opmerkingen over internationale misdrijven (§ 3.6).

Als algemene opmerking geldt dat ik geen volledige beschrijving van een strafrechtelijk leerstuk of de betekenis van een strafbepaling en haar delictsbestanddelen kan geven. Dat past allereerst niet bij de doelstelling van deze paragraaf in het bestek van dit preadvies. Bovendien zijn daartoe meestal andere bronnen beschikbaar. Niettemin zal ik daar waar nodig op de betekenis van een leerstuk, strafbepaling en/of één of meer van haar kenmerkende delictsbestanddelen ingaan om de toepassingsmogelijkheden in de MVO-context te duiden.

3.2 Potentiële normadressaten

Het vaststellen van de mogelijke normadressaten van een strafbepaling is van belang voor de beoordeling wie kan worden vervolgd en berecht en zo ja, op welke grond, hoe daarmee het algemeen belang kan zijn gediend en hoe aldus functies en doelen van het strafrecht kunnen worden verwezenlijkt (vgl. § 6.2). Ingeval van betrokkenheid van een onderneming bij schending van een strafrechtelijk handhaafbare MVO-norm maakt het immers verschil of bijvoorbeeld worden vervolgd de (multinationale) onderneming, één of meer leden van het bestuur of andere leidinggevenden, werknemers of andere natuurlijke personen werkzaam voor de onderneming in allerlei functies, hoedanigheden of posities.

De begrippen Nederlandse onderneming en Nederlandse multinationale onderneming definieer ik hierna afzonderlijk. Bij leidinggevenden doel ik op degenen die krachtens hun formeel juridische positie, bijvoorbeeld als lid van het bestuur of als manager uit de hoofde van een arbeidsrechtelijke positie, en/of krachtens hun feitelijke positie in de organisatie anderen in de onderneming aansturen en zeggenschap over hen hebben.

Daarnaast zijn er kunnen derden zijn betrokken bij ondernemingsactiviteiten. Zo kan een onderneming voor grondstoffen, onderdelen etc. afhankelijk zijn van toeleveranciers, een deel van het productieproces hebben uitbesteed aan derden en/of derden hebben ingeschakeld voor de afzet en vermarkting van producten. Deze derden kunnen natuurlijke personen of rechtspersonen zijn. Gezien de focus op ondernemingen (zie § 3.1) komen deze derden hierna alleen zijdelings aan bod.¹⁹

3.2.1 De Nederlandse onderneming

De onderneming is een vermogensseenheid waarin bedrijfsmiddelen, rechten en plichten en de financiering daarvan georganiseerd zijn samengebracht voor het doel waarvoor zij is opgericht (zoals het vervaardigen van producten of het verlenen van diensten met winstoogmerk) en die als zodanig identificeerbaar is en onder een eigen naam deelneemt aan het maatschappelijk en economisch verkeer, al dan niet via rechtsdrager in de vorm van een rechtspersoon, en waarvan haar vermogensbestanddelen zijn te onderscheiden van het privé-vermogen van haar ondernemer en anderen die

19. Ik realiseer mij dat in MVO-context ook dikwijls toeleveranciers worden genoemd en dat wordt gesproken over ketenverantwoordelijkheid. Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2008/09, 26 485, nr. 62, p. 3 (Kabinetsvisie op ketenverantwoordelijkheid). Deze derden betreffen een omvangrijke, gevarieerde en heterogene groep met even zo vele vormen van betrokkenheid bij de onderneming die aanleiding kan geven tot eigen vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Om die reden komen zij slechts zeer beperkt aan bod.

voor de onderneming werkzaam zijn.²⁰ Deze onderneming is een Nederlandse onderneming wanneer zij conform Nederlandse wettelijke voorschriften is opgericht en, ingeval van een rechtspersoon, haar statutaire zetel in Nederland heeft.²¹ De ondernemingsactiviteiten zullen (hoofdzakelijk) in Nederland plaatsvinden, maar dat is niet noodzakelijk.

3.2.2 De Nederlandse multinationale onderneming

Een eenvormige, sluitende definitie van de multinationale onderneming valt niet te geven. In de rechtspraktijk kennen multinationale ondernemingen heel diverse structuren;²² die structuren worden vooral in de hand gewerkt door de aard en de omvang van onderneming, bedrijfsmatige, economische en organisatorische rationaliteiten alsmede door een wezenskenmerk van multinationale onderneming, te weten actief zijn in meer dan één land.

Het verrast niet dat vele omschrijvingen van multinationale ondernemingen zijn ontwikkeld.²³ Ik kom tot een omschrijving door aanduiding van kenmerken. Een multinationale onderneming is een onderneming met ondernemingsactiviteiten in twee of meer landen die zijn ondergebracht in dochtermaatschappijen (zijnde rechtspersonen en/of andere juridische entiteiten), die worden beheerst door lokaal recht. Er staat een moedermaatschappij aan het hoofd van deze groep van entiteiten (of: concern) die daaraan centrale leiding geeft langs lijnen van juridische zeggenschap (concernrechtelijk en/of verbintenisrechtelijk) en/of feitelijke zeggenschap. De mate waarin en de wijze waarop deze zeggenschap is vormgegeven kan verschillen. Niettemin dient de moedermaatschappij de 'corporate strategy' te bepalen.²⁴ Een multinationale onderneming geldt als Ne-

20. Gebaseerd op Raaijmakers 2006, p. 3; Raaijmakers 2009, p. 24; Asser-Macijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, nr. 19. Let wel, een afgescheiden vermogen is niet vereist. Dat zou namelijk de eenmanszaak buiten de definitie houden, terwijl ik die wel in dit preadvies betrek.

21. Vgl. art. 1:10 lid 2 BW; Asser-Van der Grinten-Macijer 2-II, nrs. 48-49 en 56; Asser-Macijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, nr. 48.

22. Zie de illustratieve beschrijving in Raaijmakers 2006, p. 330-332.

23. Zie bijvoorbeeld het overzicht van definities in Van Eyk 1995, p. 5-11.

24. Onderdelen van de omschrijving zijn afkomstig uit Van Eyk 1995, p. 5-11; Slagter 2005, p. 658; OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Parijs: OECD Publishing 2008, p. 12, <www.oecd.org>; Asser-Macijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, nrs. 816, 819. Mijn aanduiding bevat geen elementen die zien op: i) omvang in termen van bijvoorbeeld omzet, ii) marktpositie en/of marktmacht, bijvoorbeeld in de vorm van markt-aandeel of dominantie, iii) spreiding van onderdelen over landen, iv) impact in de zin van invloed op landen waar de onderneming actief is, v) coherentie en concentratie in termen van focus op bepaalde activiteiten, en vi) de vraag naar privaat, publiek of gemengd. Dit lijkt mij niet van belang voor het doel waarvoor ik de aanduiding gebruik.

derlands wanneer de moedermaatschappij naar Nederlands recht is opgericht en haar statutaire zetel in Nederland heeft.

In het kader van MVO geniet de multinationale onderneming aandacht. Vooral hun internationaal opereren en de impact die de onderneming op een land of een markt kan hebben, maken dat zij worden aangewezen als normadressaat van allerlei MVO-normen. De OECD Guidelines for Multinational Enterprises zijn daar een goed voorbeeld van.²⁵ Meermalen is de vraag opgekomen naar mogelijkheden om multinationale ondernemingen te disciplineren via juridische instrumenten (zie § 2). In het navolgende onderzoek ik mogelijkheden die het strafrecht daartoe biedt.

3.3 Strafrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen

3.3.1 Algemeen kader

Vanaf 1976 bepaalt art. 51 lid 1 Sr dat strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Doordat de bepaling spreekt over het 'begaan' van strafbare feiten, kan de rechtspersoon ook strafrechtelijk aansprakelijk zijn wegens deelneming aan een strafbaar feit.²⁶

Rechtspersonen zijn de in Boek 2 BW genoemde entiteiten met rechtspersoonlijkheid. Daarmee worden gelijkgesteld de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen (art. 51 lid 3 Sr). Daarmee vallen ook de personenvennootschappen als vennootschappen onder firma onder de reikwijdte van art. 51 Sr.²⁷ Het gevolg is dat ondernemingen waarvan een rechtspersoon rechtsdrager is, zoals een NV of BV, dan wel een andere juridische entiteit hebben, zoals de personenvennootschappen, dader kunnen zijn van strafbare feiten, behoudens het geval dat hun daderschap expliciet is uitgesloten (denk aan een kwaliteitsdelict). Een eenmanszaak kent geen rechtspersoonlijkheid (vgl. art. 2:3

25. Waarover Fijsbouts e.a. 2010, § 2.1 en § 5.

26. Zie HR 29 maart 2005, LJN AR7619, r.o. 4.6 (Rederij viskotter): 'De verdachte [een BV, FK] kan als medepleger van die overtreding worden aangemerkt indien het feit aan haar, als medepleger, redelijkerwijze kan worden toegerekend.'

27. Zie Kamerstukken II 1975/76, 13 655, nr. 3, p. 19 (MvT). Wanneer het wetsvoorstel Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (Kamerstukken 28 746) eindelijk in werking treedt, worden vennootschap onder firma en openbare maatschap een openbare vennootschap (art. 7:801 lid 1 BW), treedt de commanditaire vennootschap als zodanig als openbare vennootschap op (art. 7:836 lid 1 BW), kunnen deze vennootschappen rechtspersoonlijkheid verkrijgen (naar keuze, zie art. 7:802 lid 1 BW) en in dat geval vallen zij rechtstreeks onder art. 51 lid 1 Sr. De openbare en de stille vennootschap worden ingevoegd in art. 51 lid 3 Sr. Aldus vallen ook vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid onder de reikwijdte van art. 51 Sr. Zie de Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek, Kamerstukken I 2009/10, 31 065, nr. A, p. 16.

BW) en valt daardoor niet onder het regime van art. 51 Sr.²⁸ Alleen de eigenaar van de eenmanszaak, de ondernemer, kan strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld ofwel doordat hij zelf alle bestanddelen van het delict vervult, ofwel via de constructie van het functioneel daderschap (vgl. § 3.4).

Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen geldt dat eerst en altijd moet worden bepaald of sprake is van daderschap van de rechtspersoon, i.e. of de verboden gedraging die door één of meer natuurlijke personen is gesteld, tevens kan gelden als gedraging van de rechtspersoon en daarmee alle delictsbestanddelen die behoren tot de objectieve zijde van het delict zijn vervuld. Het gaat daarbij volgens de wetgever om toerekenen van menselijke gedragingen aan de rechtspersoon.²⁹ Daarnaast kan een tweede toerekeningsproces aan de orde zijn. Wanneer de ten laste gelegde delictsomschrijving een subjectief bestanddeel kent in de vorm van opzet of culpa, moet worden beoordeeld of de daarvoor vereiste geestgesteldheid aanwezig is bij de fysieke plegers en vervolgens kan worden toegerekend aan de rechtspersoon.³⁰ Ook kan sprake zijn van opzet of culpa bij de onderneming zelf (zie hierna § 3.3.2).

De strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen vormt een uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid: naast de fysieke plegers kan de onderneming strafrechtelijk ter verantwoording worden geroepen.³¹ Dit betekent dat wanneer geen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de onderneming kan worden vastgesteld, er kan worden 'teruggevallen' op het vervolgen van de natuurlijke personen.³² Dat zullen vaak de werknemers zijn die de verboden gedraging feitelijk hebben verricht, zoals het zonder vergunning laten weglopen van giftige stoffen in de bodem. In die zin is sprake van een 'terugvallen op'. Is de gedraging feitelijk verricht door een leidinggevende, dan kan die uiteraard daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld.

28. HR 9 december 1986, NJ 1987, 592, r.o. 5.2-5.3.

29. Zie Kamerstukken II 1975/76, 13 655, nr. 3, p. 8 (MvT): '(...) dat handelingen van natuurlijke personen, die daarbij in het verband van de rechtspersoon optreden en te samen de inhoud van een delict vervullen, aan de rechtspersoon worden toegerekend.' Idem op p. 14.

30. Evenzo de wetgever, zie Kamerstukken II 1975/76, 13 655, nr. 3, p. 14 (MvT): '(...) ook de subjectieve elementen van een bepaald delict (opzet en schuld) onder omstandigheden aan de rechtspersoon worden toegerekend.' Idem op p. 19, en Kamerstukken II 1975/76, 13 655, nr. 5, p. 2. Deze benadering is gemeengoed in de rechtspraak (zie HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328, r.o. 3.5 (Drijfmest)).

31. Dit was de bedoeling van de wetgever, zie Kamerstukken II 1975/76, 13 655, nr. 3, p. 15, 17-18 (MvT).

32. Vgl. HR 21 oktober 1986, NJ 1987, 362, r.o. 5.3.

3.3.2 Vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid

Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van een onderneming is, als gezegd, vereist dat de verboden gedraging aan de rechtspersoon kan worden toegerekend. In het Drijfmest-arrest³³ heeft de Hoge Raad de benadering van de wetgever dat hier moet worden toegerekend (zie § 3.3.1) opgepakt en uitgewerkt.³⁴ In dit arrest neemt de Hoge Raad tot uitgangspunt dat een rechtspersoon kan worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit wanneer de verboden gedraging redelijkerwijs aan de rechtspersoon kan worden toegerekend (r.o. 3.3). Om de rechtspraktijk houvast te geven 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 (r.o. 3.4). Wanneer aan dit aan art. 15 WED (oud) ontleende en in de wetsgeschiedenis genoemde sfeercriterium³⁵ is voldaan, is in beginsel toerekening van de gedraging aan de rechtspersoon mogelijk. Vervolgens concretiseert de Hoge Raad het sfeercriterium 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

Dit objectieve en formele criterium omvat twee varianten, namelijk een gedraging van een werknemer (dienstbetrekking) dan wel een gedraging van een opdrachtnemer, zoals een advocaat, die optreedt voor de rechtspersoon (werkzaam voor). Daarmee concentreert dit criterium zich op gedragingen van natuurlijke personen die voor de rechtspersoon werken. Daarin verschilt het criterium van de hierna te noemen criteria. Het is een eenvoudig en formeel criterium doordat het uitsluitend ziet op de (juridische) verhouding tussen de rechtspersoon en de natuurlijke persoon. Aangezien het criterium strekt tot het vestigen van daderschap van de rechtspersoon binnen het verband van de algemene maatstaf van de redelijke toerekening, past een nadrukkelijke afweging dat het ook redelijk is de gedraging van de werknemer of de opdrachtnemer toe te rekenen aan de rechtspersoon. Voorkomen moet worden dat elke verboden gedraging van een

33. HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328 (Drijfmest).

34. Anders Mevis in zijn noot onder Drijfmest, die de redelijke toerekening beschouwt als 'nieuwe grondslag' of 'nieuw criterium'.

35. Zie namelijk Kamerstukken II 1975/76, 13 655, nr. 3, p. 18 (MvT).

werknemer of opdrachtnemer verricht tijdens de werkzaamheden voor de rechtspersoon meteen aan de rechtspersoon wordt toegerekend, zonder dat er een voldoende band is met de rechtspersoon en diens onderneming.³⁶ Een combinatie met de navolgende criteria kan bijdragen aan het invullen van de redelijkheid van de toerekening.

– De gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon. Dit eveneens objectieve criterium knoopt aan bij de ondernemingsactiviteiten van de rechtspersoon. De gedraging(en) van de natuurlijke persoon(en) zijn niet noodzakelijkerwijs het vertrekpunt voor de toerekening. Daarmee is dit criterium bruikbaar als niet een concrete gedraging van een natuurlijke persoon valt aan te wijzen die heeft bijgedragen aan het strafbare feit of zelf de strafbare gedraging constitueert.³⁷

Het criterium omvat twee soorten situaties. Allereerst de gedragingen die onderdeel zijn van de normale bedrijfsvoering, omdat zij inherent zijn aan de inrichting van een productieproces of proces van dienstverlening, een stap of fase daarin betreffen en/of een uitvloeisel daarvan zijn.³⁸ Ten tweede omvat het criterium gedragingen die weliswaar geen onderdeel zijn van de normale bedrijfsvoering, maar wel daarbij aansluiten. Uit de toepassing van het criterium in de rechtspraak valt af te leiden dat het dan moet gaan om activiteiten die van vergelijkbare aard zijn als de activiteiten die gewoonlijk in en door de onderneming worden verricht.³⁹ Voor de beoordeling van beide bovengenoemde situaties zijn de bedrijfspolitiek en de feitelijke werkwijze relevant.

De gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf

Ook hier gaat het om een objectief criterium. De rechter kan op basis van uitwendig kenbare feiten en omstandigheden en met gebruikmaking van algemene ervaringsregelen vaststellen of de verboden gedraging dienstig is geweest voor de rechtspersoon. Het dienstig zijn voor het bedrijf kan bestaan uit financieel voordeel en ander voordeel, waarbij dat voordeel niet hoeft te worden gespecificeerd. Zo aanvaardde de Hoge Raad de bewijsmotivering van het hof dat het strafbare feit van het vissen met visnetten

36. De Hullu 2009, p. 167. Vgl. de werkwijze van de Rb. Almelo 29 mei 2009, NJ 2009, 483, die na de vaststelling van het werkzaam zijn van verdachte voor de stichting (als voorzitter van het bestuur) concrete feiten en omstandigheden aanvoert waaruit blijkt dat het verstrekken van het middel tot zelfdoding door verdachte is ingebed in zijn optreden namens de stichting en dat van de medebestuurders.

37. Vgl. HR 24 mei 2005, NJ 2005, 434 (Morsen van olie), waarin het morsen van olie door het niet functioneren van een klok van een vulsysteem resulteert in het strafbare feit.

38. Zie HR 23 februari 1993, NJ 1993, 605. Weliswaar gewezen vóór het Drijfmest-arrest, maar de Hoge Raad past reeds de maatstaf van redelijke toerekening toe.

39. Dat volgt mijns inziens uit HR 29 maart 2005, IJN AR7619 (Rederij viskottter).

waarin touwtjes zijn geknoopt dienstig was voor de rechtspersoon, nu aan-nemelijk was dat daardoor een hogere visvangst is verkregen.⁴⁰

- 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 gevegd met het oog op de voorkoming van de gedraging.

Met dit criterium incorporeert de Hoge Raad de zogenoemde IJzerdraad-criteria binnen het schema van het Drijfmest-arrest. De IJzerdraad-criteria zijn ontwikkeld voor vormgeving van het functioneel ouderschap (vgl. § 3.4) en zijn tot aan het Drijfmest-arrest gebruikt voor het vaststellen van het ouderschap van de rechtspersoon. De tweede volzin in het geciteerde criterium betreft een toevoeging ten opzichte van de IJzerdraad-criteria.

In de IJzerdraad-criteria staat de relatie van de rechtspersoon tot de verboden gedraging(en) van de natuurlijke perso(o)n(en) centraal. Daarbij is het beschikkingscriterium een objectief criterium dat ziet op juridische en/of feitelijke zeggenschap. De rechtspersoon moet invloed kunnen uitoefenen op het al dan niet plaatsvinden van de verboden gedraging; het gaat om beschikkingsmacht oftewel 'kunnen ingrijpen'.⁴¹ Dat veronderstelt een organisatie waarin dergelijke macht kan worden uitgeoefend. Daarvan zal bij een rechtspersoon al snel sprake zijn.

Het aanvaardingscriterium is een deels objectief, deels subjectief criterium. Uit het gedrag en de houding van de rechtspersoon moet blijken of de verboden gedraging werd geaccepteerd, oftewel dat sprake was van 'blijkbaar billijken'.⁴² Behoudens het geval dat de rechtspersoon actief heeft bevorderd dat de verboden gedraging plaatsvond,⁴³ gaat het meestal om 'stilzitten'; de rechtspersoon doet niets. Dat niets doen kan bestaan uit een oogje toeknippen, het nalaten van het treffen van voldoende maatregelen ter voorkoming van het plegen van strafbare feiten en het niet betrachten van de redelijkerwijs te vergen zorg voor het voorkomen van de verboden gedraging. Deze vormen van stilzitten kunnen in de praktijk blijken doordat de verboden gedraging zich stelselmatig manifesteert, terwijl de rechtspersoon maar niet ingrijpt en/of doordat onvoldoende toezicht wordt gehouden. In dit verband zijn van belang: i) bedrijfscultuur en -politiek

40. Zie HR 29 maart 2005, LJN AR7619, r.o. 4.7 (Rederij viskotter). A-G Vellinga had overigens wel graag een specificatie van het voordeel gezien (ov. 26).

41. Zie annotator Röling onder HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 (IJzerdraad). En verder o.m. A-G Vellinga voor HR 9 maart 2004, LJN AN9919, ov. 21; Rense 2005, p. 283; De Hullu 2009, p. 158; Gritter 2009, p. 15-16.

42. Zie annotator Röling onder het IJzerdraad-arrest.

43. Zoals in Rb. 's-Gravenhage 28 januari 2008, LJN BC2824.

(bijv. een slordige bedrijfsvoering⁴⁴), *ii*) besluitvormingsprocessen binnen de rechtspersoon, *iii*) organisatiestructuur van de rechtspersoon (centraal geleid of gedecentraliseerde verantwoordelijkheden met betrekkelijk veel autonomie voor lagere eenheden?), *iv*) de wijze waarop leidinggevenden en het bestuur toezicht houden op activiteiten binnen de rechtspersonen, *v*) de wijze waarop informatiestromen en -voorziening zijn georganiseerd, *vi*) past de verboden gedraging binnen de normale bedrijfsvoering?⁴⁵

Naast deze objectieve kant kent het aanvaardingscriterium ook een subjectieve kant doordat in het aanvaarden besloten ligt dat de rechtspersoon de verboden gedraging(en) heeft gewild. Uit het accepteren volgt de wil en dat veronderstelt dat de rechtspersoon kennis draagt van de verboden gedraging, althans van een soortgelijke verboden gedraging. De rechtspersoon moet immers weten wat hij aanvaardt. Dat wil niet zeggen dat vereist is dat het bestuur van de rechtspersoon heeft ingestemd met het plaatsvinden van de verboden gedraging(en). Bij een grote onderneming met een organisatie met taakverdelingen en delegatie van verantwoordelijkheden naar betrekkelijk autonome eenheden zal het bestuur niet van alle details op de hoogte zijn. Toch kan er ruimte zijn voor aanvaarding, bijvoorbeeld wanneer de leiding van de desbetreffende eenheid wel is geïnformeerd en het bestuur op hoofdlijnen weet dat er iets gaande is in een onderdeel van de onderneming. Wanneer dan geen maatregelen zijn genomen, heeft de rechtspersoon niet de redelijkerwijs te vergen zorg betracht voor het voorkomen van de verboden gedraging.⁴⁶

De behandelde Drijfmet-criteria sluiten niet uit dat een rechtspersoon ook strafrechtelijk aansprakelijk kan zijn voor gedragingen van werknemers die zij eigenmachtig hebben verricht, althans zonder voorafgegane al dan niet expliciete instructie of opdracht van een meerdere uit de organisatie van de rechtspersoon.⁴⁷

Bovenstaande schets van de wijze waarop het daderschap van de rechtspersoon kan worden vastgesteld, laat zien dat ook bij schending van MVO-normen die onder de reikwijdte van een strafbepaling vallen, de rechtspersoon, en daarmee de onderneming, strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld zonder dat sprake is van specifieke belemmeringen vanwege de MVO-context. De besproken criteria zijn open, flexibel, niet-cumulatief en niet-dwingend. Rechters kunnen ook aanvullende criteria formuleren om de algemene maatstaf van de redelijke toerekening te concretiseren in een MVO-context. Daarmee bevat het jurisprudentiële kader voor het

44. A-G Vellinga voor HR 9 maart 2004, LJN AN9919, ov. 21.

45. Zie voor het voorgaande Rense 2005, p. 284, 295-297; De Hullu 2009, p. 158-159, 168-169.

46. De Hullu 2009, p. 158, 168-169.

47. Zie HR 14 januari 1992, NJ 1992, 413 (Discotheek Babylon).

daderschap van rechtspersonen 'ruime mogelijkheden' of een 'breed en open kader' om te komen tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen.⁴⁸ Niettemin zullen de grenzen van dat kader moeten worden afgetast, wanneer men het wil toepassen op een Nederlandse moedermaatschappij in wier binnen- of buitenlandse dochteronderneming strafbare feiten zijn begaan (zie verder § 5).

Of een rechtspersoon na vaststelling van diens daderschap daadwerkelijk strafrechtelijk aansprakelijk is, hangt af van de delictsomschrijving van het ten laste gelegde feit. Bevat die delictsomschrijving een subjectief bestanddeel in de vorm van opzet of culpa, dan moet een tweede beoordelingsproces volgen (zie § 3.3.1).

Dat proces kan in de eerste plaats bestaan uit een toerekeningsproces waarin de geestesgesteldheid van natuurlijke personen actief binnen of voor de onderneming naar de rechtspersoon worden geprojecteerd op de rechtspersoon. Daartoe kunnen kennis- en wilselementen van die natuurlijke personen worden 'bijeengeharkt'. Deze elementen worden samengevoegd en 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 wilcomponent. Bij dit bijeenharken van opzet of culpa dient rekening te worden gehouden met: *i*) de aard en de inhoud van het ten laste gelegde 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 in de onderneming hebben.⁴⁹ Is de vereiste mentale toestand aanwezig bij bestuurders of vennoten, dan is er eerder reden voor toerekening.⁵⁰ De Hoge Raad lijkt ten slotte het gebruik maken van de daderschapscriteria van het Drijfmet-arrest voor het toerekenen van opzet (of culpa) toe te staan;⁵¹ iets waar ik, net als Buruma,⁵² moeite mee heb omdat de daderschapscriteria strekken tot toerekening van de gedraging, en niet opzet of culpa.

48. De Hullu 2009, p. 170 resp. Mevis in zijn noot onder het Drijfmet-arrest.

49. Zie HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 109 (Gezondheidscertificaat); Van Strien 1996, p. 76-77, 88-90; Gritter 2007, p. 66-70; De Hullu 2009, p. 268-296.

50. Kamerstukken II 1975/76, 13 655, nr. 5, p. 2; IIR 1 februari 2005, LJN AP8469, r.o. 3.8.3 (SE Fireworks).

51. In HR 29 april 2008, NJ 2009, 130, r.o. 8.3, sauveert de Hoge Raad het oordeel van het hof dat het sfeercriterium en verkapte IJzerdraad-criteria gebruikte voor het toerekenen van opzet aan de rechtspersoon: 'Deze ambtenaren zijn steeds namens en ten behoeve van de gemeente opgetreden en hebben in de sfeer van de gemeente gehandeld. Hun handelingen, waarover de gemeente zeggenschap had, zijn ook steeds door de gemeente aanvaard.'

52. Zie Buruma in zijn noot (nr. 4) onder IIR 29 april 2008, NJ 2009, 130. Anders Gritter 2007, p. 74.

In de tweede plaats kan de aanwezigheid van opzet of culpa rechtstreeks op het niveau van de rechtspersoon worden beoordeeld. Opzet of culpa bij de rechtspersoon kan blijken uit bestuursbesluiten en/of bedrijfspolitiek en/of feitelijke werkwijze. Alsdan ligt in de organisatie de vereiste geestesgesteldheid besloten.⁵³ In dit laatste geval is strikt genomen niet sprake van een toerekeningsproces; hier is de idee van de rechtspersoon als juridische fictie losgelaten en wordt, anders dan bij de gedraging,⁵⁴ gekeken naar de rechtspersoon als sociale constructie⁵⁵.

3.4 *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevend*

Leidinggevend (zie voor dit begrip § 3.2) kunnen als natuurlijk persoon strafrechtelijk aansprakelijk zijn voor schending van MVO-normen. Deze strafrechtelijke aansprakelijkheid kan op vier manieren vorm krijgen.

Allereerst kan de leidinggevende met zijn gedraging(en) rechtstreeks onder de reikwijdte van een strafbepaling vallen doordat hij alle delictsbestanddelen vervult.

Ten tweede kan de gedraging van de leidinggevende bestaan uit een zodanige vorm van betrokkenheid bij het strafbare feit dat sprake is van deelneming aan dat strafbare feit in de zin van medeplegen, uitlokking, doen plegen of medeplichtigheid. Langs deze weg is ook strafrechtelijke aansprakelijkstelling in Nederland mogelijk voor een in Nederland te situeren deelneming aan strafbare MVO-schendingen van derden in het buitenland. Daarbij geldt dat voor doen plegen, medeplegen en medeplichtigheid niet is vereist dat die gedraging van derden ook naar Nederlands strafrecht een strafbaar feit oplevert dan wel dat die derden in Nederland vervolgbaar zijn.⁵⁶ Overigens, wanneer langs deze weg rechtsmacht is gevestigd, betekent dat niet dat Nederland ook rechtsmacht verwerft over het grondfeit dat in het buitenland is gepleegd, tenzij het een geval van medeplegen betreft.⁵⁷

Ten derde kan de leidinggevende strafrechtelijk aansprakelijk zijn wegens de eigen, specifieke deelnemingsvorm van het feitelijk leidinggeven.⁵⁸ Indien namelijk is vastgesteld dat een strafbaar feit is begaan door de rechtspersoon,⁵⁹ kan ingevolge art. 51 lid 2 sub 2 Sr ook de feitelijk lei-

53. Van Strien 1996, p. 91-93; Rense 2005, p. 284, 287; De Hullu 2009, p. 269-270.

54. Waar we blijkbaar nog zeer zijn gehecht aan de menselijke gedraging als gewilde spierbeweging.

55. Vgl. Brants & Brants 1991, p. 14-15.

56. Wolswijk 1998, p. 226 resp. p. 227-230, 238, 240.

57. Wolswijk 1998, p. 244-245.

58. De Hullu 2009, p. 477.

59. Het niet vervolgen van de rechtspersoon of diens vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolgung belet niet de veroordeling van de feitelijk leidinggever, zie IIR 6 april 1999, NJ 1999, 633. Vgl. ook HR 21 oktober 1986, NJ 1987, 362.

dinggever⁶⁰ 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 toegevalen.⁶¹ 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, FK] gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen.⁶² Hieruit volgt dat wat De Hullu aanduidt als de gevallen van 'horen, zien en zwijgen'⁶³ onder omstandigheden kan leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van de leidinggevende. Een leidinggevende die bijvoorbeeld in zijn hoedanigheid als bestuurder⁶⁴ van de rechtspersoon persoonlijk⁶⁵ op de hoogte is van het feit dat binnen de onderneming gedragingen plaatsvinden die schending van strafrechtelijk beschermde MVO-normen behelzen, zonder dat hij kennis behoeft te hebben elke specifieke gedraging,⁶⁶ en vervolgens niet ingrijpt door zijn medewerkers op te dragen de verboden gedragingen 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, laat uit zijn houding en gedrag zien dat hij kennis draagt van de aanmerkelijke kans dat de verboden gedragingen in de onderneming plaatsvinden en dat hij dat bewust aanvaardt. Daarbij is voor strafrechtelijke aansprakelijkheid niet vereist dat is vast komen te staan dat de leidinggevende geen toezicht heeft gehouden op de uitvoering van het afgesproken beleid door zijn collega feitelijk leidinggever wanneer

60. 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, LJN AP8469, r.o. 3.3.1 (SE Fireworks). In de rechtspraak ligt het zwaartepunt bij feitelijk leidinggeven.
61. HR 21 oktober 1986, NJ 1987, 362, r.o. 5.4; HR 18 september 2007, LJN BA7261.
62. HR 16 december 1986, NJ 1987, 321, r.o. 5.1.1 (Slavenburg II).
63. De Hullu 2009, p. 483.
64. Deze formele hoedanigheid is evenwel niet vereist. De Slavenburg-criteria knopen aan bij de feitelijke zeggenschapsrelaties binnen een onderneming. Zie De Hullu 2009, p. 476, 481. Uit de enkele omstandigheid dat een persoon bestuurder is volgt niet meteen het feitelijk leidinggeven, zie o.m. A-G Machiels voor HR 24 augustus 2004, LJN AP1508, ov. 3.2; HR 15 december 2009, LJN BJ9783, r.o. 2.6.
65. Vaststelling van aanwezige kennis bij het bestuur als collectief zonder dat de persoonlijke kennis van de bestuurder is vastgesteld volstaat niet, zie Hof Den Haag 2 december 1987, NJ 1988, 433, r.o. 5.8 (Vrijspraak Piet S.).
66. 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).

sprake is van een taakverdeling tussen de feitelijk leidinggevers.⁶⁷ Heeft de leidinggevende evenwel meer dan eens goed geïnformeerd naar de status van de uitvoering of op andere wijze toegezien op de uitvoering, dan duidt dat erop dat hij de aanmerkelijke kans op het voortduren van de verboden praktijken niet heeft willen aanvaarden.

Ten slotte kan een leidinggevende, bijvoorbeeld ingeval van een eenmanszaak, als functioneel dader strafrechtelijk aansprakelijk zijn voor een strafbaar feit begaan binnen zijn onderneming. Functioneel daderschap is een uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid door naast de fysieke pleger ook een ander strafrechtelijk aansprakelijk te houden. De grond daarvoor is gelegen in de functionele verantwoordelijkheid van die ander. Die persoon heeft een zodanige functie, positie of hoedanigheid ten opzichte van de fysieke pleger dat hem diens gedraging kan worden toegerekend. In het IJzerdraad-arrest heeft de Hoge Raad de criteria voor deze toerekening gegeven: vermocht de functionele dader beschikken over het plaatsvinden van de verboden gedraging en werden die gedragingen door hem aanvaard of plachten zij door hem te zijn aanvaard?⁶⁸ Aangenomen wordt dat de nadere uitwerking van het aanvaardingscriterium dat de Hoge Raad in het Drijfmest-arrest heeft gegeven voor de toerekening van een gedraging aan een rechtspersoon,⁶⁹ ook geldt voor het functioneel daderschap.⁷⁰ Daaruit blijkt nog eens dat functioneel daderschap ook omvat strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens nalaten.⁷¹

3.5 *Potentiële bruikbaarheid van algemene, commune strafbepalingen*

Commune strafbepalingen kunnen worden ingezet om een schending van een MVO-norm te redresseren indien en voor zover de gedraging die de schending behelst binnen de reikwijdte van de delictsomschrijving valt. Veel commune strafbepalingen abstraheren van het concrete doel dat de normadressaat voor ogen heeft. Dat kan zijn het wederrechtelijk behalen van voordeel, het omzeilen van wettelijke verplichtingen, uiting geven aan emoties, frustraties en/of woede etc. Commune strafbepalingen zijn eveneens dikwijls contextneutraal, dat wil zeggen dat zij toepassing kunnen vinden in uiteenlopende situaties die kunnen variëren van gedragingen in

67. Dat volgt mijns inziens uit Hof Den Haag 2 december 1987, NJ 1988, 433, r.o. 5.14-5.15 (Vrijspraak Piet S.).

68. IIR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 (IJzerdraad). Zie hierover o.m. De Hullu 2009, p. 156-159; Gritter 2009, p. 13-25.

69. Zie § 3.3.2 en voor een concretisering van deze maatstaf, zie Gritter 2009, p. 22-24.

70. De Hullu 2009, p. 157; Gritter 2009, p. 13.

71. Zie ook Gritter 2009, p. 15, 18, al gaat het mij te ver om, zoals Gritter doet, functioneel daderschap aan te merken als een specifieke vorm van nalaten. Een functionele dader kan het plegen van de verboden gedraging ook actief bevorderen.

de privé-sfeer, in de publieke sfeer en in de sfeer van ondernemingen. Dat maakt commune strafbepalingen ook toepasbaar in de sfeer van niet-naleving van MVO-normen. Daar komt bij dat sommige strafbepalingen extra-territoriale werking hebben. Zij zijn daarmee bruikbaar in de context van multinationale ondernemingen.

Om een beeld te geven van mogelijkheden die het huidige Nederlands strafrecht biedt voor de aanpak van schendingen van MVO-normen, laat ik een aantal commune strafbepalingen de revue passeren. Daarbij maak ik een onderverdeling in delicten die mensenrechten beschermen, delicten die mede strekken tot implementatie van MVO-normen en delicten die de functie kunnen hebben van kapstokbepaling.

3.5.1 Delicten die mensenrechten beschermen

Veel commune strafbepalingen beschermen mensenrechten, al zijn ze tot stand gekomen in een tijdperk waarin de mensenrechtenbenadering gebaseerd op internationale mensenrechtenverdragen nog niet bestond. Nu een aanmerkelijk deel van de MVO-normen betrekking heeft op mensenrechten (de 'people'-component), zijn de commune delicten bruikbaar indien en voor zover de desbetreffende schending van de MVO-norm alle bestanddelen van de delictomschrijving vervult.

Strafbare feiten als moord (art. 289 Sr) en doodslag (art. 287 Sr) beschermen het mensenrecht op leven. Open delictsbestanddelen als 'een ander van het leven berooft' laten in het midden hoe de dood van een ander is veroorzaakt. Dat maakt toepassing van deze strafbepalingen in de context van (multinationale) ondernemingen mogelijk. Een dergelijke toepassing ligt evenwel niet in de lijn der verwachtingen. Dat zou namelijk betekenen dat het opzettelijk doden van een ander behoort tot de ondernemingsactiviteiten.

Bij toepassing van commune strafbepalingen denk ik eerder aan delicten als dodelijke brandstichting (art. 157-158 Sr), mensenhandel (art. 273f Sr)⁷² en dood door schuld (art. 307 Sr). Het opslaan van te veel en te zwaar vuurwerk in daartoe ongeschikte opslagruimtes midden in een woonwijk lijkt mij een voorbeeld van maatschappelijk onverantwoord ondernemen. De directeuren van de vennootschap onder firma SE Fireworks zijn na de desastreuze vuurwerkramp te Enschedé als feitelijk leidinggevers veroordeeld wegens onder meer het culpoos teweegbrengen van een ontploffing met dodelijke afloop (art. 158 sub 3 Sr).⁷³

72. Een inherente mensenrechtsschending, zie ov. 3 preambule Kaderbesluit (2002/629/JBZ) van de Raad van 19 juli 2002 inzake bestrijding van mensenhandel, PbEG 2002, I, 203/1 (hierna: Kaderbesluit mensenhandel).

73. HR 1 februari 2005, LJN AP8469 en LJN AP4584.

Bij mensenhandel in de context van MVO denk ik vooral aan mensenhandel in de vorm van arbeidsuitbuiting (art. 273f lid 1 sub 4 Sr). Een voorbeeld betreft het misbruik maken van illegale Chinezen die tegen een karig loon lange werkdagen maken in restaurants, waarbij niet is vereist dat de onderneming of ondernemer de situatie waarin het misbruik kon plaatsvinden heeft geïnitieerd en/of gearrangeerd.⁷⁴ Ontbreken de dwang of de andere middelen van art. 273f Sr, terwijl het wel gaat om een illegale vreemdeling, dan behoort veroordeling wegens art. 197b Sr tot de mogelijkheden.⁷⁵ Art. 273f Sr zal overigens extraterritoriale werking krijgen.⁷⁶

Ingeval van een bedrijfsongeval met dodelijke afloop wegens niet-naleving van bijvoorbeeld voorschriften van de Arbeidsomstandighedenwet kan een veroordeling van de onderneming wegens dood door schuld (art. 307 Sr) mogelijk zijn.⁷⁷

3.5.2 Delicten die mede strekken tot implementatie van MVO-normen

Een duidelijk voorbeeld van strafbepalingen die mede strekken tot uitvoering geven aan MVO-normen, zijn de anti-corruptiebepalingen van art. 177-178a, 328ter, 362-364a Sr. Met de aanpassing van art. 177-178a en 362-364a Sr in 2001 is namelijk beoogd uitvoering te geven aan internationale en Europese rechtsinstrumenten,⁷⁸ waaronder het OECD Verdrag inzake bestrijding van omkoping van buitenlandse ambtenaren bij internationale zakelijke transacties.⁷⁹ Dat heeft onder meer geleid tot toevoeging van art. 178a en 364a Sr waarin personen in openbare dienst van een vreemde staat of een volkenrechtelijke organisatie worden gelijkgesteld met een ambtenaar. Het resultaat is dat het plegen van actieve en passieve corruptie van respectievelijk door een buitenlandse ambtenaar door een Nederlander in binnen- of buitenland strafbaar is, mits in dat buitenland

74. Zie HR 27 oktober 2009, LJN BI7099.

75. Zie Rb. Almelo 10 april 2009, LJN BI0944, waarin de rechtbank vrijspreekt voor mensenhandel bestaande uit arbeidsuitbuiting in een metaalbedrijf, maar veroordeelt voor art. 197b Sr.

76. Wanneer de Wet van 26 november 2009, houdende partiële wijziging van het Wetboek van Strafrecht, Wetboek van Strafvordering en enkele aanverwante wetten in verband met rechtsontwikkelingen, internationale verplichtingen en geconstateerde wetstechnische gebreken en leemten, Sib. 2009, 525, in werking treedt.

77. Vgl. Rb. Amsterdam 14 juli 2009, LJN BJ2952.

78. Kamerstukken II 1998/99, 26 469, nr. 3, p. 2, 10, 12-13 (MvT); Kamerstukken II 1999/00, 26 469, nr. 5, p. 2-4 (NuavV). Art. 328ter Sr omvat kennelijk reeds grensoverschrijdende private corruptie, aldus Roording 2002, p. 111; Sikkema 2005, p. 413.

