

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

Hoe producenten kunnen voorkomen dat afnemers van hun producten daarmee mensenrechtenschendingen plegen

Cas Michiels

1 Inleiding¹

In literatuur en media is de afgelopen jaren veel aandacht besteed aan de verantwoordelijkheid van producenten om zoveel mogelijk te waarborgen dat in hun productieketens op een maatschappelijk verantwoorde wijze wordt geproduceerd.² Onderbelicht is gebleven dat het voor producenten ook van belang is dat afnemers met het geleverde product geen maatschappelijk onverantwoorde activiteiten ontplooiën. Een afnemer kan een product – al dan niet opzettelijk – voor andere doeleinden gebruiken dan waarvoor de producent dat heeft bedoeld en daarmee mensenrechten schenden. Dat zal een producent lang niet altijd van tevoren weten. Desondanks zal hij een aansprakelijkheidsrisico en een reputatierisico lopen.³

Het aansprakelijkheidsrisico houdt in dat slachtoffers van maatschappelijk onverantwoord gebruik⁴ van een product mogelijk met succes niet alleen van de afnemer, maar ook van de producent schadevergoeding kunnen vorderen. Een producent kan immers een zorgplicht hebben inzake het gebruik

1 Ik dank Johannes Brouwer (Chief Operating Officer bij Ledger Leopard), Hein Coomans (eigenaar van Progroup), Pieter van de Looveren (Director Marketing Communication Security bij Bosch Security and Safety Systems) en Bram Sauer (Supply Chain Manager bij ACES Direct) voor hun medewerking aan de interviews.

2 Zie bijv. voor bronnen in de wetenschappelijke literatuur Rühmkorf 2015 en Vytopil 2015 en in de media Fortado 2017 en Murray 2017.

3 Overigens kunnen wat betreft deze risico's ook onderwerpen zoals bestuurdersaansprakelijkheid, bestuurlijke boetes en uitsluiting van aanbestedingen worden genoemd, maar die laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

4 Met '(maatschappelijk) onverantwoord gebruik' wordt bedoeld dat men een product op zo'n manier gebruikt dat dit gebruik in strijd is met maatschappelijk verantwoord ondernemen.

van zijn product.⁵ Indien die zorgplicht wordt geschonden, handelt de producent onrechtmatig jegens die slachtoffers. Bovendien kan de producent in sommige gevallen zelfs strafrechtelijk worden vervolgd. Verschillende rechtszaken over mensenrechtenschendingen met behulp van software illustreren dat producenten aansprakelijk kunnen worden gesteld door slachtoffers van onverantwoord gebruik van hun producten door afnemers. Zo is IBM ervan beticht te hebben bijgedragen aan de Holocaust door in de Tweede Wereldoorlog ponskaarten⁶ en computertechnologie aan de nazi's te leveren, waarmee zij joden konden opsporen om hen te vermoorden.⁷

Het reputatierisico houdt in dat de reputatie van een onderneming kan verslechteren wanneer blijkt dat haar producten door afnemers onverantwoord zijn gebruikt. Dit kan bijvoorbeeld leiden tot omzetzakeringen. Reputatieschade kan volgen uit civielrechtelijke aansprakelijkheid of een strafrechtelijke veroordeling, maar kan ook op zichzelf staan.⁸

In deze bijdrage heb ik de problematiek van onverantwoord gebruik onderzocht vanuit het perspectief van de producent. Op verschillende manieren kunnen producenten trachten te bewerkstelligen dat hun producten door afnemers verantwoord worden gebruikt.⁹ Ik behandel slechts de mogelijkheden die betrekking hebben op het contract tussen producenten en afnemers.¹⁰ Wanneer producenten contractuele afspraken over verantwoord

5 Van Dam 2008, p. 85-88.

6 Ponskaarten zijn kaarten waarmee burgers konden worden gesorteerd op verschillende persoonskenmerken.

7 Van Dam 2008, p. 62; Schweizerisches Bundesgericht 22 december 2004 (*IBM/Gypsy International Recognition and Compensation Action*), no. 4C.296/2004/ech en Schweizerisches Bundesgericht 14 augustus 2006 (*Gypsy International Recognition and Compensation Action/IBM*), no. 4C.113/2006/ech; business-humanrights.org/en/ibm-lawsuit-holocaust-claim-by-gypsies#c9326. Andere rechtszaken zijn de Franse rechtszaken tegen Amesys en Qosmos waarin deze ondernemingen strafrechtelijk werden vervolgd voor de verkoop van surveillance-apparatuur aan respectievelijk het Libische en Syrische regime, die met behulp van die surveillance-apparatuur mensenrechten hadden geschonden. Zie voor de procedures tegen Amesys Enneking e.a. 2015, p. 228-229 en business-humanrights.org/en/amesys-lawsuit-re-libya-0; zie voor de procedures tegen Qosmos Enneking e.a. 2015, p. 229-230 en business-humanrights.org/en/qosmos-investigation-re-syria.

8 Kristen 2010, p. 179-180 en Van Erp 2008, p. 359.

9 'Verantwoord gebruik' staat in deze bijdrage gelijk aan 'niet onverantwoord gebruik'.

10 Andersoortige manieren zijn denkbaar, zoals het gezamenlijk als bedrijfstak ter sprake brengen van MVO-problematiek. Shift 2013, p. 19-20.

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

gebruik (hierna: ‘afspraken’) met afnemers willen maken, rijst praktisch gezien de vraag wanneer zij voldoende onderhandelingsmacht hebben om hun afnemers ertoe te kunnen verplichten hun producten verantwoord te gebruiken. Bovendien is de mate van onderhandelingsmacht mijns inziens van belang bij het aansprakelijkheidsoordeel. Indien een producent in hoge mate afhankelijk is van een afnemer die zijn product onverantwoord gebruikt, zal doorgaans minder snel van hem kunnen worden gevergd dat hij afziet van de verkoop ervan.¹¹ Bij de aansprakelijkheidsvraag gaat het er derhalve niet alleen om of een producent juridisch gezien goede afspraken heeft gemaakt, maar ook om of hij economisch gezien in staat was tot het maken van afspraken. Dat wil echter niet zeggen dat producenten bij onvoldoende onderhandelingsmacht niet gehouden kunnen zijn van de verkoop af te zien.¹²

In deze bijdrage ga ik in op onverantwoord gebruik van producten en niet dat van diensten. Hoewel deze problematiek ook voor bijvoorbeeld kredietverschaffers,¹³ wapenproducenten of -handelaren,¹⁴ grondstoffenhandelaren¹⁵ en internetbedrijven¹⁶ speelt, richt ik mij op softwareproducenten, in het bijzonder surveillancemercamaproductanten. Surveillancemercamera’s zijn namelijk een soort product dat zowel verantwoord als onverantwoord kan

11 Het hangt immers van de ‘persoonlijke vaardigheden’ van de producent af of hij deze voorzorgsmaatregel (het afzien van de verkoop) had moeten nemen. Van Dam 2000, p. 256.

12 Van Dam 2008, p. 87.

13 Voorbeelden zijn de rechtszaak tegen de Arab Bank voor het financieren van terroristische aanslagen in Israël (zie business-humanrights.org/en/arab-bank-lawsuit-re-terrorist-attacks-in-israel), de financiering van de aanleg van de Dakota Access Pipeline (zie Sullivan 2017) en de financiering door de Nederlandse overheid van een baggeraarsproject in Egypte (zie Hazekamp e.a. 2016).

14 Voorbeelden zijn de verkoop van een vuurwapen aan de dader van een schietpartij op een Amerikaanse basisschool (business-humanrights.org/en/gun-industry-lawsuit-re-sandy-hook-shooting-in-usa) en de veroordeling van de Nederlander Kouwenhoven, onder meer voor de verkoop van wapens aan een Libische rebelenleider (Hof ‘s-Hertogenbosch 21 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1760 en Enneking e.a. 2015, p. 37-38).

15 Voorbeelden zijn de veroordeling van de Nederlander Van Anraat voor de verkoop van grondstoffen voor gifgas aan het Iraakse regime van Saddam Hoessein (Enneking e.a. 2015, p. 36-37) en de levering van afvalstoffen door Trafigura in Ivoorkust (Enneking e.a. 2015, p. 317; business-humanrights.org/en/trafigura-lawsuits-re-côte-d’ivoire).

