

Leden van de Vaste Commissie voor Economische Zaken
Tweede Kamer der Staten-Generaal
Postbus 20018
2500 EA Den Haag

Betreft: voorstellen t.b.v. het AO over maatschappelijk verantwoord ondernemen, 11 februari 2010

Amsterdam, 8 februari 2010

Geachte Kamerleden,

Ten behoeve van uw debat over MVO op 11 februari a.s. willen wij u onze visie en aanbevelingen voorleggen over de volgende onderwerpen:

- ❖ Aansprakelijkheid van bedrijven en toegang tot recht voor slachtoffers waaronder het functioneren van het NCP
- ❖ Verplichte transparantie en rapportage door bedrijven over hun maatschappelijke impact
- ❖ MVO-criteria voor overheidssteun (inclusief het financieel buitenlandinstrumentarium)

Deze onderwerpen zijn in de visie van het MVO Platform belangrijke en samenhangende pijlers die nog ontbreken in het MVO-beleid van het kabinet. Tot nu heeft het kabinet zich vooral gericht op aanmoediging en facilitering van MVO. Daarnaast is met duurzaam inkopen een belangrijk begin gemaakt met het invullen van de rol van de overheid als (duurzame) marktpartij ofwel de voorbeeldrol van de overheid.

Wat nog ontbreekt is een consequente doorvoering van die voorbeeldrol (middels het koppelen van overheidssteun aan MVO-criteria), het creëren van een gelijk speelveld op het gebied van transparantie over de maatschappelijke impact van bedrijven en tenslotte adequate mogelijkheden om, indien noodzakelijk, bedrijven aansprakelijk te stellen voor schendingen van internationale normen op het gebied van mensenrechten, arbeid en milieu.

1. Aansprakelijkheid en toegang tot recht

Het MVO Platform verwelkomt het rapport van professor Castermans: 'De juridische verantwoordelijkheid van Nederlandse moederbedrijven voor de betrokkenheid van dochters bij schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten'. Tegelijkertijd is het MVO Platform van mening dat de opdracht voor dit onderzoek een belangrijke beperking kende: **de discussie over aansprakelijkheid zou in een breder internationaal kader geplaatst moeten worden**. Het MVO Platform vindt het een gemiste kans dat bij het formuleren van de opdracht geen link is gelegd met het werk van professor John Ruggie, Speciale Vertegenwoordiger van de Secretaris-Generaal van de VN op het gebied van mensenrechten en transnationale ondernemingen.

Castermans geeft aan dat onder bepaalde omstandigheden Nederlandse moederbedrijven op dit moment aansprakelijk kunnen worden gesteld. Het rapport gaat echter nauwelijks in op de vele barrières die het in de praktijk voor slachtoffers uit met name ontwikkelingslanden, uitermate moeilijk maken om in Nederland genoegdoening te vinden. **Nederland dient zich in te spannen om deze belemmeringen voor slachtoffers weg te nemen**. Gezien de ingewikkelde concernstructuren en interne besluitvormingsprocessen die niet voor derden toegankelijk zijn, is het voor slachtoffers vaak onmogelijk aan te tonen dat een moederbedrijf controle heeft over een dochterbedrijf. De bewijslast zou daarom niet uitsluitend bij het slachtoffer moeten liggen.

De huidige situatie betekent ook dat er een grote mate van rechtsonzekerheid is ten aanzien van de vraag of en wanneer moederbedrijven aansprakelijk kunnen worden gesteld voor betrokkenheid van een dochterbedrijf bij schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten. Wij bepleiten daarom **aanpassing van de wetgeving zodat aansprakelijkheid en zorgplicht eenduidiger vastliggen**. Dit zou ook in lijn zijn met het internationale debat waarin Ruggie onlangs stelde dat meer

verheldering nodig is voor de *due diligence* die van bedrijven wordt verwacht ten aanzien van mensenrechten.¹

In bijlage 1 doen wij een aantal concrete voorstellen voor wetwijzigingen die de bestaande rechtsonzekerheid verminderen. Hiervan kan zowel een preventieve als een stimulerende werking uitgaan. Voor ondernemingen moet duidelijker zijn waarvoor zij verantwoordelijk zijn, zodat zij de juiste maatregelen kunnen nemen om schendingen te voorkomen.

De staatssecretaris laat zich in de MVO-voortgangsrapportage positief uit over de bevinding uit het rapport dat vrijwillige bedrijfscodes ook in *hard law* de mate van aansprakelijkheid bepalen. Dit is echter ook een verontrustend bericht: het betekent dat bedrijven zonder codes, dus bedrijven die zich minder inspanssen, moeilijker aansprakelijk te stellen zijn. Meer duidelijkheid over het normatief MVO-kader dat in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt geacht en hoever de aansprakelijkheid reikt, zou daarom direct bijdragen aan een *level playing field*.