79. Trb. 1998, 219. Originele Engelse tekst in Trb. 1998, 54. Zie voor de andere internationale en Europese rechtsinstrumenten, Kamerstukken II 1998/99, 26 469, nr. 3, p. 2, 10 (MvT); Roording 2002, p. 112-114; Sikkema 2005, p. 190-196; Eijssbouts e.a. 2010, § 4.1.

corruptie strafbaar is gesteld.⁸⁰ De rechtvaardiging voor deze extraterritoriale rechtsmacht ligt in een economische redenering. Globalisering, buitenlandse investeringen en multinationale ondernemingen worden gediend met een 'level playing field' en eerlijke concurrentieverhoudingen en die staan onder druk bij grensoverschrijdende omkoping.⁸¹

Daarnaast zijn er delicten die weliswaar niet zijn vastgesteld om uitvoering te geven aan MVO-normen, bijvoorbeeld omdat zij zijn ingevoerd voordat de desbetreffende MVO-normen op internationaal niveau zijn geformuleerd. Maar inmiddels mogen dergelijke strafbepalingen worden geacht mede te strekken tot implementatie van die MVO-normen. Een voorbeeld leveren art. 173a-173b Sr, de algemene strafbaarstellingen van ernstige milieumisdrijven waarbij gevaar voor de gezondheid van mensen⁸² of levensgevaar te duchten is al dan niet met dodelijke afloop. De bepalingen zijn ingevoerd als reactie op ernstige milieuvcontreinigingen (Lekkerkerk).⁸³ Zij geven in elk geval voor een deel uitvoering aan internationale rechtsinstrumenten.⁸⁴

Een voorbeeld op het terrein van arbeidsnormen zijn art. 197b-197c Sr. Deze bepalingen zien kort gezegd op het arbeid laten verrichten door een illegale vreemdeling, terwijl hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat de vreemdeling illegaal in Nederland verblijft. Deze strafbaarstellingen beogen te voorkomen de grensoverschrijdende georganiseerde handel in illegale arbeidskrachten, de uitbuiting van illegale vreemdelingen, de ontzegging van sociale rechten aan deze werknemers, de verstoring van de arbeidsmarkt en de markt waarop de werkgever actief is en het mislopen van belastinginkomsten.⁸⁵ Daarmee bestrijken zij MVO-normen,⁸⁶ al is dat niet de reden voor invoering van de strafbepalingen geweest. De strafbepalingen hebben overigens ook extraterritoriale werking doordat zij krachtens art. 5 lid 1 sub 1 Sr ook gelden voor de Nederlander die zich buiten Nederland schuldig maakt aan deze misdrijven.

80. Zie art. 5 lid 1 sub 2 Sr; Kamerstukken II 1999/00, 26 469, nr. 5, p. 11-12 (NnavV).

81. Kamerstukken II 1998/99, 26 468 (R1637), nr. 3, p. 20 (MvT); Roording 2002, p. 119-120.

82. Dus geen dieren of de natuur als zodanig, zie Kamerstukken II 1984/85, 19 020, nrs. 1-3, p. 10, 12 (MvT); Fokkens, aant. 3 op art. 173a (suppl. 128, september 2004), in: Noyon-Langemeijer-Remmelink.

83. Kamerstukken II 1984/85, 19 020, nrs. 3, p. 5, 7 (MvT).

84. Te weten Richtlijn 2008/99/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht, Pb EU 2008, L 328/28, zie Kamerstukken II 2006/07, 22 112, nr. 518, p. 29 jo. Kamerstukken II 2004/05, 30 037, nr. 3, p. 3-4, 8 (MvT). Deze richtlijn moet nog officieel worden omgezet.

85. Kamerstukken II 1991/92, 22 735, nr. 3, p. 8, 37 (MvT); Machielse, aant. 1 op art. 197b (suppl. 130, februari 2005), in: Noyon-Langemeijer-Remmelink.

86. Zoals art. 7(3) ILO Job Creation in Small and Medium-Sized Enterprises Recommendation, 17 June 1998 (ILO R189) en art. 2 sub b en d ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, June 1998.

3.5.3 Kapstokbepalingen

Onder deze categorie schaar ik strafbepalingen die zich lenen voor toepassing in gevallen van schendingen van MVO-normen, doch zelf niet voor dat doel in het leven zijn geroepen. Het gebruik maken van deze kapstokbepalingen is niet alleen mogelijk wanneer geen specifieke strafbepaling bestaat. Ook wanneer wel een specifieke strafbepaling voorhanden is die de schending van de MVO-norm omvat, kunnen de kapstokbepalingen cumulatief ten laste worden gelegd om een succesvolle vervolging te bevorderen. Ik noem hier valsheid in geschrifte (art. 225 Sr). Dat is een betrekkelijk eenvoudig bewijsbaar, formeel omschreven delict dat reeds toepasbaar kan zijn ingeval een geschrift met bewijsbestemming wordt opgesteld om een gedraging in het kader van schending van een MVO-norm mogelijk te maken en/of te bemantelen. Voorts kunnen in de MVO-context de strafbaarstellingen van witwassen en deelneming aan een criminele organisatie bruikbaar zijn. Vanwege hun extraterritoriale werking werk ik hun toepassingsmogelijkheden afzonderlijk uit (§ 4).

3.6 *Internationale misdrijven*

Art. 3-9 WIM bevatten voor Nederland de strafbaarstellingen van de internationale misdrijven genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, oorlogsmisdrijven en foltering. Algemeen wordt aangenomen dat het plegen of het deelnemen aan deze internationale misdrijven door (multinationale) ondernemingen en hun leidinggevendenden niet bepaald getuigt van maatschappelijk verantwoord ondernemen.⁸⁷ Rechtspersonen en natuurlijke personen als leidinggevendenden kunnen in Nederland worden vervolgd voor de genoemde internationale misdrijven.⁸⁸ Op internationaal niveau behoort vervolging van natuurlijke personen, dus ook leidinggevendenden van ondernemingen, voor het International Criminal Court (ICC) tot de mogelijkheden. Het ICC heeft evenwel geen rechtsmacht voor berechting van rechtspersonen.⁸⁹

Naar mijn mening zal in de MVO-context alleen in bijzondere gevallen sprake zijn van een internationaal misdrijf. Dit volgt uit de ernst van deze misdrijven, de internationaal strafrechtelijke dimensie daarvan en de de-

87. Zie o.m. Ruggie 2007, p. 8-9; Van Dam 2008, p. 26-27; Ruggie 2008, p. 20-21; Castermans & Van der Weide 2009, p. 15.

88. De wetgever oordeelt dat art. 51 Sr van toepassing is bij vervolging wegens art. 3-9 WIM, zie o.a. Kamerstukken II 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 26 (MvT).

89. Art. 25 lid 1 Rome Statute, A/CONE.183/9, <www.icc-cpi.int/>. Niettemin is voor het internationaal strafrecht invoering bepleit van een directe aansprakelijkheid van moedermaatschappijen voor internationale misdrijven gepleegd door dochterondernemingen op basis van een zorgplicht die een 'had reason to know' standaard omvat, zie Stoitchkova 2010, p. 140 e.v.

lictsomschrijvingen die vanwege de betekenis en de bewijsbaarheid van hun delictsbestanddelen hoge eisen stellen aan het type zaken dat daar succesvol onder valt te brengen. Het lijkt bovendien niet goed voorstelbaar dat Nederlandse ondernemingen zich buiten oorlogssituaties schuldig maken aan het plegen van internationale misdrijven.⁹⁰ Niettemin kunnen Nederlandse ondernemers een bijdrage leveren aan het door derden plegen van internationale misdrijven. Dat kan strafbaar zijn als deelneming aan internationale misdrijven, zoals het geval is in het actuele voorbeeld van de Van Anraat-zaak.⁹¹ Voorts heeft de Tweede Wereldoorlog laten zien dat Nederlandse ondernemingen en ondernemers (banken en beurshandelaars) het door anderen plegen van wat wij tegenwoordig aanmerken als internationale misdrijven hebben begunstigd door geroofde joodse effecten te (laten) kopen van de Duitse bank Lippmann, Rosenthal & Co. (Liro) of op de Amsterdamse effectenbeurs te kopen, terwijl zij op de hoogte waren van de herkomst van deze effecten.⁹² Dergelijke gedragingen vallen evenwel onder de commune strafbaarstellingen van opzetheling (art. 416 Sr) en tegenwoordig ook opzetwitwassen (art. 420bis Sr).

4 Twee commune delicten met extraterritoriale werking

De strafbaarstellingen van witwassen en deelneming aan een criminele organisatie kunnen vanwege hun open delictsomschrijvingen worden gebruikt voor vervolging van een schending van een MVO-norm die tevens een misdrijf oplevert. Wat beide bepalingen bijzonder maakt, is dat zij inherente extraterritoriale werking kennen. Het gevolg is dat op basis van de strafbepalingen een (rechts)persoon onder omstandigheden in Nederland kan worden vervolgd voor een schending van een MVO-norm in het buitenland.

4.1 Witwassen

Misdaad mag niet lonen. Dit adagium ligt ten grondslag aan de strafbaarstellingen van witwassen, namelijk opzetwitwassen (art. 420bis Sr), gewoontewitwassen (art. 420ter Sr) en schuldwitwassen (art. 420quater Sr).⁹³ Met de invoering van deze strafbaarstellingen in 2001 heeft de wetgever uitvoering gegeven aan verplichtingen vervat in internationale rechtsin-

90. In oorlogssituaties kan dat anders zijn, denk aan de veroordeling van Alfred Krupp als bestuurder van de Duitse munitiefabrikant Krupp door het United States Military Tribunal, zie Stoitchkova 2010, p. 54.

91. HR 30 juni 2009, NJ 2009, 481. Zie voorts Ruggie 2008, p. 20-21.

92. Aalders 1999, p. 178-200, 256.

93. Kamerstukken II 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 1 (MvT).

strumenten. Daartoe behoort in elk geval de eerste richtlijn witwassen (91/308/EEG).⁹⁴ Inmiddels is die richtlijn vervangen door de derde richtlijn witwassen (2005/60/EG).⁹⁵

De strafbaarstellingen van witwassen strekken er primair toe de integriteit van het financiële en economische verkeer te beschermen alsmede bedreiging van de openbare orde te voorkomen.⁹⁶ Onderkend wordt dat witwassen ook begunstigend werkt voor het begaan van misdrijven.⁹⁷ In de vormgeving van de strafbaarstellingen van witwassen en de wijze waarop deze in de rechtspraak zijn geïnterpreteerd en toegepast, is deze ratio van de strafbaarstellingen naar de achtergrond verdrongen. Ook gedragingen die niet strekken tot het valselijk voorwenden van een schijnbaar legale herkomst van vermogensbestanddelen dan wel het maskeren van de illegale herkomst daarvan⁹⁸ vallen onder de strafbaarstellingen.

De strafbaarstellingen van witwassen kennen grofweg drie soorten van witwasgedragingen ten aanzien van vermogensbestanddelen.⁹⁹ In de MVO-context is met name van belang de variant van het verwerven en het voorhanden hebben van vermogensbestanddelen (art. 420bis lid 1 sub b Sr; art. 420quater lid 1 sub b Sr). Deze gedragingen zien op het verkrijgen of hebben van feitelijke zeggenschap over de vermogensbestanddelen.¹⁰⁰ De verboden witwasgedragingen zijn ruim getrokken; vooral door het bestanddeel 'voorhanden heeft' zal al snel de witwasgedraging zijn vervuld.

De beperking van de werkingssfeer van de strafbaarstellingen moet komen van het subjectieve bestanddeel.¹⁰¹ Bij opzetwitwassen moet de dader weten dat het voorwerp onmiddellijk of middellijk afkomstig is uit misdrijf. Daarbij volstaat voorwaardelijk opzet.¹⁰² Bij schuldwitwassen

94. Richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, Pb EG 1991, L 166/77.

95. Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor witwassen van geld en de financiering van terrorisme, Pb EU 2005, L 309/15.

96. Zie o.m. de preambule richtlijn witwassen (91/308/EEG); Kamerstukken II 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 5-6 (MvT); Kamerstukken I 2000/01, 27 159, nr. 288a, p. 1-2, 9 (MvA); ov. 1-2, 4 preambule richtlijn witwassen (2005/60/EG).

97. Kamerstukken II 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 5 (MvT); Kamerstukken I 2000/01, 27 159, nr. 288a, p. 2 (MvA).

98. Dit is fenomenologisch de kern van witwassen, zie Van Duyne 2003, p. 69.

99. De strafbaarstellingen spreken over 'voorwerpen', hetgeen in het tweede lid is omschreven als alle zaken en alle vermogensrechten. Zaken zijn voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten en vermogensrechten zijn bijvoorbeeld vorderingen (zie Kamerstukken II 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 16 (MvT); Kamerstukken II 2000/01, 27 159, nr. 5, p. 1, 17 (NnavV)). Ik vat dit samen als vermogensbestanddelen.

100. Zie Kamerstukken II 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 15 (MvT).

101. Kamerstukken II 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 17 (MvT); Kamerstukken II 2000/01, 27 159, nr. 5, p. 3 (NnavV).

102. Kamerstukken II 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 15 (MvT); Kamerstukken II 2000/01, 27 159, nr. 5, p. 11 (NnavV).

moet de dader redelijkerwijs vermoeden dat het voorwerp onmiddellijk of middellijk afkomstig is uit misdrijf. Dit subjectieve bestanddeel ziet op culpa en omvat daarmee ook gevallen waarin de dader niet nadacht waar hij dat wel had behoren te doen (onbewuste culpa). Hij had derhalve onderzoek moeten verrichten naar de herkomst alvorens iets met het vermogensbestanddeel te doen.¹⁰³

Een laatste bestanddeel dat moet zijn vervuld voor strafbaar witwassen is dat het vermogensbestanddeel middellijk of onmiddellijk afkomstig is uit enig misdrijf. De tekst van art. 420bis en 420quater Sr brengt daarbij geen beperking aan in het soort misdrijf. Schendingen van MVO-normen die een misdrijf opleveren zijn derhalve gedekt. Het omvat ook fiscale misdrijven¹⁰⁴ en het eigen misdrijf.¹⁰⁵ Dat laatste betekent dat degene die zelf het misdrijf begaat en daaruit onmiddellijk of middellijk een vermogensbestanddeel verwerft of voorhanden heeft, meteen strafbaar is wegens witwassen. In deze situatie is immers steeds sprake van (voorwaardelijk) opzet op de illegale herkomst. Ten aanzien van het bewijs van het bestanddeel is het inmiddels vaste rechtspraak dat niet bewezen hoeft te worden wie, welk misdrijf, waar en wanneer heeft gepleegd.¹⁰⁶ Derhalve hoeft niet vast te staan wie de dader is, of het misdrijf mensenhandel of tewerkstelling van een illegale vreemdeling betreft (vgl. § 3.5.1), op welk moment dit delict is gepleegd en waar het is begaan. Vooral dat laatste is in de context van MVO van belang, zoals ik aanstonds zal demonstreren. Eerst nog een aantal opmerkingen over het bestanddeel 'onmiddellijk of middellijk afkomstig is uit'.

Het onmiddellijk afkomstig zijn uit misdrijf ziet op de situatie waarin het vermogensbestanddeel rechtstreeks uit het misdrijf voortkomt, zoals het gestolen voorwerp bij diefstal. Het onmiddellijk afkomstig uit misdrijf omvat alle gevallen waarin het vermogensbestanddeel indirect volgt uit het misdrijf. Dat omvat ook vervolgprijt. Wanneer een gestolen voorwerp wordt verkocht, dan is de verkoopopbrengst geld dat middellijk afkomstig is uit misdrijf. Dat geldt evenzeer voor het daarmee aangeschafte nieuwe voorwerp, bijvoorbeeld een auto, ook als die auto maar voor een deel met de verkoopopbrengst wordt gefinancierd. Het geldt voorts voor bijvoorbeeld de huurpenningen die worden geïncasseerd door die auto te verhuren.¹⁰⁷ Het

103. Kamerstukken II 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 15-16 (MvT); Kamerstukken II 2000/01, 27 159, nr. 5, p. 11-12 (NnavV); Kamerstukken I 2000/01, 27 159, nr. 288a, p. 3 (MvA).

104. HR 7 oktober 2008, NJ 2009, 94.

105. Kamerstukken II 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 6-7 (MvT); Kamerstukken II 2000/01, 27 159, nr. 5, p. 3, 10 (NnavV); IIR 2 oktober 2007, NJ 2008, 16.

106. HR 28 september 2004, NJ 2007, 278, r.o. 3.5; IIR 27 september 2005, NJ 2006, 473, r.o. 3.4.

107. Zo volgt uit Kamerstukken II 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 17 (MvT); Kamerstukken II 2000/01, 27 159, nr. 5, p. 17 (NnavV); Kamerstukken I 2000/01, 27 159, nr. 288a, p. 8 (MvA).

betekent zelfs dat wanneer illegaal verworven gelden chartaal of giraal worden gevoegd bij legaal geld, het totale geldbedrag moet worden aange-merkt als illegaal geld, tenzij het illegale geld verhoudingsgewijs een zeer beperkt deel vormt van het totale geldbedrag.¹⁰⁸

Terug naar het bestanddeel 'enig misdrijf'. Doordat niet hoeft komen vast te staan *waar* het misdrijf is begaan, kan het ook een misdrijf betreffen dat in het buitenland is begaan. Dat is de consequentie van het standpunt van de wetgever dat de rechter niet hoeft te identificeren '(...) welk misdrijf precies aan het voorwerp ten grondslag ligt (...)'¹⁰⁹ en de daarop gebaseerde rechtspraak van de Hoge Raad. Het misdrijf bedoeld in art. 420bis en 420quater Sr kan derhalve ook een buitenlands misdrijf zijn.¹¹⁰

Voor deze uitleg pleiten de volgende argumenten. De eerste en de derde richtlijn witwassen (91/308/EEG en 2005/60/EG) bepalen met zoveel woorden dat ook sprake is van witwassen '(...) indien de activiteiten die ten grondslag liggen aan de wit te wassen voorwerpen gelokaliseerd zijn op het grondgebied van een andere Lid-Staat of op dat van een derde Staat.' (art. 1 resp. art. 1 lid 3). Hieruit volgt dat het grondfeit ook een in het buitenland gepleegd misdrijf kan zijn.¹¹¹ De plicht tot richtlijnconforme interpretatie brengt met zich dat art. 420bis en 420quater Sr zo moeten worden uitgelegd dat zij ook buitenlandse misdrijven omvatten.¹¹² Voorts bepaalt art. 6 lid 2 Verdrag inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven¹¹³ dat niet ter zake doet of het grondfeit onder de rechtsmacht van de lidstaat valt.¹¹⁴ Art. 420bis Sr beoogt uitvoering te geven aan dit verdrag.¹¹⁵ Daarnaast kunnen gelden en andere voorwerpen die zijn verkregen met in het buitenland gepleegde misdrijven in de Nederlandse samenleving worden gebracht met diensteengevolge het gevaar van aantasting van de integriteit van het financiële stelsel en corrumperende werking in de samenleving. Bovendien blijkt uit de parlementaire geschiedenis niet expliciet dat buitenlandse mis-

108. Aldus Hof Amsterdam 3 juli 2009, LJN BJ1687.

109. Kamerstukken II 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 16 (MvT). Vgl. ook Kamerstukken I 2000/01, 27 159, nr. 288a, p. 8 (MvA).

110. Idem Haverkate 2008, p. 16-17.

111. Idem voor richtlijn witwassen 91/308/EEG; Stessens 1997, p. 363.

112. Over richtlijnconforme interpretatie en haar grenzen. Kristen 2004, p. 61-79 en i.h.b. p. 73-74.

113. Straatsburg, 8 november 1990, Trb. 1990. 172 (Verdrag van Straatsburg 1990). Idem Stessens 1997, p. 363-364.

114. Idem art. 9 lid 2 sub a Verdrag van de Raad van Europa inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven en de financiering van terrorisme, Trb. 2006. 104 (Verdrag van Warschau 2005), dat inmiddels ook voor Nederland geldt en waar Nederland volgens de regering al aan voldoet, zie Kamerstukken I/II 2007/08, 31 455 (R1861), A en nr. 1, p. 3.

115. Kamerstukken II 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 1, 3-4 (MvT).

drijven niet onder art. 420bis en 420quater Sr vallen.¹¹⁶ Ten slotte laat de gepubliceerde rechtspraak één geval zien waarin gelden afkomstig uit één of meer buitenlandse misdrijven onder art. 420bis Sr zijn gebracht.¹¹⁷

Door ook buitenlandse misdrijven onder het bestanddeel 'afkomstig is uit enig misdrijf' te scharen, hebben de strafbaarstellingen van witwassen extraterritoriale werking. Daarvoor gelden wel twee voorwaarden. In de eerste plaats moet de witwashandeling in Nederland te situeren zijn. Dat zal geen probleem opleveren wanneer de witwasser zich in Nederland bevindt; er is al snel sprake van in elk geval voorhanden hebben van gelden met illegale herkomst. In de tweede plaats moet het buitenlandse grondfeit naar Nederlands recht een misdrijf zijn.¹¹⁸ Daarmee lijkt niet te zijn vereist dat ook het buitenlandse grondfeit in dat buitenland een misdrijf oplevert.¹¹⁹

Is aan beide voorwaarden voldaan, dan bieden de witwasbepalingen ruime mogelijkheden om de Nederlandse moedermaatschappij strafrechtelijk te vervolgen ingeval in haar buitenlandse dochteronderneming misdrijven zijn begaan of bij buitenlandse derden als toeleveranciers, zij indirect uit die misdrijven vermogensbestanddelen verwerft of voorhanden heeft en weet althans redelijkerwijs moet vermoeden dat die vermogensbestanddelen middellijk afkomstig zijn uit de misdrijven. Het betekent bijvoorbeeld dat een Nederlandse multinationale onderneming in Nederland kan worden vervolgd wanneer het een product dat door buitenlandse dochteronderneming dan wel een buitenlandse toeleverancier is vervaardigd vervolgens met behulp van corruptiepraktijken uit het gastland wordt geëxporteerd. De verkoopopbrengst van dit product is middellijk afkomstig uit het misdrijf van corruptie. Wanneer die verkoopopbrengst (uiteindelijk) in de boeken van de moedermaatschappij terecht komt, heeft zij die verworven en vervolgens voorhanden. Concrete wetenschap van de corruptie is niet vereist, want voor de strafbaarstelling van schuldwitwassen van art. 420quater Sr is voldoende dat de moedermaatschappij verwijtbaar aan-

116. De voorbeelden met internationale kanten in Kamerstukken I 2000/01, 27 159, nr. 288a, p. 4 (MvA) zijn gevallen waarin via rechtsmachtregels en de leer van het *locus delicti* de toepasselijkheid van art. 420bis Sr wordt aangenomen.

117. Rb. 's-Gravenhage 14 juli 2006, LJN AY5811.

118. Dat volgt uit de tekst van artt. 420bis-420quater Sr alsmede uit het voorbehoud dat Nederland bij de genoemde Verdragen van Straatsburg 1990 en Warschau 2005 heeft gemaakt, zie art. 2 sub b Goedkeuringsrijkswet Verdrag inzake witwassen, opsporing, inbeslagname en confiscatie van opbrengsten van misdrijven, Srb. 1993, 164 resp. Kamerstukken I/II 2007/08, 31 455 (R1861). A en nr. 1, p. 7.

119. Daarvoor pleit in elk geval dat aldus wordt voorkomen dat feiten niet in Nederland maar in het buitenland worden gepleegd, terwijl de witwasgedraging hier te lande plaatsvindt en hier de gelden worden gespenseerd. Anders voor België: Stessens 1997, p. 364-365. Hij stelt het vereiste van dubbele strafbaarheid om te vermijden dat vermogensbestanddelen in België via de strafbaarstelling van witwassen als illegaal worden aangemerkt, terwijl zij in het buitenland legaal zijn verkregen.

merkelijk onvoorzichtig is geweest. Daarvoor is toereikend dat de moedermaatschappij niet heeft nagedacht waar zij dat wel had behoren te doen. Voor invulling van die normatieve maatstaf kan een MVO-norm dienen, namelijk de OECD Richtlijnen voor multinationale ondernemingen 2000 met de richtlijnen voor het tegengaan van corruptie.

Aldus blijkt dat de strafbaarstellingen van witwassen door hun open karakter en daaraan gegeven uitleg en toepassing heel veel soorten gedragingen kunnen omvatten en daarmee in uiteenlopende gevallen van toepassing kunnen zijn.¹²⁰ In een nationale context alsmede bij een grensoverschrijdende context van de multinationale onderneming bieden zij onverwachte mogelijkheden om ondernemingen en leidinggevendenden strafrechtelijk te vervolgen indien zij opbrengsten of andere vermogensbestanddelen genieten van schendingen van MVO-normen die misdrijven opleveren. Begunstiging van dergelijke schendingen is derhalve strafbaar.

4.2 *Deelneming aan een criminele organisatie*

In art. 140 Sr is deelneming aan een criminele organisatie strafbaar gesteld. Deze strafbepaling wordt aangewend voor de aanpak van georganiseerde misdaad. Zij kan mijns inziens ook worden toegepast op (multinationale) ondernemingen die in samenwerking met een ander MVO-normen schenden die onder de reikwijdte van een misdrijf vallen. In het bijzonder denk ik dan aan de Nederlandse moedermaatschappij in wier Nederlandse of buitenlandse dochteronderneming misdrijven plaatsvinden. Hier zal niet onmiddellijk aan een vervolging wegens art. 140 Sr worden gedacht. In het algemene beeld van georganiseerde misdaad past niet een (multinationale) onderneming waar in een dochteronderneming strafbare feiten worden begaan (vgl. § 6.2.2). Toch kan art. 140 Sr van toepassing zijn. Dat volgt uit het open jurisprudentiële kader waarmee de delictsomschrijving van art. 140 Sr is ingevuld.¹²¹ Hiertoe schets ik dit kader voor zover dat nodig is om de toepassingsmogelijkheden van art. 140 Sr op die Nederlandse moedermaatschappij te demonstreren.

Voor toepassing van art. 140 Sr is in de eerste plaats vereist een duurzaam en gestructureerd samenwerkingsverband.¹²² Zo'n samenwerkingsverband kan reeds bestaan bij twee personen, ook wanneer er een familie-

120. Zie Borgers in zijn noot (nrs. 1 en 4) onder HR 2 oktober 2007, NJ 2008, 16; Haverkate 2008, p. 60-61.

121. Dat ook niet wordt ingeperkt door de ratio van art. 140 Sr. Die kan men tegenwoordig kort samenvatten als het gevaar dat uitgaat van een dynamiek die samenwerkingsverbanden kunnen bezitten, waarbij dynamiek zich manifesteert in een gerichtheid op het plegen van misdrijven. Vgl. Swart 1987, p. 614; De Vries-Leemans 1995, p. 89-94.

122. Zie o.m. HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 442, r.o. 13.1 (Mariënburcht) en HR 10 juli 2001, NJ 2001, 687, r.o. 3.4 (Veldslag Beverwijk).

band tussen die personen bestaat en zonder dat sprake hoeft te zijn van geleidingen of een hiërarchie.¹²³ Uit deze en andere rechtspraak komt naar voren dat betrekkelijk weinig eisen aan de organisatie worden gesteld. In combinatie met de toepasselijkheid van art. 51 lid 1 Sr (zie § 3.3) betekent dit dat art. 140 Sr zou kunnen worden toegepast in concernverhoudingen.¹²⁴ De verhouding tussen een moedermaatschappij en een dochteronderneming kan immers worden aangemerkt als een organisatie in de zin van art. 140 Sr. Moeder en dochter werken structureel samen, althans de dochteronderneming zal uiteindelijk in het belang van de moedermaatschappij moeten werken. Beide rechtspersonen doen dat op duurzame basis doordat zij op een bestendige wijze met elkaar zijn verbonden. De moedermaatschappij is groot- of enig aandeelhouder in haar dochteronderneming en is belast met de leiding over haar dochteronderneming. Overigens, een relatie tussen een (multinationale) onderneming en bijvoorbeeld een toeleverancier kan eveneens kwalificeren als een duurzaam en gestructureerd samenwerkingsverband.¹²⁵

Het maakt voor toepassing van art. 140 Sr geen verschil waar de organisatie valt te situeren. Dat kan in Nederland zijn, in casu bij de moedermaatschappij, maar dat kan ook in het buitenland zijn, bijvoorbeeld bij de buitenlandse dochteronderneming en daar betrokken personen. Slechts vereist is dat de *locus delicti* van de deelnemingsgedraging van de moedermaatschappij in Nederland is gelegen.¹²⁶

In de tweede plaats dient de organisatie een criminele organisatie te zijn, dat wil zeggen een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven. Dit valt uiteen in twee onderdelen: het plegen van misdrijven en het oogmerk daarop. De combinatie van beide maakt dat de misdrijven nog niet daadwerkelijk hoeven te zijn gepleegd. Onder het plegen van misdrijven¹²⁷ vallen niet alleen alle misdrijven, zoals strafbepalingen die een schending van een MVO-norm omvatten. Ook valt hieronder het deelnemen aan misdrijven, zoals medeplichtigheid.¹²⁸ Waar de misdrijven worden gepleegd, maakt voor strafbaarheid onder art. 140 Sr niet uit, zolang de deelnemingsgedraging in Nederland valt te situeren. Vinden de misdrijven derhalve in het buitenland plaats, dan kan nog steeds sprake zijn van straf-

123. HR 11 april 2006, NJ 2006, 393, r.o. 4.6 (Hennepkwekerij).

124. Swart 1987, p. 621; HR 7 juli 2009, LJN BH2200.

125. Vgl. ook een keten van rechtspersonen waarin goederen conform bepaalde afspraken rondgaan ten behoeve van een BTW-carrousel, zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2006, LJN AV2759.

126. Zie HR 26 juni 1984, NJ 1985, 92, r.o. 6.3; HR 26 oktober 1993, NJ 1994, 161, r.o. 5.1. Idem De Vries-Leemans 1995, p. 95-100; art. 7 lid 1 sub a Kaderbesluit 2008/841/JBZ van de Raad van 24 oktober 2008 ter bestrijding van georganiseerde criminaliteit, Pb EU 2008, L 300/42.

127. In meervoud; één enkel misdrijf is niet voldoende. Swart 1987, p. 613.

128. HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 442, r.o. 12.1 (Mariënburcht).

bare deelneming aan een criminele organisatie.¹²⁹ De in het buitenland beoogde of begane feiten moeten naar Nederlands recht een misdrijf opleveren.¹³⁰

Voor het oogmerk is vereist dat het naaste doel van de organisatie is het plegen van misdrijven.¹³¹ Dat ziet niet op het einddoel van de organisatie. Want bedoeld oogmerk kan ook worden aangenomen als de organisatie het plegen van misdrijven beschouwt als een manier om te komen tot een legitiem, althans strafrechtelijk neutraal doel.¹³² Naar mijn oordeel heeft een ondernemer of een rechtspersoon die tot doel heeft het drijven van een legitieme onderneming, maar daarbij het plegen van misdrijven ziet als een instrument om minder kosten te maken en het plegen van misdrijven heeft ingebed in de bedrijfsvoering, het vereiste oogmerk. Wanneer het evenwel om één of meer incidentele misdrijven gaat, of het plegen van misdrijven is van ondergeschikte betekenis in het doel van de organisatie, dan zal het vereiste oogmerk ontbreken. Welke situatie aan de hand is, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Art. 140 Sr geeft de rechter hier geen duidelijk houvast. Hij zou in zijn overwegingen mee kunnen nemen de aard van de misdrijven in relatie tot de ondernemingsactiviteiten, de betekenis daarvan voor de bedrijfsvoering, de frequentie van de misdrijven, de omvang van de periode waarin de misdrijven voorkomen en de organisatiestructuur, doch niet de abstracte en subjectieve notie van 'georganiseerde misdaad' dat bovendien een politieke lading heeft.¹³³ Over dit laatste wordt ook anders gedacht; toepassing van art. 140 Sr zou beperkt moeten blijven tot georganiseerde misdaad.¹³⁴ Bij dit alles moet worden bedacht dat de deelnemers aan de organisatie niet het zelf plegen van de misdrijven voor ogen hoeven te hebben. Ook wanneer zij voorzien dat derden de misdrijven plegen, bezit de organisatie het vereiste oogmerk.¹³⁵ Een onderneming die tegen zeer lage kosten vervuilde objecten wil laten ontmantelen en weet dat dit slechts mogelijk is door het plegen van milieu-misdrijven en arbeidsomstandighedenmisdrijven, en daarom een buitenlandse dochteronderneming of een derde voor deze klussen inschakelt, heeft mijns inziens het vereiste oogmerk.

129. O.a. HR 26 juni 1984, NJ 1985, 92, r.o. 6.3-6.4; HR 26 oktober 1993, NJ 1994, 161, r.o. 5.1; HR 15 mei 2007, LJN BA0502, r.o. 3.5-3.6. Idem De Vries-Leemans 1995, p. 98 en art. 7 lid 1 sub a Kaderbesluit georganiseerde misdaad (2008/841/JBZ).

130. De Vries-Leemans 1995, p. 98-99.

131. Zie o.a. HR 15 mei 2007, LJN BA0502, r.o. 3.4.

132. Swart 1987, p. 611; De Vries-Leemans 1995, p. 38-42.

133. Swart 1987, p. 612-613; HR 26 februari 1991, NJ 1991, 499, r.o. 5.3; HR 6 oktober 1992, NJ 1993, 100, r.o. 6.3; De Vries-Leemans 1995, p. 40-43; Fokkens, aant. 2 op art. 140 (suppl. 2004), in: Noyon-Langemeijer-Remmelink.

134. De Vries-Leemans 1995, p. 43-44, 297-299.

135. Swart 1987, p. 614.

Ten slotte moet aan de criminele organisatie zijn deelgenomen. Van een dergelijke deelneming is sprake wanneer *i)* betrokkene behoort tot het samenwerkingsverband, *ii)* een aandeel heeft in, dan wel ondersteunt, gedragingen die strekken tot of rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het misdadige oogmerk van de organisatie en *iii)* opzettelijk deelneemt aan de criminele organisatie doordat hij in zijn algemeenheid weet (in de zin van onvoorwaardelijk opzet) dat de organisatie tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven.¹³⁶ In art. 140 lid 4 Sr is het deelnemingsbegrip uitgebreid met het verlenen van geldelijke of andere stoffelijke steun aan de organisatie alsmede het werven van gelden of personen ten behoeve van de organisatie.¹³⁷ Voor de toepasselijkheid van art. 140 Sr is ten slotte vereist dat de deelnemingsgedraging een *locus delicti* in Nederland heeft.¹³⁸

Naar aanleiding van deze jurisprudentiële en wettelijke criteria rijst de vraag of en wanneer een Nederlandse moedermaatschappij deelneemt aan de criminele organisatie waartoe zij zelf behoort. Naar mijn mening kunnen in dit verband in elk geval twee vormen van deelneming worden onderscheiden.

Allereerst het deelnemen bestaande uit het aansturen van de dochter of derde. De moedermaatschappij kan gebruik maken van haar instructiemacht jegens haar dochteronderneming of haar economische macht jegens een derde door hen te dirigeren in de richting van het plegen van misdrijven. Dat kan door een expliciete opdracht daartoe, een worgecontract, het uitoefenen van feitelijke invloed etc.¹³⁹ De eigen deelnemingsgedraging van de moeder bestaat hier uit het min of meer afdwingen van de samenwerking in de criminele organisatie.

Ten tweede het deelnemen door te faciliteren. De moedermaatschappij maakt het mogelijk dat de misdrijven worden gepleegd. Dat kan vooral in de vorm van het verschaffen van feitelijke voorzieningen (bijv. transportmiddelen, gebouwen), het verschaffen van financiële middelen, dit is de geldelijke steun als bedoeld in art. 140 lid 4 Sr, en het wegnemen van belemmeringen voor de verboden gedragingen (bijv. omkoping van toezichthoudende ambtenaren). Aldus zorgt de moedermaatschappij ervoor dat de criminele organisatie kan functioneren.¹⁴⁰

136. HR 18 november 1997. NJ 1998, 225, r.o. 5.3 (Onvoorwaardelijk opzet).

137. Zie voor de ratio hiervan Kamerstukken II 2002/03, 28 463, nr. 7 (NvW).

138. Zie hiervoor. Als *locus delicti* geldt in elk geval de plaats waar de deelnemingsgedraging is verricht. Mogelijk omvat het ook de plaats waar de criminele organisatie haar oogmerk wenst te verwezenlijken, zie Wolswijk 2003, p. 39-40, 46.

139. Vgl. HR 21 september 1999. NJ 1999, 785, waarin de deelnemingsgedraging bestond uit o.m. grensoverschrijdend opdracht geven tot bepaalde acties en grensoverschrijdende telefonische contacten.

140. Vgl. Swart 1987, p. 616.

Er zelfs bepleit dat ook kan worden deelgenomen door nalaten. In dat geval zou de deelnemingsgedraging van de moedermaatschappij bestaan uit het bewust nalaten zorg te dragen dat de dochteronderneming voldoet aan wettelijke verplichtingen en daardoor bij te dragen aan de verwezenlijking van het oogmerk van de organisatie.¹⁴¹

Het voorgaande laat zien dat art. 140 Sr kan worden toegepast op een Nederlandse moedermaatschappij die met een in Nederland te situeren deelnemingsgedraging samenwerkt met haar binnenlandse of buitenlandse dochteronderneming voor het plegen van misdrijven in de onderneming van die dochter, ook al vinden de beoogde misdrijven in het buitenland plaats. Tot slot merk ik op dat leidinggevend en andere natuurlijke personen via de algemene en bijzondere deelnemingsvormen strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor hun betrokkenheid bij de criminele organisatie.¹⁴²

5 Strafrechtelijke aansprakelijkheid van een Nederlandse moedermaatschappij

5.1 Vraagstelling

Bij een multinationale onderneming is sprake van ondernemingsactiviteiten in twee of meer landen met een moedermaatschappij die aan het hoofd staat van een groep met daarin haar dochterondernemingen (zie § 3.2.2). Een Nederlandse multinationale onderneming kan dochterondernemingen over de gehele wereld hebben. Kan het kader voor het bepalen van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon zoals bepaald in het Drijfmest-arrest (zie § 3.3.2) worden toegepast op een Nederlandse multinationale onderneming waarvan een dochteronderneming gevestigd in bijvoorbeeld een Aziatisch land een MVO-norm schendt in het productieproces, bijvoorbeeld door het te werk stellen van jonge kinderen? En zo ja, op welke wijze? Deze vraag sluit nog een voorvraag in: Kan een moedermaatschappij strafrechtelijk aansprakelijk zijn voor gedragingen van haar dochteronderneming? Deze voorvraag is eveneens relevant in volledig nationale verhoudingen, dat wil zeggen een groep (of concern) met alleen in Nederland gevestigde rechtspersonen. Om die reden besteed ik eerst aandacht aan deze voorvraag (§ 5.2).

141. De Vries-Leemans 1995, p. 55-56.

142. Zo ook Swart 1987, p. 621-622, bij wie hier een 'gevoel van duizeligheid' opkomt.

5.2 Drijfmest in Nederlandse concernverhoudingen

Het jurisprudentiële kader voor het vaststellen van strafrechtelijk daderschap van een rechtspersoon heeft een sterk open karakter (zie § 3.3.2). Laat ik ter beantwoording van de in § 5.1 geformuleerde vragen in eerste instantie met het Drijfmest-kader 'op de loop gaan'¹⁴³ om te illustreren dat het antwoord bevestigend *kan* luiden. Daarbij is mijn vertrekpunt een Nederlandse moedermaatschappij met alleen in Nederland gevestigde dochterondernemingen. Een Nederlands concern derhalve.

Blijkens het Drijfmest-arrest dient ter bepaling van het daderschap van de rechtspersoon de gedraging van een ander redelijkerwijs aan de moedermaatschappij te kunnen worden toegerekend. De eerste vraag die daarbij rijst, is om wiens gedraging het gaat. Is dat de gedraging van de natuurlijke perso(o)n(en) als fysieke pleger(s) in de onderneming van de dochteronderneming? Of is dat de gedraging van de dochteronderneming bestaande uit de toegerekende gedraging van de fysieke pleger(s)?

Bij de beoordeling van deze varianten moet worden bedacht dat het jurisprudentiële kader voor het vaststellen van daderschap van rechtspersonen tot stand is gekomen in een vermoedelijk enkelvoudige verhouding¹⁴⁴ en in de rechtspraak wordt toegepast in enkelvoudige verhoudingen.¹⁴⁵ De strafrechtelijke literatuur concentreert zich eveneens op strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen in enkelvoudige verhoudingen.¹⁴⁶ Ook de parlementaire geschiedenis van art. 51 Sr suggereert dat werd gedacht aan strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen in enkelvoudige verhoudingen.¹⁴⁷ Met dat begrip doel ik op de situatie waarin er naast één rechtspersoon één of meer natuurlijke personen staan en het gaat om toerekening van de gedragingen van die natuurlijke perso(o)n(en) aan die rechtspersoon. In beide varianten gaat het evenwel om iets anders; in beide gevallen is er een tussenschakel in de vorm van een rechtspersoon (de dochteronderneming). In de eerste variant zou men om de dochteronderneming heen gaan, in de tweede variant zou het toerekenen via de dochteronderneming moeten geschieden. Alsdan wordt van een rechtspersoon iets toegerekend aan een andere rechtspersoon. Naar mijn weten heeft de Hoge Raad nog niet expliciet het Drijfmest-kader op deze wijze toegepast.¹⁴⁸

143. Vrij naar Mevis in zijn noot onder Drijfmest-arrest.

144. De strafzaak betrof één rechtspersoon waarbij niet bekend was wie de fysieke gedragingen had gepleegd. Aangezien het om uitrijden van drijfmest ging, zal dat een natuurlijk persoon zijn geweest.

145. Zo leert een vogelvlucht door op Rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken na het wijzen van het Drijfmest-arrest.

146. Zie de bronnen aangehaald in § 3.3.

147. Vgl. Van Strien 1996, p. 117.

148. A-G Vellinga acht dit kennelijk mogelijk, getuige ov. 21 van zijn conclusie voor HR 9 maart 2004, LJN AN9919.

5.2.1 Toerekening van de verboden gedraging van de dochteronderneming

Ingeval de gedraging van de dochteronderneming aan de moedermaatschappij moet kunnen worden toegerekend, dan betekent dat eerst dat de gedraging van de fysieke pleger(s) moet zijn toegerekend aan de rechtspersoon van de dochteronderneming. Daartoe kan zonder meer het kader van het Drijfmest-arrest worden toegepast (waarover § 3.3.2). Het gaat om een enkelvoudige verhouding: de fysieke pleger(s) en hun gedraging(en) zijn zodanig verbonden met de dochteronderneming als rechtspersoon dat het redelijk is hun gedraging aan de dochteronderneming toe te rekenen.