16 Een voorbeeld is een zaak tegen Yahoo!, nadat deze onderneming informatie over online-activiteiten van een Chinese gebruiker aan het Chinese OM had gegeven, wat leidde tot zijn veroordeling op grond van uitlatingen ten faveure van democratie in China (business-humanrights.org/en/yahoo-lawsuit-re-china-0).

worden gebruikt. Surveillancecamera's kunnen worden gebruikt voor het plegen van privacy-schendingen die grotere mensenrechtenschendingen tot gevolg kunnen hebben. Zo kan in de toekomst mogelijk door camerabeelden en speciale gezichtsherkenningsoftware iemands seksuele geaardheid worden bepaald, wat tot discriminatie of erger kan leiden.¹⁷ Daarnaast kunnen afnemers met behulp van surveillancecamera's mensenrechten schenden door bijvoorbeeld politieke tegenstanders op te sporen en te volgen, hetgeen aanleiding tot meerdere juridische procedures is geweest.¹⁸

'Maatschappelijk onverantwoord gebruik' is het gebruik van een product in strijd met maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO). MVO is een containerbegrip waarvan geen vaste definitie bestaat. In dit hoofdstuk versta ik onder MVO-schendingen slechts mensenrechtenschendingen, omdat het risico daarop het grootst is bij onverantwoord gebruik van software.¹⁹ Daarbij gaat het mij om het voorkomen van schade en niet om 'goede dingen doen', zoals ook terugkomt in *soft law*-instrumenten als de UN Guiding Principles on Business and Human Rights²⁰ (hierna: UNGP's) en de OECD Guidelines for Multinational Enterprises²¹ (hierna: OECD Guidelines), waarover later meer. Ik beperk mij tot professionele afnemers (B2B- en B2G-relaties²²), omdat deze problematiek in geval van particuliere afnemers minder snel speelt. Het voorgaande leidt tot de volgende onderzoeksvraag:

17 Zie Duijst & van Langen 2016.

18 Het Franse OM bijvoorbeeld is in december 2017 een onderzoek gestart naar de verkoop van onder meer surveillance-apparatuur door Nexa Technologies (voormalig Amesys) aan Egypte. De Egyptische overheid zou met behulp van de surveillance-apparatuur vele politieke tegenstanders gevangen hebben gezet. 'Sale of surveillance equipment to Egypt: Paris prosecutor opens a judicial investigation', *Fidh.org* 22 december 2017.

19 Men kan echter beargumenteren dat ook milieuschendingen en onderwerpen als klimaatverandering en de Sustainability Development Goals tot MVO kunnen worden gerekend. Zie mvonederland.nl/energie-en-klimaat en mvonederland.nl/sustainable-development-goals.

20 Guiding Principles on Business and Human Rights – Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, HR/PUB/11/04, New York: United Nations 2011.

21 OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Parijs: OECD Publishing 2011.

22 B2B en B2G staan voor respectievelijk *business-to-business* en *business-to-government*.

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

“Welke motieven kunnen producenten hebben om maatschappelijk onverantwoord gebruik van hun producten door afnemers te voorkomen, en in hoeverre zijn producenten in staat om af te dwingen dat afnemers zich binden en houden aan een overeenkomst waarin zij zich ertoe verplichten de aan hen geleverde producten niet op maatschappelijk onverantwoorde wijze te gebruiken?”

Eerst bespreek ik welke motieven producenten kunnen hebben om maatschappelijk onverantwoord gebruik van hun producten door afnemers (hierna: ‘onverantwoord gebruik’) te voorkomen (paragraaf 2). Vervolgens beschrijf ik op welke manieren producenten afspraken met hun afnemers kunnen maken (paragraaf 3). Daarna onderzoek ik hoe marktomstandigheden van invloed zijn op het kunnen afdwingen van verantwoord gebruik (paragraaf 4). Die marktomstandigheden worden aan de hand van literatuuronderzoek en een economische analyse van de surveillancemarket verkend. Verder doe ik aanbevelingen hoe producenten praktische problemen bij het maken, handhaven en remediëren van afspraken met afnemers kunnen verhelpen (paragraaf 5). Paragraaf 6 bevat een conclusie. Drie semigestructureerde interviews met softwareproducenten²³ bieden in dit hoofdstuk een extra perspectief.²⁴

2 Motieven van producenten om onverantwoord gebruik te voorkomen

2.1 Inleiding

In deze paragraaf komt de vraag aan bod welke motieven producenten kunnen hebben om onverantwoord gebruik te voorkomen. Enerzijds kunnen deze motieven juridisch van aard zijn. Het juridische landschap is op het MVO-terrein echter complexer dan hetgeen in de wet staat. Er bestaan allerlei *soft law*-instrumenten, zoals de UNGP's en de OECD Guidelines, waarin is bepaald dat ondernemingen verantwoordelijkheden hebben om

23 Een van de geïnterviewde ondernemingen is een retailer, maar in de context van mijn bijdrage kan deze retailer met een producent worden gelijkgesteld.

24 De uitkomsten van drie van de vier afgenomen interviews zijn verwerkt in deze bijdrage. Om redenen van vertrouwelijkheid zal slechts in algemene zin gerefereerd worden aan de interviews, waardoor uitspraken niet te herleiden zijn tot specifieke respondenten. De uitwerkingen van de interviews zijn in het bezit van de auteur.

MVO-schendingen tegen te gaan.²⁵ Zij kunnen voor producenten bindend worden gemaakt, bijvoorbeeld door middel van MVO-convenanten.²⁶ Producenten kunnen zich vrijwillig committeren aan dergelijke instrumenten, wat bijvoorbeeld hun reputatie kan verbeteren. Anderzijds kunnen producenten onverantwoord gebruik willen voorkomen ter voorkoming van reputatieschade, of omdat de onderneming zelf het belangrijk vindt om verantwoord zaken te doen, zoals één van de respondenten aangaf.²⁷ Dit laatste motief, dat ziet op intrinsieke motivatie, lijkt voor ondernemingen een belangrijke factor om verantwoord te ondernemen.²⁸ Producenten kunnen dus ook door andere dan juridische motieven worden gedreven.

In het vervolg ga ik uit van de toepasselijkheid van Nederlands recht. Bovendien gaat het steeds om de verkoop van legale producten, zodat de producent door de verkoop van zijn producten op zichzelf niet in strijd handelt met een wettelijke plicht.

2.2 Civielrechtelijke zorgplicht

Producenten kunnen civielrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor de schade die slachtoffers lijden door onverantwoord gebruik.²⁹ De slachtoffers kunnen hun vorderingen instellen op grond van onrechtmatige daad wegens schending van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, ook wel schending van een zorgplicht genoemd.³⁰ Indien de rechter de producent aansprakelijk acht, kan hij eventuele vorderingen tot schadevergoeding, een rechterlijk gebod of verbod, of een verklaring voor recht omtrent de onrechtmatigheid van het handelen van de producent toewijzen.³¹

25 Van Dam 2015, p. 11. Overigens bestaan verschillende definities van *soft law* en vallen de UNGP's onder sommige definities niet onder *soft law*. Van Dam 2015, p. 30.

26 Een voorbeeld van een MVO-convenant is het Kledingconvenant (Convenant Duurzame Kleding en Textiel (SER-convenant van juli 2016), Den Haag: SER 2016 (online publiek)). Een overzicht van Nederlandse MVO-convenanten is raadpleegbaar op invoconvenanten.nl/convenantenoverzicht.

27 Eén van de respondenten haalde het 'levensmotto' van de onderneming aan, namelijk '*invented for life*', wat betekent dat technologie ten dienste zou moeten staan aan de maatschappij. Bij deze producent is sprake van een intrinsieke wil om 'goede dingen te doen'.

