

Artikel

Vervolging van ondernemingen voor schendingen van de mensenrechten: mogelijkheden naar Nederlands strafrecht

Mr. E.M. van Gelder en prof. dr. C.M.J. Ryngaert*

118

1. Inleiding

In toenemende mate lijken internationaal opererende ondernemingen betrokken te zijn bij mensenrechtenschendingen. De reikwijdte van de maatschappelijke verantwoordelijkheid die deze ondernemingen toekomt voor de bedrijfsvoering in het buitenland, is daarmee onderwerp van discussie. Sinds de *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* (2011) in Nederland werden geïmplementeerd in het *Nationaal Actieplan bedrijfsleven en mensenrechten*,¹ vormt de naleving van deze beginselen door ondernemingen een prioriteit voor de Nederlandse overheid. In dit artikel wordt nagegaan of internationaal opererende ondernemingen in die context *strafrechtelijk* aansprakelijk kunnen worden gesteld in Nederland.

Dit artikel is gebaseerd op het Nederlandse rapport voor de *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP),² dat onderzoek doet naar de mogelijkheden die het strafrecht

schept voor de vervolging van ondernemingen wat betreft grensoverschrijdende inbreuken op mensenrechten. Het rapport betrof meer specifiek de kwestie van de *rechtsmacht*: heeft Nederland rechtsmacht om ondernemingen te vervolgen voor in het buitenland gepleegde schendingen van de mensenrechten? Het rapport is geschreven op basis van een door de AIDP vooraf opgestelde vragenlijst. Er zijn verschillende interviews afgenomen met experts uit het veld om de antwoorden op de vragen nader te onderbouwen met ervaringen uit de praktijk. In dit artikel worden de belangrijkste resultaten van dit onderzoek gepresenteerd. Hierbij ligt de nadruk op de toepassing van gronden voor (extraterritoriale) rechtsmacht op ondernemingen en hun activiteiten. Centraal staat de vraag welke gronden de Nederlandse strafwet biedt voor het vervolgen van ondernemingen in Nederland voor mensenrechtenschendingen extraterritoriaal gepleegd en wanneer Nederland hiervoor rechtsmacht toekomt. Het onderzoek is hypothetisch van aard, in die zin dat de auteurs nagaan welke *mogelijkheden* het Nederlandse strafrecht biedt voor vervolging. In de praktijk is het Openbaar Ministerie (hierna: OM) nog niet overgegaan tot vervolging van ondernemingen met betrekking tot in het buitenland gepleegde mensenrechtenschendingen.

Eerst wordt in de paragrafen 2 en 3 kort uiteengezet hoe strafrechtelijke aansprakelijkheid van een onderneming in Nederland wordt gevestigd en op grond van welke delictomschrijvingen een vervolging kan worden ingesteld voor mensenrechtenschendingen. Paragraaf 4 bespreekt de gronden waarop Nederland rechtsmacht kan uitoefenen over dergelijke schendingen en hoe deze gronden geïnterpreteerd dienen te worden in het licht

* Mr. E.M. van Gelder is promovenda aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Prof. dr. C.M.J. Ryngaert is hoogleraar internationaal publiekrecht aan de Universiteit Utrecht. Het onderzoek dat heeft geresulteerd in deze publicatie werd gefinancierd door de European Research Council op basis van het Starting Grant Scheme (Proposal 336230 – UNIJURIS) en NWO op basis van het VIDJ-schema (No. 016.135.322).

1. Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Nationaal Actieplan bedrijfsleven en mensenrechten*, oktober 2014 <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2014/01/30/national-action-plan-on-business-and-human-rights>> geraadpleegd 19 maart 2017.
2. 'Association Internationale de Droit Pénal' <<http://www.penal.org/en>> geraadpleegd 19 maart 2017.

van transnationale bedrijfsvoering. In paragraaf 5 wordt een verklaring gezocht voor het feit dat het OM tot nu toe niet is overgegaan tot vervolging van ondernemingen voor in het buitenland begane mensenrechtenschendingen. In paragraaf 6 volgen de afsluitende opmerkingen.

2. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen

Een onderneming kan in Nederland strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor het plegen en medeplegen van een strafbaar feit (art. 51 lid 1 Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr)). Daarvoor moet allereerst worden vastgesteld of de onderneming kan gelden als dader, dus of zij geadresseerde is van de norm die besloten ligt in de delictomschrijving. Vervolgens moet de strafrechtelijke gedraging kunnen worden toegerekend aan de onderneming. De basis voor het vestigen van deze strafrechtelijke aansprakelijkheid is de redelijke toerekening van de strafrechtelijke gedraging van één of meer natuurlijke personen aan de rechtspersoon.³ In het Drijfmetarrest⁴ oordeelde de Hoge Raad dat deze redelijke toerekening afhangt van de concrete omstandigheden van het geval. Hierdoor is het moeilijk om een algemene regel omtrent toerekening te formuleren. Bij het beantwoorden van de vraag over de toerekening vormt een belangrijk oriëntatiepunt niettemin of het gedrag is verricht of heeft plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon. De Hoge Raad noemde vier omstandigheden die voldoen aan dit 'sfeer'-criterium:

- 'het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit andere hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon,
- de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon,
- de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf,
- 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 aanvaarden kan ook vallen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kan worden gevergd met het oog op het voorkomen van de gedraging.⁵ Wanneer één of meer van de bovenstaande

gedragingen heeft plaatsgevonden, is het in beginsel redelijk om de gedraging aan de rechtspersoon toe te rekenen. Deze omstandigheden zijn niet-cumulatief en flexibel. Zij geven de rechter hiermee de ruimte om additionele, meer specifieke criteria te formuleren.⁶

Het *Drijfmet*-kader is enkel van toepassing op de vraag of de rechtspersoon als dader kan worden aangemerkt.⁷ Om de onderneming strafrechtelijk aansprakelijk te stellen voor misdrijven is naast bewijs van de *actus reus* doorgaans ook vereist dat de *mens rea* kan worden bewezen (deze eis hoeft bij overtredingen meestal niet te worden bewezen omdat het geen bestanddeel vormt van de delictomschrijving). Daarvoor dient te worden bewezen dat de onderneming intentioneel, roekeloos of met grove nalatigheid handelde indien dat ten laste is gelegd.⁸ Deze bestanddelen kunnen indirect aan de onderneming worden toegerekend door de geestesgesteldheid van een natuurlijk persoon die geassocieerd is met de onderneming, toe te rekenen aan de onderneming. Deze toerekening is afhankelijk van factoren zoals de interne organisatie van een onderneming evenals de feitelijke taken, positie en verantwoordelijkheid van de natuurlijke persoon werkzaam binnen de onderneming.⁹ Daarnaast kan de 'bijeengeharkte' opzet of culpa van meerdere natuurlijke personen worden toegerekend aan de onderneming.¹⁰ Ook kan 'eigen' opzet of culpa worden bewezen door deze rechtstreeks toe te rekenen aan de rechtspersoon. Deze opzet of culpa kan worden afgeleid uit de interne organisatie van een rechtspersoon zoals de bedrijfsvoering, de beslissingscultuur, de feitelijke gang van zaken en het heersende psychisch klimaat.¹¹

3. Mensenrechtenschendingen als strafrechtelijke inbreuken

Om strafrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen voor schendingen van mensenrechten vast te stellen is vereist dat deze schendingen als zodanig strafbaar zijn gesteld in het Wetboek van Strafrecht of in andere strafrechtelijke wetgeving. De Wet internationale misdrijven

3. F.G.H. Kristen, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht', in: A.J.A.J. Eijsbouts & J.M. de Jongh (red.), *Maatschappelijk verantwoord ondernemen (Handelingen Nederlandse Juristenvereniging 2010)*, Deventer: Kluwer 2010, p. 133.
 4. HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis; AB 2004/310, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.
 5. HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, r.o. 3.4.

6. F.G.H. Kristen, supra note 3, p. 137.
 7. HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, r.o. 3.5.
 8. M. Hornman & E. Sikkema, 'Corporate Intent: In Search of a Theoretical Foundation for Corporate Mens Rea', in: F. de Jong, J.A.E. Vervaele, M.M. Boone, C. Kelk, F.A.M.M. Koenraadt, F.G.H. Kristen, D. Siegel-Rozenblit & E. Sikkema (eds.), *Overarching views of delinquency and deviancy – rethinking the legacy of the Utrecht School*, The Hague: Eleven International Publishers 2015, p. 290.
 9. *Kamerstukken II 1975/76*, 13655, 3, p. 19.
 10. M. Hornman & E. Sikkema, supra note 8, p. 297.
 11. M. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggeven- den van ondernemingen. Een beschouwing vanuit multidimensionaal perspectief* (diss. UU), Den Haag: Boom juridisch 2016; L. Enneking e.a., *Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen: een rechtsvergelijkend en empirisch onderzoek naar de stand van het Nederlandse recht in het licht van de UN Guiding Principles*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 140.