Aannemend dat deze toerekening redelijk is, dan moet de gedraging van de dochteronderneming vervolgens redelijkerwijs kunnen worden toegerekend aan de moedermaatschappij. Daarmee ontstaat een tweede toerekeningsmoment, en wel toerekenen van een rechtspersoon aan een andere rechtspersoon. Kan hier eveneens het kader van het Drijfmest-arrest worden toegepast?

De bewoordingen van de Hoge Raad in het Drijfmest-arrest – de Raad spreekt consequent over slechts ‘een gedraging’ of ‘de (verboden) gedraging’ – suggereren dat geen verschil lijkt te maken of een natuurlijke persoon dan wel een rechtspersoon die gedraging stelt.¹⁴⁹ Voorts richten drie van de vier criteria zich op ‘de gedraging’ zonder te specificeren wie de gedraging stelt. Alleen bij het eerste criterium wordt gesproken over het ‘handelen of nalaten van iemand’ (zie § 3.3.2). Maar in dit criterium wordt niet het begrip ‘gedraging’ gebruikt. Bovendien zijn de vier criteria enuntiatieve, niet-cumulatieve criteria (zie § 3.3.2). Dat betekent dat niet alle criteria tegelijkertijd moeten zijn vervuld en dat ook andere criteria kunnen worden gehanteerd ter bepaling of de verboden gedraging in de sfeer van de rechtspersoon heeft plaatsgevonden. Vanwege deze vormgeving van het jurisprudentiële kader moet het ervoor worden gehouden dat ook gedragingen van andere rechtspersonen via het Drijfmest-kader kunnen worden toegerekend aan een rechtspersoon, ook al is sprake van een getrapte verhouding (fysieke pleger(s) – dochteronderneming – moedermaatschappij).

Laten we aannemen dat het Drijfmest-kader ruimte biedt voor toerekening van de verboden gedraging van fysieke pleger(s) via de dochteronderneming (rechtspersoon) aan de moedermaatschappij (ook rechtspersoon). In dat geval gebeurt in het strafrecht datgene wat in het ondernemingsrecht veel vragen oproept: vereenzelviging. Bij genoemde toerekening wordt de moedermaatschappij strafrechtelijk aansprakelijk gesteld voor gedragingen in de onderneming van haar dochter, uiteraard indien eventueel vereiste opzet of culpa eveneens kan worden toegerekend.

149. Vgl. (in een andere context) Rense 2005, p. 274.

Het beginsel van rechtspersoonlijkheid dat is neergelegd in art. 2:5 BW wordt aldus doorkruist. Eén van de gevolgen van het beginsel van rechtspersoonlijkheid is namelijk dat een rechtspersoon 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. Het beginsel van rechtspersoonlijkheid betekent bij kapitaalvennootschappen ook dat de aandeelhouder niet aansprakelijk is voor schulden van de vennootschap. 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.¹⁵⁰

Niettemin heeft de Hoge Raad onder bepaalde, strikte voorwaarden uitzonderingen aanvaard op dit gevolg van het beginsel van rechtspersoonlijkheid. De uitzondering die hier van toepassing is, betreft de vereenzelviging. Volgens de Hoge Raad is namelijk sprake van vereenzelviging indien '(...) bij het toepassen van een rechtsregel aan het identiteitsverschil tussen een rechtspersoon en een of meer andere bij die rechtspersoon betrokken (rechts-)personen mag worden voorbijgegaan in die voege dat gedragingen van de één aan de ander worden toegerekend.'¹⁵¹ Bij vereenzelviging is derhalve de doelstelling gedragingen, rechten en/of plichten van de ene rechtspersoon toe te rekenen aan een andere rechtspersoon, met als effect dat die worden omgevormd tot eigen gedragingen, rechten en/of plichten.

In deze context betekent dat een gedraging van de dochteronderneming geldt als een gedraging van de moedermaatschappij. Daarin onderscheidt vereenzelviging zich van doorbraak van aansprakelijkheid. Dat ziet op het doorbreken van de regel van beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders (art. 2:64 lid 1 en 2:175 lid 1 BW) in die voege dat de moedermaatschappij, tevens aandeelhouder van haar dochteronderneming, aansprakelijk wordt gesteld voor schulden van de dochteronderneming. Daarmee heeft een schuldeiser een extra rechtspersoon om diens vordering op te verhalen. Zowel vereenzelviging als doorbraak van aansprakelijkheid behoren tot 'piercing the corporate veil'.¹⁵² Dat geldt niet voor de gevallen waarin

150. 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; Slagter 2005, p. 2-3, 28, 30; Asser-Maeijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, nrs. 11, 839.

151. HR 3 november 1995, NJ 1996, 215, r.o. 4.4.2 (Roco).

152. Zie voor vereenzelviging, doorbraak van aansprakelijkheid en het onderscheid daartussen o.m. Van Dongen 1995, p. 5-7, 30-31, 259-260, 262, 289, 299; Timmerman 2000, p. 151-152; Timmerman 2001, p. 294-296; Asser-Maeijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, nrs. 834-836.

de moedermaatschappij door haar eigen gedragingen zelf een onrechtmatige daad pleegt jegens de schuldeisers van haar dochteronderneming, de zogenoemde indirecte doorbraak van aansprakelijkheid.¹⁵³

Vereenzelviging van rechtspersonen wordt beschouwd als een zwaar instrument. Het betekent namelijk dat de rechtspersoonlijkheid van een rechtspersoon, diens rechtssubjectiviteit derhalve, wordt gerelativeerd. De civiele kamer van de Hoge Raad acht vereenzelviging in uitzonderlijke omstandigheden mogelijk, en wel onder de voorwaarde dat sprake is van misbruik van rechtspersoonlijkheid.¹⁵⁴ Ter invulling van deze open maatstaf van misbruik van rechtspersoonlijkheid kan uit rechtspraak en literatuur een aantal factoren worden afgeleid die kunnen wijzen op een dergelijk misbruik:

- Er is sprake van misbruik van rechtspersoonlijkheid wanneer activiteiten en/of vermogen in een andere rechtspersoon wordt ondergebracht met het oogmerk derden te benadelen, bijvoorbeeld door aldus de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers te frustreren.¹⁵⁵
- Een nauwe verwevenheid tussen twee rechtspersonen kan wijzen op misbruik van rechtspersoonlijkheid. Maar het enkele behoren tot één groep (of concern) maakt twee rechtspersonen niet zodanig verweven dat alleen op die grond kan worden vereenzelvigd, ook niet wanneer er sprake is van een economische eenheid doordat de ene vennootschap alle aandelen houdt in de ander, en/of doordat de moedermaatschappij de bestuurder is of levert van de dochteronderneming, en/of doordat de moedermaatschappij het beleid inzake ondernemingsactiviteiten bepaalt en/of doordat sprake is van een geconsolideerde jaarrekening.¹⁵⁶ Niettemin is er vaak sprake van twee vennootschappen in een concern als vereenzelviging toch wordt aangenomen.¹⁵⁷ Omstandigheden die

153. Het betreft rechtspraak als HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487 (Albada Jelgersma II) en HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 (Coral/Stalt). Zie ook Van Dongen 1995, p. 28-31, 306-307; Asser-Maeijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, nrs. 837-841; A-G Timmerman in ov. 3.1-3.11 van zijn conclusie voor HR 12 september 2008, LJN BD7596 (Courts). Over de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid in MVO-verband, zie Eijssbouts 2010, § 6.4.

154. HR 9 juni 1995, NJ 1996, 213, r.o. 3.3-3.4 (Krijger/Citco); HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 698, r.o. 3.3, 3.5 (Rainbow/Ontvanger). Overgenomen in lagere rechtspraak, zie bijv. Hof Amsterdam 3 april 2008, RO 2008, 63, r.o. 4.6 (Megapool).

155. Van Dongen 1995, p. 270-272; Timmerman 2000, p. 156-159; HR 9 juni 1995, NJ 1996, 213, r.o. 3.3 (Krijger/Citco); HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 698, r.o. 3.5 (Rainbow/Ontvanger). Vgl. ook HR 27 februari 2009, NJ 2009, 318, r.o. 3.3.2 (X/Aerts). Maar niet altijd, zie Hof Leeuwarden 2 december 2008, LJN BG6556, r.o. 18.1.

156. O.a. Van Dongen 1995, p. 265-268, 272-273; HR 24 juni 1994, NJ 1995, 578, r.o. 3.3 (Mercantiel/Van de Meer); HR 16 juni 1995, NJ 1996, 214, r.o. 3.3 (Bato's Erf Beheer) en A-G Mok in zijn conclusie voor dit arrest (ov. 3.3.3); Hof Leeuwarden 27 juli 2005, LJN AU0209, r.o. 3.2; Hof Leeuwarden 4 april 2007, LJN BA2711, r.o. 13.

157. Van Dongen 1995, p. 272.

- duiden op nauwe verwevenheid zijn bijvoorbeeld gebruik van dezelfde naam, briefpapier, adresgegevens en telefoonnummer(s), het willekeurig overhevelen van vermogensbestanddelen van de ene naar de andere rechtspersoon, een personele unie op bestuurdersniveau etc.¹⁵⁸;
- Het eerbiedigen van de rechtspersoonlijkheid van twee rechtspersonen leidt tot gevolgen die in strijd zijn met de goede trouw. Daarbij zijn van belang doel en strekking van de wettelijke norm die zodanig is vormgegeven dat – ten onrechte – geen rekening is gehouden met de mogelijkheid dat een andere rechtspersoon normadressaat zou moeten zijn vanwege de nauwe verwevenheid met de in de norm aangewezen norm-adressaat.¹⁵⁹

Niet elke vorm van misbruik van rechtspersoonlijkheid leidt tot het inzetten van het zware instrument van vereenzelviging. Bij een offensief beroep op vereenzelviging, dat wil zeggen het beroep op vereenzelviging om alsnog verhaal te kunnen halen of een andere rechtspersoon aansprakelijk te stellen, worden hogere eisen gesteld dan aan een defensief beroep op vereenzelviging.¹⁶⁰

Uit het voorgaande volgt dat vereenzelviging alleen in exceptionele gevallen aan de orde is.¹⁶¹ Zelfs in een geval waarin de moedermaatschappij milieuvriendelijke ondernemingsactiviteiten naar haar 100% dochteronderneming overhevelde teneinde aansprakelijkheid wegens milieuschade te ontlopen, wilde de Hoge Raad – anders dan het hof overigens – niet overgaan tot vereenzelviging.¹⁶²

De Hoge Raad geeft er de voorkeur aan om gevallen van misbruik van identiteitsverschil via de onrechtmatige daad aan te pakken.¹⁶³ Daarbij bestaat de onrechtmatige daad uit de eigen gedraging(en) waarmee iemand zich verschuilt achter een rechtspersoon, zoals het overhevelen van vermogensbestanddelen aan die rechtspersoon waarover hij volledige zeggen-

158. Rb. Zwolle 24 juli 2002, NJ 2002, 593, r.o. 10 (Sevenstar); Van Dongen 1995, p. 272; Hof Leeuwarden 27 juli 2005, LJN AU0209, r.o. 3.1.

159. Van Dongen 1995, p. 268-269; Timmerman 2000, p. 154.

160. Timmerman 2001, p. 299.

161. In Hof Amsterdam 3 april 2008, RO 2008, 63, r.o. 4.9 (Megapool). lijkt het hof de 'uitzonderlijke omstandigheden' als een separate (beoordelings)grond voor vereenzelviging te hanteren. Dat lijkt mij niet juist.

162. Terwijl de moedermaatschappij ook nog eens de bestuurder was van de dochteronderneming, zij daarvan het beleid bepaalde en er sprake was van een geconsolideerde jaarrekening, zie IIR 16 juni 1995, NJ 1996, 214, r.o. 3.3 (Bato's Erf Beheer).

163. IIR 13 oktober 2000, NJ 2000, 698, r.o. 3.5 (Rainbow/Ontvanger); IIR 27 februari 2009, NJ 2009, 318, r.o. 3.2.2 en r.o. 3.3.2 (X/Aerts). Ook in lagere rechtspraak wordt een beroep op vereenzelviging meestal afgewezen en wordt al dan niet teruggevallen op de onrechtmatige daad, zie o.a. Hof Leeuwarden 27 juli 2005, LJN AU0209; Rb. Utrecht 29 augustus 2007, LJN BB3259; Rb. Rotterdam 27 februari 2008, LJN BC6636; Hof Amsterdam 3 april 2008, RO 2008, 63 (Megapool); Hof Leeuwarden 2 december 2008, LJN BG6556. Uitzondering is Rb. Zwolle 24 juli 2002, NJ 2002, 593 (Sevenstar).

schap heeft. In strafrechtelijke termen gedacht, zou hier sprake zijn van het deelnemen aan de verboden gedraging van de rechtspersoon, waarvoor die rechtspersoon zelf strafrechtelijk aansprakelijk is. Het deelnemen kan dan bestaan in medeplegen of medeplichtigheid aan het begaan van de verboden gedraging door de rechtspersoon. In een concernverhouding is de moedermaatschappij dan medepleger of medeplichtige aan de verboden gedraging van de dochteronderneming, waarvoor die dochteronderneming zelfstandig strafrechtelijk aansprakelijk is.

Gezien deze lijn van de civiele kamer van de Hoge Raad is gebruik maken van het open kader van het Drijfmest-arrest ter vaststelling van het strafrechtelijk ouderschap van een moedermaatschappij door toerekening van de gedraging van haar dochteronderneming niet vanzelfsprekend. Voor een dergelijke vorm van vereenzelviging moeten goede argumenten aanwezig zijn. Want zo'n vereenzelviging betekent ook in het strafrecht een relativisering van de rechtspersoonlijkheid van de dochteronderneming. Het ligt dan ook voor de hand binnen het kader van de redelijke toerekening aansluiting te zoeken bij de hiervoor weergegeven criteria die in het ondernemingsrecht tot ontwikkeling zijn gekomen. Als er sprake is van misbruik van rechtspersoonlijkheid, dan wordt het maatschappelijk belang miskend dat met art. 2:5 BW wordt gediend, en kan het handelen van de moedermaatschappij als onverantwoord ondernemen worden aangemerkt.¹⁶⁴

Bovendien wordt bij het opzettelijk omzeilen of frustreren van de werking van een strafbaar gestelde schending van een MVO-norm afbreuk gedaan aan doel en strekking van de strafbaarstelling. Aantasting van die belangen legt gewicht in de schaal en kan het relativeren van de rechtspersoonlijkheid van de dochteronderneming rechtvaardigen.¹⁶⁵

Daarnaast is voor het strafrecht eerder bepleit dat ingeval van misbruik van rechtspersoonlijkheid een vorm van vereenzelviging mogelijk moet zijn. Ten behoeve van de executie van een opgelegde ontnemingsmaatregel moet onder een rechtspersoon conservatoir beslag kunnen worden gelegd op een goed dat toebehoort aan een verdachte en waarover verdachte via de rechtspersoon kan beschikken.¹⁶⁶ Hoewel in de desbetreffende zaken uiteindelijk niet is vereenzelvigd, lijkt de Hoge Raad in elk geval in theorie de mogelijkheid te hebben opengelaten om tot vereenzelviging over te

164. 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.

165. Vgl. de civiele zaak HR 12 september 2008, RvdW 2008, 843, waarin het hof in een geval van opzettelijke misleiding van een verzekeraar ter ontduiking van art. 251 WvK (oud) kennis van een natuurlijke persoon toerekende aan een rechtspersoon. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep met een beroep op art. 81 RO.

166. A-G Fokkens en A-G Wortel achten beiden deze vorm van vereenzelviging mogelijk, zie hun conclusies voor HR 9 januari 1996, NJ 1998, 591, ov. 11, resp. HR 8 mei 2001, NJ 2001, 507, ov. 6, 10, 13, 16.

gaan voor verhaal op vermogensbestanddelen.¹⁶⁷ Dat is uiteraard wat anders dan vereenzelviging ten behoeve van toerekening van een gedraging, maar het toont aan dat de idee van vereenzelviging in het strafrecht niet onaanvaardbaar wordt geoordeeld.

Bovenop deze drie argumenten komt ten slotte een argument dat zelfs grond geeft voor een ruimhartiger benadering. De strafrechter heeft ten opzichte van het privaatrecht een zekere autonomie. Het strafrecht kent een eigen doel en functie en dat wijkt af van het privaatrecht. Daaruit volgt dat de strafrechter zich een zelfstandig oordeel kan vormen over de criteria voor strafrechtelijke aansprakelijkheid en het vervuld zijn van delictsbestanddelen. Hij kan daarbij abstraheren van privaatrechtelijke begrippen, normen en leerstukken. Een gebondenheid aan in casu art. 2:5 BW en privaatrechtelijke inzichten over vereenzelviging kan namelijk aan de realisatie van het eigen doel in de weg staan en daarmee afbreuk doen aan de functie van de strafrechtspleging.¹⁶⁸

Op grond van bovenstaande argumenten meen ik dat via het jurisprudentiële kader voor het vaststellen van het daderschap van een rechtspersoon een verboden gedraging die reeds via datzelfde jurisprudentiële kader reeds is toegerekend aan de dochteronderneming, vervolgens aan de Nederlandse moedermaatschappij kan worden toegerekend. Daartoe is wel vereist dat er meer is dan alleen een moeder-dochter-verhouding, wil de toerekening van de verboden gedraging aan de moedermaatschappij redelijk zijn. Om die toerekening te concretiseren kan gebruik worden gemaakt van de criteria van het Drijfmet-arrest (waarover § 3.3.2).

De aard van de gedraging kan in de moeder-dochter-verhouding zodanig zijn dat zij toerekening aan de moedermaatschappij redelijk doet zijn. Van zo'n gedraging kan sprake zijn wanneer daaruit een nauwe verwevenheid spreekt tussen moeder en dochter, bijvoorbeeld doordat de fysieke plegers gebruik maken van de naam, het briefpapier, de adresgegevens en overige contactgegevens van de moedermaatschappij.

Voorts geldt toerekening in beginsel als redelijk wanneer de verboden gedraging in de sfeer van de moeder heeft plaatsgevonden. Voor de bepaling daarvan kan in elk geval een deel van de Drijfmet-criteria worden gebruikt, te weten het dienstigheids criterium, de (aangevulde) IJzerdraad-criteria en, onder omstandigheden, het bedrijfsvoerings criterium. Het criterium van handelen uit dienstbetrekking of uit andere hoofde werkzaam voor de rechtspersoon, in casu de moedermaatschappij, is daarentegen niet

167. Door de beslaglegging 'op de enkele grond' van vereenzelviging te weigeren, zie HR 9 januari 1996, NJ 1998, 591, r.o. 7.3, en door verhaal op het voordeel op de rechtspersoon op de 'enkele omstandigheid' van het nagenoeg volledig aandeelhouders en bestuurder zijn van de rechtspersoon te weigeren, zie HR 8 mei 2001, NJ 2001, 507, r.o. 3.5. Aldus ook Borgers in zijn noot onder HR 19 februari 2008, NJ 2008, 340.

168. Demeersseman 1985, p. 565-579, 608, 610-611, 618-619, 643-644.

bruikbaar. De dochteronderneming is immers niet in dienst van de moedermaatschappij. Zij is ook niet werkzaam voor de moedermaatschappij uit hoofde van een overeenkomst van opdracht als bedoeld onder dit criterium (zie § 3.3.2).

Voor het dienstigheidscriterium geldt dat de gedraging van de dochteronderneming voor de moedermaatschappij dienstig moet zijn geweest. Daarbij kan het dienstig zijn bestaan uit financieel voordeel en/of ander voordeel, waarbij dat voordeel niet hoeft te worden gespecificeerd (zie § 3.3.2). Hier doet het concernverband zijn werk. Het voordeel verkregen uit de verboden gedraging zal zich in eerste instantie manifesteren op het niveau van de dochteronderneming. Zo kan het niet afvoeren van afvalstoffen volgens de vergunningvoorwaarden en het wettelijk regime resulteren in een kostenbesparing. De dochteronderneming kan het product goedkoper produceren en zal bij gelijkblijvende verkoopprijs meer winst maken. Die winst wordt in elk geval bij een geconsolideerde jaarrekening doorgesluisd naar de moedermaatschappij. Zij verwerft daarmee uiteindelijk het voordeel. De conclusie moet derhalve zijn dat de verboden gedraging dienstig voor de moedermaatschappij is geweest. De eerder aan de dochteronderneming toegerekende gedraging kan daarmee in beginsel worden toegerekend aan de moedermaatschappij.

De IJzerdraad-criteria in de vorm van het beschikkings- en aanvaardingscriterium zijn voldoende open en flexibel om in een moeder-dochterverhouding te worden toegepast. De moedermaatschappij heeft via haar zeggenschapsrechten als aandeelhouder van haar dochteronderneming juridische zeggenschap over haar dochter. Dikwijls zal de moeder zelf bestuurder zijn van haar dochteronderneming of via een door haar benoemde bestuurder die dochter besturen. Daarmee heeft de moedermaatschappij juridische en feitelijke zeggenschap over haar dochter. De moeder heeft voorts (feitelijke) zeggenschap over de dochteronderneming via de financiële en de organisatorische structuur van het concern. Anders gezegd, vanwege de concernverhouding heeft de moedermaatschappij instructiemacht over haar dochter.¹⁶⁹ Aan het beschikkingscriterium zal derhalve veelal zijn voldaan.

Uit § 3.3.2 volgt dat het aanvaardingscriterium kort gezegd ziet op het nalaten in te grijpen. Uit een dergelijk nalaten kan worden afgeleid dat de moedermaatschappij het plaatsvinden van gedraging van haar dochteronderneming heeft aanvaard. De enkele constatering dat een moedermaatschappij heeft stilgezeten is daartoe niet voldoende. Hier is vooral de subjectieve zijde van het aanvaardingscriterium van belang. Uit het gedrag van de moedermaatschappij moet kunnen volgen dat zij de verboden gedraging

169. Het begrip 'instructiemacht' ontleen ik aan Asser-Macijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, nr. 831.

van de dochteronderneming heeft gewild. Dat veronderstelt een bepaalde mate van kennis van die gedraging bij de moedermaatschappij (zie verder § 3.3.2). En daartoe is weer vereist dat de informatievoorzieningen en -stromen binnen het concern toereikend moeten zijn. Wanneer de moedermaatschappij op de hoogte is van de verboden gedraging van haar dochteronderneming of door het uitoefenen van voldoende toezicht op de hoogte had kunnen zijn, en vervolgens niet ingrijpt, dan kan worden aangenomen dat zij het plaatsvinden van de verboden gedraging heeft aanvaard. Naar mijn mening dient een moedermaatschappij zich niet te kunnen verschuilen achter een gebrekkig georganiseerd concernverband waardoor zij onwetend is gebleven van activiteiten van haar dochteronderneming. Hier biedt de toevoeging van de zorgplicht aan het aanvaardingscriterium in het Drijfmoest-arrest uitkomst (waarover § 3.3.2). De moedermaatschappij die de informatievoorziening en -stromen tussen haar en haar dochteronderneming niet zodanig regelt dat zij niet op de hoogte is van gedragingen van haar dochter, betracht niet de zorg die in redelijkheid van haar kan worden gevergd om de verboden gedraging te voorkomen. Aldus kunnen concernrechtelijke standaarden inzake informatievoorziening en -stromen in het strafrecht doorwerken.

Het criterium van passend in de bedrijfsvoering ziet ten slotte op de ondernemingsactiviteiten in welk verband de verboden gedraging zich voordoet (zie § 3.3.2). Dit criterium kan mijns inziens alleen bruikbaar zijn wanneer de onderneming van de moedermaatschappij kan worden vereenzelvigd met de onderneming van de dochteronderneming. Want dan valt de bedrijfsvoering van de dochteronderneming samen met die van de moedermaatschappij en kan de gedraging die passend is geoordeeld binnen het bedrijf van de dochteronderneming ook gelden als passend in het bedrijf van de moedermaatschappij. Daarbij kan worden gedacht aan een klein concern waarin de moedermaatschappij twee dochters beheert en bestuurt en waarin de ene dochter de productverkoop voor haar rekening neemt en de andere dochter de administratieve afhandeling van de transacties en de uitlevering van de producten verzorgt. De combinatie van beide activiteiten vormt de onderneming, die hier derhalve als bedrijfsvoering van de moedermaatschappij kan worden beschouwd. Alsdan valt de gedraging toegerekend aan de dochteronderneming binnen de bedrijfsvoering van de moedermaatschappij. Anders gezegd, in deze situatie is sprake van een zeer nauwe verwevenheid tussen de activiteiten in de dochteronderneming en die van de moedermaatschappij. Er zal ook vaak sprake zijn van personele unies; er zal iemand moeten zijn die leiding heeft over de samenstellende onderdelen van de onderneming. Die persoon zal in de regel werkzaam zijn op het niveau van de moeder omdat hij beide onderdelen moet beheren en besturen.

Het criterium van passend in de bedrijfsvoering is evenwel niet goed bruikbaar wanneer er divisioneel onderscheid is gemaakt tussen wat moe-

der en dochter(s) doen. Zo kan een concern een breed gamma aan producten vervaardigen, bijvoorbeeld variërend van televisies tot toiletzittingen. De organisatie van de productie is verdeeld over divisies waarbij de ene dochteronderneming de televisies produceert en een andere dochteronderneming de toiletzittingen. De productieprocessen, oftewel de ondernemingen van beide dochters, zijn gesitueerd op verschillende locaties. De dochterondernemingen hebben voor hun producten eigen afzetkanalen. De bedrijfscultuur in de dochterondernemingen kan heel verschillend zijn. Tussen de dochterondernemingen is zo goed als geen rechtstreeks contact. Alle lijnen lopen via de moedermaatschappij. Die heeft geen eigen bedrijf, maar verricht de holdingsactiviteiten, zoals het bepalen van de 'corporate strategy', het aansturen van het concern, het samenbrengen van financiële stromen, juridisch advies voor dochterondernemingen etc. Wanneer in een divisie op het niveau van een dochteronderneming een strafbaar gestelde schending van een MVO-norm zich voordoet, bijvoorbeeld het overtreden van een milieurechtelijk voorschrift doordat bij de productie van televisies giftige stoffen vrijkomen, dan heb ik er moeite mee om hier te spreken over een gedraging die past in de bedrijfsvoering van de moedermaatschappij. Hier is de onderneming van de dochter duidelijk te onderscheiden van de moedermaatschappij. Alles onder de bedrijfsvoering van de moeder scharen, komt neer op klakkeloze vereenzelviging.

Bovenstaande beoordeling van toepassingsmogelijkheden van de Drijf-mest-criteria in moeder-dochterverhoudingen laat zien dat dit jurisprudentiële kader bruikbaar is, zij het dat niet alle criteria even functioneel zijn en dat alles afhangt van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. Maar omdat het langs deze weg vestigen van strafrechtelijk daderschap van de moedermaatschappij leidt tot een vereenzelviging van de moedermaatschappij met haar dochteronderneming meen ik dat in deze context een ondergrens in het Drijf-mest-kader moet worden aangebracht. De toerekening van de gedraging van de dochteronderneming aan de moedermaatschappij is eerst redelijk te oordelen wanneer sprake is van misbruik van rechtspersoonlijkheid en de moedermaatschappij derhalve kan worden vereenzelvigd met haar dochteronderneming. Voor de bepaling of daarvan sprake is, zijn de factoren bruikbaar die bij de behandeling van de vereenzelviging in het privaatrecht aan bod zijn gekomen. Een aantal van die factoren heb ik in de beoordeling van de toepassingsmogelijkheden van de Drijf-mest-criteria verwerkt.

Niettemin ben ik van mening dat in het strafrecht eerder vereenzelviging kan worden aangenomen dan de lijn die de civiele kamer van de Hoge Raad aanhoudt. In de eerdergenoemde zaak waarin de moedermaatschappij om aansprakelijkheid wegens milieuschade te ontlopen milieuvervuillende ondernemingsactiviteiten overhevelde naar haar 100% dochteronderneming waarvan zij ook bestuurder was, het beleid bepaalde en de jaar-

rekening had geconsolideerd.¹⁷⁰ moet de milieuvervuilende gedraging volgens mij aan de moeder kunnen worden toegerekend, zodat zij geldt als dader van het toepasselijke milieudelict. Voor een dergelijke ruimhartiger benadering in het strafrecht pleit het al genoemde argument van autonomie van het strafrecht en de omstandigheid dat doel en strekking van de strafbepaling wordt 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 onttrekken door een verboden gedraging in haar onderneming door te schuiven naar een (eventueel daartoe op te richten) dochteronderneming.

5.2.2 Rechtstreekse toerekening van de verboden gedraging van fysieke pleger(s)

Een tweede mogelijkheid is buiten de dochteronderneming 'om' te gaan en de verboden gedraging van de fysieke pleger(s) in de onderneming van de dochter rechtstreeks toe te rekenen aan de moedermaatschappij. De gedraging(en) van natuurlijke personen ergens in het concern gesteld, worden dan aangemerkt als gedraging(en) van de moedermaatschappij. Dat betekent dat er een zelfstandige connectie tussen de fysieke pleger(s) en de moedermaatschappij moet bestaan die een dergelijke toerekening redelijk maakt. Daarmee is deze tweede mogelijkheid eveneens een test voor het sfeercriterium en de daaronder vallende criteria. Als gezegd (§ 5.2), zijn deze criteria immers tot stand gekomen in een enkelvoudige verhouding.

Om de redenen waarom vereenzelviging in het ondernemingsrecht alleen in exceptionele gevallen mogelijk moet worden geoordeeld (zie § 5.2.1), moet weerstand worden geboden aan de verleiding een redenering op te bouwen waarin alle gedragingen van natuurlijke personen op het niveau van de dochteronderneming hebben te gelden als voorgevallen in de sfeer van de moedermaatschappij met als argumenten dat de moedermaatschappij en haar dochteronderneming nauw verweven zijn, dat zij een economische eenheid zijn en dat de moedermaatschappij zeggenschap heeft over haar dochteronderneming. Bij een dergelijke redenering wordt evenzeer de rechtspersoonlijkheid van de dochteronderneming gerelativeerd. Dan wordt 'op de loop gegaan' met het sfeercriterium. Er moet derhalve iets zijn wat de moedermaatschappij doet of nalaat en dat toerekening van de verboden gedraging van de fysieke plegers aan haar redelijk maakt.¹⁷¹

170. HR 16 juni 1995, NJ 1996, 214 (Bato's Erf Beheer).

171. Vergelijk de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de moedermaatschappij die de civiele kamer van de Hoge Raad als eerst aangewezen mogelijkheid ziet, zie § 5.2.1.

Daarmee is deze variant een beproeving van de spankracht van het sfeer-criterium. Laten we de toepassingsmogelijkheden van de Drijfmet-criteria onderzoeken.

Het criterium van handelen of nalaten van een persoon die uit hoofde van dienstbetrekking of anderszins voor de rechtspersoon werkzaam zal niet bruikbaar zijn, nu de fysieke pleger(s) in de regel in dienst van de dochteronderneming is/zijn dan wel voor die dochteronderneming werkzaam is/zijn.¹⁷²

Het criterium dat de verboden gedraging past in de normale bedrijfsvoering zal in de regel geen soclaas bieden. Dit criterium ziet, als gezegd, op de ondernemingsactiviteiten in welk verband de verboden gedraging zich voordoet (zie § 3.3.2). En die activiteiten liggen dikwijls op het niveau van de onderneming van de dochteronderneming. Het zal om haar bedrijfsvoering gaan, niet de bedrijfsvoering van de moedermaatschappij. Dat zal zeker het geval zijn wanneer de moedermaatschappij de holding vormt, terwijl de daadwerkelijke vervaardiging van producten is ondergebracht bij diverse dochterondernemingen (zie § 5.2.1). Toch is het denkbaar dat kan worden gesproken over de bedrijfsvoering van de moedermaatschappij. Denk ook hier aan een klein concern waarin de moedermaatschappij twee dochters beheert en bestuurt, waarin de samenstellende delen van een als één geheel te beschouwen onderneming zich bevinden (zie verder § 5.2.1).

Bij een restrictieve interpretatie is het criterium dat de verboden gedraging dienstig is geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf om dezelfde reden als het criterium van passend in de normale bedrijfsvoering niet bepaald bruikbaar. Het bedrijf is immers de onderneming van de dochteronderneming. Echter, het begrip 'dienstig' laat taalkundig ruimte voor een interpretatie waarin het verband wordt gelegd tussen de verboden gedraging en het bedrijf van de moedermaatschappij. Dienstigheid sluit immers een middellijk verkregen voordeel in.¹⁷³ Dus een voordeel dat in de onderneming van de dochteronderneming wordt behaald door de verboden gedraging en via financiële stromen in het concern bij de moedermaatschappij terechtkomt, is een voordeel dat ten nutte van de moedermaatschappij en haar bedrijf komt (zie verder het voorbeeld in § 5.2.1).

Ten slotte kennen het beschikkings- en aanvaardingscriterium vanwege het aanknopen bij enerzijds de feitelijke zeggenschap en beschikkingsmacht en anderzijds het blijkbaar billijken door na te laten in te grijpen, zodanige flexibiliteit dat om vennootschapsrechtelijke en daaraan gekoppelde arbeidsrechtelijke structuren heen kan worden gegaan. Onder om-

172. Uitzonderingen daargelaten, zoals een werknemer van de moedermaatschappij die in de dochteronderneming werkzaamheden voor de moedermaatschappij uitvoert, zoals adviseren of toezicht uitoefenen, en in dat verband betrokken is bij de verboden gedraging.

173. Volgens Van Dale Groot Woordenboek van de Nederlandse Taal 2005 betekent dienstig kunnen dienende, geschikt of nuttig.

standigheden kan een moedermaatschappij feitelijke zeggenschap hebben over een werknemer die in dienst is bij de dochteronderneming. Een dergelijk geval kan zich voordoen bij het eerdergenoemde voorbeeld van een klein concern (supra en § 5.2.1). In zo'n concern kan sprake zijn van een personele unie. De enig bestuurder en grootaandeelhouder van de moedermaatschappij is dan tevens bestuurder van de dochterondernemingen. Deze bestuurder bevindt zich dagelijks of wekelijks op de werkvloer van de ondernemingen van de beide dochters en kent alle personeelsleden van zeg 10 personen per dochteronderneming. De organisatie van de dochteronderneming is plat in die zin dat er per dochter één leidinggevende is naast de bestuurder; deze leidinggevende zit in het bestuur van de dochteronderneming en rapporteert dagelijks of wekelijks aan de bestuurder. Wanneer er in één van beide dochterondernemingen kinderen van 14 jaar te werk worden gesteld door de leidinggevende, en blijkt dat de bestuurder van de moedermaatschappij via zijn instructiemacht die hij over de dochterondernemingen kan uitoefenen, heeft nagelaten redelijkerwijs te vergen voorzorgsmaatregelen te treffen om de verboden gedragingen te voorkomen, dan heeft de moedermaatschappij het laten plaatsvinden van de gedragingen aanvaard. Aldus kunnen de verboden gedragingen via de IJzerdraad-criteria rechtstreeks aan de moedermaatschappij worden toegerekend.

Een dergelijke toerekening wordt evenwel problematisch bij een groot Nederlands concern, met vele dochterondernemingen verspreid over het land, met elk een andersoortige onderneming, en een organisatie waarin dochterondernemingen betrekkelijk autonoom zijn. Alsdan zal vooral het bewijs van het beschikkingscriterium moeilijk, zo niet onmogelijk, kunnen zijn. De moedermaatschappij heeft geen juridische zeggenschap over werknemers van elke dochteronderneming en door de geografische en organisatorische afstand hoeft zeker geen sprake te zijn van feitelijke zeggenschap. Het aanvaardingscriterium zal daarentegen mede vanwege uitbreiding van het niet treffen van redelijkerwijs te vergen voorzorgsmaatregelen eenvoudiger vervuld kunnen worden geacht. Dit voorbeeld laat overigens zien dat het beschikkingscriterium zeker in concernverhoudingen een zelfstandige functie heeft.¹⁷⁴

Het inventariseren van de mogelijkheden om via het sfeercriterium en daaronder vallende nadere criteria laat zien dat toerekening van de verboden gedraging van de fysieke pleger(s) aan de moedermaatschappij niet altijd mogelijk is. Uiteraard kan in voorkomende gevallen een ander criterium worden gebruikt voor toerekening. Het kader van het Drijfmest-arrest biedt immers die mogelijkheid (zie § 3.3.2). Hier biedt een in het privaatrecht ontwikkeld criterium waarmee een gedraging van een natuurlijk per-

174. Om die reden ga ik niet mee in het pleidooi van Gritter 2009, p. 16, om het beschikkingscriterium hooguit te zien als een algemene voorvraag.

soon aan een rechtspersoon kan worden toegerekend een mogelijk alternatief.

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.¹⁷⁵ Toepassing van deze maatstaf in het strafrecht is enkele malen verdedigd¹⁷⁶ en soms past de strafrechter de maatstaf al toe.¹⁷⁷ De achterliggende redenering kan dan zijn dat de moedermaatschappij zich met haar merken en producten en/of diensten manifesteert in de samenleving en dat burgers en bedrijven de moedermaatschappij als maatschappelijke wederpartij zullen ervaren en niet een dochteronderneming waaraan toevallig het vervaardigen van een product vervaardigt of het leveren van een dienst onder het merk van de moedermaatschappij is uitbesteed en wier werknemers daarbij een strafbaar feit plegen. Ik sprak over een *mogelijk* alternatief. Want er moet voor worden gewaakt dat moeder en dochter simpelweg worden vereenzelvigd, terwijl daar alleen in bijzondere omstandigheden sprake van kan zijn (zie § 5.2.1). Die omstandigheden zouden minst genomen moeten blijken uit de bewijsmiddelen en de bewijsmotivering, wil het maatschappelijkverkeercriterium in al zijn abstractheid en generaliserend vermogen niet neerkomen op het toedelen van strafrechtelijke aansprakelijkheid.¹⁷⁸ Deze verleiding ligt besloten in dit criterium doordat het zich in de toepassing kan richten op vertegenwoordiging. Vertegenwoordigt de fysieke pleger de moedermaatschappij? Zo ja, dan toerekening. Dit is ook de kern van de zaak in het civiele arrest Kleuterschool Babel.¹⁷⁹ Zo bezien, is het maatschappelijkverkeercriterium voor mij geen alternatief.

5.3 *Drijfmest en de multinationale onderneming*

Gebruik maken van het Drijfmest-kader in Nederlandse moeder-dochter-verhoudingen is niet vanzelfsprekend gebleken, doch wel mogelijk en verdedigbaar. Staat de moedermaatschappij aan het hoofd van een multinationale onderneming dan treden een tweetal complicaties op wanneer de ver-

175. Aldus toegepast het maatschappelijkverkeercriterium uit HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (Kleuterschool Babel). 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.

176. Zie bijv. Knigge 1992, p. 129-131; Rense 2005, p. 273, 279-280.

177. Zie Rb. Rotterdam 31 januari 2005, LJN AS4414; Hof Arnhem 20 mei 2009, LJN B14676; Rb. Almelo 29 mei 2009, LJN BI5891.

178. Vgl. de kritiek op het criterium van o.a. Van Strien 1996, p. 87; De Hullu 2009, p. 172.

179. De uitlatingen van de wethouder van onderwijs in een radioprogramma over aansprakelijkheid voor gebreken in een bouwconstructie van een kleuterschool gelegen in de gemeente golden als uitlatingen van de gemeente, zie HR 6 april 1979, NJ 1980, 34, r.o. 1.

boden gedraging in de onderneming van een buitenlandse dochteronderneming heeft plaatsgevonden.

Allereerst is alleen al de feitelijke afstand tussen moedermaatschappij en dochteronderneming groter geworden. Bij multinationale ondernemingen zoals gedefinieerd in § 3.2.2 zijn de dochterondernemingen in twee of meer landen gevestigd. Dat kunnen Europese landen zijn, maar evengoed landen overal ter wereld. Stel dat de dochteronderneming waarbinnen de verboden gedraging plaatsvindt, is gevestigd India. Dan moet die gedraging ofwel via de route van toerekening aan de Indiase dochteronderneming en vervolgens via toerekening aan de Nederlandse moedermaatschappij bij die rechtspersoon worden gebracht (zie § 5.2.1), ofwel via de fysieke pleger(s) in India direct aan de Nederlandse moedermaatschappij kunnen worden toegerekend (zie § 5.2.2).

Voor de toerekening van de verboden gedraging via de buitenlandse dochteronderneming aan de Nederlandse moedermaatschappij rijst een belangrijk vraagpunt. Moet de toerekening geschieden volgens Nederlands recht dan wel volgens het locale recht? Wil men nog enigszins handen en voeten geven aan de mogelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid van de multinationale onderneming, dan kan het welhaast niet anders zijn dan dat die toerekening volgens Nederlands recht moet plaatsvinden. Immers, moet worden toegerekend naar lokaal recht (i.e. het recht van het land waar de dochteronderneming is gevestigd, het gastland), dan moet de Nederlandse strafrechter zich verdiepen in en uitspreken over buitenlands recht.¹⁸⁰ Daarnaast kan het heel wel mogelijk zijn dat de rechtspersoon van de dochteronderneming naar lokaal recht niet of nimmer kan worden aangemerkt als dader van gedragingen die in haar onderneming hebben plaatsgevonden.¹⁸¹ Het daderschap van de buitenlandse dochteronderneming dient derhalve te worden beoordeeld aan de hand van het kader van het Drijfmeest-arrest.

Bij multinationale ondernemingen komt het sfeerocriterium dan verder onder spanning te staan. Bij de variant van toerekening via de dochteronderneming zal het aankomen op het dienstigheidsocriterium en/of de IJzerdraad-criteria. De andere twee criteria zullen niet of zelden van toepassing kunnen zijn. De dochteronderneming is immers niet in dienst van de moe-

180. Uiteraard zou ook aan het gastland een verklaring voor recht kunnen worden gevraagd dat de gedraging valt toe te rekenen aan de aldaar gevestigde dochteronderneming. Dat is evenwel geen reële optie, gegeven de omstandigheid dat de wens om Nederlandse multinationale ondernemingen in Nederland strafrechtelijk aansprakelijk te stellen deels voortkomt uit een gebrek aan vertrouwen in de handhaving van MVO-normen door het gastland.