28 Sanders e.a. 2015, p. 11 en Jeurissen & Nijhof 2012, p. 216-217.

29 Zie hierover ook de bijdrage van Leone Bettings in deze bundel (hoofdstuk VII).
30 Art. 6:162 BW.

31 Enneking e.a. 2015, p. 109.

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

De verkoop van een product kan onrechtmatig zijn, indien de mate van waarschijnlijkheid van onverantwoord gebruik in combinatie met de ernst van de mogelijke schade zo groot is dat de producent voorzorgsmaatregelen had moeten treffen of zelfs niet tot verkoop had mogen overgaan. De voorzienbaarheid voor de verkoper, op het moment van de verkoop, van het risico op nadeel voor derden als gevolg van die verkoop en de mogelijkheden voor de verkoper om de realisatie van dat risico af te wenden, spelen daarbij een cruciale rol. Indien het voor de producent onduidelijk is of de verkoop van zijn producten gepaard gaat met een risico op nadeel voor derden, kan onder omstandigheden op hem een onderzoekplicht rusten.³² Bij mogelijke mensenrechtenschendingen is het eventueel bezwaarlijk zijn van het doen van onderzoek van ondergeschikt belang.³³ Bovendien kunnen na verkoop op de producent een observatieplicht en een waarschuwings- of informatieplicht rusten.³⁴

Bij de beoordeling of een producent bij de verkoop van zijn producten zijn zorgplicht heeft nageleefd, zijn vooral de aard van het product en de hoedanigheid van de koper van belang. Daarbij moeten niet-inherent gevaarlijke producten die voor vele doeleinden kunnen worden gebruikt, en inherent gevaarlijke producten die op maat zijn gemaakt en die zijn bestemd voor een specifieke koper met een bepaald doel, van elkaar worden onderscheiden. Ik noem deze producten respectievelijk algemene en bijzondere producten. In geval van verkoop van bijzondere producten zal eerder van de producent mogen worden verwacht dat hij op de hoogte is van de omvang van het risico dat de door hem geleverde producten onverantwoord worden gebruikt. Dit betekent dat hij bij gerede twijfel onderzoek dient te doen naar de gevolgen die de producten kunnen hebben voor derden.³⁵ Bovendien is belangrijk dat hij in een eventuele aansprakelijkheidsprocedure kan bewijzen dat hij dit onderzoek heeft verricht.³⁶ Het hangt dus van het type product en het type koper af hoe ver de zorgplicht van de producent reikt. In dit licht lijkt louter het controleren op kredietwaardigheid, zoals een van de respondenten doet, risicovol.

32 *Ibidem*, p. 89-90.

33 Van Dam 2008, p. 60.

34 Enneking e.a. 2015, p. 90.

35 Van Dam 2008, p. 85-87.

36 Zo kwam in een interview naar voren dat de desbetreffende onderneming wel door middel van *desk research* en navraag in haar netwerk onderzoek doet naar of een afnemer een goede reputatie heeft, onder meer op MVO-gebied, maar dat dat onderzoek nog niet schriftelijk wordt vastgelegd.

In de toekomst zal de zorgplicht waarschijnlijk mede worden ingevuld aan de hand van voornoemde *soft law*-instrumenten.³⁷ Verschillende bepalingen uit de UNGP's verdienen daarom hier aandacht. In principle 13 sub b UNGP's is bepaald dat ondernemingen dienen na te streven dat mensenrechtenschendingen die door hun handelsrelaties direct gerelateerd zijn aan hun producten, worden voorkomen of beperkt, zelfs als die ondernemingen zelf niet aan de mensenrechtenschendingen hebben bijgedragen. De voornoemde onderzoekplicht komt terug in principle 17 UNGP's, waarin is bepaald dat ondernemingen hiervoor due diligence moeten verrichten. Voorts dienen ondernemingen ingevolge principle 19 UNGP's op passende wijze te reageren wanneer zij van MVO-schendingen op de hoogte raken. Of een producent op passende wijze heeft gereageerd nadat hij bekend werd met onverantwoord gebruik, hangt onder meer af van (i) de onderhandelingsmacht van de producent ten opzichte van de afnemer ('leverage'), (ii) hoe cruciaal de handelsrelatie voor de producent is, (iii) de ernst van de mensenrechtenschendingen, en (iv) of de beëindiging van de handelsrelatie met de afnemer zelf tot mensenrechtenschendingen zou leiden.³⁸ Uit de eerste twee factoren blijkt dat de economische werkelijkheid ook via de UNGP's een aanzienlijke rol zou gaan spelen bij de vraag of een producent heeft voldaan aan zijn zorgplicht.

Ter illustratie van dit risico op aansprakelijkheid wijs ik op twee procedures tegen het Amerikaanse IT-bedrijf Cisco die momenteel aanhangig zijn bij de Amerikaanse rechter.³⁹ Daarin wordt Cisco ervan beticht de Chinese overheid te hebben geholpen computersystemen te bouwen die konden worden gebruikt om politieke tegenstanders op te sporen en te vervolgen. Beide procedures liepen in eerste aanleg stuk omdat de rechter zich onbevoegd achtte. Mocht de Amerikaanse rechter in hoger beroep zich echter wel bevoegd achten, dan zal de aansprakelijkheid van Cisco voornamelijk ervan afhangen in hoeverre zij bekend was met de plannen van de Chinese overheid.⁴⁰ Bovendien is van belang de mate waarin sprake was van een 'bijzonder product'. Daaronder versta ik inherent gevaarlijke producten die op maat zijn gemaakt en die zijn bestemd voor een specifieke koper met een bepaald doel.

37 Van Dam 2015, p. 31.

38 Zie de toelichting bij principle 19 UNGP's.

39 Zie business-humanrights.org/en/cisco-systems-lawsuits-re-china.

40 Zie Wadsworth 2017.

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

2.3 Strafrechtelijke bepalingen

Verschillende mensenrechtenschendingen zijn strafbaar gesteld. Producenten kunnen dus strafrechtelijk worden vervolgd. Zij zullen dit willen voorkomen. Relevante bepalingen zijn artikelen 174 en 175 Sr, waarin het verkopen van een product dat voor het leven of de gezondheid schadelijk is, zonder dat de koper met dat schadelijk karakter bekend is, strafbaar is gesteld.⁴¹ Deze bepalingen zien daarmee op een specifiek soort producten. Ook op andere gronden kan het gedrag van een onderneming echter strafbaar zijn.⁴² De vraag onder welke voorwaarden een rechtspersoon aansprakelijk kan worden gesteld, behandel ik gezien de reikwijdte van dit hoofdstuk niet.

Op verschillende manieren kan een producent wiens product onverantwoord is gebruikt, nadeel ondervinden van het strafrecht. Behalve tot een primaire straf, zoals een geldboete, kan een producent in een strafproces worden veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding aan slachtoffers, indien zij zich als benadeelde partij in het strafproces hebben gevoegd.⁴³ Bovendien is het strafproces voor een producent van belang gezien de rol die het speelt in een eventuele civiele procedure.⁴⁴

Of een producent zal worden vervolgd, hangt af van de opportuniteit daarvan. In geval van een mensenrechtenschending zal het OM in beginsel moeten vervolgen.⁴⁵ Daarbij geldt echter ook dat een producent in beginsel in Nederland alleen kan worden vervolgd voor strafbare feiten die in Neder-

41 Het opzettelijk verkopen van schadelijke waren wordt bestraft met een gevangenisstraf van maximaal vijftien jaar of een geldboete van de vijfde categorie (art. 174 lid 1 Sr). De culpoze verkoop van schadelijke waren wordt bestraft met een gevangenisstraf van maximaal een jaar of een geldboete van de vierde categorie (art. 175 lid 1 Sr). Indien slachtoffers van mensenrechtenschendingen overlijden, kunnen de gevangenisstraffen hoger uitvallen.

42 Hierbij kan onder meer worden gedacht aan medeplichtigheid aan en meehelpen met de voorbereiding van een strafbaar feit. Ook bestaat onder bepaalde omstandigheden de mogelijkheid dat een onderneming strafbaar handelt wanneer zij profiteert van strafbare feiten. Zie Kristen 2010, p. 121-189.

43 Art. 51f lid 1 Sv. Indien echter de behandeling van de vordering van de benadeelde partij een onevenredige belasting van het strafproces oplevert, kan de rechter de benadeelde partij niet-ontvankelijk verklaren ingevolge art. 361 lid 3 Sv.