(hierna: WIM) stelt de meest ernstige mensenrechtenschendingen strafbaar, namelijk deze schendingen die als internationale misdrijven kwalificeren (genocide, misdaden tegen de mensheid, oorlogsmisdaden, foltering). Delictsomschrijvingen in het commune strafrecht lenen zich echter ook voor het vervolgen van bepaalde mensenrechtenschendingen, zelfs al verwijzen deze omschrijvingen niet expliciet naar de mensenrechten. Aangezien ondernemingen normaal geen mensenrechtenschendingen door commissiedelicten begaan, maar eerder door nalatigheid en gebrekkig toezicht, gaat het daarbij met name om delictsomschrijvingen die in een zorgplicht voorzien.¹² Verschillende typen van delicten komen in aanmerking, in het bijzonder de culpoze delicten alsook eigenlijke en oneigenlijke omissiedelicten.

Bij de culpoze delicten ligt er een zorgplicht besloten in de delictsomschrijving, hierbij vormt de schuld in de zin van culpa een subjectief bestanddeel van de delictsomschrijving.¹³ Bij deze delicten kan de algemene veiligheid van personen zozeer in gevaar komen, dat dit leidt tot groot en onherstelbaar nadeel voor personen. De wet beteugelt daarom ook onvoorzichtigheid, nalatigheid en het gebrek aan voorzorg; dus de schuld waarin het feit zijn oorsprong heeft.¹⁴ Deze delictsbepalingen treffen dus naast een onderneming die met opzet handelt ook die onderneming waaraan de schuld van het feit te wijten is. In de rechtspraak en doctrine wordt aangenomen dat voor culpa is vereist dat het gevolg is ingetreden door de verwijtbare aanmerkelijke mate van onvoorzichtigheid.¹⁵ Zo kan een Nederlandse moederonderneming strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld wanneer verwijtbaar aanmerkelijk onvoorzichtig is gehandeld, wat heeft geleid – door bijvoorbeeld een dochteronderneming, filiaal, of zelfs toeleverancier in het buitenland – tot dood door schuld (art. 307 Sr) of brandstichting, ontploffing of overstroming (art. 158 Sr). Ook kunnen omissiedelicten relevant zijn. Hierbij vormt het nalaten van een bepaalde verplichting het strafbare feit. Een voorbeeld is een ouder die zijn kind niet de zorg verleent die het kind verlangt, waardoor het kind overlijdt.¹⁶ dit kan worden gekwalificeerd als doodslag in de zin van artikel 287 Sr.

De zorgplicht die in de relevante delictsomschrijvingen besloten ligt, is een open, flexibele norm, waaraan *in concreto* invulling moet worden gegeven. Gezien de specifieke aard van mensenrechtenschendingen ligt het voor de hand dat voor de invulling van de zorgplicht

aansluiting wordt gezocht bij internationaal ontwikkelde standaarden en *best practices* voor maatschappelijk verantwoord ondernemen,¹⁷ bijvoorbeeld verschillende OESO-richtlijnen inzake *due diligence*.¹⁸ Deze standaarden en praktijken kunnen verduidelijken wat normaal van een onderneming gevergd wordt inzake het voorkomen van mensenrechtenschendingen in de bedrijfsvoering.

4. Rechtsmacht over 'extraterritoriaal' gepleegde inbreuken

De mensenrechtenschendingen waarvan sprake in deze bijdrage worden doorgaans gepleegd in het buitenland, waar de onderneming, in haar zoektocht naar de grootste rendabiliteit, geïnvesteerd heeft, dochterondernemingen of filialen heeft opgericht, of producten afneemt van toeleveranciers. Aangezien de schendingen 'extraterritoriaal' worden begaan, rijst de vraag of Nederland überhaupt rechtsmacht heeft. Het blijkt dat de Nederlandse strafwet ruime mogelijkheden voor vervolging biedt, hoewel deze tot nu toe niet werden benut.