Het NCP wordt vaak aangehaald als argument dat verdere maatregelen niet nodig zijn. De effectiviteit van dit instrument dient daarom meegenomen te worden bij het behandelen van de vraag of Nederland voldoende bescherming biedt aan slachtoffers van schendingen. Staatssecretaris Heemskerk heeft meerdere malen maatschappelijke organisaties opgeroepen meer cases in te dienen bij het NCP. Het uitblijven van cases zou volgens sommigen de goede MVO-prestaties van het Nederlandse bedrijfsleven bewijzen.

Een reden voor het uitblijven van grote aantallen klachten of meldingen bij het Nederlandse NCP is echter de geringe verwachting dat dit instrument daadwerkelijk een gedragsverandering bij ondernemingen kan bewerkstelligen. De investering van de beperkte tijd en middelen van maatschappelijke organisaties, zeker in ontwikkelingslanden, weegt momenteel niet op tegen de mogelijke uitkomsten. Dat zou wel het geval zijn als het **NCP meer instrumenten in handen zou krijgen om bedrijven te corrigeren en slachtoffers te compenseren indien bedrijven zich niet vrijwillig houden aan fundamenteel erkende normen.**

Tot nu toe zijn de uitkomsten van diverse zaken die aanhangig zijn gemaakt, ook met het nieuwe, meer onafhankelijke Nederlandse NCP, teleurstellend geweest. Terwijl het NCP voor zichzelf voornamelijk een bemiddelende rol ziet, heeft het NCP nog geen enkele bemiddelingspoging kunnen opzetten. Meer bevoegdheid en prikkels om bedrijven ertoe aan te zetten de OESO Richtlijnen en het NCP serieus te nemen zijn noodzakelijk. Nu is het NCP te afhankelijk van een coöperatieve houding van het bedrijf in kwestie.

Minister Koenders en staatssecretaris Heemskerk deden de toezegging te komen met een voorstel voor uitbreiding van het Nederlands NCP. Deze herziening zou aangegrepen moeten worden om het **NCP een actievere rol te geven, zoals het zelf aandragen van cases in samenwerking met stakeholders en een toetsende rol bij het opvolgen van aanbevolen verbeteringen.**²

2. Rapportage over sociale en milieuaspecten

Door staatssecretaris Heemskerk wordt gesteld dat Nederland voorop loopt op het gebied van MVO-verslaggeving en/of MVO-prestaties. MVO-transparantie en MVO-prestatie lopen in deze discussie vaak door elkaar. Wij namen, net als de staatssecretaris, de praktijk in Nederland en een aantal andere landen onder de loep, en willen het positieve beeld dat de staatssecretaris schetst nuanceren. Enkele Nederlandse bedrijven eindigen zeer hoog in de Dow Jones Sustainability Index. Dit is winst, alhoewel deze index niet voor alle sectoren, in het bijzonder de financiële sector, een even veelzeggend criterium is. Daarnaast zien we zowel bij de Dow Jones Sustainability Index, de transparantiebenchmark als bij de VBDO ketentransparantiebenchmark veel achterblijvers: bedrijven die niet of zeer slecht rapporteren over MVO-onderwerpen.

Er kan dus niet in zijn algemeenheid worden gezegd dat Nederland voorop loopt op het gebied van MVO-verslaggeving. Daarnaast zeg verslaggeving niet noodzakelijkerwijs iets over de praktijk. MVO-rapportage is een noodzakelijke maar geen voldoende voorwaarde voor daadwerkelijke verbetering

¹ "A pure model of self-regulation beyond compliance with national laws lacks prima facie credibility".¹ Statement by John Ruggie during the Consultation on operationalizing the framework for business and human rights presented by the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Geneva 5-6 October 2009.

²Het Britse NCP deed enkele malen vergaande uitspraken. Maar ook hierover stelde de Britse parlementaire onderzoekscmissie naar bedrijfsleven en mensenrechten onlangs: "*It is unacceptable for the Government not to have a strategy in place dot deal wiht companies subject to negative final statements by the UK NCP [National Contact Point]. The credibility of findings of the UK NCP would be enhanced considerably if the Government had a clear and consistent policy on its response to final statements.*" punt 83, 'Any of our business? Human rights and the UK private sector', december 2009. <http://www.publications.parliament.uk/pa/it200910/itselect/itrights/5/5i.pdf>

van de maatschappelijke impact van bedrijven.