44 Een strafrechtelijke veroordeling speelt een rol bij de invulling van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm, wanneer schending van een MVO-norm strafbaar is gesteld, en kan meewerken in de bewijsvoering in een civielrechtelijke procedure. Enneking e.a. 2015, p. 130.

45 Enneking e.a. 2015, p. 135.

land zijn gepleegd,⁴⁶ al bestaan op deze regel uitzonderingen, onder meer op grond van het nationaliteitsbeginsel en internationale verplichtingen.⁴⁷ Ook is de onverantwoorde verkoop van een product niet in elk land strafbaar. Indien een buitenlandse dochteronderneming een schadelijk product verkoopt, is de Nederlandse producent derhalve mogelijk niet strafbaar.⁴⁸

Ter illustratie noem ik het strafrechtelijk onderzoek naar de verkoop van nachtkijkers met een warmtebeeldsysteem aan Irak door Delft Instruments, voorafgaand aan en tijdens de Golfoorlog van 1990-1991, wat voor enkele medewerkers van de onderneming, die direct betrokken waren bij de leveringen, tot een schikking met het OM leidde.⁴⁹

2.4 Vergunning voor export van producten voor tweërlei gebruik

Producenten die producten die zowel een civiele als een militaire bestemming kunnen hebben, naar een land buiten de EU exporteren, hebben hiervoor een vergunning nodig ingevolge de Verordening tot instelling van een communautaire regeling voor controle op de uitvoer, de overbrenging, de tussenhandel en de doorvoer van producten voor tweërlei gebruik (hierna: ‘Exportverordening’).⁵⁰ Deze verordening is in het leven geroepen ter naleving van de internationale verplichtingen en verantwoordelijkheden van de lidstaten, in het bijzonder ten aanzien van non-proliferatie, en de EU.⁵¹ Een lidstaat kan om redenen van openbare veiligheid of mensenrechtenschendingen de export van andere producten verbieden of daarvoor een vergunning eisen.⁵²

In de nabije toekomst zal de Exportverordening worden vernieuwd; hiervoor is door de Europese Commissie een voorstel (hierna: ‘Voorstel’)

46 Art. 2 Sr.

47 Enneking e.a. 2015, p. 144-145.

48 Zie voor een bespreking van de thematiek van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de moederonderneming voor handelen van een dochteronderneming Enneking e.a. 2015, p. 130-153.

49 Enneking e.a. 2015, p. 35-36.

50 Art. 3 lid 1 Verordening (EG) Nr. 428/2009 van de Raad van 5 mei 2009 tot instelling van een communautaire regeling voor controle op de uitvoer, de overbrenging, de tussenhandel en de doorvoer van producten voor tweërlei gebruik (Herschikking) (hierna: Exportverordening).

51 Considerans bij de Exportverordening, punt 3.

52 Art. 8 lid 1 Exportverordening.

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

ingediend.⁵³ In de toekomst zou daardoor ook de export van cyber-surveillance-technologieën⁵⁴ moeten worden gecontroleerd om de openbare veiligheid en publieke waarden te beschermen. Surveillancecamera's lijken (nog) niet onder de verordening te zullen vallen.⁵⁵ Onder meer het gebruik van deze technologieën voor mensenrechtenschendingen, zoals het infiltreren van computersystemen van politieke tegenstanders en mensenrechtenactivisten, is aanleiding voor het Voorstel geweest.⁵⁶

2.5 Reputatieschade

Zoals gezegd bestaan naast juridische ook niet-juridische motieven. Van alle risico's zouden Nederlandse ondernemingen reputatieschade het meest vrezen.⁵⁷ Bij voor hen schadelijke gevolgen van onverantwoord gebruik dachten twee respondenten vooral aan reputatieschade.⁵⁸ Een van de respondenten beweerde dat de reputatieschade door onverantwoord gebruik op lange termijn veel groter zou kunnen zijn dan het financiële gewin van de verkoop van het product op korte termijn.⁵⁹ Ondernemingen zouden reputatieschade veel meer vrezen dan een strafrechtelijke boete.⁶⁰ In veel gevallen zullen ze dat ook meer vrezen dan een verplichting tot schade-

53 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot instelling van een EU-regeling voor controle op de uitvoer, de overbrenging, de tussenhandel, de technische bijstand en de doorvoer van producten voor tweërlei gebruik (herschikking) (COM(2016)0616 final – 2016/0295(COD)) (hierna: Voorstel). De Europese Raad en het Europees Parlement zullen in het huidige kalenderjaar over dit voorstel debatteren. Zie ec.europa.eu/trade/import-and-export-rules/export-from-eu/dual-use-controls/.

54 Hieronder wordt ingevolge art. 1 sub b jo. 21 Voorstel de volgende technologie en apparatuur verstaan: aftapparatuur aangaande mobiele telecommunicatie, software om te hacken, monitoringscentra, legale interceptiesystemen en databewaringssystemen, en digitaal-forensische software.

55 Een van de respondenten gaf hierover onder meer het volgende aan: *'Onze camera's kunnen weliswaar gegevens verzamelen en interpreteren, maar ze kunnen in eerste instantie niet gebruikt worden om andere systemen te infiltreren. De reden hiervoor is dat m.i. spyware of andere programma's op de camera's geïnstalleerd zouden moeten worden om dit mogelijk te maken. Het installeren van dit soort software is op onze camera's op dit moment niet mogelijk. Dit gaat in de toekomst wel veranderen en het kan zijn dat de nieuwe regelgeving wel van toepassing wordt.'* Daarbij merkte hij op dat hij zijn interpretatie van de definitie in het voorstel niet had laten controleren door een jurist.

56 Considerans van het Voorstel, punt 5, en de toelichting bij het Voorstel, p. 6.

57 Mulder 2015.

58 Dit blijkt uit de interviews.

59 Dit blijkt uit één van de interviews.

60 Van Erp 2008, p. 342.

vergoeding. Het is denkbaar dat dit bij uitstek geldt voor grote ondernemingen, omdat de omvang van reputatieschade groter zal zijn naarmate de onderneming een grotere omzet heeft, terwijl de hoogte van schadevergoeding daarvan niet afhankelijk is. Bovendien trekken grote ondernemingen meer media-aandacht: ‘hoge bomen vangen veel wind’, aldus een van de respondenten.⁶¹

Ook veel andere factoren bepalen echter de omvang van reputatieschade. Hoe belangrijker handelspartners de reputatie van een producent op MVO-gebied vinden, hoe groter de schade bij onverantwoord gebruik zal zijn. Een wapenproducent zal daarom doorgaans minder reputatieschade ervaren dan een softwareproducent. Uit een steekproef van dertig (websites van) surveillancecameraproducten blijkt dat vijf producenten zich aan de UNGP's of de OECD Guidelines hebben gecommitteerd.⁶² Ter onderbouwing van die keuze geven zij aan het belangrijk te vinden dat mensenrechten worden gerespecteerd. Het is denkbaar dat een producent die zich zo profileert, bij onverantwoord gebruik meer reputatieschade oploopt dan een producent die dat niet doet. Van dergelijke producenten mag mijns inziens worden verwacht dat zij afspraken met afnemers maken.

Producenten zullen bij de verkoop van producten een kosten-batenanalyse maken. Daarom is het belangrijk de (omvang van de) risico's goed in te schatten. Het is echter lastig reputatieschade te kwantificeren.⁶³ Mogelijk bestaat mede daarom nauwelijks empirisch bewijs voor een effect van een MVO-schending op de reputatie van een onderneming.⁶⁴ Dat onverant-

61 Dit blijkt uit één van de interviews.

62 Deze steekproef heb ik zelf uitgevoerd. Drie producenten hebben zich aan de UNGP's gecommitteerd, namelijk Cisco (cisco.com/c/dam/assets/csr/pdf/Human-Rights-Policy.pdf), Schneider Electric (schneider-electric.com/en/about-us/sustainability/responsibility-ethics/) en Sony (sony.net/SonyInfo/csr_report/compliance/index9.html). Twee producenten hebben zich aan de OECD Guidelines gecommitteerd, namelijk Logitech (logitech.com/content/dam/logitech/logitech-sustainability/en/pdf/resources/2017-Logitech-Sustainability-Report-Web.pdf#page=70) en Panasonic (panasonic.com/global/corporate/sustainability/pdf/sdb2016-09e.pdf). De overige producenten die in deze steekproef zijn betrokken, zijn Arecont, AVTECH, Axis Communications, Bosch, Dahua, D-Link, Genetec, GeoVision, Hikvision, Honeywell, Jarvis, Lorex, Milestone, Mirasys, Mobotix, Optica, Q-See, Risco, Samsung, Swann, Toshiba, Uniden, UNV, Videotec en Zmodo.