Op 1 juli 2014 zijn de regels betreffende rechtsmacht, neergelegd in de Nederlandse strafwet, herzien met de inwerkingtreding van de Wet herziening betreffende extraterritoriale rechtsmacht in strafzaken.¹⁹ Hoewel de gronden voor rechtsmacht in het Wetboek van Strafrecht niet expliciet verwijzen naar een rechtspersoon, zijn zij algemeen van toepassing aangezien onder een 'persoon' ook een 'rechtspersoon' wordt begrepen.²⁰ Nederland komt rechtsmacht toe wanneer er een substantiële relatie is tussen een natuurlijk persoon of rechtspersoon en Nederland, doorgaans op grond van een relatie met het Nederlands grondgebied of de Nederlandse nationaliteit. Op grond van universele rechtsmacht is echter geen link met Nederland vereist, maar dit beginsel geldt alleen voor een beperkt aantal, zeer ernstige delicten opgenomen in de WIM, ongeacht de plaats waar dit misdrijf is gepleegd.

12. L. Enneking e.a., supra note 11, p. 143.

13. L. Enneking e.a., supra note 11, p. 142.

14. C.P.M. Cleiren, 'Commentaar op Titel XXI Sr', in: C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns, M.J.M. Verpalen (eds.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016.

15. C.P.M. Cleiren, 'Commentaar op Titel XXI Sr', in: C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns, M.J.M. Verpalen (eds.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016; J. de Hullu, *Materieel Strafrecht, over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht (vierde druk)*, Deventer: Kluwer 2015, p. 264.

16. J. de Hullu, *Materieel Strafrecht, over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht (vierde druk)*, Deventer: Kluwer 2015, p. 77.

17. L. Enneking e.a., supra note 11, p. 143.

18. OECD (2016), *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas: Third Edition*, OECD Publishing, Paris; OECD (2017), *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector*.

19. Wet van 27 november 2013 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de herziening van de regels over werking van de strafwet buiten Nederland, *Stb.* 2013, 484.

20. R. van Elst, 'Commentaar op artikelen 2-8 Sr, Commentaar op artikel 2 [Toepasselijkheid binnen Nederlands territorium]', in: Cleiren, Verpalen, Crijns, Arendse (eds.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016.

4.1. Territorialiteitsbeginsel

Op grond van het territorialiteitsbeginsel is de Nederlandse strafwet van toepassing op eenieder die verdacht wordt van een misdrijf gepleegd op Nederlands grondgebied (art. 2 Sr). Deze territorialiteit wordt ruim geïnterpreteerd. Wanneer een misdrijf is gepleegd, waarbij meerdere plaatsen kunnen gelden als de *locus delicti*, kan rechtsmacht ook worden gevestigd ten aanzien van gedragingen die deel uitmaken van dat strafbare feit en die extraterritoriaal zijn gepleegd.²¹

In de context van mensenrechtenschendingen door ondernemingen, wordt het territorialiteitsbeginsel relevant wanneer een onderneming verwijtbaar onzorgvuldig handelt, in de zin van *culpa*, op Nederlands grondgebied. Zo kan Nederland wellicht rechtsmacht vestigen over buitenlandse ondernemingen wanneer een vertegenwoordiger van die onderneming op Nederlands grondgebied geen adequate actie heeft ondernomen na geïnformeerd te zijn over extraterritoriale problemen, terwijl deze actie in redelijkheid van hem kon worden gevergd.