181. Niet alle landen ter wereld aanvaarden strafrechtelijk daderschap van rechtspersonen en zo dat wel het geval is, kunnen de voorwaarden van het daderschap van rechtspersonen zodanig verschillen dat de dochteronderneming naar lokaal recht geen dader is, terwijl dat naar Nederlands recht wel mogelijk zou zijn.

dermaatschappij (zie § 5.2.1). En vanwege de geografische afstand tussen moeder en dochter, de omvang van de multinationale onderneming, de diverse producten die veelal worden vervaardigd en/of de diensten die worden geleverd en de daaruit voortspruitende consequenties voor de organisatie van de multinationale onderneming zal meestal niet sprake zijn van een gedraging van de dochteronderneming die past in de normale bedrijfsvoering van de moedermaatschappij (vgl. § 5.2.1).

Met behulp van de eerdergenoemde ruime interpretatie van het dienstigheidscriterium, zie § 5.2.1, kan er daarentegen ook bij een multinationale onderneming worden betoogd dat de gedraging van de buitenlandse dochteronderneming dienstig is voor de Nederlandse moedermaatschappij. De overwegingen uitgewerkt in § 5.2.1 voor toepassing van de IJzerdraad-criteria in moeder-dochter-verhoudingen gelden mutatis mutandis. Wel dient te worden bedacht dat in het kader van het aanvaardingscriterium passiviteit van de moedermaatschappij niet meteen betekent dat zij de gedraging van de dochteronderneming ook heeft aanvaard. Van een dergelijke aanvaarding kan slechts sprake zijn wanneer de moedermaatschappij op de hoogte is van de verboden gedraging of had kunnen zijn en vervolgens niet ingrijpt. Daar kan een probleem in schuilen wanneer de dochteronderneming is gevestigd in een ander land met een andere (bedrijfs)cultuur.

Voor de variant van de rechtstreekse toerekening geldt dat in veel gevallen zal moeten worden geconcludeerd dat de Drijfmest-criteria geen soelaas bieden. De fysieke plegers zullen meestal niet in dienst zijn van de Nederlandse moedermaatschappij. Vanwege de geografische afstand, de omvang van de multinationale onderneming en de daaruit voortspruitende consequenties voor de organisatie van de multinationale onderneming zal dikwijls niet zijn voldaan aan het beschikkingscriterium (vgl. § 5.2.2). Om diezelfde redenen moet ook de bedrijfsvoering van de moedermaatschappij worden onderscheiden van die van de dochteronderneming, zodat het nog maar de vraag is of de verboden gedraging in bijvoorbeeld India kan worden gerekend als passend in de bedrijfsvoering van de Nederlandse moedermaatschappij. Bij deze stand van zaken blijft alleen het dienstigheidscriterium over om de verboden gedraging aan te merken als plaatshebbende in de sfeer van de moedermaatschappij, indien en voor zover dit op de ruimhartige wijze wordt geïnterpreteerd als geschetst in § 5.2.2.

De tweede complicatie ziet op de omstandigheid dat toepassing van het Drijfmest-kader leidt tot extraterritoriale werking van jurisprudentiële daderschapscriteria. Een gedraging waarover Nederland vanwege het territorialiteitsbeginsel in beginsel geen rechtsmacht heeft (de *locus delicti* van de gedraging is immers gesitueerd in het gastland), wordt alsnog door toerekening aan de Nederlandse multinationale onderneming binnen de Nederlandse rechtsmacht gebracht. Een dergelijke extraterritoriale werking staat weliswaar op gespannen voet met het territorialiteitsbeginsel, maar is volgens mij op de navolgende gronden verdedigbaar.

Voor de toerekening van de gedraging aan de moedermaatschappij is, als gebleken, nodig dat de moeder iets doet of nalaat. Er is een bepaalde mate van betrokkenheid die toerekening rechtvaardigt. Die betrokkenheid is te situeren in Nederland, zodat er een aanknopingspunt met de Nederlandse rechtssfeer is.¹⁸² Daar komt bij dat de moedermaatschappij in Nederland is gevestigd. Er kan derhalve een beroep worden gedaan op het actief personaliteitsbeginsel, een beginsel op grond waarvan extraterritoriale werking aan de Nederlandse strafwet kan worden toegekend.¹⁸³ Voorts is de inbreuk op de soevereiniteit van het gastland beperkt te achten, wanneer men bedenkt dat het hier gaat om schending van MVO-normen, die veelal een internationaal karakter hebben.¹⁸⁴ Ten slotte gaat het bij multinationale ondernemingen om bedrijven met een zekere economische macht die in staat zijn activiteiten in dochterondernemingen over te hevelen en zonodig te herschikken. Voorkomen moet worden dat zij ingeval van het begaan van MVO-schendingen in hun dochterondernemingen strafrechtelijke handhaving kunnen ontlopen door die activiteiten te laten 'uitzakken' naar een dochteronderneming in een land waar men geen effectieve strafrechtelijke handhaving verwacht.¹⁸⁵ Overigens, met het oog op de interstatelijke verhoudingen valt te overwegen een vereiste van dubbele strafbaarheid te hanteren.

5.4 Afsluitende opmerkingen

Art. 51 Sr en het daarop gebaseerde jurisprudentiële kader voor het vaststellen van ouderschap van de rechtspersoon biedt vanwege het open karakter ruimte voor het vaststellen van ouderschap van de moedermaatschappij voor gedragingen van haar dochteronderneming, ook als die dochter in het buitenland is gevestigd en de gedraging aldaar heeft plaatsgevonden. De rechter zal evenwel drie hobbels moeten nemen: hoe past hij de Drijfmoestercriteria toe in concernverhoudingen, hoe gaat hij om met de bezwaren van vereenzelviging en hoe gaat hij om met de extraterritoriale werking? Bij dit alles komt in voorkomende gevallen nog het bepalen van opzet of culpa indien de toepasselijke delictomschrijving dergelijke subjectieve bestanddelen kent (zie § 3.3.1). Hier kan evenwel dezelfde route – dat wil zeggen via de dochteronderneming of rechtstreeks (maar niet via dezelfde criteria!) – worden gevolgd als bij het vaststellen van het ouderschap.

182. Vgl. de benadering van Van Strien 1990, p. 73 alsook de gebruikelijke benadering van de locus delicti bij algemene deelnemingsvormen. Zo mogelijk ook Wolswijk 1998, p. 267, die evenwel kritisch is voor de hier bedoelde gevallen.

183. Zie voor dit argument Wolswijk 1998, p. 256-257, 270-272; Van Elst & Oric 2008, p. 50.

184. Zie Eijlsbouts e.a. 2010, § 5.

185. Vgl. § 2; Zerk 2006, p. 8-25; Stoitchkova 2010, p. 19, 126, 169.

Het voorgaande laat zien dat het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse moedermaatschappij geen sinecure is. Daarin kan een verklaring zijn gelegen voor het niet of nauwelijks vervolgen van moedermaatschappijen. Er zijn evenwel twee alternatieven, die overigens beide vergelijkbare complicaties kennen.¹⁸⁶

Allereerst acht ik het mogelijk dat de moedermaatschappij wordt vervolgd voor het feitelijk leidinggeven aan de verboden gedraging van de dochteronderneming.¹⁸⁷ Wanneer de verboden gedraging van de fysieke pleger(s) is toegerekend aan de rechtspersoon van de dochteronderneming (zie § 5.2), is er een strafbaar feit begaan door een rechtspersoon. Krachtens art. 51 lid 2 sub 2 Sr kan vervolgens de feitelijk leidinggever worden vervolgd (zie § 3.4). Hoewel de wetgever daarbij enkel heeft gedacht aan natuurlijke personen als feitelijk leidinggever,¹⁸⁸ laat de tekst van art. 51 lid 2 sub 2 Sr in combinatie met art. 51 lid 1 Sr ruimte om ook rechtspersonen als feitelijk leidinggever aan te merken. Naar mijn indruk heeft de wetgever niet nagedacht over de mogelijkheid om rechtspersonen als feitelijk leidinggever aan te merken.¹⁸⁹ Uit dit stilzwijgen van de wetgever mag niet worden afgeleid dat de wetgever vervolging van een rechtspersoon als feitelijk leidinggever heeft uitgesloten.¹⁹⁰ In de hedendaagse samenleving waarin de rol van ondernemingen is toegenomen (daarom hebben we het over maatschappelijk verantwoord ondernemen) en waarin rechtspersonen worden gebruikt om vennootschapsrechtelijke structuren op te tuigen, past een actualiserende interpretatie waarin een rechtspersoon ook als feitelijk leidinggever kan worden vervolgd.¹⁹¹ Bij buitenlandse dochterondernemingen kunnen zich rechtsmachtsperikelen voordoen, omdat de algemene opvatting is dat de *locus delicti* van de bijzondere deelnemingsvorm feitelijk leidinggeven de *locus delicti* van de verboden gedraging van de rechtspersoon volgt.¹⁹²

186. Strikt genomen kan ook nog worden gedacht aan functioneel ouderschap, waarbij de moedermaatschappij zou moeten worden aangemerkt als functioneel vader van de gedragingen door fysieke pleger(s) in de dochteronderneming verricht. Echter, aangezien de moedermaatschappij veelal juridische zeggenschap noch feitelijke zeggenschap heeft over werknemers van de dochteronderneming (zie § 5.2.2), is dit geen reëel alternatief.

187. Idem Van Strien 1996, p. 116-118. Anders Torringa 1984, p. 112.

188. Zie Kamerstukken II 1975/76, 13 655, nrs. 1-3, p. 18 (MvT).

189. Zie § 5.2 en idem Van Strien 1996, p. 117.

190. Vgl. HR 20 november 2001, NJ 2003, 632 (Mensenroof); Borgers 2003, p. 58-59, 66-67.

191. Tijdsverloop kan de betekenis van de wetsgeschiedenis doen afnemen, zie Borgers 2003, p. 55-56. Zie ook de opdracht tot 'judicial interpretation' van het EHRM in EHRM 25 november 1995, NJ 1997, 1, § 34 (C.R. 1. Verenigd Koninkrijk). Zie ook Van Strien 1996, p. 117.

192. Wolswijk 1998, p. 250-254; Van Elst & Oric 2008, p. 50. Al bespreekt Wolswijk ook opvattingen van anderen die feitelijk leidinggeven wel een eigen *locus delicti* toekennen.

Ten tweede kan de moedermaatschappij worden vervolgd het deelnemen aan de verboden gedraging van de dochteronderneming. Daartoe is dan vereist dat de betrokkenheid van de moedermaatschappij bestaat uit een eigen gedraging die valt aan te merken als medeplegen, medeplichtigheid of andere deelnemingsvorm (zie § 5.2.1). Doordat die deelnemingsgedraging kan worden gesitueerd in Nederland, ontstaat er geen aandachtspunt ten aanzien van rechtsmacht.

6 Enige algemene, afsluitende observaties over inzet van strafrecht in MVO-context

6.1 Inleidende opmerkingen

Dit preadvies handelde tot dusverre over de mogelijkheden die het huidige Nederlands strafrecht biedt om schendingen van MVO-normen door Nederlandse (multinationale) ondernemingen, ondernemers en betrokken derden strafrechtelijk te redresseren. Deze mogelijkheden zijn kort gezegd: *i*) strafbepalingen uit bijzondere wetgeving die sectorale MVO-normen bestrijken (§ 2), *ii*) commune strafbepalingen die MVO-normen omvatten of implementeren (§ 3.5), *iii*) internationale misdrijven (§ 3.6), *iv*) witwassen en deelneming aan een criminele organisatie met extraterritoriale werking (§ 4), en *v*) aansprakelijkheid van ondernemingen, waaronder de moederschappij van binnenlandse en/of buitenlandse dochterondernemingen, langs verschillende wegen (§ 5).

Dat zijn meer mogelijkheden dan ik bij aanvaarding van de uitnodiging een preadvies te verzorgen over MVO en strafrecht bevroedde. Dat is enerzijds bemoedigend: de Nederlandse overheid staat niet met lege handen om naleving van MVO-normen te bewerkstelligen via het strafrecht. Anderzijds laat het voorgaande ook zien dat het strafrecht door ontwikkelingen op het niveau van wetgeving en strafrechtspraak, al dan niet als gevolg van doorwerking van internationale en Europese verplichtingen, een uitdijende tendens laat zien. Terwijl het strafrecht als meest ingrijpend instrument van de overheid als *ultimum remedium*, een laatste redmiddel, zou moeten gelden. Dat had althans minister Modderman in 1886 voor ogen in zijn veel geciteerde woorden:

‘Het beginsel is dit: dat alleen datgene mag gestraft worden, wat in de eerste plaats *onrecht* is. Dit is een *conditio sine qua non*. In de tweede plaats komt de eisch er bij dat het een *onrecht* zij, waarvan de ervaring heeft geleerd dat het (waarbij natuurlijk op den gegeven maatschappelijken toestand te letten is) door geen andere middelen behoorlijk is te be dwingen. De strafbedreiging moet blijven een *ultimum remedium*. Ieder verstandig mensch kan dit ook zonder toelichting wel begrijpen. Dat wil niet zeggen dat men de strafbaarstelling achterwege moet laten, maar wel dat men steeds tegenover elkander

moet wegen de voordeelen en de nadeelen van strafbaarstelling, en toezien dat niet de straf worde een geneesmiddel erger dan de kwaal.¹⁹³

Tegen deze achtergrond maak ik enige algemene opmerkingen over twee nog openstaande vragen: 1) Dient gebruik te worden gemaakt van bestaande strafrechtelijke mogelijkheden om ondernemingen en leidinggevendenden te bewegen tot MVO? (§ 6.1), en 2) Indien bestaande mogelijkheden ontoereikend worden geoordeeld, is invoering van nieuwe strafwetgeving wenselijk? (§ 6.2).

Beide vragen zijn van rechtspolitieke aard. Zij zien op het belang dat de samenleving aan MVO hecht en veronderstellen dat de samenleving, althans de politiek en het OM, van mening is dat ondernemingen onvoldoende eigen verantwoordelijkheid nemen om hun ondernemingsactiviteiten conform MVO-normen in te richten en uit te voeren. Anders gezegd, zij zouden van overheidswege een strafrechtelijke duw in de goede richting moeten krijgen. Dit zonodig in aanvulling op bestaande eigen initiatieven van ondernemingen en ondernemers, initiatieven van (branche-)organisaties als MVO-Nederland, initiatieven van private partijen als non-gouvernementele organisaties en andere initiatieven van de overheid om ondernemingen en ondernemers trachten te bewegen tot MVO.¹⁹⁴ Gezien de betekenis van MVO voor de maatschappelijke legitimatie van het ondernemen¹⁹⁵ zijn dergelijke initiatieven in elk geval te prefereren. Toch kan het strafrecht een bijdrage leveren. Vanwege dit rechtspolitieke karakter en het niveau waarop de afwegingen moeten worden gemaakt (politiek en OM) beperk ik mij tot enkele observaties.

6.2 *Gebruik maken van bestaande strafrechtelijke mogelijkheden: opportuniteit*

Krachtens diens vervolgingsmonopolie bepaalt het openbaar ministerie (OM) in elke concrete zaak of het strafrechtelijk vervolgt en zo ja, voor welke feiten. Deze vervolgingsbeslissing wordt ingekaderd door het opportuniteitsbeginsel (art. 167 en 242 Sv). In de tegenwoordige positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel gaat het OM alleen dan tot vervol-

193. Smidt & Smidt 1891, I, p. 16.

194. Vgl. UN Global Compact (Eijbsbouts e.a. 2010, § 5), het platform van MVO Nederland (<www.mvonederland.nl>), de rapporten als die van de SER (SER 2000 en SER 2008), het handelsbeleid van de overheid (Kamerstukken II 2008/09, 26 485, nr. 68, i.h.b. p. 13), het voorbeeld van de Brent Spar (Eijbsbouts e.a. 2010, § 7.2.4), de vaststelling van codes als Code Banken (Eijbsbouts e.a. 2010 § 1), onrechtmatige daadacties (Eijbsbouts 2010, § 6).

195. Zie Eijbsbouts e.a. 2010, § 3, § 7.2.1 en § 7.2.4.

ging over wanneer dit in het algemeen belang is.¹⁹⁶ Maatschappelijk verantwoord ondernemen is uit de aard der zaak in het algemeen belang; dat ligt besloten in het 'maatschappelijke' van MVO. Maar daarmee is niet gezegd dat vervolging opportuun is bij elke schending van een MVO-norm die onder een strafbepaling valt. De opportuniteitsafweging is vele malen complexer.

De officier van justitie zal eerst moeten bepalen wie hij zou willen vervolgen en waarvoor. Vanwege art. 51 Sr en de op basis daarvan ontwikkelde daderschapscriteria in combinatie met het delict heeft hij vaak de keuze uit:¹⁹⁷ *i*) alleen de onderneming, *ii*) de onderneming en de leidinggevende(n), *iii*) de onderneming en de fysieke pleger(s), *iv*) of de onderneming, de leidinggevende(n) en de fysieke pleger(s) (zie § 3.2). Voor een multinationale onderneming heb ik bepleit dat de Nederlandse moedermaatschappij via het jurisprudentiële kader voor het vaststellen van daderschap van de rechtspersoon kan worden vervolgd voor verboden gedragingen die in haar Nederlandse of buitenlandse dochteronderneming hebben plaatsgevonden (zie § 5). Als (eenvoudiger) alternatief hiervoor kan de Nederlandse moedermaatschappij worden vervolgd voor witwassen en/of deelneming aan een criminele organisatie (zie § 4).

Vervolgens moet de officier van justitie beoordelen over de vervolging in het algemeen belang is. Daaronder zijn begrepen maatschappelijke doelen, strafrechtelijke doelen en strafrechtelijke en strafvorderlijke beginselen en voorschriften. Welke argumenten pleiten in deze context voor en tegen vervolging?

6.2.1 Enige argumenten voor vervolging

In algemene zin geldt dat handhaving van de strafwet in het algemeen belang is. Toch worden niet alle strafbare feiten vervolgd. Veel hangt af van welke belangen zijn geschonden met het strafbare feit en de mate waarin dat is geschied. Behelst de schending van een MVO-norm een aantasting van een strafrechtelijk beschermd mensenrecht (vgl. § 3.5.1), dan moet in beginsel worden vervolgd. De positieve verplichting die uit hoofde van het EVRM op staten rust om te komen tot kort gezegd een effectieve strafrechtelijke handhaving van strafbaarstellingen die mensenrechten beschermen, verschaft een belangrijk argument voor daadwerkelijke vervolging.¹⁹⁸

196. Zie voor het voorgaande o.m. Reijntjes, aant. 3, 4.1, 5-6, 9 op art. 167 (suppl. 120, februari 2001 en suppl. 130, augustus 2002), in: Melai & Groenhuijsen: Corstens 2008, p. 55-56, 110-111, 525-528.

197. Vgl. Kamerstukken II 1975/76, 13 655, nr. 3, p. 18 (MvT): 'De in deze bepaling [art. 51 Sr, FK] opgesloten liggende keuze zal in ieder concreet geval moeten worden gedaan door de Officier van Justitie.'

198. Zie o.a. EHRM 7 januari 2010, appl.no. 25965/04, § 218-219, 285-289 (Rantsev v. Cyprus and Russia). Zie verder Van Kempen 2008.

Voorts kunnen argumenten worden ontleend aan de strafdoelen. Via vervolging kan het strafbare feit worden vergolden. Bewuste leedtoevoeging om een onderneming (of een leidinggevende) te laten voelen dat zij een MVO-norm heeft geschonden. Dat geschiedt al door het openbaar terecht staan in het strafproces waar een verdachte met heel zijn wezen terechtstaat en verantwoordend moet afleggen.¹⁹⁹ Daarmee kan ook de speciale preventie zijn gediend. Een vervolging die uitmondt in een veroordeling kan de veroordeelde weerhouden van het begaan van een nieuwe schending van MVO-normen. Voorts moet zeker bij aanvang van een vervolgingsbeleid gericht op het strafrechtelijk aanpakken van schendingen van MVO-normen het generaal preventief effect niet uit het oog worden verloren. De samenleving ervaart dan dat schending van een MVO-norm niet zonder gevolgen blijft. Dat kan andere ondernemingen en leidinggevers inscherpen dat MVO niet altijd een vrijwillig karakter kent; schending van sommige MVO-normen kan leiden tot een strafrechtelijke overheidsreactie. Dat kan de naleving van alle MVO-normen bevorderen.

Een vervolging die tot een veroordeling leidt, operationaliseert derhalve strafdoelen. Want strafrechtelijke sancties zijn de machtsmiddelen van de overheid die tot doel hebben gevolgen van een delict te redresseren door leedtoevoeging en/of reparatie en die het karakter hebben van normbekrachtiging.²⁰⁰ Dit vond ook de wetgever van belang bij invoering van art. 51 Sr. Volgens de toenmalige regering pleit namelijk voor strafrechtelijke aansprakelijkstelling van een onderneming dat bepaalde strafrechtelijke sancties, waaronder de geldboete en de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel '(...) alleen volledig tot hun recht [kunnen, FK] komen, indien (mede) de rechtspersoon als subject van het strafbare feit kan worden vervolgd en gestraft.'²⁰¹

Ten slotte kan een vervolging leiden tot een forum waar slachtoffers van schending van een MVO-norm via hun sprekkerecht uiting kunnen geven aan de impact van het strafbaar feit op hun leven (artt. 302, 336-337 Sv) alsmede via het indienen van een vordering benadeelde partij op een betrekkelijk eenvoudige wijze hun schade vergoed kunnen krijgen (artt. 51a-51f, 332-335, 361 Sv). Voor dat laatste geldt wel dat moet zijn voldaan aan het vereiste van rechtstreekse schade, dient de vordering eenvoudig van aard te zijn, en moet voldoende aannemelijk zijn geworden dat de benadeelde partij de schade heeft geleden. Wijst de strafrechter de vordering van de benadeelde partij geheel of gedeeltelijk toe, dan kan hij tevens de schadevergoedingsmaatregel (art. 36f Sr) opleggen. Gelet op de wijze waarop met name de maatstaf van 'eenvoudig van aard' in de praktijk

199. Zie Kristen 2008, p. 318-320.

200. Mulder 1974, p. 10-11.

201. Aldus de regering reeds in 1975, Kamerstukken II 1975/76, 13 655, nr. 3, p. 11 (MvT).

wordt gehanteerd om bij een zich aandienende feitelijke en/of juridische complicatie een vordering van de benadeelde partij niet-ontvankelijk te verklaren,²⁰² maak ik mij weinig illusies over de effectiviteit van dit instrument voor slachtoffers van schendingen van MVO-normen.²⁰³ Niettemin wordt aldus via het strafrecht een beperkt instrument voor het verkrijgen van compensatie verkregen, iets dat juist een belangrijk argument is in de discussie over de zogenoemde 'foreign direct liability cases'.²⁰⁴ Dat zijn zaken waarin klagers privaatrechtelijke aansprakelijkheidsclaims indienen tegen moedermaatschappijen van multinationale ondernemingen in ontwikkelde landen voor schade veroorzaakt in dochterondernemingen gevestigd in minder ontwikkelde landen.²⁰⁵ Door een moedermaatschappij te vervolgen voor een verboden gedraging die heeft plaatsgevonden door of binnen haar buitenlandse dochteronderneming, zou ons strafrecht iets bieden dat wat weg heeft van een 'foreign direct liability case'. Daarmee wil ik niet betogen dat het OM moet vervolgen om slachtoffers het bedoelde forum te bezorgen; het kan het laten meewegen binnen het criterium van het algemeen belang.

6.2.2 Enige argumenten tegen vervolging

Een wezenlijk obstakel voor het benutten van bestaande mogelijkheden die het strafrecht biedt, is het standpunt van het kabinet. Dat vat MVO op als bovenwettelijk en vrijwillig.²⁰⁶ Het kabinet wil vooralsnog volstaan met aandacht besteden aan MVO, het een onderdeel laten zijn van economisch beleid en diplomatie, het financieel ondersteunen van MVO-initiatieven, het bevorderen van kennis over en bewustwording van MVO, het verbeteren van informatievoorziening over MVO, het als overheid duurzaam inkopen, het ondersteunen van sectorale verbeterprogramma's, het bevorderen van transparantie over MVO, en het instellen en/of ondersteunen van allerlei benchmarks.²⁰⁷ Strafrechtelijke handhaving past hier niet bij. Gegeven deze kabinetsvisie is de politieke ruimte voor het OM klein om toch de bestaande strafrechtelijke mogelijkheden te benutten en te verkennen. Het College van procureurs-generaal zou het kabinetsbeleid doorkruisen wanneer het gaat inzetten op actieve vervolging van schending van MVO-normen.

202. Vgl. Groenhuijsen 2008, p. 134.

203. In de Van Anraat-zaak wees het Hof Den Haag op deze grond de vorderingen van de benadeelde partijen af, hetgeen de Hoge Raad heeft aanvaard, zie HR 30 juni 2009, NJ 2009, 481, r.o. 13.

204. Zie o.a. Zerk 2006, p. 200-201; Van Dam 2008, p. 23; Enncking 2009, p. 906, 933.

205. O.a. Zerk 2006, p. 198; Enncking 2009, p. 903-904; Eijsbouts 2010, § 6.4.

206. Zie § 2 en Eijsbouts o.a. 2010, § 7.2.1.

207. Zo volgt uit Kamerstukken II 2008/09, 26 485, nr. 62, p. 6-8.

Er zijn meer obstakels, waarvan sommige heel praktisch van aard zijn, en toch doorslaggevend kunnen zijn. De in dit preadvies genoemde mogelijkheden van het huidige strafrecht zijn latente mogelijkheden. Zij zijn naar mijn weten niet gebruikt voor de aanpak van schendingen van MVO-normen of vergelijkbare feiten in de context van (multinationale) ondernemingen. Dat zal deels te verklaren zijn door onbekendheid met deze mogelijkheden; dit preadvies beoogt daaraan een einde te maken. Voor een ander deel volgt het uit bestaande gebruiken en werkwijzen. Ik wees er eerder al op dat vervolging van rechtspersonen plaatsvindt in enkelvoudige verhoudingen (§ 5.2). Een moedermaatschappij ontspringt daarmee de dans, terwijl er wel goede redenen kunnen zijn om haar strafrechtelijk aansprakelijk te stellen (zie § 5 en § 6.2.1).

Toegegeven moet worden dat toepassing van het jurisprudentiële kader voor het ouderschap van rechtspersonen op de moedermaatschappij in concernverhoudingen vraagt om een creatieve, doch doenlijke en mijns inziens aanvaardbare interpretatie van dat kader (zie § 5). Niettemin doet het OM er verstandig aan ervoor te waken dat het odium van een proefproces aan een vervolging van een moedermaatschappij kleeft. Toch moet het eens de eerste keer zijn. Dat pleit voor een goede selectie van de te vervolgen zaak en in het begin alleen aan de strafrechter voorleggen van een 'sterke' zaak.

Dat past ook bij de ultimum-remedium-gedachte (vgl. § 6.2). Voor witwassen en deelneming aan een criminele organisatie ligt het net iets anders. Toepassing van deze delicten in de MVO-context verlangt geen nieuwe interpretatie van delictsbestanddelen. Vereist is alleen een toepassing van bestaande inzichten in deze nieuwe context, zo volgt uit § 4.

Een vervolging van een Nederlandse (multinationale) onderneming en haar feitelijk leidinggevers wegens schending van een MVO-norm, witwassen en/of deelneming aan een criminele organisatie heeft vergaande consequenties voor de maatschappelijke reputatie van die onderneming. Krantenkoppen en andere media-aandacht laten zich eenvoudig voorspellen wanneer bijvoorbeeld een AEX-fonds, een andere bekende Nederlandse onderneming en/of hun feitelijk leidinggevers zouden worden vervolgd wegens deelneming aan een criminele organisatie. Art. 140 Sr, maar ook witwassen, worden immers geassocieerd met georganiseerde misdaad, en dan denken veel burgers aan maffia, (drugs)bendes etc. De impact van strafrechtelijke vervolging zal derhalve voor de onderneming en haar feitelijk leidinggevers groot zijn. Voor de onderneming zal het leiden tot omzet- en winstderving en kan het zelfs resulteren in haar ondergang. Voor de feitelijk leidinggevers betekent het vaak baanverlies en verlies van de maatschappelijke positie. Dat alles ongeacht of er uiteindelijk een veroordeling volgt. Het verleden laat diverse voorbeelden zien, zoals de Slavenburg-affaire en de HCS-affaire met Van den Nieuwenhuijzen. Strafrechtelijke vervolging heeft dan tot gevolg dat de onderneming en daarbij betrokkenen geen bijdrage meer kunnen leveren aan de maatschappelijke

welvaart.²⁰⁸ Het OM zal derhalve deze (mogelijke) uitkomst moeten afwegen tegen het belang om door middel van vervolging te demonstreren dat de desbetreffende onderneming en betrokkenen bezig zijn (gewoest) met maatschappelijk onverantwoord ondernemen en om die reden al geen bijdrage aan de maatschappelijke welvaart leverden.

Waar het OM voorts rekening mee zal houden, is de keerzijde van strafrechtelijke vervolging bij dit type van verdachten. Er is een afbreukrisico voor het OM en daarmee de overheid. Deze verdachten zijn vaak mondig en beschikken over middelen het eigen verhaal naar voren te brengen en zich te voorzien van goede rechtsbijstand, waarbij hun advocaten tot op zekere hoogte kennis kunnen delen ingeval meer verdachten in dezelfde zaak worden vervolgd. Een en ander kan ertoe leiden dat de werkwijze van politie en justitie onder vuur komt te liggen en wel zodanig dat het perspectief kantelt. Niet de verdachte(n) maar politie en justitie komen in de beklagdenbank terecht. In de media wordt uiting gegevens aan gevoelens van verontwaardiging over de strafrechtelijke vervolging en berechting. Er kan voorts worden gesteld dat politie en justitie met hun optreden schade voor verdachten veroorzaken; die schade zou moeten worden vergoed. Een en ander kan in geleidingen van de samenleving leiden tot een in elk geval gepercipieerde ontkrachting van de beoogde effecten van de desbetreffende strafbaarstelling en vervolging.²⁰⁹ Eindigt een zaak in een veroordeling, dan pleegt de strafrechter de publiciteit en de gevolgen daarvan voor de verdachte in veel gevallen te beschouwen als een strafverminderende factor die hij verdisconteert in de opgelegde straf.²¹⁰ Eindigt een zaak niet in een veroordeling, dan kan dat het gezag van en het vertrouwen in de overheid en het strafrecht aantasten. En soms ziet de wetgever hierin dan aanleiding een strafbepaling verdergaand te verscherpen en/of strafvorderlijke bevoegdheden te verruimen.²¹¹

Naast het voorgaande is een bekend praktisch bezwaar de gegeven schaarste aan capaciteit en middelen van het OM. Die zet het OM bij voorkeur in voor strafrechtelijke handhaving van delicten die burgers rechtstreeks raken en/of door de politiek op de agenda zijn geplaatst. Zo geniet strafrechtelijke aanpak van illegale hennepcultuur respectievelijk geweld tegen gezagsdragers thans prioriteit; een thema als MVO legt het daartegen af.

208. Vgl. de omschrijving van MVO in § 2 gebaseerd op SER 2000, en Eijlsbouts e.a. 2010, § 3.

209. Zie Brants & Brants 1991, p. 222-225; Groenhuijsen 1993, p. 40 en als voorbeelden de Slavenburg-affaire en de HCS-affaire met daaruit voortvloeiende Begacclaim.

210. Dat was het geval in 58% van de door mij onderzochte gevallen, zie Kristen 2007.

211. Denk aan de aanpassing van de strafbaarstelling van misbruik van voorwetenschap als reactie op een falende aanpak in de HCS-affaire, zie o.a. Kristen 1997, p. 131-132.

Een tweede praktisch bezwaar is het beschikbare bewijsmateriaal en de mogelijkheden toereikend bewijsmateriaal te verkrijgen. Een vervolging moet immers ook haalbaar zijn. Voor vervolging van Nederlandse moedermaatschappij voor verboden gedragingen begaan binnen haar buitenlandse dochteronderneming komt daar als extra complicatie bij de (on)mogelijkheden bewijsmateriaal in dat buitenland te verzamelen, de onvermijdelijke rechtshulpperikelen en strafvorderlijke complicaties, zoals het kunnen horen van in het buitenland verblijvende getuigen.

In het verlengde van het voorgaande praktische bezwaar ligt de eveneens praktische kwestie hoe het OM kennis krijgt van het begaan zijn van een strafbaar gestelde schending van een MVO-norm in het buitenland. Dat grondfeit moet er zijn voor een vervolging wegens witwassen of het in Nederland aansprakelijk stellen van de moedermaatschappij. Ook voor de toepassing van art. 140 Sr strekt het tot aanbeveling hierover informatie te hebben. Het OM neemt evenwel niet ambtshalve kennis van dit buitenlandse grondfeit; als slachtoffers van het grondfeit al aangifte doen, doen zij dat in hun thuisstaat. Hier liggen volgens mij mogelijkheden voor internationaal opererende NGO's die reeds rapporteren over misstanden in het buitenland alsmede voor internationale monitoringmechanismen zoals die van de Nationale Contact Punten (NCP's) in het kader van de OECD Richtlijnen voor multinationale ondernemingen.²¹²

Mocht overigens het OM om bovenstaande redenen geen heil zien in een vervolging, dan kunnen in voorkomende gevallen rechtstreeks belanghebbenden het correctiemechanisme van art. 12 Sv aanwenden.²¹³ Al naar gelang hun (statutaire) doelstellingen en feitelijke werkzaamheden kunnen NGO's hiervan gebruik maken.²¹⁴

6.2.3 Een korte afweging van argumenten

Enige algemene argumenten voor en tegen vervolging zijn hiervoor genoemd. In de concrete omstandigheden van het geval kunnen ongetwijfeld meer en specifiekere argumenten worden gevonden. Wanneer ik de algemene argumenten overzie, lijkt de balans uit te slaan naar het afzien van vervolging. Vooral het kabinetsstandpunt over MVO lijkt mij een principiële argument tegen vervolging. Hier moet de politiek aan het woord komen.

212. Zie p. 33-35 van die richtlijnen en Eijssbouts e.a. 2010, § 5.

213. Mits aan de daartoe gestelde voorwaarden is voldaan, waarbij het belanghebbende-vereiste een obstakel kan zijn. Zie daarover art. 12 lid 2 Sv; Corstens 2008, p. 545-555, i.h.b. p. 547-548; Van der Leij, aant. 10-11 op art. 12 (suppl. 165, februari 2008), in: Melai & Groenhuijsen.

214. Zie Van der Leij, aant. 17-19 op art. 12 (suppl. 165, februari 2008), in: Melai & Groenhuijsen.

6.3 *Uitbreiding van strafrechtelijke mogelijkheden: wetgevend optreden?*

Voor velen staat voorop dat ondernemingen zelf en uit vrije wil overgaan tot maatschappelijk verantwoord ondernemen. Toch zijn kennelijk niet alle betrokkenen er van overtuigd dat ondernemingen ook daadwerkelijk deze verantwoordelijkheid (zullen) nemen.²¹⁵ Dat leidt tot de oproep na te gaan of en zo ja, hoe MVO juridisch kan worden afgedwongen. Hier komt ook het strafrecht als sanctierecht in beeld. In dit preadvies heb ik willen aangeven wat de mogelijkheden zijn die het huidige Nederlands strafrecht biedt. Wanneer men vervolgens van mening is dat die mogelijkheden tekortschieten, dan volgt de vraag naar de noodzaak van wijzigingen in het Nederlands strafrecht om schendingen van MVO-normen tegen te kunnen gaan. In dit verband moet uitdrukkelijk onder ogen worden gezien of men wel het strafrecht wil inzetten om de naleving van MVO-normen te bewerkstelligen.²¹⁶

Het strafrecht dient ultimum remedium te zijn en is ook dan nog geen panacee. Voor de beoordeling of inzet van het strafrecht passend is zijn de zogenoemde criteria voor strafbaarstelling ontwikkeld: Onder welke voorwaarden stellen we iets strafbaar? Diverse strafrechtswetenschappers hebben zich daar over gebogen.²¹⁷ Maar behoudens de soms fraaie overzichten van criteria als het schadebeginsel of het vereiste van onrecht, ultimum remedium, het legaliteitsbeginsel etc., levert het alleen algemeen geformuleerde ijkpunten op. Die *kunnen* slechts richtinggevend zijn in de context van gevoelde behoeften naar aanleiding van een ervaren maatschappelijk probleem. Zij zijn daarbij voor hun invulling afhankelijk van de toepasser en diens rechtspolitieke opvattingen over strafrecht. Ik volsta hier dan ook met een drietal opmerkingen.

In de eerste plaats zal voor sectorale MVO-normen in elk concreet geval moeten worden beoordeeld of strafbepalingen in bijzondere wetgeving dan wel het Wetboek van Strafrecht aanpassing verdienen of moeten worden ingevoerd. Daarbij kunnen inzichten en verplichtingen neergelegd in internationale MVO-normen leidend zijn.²¹⁸

In de tweede plaats lijkt mij een algemene strafbepaling voor schending van MVO-normen haalbaar noch gewenst. Een dergelijke strafbaarstelling zou fundamenteel in strijd zijn met de aard van MVO. Dat ziet voor een groot deel op het bovenwettelijke.²¹⁹ Voorts is het veld van MVO-normen

215. Zie de onderzoeken uitgezet door de Europese Commissie en Nederland, waarover § 2; Eijssbouts e.a. 2010, § 5 en § 7.2.1; Enneking 2009, p. 912.

216. Een Utrechtse benadering, zie Brants & Brants 1991, p. 149-150.

217. Voor een overzicht: Haveman 1998, p. 1-94.

218. Vgl. Eijssbouts e.a. 2010, § 5.

219. Dit is toch de grondtoon in het algemeen deel, zie Eijssbouts e.a. 2010.

te breed, te gevarieerd en te dynamisch om te kunnen komen tot een algemene strafbaarstelling die verenigbaar is met het matericelrechtelijk legaliteitsbeginsel en in het bijzonder het bepaaldheidsgebod.²²⁰ Daarnaast bieden de strafbaarstellingen van witwassen en deelneming aan een criminele organisatie alternatieven (§ 4).

Ten derde bieden de jurisprudentiële kaders voor het ouderschap van rechtspersonen en leidinggevendens mijns inziens voldoende spankracht om Nederlandse ondernemingen, inclusief moedermaatschappijen van Nederlandse multinationale ondernemingen met binnenlandse en/of buitenlandse dochterondernemingen, te vervolgen voor schendingen van MVO-normen die onder de werkingssfeer van bestaande strafbepalingen vallen (§ 5). In 1975 wilde de wetgever om moverende redenen ook niet aan een meer ingekaderde regeling dan het algemene art. 51 Sr.²²¹ Wat volgens mij dan nog resteert is expliciet maken dat het jurisprudentiële kader gebaseerd op art. 51 Sr geldt voor een Nederlandse moedermaatschappij in wier buitenlandse dochteronderneming een schending van een MVO-norm plaatsvindt die naar Nederlands recht strafbaar zou zijn.

Lijst van aangehaalde literatuur

Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II

J.M.M. Macijer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, Deel II De rechtspersoon*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

Asser-Kortmann 2-I

S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, Deel I De vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004

Asser-Macijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Rechtspersonenrecht, Deel II* De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009

Borgers 2003

M.J. Borgers, 'Wetshistorische interpretatie in de strafrechtspraak', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 51-69

220. Zie voor de MVO-normen Eijssbouts e.a. 2010, §§ 2, 4-6, en voor het bepaaldheidsgebod o.a. De Hullu 2009, p. 83-85, 92-96.