63 Vytopil 2015, p. 31.

64 Het weinige empirische bewijs dat bestaat volgt bijv. uit een onderzoek van Van Tulder en Van der Zwart; in dertien van hun zeventien casestudies vonden zij een aantoonbaar effect. Zie Van Tulder en Van der Zwart 2003, p. 305-315.

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

woord gebruik de reputatie van een producent kan aantasten, lijkt echter aannemelijk. Ter illustratie kan wederom het onverantwoord gebruik van de nachtkijkers van Delft Instruments worden aangehaald; onder meer door de grote reputatieschade die de onderneming had geleden, zag het OM af van vervolging.

2.6 Deelconclusie

Het is moeilijk in te schatten hoe groot het risico op civielrechtelijke aansprakelijkheid is wegens de openheid van de norm. Die norm kan slechts in beperkte mate worden geconcretiseerd door de *soft law*-instrumenten. Bovendien zal het in alle gevallen de vraag zijn of mensenrechtenschendingen aan het licht zullen komen en tot een aansprakelijkheidsprocedure zullen leiden. Strafrechtelijke vervolging kan vergaande consequenties hebben, maar het risico daarop lijkt beperkt. Het moet immers gaan om waren die schadelijk zijn voor het leven of de gezondheid. Reputatieschade vormt een groot risico en lijkt de voornaamste drijfveer om onverantwoord gebruik te voorkomen. Producenten kunnen ook door intrinsieke motivatie worden gedreven om onverantwoord gebruik te voorkomen.

3 Contractuele mogelijkheden

3.1 Inleiding

Uit twee interviews blijkt dat producenten zich niet altijd bewust zijn van het aansprakelijkheidsrisico en het reputatierisico dat zij lopen.⁶⁵ Indien zij bovendien geen externe druk vanuit financiers ervaren om onverantwoord gebruik te voorkomen, zullen zij hier doorgaans niet toe geneigd zijn.⁶⁶ De

Verder bestaat empirisch bewijs dat maatschappelijk verantwoord ondernemen een positief effect heeft op de reputatie van een onderneming. Zie bijv. Melo & Garrido-Morgado, 2012, p. 11-31.

65 Twee van de drie respondenten gaven aan zich niet bewust te zijn van het aansprakelijkheidsrisico dat hun ondernemingen lopen. Eén van deze twee respondenten gaf aan dat hij zich wel bewust was van eventuele reputatieschade door onverantwoord gebruik.

66 Verschillende van de respondenten gaven aan geen externe druk te ervaren van financiers en geen afspraken te hebben gemaakt. Eén van de respondenten gaf aan wel druk te ervaren van zijn investeerder om in het algemeen op maatschappelijk verantwoorde wijze te ondernemen, maar de betreffende investeerder beschouw ik niet als externe partij aangezien deze directe invloed heeft op het beleid van de onderneming.

geïnterviewde producent die zich van de risico's bewust was, maakt bij een 'sensitieve verkoop' afspraken met afnemers om onverantwoord gebruik te voorkomen, in tegenstelling tot de andere twee producenten. Onder 'sensitief' wordt verstaan dat hogere mensenrechtenrisico's met de verkoop gepaard gaan.⁶⁷

In deze paragraaf komt aan bod op welke manieren producenten afspraken met afnemers kunnen maken. Ik behandel hoe, gelet op de UNGP's, afspraken inhoudelijk eruit moeten zien en met betrekking tot welke partijen producenten afspraken zouden moeten maken.⁶⁸ Daarna beschrijf ik de contractuele instrumenten die producenten kunnen gebruiken.

3.2 Inhoud van afspraken

Afspraken over onverantwoord gebruik van producten moeten duidelijk zijn. Het louter noemen van 'mensenrechtenschendingen', zoals een van de respondenten doet, kan ontoereikend zijn.⁶⁹ Verwezen zou kunnen worden naar de mensenrechten waaraan wordt gerefereerd in principle 12 UNGP's.⁷⁰ Idealiter gaat een afnemer met zo'n verwijzing akkoord. In de praktijk zullen afnemers echter niet snel een contract met zo'n verwijzing ondertekenen, omdat daarmee de definitie van onverantwoord gebruik erg breed is en afnemers hun risico's aanzienlijk zouden vergroten. Een smalere definitie zal sneller worden geaccepteerd; het is dan duidelijker voor afnemers waar ze op moeten letten. De producent moet dus kiezen tussen een inhoudelijk grotere reikwijdte en een grotere kans op een akkoord. Dit

67 In een zogenoemde 'exportlicentie', die afnemers moeten ondertekenen, dienen afnemers van een van de respondenten aan te vinken dat zij de producten niet zullen gebruiken bij het plegen van mensenrechtenschendingen. Waarom het document 'exportlicentie' heet, was voor de respondent onduidelijk. Met 'sensitieve verkoop' bedoelt de respondent dat de producent de exportlicentie alleen gebruikt wanneer het gaat om de verkoop van sensitieve producten of naar sensitieve markten of landen. Dit blijkt uit één van de interviews.

68 Producenten zullen alleen afspraken met hun afnemers maken, maar in die afspraken zouden ze in sommige gevallen indirecte afnemers moeten betrekken.

69 Ik heb de voornoemde 'exportlicentie' ingezien, waarin onder meer staat: '*We certify that the items ... will not be used in connection with ... human rights violations*'. Deze exportlicentie dient door alle afnemers te worden ondertekend. Dit blijkt uit één van de interviews.

70 In principle 12 UNGP's staat dat de mensenrechten die moeten worden gerespecteerd, in ieder geval de mensenrechten uit de *International Bill of Human Rights* en de beginselen aangaande fundamentele rechten uit de *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* van de *International Labour Organization*.

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

spanningsveld werd benoemd door één van de respondenten in diens relatie met leveranciers.⁷¹

Een risicogeoriënteerde benadering, zoals ook door de UNGP's wordt voorgeschreven,⁷² kan ervoor zorgen dat een akkoord met de afnemer kan worden bereikt, terwijl de producent toch een groot deel van zijn risico's weet af te dekken. Uit de UNGP's blijkt ook dat de risico's in kaart moeten worden gebracht aan de hand van drie factoren die de zwaarte van mensenrechtenschendingen bepalen: de omvang ervan, de ernst ervan en in hoeverre de schendingen kunnen worden teruggedraaid.⁷³ Een inschatting van de risico's zal doorgaans beter te maken zijn indien het gaat om een bijzonder product.⁷⁴ Dan is immers duidelijker waarvoor het product zal worden gebruikt. Bovendien is in een eerder stadium, namelijk reeds voorafgaand aan de verkoop, duidelijk voor wie het product is bestemd.

Producenten van cyber-surveillancetechnologieën zullen na inwerkingtreding van de vernieuwde Exportverordening voor de export van hun producten een vergunning nodig hebben. Aangezien deze producenten daardoor afhankelijk zijn van de overheid, zouden ze met hun afnemers van buiten de EU moeten afspreken dat zij niet gehouden zijn tot levering indien geen vergunning wordt verleend; anders zouden de producenten contractbreuk plegen.

71 De respondent stelde dat een concretere bepaling in de gedragscode die zijn onderneming aan leveranciers voorlegt, vaker zal leiden tot ondertekening daarvan door leveranciers. Tegelijkertijd vroeg hij zich af wat dan van de waarde van die gedragscode zou overblijven. Dit blijkt uit één van de interviews.