Gebaseerd op ervaringen in het buitenland zien wij diverse mogelijkheden voor verbetering van de Nederlandse rapportagepraktijk.

In de eerste plaats is een **verplichtend karakter van MVO-rapportage** wenselijk. Hier zal een prikkel voor MVO vanuit gaan voor bedrijven die nu achterblijven. We zien in Frankrijk, Zuid-Afrika, Groot-Brittannië en Denemarken uiteenlopende modellen waarmee in wetgeving tot uitdrukking wordt gebracht dat bedrijven dienen te rapporteren over maatschappelijke aspecten. Hoewel de staatssecretaris stelt dat ook in Nederland sprake is van verplichting kent de Nederlandse regeling via het Burgerlijk Wetboek een grote beperking: de plicht tot rapporteren over maatschappelijke aspecten is vereist voor zover deze (financiële) gevolgen kunnen hebben voor het bedrijf. Een zelfstandige plicht tot rapporteren over aspecten van *maatschappelijk belang* is dus een belangrijke en principiële aanvulling die spoort met de groeiende maatschappelijke en politieke consensus dat bedrijven niet alleen economische maar ook maatschappelijke doelen moeten nastreven en daarvoor verantwoordelijk zijn. Deze verplichting tot rapportage zou via enkele toetsbare vereisten in de Nederlandse wet opgenomen moeten worden en zowel betrekking moeten hebben op beleid, en uitvoering als op de impact van het MVO-beleid.

De wettelijke verplichting tot MVO-rapportage moet gaan gelden voor een **ruime groep bedrijven**: in de eerste plaats beursgenoteerde ondernemingen, maar ook, conform het voorstel van Burgmans³ voor alle bedrijven met meer dan 50 werknemers. MVO-rapportage zou uiteraard verplicht moeten zijn voor bedrijven die in aanmerking willen komen voor **overheidssteun** (zoals het financieel buitenland instrumentarium), voor **overheidsaanbestedingen**, en tot slot voor bedrijven met **staatsdeelneming**. Het hanteren van dezelfde criteria voor MVO-rapportage in al deze gevallen kan op deze manier een functie hebben in het bereiken van meer eenduidigheid en coherentie in beleid dat momenteel afzonderlijk wordt ontwikkeld rond duurzaam inkopen en het financieel buitenlandinstrumentarium.⁴

Als rapportagerichtlijn heeft een internationaal erkend en vergelijkbaar systeem de voorkeur boven eigen Nederlandse richtlijnen. Wij bepleiten daarom **rapportage op basis van de GRI richtlijnen**, te meer daar GRI een internationaal geaccepteerd multistakeholderinitiatief is dat zich ontwikkeld op basis van nieuwe inzichten.

Goede, vergelijkbare MVO-rapportage kan uitmonden in een **duurzaamheidsindex op de beurs**, conform het voorbeeld Zuid-Afrika. Deze duurzaamheidsindex kan leidend worden voor zowel particuliere als institutionele investeerders.

In bijlage 2 treft u achtergrondinformatie over zowel de Nederlandse praktijk als over enkele buitenlandse rapportagesystemen.

3. MVO-criteria en overheidssteun

De uitvoering van de moties Voordewind en Ortega-Martijn met betrekking tot MVO-criteria die aan overheidssteun gesteld worden, heeft in uw Kamer tot diverse aanvullende vragen en moties geleid. MVO-criteria stellen aan buitenlandinstrumentarium is een belangrijk instrument om MVO en (keten)verantwoordelijkheid te stimuleren. Wij achten het daarom van groot belang dat dit effectief wordt ingevuld en dat coherentie wordt gezocht met ander overheidsbeleid, zoals bijvoorbeeld de sociale criteria voor duurzaam inkopen.

In de criteria zou **geen onderscheid gemaakt moeten worden tussen kinder- en dwangarbeid enerzijds en non-discriminatie en vakbondsvrijheid anderzijds**. Deze Verdragen maken alle vier deel uit van de fundamentele arbeidsnormen van de ILO.

In het AO over MVO van 9 december 2009 werd door diverse fracties gevraagd naar dit onderscheid. Staatssecretaris Heemskerk verdedigde dit onderscheid met het argument dat de Verdragen met betrekking tot de laatste twee normen door een aantal landen *niet* zijn geratificeerd. Dat geldt echter ook voor de Verdragen rond kinder- en dwangarbeid. Bovendien onttrekt het deze landen niet van

³ "Geborgd of Verborgen", rapport van de commissie Burgmans over maatschappelijke aspecten in corporate governance, november 2008.