Wanneer een schending van de zorgplicht niet uitsluitend heeft plaatsgevonden op Nederlands grondgebied is het discutabel of Nederland rechtsmacht toekomt. Een schending zal vaak niet uitsluitend in Nederland plaatsvinden nu de bedrijfsvoering en besluitvorming van multinationale ondernemingen plaatsvindt tussen de moeder- en dochterondernemingen gevestigd in verschillende landen. Rechtsmacht op grond van het territorialiteitsbeginsel kan dan gevestigd worden wanneer een handeling van een in Nederland aanwezige werknemer of bedrijfsvoerder een grote rol speelde in het begaan van de extraterritoriale schending.²² Schneider betoogt zelfs dat de uitoefening van territoriale rechtsmacht over ondernemingen beperkt is tot de plaats waar de onderneming haar *centre of main interest* heeft, tenminste indien men een holistisch model aanhangt volgens welk model de aansprakelijkheid van een onderneming wordt gevestigd op grond van een organisatorisch falen.²³ Nederlandse rechtsmacht zou dan niet automatisch van toepassing zijn op het strafrechtelijke gedrag van een buitenlandse werknemer aanwezig in Nederland wanneer de *centre of main interest* van de onderneming buiten Nederland ligt. Het is sowieso niet erg waarschijnlijk dat het OM prioriteit geeft aan het vervolgen van buitenlandse ondernemingen die zorgplichten schenden op Nederlands grondgebied, die vervolgens resulteren in extraterritoriale schendingen, als deze ondernemingen geen nauwe banden met Nederland hebben.

21. HR 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6328, r.o. 2.4.

22. A. Schneider, 'Corporate Criminal Liability and Conflicts of Jurisdiction', in: D. Brodowski, M. Espinoza de los Monteros de la Parra, K. Tiedemann, J. Vogel (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, Cham: Springer 2014, p. 256 ('it would need to be considered whether any act of any person involved in the failure could trigger jurisdiction according to this principle, or whether only a major involvement would have this consequence').

23. A. Schneider, supra note 20, p. 254.

4.2. Nationaliteitsbeginsel

Nederland kan tevens rechtsmacht vestigen over Nederlandse ondernemingen voor misdrijven die zij buiten Nederland hebben gepleegd, op grond van het nationaliteitsbeginsel. De nationaliteit van een onderneming wordt op grond van de Nederlandse wet doorgaans vastgesteld op basis van de werkelijke vestigingsplaats van die onderneming, waarbij het niet vereist is dat de activiteiten van de rechtspersonen plaatsvinden op Nederlands grondgebied.²⁴ Op grond van het nationaliteitsbeginsel kan rechtsmacht worden gevestigd wanneer een Nederlandse onderneming zich in het buitenland schuldig maakt aan een feit dat in de Nederlandse strafwet als misdrijf wordt beschouwd én waarop door het land waar het misdrijf begaan is, straf is gesteld (art. 7 lid 1 Sr). Het is niet relevant of de onderneming naar buitenlands recht dader van een strafbaar feit kan zijn, maar bepalend is of het strafbare feit strafbaar is gesteld volgens de wet van het betreffende land.²⁵ Overigens kan op grond van het passief personaliteitsbeginsel rechtsmacht worden gevestigd wanneer een misdrijf wordt gepleegd in het buitenland *tegen* een Nederlandse onderneming. Voorwaarde voor de vestiging van rechtsmacht op deze grond is dat het betreffende misdrijf strafbaar is gesteld met ten minste acht jaar gevangenisstraf en dat het misdrijf strafbaar is gesteld in het land waar het misdrijf is gepleegd (art. 5 Sr).

4.3. Universaliteitsbeginsel

Artikel 51 lid 1 Sr inzake de aansprakelijkheid van rechtspersonen maakt geen onderscheid tussen types delicten en is daarmee ook van toepassing op de internationale misdrijven neergelegd in de WIM.²⁶ De artikelen 2 lid 1 sub a en 3-8 WIM bieden een grondslag voor het vestigen van (secundaire) universele rechtsmacht over ondernemingen die zich bevinden op Nederlands grondgebied en die verdacht worden van een van de WIM-misdrijven. Het zal niet vaak het geval zijn dat een onderneming een directe schending van een WIM-misdrijf pleegt. Eerder zal het geval zijn dat een Nederlandse moederonderneming een schending van zo'n misdrijf faciliteert. Zo kan de moederonderneming medeplichtig zijn aan een misdrijf door voorzorgsmaatregelen na te laten die redelijk van haar kunnen worden verwacht.

De grondslag voor universele rechtsmacht neergelegd in de WIM is secundair, hetgeen inhoudt dat een voorwaarde voor vestiging is dat de verdachte zich op Nederlands grondgebied 'bevindt' (art. 2(a)(1) WIM). Dit vormt een probleem bij de toepassing op ondernemingen nu de vraag rijst wanneer een onderneming zich

24. J. de Hullu, *Materieel Strafrecht, over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht (vierde druk)*, Deventer: Kluwer 2015, p. 147; F.G.H. Kristen, supra note 3, p. 131.