72 In de toelichting bij principle 17 UNGP's staat dat het denkbaar is dat het onredelijk moeilijk kan zijn voor ondernemingen om due diligence met betrekking tot alle mensenrechten uit te voeren, indien zich veel entiteiten in de productieketens van die ondernemingen bevinden. In dat geval moeten die ondernemingen algemene gebieden identificeren waar de risico's op mensenrechtenschendingen het grootst zijn. Bovendien volgt uit de toelichting bij principle 18 UNGP's dat speciale aandacht moet uitgaan naar mogelijke mensenrechtenschendingen jegens individuen of bevolkingsgroepen die kwetsbaar zijn. Hieruit volgt dat ondernemingen prioriteiten mogen stellen ten aanzien van af te dekken risico's, wanneer zij bepalen welke maatregelen ze nemen om eventuele mensenrechtenschendingen te voorkomen.

73 Zie de toelichting bij principle 14 UNGP's.

74 Zie par. 2.2.

3.3 Reikwijdte van de verantwoordelijkheid

Het kan voorkomen dat een afnemer het product doorverkoopt. Dit roept de vraag op of de producent ook afspraken moet maken ten aanzien van verantwoord gebruik door de afnemer van zijn afnemer (hierna: ‘indirecte afnemer’). De UNGP’s vormen hiervoor een aanknopingspunt. Een onderneming heeft volgens de UNGP’s de verantwoordelijkheid te voorkomen dat haar activiteiten mensenrechtenschendingen veroorzaken (*‘cause’*) of daaraan bijdragen (*‘contribute’*). Bovendien moet zij proberen mensenrechtenschendingen te voorkomen die direct verbonden zijn (*‘be directly linked’*) aan (onder meer) haar producten door haar handelsrelaties.⁷⁵ In de context van de in dit hoofdstuk besproken problematiek is deze laatste verplichting het meest relevant; de producent veroorzaakt de schade immers niet zelf en draagt, gezien de toelichting in de UNGP’s, ook niet eraan bij.⁷⁶ Mogelijk kan de producent echter wel door zijn handelsrelaties direct verbonden zijn aan de mensenrechtenschendingen en daardoor voor die mensenrechtenschendingen verantwoordelijk worden gehouden. Wat ‘directe verbondenheid’ precies is, wordt in de UNGP’s niet uitgelegd. Het is denkbaar (en mogelijk beter)⁷⁷ dat ook onverantwoord gebruik door een indirecte afnemer kan worden gekwalificeerd als direct verbonden aan de verkoop van het product door de producent. Daarom zal de producent in sommige gevallen ook iets met betrekking tot die partij moeten afspreken.

3.4 Contractuele instrumenten

In haar proefschrift zet Vytopil uiteen met welke instrumenten producenten contractuele afspraken over verantwoorde productie met leveranciers kunnen maken.⁷⁸ Met de vier door haar besproken instrumenten kunnen ook afspraken met afnemers worden gemaakt. Elk van deze instrumenten houdt de garantie in dat de afnemer het product op verantwoorde wijze zal gebruiken.

75 Principle 13 UNGP’s.

76 In de toelichting bij principle 17 UNGP’s staat dat het bij ‘eraan bijdragen’ gaat om medeplichtigheid, waarvan bijvoorbeeld sprake is als een onderneming profiteert van de mensenrechtenschendingen die door een andere partij worden veroorzaakt. Hiervan is in de door mij geschetste problematiek geen sprake, omdat de producent niet profiteert van de door de afnemer veroorzaakte mensenrechtenschendingen.

77 Zie Wood 2012, p. 31.

78 Vytopil 2015, p. 61-66. Zie specifiek ten aanzien van Nederlandse producenten p. 66-76.

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

Het eerste en meest voor de hand liggende instrument is het opnemen van daartoe strekkende afspraken in een contract. Het tweede instrument is het in een contract opnemen van een verwijzing naar een eerder door de afnemer ingevulde enquête. Het derde instrument is het contractueel van toepassing verklaren van de algemene voorwaarden van de producent, waarin bepalingen over verantwoord gebruik zijn opgenomen. Het vierde instrument is het contractueel van toepassing verklaren van een gedragscode.⁷⁹ Ten aanzien van dit laatste instrument is belangrijk dat niet slechts naar de gedragscode wordt verwezen, maar dat bijvoorbeeld wordt vermeld dat de afnemer zich ertoe verplicht zich aan de gedragscode te houden. Het dient bovendien voor de afnemer duidelijk te zijn dat de verwijzing naar de gedragscode onderdeel van het aanbod is dat de producent hem doet.⁸⁰ Eén van de respondenten gebruikt een vijfde instrument; hij verwijst in het contract naar de ‘exportlicentie’ als bijlage en laat deze bijlage apart ondertekenen.⁸¹

Wanneer de producent afspraken met betrekking tot indirecte afnemers wil maken, kan hij in het contract met zijn afnemer een kettingbeding opnemen. Dit betekent dat de afnemer zich ertoe verplicht een beding over verantwoord gebruik (en eventueel een kettingbeding)⁸² in het contract met de indirecte afnemer op te nemen.⁸³ De producent heeft immers doorgaans geen contractuele relatie met de indirecte afnemer en zal veelal niet weten aan wie zijn afnemer het product doorverkoopt.

Een derdenbeding kan onderdeel zijn van een kettingbeding; daarin kan worden bepaald dat de producent de indirecte afnemer direct kan aanspreken, bijvoorbeeld ter opheffing van een contractuele boete, indien die afnemer het product onverantwoord gebruikt.⁸⁴ Daarbij zou het verstandig

79 Zie ook Beckers 2015, p. 43-44.

80 Vytopil 2015, p. 76 en 243-244.

81 Dit blijkt uit één van de interviews.

82 Indien de directe afnemer zich ertoe verplicht een kettingbeding op te nemen in het contract met de indirecte afnemer, zal ook die laatste bij doorverkoop een beding over verantwoord gebruik in het koopcontract moeten opnemen, op straffe van contractbreuk. Overigens is het afhankelijk van de context of dit noodzakelijk is, omdat steeds minder kan worden gesproken van ‘directe verbondenheid’ tussen de verkoop van het product door de producent en het onverantwoord gebruik naargelang de mate waarin in de keten zich meer partijen tussen de producent en de eindgebruiker bevinden.

83 Vytopil 2015, p. 73.

84 Art. 6:253 lid 1 BW. De Hoge Raad heeft in het arrest *Taxicentrale Middelburg* overwogen dat de kwalificatie van een beding als derdenbeding wordt bepaald door uitleg. HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO9496, NJ 2005/499,

zijn het Nederlands recht toepasselijk te verklaren met betrekking tot het derdenbeding, omdat de rechtskeuze in de overeenkomst tussen de producent en de directe afnemer mogelijk niet dezelfde is als die in de overeenkomst tussen de directe afnemer en de indirecte afnemer, en sommige andere rechtsstelsels het derdenbeding niet erkennen.⁸⁵ Of een producent zo'n derdenbeding zou moeten overeenkomen, is afhankelijk van hoeveel controle hij wil houden over wat 'verderop' aan de afnamezijde van de productieketen met het product gebeurt. Een afnemer zal ook voor het opnemen van zo'n derdenbeding iets in ruil willen, waardoor de producent een afweging tussen meer controle over verantwoord gebruik en gunstigere overige voorwaarden moet maken.

In plaats van een kettingbeding te gebruiken verzoekt één van de respondenten zijn afnemer om een 'eindgebruikersverklaring', waarin de indirecte afnemer verklaart hoe hij het product zal gebruiken.⁸⁶ Wanneer onverantwoord gebruik door de indirecte afnemer plaatsvindt, pleegt de directe afnemer contractbreuk, omdat hij garant staat voor verantwoord gebruik door de indirecte afnemer. Het voordeel van deze werkwijze is dat producenten een indicatie hebben hoe producten zullen worden gebruikt.