221. Kamerstukken II 1975/76, 13 655, nrs. 1-3, p. 16-17, 19 (MvT).

Brants & Brants 1991

C.H. Brants & K.L.K. Brants, *De sociale constructie van fraude*, Arnhem: Gouda Quint 1991

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*, Leiden 15 december 2009, beschikbaar op <www.ez.nl/Actueel/Kamerbrieven/Kamerbrieven_2009/December_2009/Aanbieding_onderzoek_aansprakelijkheid_MVO>

Corstens 2008

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008

Demeersseman 1985

H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht* (diss. VU Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint 1985

Van Dam 2008

C.C. van Dam, *Onderneming en mensenrechten* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008

Van Dongen 1995

R.C. van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1995

Van Duyne 2003

P.C. van Duyne, 'Money laundering policy. Fears and facts', in: P.C. van Duyne e.a. (eds), *Criminal finances and organising crime in Europe*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 67-104

Eijssbouts 2010

A.J.A.J. Eijssbouts, 'Elementaire beginselen van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemerschap', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2010-I), Deventer: Kluwer 2010

Eijssbouts e.a. 2010

A.J.A.J. Eijssbouts, F.G.H. Kristen, J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, 'Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2010-I), Deventer: Kluwer 2010

Van Elst & Orie 2008

R. van Elst & A.M.M. Orie, 'Strafmachtrecht', in: E. van Sliedregt e.a., *Handboek Internationaal Strafrecht*, Kluwer: Deventer 2008

Van Eyk 1995

S.C. van Eyk, *The OECD Declaration and Decisions Concerning Multinational Enterprises*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995

Gritter 2007

E. Gritter, 'De strafbaarheid van de rechtspersoon', in: J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007

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

Groenhuijsen 1986

M.S. Groenhuijsen, 'Het publickrechtelijke karakter van het materiële strafrecht', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 103-123

Groenhuijsen 1993

M.S. Groenhuijsen, 'Artikel 31a Wet Toezicht Effectenverkeer', in: A.A. Franken & A.M. van Woensel (red.), *Een rariteitenkabinet*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1993, p. 35-41

Groenhuijsen 2008

M.S. Groenhuijsen, 'Slachtoffers van misdrijven in het recht en in de victimologie. Verslag van een intellectuele zoektocht', *Delikt en Delinkwent* 2008, p. 121-145

Haveman 1998

R. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel*, (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1998

Haverkate 2008

G.C. Haverkate, 'Bereik en toepassing van de Nederlandse strafbepalingen inzake witwassen', in: F. Deruyck & G.C. Haverkate, *Witwassen in Nederland en België*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 3-64

De Hullu 2009

J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009

ICJ 2008

International Commission of Jurists, *Corporate Complicity & Legal Accountability. Volume 2 Criminal Law and International Crimes*, Switzerland 2008, <www.icj.org>

Kalshoven 2009

F. Kalshoven, 'Superbelasting op bankiersbonussen is pervers populisme', *De Volkskrant* 12 december 2009

Van Kempen 2008

P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008

Knigge 1992

G. Knigge, 'Doen en laten; enkele opmerkingen over daderschap', *Delikt en Delinkwent* 1992, p. 128-154

Kristen 1997

F.G.H. Kristen, 'Misbruik, gebruik of handelen met voorwetenschap?', *De Naamlooze Vennootschap* 1997, p. 131-138

Kristen 2004

F.G.H. Kristen, *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004

Kristen 2007

F.G.H. Kristen, 'Blij met publiciteit, bang voor de media?', Voordracht 4 oktober 2007, gepubliceerd op <www.persprijsvanveen.nl/2007/toespraak-francois-kristen-bij-uitreiking-2007.html>

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

Melai & Groenhuijsen

A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het wetboek van strafverdring*, Deventer: Kluwer (losbladig)

Mulder 1974

G.E. Mulder, 'De sanktic', *Delikt en Delinkwent* 1974, p. 9-21

Noyon-Langemeijer-Remmelink

T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Remmelink, *Het wetboek van strafrecht*, voortgezet door J.W. Fokkens & A.J. Machielse, Deventer: Kluwer (losbladig)

Raaijmakers 2006

M.J.G.C. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006

Raaijmakers 2009

M.J.G.C. Raaijmakers, *Naar een Wetboek Ondernemingsrecht?*, Afscheidscollege Universiteit van Tilburg, 27 november 2009

Rense 2005

J. Rense, 'Rechtspersonen in het strafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2005, p. 272-298

Roording 2002

J.F.L. Roording, 'Corruptie in het Nederlandse strafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2002, p. 106-157

Ruggie 2007

John Ruggie, *Business and human rights: mapping international standards of responsibility and accountability for corporate acts*, 19 February 2007, A/HRC/4/35, <www.un.org/en/documents/>

Ruggie 2008

John Ruggie, *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, 7 April 2008, A/HRC/8/5, <www.un.org/en/documents/>

SER 2000

Sociaal-Economische Raad, *De winst van waarden. Advies over maatschappelijk ondernemen. Uitgebracht aan de Staatssecretaris van Economische Zaken* (advies van 15 december 2000, SER 2000/11), Den Haag: SER 2000

SER 2008

Sociaal-Economische Raad, *Duurzame globalisering: een wereld te winnen. Uitgebracht aan de Staatssecretaris van Economische Zaken en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid* (advies van 20 juni 2008, SER 2008/06), Den Haag: SER 2008

Sikkema 2005

E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005

Slagter 2005

W.J. Slagter, *Compendium ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005

Smidt & Smidt 1891, I

H.J. Smidt & J.W. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Deel I, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891

Stessens 1997

G. Stessens, *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen*, Antwerpen: Intersentia 1997

Stoitchkova 2010

D.E. Stoitchkova, *Towards Corporate Liability in International Criminal Law* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 2010

Van Strien 1990

A.L.J. van Strien, 'De rechtsmacht van Nederland ten aanzien van rechtspersonen', in: J.L.M. Boek e.a. (red.), *Grensoverschrijdend strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 65-83

Van Strien 1996

A.L.J. van Strien, *De rechtspersoon in het strafproces* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1996

Swart 1987

A.H.J. Swart, 'Verboden organisaties en verboden rechtspersonen', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten* (Remmelink-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 607-624

Timmerman 2000

L. Timmerman, 'Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht', in: *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2000-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 105-165

Timmerman 2001

L. Timmerman, 'Vereenzelviging als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures', *Ondernemingsrecht* 2001, p. 294-300

Torringa 1984

R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1984

De Vries-Leemans 1995

M.J.H.J. de Vries-Leemans, *Art. 140 Wetboek van Strafrecht* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1995

Wolswijk 1998

H.D. Wolswijk, *Locus delicti en rechtsmacht* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1998

Wolswijk 2003

H.D. Wolswijk, 'Een aparte locus delicti-leer voor art. 140 Sr?', *Delikt en Delinkwent* 2003, p. 38-47

Zerk 2006

J.A. Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility*, Cambridge: Cambridge University Press 2006

Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?

J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman

Inhoudsopgave

1	Maatschappelijk ondernemerschap	193
1.1	<i>Maatschappelijk verantwoord ondernemen en maatschappelijk ondernemerschap</i>	193
1.2	<i>Opzet van het preadvies</i>	193
1.3	<i>Het maatschappelijke ...</i>	194
1.3.1	Dienstverlening aan het publiek	195
1.3.2	Geen haarscherpe grens	196
1.3.3	Privatisering <i>e tutti quanti</i>	196
1.3.4	Hybriditeit	197
1.4	<i>... ondernemerschap</i>	197
1.4.1	Structurele soberheid	197
1.4.2	Concurrentie en technologische veranderingen	198
1.4.3	Wat brengt ondernemerschap in een maatschappelijke onderneming ons?	198
1.5	<i>Ondernemerschap voor de publieke zaak en social entrepreneurship</i>	200
1.6	<i>Best of both worlds?</i>	201
1.6.1	Spanningen	201
1.6.2	Natuurlijke tendens tot decline of the public?	201
1.6.3	Voorbeelden	202
1.6.4	Competence	203
1.7	<i>Kansen faciliteren en risico's beheersen</i>	204
1.7.1	Strengere wetgeving	204
1.7.2	Tussenfiguren	204
1.7.3	Een nieuwe rechtsvorm als tussenfiguur	205
1.8	<i>Op weg naar een nieuwe rechtsvorm</i>	206
1.8.1	De kat met vele staarten	206
1.8.2	De klant is koning?	207
1.8.3	Het veelkoppige monster toezicht	208
1.9	<i>Conclusie</i>	209

2	Het wetsvoorstel voor de maatschappelijke onderneming	210
2.1	<i>De geschiedenis van het wetsvoorstel</i>	210
2.1.1	NTMO	210
2.1.2	Het WRR advies	211
2.1.3	Het Wetenschappelijk Instituut van het CDA	211
2.1.4	Commissie Wijffels	213
2.2	<i>Het wetsvoorstel</i>	213
2.2.1	Hetgeen het wetsvoorstel beoogt	214
2.2.2	De wettelijke regeling in het kort	215
2.3	<i>Kritiek op het wetsvoorstel</i>	216
2.3.1	Is deze rechtsvorm nodig?	216
2.3.2	Overige kritiek	217
2.3.3	Het interne toezicht	217
2.3.4	De belanghebbendenvertegenwoordiging?	218
2.3.5	De beperkte aantrekkingskracht van winstbewijzen	220
2.4	<i>Conclusie</i>	221
3	<i>Social entrepreneurship over de grenzen</i>	221
3.1	<i>De L3C: For-Profit Entity with Non-Profit Soul</i>	222
3.1.1	Raison d'être	222
3.1.2	Company law as a product; L3C as a brand	224
3.1.3	L3Cs: Useless gadgets, unwise, unnecessary, inherently misleading?	224
3.2	<i>De Community Interest Company</i>	225
3.2.1	De community interest test	227
3.2.2	De asset lock	227
3.2.3	De CIC Regulator	229
3.3.	<i>De Belgische vennootschap met sociaal oogmerk</i>	231
3.3.1	Sociaal oogmerk	231
3.3.2	Le législateur s'est laissé guider par quelques restants de mai '68	233
3.4	<i>The past is another country: they do things similar there</i>	233
4	De maatschappelijke rechtspersoon als modaliteit van alle rechtspersonen in Boek 2	235
4.1	<i>Inleiding</i>	235
4.2	<i>Vijf uitgangspunten</i>	237
4.3	<i>Meer specifieke punten</i>	240
	<i>Lijst van aangehaalde literatuur</i>	246

*'Maar er zijn zoveel netelige situaties, dat we ons voor de zekerheid maar beter een beetje lichtvoetig en oppervlakkig door deze wereld kunnen bewegen. We moeten erover heen glijden en er niet in verzinken.'*¹

*'Let things grow. Don't let currently powerful governments or commercial enterprises strangle new departures, or alternatively gobble them as soon as they show indications of being economic successes. Stop trying to cram too many eggs into few baskets under the keeping of too few supermen.'*²

1 Maatschappelijk ondernemerschap

1.1 Maatschappelijk verantwoord ondernemen en maatschappelijk ondernemerschap

Maatschappelijk verantwoord ondernemen kan worden omschreven als de zorg van een onderneming voor de effecten van haar handelen op de maatschappij. Het impliceert *medegerichtheid* op het bijdragen aan de welvaart van een samenleving.³ Maar ook de ondernemingen die maatschappelijk verantwoord ondernemen, dienen, vooral ingeval zij in een kapitaalvennootschap zijn georganiseerd, waarde op de lange termijn te creëren. Zij doen dat echter niet *voor* andere belangen dan die van de kapitaalverschaffers.

Over maatschappelijk verantwoord ondernemen gaat dit onderdeel van het preadvies niet. Ons onderwerp betreft *bijzondere rechtsvormen voor maatschappelijke ondernemingen*. Het kenmerk van een maatschappelijke onderneming is dat voor haar het *hoofddoel* is het verrichten van een bepaalde *publieke taak* of het behartigen van een *publiek belang*, zoals woningbouw, buurtzorg of educatie. Een maatschappelijke onderneming kan dat publieke doel uitcrasden nastreven en daarbij maatschappelijk verantwoord ondernemen.

1.2 Opzet van het preadvies

Een preadvies leent zich goed voor een verkenning. In dit eerste gedeelte van ons preadvies wordt de maatschappelijke onderneming als rechtsvorm

1. Montaigne (1595) 1993, p. 1187.
2. Zie Jacobs 2004, p. 170. Informatie over Jane Jacobs is te vinden in het nawoord van de vorig jaar verschenen Nederlandse editie van *Dood en leven van grote Amerikaanse steden* en *De Levende Stad, over de hedendaagse betekenis van Jane Jacobs*, (S. Frank & G.J. Hospers, red.) Amsterdam: Sun 2009. Zie over Jane Jacobs ook Glenna Lang & Marjory Wunsch, *Genius of common sense* (2009).
3. Zie in deze zin: Sijmons & Van der Ende 2008, p. 3-4. Zie in vergelijkbare zin over maatschappelijk verantwoord ondernemen het algemeen deel van het preadvies.

verkend. Is het wenselijk om tot een aparte rechtsvorm te komen in Boek 2 voor de maatschappelijke onderneming? En zo ja, aan welke eisen moet een dergelijke rechtsvorm voldoen?

De discussies over de 'maatschappelijke onderneming' hebben tot dusverre met name plaatsgevonden met het oog op de positionering van grote instellingen die actief zijn op het terrein van de zorg, het onderwijs en de volkshuisvesting. Wij willen meer in het algemeen de vraag aan de orde stellen wat met een specifieke rechtsvorm voor de 'maatschappelijke onderneming' kan worden bereikt. Ons inziens ligt de meerwaarde van deze rechtsvorm met name in de mogelijkheid met een eigen rechtsvorm in Boek 2 een veelheid aan activiteiten te bevorderen in de samenleving die wel worden aangeduid als *social entrepreneurship* of 'maatschappelijk ondernemerschap': ondernemerschap met een publieke functie, maar beoefend met de middelen van de private ondernemer.⁴

In ons preadvies zullen wij het vraagstuk van de bijzondere rechtsvormen voor de maatschappelijke onderneming vanuit drie gezichtspunten benaderen. In dit *eerste* hoofdstuk wordt het spanningsveld tussen de private en de publieke sferen waarin het *maatschappelijk ondernemerschap* zich beweegt geanalyseerd. In het *tweede* hoofdstuk komt het vorig jaar bij de Tweede Kamer ingediende *wetsvoorstel voor de maatschappelijke onderneming* aan de orde.⁵ Dit voorstel is tot dusverre overwegend kritisch bejegend. We duiden een aantal knelpunten in dit voorstel aan. Het *derde* hoofdstuk behandelt een aantal *buitenlandse rechtsvormen* voor maatschappelijk ondernemen. Het was een verrassing te ontdekken dat in het buitenland dergelijke bijzondere rechtspersonenrechtelijke regimes bestaan. Ten slotte geeft het *vierde* hoofdstuk de *synthese*. Voor het geval de Nederlandse wetgever het wenselijk acht bijzondere rechtsvormen voor de maatschappelijke onderneming in Boek 2 BW tot stand te brengen worden in hoofdstuk 4 een aantal *do's en don't's* geformuleerd.

1.3 Het maatschappelijke ...

In de maatschappelijke onderneming wordt ondernemerschap uitgeoefend met een maatschappelijk doel. 'Maatschappelijk ondernemerschap' is ondernemerschap met het oog op een publiek belang of publieke taak en heeft twee kanten, *het maatschappelijke* en *het ondernemerschap*. Over die beide kanten maken we een paar opmerkingen. Eerst iets over de *maatschappelijke* kant van het maatschappelijke ondernemerschap.

4. Zie hierover: Pirson 2009.

5. Wetsvoorstel wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek houdende regels voor de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming (Kamerstukken II 2008/09, 32 003, ingediend op 3 juli 2009).

1.3.1 Dienstverlening aan het publiek

Doorgaans gaat het bij maatschappelijk ondernemerschap om dienstverlening die *voor de samenleving als geheel* wenselijk is. De publieke taak of het publieke belang behoort in een maatschappelijke onderneming in verhouding tot andere activiteiten en belangen *dominant* te zijn. Die publieke taak of dat publieke belang bepaalt dan ook de identiteit van de maatschappelijke onderneming, zal doorgaans zijn opgenomen in het statutaire doel van de rechtspersoon waarin de maatschappelijke onderneming is georganiseerd en doorwerken in het ondernemingsbelang van die rechtspersoon.⁶

Maatschappelijk ondernemerschap dient doorgaans het publieke belang door bepaalde diensten te verlenen aan mensen. In een nog sterkere mate dan bij normale ondernemingen zou in de maatschappelijke onderneming de klant (de patiënt, de huurder, de leerling, de ouder, de hulpbehoevende enz.) koning dienen te zijn, zo wordt vaak benadrukt.⁷ De klant is immers de *raison d'être* van de maatschappelijke onderneming. Het gaat bij de maatschappelijke onderneming erom voor haar afnemers (*immateriële*) *waarde* in de vorm van een goede kwaliteit, prijs en bereikbaarheid van de dienst te creëren. Men zou die waarde *maatschappelijk rendement* kunnen noemen. Het benadrukken van sterke betrokkenheid van de maatschappelijke onderneming op de afnemer geeft die onderneming die vaak geen leden of aandeelhouders kent (het gaat dikwijls om stichtingen) bedding in de samenleving.

Vaak heeft maatschappelijk ondernemerschap betrekking op dienstverlening waarvoor de overheid verantwoordelijkheid wil dragen. Als voorbeeld kan worden gewezen op activiteiten die erop gericht zijn één van de in onze grondwet opgenomen sociale grondrechten te realiseren voor (groepen van) personen. Het publieke belang kan ook gelegen zijn in het creëren van mogelijkheden tot ontplooiing of emancipatie van mensen die om enige reden in het maatschappelijk verkeer niet volledig (economisch) zelfstandig zijn. Voorbeelden van dergelijke maatschappelijke ondernemingen zijn sociale werkplaatsen of restaurants waarin de bediening geschiedt door verstandelijk gehandicapten.

De wil van de overheid (dat wil zeggen: van haar politieke organen) kan in de loop van de tijd veranderen. Daarom kunnen de grenzen van hetgeen onder 'maatschappelijk ondernemerschap' wordt verstaan, naarmate de tijd verstrijkt, op uiteenlopende activiteiten betrekking hebben. Het publieke belang blijkt, evenals vele andere zaken, een dynamisch begrip te zijn.⁸

6. Zie over de problematiek van het ondernemings- en vennootschapsbelang uitvoerig het preadvies van Eijssbouts.

7. SER 2005, p. 30.

8. Zie over de problematiek van publieke belangen en publieke taken: Zijlstra 2008, p. 82-86.

Er zijn ook voorbeelden van dienstverlening die voor een ieder van belang zijn maar waarvoor de overheid geen of slechts beperkte verantwoordelijkheid wil dragen, zoals momenteel de voedselvoorziening in Nederland. Daarin voorziet het particuliere bedrijfsleven. Van maatschappelijk ondernemerschap is dan geen sprake. Dat kan veranderen: in een tijd van voedselschaarste kan de overheid zich met de voedselvoorziening gaan bemoeien. Ook kan de overheid het eten van gezond voedsel gaan bevorderen (subsidie op bruinbrood, verbod op het te koop aanbieden van chips). Dan kunnen vragen van maatschappelijk ondernemerschap gaan spelen.

We kennen charitatieve instellingen als de Hartstichting, het Wereld Natuur Fonds en Natuurmonumenten die belangrijke maatschappelijke diensten aanbieden. In die gevallen kan van maatschappelijk ondernemerschap worden gesproken, omdat de overheid met gezondheidszorg en natuurbehoud (diepgaande) bemoeienis *wil* hebben en die activiteiten voor de samenleving als geheel van belang zijn.

1.3.2 Geen haarscherpe grens

Maatschappelijk ondernemerschap is niet haarscherp af te grenzen. Dat hoeft ook niet. Het gemeenschappelijke van allerlei typen van maatschappelijk ondernemerschap is de nabijheid van het publieke belang als primair belang. Onder andere vanwege de afgrenzingsproblemen ligt het niet voor de hand om bepaalde ondernemingen op basis van een nieuwe rechtspersonenrechtelijke Boek 2 BW-regel te dwingen zich als *maatschappelijk* te organiseren. Voor zover enige 'dwang' daarbij wenselijk zou zijn, dient zulks te geschieden langs publiekrechtelijke weg, waarbij in de betrokken sectorwet nauwkeurig kan worden aangegeven welke instellingen de maatschappelijke onderneming als rechtspersoonlijke structuur zouden moeten kiezen.

1.3.3 Privatisering *e tutti quanti*

Het fenomeen van maatschappelijk ondernemerschap is vanaf de jaren negentig sterk in belang toegenomen. Men kan spreken van een (wereldwijde) *trend* waarbij allerlei privaatrechtelijke rechtspersonen zijn opgericht om publieke activiteiten te gaan verrichten die eerder bij de overheid ondergebracht waren. Deze tendens is veroorzaakt door bij voorbeeld privatisering van nutsbedrijven (P(ost)TT en energiebedrijven), het verzelfstandigen of op afstand zetten van overheidsdiensten (De Nederlandse Spoorwegen) en het afstoten van taken. Het inzicht brak door dat publieke dienstverlening niet door een overheidsinstantie verstrekt hoeft te worden. In het verdere verleden (19de eeuw) lagen aan maatschappelijk ondernemerschap vooral (verzuild) particulier initiatief en private financiën ten grondslag, zoals in het onderwijs en de gezondheidszorg. Als gevolg van

de verzorgingsstaatgedachte worden die activiteiten momenteel vaak met behulp van overheidsfinanciering in stand gehouden. De laatste jaren is de internationale beweging van *social entrepreneurship* opgekomen die ondernemerschap wil combineren met het vervullen van een publieke taak of het behartigen van een publiek belang.

1.3.4 Hybriditeit

We zien in al deze gevallen de voor maatschappelijk ondernemerschap typische mengeling van de private vorm en de publieke gerichtheid. De combinatie van een private rechtsvorm en een publieke taak of een publiek belang geeft aan de maatschappelijke onderneming wat wel wordt genoemd een 'hybride' karakter.⁹ Het gevolg van het (doen) verrichten van publieke taken door private rechtspersonen is dat onze samenleving een pluriforme structuur heeft gekregen. Nederland heeft een zogeheten gemengd bestel en geen digitaal bestel van hetzij privaat hetzij publiek. Illustratief is de opmerking van Pirson: 'The current dichotomy, with business on the one side and society on the other can be overcome. Business is part of society, and a more integrated view will serve business as it becomes more competitive (...) and society as it becomes more humane.'¹⁰

De sectoren waarin maatschappelijk ondernemerschap wordt bedreven zijn in Nederland omvangrijk: privaatrechtelijke organisaties zijn heel belangrijke publieke dienstverleners. Zo merkt *Van der Ploeg* op dat Nederland verhoudingsgewijs de grootste non-profitsector van de wereld heeft en dan gaat het vaak, maar niet altijd om maatschappelijke ondernemingen.¹¹ Daarbinnen is de zorg weer het meest omvangrijk.

1.4 ... ondernemerschap

1.4.1 Structurele soberheid

Het *tweede aspect* is ondernemerschap. Introductie van ondernemerschap in de overheidssfeer komt voort uit de wens dat het publieke belang op een zo efficiënt mogelijke wijze wordt gediend. Zo poogt het idee van ondernemerschap wat wordt genoemd *overheidsfalen*, zoals bureaucratie, gevoeligheid voor lobby's en een gebrek aan innovatie en aan dynamiek te onder-

9. Deze problematiek is in kaart gebracht door Schreuder 1994. Zie ook de beschouwingen van Scheltema & Scheltema 2008, p. 69-111. Zie over het verschijnsel van hybriditeit Scholtes & Abeln 2008, p. 151-172. Zie over de Amerikaanse benadering van deze problematiek: Koppell 2003.

10. Pirson 2009, p. 258.

11. Van der Ploeg 2008, p. 106.

vangen.¹² Daarbij streeft de overheid vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw over de gehele linie van haar activiteiten naar kostenbeheersing, efficiëncyverbetering en vermindering van uitgaven. Er lijkt in de overheids-sfeer sindsdien een situatie van structurele soberheid te bestaan. Dit wordt onder andere veroorzaakt door factoren als internationale concurrentie, vrij kapitaalverkeer, percepties over de financiële gezondheid van landen op de wereldwijde kapitaalmarkten en – *last, but not least* – de invoering van de euro. Die leggen druk op de nationale economieën en daarbinnen vooral op overheidsbudgetten. Een middel om die kostenbeheersing te bewerkstelligen lijkt ondernemerschap te zijn.

1.4.2 Concurrentie en technologische veranderingen

Er is nog een reden waarom in de overheids-sfeer aan ondernemerschap behoefte bestaat. Maatschappelijke ondernemingen in bij voorbeeld het onderwijs, de omroep en de zorg krijgen steeds meer te maken met concurrerende commerciële bedrijven. Als gevolg hiervan is er in de overheidssfeer een toenemende behoefte aan klantgerichtheid en dynamiek. Soms ook komt de behoefte aan ondernemerschap voort uit ingrijpende *technologische veranderingen*. Dat laatste speelt vooral in de sfeer van informatie- en communicatietechnologie. Denk aan de opkomst van de mobiele telefonie die de traditionele vaste telefonie, die in staatshanden was, een andere (meer commerciële) plaats in de samenleving gaf. Maatschappelijke ondernemingen kunnen zich – anders gezegd – vanwege de opkomst van allerlei vormen van commerciële dienstverlening geen laag niveau van publieke dienstverlening veroorloven. Dit dwingt tot allerlei vormen van ondernemerschap in de overheids-sfeer. Want: *'Het ondernemerschap is niet het privilege van het bedrijfsleven. Het is in alle organisaties van belang.'*¹³

1.4.3 Wat brengt ondernemerschap in een maatschappelijke onderneming on?

Wat houdt *ondernemerschap* in maatschappelijke ondernemingen in?¹⁴ Om ondernemerschap in maatschappelijke ondernemingen ingang te doen vinden kunnen verschillende instrumenten worden benut, zoals marktwerking, het creëren van een gelijk speelveld voor vergelijkbare typen maatschappelijke ondernemingen, de winstprikkel, outputfinanciering, het pu-

12. Zie hierover SER 2010, p. 27-29.

13. Arie van der Zwan in 'Hard vechten voor onze welvaart', in: De Volkskrant van 20 februari 2010.

14. Over ondernemerschap in algemene zin is heel veel geschreven. Zie zeer recent Assink 2010, en Landes, Mokyr & Baunol 2010.

bliceren van scores op bepaalde prestatiecriteria, klantgericht werken, prestatieprikkels in de vorm van bonussen, het aantrekken van privé-investeerders, het kunnen doen van winstuitkeringen aan kapitaalverschaffers, het verbeteren van administratieve processen waardoor de publieke en private geldstromen in een maatschappelijke onderneming duidelijker kunnen worden onderscheiden.¹⁵

Uiteraard kunnen niet in alle sectoren waarin maatschappelijke ondernemingen actief zijn alle hierboven genoemde instrumenten tegelijkertijd worden ingezet. Er dient te worden gekozen. Het marktmechanisme kan bij voorbeeld niet worden benut als de maatschappelijke onderneming in een monopolistische situatie haar diensten aanbiedt (denk aan de Nederlandse Spoorwegen).¹⁶ Een probleem is ook dat tevoren lang niet altijd duidelijk is welke effecten de toepassing van een bepaald instrument heeft. Leiden deze wel tot kostenbeheersing?¹⁷ Hebben zij ongewenste bijeffecten? Zo is gebleken dat het toekennen van bonussen ongewenste gevolgen kan hebben. Bestuurders die voor een bonus in aanmerking komen blijken soms alleen nog de dingen te doen waarvoor zij extra betaald krijgen: *what you pay is what you get* en werken dat loont blijkt wel eens het verkeerde werken te zijn.¹⁸ Het is heel lastig een geschikte mix te maken van economische instrumenten die ondernemerschap in organisaties stimuleren. Het gaat om maatwerk. Hier is veel nuchter nadenken vereist en ideologie dient te worden vermeden. De ideale mix is, evenals de ideale staatsvorm, zeker niet evident.¹⁹

Maatschappelijk *ondernemerschap* impliceert wil tot vernieuwing, modernisering, het verkennen van grenzen en het vermogen om innovaties te bedenken en toe te passen.²⁰ Met het oog hierop is – zo wordt geleerd in een maatschappelijke onderneming een bepaalde vorm van leiderschap vereist die de daar vaak werkzame professionals een zekere ruimte geeft die tot dynamiek en vernieuwing motiveert.²¹ Maatschappelijk ondernemerschap dient dus niet risicomijdend en niet bureaucratisch te zijn, wil-

15. Tot dit laatste dwingt het EU-recht in nutsbedrijven die het alleenrecht hebben om bepaalde publieke diensten tegen een uniforme prijs te verschaffen. Zie vooral de belangrijke Kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor openbare dienst, Pb C 297 van 29 november 2005 en Transparantierichtlijn, Pb L 312 van 29 november 2005.

16. Zie over de vele problemen die opgelost moesten worden bij de verzelfstandiging van de Nederlandse Spoorwegen: Arie van der Zwan, *Handelaars in onrust, de strijd om de macht bij de Nederlandse Spoorwegen* (2010).

17. Zie hierover SER 2010.

18. Zie Cools 2005, p. 81-94 (2005).

19. Zie voor vaak grappige illustraties van deze problematiek: Chavannes 2009.

20. Sijmons & Van der Ende 2008, a.w., p. 9.

21. Het grote belang van een zekere zelfstandige positie van professionals voor een evenwichtige samenleving benadrukt Richard Sennet in *The Craftsman* (2008).

len doelen, zoals kostenbeheersing, dynamiek en innovatie, gerealiseerd kunnen worden. Het *ondernemerschap* staat hier in contrast tot de statische bevelshuishouding van de overheid. Het idee van maatschappelijk ondernemerschap veronderstelt dus het geven van een zekere mate van zelfstandigheid aan de maatschappelijke onderneming, de leiding daarvan en de daar werkzame professionals. De overheid moet de betrokken activiteiten enigszins durven loslaten. Ondernemerschap heeft nu eenmaal speelruimte en beslissingsvrijheid nodig. Op het goed benutten van die speelruimte kan één of andere vorm van toezicht aangewezen zijn. De opkomst van het verschijnsel maatschappelijke onderneming heeft ons inziens te maken met een beweging binnen de overheidsorganisatie van een hiërarchie die geen zelfstandigheid toelaat naar toezicht dat dat binnen bepaalde grenzen nu juist wel bevordert.

1.5 Ondernemerschap voor de publieke zaak en social entrepreneurship

De SER spreekt niet over maatschappelijk ondernemerschap, maar van ondernemerschap voor de publieke zaak. Met beide begrippen wordt ons inziens hetzelfde bedoeld.²² Volgens de SER is het stimuleren van ondernemerschap in maatschappelijke ondernemingen de sleutel voor het optimaliseren van de overheidsdienstverlening. Men hoopt ermee de kwaliteit van de dienstverlening en kostenbeheersing te bevorderen. Terecht merkt de SER ook op dat maatschappelijk ondernemerschap niet aan een bepaalde rechtsvorm is gebonden. Ook een winstbeogende onderneming kan maatschappelijk zijn. Dit inzicht is ons inziens cruciaal voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming.

De idee van maatschappelijk ondernemerschap is naar onze indruk internationaal in opmars. In verschillende landen tracht men nu door middel van een aparte rechtsvorm *social entrepreneurship* te bevorderen.²³ Het gaat hier om een '*new generation of hybrid organizations (...) in the fertile space between the corporate world, which is constrained by its duty to generate profits for shareholders and the non-profit world, which often lacks the market of efficiencies of commercial enterprise*'.²⁴ De Amerikaanse auteur *Thomas Kelley* schreef onlangs over het fenomeen van het *social entrepreneurship*: '*I see no indication that it is a mere flash in the pan or that it will do anything but expand in scope and importance in the coming years. Lawyers - and law professors should face this fact and grap-*

22. Zie het SER 2005.

23. Zie bij voorbeeld ook Pestoff 1998.

24. Zie Billitteri 2007, p. 2.

ple with the emerging sector's particular challenges.²⁵ Dit zijn behartenswaardige woorden die we graag onderschrijven.

1.6 Best of both worlds?

De grote aantrekkingskracht van maatschappelijk ondernemerschap is de idee dat daarmee het beste van twee werelden kan worden gecombineerd. Bij voorbeeld de tucht van de markt zorgt ervoor dat de onderneming genoodzaakt is efficiënt te opereren, hetgeen tot kostenbesparing en innovatie kan leiden. Tegelijkertijd is er ook de betrokkenheid op het publieke belang en de belangen van afnemers. Een geslaagde verbinding tussen *efficiency* en het publieke belang zou, zoals de SER heeft opgemerkt, optimale dienstverlening aan het publiek moeten opleveren.

1.6.1 Spanningen

Echter: hiermee stuiten we tegelijkertijd ook op het kernprobleem van het idee van maatschappelijk ondernemerschap. Dat komt erop neer dat aan maatschappelijk ondernemerschap inherent is een spanning tussen het behartigen van de publieke taak en bij voorbeeld het bevorderen van economische *efficiency*. Als gevolg hiervan kan de leiding van een maatschappelijke onderneming met conflicterende belangen en visies te maken krijgen. Zij moeten de twee nogal uiteenlopende werelden van de commercie en het dienen van het publieke belang met de daarbij behorende nogal uiteenlopende waarden zien te combineren.²⁶ Dat is een fascinerende opdracht, maar het vergt ook grote stuurmansvaardigheden van de leiding van de maatschappelijke onderneming. De waarschuwing van de 19de eeuwse Amerikaanse essayist en dichter Emerson: '... the oracle said, "all things have two handles: beware of the wrong one" ' ²⁷ is juist voor onze huidige maatschappelijke ondernemers relevant.

1.6.2 Natuurlijke tendens tot decline of the public?

Daarbij komt nog een andere complicatie: de eisen van economische *efficiency* kunnen het behartigen van het publieke belang en de belangen van de afnemers van publieke diensten bevorderen, maar er zijn ook situaties denkbaar dat die eisen de publieke dienstverlening bemoeilijken. Het gevolg hiervan kan zijn dat de kwaliteit ervan uiteindelijk verschaalt, de dienstverlening te duur of niet goed bereikbaar wordt. Van het onderne-

25. Thomas Kelley, *Law and choice of entity on the social enterprise frontier*, p. 16

26. Zie over die uiteenlopende waarden van de commercie en het publiek belang: Jacobs 1992.

27. Emerson 1837.

merschap en de daarmee samenhangende commercialisering kan op degenen die van een maatschappelijke onderneming deel uitmaken een grote verleiding tot uit het oogpunt van het publieke belang minder gewenst gedrag uitgaan. Er zou in bepaalde situaties zelfs wel als gevolg van toepassing van maatschappelijk ondernemerschap een *natuurlijke* tendens kunnen bestaan tot verwaarlozing van het publieke belang en tot overaccentuering van economische en commerciële belangen.

Waar ondernemingen gesubsidieerd met overheidsgeld publieke taken uitvoeren maar daarbij niet werkelijk in concurrentie treden met andere ondernemingen – men denke aan de Nederlandse Spoorwegen – zal de tucht van de markt niet zijn reinigende effect hebben. De klant zal immers – hoe ontevreden ook – niet met zijn voeten kunnen stemmen. Het is daarom wenselijk dat in dergelijke gevallen de klanten op andere wijze hun ongenoegen kunnen uiten. In het huidige wetsvoorstel – waarover in het volgende hoofdstuk meer – is gekozen voor een ‘belanghebbendenvertegenwoordiging’ als orgaan van de maatschappelijke onderneming, maar andere oplossingen zijn ook denkbaar.

Een andere verklaring voor het fenomeen dat het publieke belang soms uit het oog wordt verloren is gelegen in de vrijheid die het bestuur van de maatschappelijke onderneming in beginsel geniet. Het rechtspersonenrecht gunt het bestuur van een rechtspersoon in beginsel een ruime marge van beleidsvrijheid. Ook deze vrijheid heeft twee *handles*. De vrijheid te innoveren en te creëren geeft ‘managers’ ook de ruimte het publieke belang te verwaarlozen. Het huidige wetsvoorstel ziet voor de (verplicht aanwezige) raad van toezicht een belangrijke rol weggelegd om het bestuur in het te voeren beleid bij de les te houden.

1.6.3 Voorbeelden

Maar toezicht alleen zal geen garantie op succes kunnen geven. Goed bestuur vergt bestuurders met een gevoel voor de publieke zaak. Verkeerde karakters genereren verkeerde resultaten. Dat verschijnsel kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer aan een maatschappelijke onderneming leiding wordt gegeven door managers voor wie alleen economische prestaties tellen of wanneer dat management zich op vooral vergroting van de omvang van de organisatie richt. Denk aan onnodige fusies. Een voorbeeld hiervan lijkt het inmiddels ontbonden Meavita te zijn dat ontstond als gevolg was van een fusie tussen zorgactiviteiten in het Noorden van Nederland en rond Den Haag. Kon van die lange afstandsfusie toegevoegde waarde worden verwacht? Was die fusie niet slechts gericht op een groot *zorgempire*?

Ook kunnen sommigen de verleiding van het dienen van private belangen in plaats van het (saaie) publieke belang niet weerstaan. Wij kunnen hier verwijzen naar een aantal incidenten dat zich vooral in de sfeer van de

woningbouw en de gezondheidszorg heeft voorgedaan. Zo wordt het bestuur van Rochdale – een Amsterdamse woningbouwcorporatie – ervan beticht aan zich zelf gedurende een reeks van jaren te hoge salarissen te hebben uitbetaald. Ook is de pensioengrondslag van de bestuurders verhoogd van 70% naar 85% van het laatstverdiende salaris. Tevens werd een kantoorpand aangekocht voor 46 miljoen euro dat waarschijnlijk een reële waarde heeft van nog niet de helft. Philadelphia is een zorginstelling voor gehandicapten. Haar eigen vermogen slonk in korte tijd van € 24 miljoen naar € 400.000. Oorzaak onder andere: het opzetten van luxe hotels in Rotterdam en Schiermonnikoog die weinig opbrengen en veel geld kosten.

Het management richt soms op prestigeprojecten. Berucht is het door een wooncorporatie verbouwen van een plezierbootje voor 248 miljoen euro om Rotterdam een leuke toeristische attractie te bezorgen. Intrigerend is ook het door een wooncorporatie opzetten van een architectonisch fraaie, door een wereldberoemde Spaanse architect (Calatrava) ontworpen maar zeer dure studentencampus in Maastricht die half afgebouwd in de steek is gelaten.

1.6.4 Competence

De Britse oud-politicus David Marquand heeft het hiervoor geschetste fenomeen van bestuurders die het publieke belang verwaarlozen beeldend *the decline of the public* genoemd en is daarover in zijn belangwekkende boek met dezelfde titel heel boos.²⁸ Als het publieke belang wordt verwaarloosd, verdwijnt het idee van het beste van twee werelden. Dan is er nog maar één wereld, die van de private, vooral financiële, belangen van kapitaalverschaffers en bestuurders van de maatschappelijke onderneming. Er is zoiets als *public spirit* vereist.

Maar het risico van het *decline of the public* is nog geen reden om met het badwater ook het kind overboord te zetten. Richard Sennet legt de vinger op dit probleem: *'Socialism would suffocate under the weight of bureaucracy. Capitalism would remain, and remain the problem.'*²⁹

Het voorgaande samenvattend: de vrijheid die het rechtspersonenrecht het bestuur in beginsel laat – die met de bevelshuishouding contrasteert waarmee de overheid werkt – alsmede het gegeven dat de tucht van de markt bij maatschappelijke ondernemingen niet altijd werkt, maakt dat veelal zowel een vorm van toezicht vanuit de overheid als een vorm van terugkoppeling vanuit de groep van klanten wenselijk is. Maar uiteindelijk zal het meestal aankomen op de kwaliteit van de bestuurders zelf om het

28. Marquand 2004.

29. Sennet 2006, p. 179.

decline of the public te voorkomen: 'There is no substitute for integrity and competence'.³⁰

1.7 Kansen faciliteren en risico's beheersen

In het voorafgaande is aangeduid dat de er zowel kansen als gevaren schuilen aan het laten uitvoeren van publieke taken door private rechtspersonen. Een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming zou ons inziens geslaagd zijn indien zij eraan zou bedragen die kansen beter te faciliteren en de risico's te beheersen. Na in de voorgaande paragrafen deze risico's kort te hebben geschetst bespreken we de vraag op welke wijze het 'beheeren' van deze risico's zou kunnen worden vormgegeven.

1.7.1 Strengere wetgeving

Hoe het risico van het *decline of the public* te beheersen? Dat kan op verschillende manieren worden aangepakt. Zo kan publiekrechtelijke wetgeving die de desbetreffende maatschappelijke activiteit bestrijkt, strenger worden gemaakt. In de wetgeving kunnen aan maatschappelijke ondernemingen strenge eisen worden opgelegd die het publieke belang borgen en de kwaliteit van de dienstverlening beogen te verbeteren. Ook de invoering van de zogenaamde Balkenende-norm in de semi-publieke sector is een voorbeeld van regulering van het maatschappelijke ondernemerschap op het specifieke punt van de bezoldiging.³¹

De vraag is of het introduceren van strenge wetgeving altijd een verstandige weg is. Deze kan het door de overheid gewenste ondernemerschap fnuiken. Het effect van het stringent maken van wetgeving kan zijn dat de gewenste decentralisatie van overheidsbestuur niet wordt bereikt. Men spreekt in dit verband wel over de decentralisatieparadox: decentralisatie gaat gepaard met zulke gedetailleerde nieuwe regelgeving dat er uiteindelijk meer bemoeienis ontstaat. Zeer strenge wetgeving kan tot gevolg hebben dat er een soort hiërarchische relatie tussen de centrale overheid en de maatschappelijke onderneming tot stand komt, maar daar wilde men nu juist vanaf.

1.7.2 Tussenfiguren

Maar er bestaan allerlei figuren tussen stringente wettelijke regels en volledige vrijheid van handelen voor de maatschappelijke onderneming. Een

30. Charkham 2008, p. 369.

31. Zie het wetsontwerp Wet normering uit publieke middelen gefinancierde beloning topfunctionarissen <http://www.internetconsultatie.nl/wettopinkomens/document/27>.

voorbeeld hiervan zijn *gedragscodes* met het *comply or explain* systeem. Deze zijn inmiddels juist in sectoren waarin (grote) maatschappelijke ondernemingen actief zijn veelvuldig tot stand gebracht. Andere voorbeelden zijn *verantwoordingsplichten*, zoals informatieplichten en klachtenregelingen voor afnemers en voorts kan worden voorzien in verplichte vormen van *extern en intern toezicht*. Deze tussenfiguren maken duidelijk dat er op vele wijze gedifferentieerd kan worden tussen de hiërarchie van de overheid en de vrijheid van de markt. Nederland is als gevolg van de tussenfiguren voorbij een digitaal bestel. De 'wereld' is minder hiërarchisch geworden en meer – zo zou men kunnen zeggen – op een platte pannen-koek gaan lijken. Zo'n tussenfiguur normeert, maar laat belangrijke verantwoordelijkheid bij de maatschappelijke onderneming.

1.7.3 Een nieuwe rechtsvorm als tussenfiguur

Ondanks alles over wat er fout kan gaan bij maatschappelijke ondernemingen lijkt de vrijheid die het element van 'ondernemerschap' biedt in de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming ons veelbelovend. Waarom zou het initiatief voor het dienen van het publieke belang altijd alleen van de overheid moeten komen? Een eigen rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming zou private initiatieven om het publieke belangen te dienen kunnen faciliteren. Voor een eigen rechtsvorm pleit met name dat men de maatschappelijke onderneming recht kan doen aan de eigen identiteit van deze rechtsvorm. De maatschappelijke onderneming onderscheidt zich van andere private rechtsvormen in het publieke belang dat zij nastreeft. Een daarop toegesneden rechtsvorm brengt erkenning en herkenning mee van dat belang in het maatschappelijk verkeer. In hoofdstuk 4 komen wij hierop terug.