⁴ Ten aanzien van duurzaam inkopen wil: "de opdrachtgever [overheid] zich een oordeel kunnen vormen over de wijze waarop de opdrachtnemer de contractueel afgesproken inspanningen voor sociale criteria is nagekomen" maar tegelijkertijd krijgen de bedrijven een grote mate van vrijheid over hoe zij rapporteren.

de verplichting tot naleving omdat ze deel uitmaken van de fundamentele arbeids- en mensenrechtennormen die zowel door leden als niet-leden van de ILO nageleefd dienen te worden.

Bedrijven die overheidsteun vragen en in landen en sectoren met veel arbeidsschendingen werken moeten de kans krijgen te werken aan een **resultaatgericht verbeterplan** met betrekking tot de fundamentele arbeidsnormen. Bestaande door de overheid gesteunde initiatieven zoals het IDH en multistakeholderinitiatieven als Fair Wear en FSC, kunnen daarbij een ondersteunende rol spelen. De eis aan bedrijven om bij steun van de overheid onmiddellijk bewijs te leveren dat er geen sprake is van kinder- en dwangarbeid in hun keten is in veel gevallen niet haalbaar en zou mogelijk contraproductief kunnen werken. De bestaande MVO- praktijk – ook toegepast bij duurzaam inkopen – is dat bedrijven niet aan het onmogelijke kunnen worden gehouden. De heer Heemskerk wakte in de Kamer de indruk, mede aan de hand van een ‘brandbrief’ van VNO-NCW, dat bedrijven niet meer in bepaalde landen zouden kunnen opereren als bijvoorbeeld getoetst wordt op vakbondsvrijheid. Echter, van bedrijven wordt niet gevraagd om bijvoorbeeld China te mijden vanwege gebrek aan vakbondsvrijheid. Wél wordt van hen verwacht dat zij zich binnen hun mogelijkheden inspannen voor verbeteringen die zoveel mogelijk in de geest zijn van de fundamentele arbeidsrechten. In China betekent dat bijvoorbeeld bevordering van werknemersoverleg met de werkgever op bedrijfsniveau.

Deze procesbenadering maakt het ook mogelijk de **hele productieketen bij het verbeterplan te betrekken** en de te stellen eisen niet te beperken tot de ‘eerste wezenlijke toeleveranciers’. Bedrijven kan gevraagd worden beleid en praktijk te ontwikkelen voor een goede naleving van arbeidsrechten in de keten. De belangrijkste reden daarvoor is: de meeste schendingen van arbeidsrechten vinden verderop in de keten plaats.

Het bovenstaande sluit qua methodiek aan bij de aanpak die de afgelopen jaren is ontwikkeld voor duurzaam inkopen. In diezelfde lijn is het noodzakelijk om ook **mensenrechten- en milieucriteria** toe te voegen aan de criteria voor steun aan bedrijven via het financieel buitenlandinstrumentarium. Deze benadering, waarbij bedrijven al hun maatschappelijke risico's in kaart moeten brengen en aanpakken, is in lijn met de hierboven genoemde visie op *due diligence* van John Ruggie. Tot slot pleiten wij ervoor om ook **andere vormen van overheidsteun aan bedrijven in kaart te brengen** en deze ook te betrekken bij de uitvoering van het hierboven bepleitte beleid.

Hoogachtend,

Namens het MVO Platform,

Gerard Oonk
Suzan van der Meij

Bijlagen:

- 1 Juridische mogelijkheden om aansprakelijkheid beter te verankeren in de Nederlandse wet
2. Nederland nog geen gidsland; een onderzoek naar MVO rapportage.

Bijlage 1

Juridische mogelijkheden om aansprakelijkheid beter te verankeren in de Nederlandse wet

- **Een algemene wettelijke regeling voor aansprakelijkheid in concernverband in Boek 2;** binnen het ondernemingsrecht. Gezien de plek van de concernartikelen in boek 2, zou hiervoor een nieuw artikel 2:24e kunnen worden gecreëerd.

Het MVO Platform is van mening dat de verantwoordelijkheid voor schendingen daar dient te liggen waar de controle wordt uitgeoefend en waar de winsten uit activiteiten uiteindelijk naartoe stromen: naar het moederbedrijf. Door deze regeling in boek 2 op te nemen zou de onduidelijkheid wegvallen of de leer van de Hoge Raad alleen toeziet op faillissementszaken dan wel gevallen waarin geen verhaal is bij de dochter en daarom de moeder wordt aangesproken.