25. Art. 7(2) Sr bevat een aantal delicten die zijn uitgezonderd van deze eis van dubbele criminaliteit zoals neergelegd in art. 7(1) Sr.

26. Deze wet is ingevoerd na ondertekening van het Statuut van het Internationaal Strafhof. Nederland ondertekende het statuut van Rome tijdens de conferentie die de basis vormde van dit Statuut in 1998, Nederland ratificeerde het op 17 juli 2001.

precies 'bevindt' op Nederlands grondgebied en hiervoor een duidelijke definitie ontbreekt. Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat een onderzoek op grond van dit beginsel kan worden ingesteld wanneer er een sterk vermoeden bestaat om aan te nemen dat de verdachte zich op Nederlands grondgebied bevindt.²⁷ Wanneer de verdachte Nederland verlaat gedurende het onderzoek, blijft de rechtsmacht van kracht waardoor het mogelijk blijft om vervolging in te stellen en daartoe uitlevering kan worden geëist.²⁸ Over de exacte definitie van 'bevinden' geven de *Kamerstukken* noch de WIM echter uitsluit. Dat bemoeilijkt de bepaling wanneer aan dit criterium voldaan is, zeker in het geval van ondernemingen. Ervan uitgaande dat de vrijwillige aanwezigheid in Nederland na het gepleegde misdrijf vaak voldoende is om rechtsmacht te vestigen, kan beargumenteerd worden dat de aanwezigheid van een natuurlijk persoon wiens gedrag de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de onderneming veroorzaakte volstaat. Ook kan de aanwezigheid van een senior besluitvoerder in Nederland voldoende zijn om het vereiste 'bevinden' te vervullen, op grond van een holistisch model van organisatorisch falen. Het criterium 'bevinden' hoeft bovendien niet noodzakelijkerwijs te zien op werknemers of besluitvoerders in Nederland, maar kan wellicht ook zien op een in Nederland gevestigde dochteronderneming, filiaal, of productiefaciliteit.

5. De Nederlandse praktijk: afwezigheid van vervolging

Uit de voorgaande paragrafen blijkt dat de Nederlandse wet relatief ruime mogelijkheden schept om misdrijven aan ondernemingen toe te rekenen, om door deze ondernemingen begane mensenrechtenschendingen te vervolgen, en om rechtsmacht uit te oefenen met betrekking tot in het buitenland gepleegde misdrijven. Toch zijn in Nederland geen zaken bekend van ondernemingen die daadwerkelijk werden vervolgd voor extraterritoriaal gepleegde mensenrechtenschendingen.

Deze schijnbaar gebrekkige handhaving kan verklaard worden door de complexe aard van misdrijven die gepleegd zijn in een transnationale setting. Hiervoor is voldoende capaciteit, specifiek gepaste deskundigheid en voldoende kwaliteit van opsporingsambtenaren vereist. Binnen het OM is een en ander niet steeds voorhanden. Op grond van het opportuniteitsbeginsel (art. 167 Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv)), is het OM bevoegd om van vervolging af te zien op gronden aan het algemeen belang ontleend. Naast het toetsen van de opportuniteit, toetst het OM ook de haalbaarheid van een vervolging. Het OM geeft – begrijpelijkerwijs – pri-

oriteit aan zaken waarbij vervolging een goede kans van slagen heeft. Bij extraterritoriaal gepleegde misdrijven is dit moeilijk in te schatten, aangezien niet zonder meer kan worden gegarandeerd dat in het buitenland veilig en onafhankelijk onderzoek kan worden gedaan, dat er bewijs aanwezig is dan wel toegang tot dit bewijs verschaffd kan worden, en dat de veiligheid van getuigen voldoende gewaarborgd kan worden.