In een rapport van non-profitorganisatie Shift⁸⁷ worden onder meer enkele manieren genoemd waarop afnemers contractueel worden gestimuleerd een product verantwoord te gebruiken. Behalve het opnemen van garanties over verantwoord gebruik en een kettingbeding, worden hierin genoemd het beperken van garanties van producenten bij onverantwoord gebruik en, wanneer afnemers het product op andere wijze willen gebruiken dan was afgesproken, het vereisen van toestemming daarvoor van de producent of de overheid van diens land.⁸⁸ Zo kan de producent zijn *leverage* tegenover afnemers uitoefenen; de producent kan met behulp van deze 'gereed-

m.nt. C.E. du Perron (*Taxicentrale Middelburg*). Overigens bestaan ook andere soorten derdenbedingen; zo zouden producent en afnemer ook een derdenbeding ten behoeve van slachtoffers van onverantwoord gebruik kunnen overeenkomen. Dergelijke derdenbedingen laat ik wegens de beperkte reikwijdte van deze bijdrage buiten beschouwing.

85 Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/970.

86 Dit blijkt uit één van de interviews.

87 Shift is kort na bekrachtiging van de UNGP's door de VN opgericht om de implementatie van de UNGP's in de praktijk te bevorderen. Zij wordt voornamelijk door overheden gesponsord. John Ruggie, de speciale rapporteur van de secretaris-generaal van de VN voor mensenrechten die de UNGP's heeft geschreven, is voorzitter van het bestuur. Zie shiftproject.org/who-we-are/.

88 Shift 2013, p. 19.

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

schappen' proberen zoveel mogelijk te bewerkstelligen dat onverantwoord gebruik voor afnemers economisch onaantrekkelijk zal zijn. Dat is belangrijk, want als afnemers bij hun keuze omtrent de wijze van gebruik geen waarde hechten aan de onwenselijkheid van mensenrechtenschendingen, zullen zij in ieder geval nadenken over de impact op hun bedrijfsresultaat.

Producenten van cyber-surveillancetechnologieën zouden in toekomstige contracten met afnemers van buiten de EU de opschortende voorwaarde moeten opnemen dat de overeenkomst pas tot stand komt indien een vergunning voor de export is verleend.⁸⁹ Dan zijn de producenten tot niets verplicht wanneer de export wordt verboden. Bij lopende contracten zouden producenten moeten heronderhandelen met hun afnemers om ook hierin een opschortende voorwaarde op te nemen. Mocht een afnemer daarmee niet akkoord gaan en van de producent, bij het uitblijven van levering wegens het ontbreken van een vergunning, schadevergoeding vorderen op grond van wanprestatie,⁹⁰ dan zal de producent zich ogenschijnlijk succesvol kunnen beroepen op bijvoorbeeld artikel 6:258 lid 1 BW inzake onvoorziene omstandigheden, indien hij bij het sluiten van het contract geen weet kon hebben van het voornemen om de Exportverordening te wijzigen.

3.5 Deelconclusie

Wanneer een producent afspraken met zijn afnemer maakt, dient hij in het contract te definiëren wat onder onverantwoord gebruik wordt verstaan. Hoe concreet hij dit moet doen, hangt af van het soort product dat wordt verkocht. Van de context is afhankelijk wat de reikwijdte van zijn verantwoordelijkheid is. Indien zijn verantwoordelijkheid zich uitstrekt tot afnemers verderop in de productieketen, kan een kettingbeding of een eindgebruikersverklaring uitkomst bieden. De afspraken kunnen met vijf verschillende instrumenten worden vormgegeven. Producenten kunnen verantwoord gebruik ook contractueel stimuleren, bijvoorbeeld door het beperken van garanties bij onverantwoord gebruik.

89 Art. 6:22 BW. Zie ook Ruygvoorn 2010, p. 169.

90 Art. 6:74 lid 1 BW.

4 De invloed van marktomstandigheden

4.1 Inleiding

Wanneer een producent aansprakelijkheid en reputatieschade wil voorkomen, dient hij behalve juridisch ook economisch in staat te zijn te bewerkstelligen dat zijn afnemer zich aan een overeenkomst omtrent verantwoord gebruik verbindt. In deze paragraaf ga ik daarom in op de economische factoren die een rol spelen bij de vraag wanneer een producent voldoende onderhandelingsmacht heeft. Deze vraag is slechts relevant voor zover afnemers in beginsel niet bereid zijn om afspraken te maken; alleen dan heeft een producent immers onderhandelingsmacht nodig.

Eerst wordt aan de hand van economische literatuur het vijfkrachtenmodel van Porter behandeld om de onderhandelingsmacht van producenten te bepalen.⁹¹ Vervolgens pas ik de theorie toe op de wereldmarkt voor surveillancecamera's. Aan de hand van secundaire bronnen over onder meer het aantal marktpartijen wil ik laten zien in hoeverre surveillancecameraproducten onderhandelingsmacht hebben. Op deze manier illustreer ik hoe de theorie kan worden gebruikt om in algemene zin de onderhandelingsmacht van producenten te bepalen.

4.2 Marktomstandigheden ter bepaling van de onderhandelingsmacht in theorie

Een van de belangrijkste theorieën over marktanalyses en ondernemingsstrategieën is het vijfkrachtenmodel van Porter.⁹² Daarmee heeft hij in kaart gebracht waarvan de concurrentie binnen en winstgevendheid van elke bedrijfstak afhankelijk is.⁹³ De krachten zijn (i) de onderhandelingsmacht van afnemers, (ii) de dreiging van nieuwe markttoetreders, (iii) de concurrentie tussen de huidige marktspelers, (iv) de dreiging van substituten⁹⁴ en (v) de onderhandelingsmacht van leveranciers. Hoe sterker de krachten, hoe heviger de concurrentie en hoe lager de winstgevendheid. De onderliggende bedrijfstakstructuur verschilt per markt, waardoor de sterktes van de vijf krachten ten opzichte van elkaar verschillen per markt. Zo

91 Porter 2008, p. 25-26.

92 Besanko e.a. 2013, p. 258, Werther and Chandler 2010, p. 31 en Stonehouse & Snowdon 2007, p. 256-257.

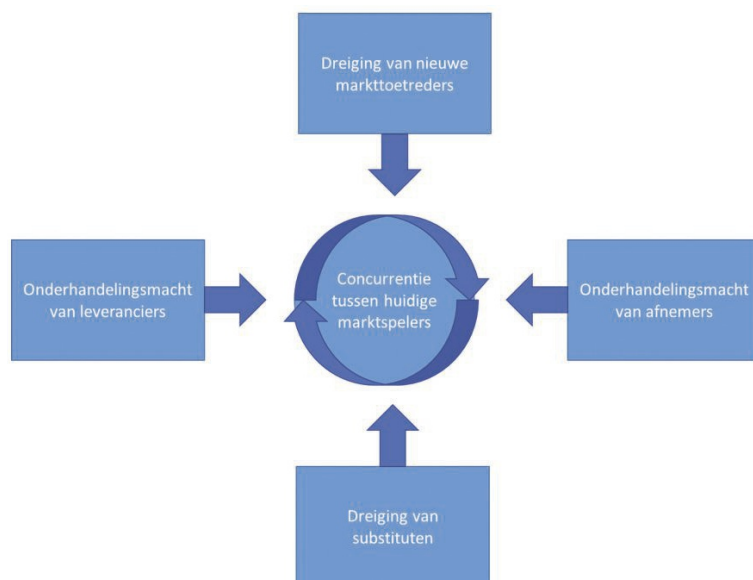
93 Porter 1979, p. 137-138.

94 Substituten zijn producten die op een andere manier dezelfde of een gelijkwaardige functie als het product uit de bedrijfstak vervullen. Porter 2008, p. 31.

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

zullen afnemers in de ene markt geloofwaardig kunnen dreigen het product zelf te gaan produceren indien de producent de prijs niet verlaagt, en in een andere markt niet.

Mijns inziens kan met het vijfkrachtenmodel ook de onderhandelingspositie van een producent jegens zijn afnemer worden bepaald. Daarvoor zijn vooral belangrijk de factoren die de krachten ‘onderhandelingsmacht van afnemers’ en ‘concurrentie tussen de huidige marktspelers’ beïnvloeden. Daarvan geef ik hierna niet-limitatieve opsommingen.