Daarnaast zou een rechtvaardiging voor het introduceren van de faciliteit van bijzondere privaatrechtelijke rechtsvormen voor maatschappelijk ondernemen ons inziens kunnen zijn dat de maatschappelijke rechtsvorm bijzondere juridische waarborgen kan bieden die het publieke belang binnen die private rechtsvormen beschermen en dus uiteindelijk tot gevolg hebben dat de kwaliteit van de dienstverlening wordt bevorderd. Hieraan bestaat behoefte, omdat aan het behartigen van het publieke belang middels private rechtsvormen ons inziens inherente risico's kleven.³² Maatschappelijk ondernemerschap kan in zekere mate gebreideld worden door eisen te stellen aan de structuur en inrichting van privaatrechtelijke rechtspersonen waarin maatschappelijke ondernemingen zijn ondergebracht. Dat normeren van ondernemerschap is zelfs een traditionele functie van het

32. Precies op dit probleem wijzen terecht voor de financiële sector ook A.H. Scheltema & M. Scheltema in hun preadvies: Scheltema & Scheltema 2009.

rechtspersonen- en vennootschapsrecht. Het effect daarvan zou moeten zijn dat er een combinatie ontstaat van een private en publieke moraal.

1.8 Op weg naar een nieuwe rechtsvorm

Voordat we in hoofdstuk 2 het wetsontwerp dat bij de Tweede Kamer is ingediend zullen bespreken, besteden we in deze inleidende beschouwing nog enige korte aandacht aan drie onderwerpen die voor de rechtspersonenrechtelijke vormgeving van maatschappelijk ondernemerschap telkens weer van belang blijken te zijn. Het eerste aspect betreft de vele verschijningsvormen van het maatschappelijk ondernemen. Het tweede punt betreft de relatie van de afnemers van diensten met de maatschappelijke ondernemingen die de betrokken diensten verstrekken ofwel het idee van de klant die koning is en ten slotte maken we een enkele opmerking over de vele wijzen waarop men het toezicht op de maatschappelijke onderneming zou kunnen structureren.

1.8.1 De kat met vele staarten

Maatschappelijk ondernemen kent vele verschijningsvormen. Van ziekenhuis tot wereldwinkel, van Schiphol tot een fietsenwerkplaats voor dak- en thuislozen, het kan allemaal onder 'maatschappelijk ondernemen' worden begrepen. Al deze maatschappelijke ondernemingen verschillen in rechtsvorm, in winstgerichtheid en ook in het antwoord op de vraag bij wie de zeggenschap berust en wie de uiteindelijke rechthebbende tot de maatschappelijke onderneming is.

Ook verschilt het werkterrein van het maatschappelijke ondernemerschap sterk. Sommige maatschappelijke ondernemingen opereren volledig commercieel maar zijn vanwege het publieke belang van hun activiteiten in handen van de Staat (men denken aan Schiphol en TenneT). Andere maatschappelijke ondernemingen zijn weer min of meer monopolist, zoals de Nederlandse Spoorwegen, de Veerdienst Teso, De Nederlandse Bank en het Havenbedrijf Rotterdam. Sommige maatschappelijke ondernemingen zijn zwaar gereguleerd, andere zijn veel vrijer in hun activiteiten.

Men kan ook een onderscheid maken tussen 'maatschappelijke ondernemingen' naar de wijze waarop zij worden gefinancierd. De maatstaf daarbij is of de maatschappelijke onderneming al dan niet in haar financiering op enigerlei wijze afhankelijk is van de overheid. De privaatrechtelijke rechtspersonen die een publiek belang nastreven met publieke middelen zou men in deze figuur de 'publieke maatschappelijke onderneming' kunnen noemen. Aan het andere einde van het spectrum staan de rechtspersonen die een publiek belang nastreven zonder afhankelijk te zijn van publieke middelen. In deze categorie vallen de 'goede doelen' verenigingen, stichtingen en *social enterprises*. Een dergelijke maatschappelijke onder-

neming zou men de 'private maatschappelijke onderneming' kunnen noemen. Niet alle maatschappelijke ondernemingen zullen duidelijk in de ene of andere categorie in te delen zijn. Omdat naar onze indruk de meeste maatschappelijke ondernemingen in de categorie 'publieke' maatschappelijke onderneming vallen, zullen wij in het hiernavolgende waar wij spreken over de maatschappelijke onderneming vooral de publieke bedoelen, tenzij anders aangegeven.

Het gevolg van deze verscheidenheid is dat een wettelijke regeling van de maatschappelijke onderneming flexibel dient te zijn en ruimte voor variatie moet laten. Althans indien men zoveel mogelijk vormen van maatschappelijk ondernemen met een nieuwe rechtsvorm wil bedienen. Wij stippen dit onderwerp hier slechts even aan om er in hoofdstuk 4 nog op terug te komen.

1.8.2 De klant is koning?

In het dienen van het publiek – de klanten – is uiteindelijk de *raison d'être* gelegen van de maatschappelijke onderneming (zie hierboven nr. 1.3.1). Toegenomen mondigheid brengt mee dat klanten een meer op hen gericht beleid wensen. Dit uit zich in een behoefte aan differentiatie van de dienstverlening en aan meer keuzevrijheid. Met die wensen van klanten worden maatschappelijke ondernemingen in toenemende mate geconfronteerd. Om op een zinvolle wijze van de differentiatie van het aanbod en keuzevrijheid gebruik te maken dienen klanten over allerlei typen van informatie over de maatschappelijke onderneming, zoals – momenteel nogal in de mode – scores op prestatie-indicatoren, te kunnen beschikken.

Voor afnemers zijn veel gebruikte instrumenten om op de inhoud van de dienstverlening door de maatschappelijke onderneming invloed te kunnen uitoefenen het overstappen naar een andere dienstverlener – *exit* dus – (als die *exit*-mogelijkheid er is), overleg waarin afnemers hun voorkeuren mogen aangeven of klachtenregelingen – kortom *voice* in de maatschappelijke onderneming.

Van deze instrumenten is het geïnstitutionaliseerde overleg met klantenpanels of andere klantenrepresentaties het meest problematisch. Dat type overleg kan – dat hoeft uiteraard niet – veel tijd kosten, voor de klanten ineffectief en ritualistisch zijn (het kan gaan over abstracte aangelegenheden die ver van de klant afstaan en de vraag rijst telkens weer of er daadwerkelijk iets binnen de maatschappelijke onderneming met de resultaten van het overleg gebeurt) en de slagvaardigheid van de maatschappelijke onderneming schaden. Juist de problematische kant van het geïnstitutionaliseerde overleg vergt grote voorzichtigheid bij de juridische vormgeving ervan. Daar komt nog bij dat, als het geïnstitutionaliseerde overleg betrekking heeft op het inhoudelijke beleid van de maatschappelijke onderneming, de leiding hierover wel op heel veel borden dient te schaken (met de

raad van toezicht, de ondernemingsraad en de klantenraad). Dat geïnstitutionaliseerde overleg zou zich vooral dienen te richten op directe verbetering van de kwaliteit van de dienstverlening.

1.8.3 Het veelkoppige monster toezicht

Toezicht is inherent aan een maatschappelijke onderneming (zie hierboven nr. 1.4.2, slot). Hoe zal de ontwikkeling van een nieuwe rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming goed toezicht kunnen bevorderen?

Toezicht veronderstelt het afleggen van verantwoording door de maatschappelijke onderneming aan een toezichthouder. Maar bij toezicht bestaat er geen hiërarchische verhouding (de toezichthouder is niet de baas) en geen marktverhouding (toezicht is geen ruilrelatie).

Er zijn allerlei soorten toezichthouders; er zijn interne (raden van toezicht) en externe toezichthouders (tegenwoordig meestal autoriteiten genaamd); er zijn toezichthouders die op het hele economische leven toezicht houden – de NMA – of juist alleen op een bepaalde sector – de Opta en de NZa. Omdat er zoveel verschillende vormen van toezicht zijn die ieder een deel van het totale toezicht voor hun rekening nemen, dreigt er stapeling van toezicht. De WRR bepleit daarom voor sober en selectief toezicht.³³

Bij het interne toezicht op een maatschappelijke onderneming via een raad van toezicht rijst de laatste jaren geregeld twijfel aan de deskundigheid, professionaliteit, onafhankelijkheid en legitimiteit van het toezichthoudende orgaan. Die twijfel is ernstig, omdat een goed toezichtstelsel begint bij een goed functionerend intern toezicht.³⁴ De leiding van de (grote) maatschappelijke onderneming dient op tegenwicht van bij voorbeeld een raad van toezicht te stuiten. In een maatschappelijke onderneming dienen echte *checks and balances* te bestaan. Naarmate het interne toezicht beter functioneert, kunnen de regulering door de overheid en het externe toezicht meer terughoudend zijn.

De intensiteit van het toezicht dat nodig is om het publieke belang te borgen zal sterk variëren al naar gelang het soort activiteit dat de maatschappelijke onderneming uitoefent. Wel dient een toezichthouder (intern of extern) in ieder geval steeds een zekere mogelijkheid tot ingrijpen te hebben. Anders dreigt het toezicht een tandeloze tijger te blijven. Welke intensiteit van toezicht het meest wenselijk is en wat de aard van de interventiemogelijkheden dienen te zijn, hangt sterk af van de omstandigheden van het geval.

Een van de relevante omstandigheden zal daarbij zijn de wijze waarop de maatschappelijke onderneming wordt gefinancierd. Waar een rechtsper-

33. WRR 2004, p. 234.

34. WRR 2004, p. 243.

soon een goed doel nastreeft zonder daarbij in haar bestaan afhankelijk te zijn van overheidsmiddelen of garanties is de rechtspersoon in beginsel ook vrij om het geld aan te wenden op een wijze die haar goedgebeurt. De overheid is minder gehouden tot controle nu geen publieke middelen worden besteed. De Hartstichting die geen overheidssteun krijgt is in beginsel vrij in het bepalen van het beleid. Uit de private financiering van de Hartstichting vloeit een ander soort toezichtsmechanisme voort. Wanneer de Hartstichting in opspraak raakt en haar directeuren te hoge beloningen toekent, zal dat van invloed zijn op het aantal giften. In zoverre geldt hier in zekere mate de 'tucht van de markt'. De stichtingen en verenigingen die 'goede doelen' behartigen moeten immers met elkaar concurreren om giften te verwerven.

Ten slotte kan nog worden gewezen op het belang van financieel toezicht. Om het vertrouwen in de rechtsvorm te behouden zal het nodig zijn dat de rechtmatigheid van de bestedingen van de maatschappelijke onderneming aan een vorm van toezicht worden onderworpen. Zo kan bijvoorbeeld bij grote maatschappelijke ondernemingen verplicht worden gesteld dat een accountant in opdracht van de raad van toezicht of de raad van commissarissen de jaarrekening controleert en daarover rapporteert. Naarmate de accountant zelfstandiger en kritischer functioneert, kan de overheid een meer terughoudende rol spelen voor wat betreft de financiële controle. Dit alles draagt bij aan *checks and balances* in de maatschappelijke onderneming.

1.9 Conclusie

In de voorgaande paragrafen hebben wij getracht het spanningsveld te schetsen waarin de maatschappelijke onderneming zijn activiteiten verricht. Een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming dient in de eerste plaats de activiteiten van de maatschappelijke onderneming te faciliteren. De rechtsvorm dient attractief te zijn, bijvoorbeeld doordat met de 'maatschappelijke onderneming' daarmee in het rechtsverkeer een herkenbare entiteit wordt.³⁵ Anderzijds is inmiddels duidelijk dat het behartigen van publiekrechtelijke doeleinden langs privaatrechtelijke weg niet zonder risico's is, in de zin dat zonder de nodige *checks and balances* er geen garanties bestaan op wenselijke uitkomsten. Een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming moet ook trachten deze risico's te beheersen. Zowel bij het faciliteren als het beheersen is een belangrijke complicatie dat maatschappelijke ondernemingen in vele vormen en op vele terreinen actief zijn. In het volgende hoofdstuk zullen we bezien welke keuzes de

35. Zie hierover meer in het algemeen: Assink 2010.

wetgever heeft gemaakt in het wetsvoorstel voor de maatschappelijke onderneming.

2 Het wetsvoorstel voor de maatschappelijke onderneming

2.1 De geschiedenis van het wetsvoorstel

In dit hoofdstuk zullen wij het voorstel van de wetgever bezien om de maatschappelijke onderneming een zelfstandige basis in boek 2 te geven. Belangrijke keuzes die de wetgever daarbij heeft gemaakt kunnen worden verklaard uit de wijze waarop het wetsvoorstel tot ontwikkeling is gekomen. Het is dan ook nuttig daar bij stil te staan. Ten slotte zullen we ingaan op de kritiek die op het wetsvoorstel is geleverd.

2.1.1 NTMO

Het huidige wetsvoorstel heeft zijn wortels onder meer in de wens van (brancheorganisaties van) rechtspersonen die maatschappelijke taken vervullen om de relatie tot de overheid te moderniseren. Zo heeft het 'Netwerk Toekomst Maatschappelijke Onderneming' (NTMO) - dat wordt gevormd door een aantal brancheorganisaties dat actief is in de sectoren wonen, zorg en onderwijs³⁶ - zich sinds de jaren negentig georiënteerd op de speciale positie van maatschappelijke ondernemingen. Het NTMO constateerde dat men in steeds meer landen maatschappelijke ondernemingen zag opkomen. In Nederland voelden maatschappelijke ondernemingen zich daarbij 'vaak belemmerd door regels, procedures en praktijken die wellicht historisch goed te plaatsen en te verklaren zijn, maar die vanuit een hedendaagse optiek belemmerend werken.', aldus het NTMO.³⁷

In het in 2003 gepubliceerde rapport - *De waarde van de maatschappelijke onderneming geborgd* - wordt een groter zelfsturend vermogen voor de maatschappelijke onderneming bepleit teneinde een professionelere en moderne bedrijfsvoering mogelijk te maken.³⁸ De 'bevelshuishouding' van de overheid staat een effectief bestuur te veel in de weg, aldus het NTMO. Daarom bestaat de wens dat in plaats van overheidsbemocienis op micro niveau, het beleid van de brancheorganisatie meer op hoofdlijnen zal worden genormeerd.

36. Het betreft de volgende organisaties: Aedes (woningcorporaties), Arcareas (verpleeg- en verzorgingshuizen), Bve Raad (instellingen voor volwasseneneducatie en beroepsonderwijs), HBO-raad (hogescholen) en LVT (thuiszorg) en NVZ (ziekenhuizen). De werkgeverorganisaties VNO-NCW en MKB-Nederland hebben op 4 juni 2008 het Platform Maatschappelijke Ondernemingen (PMO) opgericht, waarin het NTMO is opgegaan.

37. NTMO 2003, p. 12.

38. *Idem*, p. 10-11.

Geïnspireerd door de opkomst van de *governance-codes* in het bedrijfsleven wordt een voorzet gedaan voor een 'Branchecode voor Maatschappelijke Ondernemingen', die kan worden aangevuld met sector specifieke *governance codes*.³⁹ In de *governance codes* kunnen regels worden gegeven op het gebied van de structuur van de maatschappelijke ondernemingen en bevoegdheden van hun organen, in ruil waarvoor het bestuur meer ruimte zou kunnen worden gegund voor het dagelijkse beleid. Een aparte rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming wordt overigens niet als oplossing door NTMO naar voren gebracht.

2.1.2 Het WRR advies

In het rapport *Bewijzen van goede dienstverlening* (2004) van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) wordt met name ingegaan op de vraag met welk systeem van *checks and balances* een goede dienstverlening door maatschappelijke ondernemingen bevorderd kan worden.

Volgens de WRR heeft extern toezicht als nadeel dat het gericht is op het beleid, maar op afstand staat van de 'output' met als gevolg dat het minder goed in staat is te meten of de behoeften van de cliënten op de beste manier worden vervuld.⁴⁰ Extern toezicht – lees de overheid – heeft de neiging te sturen op structuren. Van belang is echter ook dat het debat over wat 'goede zorg' of 'goed wonen' is, levendig wordt gehouden.

De WRR stelt als oplossingsrichting voor de invoering van een systeem van zelfregulering – met betrekking tot het meten van de kwaliteit, doelmatigheid en toegankelijkheid – voor de maatschappelijke instellingen, in ruil voor het meer op de achtergrond treden van de overheid. Daarbij bepleit het WRR voor een grotere betrokkenheid bij de maatschappelijke onderneming van cliënten en andere belanghebbenden. Ook in het WRR rapport wordt niet gerept over de maatschappelijke onderneming als een aparte rechtsvorm.

2.1.3 Het Wetenschappelijk Instituut van het CDA

Een warm pleidooi in de politieke arena voor de introductie van een nieuwe rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming vindt voor het eerst plaats in een rapport van het Wetenschappelijk Instituut van het CDA (hierna het CDA-rapport). De centrale gedachte in het rapport is om de maat-

39. Daarmee werd beoogd een op de moderne maatschappelijke bedrijfsvoering toegesneden *governance code* te introduceren in ruil waarvoor 'een herinrichting van de bestaande regelgeving, bestuurlijke verhoudingen en toezichtkaders' wenselijk werd geacht, zie NTMO 2003, p. 15.

40. WRR 2004, p. 192.

schappelijke onderneming een specifieke rechtspersoonlijke grondslag te geven in Boek 2.⁴¹ Aan het CDA-rapport ligt een onderzoek van De Ru, Burggraaf en Spaans ten grondslag, waarin onder meer wordt geconstateerd dat verschillende landen reeds een speciale rechtsvorm kennen voor de maatschappelijke onderneming.⁴²

Zowel in CDA-rapport als in het rapport van De Ru c.s. wordt tot uitgangspunt genomen dat een maatschappelijke onderneming geen instelling kan zijn die winstuiteringen kan doen. De stichting en vereniging blijven dan als geschikte rechtsvorm over, zo constateert het rapport. Daarbij wordt gesignaleerd dat alhoewel de vereniging naar haar aard sterker democratisch geënt is – met de ledenvergadering als een belangrijk orgaan – en hoewel de stichting naar haar aard primair gericht is op het nastreven van ideële doeleinden, de wet alle vrijheid laat om een rechtsvorm vorm te geven naar de zin van de oprichters.⁴³ Daaraan wordt echter in de volgende paragraaf de volgende beschouwing aan toe gevoegd:

‘Bij nadere beschouwing menen wij echter dat de flexibiliteit die de juridische vormgeving van de vereniging en de stichting kenmerkt, zodanig groot is, dat zij een belemmering vormt voor de maatschappelijke onderneming om op goede wijze deel te nemen aan het rechtsverkeer. De juridische vormgeving van de vereniging en stichting kent namelijk noch dwingendrechtelijke regels, noch regels van regeland recht wat betreft de winstbestemming (...), de verankering van het maatschappelijke doel (...), de verhouding tot de overheid (...), de spelregels voor good governance (...), het functioneren van bestuur en toezicht (...), de betrokkenheid van belanghebbenden (...), de verslaggeving (...), de aansprakelijkheid (...) en het enquêterecht (...).’

Het is weliswaar mogelijk de hiervoor genoemde aspecten in de statuten te regelen, maar dat is omslachtig en de keuze voor een eigen rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming zou de herkenbaarheid van deze figuur in het rechtsverkeer ten goede komen indien, zo betoogt het rapport. Met die constatering dient direct ook de vraag zich aan op welke wijze aan de maatschappelijke onderneming een eigen rechtsvorm zou kunnen worden verleend.

Drie varianten worden in het CDA-rapport onderzocht: een aparte rechtsvorm, een ‘predicaat’ voor een bestaande rechtsvorm, of een modaliteit van een bestaande rechtsvorm. De keuze voor een aparte rechtsvorm heeft als belangrijk nadeel dat bestaande maatschappelijke ondernemingen zullen moeten overgaan naar de nieuwe rechtsvorm, hetgeen bewerkelijk zal zijn, zo wordt onderkend. Als nadeel van een predicaatregeling wordt

41. Wetenschappelijk Instituut van het CDA 2005.

42. De Ru, Burggraaf & Spaans 2005.

43. Wetenschappelijk Instituut van het CDA 2005, p. 58.

genoemd deze regeling zo ruim zou kunnen zijn dat de herkenbaarheid van de maatschappelijke onderneming er onder lijdt. De voorkeur geniet dan ook te komen tot een wettelijke regeling waarbij wordt uitgegaan van een modaliteit van een bestaande rechtsvorm, namelijk de stichting of de vereniging.

2.1.4 Commissie Wijffels

In 2006 verschijnt vervolgens het rapport van de Commissie Wijffels.⁴⁴ In dat rapport werd onderzocht de vraag of 'het nodig of wenselijk is een wettelijke regeling te ontwikkelen voor een rechtsvorm waarvan maatschappelijke ondernemingen als scholen, ziekenhuizen en woningcorporaties gebruik zouden kunnen maken, teneinde daarin zodanige *checks and balances* te realiseren, dat zij zoveel mogelijk op eigen benen kunnen staan, dat voorwaarden worden geschapen om zo goed mogelijk tegemoet kunnen komen aan de behoeften van hun belangenhouders en een basis kan worden gelegd voor een vereenvoudiging van hun verhouding tot de overheid.'

De Commissie Wijffels concludeert onder meer dat een aantal eisen die de overheid stelt aan de instellingen ook via het publiekrecht is te realiseren. Zo kan langs publiekrechtelijke weg een raad van toezicht verplicht worden gesteld. Als het echter gaat om de maatschappelijke onderneming als fenomeen in alle sectoren herkenbaar te maken, verdient het aanbeveling die eisen (met een gemeenschappelijk karakter) in het privaatrecht op te nemen. Een goede privaatrechtelijke structuur zal de behoefte aan toezicht wel kunnen verminderen, maar het zal steeds nodig zijn om het toezicht in publiekrechtelijke wetten te blijven regelen.

2.2 Het wetsvoorstel

In 2007 wordt een wetsvoorstel 'Rechtsvorm maatschappelijke onderneming' in consultatie gebracht.⁴⁵ In juli 2009 wordt het wetsvoorstel naar de Tweede Kamer gezonden. Met als een belangrijke aanpassing de introductie van de mogelijkheid om 'winstbewijzen' uit te geven voor de maatschappelijke onderneming.

Met het indienen van het wetsvoorstel wordt uitvoering gegeven aan een voornemen zoals dat was opgenomen in het coalitie-akkoord.⁴⁶ De inhoud is in lijn met het rapport van het Wetenschappelijk Instituut van het CDA en de aanbevelingen van de commissie Wijffels.

44. *Rapport van de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijke onderneming* 2006.

45. Aan welk wetsvoorstel het tijdschrift *Ondernemingsrecht* een themanummer heeft gewijd: nummer 2007 (16).

46. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 891, nr. 4, p. 29 en 33.

In het wetsvoorstel wordt gekozen voor een maatschappelijke onderneming als modaliteit van de stichting of vereniging. Aan de naam van de stichting of vereniging wordt dan de aanduiding 'Maatschappelijke Onderneming' of afgekort 'M.O.' toegevoegd. Indien de bevoegdheid bestaat winst uit te keren (op winstbewijzen) volgt de aanduiding 'Maatschappelijke Onderneming met Winstuitkering, of afgekort tot 'M.O.W.'

2.2.1 Hetgeen het wetsvoorstel beoogt

In het licht van de hiervoor geschetste ontwikkeling van het wetsvoorstel is het weinig verrassend dat het wetsvoorstel zich met name ten doel stelt instellingen die onderwijs, zorg en huisvesting leveren te reguleren.⁴⁷ Daarnaast postuleert de wetgever de wens dat ook andere instellingen zich naar keuze in het kleed van de maatschappelijke onderneming kunnen hullen.

Het wetsvoorstel beoogt met een nieuwe rechtsvorm een structuur te kunnen bieden die de publieke belangen 'borgt'. Ook wil het wetsvoorstel een verdere professionalisering van de maatschappelijke onderneming bevorderen en wenst het de herkenbaarheid van de maatschappelijke onderneming te versterken.

In het wetsvoorstel wordt geconstateerd dat de maatschappelijke inbedding van veel stichtingen en verenigingen door schaalvergroting en professionalisering minder vanzelfsprekend is geworden, hetgeen rechtstreekse sturing van overheidswege in de hand werkt.

'Is er vervolgens onvrede over het presteren van een school, universiteit, zorginstelling of woningbouwvereniging, dan is de overheid het aanspreekpunt voor verzet en ongenoegen. Het is daarom gewenst om nieuwe middelen te zoeken waardoor burger een positief-kritische bijdrage kunnen leveren aan de inbedding van het werk van de maatschappelijke onderneming. De maatschappelijke onderneming vraagt om een ordening en een structurering van betrekkingen waarbij de interne verhoudingen borg staan voor een strategisch beleid dat tegemoet komt aan maatschappelijke en ideële doelen en aan de positief-kritische wens tot betrokkenheid.'⁴⁸

Een regeling in Boek 2 is aangewezen om de gewenste verhouding te regelen tussen alle bij de maatschappelijke onderneming betrokken organen en belanghebbenden, aldus het wetsvoorstel. De beoogde regeling is daarbij niet bedoeld als een sturingsinstrument maar een ordeningsinstrument. Het moet de stichtingen en verenigingen die voor de rechtsvorm 'maatschap-

47. Het wetsvoorstel beperkt zich niet tot deze sectoren, maar is wel geïnspireerd door de ontwikkelingen in deze sectoren, zo vermeldt de Minister, zie: *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 5.

48. *Kamerstukken II* 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 4.

pelijke onderneming' kiezen de mogelijkheid bieden om de belangen van alle *stakeholders* in de besluitvorming te betrekken.

Het wetsvoorstel somt de volgende uitgangspunten op om het gestelde doel te bereiken. In de eerste plaats worden de ontwikkelingen die in het bestuur van de instellingen in de semipublieke sector hebben plaatsgevonden, gecodificeerd, aldus het wetsvoorstel. In de tweede plaats worden de gedragscodes die voor de verschillende sectoren bestaan, een plaats in het systeem gegeven. In de derde plaats laat het wetsvoorstel ruimte om bepaalde zaken in de statuten te regelen. In de vierde plaats wordt een basis gelegd voor winstuitkeringen, zodat de mogelijkheid ontstaat om privaat kapitaal aan te trekken, zonder dat de aandeelhouders de koers van de onderneming kunnen bepalen.

2.2.2 De wettelijke regeling in het kort

De maatschappelijke onderneming dient een maatschappelijk belang na te streven. In de statuten dient te worden omschreven welke goederen of diensten de rechtspersoon zich ten doel stelt te leveren of werkzaamheden het wil verrichten en wat de inhoud is van het daarmee te dienen maatschappelijk belang (art. 2:285a);

Naast het bestuur kent de maatschappelijke onderneming verplicht een raad van toezicht (2:307c) en een belanghebbendenvertegenwoordiging (2:307h). Het bestuur is bevoegd, na goedkeuring van het uitgiftebesluit door de raad van toezicht, winstbewijzen uit te geven indien de statuten dat bepalen (art. 2:307k). Er is in dat geval ook een raad van winstbewijshouders.

De raad van toezicht, die bestaat uit ten minste drie commissarissen, houdt toezicht op het bestuur. Het bestuur wordt benoemd en ontslagen door de raad van toezicht (art. 2:307a). Belangrijke besluiten behoeven de goedkeuring van de raad van toezicht.

De maatschappelijke onderneming kent ook een verplichte belanghebbendenvertegenwoordiging die representatief is voor de bij de maatschappelijke onderneming betrokken belanghebbenden (art. 2:307h). De statuten dienen aan te wijzen wie de belanghebbenden zijn en op welke wijze de belanghebbenden in de besluitvorming kan worden betrokken (tenzij zulks al is geregeld in een gedragscode).

Naast het interne toezicht van de raad van toezicht en het 'horizontale toezicht', door middel van een belanghebbendenvertegenwoordiging, voorziet de wettelijke regeling ook in de mogelijkheid dat het bestuur 'verticaal' – jegens de overheid – verantwoording moet afleggen over het gevoerde beleid. Zo dient de maatschappelijke onderneming waarop een gedragscode van toepassing is mededeling te doen over de wijze waarop zij de relevante bepalingen van deze gedragscode naleeft (art. 2:307o). Het wetsvoorstel beoogt overigens geen uitputtende regeling te geven voor het

verticale toezicht. Per sector dient te worden gezien in hoeverre aanvullende regelgeving nodig is, bijvoorbeeld door nadere eisen te stellen in gedragscodes die gelden voor specifieke branches.

Ten slotte voorziet het wetsvoorstel in een krachtig instrument voor toezicht 'achteraf': het enquêterecht. Zowel de belanghebbendenvertegenwoordiging, de algemene vergadering van winstbewijshouders, en de Minister 'die het aangaat' wordt het recht gegeven om een enquête te verzoecken (door een wijziging in art. 2:346).

Een belangrijke wijziging ten opzichte van het ontwerp zoals dat in consultatie is gebracht betreft de mogelijkheid tot het uitgeven van winstbewijzen. Daarmee wordt het ook mogelijk de maatschappelijke onderneming te financieren met behulp van risicodragend kapitaal. De wettelijke regeling voorziet daarbij in waarborgen teneinde te voorkomen dat kapitaal kan 'weglekken' door middel van winstuitkeringen. Zo bevat art. 2:307I een vermogensklem voor vermogen dat direct of indirect uit publieke middelen is verkregen. De positie van de vergadering van winstbewijshouders is ook niet te vergelijken met de algemene vergadering van aandeelhouders bij de BV en de NV. Het besluit om winst uit te keren op de winstbewijzen is een bestuursbesluit dat de goedkeuring behoeft van de raad van toezicht.

2.3 Kritiek op het wetsvoorstel

2.3.1 Is deze rechtsvorm nodig?

De meest fundamentele kritiek op het wetsvoorstel betreft de opvatting dat het overbodig is.⁴⁹ De kritiek dat het wetsvoorstel niet voorziet in enige behoefte komt met name ook uit 'eigen kring'. Zo heeft NTMO afwijzend gereageerd op het wetsvoorstel.⁵⁰ In een reactie op het wetsvoorstel schrijft NTMO dat het debat destijds door haar is geïnitieerd omdat een helder beeld over de positie en rol van de maatschappelijke onderneming ontbrak met als gevolg dat een cenduidig en werkbaar kader niet beschikbaar was. Inmiddels hebben de meeste branches een eigen governancecode ontwikkeld waarmee veel duidelijkheid gewonnen is. Andere knelpunten zijn blijven bestaan. Weliswaar heeft de overheid 'na een periode van verstatelijking in de jaren 60 en 70' de nodige ruimte en verantwoordelijkheid teruggegeven, maar schiet aan de andere kant voortdurend in een 'Haagse regelreflex': regelzucht. De relatie tussen de overheid en de maatschappelijke ondernemingen moet omgevormd worden van 'georganiseerd wantrou-

49. Een leger van schrijvers heeft deze vraag, veelal met betrekking tot het ontwerp wetsvoorstel, inmiddels ontkennend beantwoord, zie bijv. recent Jongsma 2008, p. 218, en Oranje & Van der Goes-Lunneker 2009, p. 245.

50. Voorstel NTMO 'Een volwassen relatie', te raadplegen op: www.vno-ncw.nl/SiteCollectionDocuments/PMO/voorstel_nmto_inz_mo_in_bw.pdf.

wen' naar 'verdiend vertrouwen', zo haalt het NTMO instemmend het WRR-rapport aan. Als obstakels voor het beter kunnen functioneren van maatschappelijke ondernemingen noemt het NTMO:

- (i) de relatie met de overheid is onduidelijk;
- (ii) het doel en de inrichting van het toezicht op de maatschappelijke onderneming is onduidelijk en ondoorzichtig; en
- (iii) de wijze waarop het toezicht is geregeld en de regelgeving belemmeren een sectoroverschrijdende samenwerking tussen maatschappelijke organisaties.

De voorgestelde regeling voor een maatschappelijke onderneming voorziet – anders dan de minister schrijft – niet in een behoefte vanuit het veld. Wel zou tegemoet worden gekomen aan de wensen van maatschappelijke ondernemingen door (i) een 'convenant bestuurlijk verhouding' waarin afspraken worden gemaakt over – kort gezegd – deregulering van het toezicht, en (ii) de MO als modaliteit te introduceren, die een modaliteit van alle rechtsvormen kan zijn, en die op basis van vrijwilligheid door organisaties als rechtsvorm kan worden aanvaard.

Naast de brancheverenigingen lijkt ook de Tweede Kamer vooralsnog niet overtuigd van de noodzaak van nieuwe regelgeving. In reactie op het wetsvoorstel vraagt de Vaste kamercommissie voor Justitie: 'de regering nader te onderbouwen in hoeverre dit wetsvoorstel bijdraagt aan de verbetering van de maatschappelijke binding/verankering van organisaties in de semipublieke sector.'⁵¹

2.3.2 Overige kritiek

De kern van de meer inhoudelijke kritiek op hetgeen met het wetsvoorstel is beoogd – de kritiek op de technische uitvoering laten wij onbesproken⁵² – valt in één zin samen te vatten: zonder dat het gepaard gaat met deregulering bevat het wetsontwerp een te strak keurslijf.⁵³ Als knelpunten worden daarbij vooral naar voren gebracht de strikte interne toezichtstructuur, de verplichte belangenverteenwoordiging en de beperkte aantrekkingskracht die van de winstbewijzen uitgaat waar het gaat om het aantrekken van risicodragend kapitaal. We belichten hieronder kort deze kritiek.

2.3.3 Het interne toezicht

De wetgever ziet een belangrijke rol weggelegd voor de raad van toezicht bij de maatschappelijke onderneming. De wijze waarop de raad van toe-

51. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 003, nr. 6, p. 1.

52. Zie daarover bijv. Oranje & Van der Goes-Lunnaker 2009, p. 239-245.

53. Zie hierover bijvoorbeeld Zaman 2007.

zicht dient te functioneren wordt vrij specifiek in het wetsvoorstel voorgeschreven. De raad van toezicht bestaat uit minimaal drie personen en art. 2:307g bevat een lijst van onderwerpen waar het bestuur slechts over kan besluiten met goedkeuring van de raad van toezicht.⁵⁴

Door de raad van toezicht zo stevig op te tuigen is deze met name geschikt om te functioneren binnen grotere organisaties. Bij kleine maatschappelijke ondernemingen zou een lichtere modaliteit van intern toezicht wellicht meer passend zijn. Een dergelijke mogelijkheid bestaat echter niet in het wetsvoorstel. De vraag is of een dergelijke dwingende keuze kan worden gerechtvaardigd.⁵⁵ De wettelijke regeling voor de stichting en vereniging laten juist veel vrijheid om het toezicht naar eigen inzicht in de statuten te regelen. Voor de kapitaalvennootschappen is wetgeving in de maak voor flexibilisering van de wijze waarop het bestuur en het toezicht zijn georganiseerd, waardoor bijvoorbeeld ook een monistisch bestuursmodel – de zgn. ‘one tier board’ mogelijk wordt.⁵⁶ Voor kleinere maatschappelijke ondernemingen zou dat een uitkomst kunnen zijn, nu zij niet uit de voeten zullen kunnen met ‘topzware’ structuur die het wetsvoorstel voorschrijft.⁵⁷

2.3.4 De belanghebbendenvertegenwoordiging?

In het SER-advies was onder meer naar voren gebracht de gedachte dat belanghebbenden actiever zouden dienen te participeren in maatschappelijke ondernemingen om de kwaliteit van de dienstverlening te bevorderen. In het rapport Wijffels werd voor het eerst de gedachte gelanceerd dat daartoe een ‘belanghebbendenvertegenwoordiging’ in het leven kon worden geroepen. In het ontwerp van het wetsvoorstel dat in consultatie werd gebracht waren de bevoegdheden van de belanghebbendenvertegenwoordiging stevig aanzet. Het ontwerp wetsvoorstel bevatte een lijst van onderwerpen waarvoor advies (art. 2:307m van het ontwerp) van de belanghebbendenvertegenwoordiging nodig was. De regeling voorzag in een wijze van medezeggenschap die leek gemodelleerd naar het adviesrecht van de ondernemingsraad. Daarmee had de wetgever een ‘medezeggenschapsrechtelijk monster’ gecreëerd aldus Holtzer. Holtzer wijst daarbij op de disbalans tussen de belangrijke bevoegdheden van de belanghebbendenvertegenwoordiging en de wens van de wetgever de invulling van het medezeggenschapsorgaan verder geheel aan de maatschappelijke onderne-

54. De lijst van onderwerpen is geïnspireerd door art. 2:107a, 2:164 en 2:274 BW. Daarnaast behoeven ook bijvoorbeeld de uitgifte, terugname en de overdracht van winstbewijzen de goedkeuring van de raad van toezicht.

55. ‘een gemiste kans!’ aldus Huizer 2009, p. 178.

56. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 2, p. 19.

57. Hooge & Steen 2007, p. 198.

mingen zelf over te laten.⁵⁸ Ook bij de keuze van de wetgever om de belanghebbendenvertegenwoordiging het recht van enquête toe te kennen – een recht dat de ondernemingsraad niet heeft – stelde Holtzer vraagtekens.⁵⁹

Vanuit de hoek van de praktijk is ook stevige kritiek op deze rechtsfiguur geuit. Zo schrijven Hooge en Steen, vanuit het perspectief van het onderwijs:

'Het instellen van een belanghebbendenvertegenwoordiging [borduur voort] op een fail-
liet verklaarde erfenis van medezeggenschapsstructuren uit de jaren zeventig van de vori-
ge eeuw en stoelt op een beperkte, formalistische en één dimensionale opvatting over
omgevingsrelaties. Zodoende staat het haaks op de ruimte die nodig is om in samen-
spraak met belanghebbenden in de omgeving de maatschappelijke verantwoordelijkheid
te dragen en te streven naar de gewenste prestaties en outcome, kortom ruimte die nodig
is voor ondernemen.'⁶⁰

Het is overigens goed te vermelden dat de hiervoor aangehaalde opmerking betrekking had op het voorontwerp. In het (op dit punt gewijzigde) wetsvoorstel zijn de bevoegdheden van de belangenhebbendenvertegenwoordiging afgezwakt.⁶¹ Art. 2:207i bepaalt dat het bestuur de belanghebbendenvertegenwoordiging bij het beleid dient te betrekken op de wijze zoals wordt voorgeschreven in de gedragscode. Bij gebrek aan een gedragscode rust op het bestuur de verplichting de belangenhebbendenvertegenwoordiging te informeren en in staat stellen ten minste eenmaal per jaar advies uit te brengen over het strategisch beleid. Met de keuze van de wetgever de inhoud van de belangenhebbendenvertegenwoordiging over te laten aan hetgeen daarover in de branche codes staat wordt tegemoet gekomen aan kritiek dat maatschappelijke ondernemingen een veelheid en variëteit aan relaties hebben, waarbij er ook weer vele manieren zijn om deze relaties met deze belanghebbenden vorm te geven. Deze keuze doet evenwel weer de vraag rijzen waarom de belanghebbendenvertegenwoordiging als orgaan verplicht wordt gesteld in Boek 2. In het geval de branchecodes een inspraak regeling voorschrijven voegt deze bepaling niets toe. Voor zover de branchecodes niets voorschrijven zadelt de voorgestelde wettelijke bepaling de maatschappelijke onderneming op met een orgaan, zonder dat op voorhand duidelijk is dat steeds door middel van het creëren van een orgaan in de rechtspersoonlijke structuur op de beste wijze

58. Holtzer 2007, p. 602.

59. Holtzer 2007, p. 602.

60. Hooge en Steen 2007, p. 205.

61. Het recht van enquête voor de belanghebbendenvertegenwoordiging is wel gehandhaafd.

terugkoppeling kan plaatsvinden met alle bij de maatschappelijke onderneming betrokken belanghebbenden.⁶²

2.3.5 De beperkte aantrekkingskracht van winstbewijzen

Het wetsontwerp dat in consultatie is gebracht voorzagt niet in de mogelijkheid dat de maatschappelijke onderneming winstbewijzen zou kunnen uitgeven. Dat het wetsvoorstel nu wel in deze mogelijkheid voorziet moet worden begrepen tegen de achtergrond van discussies over de vraag of het niet wenselijk is dat bijvoorbeeld zorginstellingen de mogelijkheid moet worden geboden risicodragend vermogen aan te trekken als financieringsbron.⁶³

De wetgever heeft tegemoet willen komen aan die wens. Anderzijds heeft de wetgever willen voorkomen dat de aandeelhouders een beslissende stem in het beleid van de zorginstelling zouden kunnen krijgen. Vanuit het rendementsgedachte wordt dan de verleiding groot de focus van het beleid te richten op winstgevende diensten en te trachten de minder winstgevende – maar voor het publiek niet minder belangrijke – diensten af te stoten. Daarnaast bestaat het risico van het ‘weglekken van publieke middelen’. Voorkomen dient te worden dat publiek geld dat is bestemd voor publieke diensten via dividenduitkeringen bij private partijen terecht komt.

De wetgever heeft deze problemen proberen op te lossen door de vergadering van winstbewijshouders slechts beperkte bevoegdheden toe te vertrouwen. Zo heeft de vergadering van winstbewijshouders niet de bevoegdheid te besluiten om winst uit te keren of om bestuurders te benoemen of te ontslaan. De beperkte invloed op het beleid die de vergadering van winstbewijshouders is gegund zal echter wel een negatief effect hebben op de belangstelling van beleggers om te investeren in winstbewijzen, zo luidt de kritiek.⁶⁴

Een ander bezwaar dat naar voren is gebracht betreft de fiscale behandeling van de winstbewijzen. Door uitgifte van winstbewijzen vervalt de vrijstelling voor de vennootschapsbelasting van de zorginstelling. Omdat de houders van winstbewijzen particuliere investeerders (kunnen) zijn, kan de zorginstelling niet langer als een instelling van algemeen nut worden beschouwd, zo is nu het standpunt van de wetgever.⁶⁵ Volgens Stevens is daardoor de voorgestelde regeling van winstuitkeringen voor de zorgsector ‘op voorhand een dood geboren kindje’.⁶⁶

62. Vgl. Hooge en Steen, 2007, p. 201.

63. Winstuitkeringen in semi-publieke sectoren 2006.

64. Zie bijvoorbeeld Plomp 2009, onder 4.

65. Zie daarover Stevens 2009.

66. Stevens 2010.

2.4 Conclusie

Het wetsvoorstel is met name geschreven voor de grotere organisaties die werkzaam zijn in de zorg, het onderwijs en de volkshuisvesting. De wettelijke regeling voorziet in een groot aantal bepalingen met nauwkeurige voorschriften die een structuur moeten garanderen voor deze instellingen die hen herkenbaar doet zijn als maatschappelijke onderneming en daarnaast voorziet in veel wettelijke voorschriften betreffende hun organisatie-structuur opdat sprake is van voldoende *checks and balances* ten aanzien van het gevoerde beleid.