Deze problematiek kwam met name naar voren in de *Rival*-zaak. Het Nederlandse kraanverhuurbedrijf *Rival*, internationaal bekend onder de naam *Lima Holding B.V.*, verhuurde hijskranen en hoogwerkers aan Israël. Deze werden door Israëlische autoriteiten gebruikt bij de bouw van een muur rond de bezette Palestijnse gebieden. De bouw van deze muur werd in 2004 door het Internationaal Gerechtshof als een schending van het internationaal humanitair recht en de mensenrechten bestempeld.²⁹ De Palestijnse mensenrechtenorganisatie *Al Haq* diende een aangifte in tegen *Rival* wegens medeplichtigheid aan oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid door het willens en wetens verhuren van materiaal aan Israël voor de bouw van een muur en een Joodse nederzetting op bezet Palestijns gebied.³⁰ Het OM ondervond moeilijkheden in de samenwerking met de Israëlische autoriteiten, waardoor het niet aannemelijk was dat er voldoende bewijs kon worden verkregen nu het relevante bewijs besloten lag bij deze autoriteiten.³¹ Daarnaast was er een minimale betrokkenheid van *Rival* bij de bouw en beëindigde de onderneming haar activiteiten in Israël na de aangifte. De officier van justitie besloot om deze redenen geen vervolging in te stellen.³² Hoewel vervolging niet plaatsvond, heeft de zaak toch een breed publiek debat teweeggebracht over de activiteiten van Nederlandse ondernemingen in de bezette Palestijnse gebieden. Verschillende ondernemingen hebben zich na de zaak teruggetrokken uit deze gebieden. Zo heeft het Pensioenfonds PGGM de samenwerking beëindigd met vijf Israëlische banken wegens hun betrokkenheid bij een Israëlische nederzetting op de Westelijke Jordaanoever. Voorts heeft het Nederlandse waterbedrijf Vitens zijn samenwerking gestopt met het Israëlisch bedrijf Mekorot en beëindigde het Nederlandse advies- en ingenieursbedrijf Royal Haskoning DHV zijn betrokkenheid bij een afvalwaterzuiveringsproject in bezet

27. *Kamerstukken II* 2001/02, 28337, 3.

28. J.A.C. Bevers, 'Commentaar op artikel 2 WIM', in: J.A.C. Bevers, N.M. Blokker, J.F.L. Roording (red.), *Tekst & Commentaar: Internationaal Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

29. 'Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory', *Advisory Opinion ICJ Rep.* July 2004.

30. 'Al-Haq report of war crimes and crimes against humanity by *Rival*', *Böhler Advocaten* maart 2010 <<http://www.alhaq.org/images/stories/PDF/accountability-files/Complaint%20-%20English.pdf>>, geraadpleegd 19 maart 2017.

31. 'Geen verder onderzoek naar kraanverhuurder', *Landelijk Parket* mei 2013 <<https://www.om.nl/algemeen/english/@31795/verder-onderzoek/>>, geraadpleegd 4 maart 2017.

32. A. Smeulders, 'Tien jaar Wet Internationale Misdrijven – Een evaluatie', *DD* 2014/25, afl. 4, p. 287.

gebied in Oost-Jeruzalem.³³ Een en ander wijst erop dat van de loutere mogelijkheid van een strafrechtelijke vervolging reeds een heilzaam effect op laakbaar ondernemingsgedrag kan uitgaan en plaatst de afwezigheid van vervolging toch enigszins in perspectief.

Overigens zal het OM in beginsel geen onderzoek instellen naar malafide ondernemingen die niet meer zijn dan een lege huls die wordt gebruikt door een natuurlijk persoon, en dus feitelijk met de natuurlijke persoon samenvallen. Zoals een van onze respondenten aangaf, hebben dergelijke ondernemingen los van de natuurlijke persoon-verdachte vaak geen enkel bestaansrecht op zich. Dit was het geval bij de zaak-*Kouwenhoven*, een zaak die een Nederlandse zakenman betrof die in het bezit was van verschillende bedrijven die actief waren in Liberia tijdens de burgeroorlog en die connecties hadden met de toenmalige dictator Charles Taylor. Kouwenhoven leverde aan Taylor illegale wapens die tijdens de burgeroorlog gebruikt werden voor wreedheden. Omdat het bedrijf zelf geen bestaansrecht meer had, werd alleen een onderzoek ingesteld naar Kouwenhoven zelf. De Rechtbank Den Haag veroordeelde Kouwenhoven uiteindelijk tot acht jaar gevangenisstraf voor wapensmokkel; medeplichtigheid bij oorlogsmisdrijven werd afgewezen.³⁴ In hoger beroep werden beide tenlasteleggingen afgewezen wegens gebrek aan bewijs.³⁵ De Hoge Raad verwees de zaak terug naar het hof, op grond van onvoldoende motivering van het vonnis, met name de beslissing met betrekking tot het afwijzen van getuigen. Het OM moest het onderzoek opnieuw uitvoeren. In 2017 veroordeelde het Hof 's-Hertogenbosch Kouwenhoven tot 19 jaar cel voor overtredingen van de Sanctiewet en voor medeplichtigheid aan oorlogsmisdrijven.³⁶