Door een artikel in boek 2 zal in algemene zin meer verantwoordelijkheid ontstaan binnen concern verbanden. Dit zal de maatschappij op een breder vlak ten goede zal komen, zowel met betrekking tot financiële zaken (moeder die dochter failliet kan laten gaan en zelf 'gewoon' door kan) als andere zaken (moeder die zich nu verschuilt achter concern structuur bij schending mensenrechten door buitenlandse dochter).

- **Een nieuw artikel, dat een zorgplicht bepaalt voor bedrijven ten aanzien van fundamentele, internationaal erkende rechten,** waarbij in ieder geval ook het begrip 'fundamentele internationaal erkende rechten' moet worden gedefinieerd. Een dergelijke bepaling zou goed in boek 6 passen, bijvoorbeeld ergens na 6:162 BW, tussen de bijzonder aansprakelijkheidsartikelen.

Deze zorgplicht houdt in dat bedrijven een verplichting hebben om onderzoek te doen naar de risico's op schendingen van mensenrechten en milieu in de toeleveringsketen (althans, dat deel waar zij een significante impact op hebben). Bovendien moeten bedrijven er alles aan doen om schendingen – daar waar risico's zijn geïdentificeerd of hadden moeten worden geïdentificeerd – te voorkomen of te beperken. De zorgplicht zou aldus tevens een onderzoeksplicht met zich mee brengen op het gebied van deze fundamentele rechten, die zich uitstrekt over de (toeleverings)keten.

De in dit artikel verwoorde inkleding van de zorgvuldigheidsnorm zou minimaal de volgende elementen moeten omvatten:

1. Hebben de ondernemingsactiviteiten impact op een door het recht beschermd belang, in het bijzonder een internationaal erkend mensenrecht of andere fundamentele (sociale of milieu) norm?
2. Wist de onderneming van het risico op schending van een dergelijk belang of dergelijke norm of behoorde zij dat te weten?" (in de toelichting op een dergelijk wetsartikel zal moeten worden verwezen naar de verplichting tot due diligence in oa concernverband, samenwerkingsverbanden en naar toeleveranciers, zoals ook John Ruggie dit aangeeft).
3. Heeft de onderneming voldoende voorzorgsmaatregelen genomen om te voorkomen dat mensenrechten zouden worden geschonden?
4. Draagt de onzorgvuldigheid van de onderneming bij aan de schade van het slachtoffer?

- **Een zorgplicht voor bestuurders** t.a.v. fundamentele (mensenrechten, milieu- en sociale) normen, vergelijkbaar met bestuurdersaansprakelijkheid in het geval van faillissement. Hiertoe zou in boek 2 of een lid aan artikel 2:138 resp. 2:248 BW kunnen toegevoegd of een nieuw artikel 2:138a resp. 2:248a kunnen worden gemaakt.

Als we als maatschappij aansprakelijkheid voor schending van fundamentele internationaal erkende rechten door bedrijven echt serieus nemen, zal ook een bestuurder die namens de vennootschap bepaalde handelingen verricht of nalaat, terwijl hij wist of redelijkerwijze moest begrijpen dat de vennootschap hierdoor bepaalde fundamentele rechten zou schenden en derden hierdoor schade zouden lijden aansprakelijk zijn. De bewijslast ligt dan bij de bestuurder die omstandigheden zal moeten aanvoeren op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk ter zake van de benadeling niet een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dit is analoog geredeneerd met de huidige leer van de Hoge Raad op grond van bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement.

- **Verplichtte transparantie ten aanzien van concernstructuren:** het bestaande Albeda Jelgersma II criterium⁵ ('hoe groter het inzicht en de controle, hoe hoger de zorgplicht') zou eveneens in een artikel moeten worden verwerkt. Daarbij valt te denken aan een verplichte transparantie door het bedrijf ten aanzien van haar concernstructuur omdat dit nu in veel gevallen moeilijk voor een buitenstaander is aan te tonen.

Moederbedrijven die op hun zorgplicht moeten worden aangesproken hebben op dit moment een aantal grote voordelen vanuit juridisch perspectief. Internationale concernstructuren zijn doorgaans ondoorzichtig voor de buitenwereld en bestaan uit verschillende soorten rechtspersonen, verschillende besturen, onduidelijke verhoudingen, etc. Daarbij ligt een zware bewijslast bij de eisende partij (slachtoffer) die het inzicht in en controle over de beleidsvorming van de dochter moet bewijzen. Transparantie over concernstructuren zou daarom de toegang tot de rechtspraak bevorderen voor slachtoffers van schendingen door bedrijven binnen Nederlandse concernstructuren.

⁵ HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487