Het huidige wetsvoorstel beantwoordt echter niet aan hetgeen de organisaties zelf voor ogen stond. De *governance codes* die wel wenselijk werden geacht in het in 2003 door NTMO vervaardigde rapport *De waarde van de maatschappelijke onderneming geborgd* zijn er gekomen. Op de in dat rapport ook als wenselijk omschreven ontwikkeling naar meer afstand tussen het bestuur en de overheid biedt het wetsvoorstel geen concreet uitzicht. De vraag of dat wenselijk is, betreft een politieke vraag.

Wij volstaan hier met de conclusie dat de rechtsvorm zoals deze thans wordt voorgesteld eigenlijk alleen geschikt lijkt voor de grotere maatschappelijke ondernemingen, die middels hun branchevereniging hebben laten weten niet veel te voelen voor de thans voorgestelde rechtsfiguur.

Wij willen de vraag of de voorgestelde regeling wenselijk graag breder trekken. In het volgende hoofdstuk zullen wij onze blik over de grenzen werpen om te bezien hoe de rechtsvorm in het buitenland is vormgegeven. Wij zullen vooral kijken naar het Engelse en Amerikaanse recht. In deze landen is de maatschappelijke onderneming nauw verbonden aan de idee van *social entrepreneurship*.

3 Social entrepreneurship over de grenzen

De regering heeft ervoor gekozen om de maatschappelijke onderneming niet als modaliteit van de BV of NV in te voeren. Deze keuze wordt in de toelichting niet uitvoerig gemotiveerd. Voor zover wij hebben kunnen nagaan valt deze keuze terug te voeren op het CDA-rapport. Misschien is de wetgever van opvatting dat de winstgerichtheid van de kapitaalvennootschap zich niet goed verhoudt met de maatschappelijke onderneming.

In de Verenigde Staten, Groot-Brittannië en België bestaan wel maatschappelijke rechtsvormen als modaliteit van de kapitaalvennootschap: de *Low-Profit Limited Liability Company*, de *Community Interest Company* en de *Vennootschap met Sociaal Oogmerk*. Hoe verschillend deze drie rechtsvormen ook zijn, zij tonen aan dat de kapitaalvennootschap op uiteenlopende manieren *social entrepreneurship* kan bevorderen. Vooral de *Low-Profit Limited Liability Company* en de *Community Interest Company*

getuigen van een vrij en ondogmatisch manier van denken over rechtspersonen en laten zien dat juridisch-systematische argumenten soms van minder belang zijn dan de omgeving waarin de vennootschap dient te functioneren.⁶⁷ Ietsje meer van dit type ondogmatische denken lijkt in discussies over Nederlands rechtspersonenrecht wenselijk, zeker als wordt nagedacht over invoering van nieuwe rechtsvormen.

Deze buitenlandse vennootschappen zullen wij hieronder aan een nader onderzoek onderwerpen. Aan het slot van dit hoofdstuk verkennen wij of ook in het verre verleden rechtsvormen bestonden die mede een maatschappelijk doel beoogden. Zou de maatschappelijke onderneming al 2300 jaar oud zijn?

3.1 De L3C: For-Profit Entity with Non-Profit Soul

3.1.1 Raison d'être

Een nieuwe ster aan het vennootschapsfirmament is de Low-Profit Limited Liability Company (L3C) die in het leven is geroepen om het *social entrepreneurship* in de Verenigde Staten te bevorderen.⁶⁸ Sinds haar introductie in mei 2008 in de staat Vermont is de L3C aan een kleine opmars bezig: sindsdien hebben zes staten de L3C ingevoerd, terwijl in verschillende andere staten wetgeving in voorbereiding is. De L3C wordt inmiddels in alle staten van de VS als rechtspersoon erkend.

De L3C vormt een goed voorbeeld van de pragmatische wijze waarop in de Verenigde Staten met rechtspersonen wordt omgegaan. Robert Lang, CEO van een goededoelenstichting, constateerde dat ondernemers die een maatschappelijke onderneming willen opzetten dikwijls moeite hebben voldoende kapitaal te vergaren; voor de gemiddelde investeerder is het risico te hoog en het rendement te laag. Hij zocht de oplossing in een financiering van maatschappelijke ondernemingen door zowel *non-profit*- als *for-profit*-instellingen: de *non-profit*-instelling neemt genoegen met een laag rendement en een hoog risico, zodat commerciële investeerders het resterende benodigde kapitaal kunnen inleggen tegen een marktconform rendement en een aanvaardbaar risico.

Een voorbeeld ter verduidelijking. Stel dat voor een restaurant met bediening door gehandicapten een investering van \$100.000 nodig is; het

67. Deze pragmatische benadering van rechtspersonen die is gericht op de maatschappelijke behoeften spreekt ook uit een inspirerende studie van Hansmann (Hansmann 2000). Een goed voorbeeld van dit pragmatische denken is de Amerikaanse *Limited Liability Company* (LLC) die inmiddels door diverse landen, zoals Japan en Singapore, is overgenomen. Zie hierover Hansmann, Kraakman & Squire 2010 en McCahery e.a. (2010).

68. Over de L3C: www.americansforcommunitydevelopment.org, Kelly 2009, Schwister 2009 en Carter & Man 2008.

verwachte rendement bedraagt maximaal 5%. Voor commerciële investeerders zal het rendement doorgaans onvoldoende aantrekkelijk zijn. Indien nu een *non-profit* instelling \$50.000 investeert, bereid is veel risico te lopen en genoeg neemt met een maximaal rendement van bijvoorbeeld 2%, kan de resterende \$50.000 tegen marktconforme voorwaarden worden aangetrokken, namelijk tegen uitgifte van preferente aandelen met een verwacht rendement van 8%. Door de samenwerking van een *non-profit*- en een *for-profit*-investeerder wordt kapitaal bijeengebracht dat anders geen van beide afzonderlijk had kunnen vergaren.

Twee problemen bleken echter in de praktijk aan een dergelijke constructie in de weg te staan. Ten eerste verliezen *non profit*-instellingen een federale belastingvrijstelling indien zij investeren in een risicovol project dat mede is gericht op het maken van winst. Het behoud van een vrijstelling vergt doorgaans een kostbare en tijdrovende procedure. De wettelijke regeling van de LLC is zo geschreven, dat de vennootschap zich alleen mag toecleggen op activiteiten die volgens federaal belastingrecht het behoud van deze vrijstelling garanderen.

Het tweede probleem is van vennootschapsrechtelijke aard. In beginsel is de Limited Liability Company (LLC) bij uitstek geschikt voor maatschappelijke ondernemingen die worden gefinancierd door *for-profit*- en *non-profit*-instellingen. De LLC is een zeer flexibele rechtsvorm die het midden houdt tussen een personenvennootschap en een kapitaalvennootschap.⁶⁹ De LLC heeft geen in aandelen verdeeld kapitaal, maar garandeert wel de beperkte aansprakelijkheid van de leden, zoals aandeelhouders worden genoemd. De LLC kent evenmin een verplichte orgaanstructuur met afgebakende bevoegdheden: de zogenaamde *members-managed* LLC kent geen aandeelhoudersvergadering, terwijl de leden met het bestuur zijn belast. De *managers-managed* LLC heeft wel een aandeelhoudersvergadering die toezicht uitoefent op een of meer daartoe aangestelde bestuurders.⁷⁰ Tenzij anders wordt overeenkomen, is de zeggenschap van de leden afhankelijk van hun financieel belang. De LLC bezit rechtspersoonlijkheid en geniet *entity shielding*, hetgeen inhoudt dat de crediteuren van de leden zich niet op het LLC-vermogen kunnen verhalen. De LLC is bovendien fiscaal transparant, waardoor *non-profit*- en *for-profit*-investeerders volgens hun eigen regime worden belast. In één opzicht bleek de LLC echter niet te voldoen aan de wensen van de praktijk: de LLC is gericht op het maken van winst. Onzeker is of de fiduciaire verplichtingen van bestuurders contractueel zodanig kunnen aangepast, dat bestuurders zich niet primair moeten richten naar het belang van de leden. Daarbij komt nog dat de

69. Blanco Fernández & Van Olfen 2007, p. 55 aan wie navolgende beschrijving van de LLC in hoofdlijnen is ontleend.

70. Blanco Fernández & Van Olfen 2007, p. 59 e.v.

wettelijke regeling van de LLC van staat tot staat enigszins kan verschillen, als gevolg waarvan de onzekerheid over de fiduciaire verplichtingen in de ene staat groter is dan in de andere.

Om dit knelpunt op te lossen is de L3C geschapen als modaliteit van de LLC. De L3C onderscheidt zich vooral van de LLC doordat zij zich niet mag inlaten met politieke activiteiten en doordat *'no significant purpose of the Company shall be the production of income or the appreciation of property.'* Het is de L3C weliswaar niet verboden om (veel) winst te maken, maar de fiduciaire verplichtingen van bestuurders zijn hierop niet primair gericht: de L3C is een *for-profit entity with a non-profit soul*. De bijzondere fiduciaire verplichtingen van bestuurders, nader geconcretiseerd in de *operating agreement*, moeten waarborgen dat bestuurders niet toch in de eerste plaats streven naar winstmaximalisatie.

3.1.2 Company law as a product; L3C as a brand

De L3C bevat maar kleine wijzigingen ten opzichte van de LLC. De jurisprudentie over de LLC is in veel gevallen één op één van toepassing op de L3C, zodat rechtsonzekerheid over de nieuwe rechtsvorm zo veel mogelijk wordt vermeden. De initiatiefnemers hebben daarmee beoogd om een bestaand 'product,' de LLC, met enkele kleine maar belangrijke aanpassingen te vernieuwen en zo een nieuw product te scheppen.⁷¹ Ook indien bestaande rechtsvormen zodanig kunnen worden ingericht dat hetzelfde resultaat wordt bereikt, kan het denken in vennootschapsrecht als product voordelen bieden. Een nieuwe rechtsvorm, of in dit geval, een nieuwe modaliteit van een rechtsvorm, schept een herkenbaar kader dat de bewegingsruimte van betrokkenen beperkt en hun handelen normeert. Door de afkorting L3C in de naam te voeren, wordt aan derden duidelijkheid verschaft over het karakter van de samenwerkingsvorm. Dit keurmerk kan een competitief voordeel bieden indien klanten hun sympathie met de maatschappelijke doelstelling van de L3C in hun overweging betrekken om een dienst of product van de L3C af te nemen.

3.1.3 L3Cs: Useless gadgets, unwise, unnecessary, inherently misleading?

Krachten roepen tegenkrachten op. Hoewel recente kritiek op de L3C bewijst dat de rechtsvorm in de Verenigde Staten serieus genomen wordt, is deze niet mals.⁷² Critici betwisten dat de fiduciaire verplichtingen van

71. Over vennootschapsrecht als product: McCahery e.a. 2010.

72. Kleinberger 2010 en Callison 2009.

L3C-bestuurders niet zodanig kunnen worden vormgegeven dat ook de belangen van anderen dan die van de leden moeten worden behartigd. De L3C voorkomt bovendien niet dat grote interne tegenstellingen kunnen ontstaan tussen commerciële investeerders en het maatschappelijke doel, bijvoorbeeld indien een derde een bod uitbrengt op de onderneming. Voorts wordt betoogd dat er geen garantie bestaat dat goede doelinstellingen die investeren in een L3C hun vrijstelling werkelijk behouden. L3C als merk zou daarom vooral een lege huls zijn, een keizer zonder kleren.

Belangrijker dan een eigen standpunt in deze discussie is de vraag wat wij in Nederland kunnen leren van de L3C. De pragmatische manier waarop in de Verenigde Staten met rechtspersonen wordt omgegaan beschouwen wij als verfrissend.⁷³ Wij zien geen principiële bezwaren tegen het gebruik van rechtsvormen als keurmerk, mits de vennootschapsrechtelijke vlag ook de lading dekt. Naar onze mening is de wijze van financiering ook voor de Nederlandse maatschappelijke ondernemingen interessant. Private beleggers kunnen maatschappelijke ondernemingen mogelijk maken die anders niet van de grond zouden zijn gekomen. Het spanningsveld tussen de belangen van sommige aandeelhouders en de maatschappelijke doelstelling van de onderneming is echter reëel; wij kunnen onvoldoende beoordelen of dit spanningsveld voldoende is onderkend in het geval van de L3C. De L3C bewijst dat de fiscale aspecten bij maatschappelijke ondernemingen van essentieel belang zijn. Een van de sterke kanten van de L3C is ten slotte dat zij voortbouwt op een bestaande rechtsvorm. Een bestaand kader aan regels waarop de rechtsvorm is gemodelleerd vermindert rechtsonzekerheid, waardoor aarzelende investeerders wellicht over de streep kunnen worden gehaald die zouden zijn afgehaakt wanneer een geheel nieuwe vennootschap zou zijn gecreëerd. Het aansluiten bij een vertrouwde rechtsvorm zal vermoedelijk geen garantie maar wel een noodzakelijke randvoorwaarde voor succes vormen. Of de L3C een succes zal worden kan nog niet worden gezegd, omdat zij daarvoor te nieuw is. In Groot-Brittannië bestaat wel een maatschappelijke rechtsvorm die zich in de praktijk heeft bewezen. Daarover handelt de volgende paragraaf.

3.2 *De Community Interest Company*

'The price of the flexibility offered by a normal company is the lack of protection for the social mission, while the raison d'être of a CIC is to strike a balance between the need

73. Sinds kort wordt overigens in de staat Minnesota nagedacht over een ander model, de *Socially Responsible Corporation* (SRC), een modaliteit van de *corporation* die in bepaalde opzichten doet denken aan de Britse *Community Interest Company*. Omdat nog niet valt in te schatten of de *Minnesota Responsible Business Corporation Act* wordt ingevoerd, laten wij deze verder onbesproken.

*to protect the social purpose while allowing reasonable remuneration for directors and a limited return for investors.*⁷⁴

De Britse Labour-regering heeft in 2005 de *Community Interest Company* (CIC) ingevoerd.⁷⁵ Deze rechtsvorm is sindsdien succesvol gebleken en heeft bewezen als katalysator te kunnen dienen voor verschillende vormen van *social entrepreneurship*: op 16 maart 2010 waren 3523 CIC's opgericht.⁷⁶ CIC's houden zich bezig met uiteenlopende activiteiten, zoals stadsherstel, vervoer voor gehandicapten, recycling, scholen, sociale woningbouw, zorgverlening voor kinderen, met de exploitatie van radiostations, wereldwinkels, dagcentra voor ouderen, musca, voetbalclubs, wijkcentra etc.⁷⁷ Evenals de L3C is de CIC een modaliteit van bestaande rechtsvormen: CIC's kunnen worden opgericht als *company limited by guarantee* (een in Nederland niet bestaande rechtsvorm)⁷⁸, *private limited company* (ltd; vergelijkbaar met de BV) en *public limited company* (plc; vergelijkbaar met de NV). Wij zullen ons concentreren op de CIC die is opgericht als ltd.⁷⁹

Naast de regels die betrekking hebben op de betreffende rechtsvorm gelden voor de CIC specifieke regels teneinde het spanningsveld tussen de maatschappelijke doelstelling en de commerciële belangen van aandeelhouders te reguleren. Ten eerste wordt het vennootschappelijk belang ingekleurd door het maatschappelijke doel dat met de CIC wordt nagestreefd; de CIC kan daarom slechts worden opgericht als zij de zogenaamde *community interest test* doorstaat. De CIC staat bovendien onder doorlopend toezicht van de *CIC regulator*, opdat gewaarborgd wordt dat niet alleen de doelstelling maar ook de feitelijke activiteiten de *community interest test* kunnen doorstaan en dat het publieke vertrouwen in de CIC als rechtsvorm behouden blijft. Ten derde gelden bijzondere regels van kapitaalbescherming, de zogenaamde *asset lock*.

74. T. Pratt in *the Guardian*, 1 december 2009.

75. De belangrijkste bepalingen over de CIC zijn te vinden in de *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004* (hierna: de Act), alsmede in de *Community Interest Company Regulations 2005*, zoals gewijzigd in de *Community Interest Company (Amendment) Regulations 2009* (hierna: CIC Regulations) (zie www.cicregulator.gov.uk).

76. www.cicregulator.gov.uk.

77. CIC Regulator 2009a, p. 5.

78. Een *company limited by guarantee* is een vennootschap met een of meer leden die zich tot een bepaalde hoogte (meestal £1) garant hebben gesteld voor de schulden van de vennootschap. De vennootschap bezit rechtspersoonlijkheid.

79. Ongeveer drie/kwart van de CIC's zijn *companies limited by guarantee*. Er zijn nog geen plc's opgericht als CIC (CIC Regulator 2009a, p. 17).

3.2.1 De community interest test

Een vennootschap kan slechts als CIC worden opgericht als deze naar het oordeel van de *CIC regulator* de *community interest test* doorstaat. Als criterium geldt *'that a reasonable person might consider that the purpose towards which its activities are ultimately directed is the provision of benefits for the community, or a section of the community'*.⁸⁰ Hieronder kunnen worden begrepen de bewoners van een gemeente, mensen met leerproblemen, ouderen, zij die aan een bepaalde ziekte lijden, de jeugd van een gemeente die wil sporten, werklozen. Voorts kan een algemeen belang, zoals het behoud van een natuurgebied, het oprichten van een museum of het verstrekken van micro-krediet geacht worden de *community* te dienen.⁸¹ Hetzelfde geldt voor een bedrijf dat weliswaar geen commerciële activiteiten ontplooit die de *community interest test* doorstaan, maar die met de winst bepaalde goede doelen willen steunen. In beginsel kan een CIC niet worden opgericht ter behartiging van de belangen van werknemers van een bedrijf. Dit is echter anders wanneer het betreffende bedrijf een belangrijke maatschappelijke functie vervult en de CIC met het oog daarop wordt opgericht. Evenals bij de L3C is het verrichten van politieke activiteiten van het *community*-begrip uitgesloten, tenzij dit geschiedt als nevenactiviteit die voortvloeit uit een andere doelstelling. Zo kan een CIC die een bezoekerscentrum van een natuurgebied exploiteert zich politiek engageren indien plannen bestaan om dat gebied te bebouwen.

3.2.2 De *asset lock*

Voor CIC's gelden bijzondere regels van kapitaalbescherming, de zogenaamde *asset lock*, die ertoe strekken te voorkomen dat vermogen ten koste van het maatschappelijke doel aan de vennootschap en ten bate van de aandeelhouders wordt onttrokken. Deze regels hebben betrekking op financiering door aandeelhouders met eigen vermogen; de *asset lock* beperkt de CIC *niet* in het aangaan van leningen en het verschaffen van zekerheden.⁸² Evenmin beperkt de *asset lock* aandeelhouders in de overdraagbaarheid van hun aandelen.

CIC's hebben de keuze tussen een strenge en een meer flexibele *asset lock*. Hoofregel voor beide varianten is dat alle vermogensverschuivingen tegen een vergoeding die minder bedraagt dan de marktaandeel niet zijn toe-

80. Art. 35 Act.

81. CIC Regulator 2009c, p. 9-10.

82. Wel onder *asset lock* vallen leningen met een rente die afhankelijk is van de resultaten (de *performance related interest cap*). In financiële zin lijkt dit soort leningen op aandelen, wier rendement immers ook afhankelijk is van de resultaten. Per 6 april 2010 is het rentepercentage op dit soort leningen gemaximeerd op 10% van het vreemd vermogen van de CIC (CIC Regulator 2010, p. 9).

gestaan, behoudens indien deze ten goede komt aan andere *asset-locked bodies* of aan de *community*.⁸³ De strenge variant van de *asset lock* kent geen uitzonderingen op deze hoofdregel. Deze CIC's kunnen geen dividenduitkeringen of liquidatie-uitkeringen aan aandeelhouders doen; evenmin kunnen zij kapitaal uitkeren door middel van inkoop van aandelen of kapitaalvermindering. Meer dan drie/kwart van de CIC's gevraagd als ltd. verkieset echter de flexibele variant die wij hieronder zullen behandelen.⁸⁴ Deze flexibele variant kent wel enkele uitzonderingen op de hierboven vermelde hoofdregel. Zo staat flexibele variant wel dividenduitkeringen toe, zij het dat de hoogte van de uitkering wordt beperkt door de zogenaamde *dividend cap*.⁸⁵ De *dividend cap* bestaat uit drie elementen:⁸⁶

- Een maximaal jaarlijks dividend *per aandeel*. Het maximum wordt berekend over het gestorte bedrag, d.w.z. het nominale bedrag, vermeerderd met agio.
- Een maximaal totaal dividend. Jaarlijks is ten hoogste 35% van de 'vrij uitkeerbare reserves' vrij uitkeerbaar.
- *Carry forward* van niet gebruikte dividend-capaciteit. Indien in een bepaald jaar niet het maximum-bedrag *per aandeel* is uitgekeerd, dan is het gedurende ten hoogste vijf jaar mogelijk dit bedrag alsnog uit te keren, met dien verstande dat de totale uitkering nooit hoger kan zijn dan 35% van de vrije reserves. Hierdoor wordt het mogelijk om cumulatief preferente aandelen uit te geven.

Om snel te kunnen reageren op veranderende marktomstandigheden en de behoeften van de praktijk, heeft de *CIC Regulator* de bevoegdheid gekregen om de *dividend cap* te wijzigen. Deze heeft in 2009 een consultatie gehouden naar de ervaringen van de praktijk met de *dividend cap*. Daaruit kwam naar voren dat de kapitaalmarkt voor CIC's onvoldoende is ontwikkeld en dat CIC's voornamelijk worden gefinancierd met vreemd vermogen, terwijl participatie met risicodragend kapitaal relatief weinig voorkomt.⁸⁷ Als gevolg van de kredietcrisis bleek het niet altijd eenvoudig voldoende kapitaal aan te trekken. De *dividend cap* bleek in grote lijnen te voldoen, zij het dat het maximum-dividend per aandeel volgens veel respondenten te laag was vastgesteld. Daarom is per 6 april 2010 de maximum jaarlijkse uitkering per aandeel verruimd naar 20% van het gestorte bedrag.⁸⁸ De *dividend cap* stelt daarmee weliswaar grenzen aan incidente-

83. Zie art. 8(a) CIC Regulations jo. Schedule 2.

84. Art. 8(b) CIC Regulations jo. Schedule 3. Voor de cijfers per 31 maart 2009, zie CIC Regulator 2009a, p. 17.

85. Art. 30 Act jo. Schedule 3 bij CIC Regulations.

86. Art. 18-20 Act.

87. CIC Regulator 2009b, p. 3.

88. Voordien bedroeg de *cap* per aandeel de officiële rente (*base rate*) van de Bank of England, vermeerderd met 5 procentpunt. Uit de consultatie bleek o.a. dat deze *cap* niet alleen te beperkend was, maar ook te ingewikkeld (CIC Regulator 2009b, p. 5).

le superdividenden, maar lijkt geen onoverkomelijke barrière te vormen voor beleggers die willen investeren tegen uitgifte van voldoende renderende (cumulatief) preferente aandelen.

De flexibele variant van de *asset lock* regelt ook de inkoop van aandelen, kapitaalvermindering en liquidatie-uitkeringen aan aandeelhouders. Het voert te ver om op deze regels in detail in te gaan; zij komen er in essentie op neer dat aandeelhouders door middel van inkoop, kapitaalvermindering of liquidatie het gestorte bedrag op hun aandelen kunnen terugkrijgen maar dat het surplus ten goede komt aan de *community*. In geval van liquidatie is er nog een bijzondere rol voor de *CIC Regulator* weggelagd bij het bepalen van de bestemming van het surplus.⁸⁹

3.2.3 De *CIC Regulator*

De *CIC Regulator*, ondersteund door een klein bureau van 7 FTE's,⁹⁰ beoordeelt in de eerste plaats of een *CIC* in oprichting de *community interest test* doorstaat. Daarnaast is de *Regulator* belast met (*light touch*) toezicht, het geven van voorlichting en het verlenen van advies en ondersteuning bij de oprichting van *CIC*'s. Het doorlopende toezicht vindt voornamelijk plaats aan de hand van het jaarlijkse verplichte *Community Interest Company Report*. Hieruit moet blijken op welke wijze de activiteiten van de vennootschap ten goede zijn gekomen aan de gemeenschap en op welke wijze *stakeholders* zijn betrokken in de besluitvorming.⁹¹ Indien de *CIC* goederen heeft overgedragen voor minder dan de marktwaarde, meldt het verslag aan welk *asset-locked body* deze goederen zijn overgedragen of op welke wijze de gemeenschap hiermee gebaat is geweest. Voorts dient het verslag gedetailleerde informatie over naleving van de *dividend cap* te bevatten.⁹² Voor zover niet reeds in het gewone jaarverslag gepubliceerd, geeft het *CIC report* inzicht in de totale beloning van directeuren, de details over de best betaalde directeur (indien de totale beloning meer dan £ 200.000 bedraagt) en het aantal directeuren dat in aandelen is beloond.

Teneinde het publieke vertrouwen in de *CIC* te behouden heeft de *Regulator* vergaande bevoegdheden om in te grijpen in de vennootschappelijke verhoudingen. De *CIC Regulator* mag slechts ingrijpen in geval van wanbeleid, indien dit noodzakelijk is ter bescherming van het vermogen van de *CIC*, indien de *CIC* niet langer voldoet aan de *community interest test*, of indien het doel van de vennootschap weliswaar voldoet aan de

89. Zie art. 30 Act, art. 23-25 *CIC Regulations* en art. 1 en 2 van Schedule 2 en 3 *CIC Regulations*.

90. Per 1 april 2009 (*CIC Regulator* 2009a, p. 7).

91. Art. 26 *CIC Regulations*.

92. Art. 27 *CIC Regulations*.

community interest test, maar de vennootschap hiernaar niet handelt.⁹³ De bevoegdheden van de *CIC Regulator* betreffen het doen van een onderzoek, het benoemen van een accountant die de jaarrekening aan een nader onderzoek onderwerpt, het entameren van een civiele procedure, de benoeming of ontslag van bestuurders, de benoeming van een manager, de overdracht van goederen in *trust* aan een daartoe aangewezen functionaris, de overdracht van aandelen, de ontbinding van de vennootschap of het vernietigen van een besluit tot ontbinding.⁹⁴

De *CIC* is voor de Nederlandse situatie interessanter dan de *L3C* omdat zij is gebaseerd op kapitaalvennootschappen die veel gelijkenis vertonen met de *BV* en de *NV*. De *CIC* leert dat een kapitaalvennootschap niet onverenigbaar is met een maatschappelijke doelstelling en dat maatschappelijke rechtsvormen niet noodzakelijkerwijs moeten worden gemodelleerd naar de stichting of vereniging. De wettelijke regeling bevat een beperkt aantal, maar belangrijke wijzigingen op de *ltd* of *plc*, die de natuurlijke belangentegenstelling tussen aandeelhouders en de maatschappelijke doelstelling reguleren. Een belangrijk aspect daarvan, de *dividend cap*, kan eenvoudig worden aangepast aan veranderende marktomstandigheden en behoeften van de praktijk.

In beginsel laat de *CIC* de traditionele vennootschapsverhoudingen echter zo veel mogelijk intact waardoor rechtsonzekerheid en koudwatervrees worden beperkt. Daarnaast zijn er twee andere redenen die pleiten voor het behouden van de normale vennootschapsverhoudingen. Ten eerste wordt zowel in de Verenigde Staten als in Groot-Brittannië onderkend dat het verwezenlijken van de maatschappelijke doelstelling gebaat kan zijn bij privaat kapitaal, omdat daarmee groeimogelijkheden worden geschapen die anders wellicht niet mogelijk zouden zijn. De combinatie van een lager winstpotentieel en de *asset lock* brengen echter met zich dat de *CIC* 'op achterstand staat' vergeleken met normale vennootschappen. Uit een consultatie door de *CIC Regulator* is dan ook gebleken dat het niet altijd eenvoudig is voldoende eigen vermogen aan te trekken. Hieruit volgt dat de beperking van rechten van aandeelhouders niet verder mag gaan dan strikt noodzakelijk ter regulering van tegengestelde belangen van aandeelhouders en de maatschappelijke doelstelling. Ten tweede behoeft aandeelhoudersinvloed niet per se schadelijk te zijn voor de maatschappelijke doelstelling. In de eerste hoofdstukken van dit preadvies hebben wij geconstateerd dat gebrekkig toezicht een centraal probleem van maatschappelijke rechtsvormen is. Zowel het aandeelhoudersbelang als het maatschappelijk belang is gebaat met effectief toezicht en een efficiënte bedrijfsorganisatie. Mits goed gereguleerd door een *asset lock*, kan aandeelhoudersinvloed

93. Art. 41(3) Act.

94. Art. 42-51 Act.

heilzaam werken voor het maatschappelijke doel dat met de CIC wordt nagestreefd.

3.3. *De Belgische vennootschap met sociaal oogmerk*

Hoewel de Belgische vennootschap met sociaal oogmerk (VSO) overeenkomsten vertoont met de CIC, ligt aan de VSO een andere filosofie ten grondslag: zij is geworteld in een (in België belangrijke) coöperatieve traditie die de laatste decennia is beïnvloed door de beginselen van maatschappelijk verantwoord ondernemen.⁹⁵ De coöperatie wordt er niet alleen beschouwd als een rechtsvorm die in sommige gevallen economisch voordeel biedt, *l'idéal coopératif* schept ook een normatief ondernemingskader. Deze ondernemingsfilosofie, ook wel aangeduid als de sociale economie, wordt tot op zekere hoogte beschouwd als doel op zichzelf. Belangrijke waarden zijn de egalitaire en democratische besluitvorming door de leden, voorrang van de mens boven kapitaal, maatschappelijk verantwoord ondernemen en continuïteit van de onderneming.⁹⁶

3.3.1 Sociaal oogmerk

De VSO is echter niet beperkt tot de coöperatie: zij is in 1995 ingevoerd als *chapeau sur une société commerciale classique*,⁹⁷ als modaliteit van verschillende bestaande vennootschapsvormen. Hoewel meer dan 72% van de VSO's wordt gedreven als coöperatieve vennootschap, zullen wij ons concentreren op de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA) en de naamloze vennootschap (NV), tezamen ongeveer 25% van het aantal opgerichte VSO's.⁹⁸ De meeste VSO's zijn opgericht in Wallonië. De VSO moet zijn opgericht met een 'sociaal oogmerk' dat niet mag bestaan uit het behalen van 'onrechtstreeks vermogensvoordeel voor de aandeelhouders'.⁹⁹ Het begrip 'sociaal oogmerk,' dat niet nader wordt omschreven in de wet, omvat mede het Engelse begrip *community*,¹⁰⁰ maar is breder, omdat eronder ook wordt begrepen het 'interne doel' van de vennootschap. Dit interne doel bestaat eruit dat een onderneming volgens de beginselen van de sociale economie wordt gedreven waarbij bijzonder

95. Gijssels & Van Opstal 2008, p. 19 e.v.

96. D'Hulstère & Pollénus 2008, p. 25; www.socialeconomie.be; www.vosec.be.

97. D'Hulstère & Pollénus 2008, p. 41.

98. Dujardin, Mertens & Van Opstal 2008, p. 124. Volgens D'Hulstère & Pollénus 2008, p. 173 bedraagt het aantal coöperaties zelfs 90%.

99. Art. 661 sub 1 en 2 Wet op de vennootschappen (W.Venn.).

100. Coates 2008, p. 41 e.v.; Deneef 2004, p. 138 e.v.; Coeckelbergh 2001, p. 36 e.v.

gewicht toekomt aan de belangen van werknemers.¹⁰¹ De ideologie van de sociale economie blijkt ook uit het recht van ieder personeelslid om uiterlijk één jaar na indiensttreding de 'hoedanigheid van vennoot' te verkrijgen, waaronder in ieder geval verstaan wordt de mogelijkheid om aandelen te verkrijgen.¹⁰² De beginselen van democratisch bestuur en voorrang van de mens boven kapitaal komen tot uitdrukking in een verplichte 'stemkrachtbeperking' die grenzen stelt aan het aantal stemmen dat een aandeelhouder in de AVA kan uitbrengen. Niemand mag ter vergadering meer dan 10% van de stemmen uitbrengen; indien werknemers als aandeelhouder participeren, mag niemand meer dan 5% van de stemmen uitbrengen.¹⁰³

De mogelijkheid tot dividenduitkering is beperkter dan bij de CIC: op dit moment mag de uitkering niet hoger zijn dan 6% van het gestorte bedrag.¹⁰⁴ Anders dan de CIC kent de VSO echter geen beperking tot uitkering aan aandeelhouders door middel van inkoop van aandelen of kapitaalvermindering; wij sluiten niet uit dat hieraan minder behoefte bestaat, omdat de invloed van de factor kapitaal als gevolg van de 'stemkrachtbeperking' en van participatie door werknemers veel geringer is dan bij de CIC. De wettelijke regeling van uitkering aan aandeelhouders na ontbinding vertoont overeenkomsten met die van de CIC: indien het liquidatieoverschot dit toelaat, ontvangen aandeelhouders ten hoogste hun inleg terug, terwijl het resterende gedeelte een bestemming dient te krijgen die zo nauw mogelijk aansluit bij het sociaal oogmerk van de vennootschap.¹⁰⁵

Evenals de CIC moet de VSO in haar jaarverslag melden welke activiteiten zij heeft ontplooid ter behartiging van haar sociale oogmerk.¹⁰⁶ De wettelijke regeling kent geen publieke toezichthouder zoals bij de CIC; deze past vermoedelijk minder in het belang dat aan zelfbestuur wordt gehecht, terwijl de werknemersparticipatie misschien een externe toezichthouder overbodig maakt. Wel verbiedt de wet iedere uitkering aan aandeelhouders indien de VSO de hierboven beschreven verplichtingen niet nakomt. De VSO moet in dat geval haar statuten onverwijld wijzigen en in de akte tot statutenwijziging een bestemming aan de reserves geven die zo nauw mogelijk aansluit bij het voormalige sociale oogmerk.¹⁰⁷ Gebeurt dat

101. D'Hulstère & Pollénus 2008, p. 66 e.v.

102. Art. 661 sub 7 W.Venn. waarover kritisch Coates 2008, p. 45-46. In de praktijk worden ook wel stemrechtloze aandelen aan werknemers uitgegeven.

103. Art. 661 sub 4 W.Venn.

104. Art. 661 sub 4 W.Venn. Het percentage wordt bepaald door de Conseil National de la Coopération en bij koninklijk besluit bekend gemaakt (Dujardin, Meriens & Van Opstal 2008, p. 122 e.v.; D'Hulstère & Pollénus 2008, p. 90).

105. Art. 661 sub 9 W.Venn.

106. Art. 661 sub 6 W.Venn.

107. Art. 663 W.Venn.

niet, dan kan iedere vennoot, derde belanghebbende of het openbaar ministerie de bestuurders hoofdelijk veroordelen tot betaling van de uitgekeerde sommen of tot herstel van de gevolgen die voortvloeien uit de niet-naleving van deze bepaling.

3.3.2 Le législateur s'est laissé guider par quelques restants
de mai '68¹⁰⁸

Wij volstaan met deze korte schets van de Belgische VSO. De VSO is geen succes gebleken: in 2008 waren 457 VSO's opgericht, waarvan 134 als BVBA of NV.¹⁰⁹ Voor het gebrek aan succes zijn verschillende verklaringen aangevoerd. Zo is op een verwante rechtsvorm, de vereniging zonder winstoogmerk (VZW), een aantrekkelijker fiscaal regime van toepassing, terwijl de VZW in de praktijk nagenoeg dezelfde activiteiten kan ontplooiën.¹¹⁰ Daarnaast worden de beperkte zeggenschap van grootaandeelhouders in combinatie met frequente werknemersparticipatie en de zeer beperkte mogelijkheid tot dividenduitkering gezien als oorzaak voor het geringe succes van de VSO.¹¹¹ Als andere oorzaken worden genoemd de onbekendheid van de rechtsvorm bij het publiek en de slechte kwaliteit van de wet die tot te veel rechtsonzekerheid zou leiden. Niettemin achten wij een beschrijving van de VSO nuttig, omdat een vergelijking met de CIC, die immers veel overeenkomsten vertoont, kan bijdragen aan een goed begrip van de randvoorwaarden waaraan een maatschappelijke onderneming die is ingericht als kapitaalvennootschap moet voldoen.

3.4 *The past is another country: they do things similar there*¹¹²

Uit deze rechtsvergelijkende schets zou de indruk kunnen ontstaan dat de maatschappelijke onderneming iets is van de laatste jaren. Niets is minder waar. In 1602 werd de VOC blijkens de preambule van het octrooi opgericht 'tot voordering van den dienst, ende welstandt der vereenichde landen, eensamentlyck het profyt van allen den ingesctenen derselver.' Niet winstmaximalisatie was het belangrijkste doel van de VOC, maar het vervullen van een maatschappelijke taak: het verjagen van de Spanjaarden en Portugezen uit de Oost en het voeren van een koloniale politiek. De VOC kreeg daartoe verschillende publiekrechtelijke bevoegdheden, terwijl de

108. Aldus een betrokkene, aangehaald in Dujardin, Mertens & Van Opstal 2008, p. 147.

109. Dujardin, Mertens & Van Opstal 2008, p. 124.

110. Coates 2008, p. 40; Pijls 2007, p. 608.

111. Dujardin, Mertens & Van Opstal 2008, p. 148; D'Hulstère & Pollénus 2008, p. 127 e.v.; Coates 2008, p. 47; Denef 2004, p. 149; Cocckelbergh 2001, p. 58.

112. Vrij naar L.P. Hartley, *The Go-Between* (1953).

Staten Generaal, anders dan de aandeelhouders, aanzienlijke invloed hadden op het beleid. De VOC vervulde haar maatschappelijke rol met verve, zozeer zelfs dat aandeelhouders in 1622 opstand kwamen tegen de lage winsten. De bewindhebbers kwamen er openlijk voor uit dat hun maatschappelijke taak belangrijker was dan het behalen van winst en betoogden 'dat het grootste profijt (...) voor ons Vaderlandt hier in bestaet dat den Koninc van Spaengien door het decliniren vande Oost-Indische Traficquen aen syner syde, nu jaerlicks etlicke millione aen syne Tollen missen moet, behalven den grooten schade soo hy ende syne Kooplieden doorgaens gheleden, als wy syne Kraken, Galeonen ende andere Schepen overweldicht ofte verdorven hebben.'¹¹³

Maar zelfs de VOC was niet de eerste maatschappelijke onderneming. Ver voor het begin van onze jaartelling besteedde de Romeinse Republiek belangrijke publieke taken uit aan private *societates publicanorum*. Na inschrijving op een openbare veiling verkregen deze vennootschappen het recht om diensten of goederen aan de Republiek te leveren, of pachtten zij het recht om bepaalde publieke bevoegdheden uit te oefenen.¹¹⁴ Een voorbeeld van de eerste categorie betroffen vennootschappen die het gezicht van Jupiters standbeeld schilderden voorafgaand aan bepaalde feestdagen of die op het Capitool de ganzen voerden.¹¹⁵ Deze hadden in 390 v.Chr. met hun gegak de Romeinen gewekt toen de Galliërs onverwacht 's nachts binnenvielen en werden sindsdien beloond met een dagelijkse maaltijd op staatskosten. Maar *societates publicanorum* bouwden en renoveerden ook stadsmuren, tempels, aquaducten en theaters, leverden goederen aan het leger en sloegen zelfs munten.¹¹⁶ Tot de tweede categorie behoren de vennootschappen die het recht kregen staatsdomeinen, zoals viswateren, grondpercelen of mijnen te exploiteren. De bekendste variant van de *societas publicanorum* waren de *societates vectigalium* die het recht pachtten om belastingen te innen. In de loop van de eerste en tweede eeuw werden de verschillende maatschappelijke taken door de Romeinse overheid overgenomen, waardoor de *societas publicanorum* geleidelijk aan belang inboette.¹¹⁷

Wie een ongepast anachronisme niet schuwt kan de *societas publicanorum* omschrijven als een modaliteit van de *societas*, de maatschap. Enkele bijzondere regels die golden voor de *societas publicanorum* hadden tot gevolg dat deze gedurende een langere periode als eenheid aan het rechtsverkeer kon deelnemen. Anders dan de gewone *societas* was de *societas*

113. 'Derde Discours' in: W.P.C. Knuttel, *Catalogus van de pamfletten-verzameling berustende in de Koninklijke Bibliotheek*. Utrecht: HES, 1978, nr. 3351.

114. Zimmerman 1992, p. 468.

115. Malmendier 2005, p. 32, 34.

116. Malmendier 2002, p. 31 e.v.

117. Malmendier 2002, p. 29 en 61 e.v.

publicanorum bijvoorbeeld als corporatief verband georganiseerd.¹¹⁸ Dergelijke verbanden hadden, naar het voorbeeld van een stad, bepaalde zaken en een kas gemeenschappelijk en stelden een vertegenwoordiger of gevolmachtigde aan.¹¹⁹ Bij de *societas vectigalium*, de enige verschijningsvorm van de *societas publicanorum* die in de tweede eeuw nog bestond, kon voorts worden overeengekomen dat de vennootschap zou voortbestaan na de dood van een van de vennoten.¹²⁰ De *societas vectigalium* kon ook blijven voortbestaan, indien een of meer vennoten in verband met een geschil een vennootschapsactie (*actio pro socio*) had(den) ingesteld.¹²¹ Voor de gewone *societas* gold dat deze werd ontbonden door de dood van een vennoot, of door het instellen van een *actio pro socio*. Naar verluidt waren participaties in een *societas publicanorum* zelfs overdraagbaar en werd hierin ook werkelijk gehandeld.¹²² Wij laten hier in het midden of de *societas publicanorum* kan worden beschouwd als een doodgelopen staak in de evolutie van de kapitaalvennootschap. In de context van dit preadvies is het aardig te constateren dat reeds in de tijd van de Romeinse Republiek private vennootschappen belast waren met openbare taken en dat ten aanzien van deze vennootschappen bijzondere regels golden.