6. Afsluitende opmerkingen

In Nederland kan een strafbaar feit zowel door een natuurlijk als door een rechtspersoon worden begaan (art. 51 lid 1 Sr). De rechtspersoon kan strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld door de redelijke toerekening van de strafbare gedraging van één of meer natuurlijke personen. Naast het bewijs van de *actus reus* is voor misdrijven doorgaans ook vereist dat de *mens rea* bewezen wordt. Hiertoe moet worden bewezen dat de onderneming intentioneel, roekeloos of met grove nalatigheid handelde. Ondernemingen begaan doorgaans geen mensenrechtenschendingen door commissiedelicten, maar door nalatigheid. Het betreft voornamelijk delictschrijvingen die een zorgplicht omvatten. Daartoe

komen culpoze delicten, alsook eigenlijke en oneigenlijke omissiedelicten in aanmerking, nu zij een zorgplicht omvatten ofwel het nalaten van een vereiste gedraging strafbaar stellen. De Nederlandse strafwet biedt dus verschillende mogelijkheden om een onderneming strafrechtelijk aansprakelijk te stellen wanneer zij zich schuldig maakt aan, of althans een hand heeft in mensenrechtenschendingen begaan in het buitenland.

Hierbij rijst vervolgens de vraag of Nederland rechtsmacht toekomt voor deze *extraterritoriaal* gepleegde mensenrechtenschendingen. Op grond van het territorialiteitsbeginsel kan Nederland rechtsmacht vestigen wanneer een onderneming verwijtbaar onzorgvuldig handelt op Nederlands grondgebied. Het nationaliteitsbeginsel biedt de mogelijkheid rechtsmacht te vestigen wanneer een Nederlandse onderneming zich extraterritoriaal schuldig maakt aan een feit dat in de Nederlandse strafwet als misdrijf wordt aangemerkt en waarop door het land waar het misdrijf is begaan straf is gesteld. Op grond van het universaliteitsbeginsel is er geen link met Nederland vereist, al kan deze rechtsmacht enkel gevestigd worden voor een beperkt aantal zeer ernstige delicten (de WIM-misdrijven).

In de praktijk hebben de bovengenoemde relatief ruime mogelijkheden voor vervolging van ondernemingen voor mensenrechtenschendingen en het vestigen van rechtsmacht hiertoe, echter tot op heden niet geleid tot daadwerkelijke vervolging, laat staan tot een onherroepelijke veroordeling van een onderneming. Uit de interviews die de auteurs hebben afgenomen met aanklagers komt naar voren dat praktische bezwaren een serieus handhavend optreden van het OM in de weg lijken te staan. Met name laat vlotte internationale samenwerking, specifiek inzake bewijsvergaring, te wensen over. Indien het de overheid echter menens is de *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* toe te passen, is het wenselijk dat zij een bijkomende investering doet in de handhaving van het ondernemingsstrafrecht. Daartoe kan de samenwerking tussen niet-gouvernementele organisaties en handhavingsautoriteiten wellicht worden verbeterd, specifiek met betrekking tot het bewijs dat een ngo kan geven aan een officier van justitie wanneer er een vermoeden bestaat van strafrechtelijke inbreuken. Ook kan de overheid een prioriteit maken van de vervolging van ondernemingen die een hand hadden in schendingen van de mensenrechten, en daartoe investeren in de deskundigheid van bevoegde opsporingsambtenaren.

33. J. Franke, 'Ethische connecties PGGM', NIW 16 januari 2014, <http://www.niw.nl/ethische-connecties123/>, geraadpleegd 19 maart 2017; 'PGGM stopt met Israëlische banken', NOS.nl 8 januari 2014, <<http://nos.nl/artikel/594827-pggm-stopt-met-israelische-banken.html>>, geraadpleegd 19 maart 2017.

34. Rb. Den Haag 6 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6260.

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

36. Hof 's-Hertogenbosch, 21 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1760.