4 De maatschappelijke rechtspersoon als modaliteit van alle rechtspersonen in Boek 2

*'We must make social business entrepreneurs and social business investors visible in the market place.'*¹²³

4.1 Inleiding

De wettelijke regeling dient naar onze opvatting maatschappelijk ondernemen te *faciliteren* waar dit mogelijk is en slechts te *reguleren* indien dit noodzakelijk is.¹²⁴ Een wettelijke regeling als facilititeit dient niet alleen gericht te zijn op grote bestaande maatschappelijke ondernemingen, zoals woningcorporaties, ziekenhuizen e.d., maar lijkt ons met name ook interessant als middel om het meer kleinschalige *social entrepreneurship* te bevorderen.

118. Of dit ook het geval was ten tijde van de republiek is echter onzeker (Malmendier 2002, p. 242).

119. D. 3,4,1 pr. en D. 3,4,1,1.

120. D. 17,2,59. Vgl. D. 16,2,63,8.

121. D. 17,2,66,15.

122. Zimmerman 1992, p. 468; Malmendier 2002, p. 247 e.v.

123. Yunnus 2009, p. 406.

124. Vgl. Assink 2010.

Uit de Engelse en Amerikaanse ervaringen blijkt dat *social enterprises* erbij gebaat zijn indien zij zich duidelijk als zodanig aan het publiek kunnen presenteren:

'Social entrepreneurs believe that to succeed in gaining support from the general public, and, more important, from the various sources of capital they need access to -- charitable, governmental, and private -- they must create a recognizable brand for hybrid organizations, a coherent and marketable image of what it means to be a social enterprise organization. They must convince consumers and individual investors that they are different from mere corporate philanthropy and CSR,¹²⁵ both of which social entrepreneurs and socially conscious consumers view as too closely tied to corporate marketing and too often designed primarily to serve corporations' financial bottom lines.'¹²⁶

Juist bij BV's en NV's kan een maatschappelijke modaliteit *het* onderscheidend kenmerk vormen die duidelijk maakt dat de onderneming in de eerste plaats gericht is op het vervullen van een publieke taak of publiek belang. Afnemers zullen zich wellicht eerder wenden tot een maatschappelijke rechtspersoon dan tot een gewone rechtspersoon. Ook zou een maatschappelijke rechtspersoon misschien eerder voor subsidies of giften in aanmerking kunnen komen. Men schenkt wellicht liever aan een maatschappelijke rechtspersoon dan aan een gewone rechtspersoon.

Gezien de vele verschijningsvormen van maatschappelijk ondernemen lijkt het ons aan te bevelen in een wettelijke regeling te streven naar maximale flexibiliteit. Regulering van het publieke belang dient plaats te vinden met inachtneming van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. De bedoeling van onze voorstellen is dat ondernemingen een duwtje in de goede richting krijgen. We proberen ze met zachte hand naar betere keuzes te leiden zonder hun te beperken in hun keuzevrijheid.¹²⁷

De behoefte aan flexibiliteit pleit er ons inziens voor het mogelijk te maken dat private rechtspersonen die een maatschappelijk belang behartigen ervoor kunnen kiezen te worden georganiseerd als maatschappelijke modaliteit van de betreffende rechtspersoon, waaronder begrepen de BV, NV of coöperatie. Ten aanzien van deze laatste rechtspersonen bepleiten wij bijzondere wettelijke waarborgen ter bescherming van het publieke belang. Wij putten daartoe vooral inspiratie uit de Engelse CIC. Deze gedeeltelijk andere visie op de maatschappelijke onderneming heeft gevolgen voor de wettelijke regeling die ons voor ogen staat.

125. Corporate Social Responsibility. Hierover het preadvies van Fijsbouts.

126. Kelly 2009, p. 27-28. Van der Ploeg ziet niets in dit argument, Van der Ploeg 2008, p. 141-142.

127. Zie in meer algemene zin over deze aanpak: Thaler & Sunstein 2008.

Voor invoering van een bijzonder maatschappelijk regime spreekt ook dat, als het regime werkelijk tot een evenwichtiger functioneren van maatschappelijke ondernemingen leidt, de externe bemoeienis met de betrokken onderneming via publiekrechtelijke regelingen teruggedroefd kan worden. De overheid zou dan dus kunnen terugtreden. Waar geen behoefte aan regelgeving bestaat, kan deze worden afgeschaft. Dit draagt bij aan het zelfstandig optreden van de maatschappelijke onderneming dat doorgaans wenselijk wordt geacht en daarbij ruimte biedt voor ondernemerschap.

Er zijn uiteraard ook bezwaren aan invoering van een modaliteitenregeling verbonden. Tegen invoering van zo'n regime pleit dat Boek 2 BW ingewikkelder wordt. Er komen immers meer rechtspersoonstypen. Dat bezwaar is niet zwaarwegend, als de maatschappelijke rechtspersoon in een duidelijke behoefte voorziet.

Hoe zou zo'n bijzondere regime voor maatschappelijke rechtspersonen eruit kunnen zien? We duiden een aantal *do's en don'ts* aan, maar we beginnen met het formuleren van vijf algemene uitgangspunten.

4.2 Vijf uitgangspunten

Eerste uitgangspunt: een rechtspersoon dient vrij te zijn om te kiezen voor een maatschappelijke modaliteit. Dat is een uitgangspunt van Boek 2 BW. We kennen in het Nederlandse rechtspersonenrecht geen rechtsvormdwang. Iets anders is dat in publiekrechtelijke regelingen soms op grond van publiekrechtelijke motieven voor een bepaalde activiteit een rechtsvorm wordt voorgeschreven. Het is denkbaar dat de wetgever voor specifieke typen maatschappelijke ondernemingen – bijvoorbeeld zorginstellingen – voorschrijft dat de modaliteit 'maatschappelijke onderneming' wordt verworven.

Tweede uitgangspunt: aan ieder van de in Boek 2 BW voorkomende rechtsvormen dient de modaliteit maatschappelijk gekoppeld te kunnen worden. Daarbij wordt door de regeling te koppelen aan ieder van de rechtspersoonsvormen rekening gehouden met de grote verscheidenheid van maatschappelijke ondernemingen. De regimes 'maatschappelijk' dienen per rechtsvorm enigszins verschillend te zijn, omdat rekening gehouden dient te worden met de uiteenlopende aard van de verschillende rechtspersoonstypen. De toevoeging maatschappelijk heeft voor een NV of BV meer betekenis dan voor de vereniging of stichting. Voor een vereniging of stichting is het zonder toevoeging al gemakkelijker maatschappelijk te zijn, omdat voor deze rechtspersoonsvormen nu eenmaal een verbod tot uitkering van winsten geldt. De niet-uitgekeerde winsten kunnen worden benut ter bevordering van het maatschappelijke doel van de vereniging of stichting.

Derde uitgangspunt: de wettelijke regeling dient zowel geschikt te zijn voor grote ziekenhuizen als voor een klein bezoekerscentrum van een

natuurreservaat dat wordt bemand door vrijwilligers. De regeling is daarom zo summier mogelijk, maar biedt ruimte voor sectorcodes en sectorregulering waarin meer gedetailleerde regels kunnen worden opgenomen.

Vierde uitgangspunt: de maatschappelijke taak van de rechtspersoon komt tot uitdrukking in de statutaire doelomschrijving. Het maatschappelijke doel heeft belangrijke gevolgen voor de interne verhoudingen. Ten eerste wordt het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden onderneming in belangrijke mate gekleurd door de maatschappelijke doelstelling. Voor wat betreft de wijze waarop en de mate waarin het maatschappelijke doel doorwerkt in het belang van de rechtspersoon zouden wij inspiratie willen putten uit het Engelse *enlightened shareholder model*. Bestuurders van Engelse vennootschappen dienen zich in beginsel te richten naar het aandeelhoudersbelang op de lange termijn, maar dat sluit niet uit dat andere belangen, zoals die van werknemers, crediteuren, toeleveranciers, het milieu en het algemeen belang onder omstandigheden zwaarder kunnen wegen.¹²⁸ Op vergelijkbare wijze zouden wij willen voorstaan dat de maatschappelijke doelstelling van de rechtspersoon in beginsel zwaarder weegt dan de belangen van andere *stakeholders* zoals aandeelhouders en werknemers.

Ten tweede heeft de maatschappelijke doelstelling gevolgen voor de invulling van verschillende open normen, zoals de redelijkheid en billijkheid binnen de rechtspersoon (art. 2:8 BW) en de verplichting van bestuurders tot een behoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW). Verwaarlozing van de maatschappelijke taak zou kunnen leiden tot of bijdragen aan het oordeel dat gegronde reden bestaat te twijfelen aan een juist beleid of tot het oordeel wanbeleid (art. 2:350 en 355 BW).

Vijfde uitgangspunt: er dient een publieke autoriteit te komen naar het voorbeeld van de Engelse *CIC Regulator*. Indien mogelijk wordt deze autoriteit ondergebracht bij een bestaande toezichthouder. De autoriteit heeft in ons voorstel een tweeledige taak. Ten eerste wordt zij belast met het geven van voorlichting en begeleiding bij de oprichting en financiering. De ondersteunende taak van de *CIC Regulator* lijkt in een behoefte te voorzien bij het stimuleren van *social entrepreneurship*. Ten tweede wordt de autoriteit belast met toezicht op de maatschappelijke rechtsvorm. Dit toezicht dient *uitsluitend* te worden gehouden om het publieke vertrouwen in de maatschappelijke rechtspersoon als modaliteit te bewaken; de autoriteit dient zich bijvoorbeeld niet bezig te houden met de kwaliteit van de zorg van een ziekenhuis, omdat het toezicht daarop is voorbehouden aan de inspectie voor de gezondheidszorg.

128. Zie hierover Eijbsbouts in zijn deel van dit preadvies.

Om als maatschappelijke rechtspersoon te worden georganiseerd is toestemming van de autoriteit nodig. Deze dient na te gaan of de rechtspersoon blijkens zijn statutaire doelstelling daadwerkelijk een maatschappelijk belang of maatschappelijke taak voldoende evenwichtig kan behartigen. Na goedkeuring door de autoriteit wordt de maatschappelijke modaliteit in het handelsregister vermeld. Wijziging van de statutaire doelomschrijving, en wellicht ook fusie, splitsing, overdracht van de (vrijwel) de gehele onderneming, ontbinding of omzetting behoeven goedkeuring van de autoriteit.

Wij stellen ons voor dat de autoriteit gedurende het bestaan van een maatschappelijke rechtspersoon alleen op de achtergrond aanwezig is. Het ligt voor de hand dat de maatschappelijke rechtspersoon, evenals zijn Britse evenknie, jaarlijks een verslag stuurt aan de autoriteit. Daarin zet de rechtspersoon uiteen op welke wijze hij uitvoering heeft gegeven aan zijn taken, of en zo ja hoe veel dividend is uitgekeerd en geeft hij informatie over de beloning van directeuren indien deze een bepaald bedrag overschrijdt. De autoriteit heeft in beginsel dan ook slechts een registrerende functie: hij onderneemt slechts actie als er 'rook komt' uit een dossier.

De autoriteit zou voorts als een soort ombudsman kunnen fungeren, waar klanten van maatschappelijke rechtspersonen met hun klachten terecht kunnen. Verder zou deze betrokken kunnen worden bij het opstellen van sectorale codes. De autoriteit dient als bewaker van de maatschappelijke rechtsvorm de bevoegdheid te krijgen om, al dan niet na klachten van klanten, onderzoek te doen en waar nodig in te grijpen indien en voor zover dit nodig is ter borging van het vertrouwen in de maatschappelijke rechtspersoon. Het ligt voor de hand een autoriteit ook uit te rusten met ruime bevoegdheden om effectief optreden mogelijk te maken indien dat nodig is. Zij dient in te kunnen grijpen door bestuurders en commissarissen te schorsen en door te besluiten tot ontbinding van de rechtspersoon als finale remedie. In rechtsbescherming kan worden voorzien door het bestuursrecht, waarbij uiteindelijk het College van Beroep voor het Bedrijfsleven als rechtsprekende instantie in hoogste ressort kan fungeren.

Wij hebben oog voor de bezwaren die zijn verbonden aan publiek toezicht. Om twee redenen zien wij toch toegevoegde waarde. Ten eerste is in hoofdstuk 1 gebleken dat gebrekkig toezicht vaak een probleem is bij maatschappelijke ondernemingen. Anders dan het wetsvoorstel staan wij een lichtere wettelijke regeling voor die het mogelijk maakt om de interne verhoudingen af te stemmen op de concrete behoefte en de grootte van de rechtspersoon. Zo zouden wij een raad van commissarissen niet voor alle maatschappelijke rechtsvormen verplicht willen stellen. Een flexibeler wettelijke regeling, gecombineerd met *light touch* toezicht op de achtergrond kan een alternatief zijn voor een stringente wet die uitgaat van *one size fits all*. Ten tweede bestaat naar onze mening geen behoefte meer aan

een verplichte belanghebbendenvertegenwoordiging, indien de toezicht-houder de functie van ombudsman op zich neemt.

4.3 Meer specifieke punten

Do: Proportioneel intern toezicht op het bestuur van de maatschappelijke rechtspersoon

In hoofdstuk 1 bleek reeds dat de maatschappelijke onderneming soms een natuurlijke neiging heeft om 'van de rails te geraken'. Toezicht op het bestuur is daarom van groot belang en dient te worden toegesneden op de aard en grootte van de rechtspersoon. Wij plaatsen daarom vraagtekens bij het wetsvoorstel dat voor de maatschappelijke onderneming een raad van commissarissen voorschrijft, bestaande uit ten minste drie leden. Een kleine *social enterprise* zoals een kringloopwinkel behoeft geen raad van commissarissen.

Voor alle maatschappelijke rechtspersonen geldt dat zij onder toezicht staan van de autoriteit en dat zij in een jaarverslag bijzondere informatie aan de autoriteit dienen te verschaffen. Bij de maatschappelijke BV of NV wordt verder intern toezicht door de aandeelhouders uitgeoefend. Evenals het maatschappelijke belang dat deze vennootschappen behartigen zijn aandeelhouders gebaat bij een efficiënte organisatie. Het toezicht door aandeelhouders dient daarom dikwijls eveneens het maatschappelijk belang; voor zover de belangen van aandeelhouders en het maatschappelijk belang uiteenlopen zijn enkele waarborgen noodzakelijk die hieronder aan de orde komen. Toezicht bij de BV en NV kan voorts worden uitgeoefend door de raad van commissarissen of niet-uitvoerende bestuurders.

Bij verenigingen en coöperaties wordt toezicht uitgeoefend door de leden, maar niet valt uit te sluiten dat dit minder doeltreffend is dan toezicht door aandeelhouders bij de BV of NV. De wetgever zou kunnen overwegen om voor (middel)grote maatschappelijke coöperaties, stichtingen en verenigingen een raad van toezicht/raad van commissarissen te verplichten, waarbij misschien aansluiting kan worden gezocht bij de drempel die in art. 2:396 BW geldt voor een vrijstelling voor het opmaken van de jaarrekening.¹²⁹ Voor bepaalde sectoren zouden in sectorale regelgeving of in sectorcodes wellicht strengere eisen kunnen worden gesteld aan het bestaan of samenstelling van de raad van commissarissen/raad van toezicht.

129. Wij zijn er overigens voorstander van dat in Titel 2 en Titel 6 van Boek 2 BW een wettelijke basis voor de raad van commissarissen/raad van toezicht wordt gecreëerd. Indien in de praktijk behoefte bestaat aan een *one tier*-board bij de stichting, vereniging of coöperatie, zien wij op voorhand geen principiële bezwaren.

Een verplichte raad van commissarissen voor kleine maatschappelijke verenigingen of coöperaties is naar onze mening niet direct noodzakelijk. Hetzelfde geldt voor kleine maatschappelijke stichtingen.

Don't: Het wettelijk voorschrijven van een belanghebbenden-vertegenwoordiging

De bevoegdheden van de belanghebbendenvertegenwoordiging zijn, na kritiek uit de praktijk op het voorontwerp, sterk afgezwakt. Wanneer men echter met de maatschappelijke rechtsvorm ook *social entrepreneurship* wil bevorderen, dan ligt het niet meer voor de hand een orgaan voor te schrijven waarin aan belanghebbenden zeggenschap wordt gegeven. Een restaurant met bediening door verstandelijk gehandicapten heeft geen belanghebbendenvertegenwoordiging nodig. Evenals voor toezicht moet de betrokkenheid van belanghebbenden worden afgestemd op de aard en grootte van de maatschappelijke rechtspersoon.

Voor grotere organisaties kan informatie afkomstig van klanten zeker nuttig zijn, vooral in het ventileren van een 'gevoelstemperatuur' van de doelgroep en het signaleren van eventuele misstanden. Zo zal de reizigersvereniging Rover *feedback* kunnen geven op de vraag of de service van de NS naar de mening van de reizigers verbetert dan wel verslechtert. Een belanghebbendenvergadering is echter minder geschikt om beleidsvragen aan voor te leggen die meer specialistische kennis vragen. Het lijkt ons niet heel zinvol een cliëntenraad te betrekken in bijvoorbeeld een discussie over de vraag of een fusie tussen Prorail en de NS al dan niet wenselijk is.

Daar komt bij dat de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen en de Wet op het overleg huurders verhuurder nu reeds voorzien in sectorale medezeggenschap. Wanneer medezeggenschap voor bepaalde sectoren wenselijk wordt geacht, dan verdienen sectorale wetgeving of sectorale codes naar onze mening de voorkeur; wij betwijfelen of Boek 2 BW wel de aangewezen plaats is om deze vorm van medezeggenschap te regelen. Als de wetgever niettemin een belanghebbendenvergadering in Boek 2 BW verplicht wil stellen, dan gaat onze voorkeur ernaar uit om kleine maatschappelijke ondernemingen hiervan vrij te stellen.

Do: Een vermogensklem voor kapitaalvennootschappen en coöperaties

Naar voorbeeld van de CIC zouden wij voor maatschappelijke BV's en NV's een vermogensklem willen voorstellen. Een sterk punt van de *dividend cap*, essentieel onderdeel van de *asset lock*, is naar onze mening de combinatie van een beperking van een uitkering per aandeel en een beperking op het totale uitkeerbare bedrag. Voor de maatschappelijke NV kan worden overwogen om het bestuur bij dividenduitkeringen dezelfde positie

te geven als het bestuur van de BV onder komend recht, zodat de uitkering niet alleen de goedkeuring van de aandeelhouders, maar ook van het bestuur vereist. Het bestuur zal daarbij niet alleen de financiële positie van de vennootschap in acht moeten nemen, maar ook haar maatschappelijke doelstelling.

Uit de recente versoepeling van de *dividend cap* door de *CIC-regulator*, blijkt dat aan een flexibele regeling behoefte bestaat en dat deze eenvoudig moet kunnen worden gewijzigd, bijvoorbeeld door de toezichthouder of bij Koninklijk Besluit. Tegelijk menen wij dat van dit instrument zorgvuldig gebruik moet worden gemaakt om niet te veel onzekerheid te creëren voor investeerders. Wij kunnen ons overigens voorstellen dat in sectorale regelgeving de mogelijkheid tot dividenduitkeringen verder wordt beperkt. Naar voorbeeld van de CIC zouden wij ook willen bepleiten dat de wettelijke regeling voorziet in beperking van het 'weglekken' van vermogen op andere wijze dan door dividenduitkeringen, bijvoorbeeld door kapitaalvermindering, inkoop van aandelen, liquidatie, omzetting, fusie of splitsing. Tot uitgangspunt kan daarbij dienen dat, onverminderd eerdere dividenduitkeringen, ten hoogste het op het aandeel gestorte bedrag kan worden terugbetaald aan de aandeelhouder. Wij zijn geen voorstander van een verplichte blokkeringsregeling. Indien de vennootschap wil voorkomen dat de zeggenschap in handen komt van een ongewenste partij, staat het haar vanzelfsprekend vrij de aandelen te certificeren.

Ook voor de coöperatie zullen waarborgen ter bescherming van het maatschappelijke belang nuttig zijn. Het eigen karakter van de coöperatie vergt echter wel enige aanpassing ten opzichte van de BV en NV.

Don't: Verplichte beperking van zeggenschap van aandeelhouders

Als gevolg van de vermogensklem en de doorwerking van de maatschappelijke doelstelling in art. 2:8 BW, zullen aandeelhouders in maatschappelijke ondernemingen zich bescheiden (mochten) opstellen. De zeggenschapspositie van aandeelhouders dient naar onze mening niet verder te worden ingeperkt. Niet alleen kan dit ten koste gaan van het toezicht op het bestuur, de kans bestaat bovendien dat maatschappelijke NV's en BV's onvoldoende kapitaal kunnen aantrekken, waarmee de levensvatbaarheid van de modaliteit in het gedrang kan komen. Wij wijzen erop dat hoofdstuk 3 is gebleken dat veel CIC's niet altijd eenvoudig eigen vermogen kunnen aantrekken, terwijl het gebrek aan succes van de VSO onder andere wordt toegeschreven aan de beperkte zeggenschapsrechten van kapitaalverschaffers. Voor zover wij kunnen nagaan heeft de *CIC Regulator* overigens nog geen aanleiding gezien in te grijpen in CIC's; misstanden die aan aandeelhouders zijn toe te schrijven hebben zich nog niet voorgedaan. Dit laat natuurlijk onverlet dat het vennootschapsrecht verschillende instrumenten kent om, indien daartoe in een concreet geval de behoefte bestaat,

de zeggenschap van (enkele) aandeelhouders te beperken. Denk bijvoorbeeld aan certificering of uitgifte van prioriteitsaandelen.¹³⁰

Do: Voorzie in een goede fiscale paragraaf voor de 'maatschappelijke onderneming'

Het gebrekkige succes van de Belgische VSO wordt naast de beperkte zeggenschapsrechten van kapitaalverschaffers ook toegeschreven aan het feit dat op een verwante rechtsvorm, de VZW, een aantrekkelijker fiscaal regime van toepassing is. De Amerikaanse L3C is zelfs specifiek ontworpen met het oog op het behoud van een belastingsubsidie voor goededoelendinstellingen die willen investeren in *social enterprises*. Deze ervaringen tonen aan dat een goede fiscale inbedding van de maatschappelijke BV en NV van groot belang is. De reden is dat de winstpotentie van deze modaliteiten gemiddeld genomen nu eenmaal geringer is dan die van normale BV's en NV's. Wij sluiten dan ook niet uit dat enige vorm van fiscale subsidie een randvoorwaarde voor succes is.

Don't: een stichting of vereniging maatschappelijk met winstbewijzen

De Belgische VSO en de Britse CIC bewijzen dat kapitaalvennootschappen, mits voorzien van enkele waarborgen op het gebied van kapitaalbescherming en beperkt toezicht door een autoriteit, goed kunnen worden ingericht als maatschappelijke onderneming die mede is gericht op het behalen van winst. Wanneer, zoals wij bepleiten, een maatschappelijke BV en NV worden ingevoerd, bestaat geen behoefte meer aan een stichting of vereniging met winstbewijzen. Anders dan de BV of NV zijn deze rechtspersonen niet ingericht om winst uit te keren. De vele vragen die het wetsvoorstel heeft opgeroepen doen het vermoeden rijzen dat invoering niet zonder rechtsonzekerheid gepaard zal gaan, hetgeen zijn weerslag zal hebben op de levensvatbaarheid van deze modaliteit.

Don't: Het enquêterecht als toezichtsinstrument ten behoeve van de maatschappelijke doelstelling

In het wetsvoorstel wordt min of meer voorshands aangenomen dat het enquêterecht ook geschikt is om het beleid en de gang van zaken bij de maatschappelijke onderneming op orde te houden. Wij vragen ons af of die veronderstelling terecht is. Het enquêterecht fungeert in de praktijk vooral om geschillen te beslechten tussen aandeelhouders onderling, tussen aandeelhouders en het bestuur, of, meestal in geval van faillissement, om

130. Zie hierover meer uitvoerig: Sijmons & Van der Ende 2008, p. 72-80.

openheid van zaken te verkrijgen. Veelal worden enquêteprocedures geëntameerd op initiatief van partijen die daarmee direct of indirect eigen belangen nastreven.

Wij zien geen reden om aandeelhouders van een maatschappelijke BV of NV het enquêterecht te ontnemen, maar plaatsen wel vraagtekens bij de geschiktheid van de enquêteprocedure als toezichtsmechanisme op het maatschappelijke beleid van de BV of NV. Dergelijke geschillen betreffen netelige kwesties. De rechter zal doorgaans er niet zoveel voor voelen het bestuursbeleid al te indringend te toetsen op beleidsafwegingen. De huidige rechtspraak van de Ondernemingskamer laat zien dat vooral wordt ingegrepen indien een het bestuur in haar beleid voorbij gaat aan de belangen van bijvoorbeeld een aandeelhouder of wanneer een aandeelhouder de besluitvorming in de vennootschap blokkeert.

Wanneer men aan de ondernemingskamer zou vragen of de beslissing van Woonbron om de SS Rotterdam te kopen blijkt geeft van wanbeleid, zal zij deze beslissing met name op zorgvuldigheid kunnen toetsen. Wanneer deze beslissing zorgvuldig zou blijken te zijn voorbereid met rapporten waarop het bestuur redelijkerwijze heeft mogen vertrouwen, dan zal de Ondernemingskamer de vraag in hoeverre Woonbron met het kopen van de SS Rotterdam haar publieke taak naar behoren behartigd weinig anders kunnen beoordelen dan aan de hand van de maatstaf of het bestuur in redelijkheid tot aanschaf heeft kunnen overgaan. Een rechter is voor het overige niet democratisch is gelegitimeerd om zich uit te laten over de wenselijkheid van bepaald beleid.

Wel zou men eventueel kunnen overwegen om de toezichthouder en/of de minister die het aangaat het enquêterecht te geven. Wij ontkennen niet dat er in een dergelijk geval samenloopproblemen kunnen ontstaan. Zowel de toezichthouder als de ondernemingskamer kunnen dan ingrijpen in de vennootschap. De mogelijkheid van samenloop komt echter vaker voor en behoeft niet onoverkomelijk te zijn indien de onderlinge taken en bevoegdheden helder worden verdeeld. Naar onze mening dient de autoriteit uitsluitend in te kunnen grijpen indien en voor zover dit noodzakelijk is tot behoud van het openbare vertrouwen in de maatschappelijke rechtsvorm. Het enquêterecht kan dan normaal van toepassing blijven, waarbij de autoriteit het recht zou kunnen krijgen om als belanghebbende in een enquêteprocedure op te komen en eventueel om zelf een enquête te verzoeken.

Do: Waarborgen voor het behoud van het maatschappelijk vermogen bij fusie, splitsing en omzetting

Het kan zich voordoen dat een NV of BV daartoe al dan niet gedwongen door de autoriteit de modaliteit maatschappelijk afwerpt. Voor die situatie zijn enkele bijzondere voorzieningen in de wet vereist. Het vermogen van de vennootschap wordt dan immers zonder nadere wettelijke bepalingen

vrij besteedbaar. Er kunnen zich verschillende situaties voordoen: een NV of BV zet zich bij gelegenheid van het opgeven van de status maatschappelijk zich om in een vereniging of stichting. De mogelijkheid om uitkeringen te doen is dan gedurende het bestaan van de vereniging of stichting zeer beperkt. Dat wordt anders, indien de vereniging of stichting na omzetting besluit tot ontbinding en liquidatie. Het gevolg daarvan kan zijn dat het vermogen aan bij voorbeeld de leden van de vereniging uitkeerbaar wordt. Met het oog hierop dient in Boek 2 BW bepaald te worden dat, als een NV of BV zich omzet zich bij gelegenheid van het afwerpen van de modaliteit maatschappelijk zich in een vereniging of stichting omzet, deze vereniging of stichting bij ontbinding en liquidatie haar na afbetaling van schuldeisers overblijvende vermogen dient te besteden aan het belang of taak die NV of BV behartigde toen zij nog maatschappelijk was. Wat hiermee wordt bereikt, is dat de modaliteit maatschappelijk een zekere nawerking heeft.

Ook is het denkbaar dat de NV of BV na het opgeven van de modaliteit maatschappelijk haar bestaan als 'vrije' NV of BV wil voorzetten. In die situatie kan het vermogen van de NV of BV dat bestemd was voor het publieke belang of de publieke taak in beginsel vrij aan de aandeelhouders worden uitgekeerd. Dat moet uiteraard niet toegelaten zijn, omdat dan de door ons bepleite modaliteitenregeling kan worden misbruikt. Een oplossing voor dit probleem is dat het vermogen van de NV of BV dat voor het opgeven van de modaliteit maatschappelijk niet vrij uitkeerbaar was na het afwerpen van die status ondergebracht in de verplichte maatschappelijke reserve. Die reserve mag alleen besteed worden ten behoeve van het oorspronkelijke maatschappelijke belang of taak. Die reserve dient te worden gehandhaafd, indien de NV of BV zich in een andere rechtsvorm omzet, fuseert of splitst.¹³¹

Wij hopen met dit verkennende preadvies te hebben bijgedragen aan de verdere gedachtevorming over een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming. Wij sluiten af met de woorden die de voormalige premier van Canada, *The Right Honourable* Paul Martin uitsprak bij Canadese plannen voor een maatschappelijke onderneming: 'We are at a point in our nation's history where we can do this. All the elements are there.'¹³²

131. Zie voor een vergelijkbaar voorstel in verband met art. 2: 18, lid 6 BW: Kuipers-Snijders 2010, p. 139-141.

132. Carter & Man 2008, p. 51.

Lijst van aangehaalde literatuur

Assink 2010

B.F. Assink, *De januskop van het ondernemingsrecht* (oratie Rotterdam)
Deventer: Kluwer 2010

Billitteri 2007

Thomas J. Billitteri, 'Mixing Mission and Business: Does Social Enterprise Need A New Legal Approach?: Highlights from an Aspen Institute Roundtable' The Aspen Institute, 2007 <http://www.nonprofitresearch.org/usr_doc/New_Legal_Forms_Report_FINAL.pdf>

Blanco Fernández & Van Olfen 2007

J.M. Blanco Fernández & M. van Olfen, *Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's*, serie vanwege het Van der Heijden Instituut nr 94, Deventer: Kluwer 2007

Callison 2009

J.W. Callison, 'L3Cs: Useless Gadgets?', 2009, <www.abanet.org/bus-law/blt/2009-11-12/nonbindingopinions.shtml>

Charkham 2008

Jonathan Charkham, *Keeping better company, corporate governance*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 369

Carter & Man 2008

T.S. Carter & Th.L.M. Man, 'Canadian Registered Charities: Business Activities and Social Enterprise – Thinking Outside the Box', working paper 2008, <www.ssrn.com>

Chavannes 2009

M. Chavannes, *Niemand regeert, de privatisering van de Nederlandse politiek*, Rotterdam: NRC Handelsblad 2009

CIC Regulator 2010

CIC Regulator, *Response to the Consultation on the Dividend and Interest Caps*, januari 2010, <www.cicregulator.gov.uk>

CIC Regulator 2009c

CIC Regulator, *Information Pack Community Interest Companies*, oktober 2009 <www.cicregulator.gov.uk>

CIC Regulator 2009b

CIC Regulator, *Summary of the Responses to the Consultation on the Dividend and Interest Caps*, oktober 2009 <www.cicregulator.gov.uk>

CIC Regulator 2009a

CIC Regulator, *Annual Report 2008-09*, <www.cicregulator.gov.uk>

CIC Regulator 2006-2009

CIC Regulator, *The Guidance*, 2006, gedeeltelijk bijgewerkt oktober 2009 <www.cicregulator.gov.uk>

Coates 2008

A. Coates, *Juridische aspecten eigen aan de ondernemingen in de sociale economie*, Leuven: Steunpunt Werk en Sociale Economie 2008

Coeckelbergh 2001

D. Cocckelbergh, *Ondernemen met de Vennootschap met Sociaal Oogmerk*, Gent: Mys & Breesch 2001

Cools 2005

K. Cools, *Controle is goed, vertrouwen nog beter*, Assen: Van Gorcum 2005

Denef 2001

M. Deneef, *Economische activiteiten van VZW en Stichting* (diss. Leuven), Kalmthout: Biblio 2004

D'Hulstère & Pollénus 2008

D. D'Hulstère & J.P. Pollénus, *La Société à finalité sociale, en questions et en réponses*, Luik: Edi.pro 2008

Dujardin, Mertens & Van Opstal 2008

A. Dujardin, S. Mertens en W. van Opstal, 'La société à finalité sociale', in: W. van Opstal, C. Gijselinkx en P. Develtere (red.), *Entrepreneuriat coopératif en Belgique*, Leuven: Acco 2008, p. 119-150

Emerson 1837

R.W. Emerson, *The American Scholar*, Phi Beta Kappa Address, 1837, <<http://www.emersoncentral.com/amscholar.htm>>

Gijselinkx en Van Opstal 2008

C. Gijselinkx en W. van Opstal, 'Entrepreneuriat coopératif', in: W. van Opstal, C. Gijselinkx en P. Develtere (red.), *Entrepreneuriat coopératif en Belgique*, Leuven: Acco 2008, p. 15-36

Hansmann 2000

H. Hansmann, *The Ownership of the Enterprise*, Cambridge (Ma): The Belknap Press of Harvard University Press 2000

Hansmann, Kraakman & Squire 2010

H. Hansmann, R. Kraakman en R. Squire, 'The new business entities in evolutionary perspective', in: J. McCahery, L. Timmerman en E.P.M. Vermeulen (red.), *Private Company Law Reform. International and European Perspectives*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2010, p. 15-22

Hooge & Steen 2007

E.H. Hooge en S.J. Steen, 'De rechtsvorm maatschappelijke onderneming: keurmerk of keurslijf?', NTOR november 2007, p. 198.

Holzer 2007

M. Holtzer, 'De medezeggenschap van de belanghebbendenvertegenwoordiging in de maatschappelijke onderneming', *Ondernemingsrecht*, 2007(17), p. 602

Huizer 2009

R.A. Huizer, 'De maatschappelijke onderneming', *V&O* 2009 (9), p. 178

Jacobs 1992

Jane Jacobs, *Systems of survival, a dialogue on the moral foundations of commerce and politics*, Random House, Inc., 1992

Jacobs 2004

J. Jacobs, *Dark Age Ahead*, New York: Random House 2004

Jongsma 2008

O. Jongsma, 'Monster zonder waarde: De maatschappelijke onderneming', *NJB* 2008 (4), p. 218

Kelly 2009

T. Kelly, 'Law and Choice of Entity on the Social Enterprise Frontier', working paper 2009 (www.ssrn.com)

Kleinberger 2010

D.S. Kleinberger, 'The Snare and Delusion of the L3C', working paper 2010 (www.ssrn.com)

Koppell 2003

J.G.S. Koppell, *The politics of quasi government, hybrid organizations and the dynamics of bureaucratic control*, Cambridge: Cambridge University Press 2003

Kuipers-Snijders 2010

B. Kuipers-Snijders, *Omzetting als rechtsvormwijziging* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010, p. 139-141

Landes, Mokyr & Baumol 2010

D.S. Landes, J. Mokyr en W.J. Baumol, *The invention of enterprise, Entrepreneurship from ancient Mesopotamia to modern times*, Princeton: Princeton University Press 2010

Malmendier 2005

U. Malmendier, 'Roman Shares', in: W.H. Goetzmann en G.K. Rouwenhorst (red.), *The Origins of Value. The Financial Innovations That Created Modern Capital Markets*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 31-42

Malmendier 2002

U. Malmendier, *Societas Publicanorum. Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer* (diss. Bonn), Keulen/Weimar/Wenen: Böhlau 2002

Marquand 2004

David Marquand, *The Decline of the Public: The Hollowing Out of Citizenship*, Cambridge: Polity Press, 2004

McCahery e.a. 2010

J. McCahery, E.P.M. Vermeulen, M. Hisatake en J. Saito, 'The New Company Law: What Matters in an Innovative Economy', in: J. McCahery, L. Timmerman en E.P.M. Vermeulen (red.), *Private Company Law Reform. International and European Perspectives*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2010, p. 71-118

Montaigne (1595) 1993

M.E. de Montaigne, *Essays*, Amsterdam: Boom 1993 (Essais 1595, vertaald door F. de Graaff)

NTMO 2003

Netwerk Toekomst Maatschappelijke Onderneming, *De waarde van de maatschappelijke onderneming geborgd*, 2003, te raadplegen op <www.vno-www.nl/SiteCollectionDocuments/PMO/de_waarde_van_de_maatschappelijke_onderneming_geborgd.pdf>

Oranje & Van der Goes-Lunneker 2009

F.J. Oranje & R. Van der Goes-Lunneker, 'Een verantwoorde maatschappelijke onderneming?', TOP 2009(7), p. 239-245

Pestoff 1998

V.A. Pestoff, *Beyond the market and state: social enterprises and civil democracy in a welfare state*, Aldershot Publishers, 1998

Pijls 2007

A.C.W. Pijls, 'De Belgische Vennootschap met Sociaal Oogmerk', *Ondernemingsrecht* 2007-16, p. 607-611

Pirson 2009

M. Pirson, *Social entrepreneurship: a blue print for humane organisations*, in: H. Spitzack e.a. (red.), *Humanism in Business*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 248-258

Van der Ploeg 2008

T.J. van der Ploeg, 'De juridische inkadering van de maatschappelijke onderneming', in: *Maatschappelijk ondernemen in het bijzonder in de zorg* (Preadvies Vereniging 'Handelsrecht'), Deventer: Kluwer 2008

Plomp 2009

E. Plomp, 'Winstuitkeringen in de zorg', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2009-7, p. 517-530

Rapport van de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijke onderneming 2006

Rapport van de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijke onderneming, Rapport in opdracht van het Ministerie van Justitie, Den Haag, 2006, te raadplegen op <www.justitie.nl/images/Rapport2_tcm34-19363.pdf>

De Ru, Burggraaf & Spaans 2005

H.J. de Ru, J.L. Burggraaf en L.A.J. Spaans, *De Maatschappelijke Onderneming. Een studie naar de noodzaak en wenselijkheid van een eigen regeling voor de maatschappelijke onderneming in het rechtspersonenrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2005

Scheltema & Scheltema 2008

M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2008

Scheltema & Scheltema 2009

A.H. Scheltema & M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht: noodzakelijke veranderingen na de crisis*, in: Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht, Deventer: Kluwer 2009

Scholtes en Abeln 2008

H.H.M. Scholtes en H.J.B.M. Abeln, 'Governance in de gezondheidszorg', in: *Maatschappelijk ondernemen in het bijzonder in de zorg* (Preadvies Vereniging 'Handelsrecht'), Deventer: Kluwer 2008, p. 151-172

Schreuder 1994

C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, privaatrechtelijke rechtspersonen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994

Schwister 2009

D.J. Schwister, 'L3Cs: The Next Big Wave in Socially Responsible Investing or Just Simply Too Good to Be True?', working paper 2009 (www.ssrn.com)

Sennet 2006

R. Sennet, *The culture of the new capitalism*, Yale: Yale University Press 2006

Sennett 2008

R. Sennet, *The Craftsman*, Yale: Yale University Press 2008

SER 2005

Sociaal-Economische Raad, *Ondernemerschap voor de publieke zaak* (advies van 1 juni 2005, SER 05/04), Den Haag: SER 2005

SER 2010

Sociaal-Economische Raad, *Overheid en markt, Het resultaat telt! Voorbereiding bepalend voor succes* (advies van 19 maart 2010)

Sijmons & Van der Ende 2008

J.G. Sijmons en T.A.M. van der Ende, 'De juridische positionering van de zorginstelling', in: *Maatschappelijk ondernemen in het bijzonder in de zorg* (Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'), Deventer: Kluwer 2008

Stevens 2009

S.A. Stevens, 'Maatschappelijke ondernemingen en de uitkering van winst', WPNR 2009/6818, p. 873-884

Stevens 2010

S.A. Stevens, 'Kwaliteit van fiscale wetgeving: een case study van het wetsvoorstel maatschappelijke ondernemingen', in: *Rechtspraak in 2040* (Stevens-bundel), Deventer: Kluwer 2010

Thaler & Sunstein 2008

R. Thaler & C. Sunstein, *Nudge. Naar betere beslissingen over gezondheid, geluk en welvaart*, Amsterdam/Antwerpen: Business Contact, 2008

Wetenschappelijk instituut van het CDA 2005

Wetenschappelijk instituut van het CDA, *Investeren in de samenleving. Een verkenning naar de missie en positie van de maatschappelijke onderneming*, Den Haag: WI 2005

Winstuitkeringen in semi-publieke sectoren

Kenniscentrum voor Ordeningsvraagstukken, Winstuitkeringen in semi-publieke sectoren, 2006, <www.ez.nl/pv_obj_cache>

WRR 2004

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Bewijzen van goede dienstverlening*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2004

Yunnus 2009

M. Yunnus, Social business entrepreneurs are the solution, in: H. Spitzzeck e.a. (red.), *Humanism in Business*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 402-412

Zaman 2007

D.F.M.M. Zaman, 'Bestuur en toezicht bij de maatschappelijke onderneming', *Ondernemingsrecht* 2007-16, p. 592-597

Zijlstra 2008

S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid' in: *Privaat bestuur?* (Pre-adviezen uitgebracht voor de VAR), Amsterdam: Boom 2008, p. 82-86

Zimmerman 1992

R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Deventer: Kluwer 1992