Figuur 1 Het vijfkrachtenmodel van Porter

De onderhandelingsmacht van afnemers is groter naarmate (i) er minder afnemers bestaan of zij telkens relatief grote hoeveelheden kopen, (ii) het product gestandaardiseerd⁹⁵ is, (iii) de kosten van het overstappen naar een andere producent laag zijn, en (iv) zij geloofwaardig kunnen dreigen het product zelf te produceren.⁹⁶ De concurrentie tussen de huidige markt-

95 'Gestandaardiseerd' betekent dat het product aan een bepaalde norm of standaard voldoet, waardoor producten uitwisselbaar worden.

96 Porter 2008, p. 30-31 en Porter 1979, p. 140-141. Hiernaast noemt Porter daar enkele factoren die de prijsgevoeligheid van een product voor een afnemer bepalen, maar die factoren bepalen mijns inziens niet diens onderhandelingsmacht.

spelers is groter (en daardoor de onderhandelingsmacht van producenten kleiner) naargelang de mate waarin (i) er veel concurrenten bestaan of zij ongeveer even groot zijn, (ii) de marktgroei laag is, (iii) het product lastig kan worden gedifferentieerd en de kosten van het overstappen op een andere markt groot zijn, waardoor concurrenten in de markt ‘opgesloten zitten’, en (iv) de vaste kosten groot zijn of het product bederfelijk⁹⁷ is.

Wanneer producenten met afnemers onderhandelen, spelen de bovenstaande factoren een belangrijke rol.⁹⁸ Wanneer een afnemer onwelwillend staat tegenover het maken van afspraken, zal hij doorgaans sneller het product bij een concurrent kopen naarmate er bijvoorbeeld meer producenten bestaan en het product in grotere mate een standaardproduct is. Ook de dreigingen van substituten en nieuwe markttoetreders zijn, weliswaar indirect, relevant voor de onderhandelingspositie van producenten. Afnemers kunnen namelijk op zoek gaan naar substituten of potentiële nieuwe markttoetreders benaderen om druk te leggen op producenten om het product tegen voor afnemers aantrekkelijke voorwaarden te verkopen.⁹⁹ De vijfde kracht, de onderhandelingsmacht van leveranciers, is voor de door mij behandelde problematiek niet van belang. Het model is evenzeer toepasselijk wanneer afnemers het product willen doorverkopen (retailers), met inbegrip van de extra factor dat hun onderhandelingsmacht groeit wanneer zij het koopgedrag van eindgebruikers kunnen beïnvloeden.¹⁰⁰

Ik benadruk dat het vijfkrachtenmodel, zoals elk model, beperkingen kent. Die behandel ik wegens de reikwijdte van deze paragraaf niet.¹⁰¹ Met het vijfkrachtenmodel kan de onderhandelingsmacht van producenten worden bepaald, maar wanneer precies een producent voldoende onderhandelingsmacht heeft om afspraken te bewerkstelligen, is lastig te zeggen. Dat zal per geval verschillen. De bovengenoemde factoren bieden in ieder geval

97 Bederfelijk heeft in deze context een brede betekenis: producten zijn niet alleen bederfelijk als ze rotten, maar ook als ze bijvoorbeeld op korte termijn waardeeloos worden, zoals computermodellen. Porter 2008, p. 32.

98 Hoewel Porter zich vooral richt op concurrentie op basis van prijs (Porter 2008, p. 32), zijn deze factoren mijns inziens evenzeer belangrijk bij concurrentie op basis van andersoortige facetten van koopovereenkomsten, zoals afspraken over verantwoord gebruik van een product (een aanwijzing in de literatuur aangaande het belang van het vijfkrachtenmodel voor contractonderhandelingen in het algemeen heb ik gevonden in Grundy 2006, p. 227).

99 Grundy 2006, p. 217-218.

100 Porter 1979, p. 141.

101 Zie voor die beperkingen Werther & Chandler 2010, p. 33-34 en Grundy 2006, p. 215.

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

handvatten voor een beoordeling van de onderhandelingsmacht in concrete gevallen.

4.3 Marktanalyse: surveillancecamera's

Ter illustratie van de toepassing van het vijfkrachtenmodel van Porter in een specifieke markt heb ik onderzocht in hoeverre surveillancecameraproducenten onderhandelingsmacht tegenover hun afnemers hebben. Ik bespreek (vooral) de macht van afnemers en de interne concurrentie op de markt, omdat die krachten voor mijn onderwerp het meest relevant zijn. Er bestaan veel verschillende surveillancecamera's. Ik heb de wereldmarkt voor surveillancecamera's geanalyseerd die worden gebruikt voor *closed circuit television* (hierna: CCTV). Dit betekent dat deze camera's een signaal uitzenden naar een daarvoor bestemd apparaat op een bepaalde locatie. Alleen de ontvanger van het signaal kan de beelden zien die de camera maakt. CCTV wordt vooral gebruikt op plaatsen die regelmatig moeten worden gemonitord.¹⁰² Verschillende onderzoeksbureaus hebben onderzoek gedaan naar de wereldmarkt voor CCTV-camera's. Hoewel hun onderzoeksrapporten niet gratis toegankelijk zijn, is in verschillende media over de inhoud van deze rapporten bericht. Die berichtgevingen heb ik gebruikt.

Wereldwijd bestaan duizenden producenten van software en hardware, waardoor de concurrentie op de markt hevig is.¹⁰³ Tegelijkertijd stijgt de vraag naar CCTV-camera's wegens een groter wordende kans op aanslagen. Producenten trachten te groeien door middel van fusies en overnames, en investeringen in *research & development*. Er bestaan honderden verschillende modeltypen en technologieën.¹⁰⁴ Het scala aan soorten camera's zal alsmaar groter worden door de investeringen in innovatie.¹⁰⁵ Daarnaast bestaat een trend van dalende prijzen, waardoor ook kleine ondernemingen CCTV-camera's kunnen kopen. De afnemers komen uit allerlei hoeken,

102 Zie futuremarketinsights.com/reports/cctv-camera-market.

103 Rapport van Transparency Market Research. Zie prnewswire.com/news-releases/cctv-camera-market---global-industry-analysis-size-share-growth-trends-and-forecast-2017---2025-300537232.html, transparencymarketresearch.com/cctv-camera-market.html en technology.ihc.com/523778/canon-to-acquire-axis-communications.

104 Zie tweakers.net/reviews/3951/3/spiedende-ogen-en-slinkse-sensors-ip-cameras-1-2.html.

105 Zie persistencemarketresearch.com/mediarelease/cctv-cameras-market.asp.

zoals de detailhandel, de *hospitality*-sector, de financiële dienstverlening en de overheid.¹⁰⁶ Tot slot maakt de markt een sterke groei door.

Wat de onderhandelingsmacht van afnemers betreft, blijkt uit deze gegevens dat er, gezien de stijgende vraag en de vele soorten afnemers, veel afnemers bestaan. CCTV-camera's zijn enerzijds een standaardproduct, omdat ze niet voor afnemers op maat hoeven te worden gemaakt; anderzijds zijn ze geen standaardproduct wegens de grote variëteit in het aanbod. Globaal genomen zullen afnemers doorgaans niet geloofwaardig kunnen dreigen zelf CCTV-camera's te produceren, omdat dit product daarvoor te complex is. Over de kosten van overstappen op een andere producent heb ik geen informatie kunnen vinden. Uit een interview bleek dat die per afnemer kunnen verschillen, al naargelang de mate waarin de relatie tussen producent en afnemer intensief is. Ik concludeer dat afnemers niet veel onderhandelingsmacht hebben.

Wat de concurrentie in de markt betreft, kan worden vastgesteld dat er veel producenten zijn. Ook zouden CCTV-camera's als 'bederfelijk' kunnen worden gekwalificeerd, omdat hun levenscyclus gezien de hoge investeringen in innovatie kort zal zijn. Daarentegen is de marktgroei hoog en is differentiatie mogelijk wegens de verschillende modellen en technologieën. De concurrentie is dus hevig, maar zij zou zeker nog heviger kunnen zijn.

Hoewel op grond van deze gegevens lastig te zeggen is of een producent tegenover een afnemer voldoende onderhandelingsmacht heeft, blijkt wel dat ook afnemers niet zo'n sterke positie hebben. Daarom concludeer ik voorzichtig dat producenten in veel gevallen hun onderhandelingsmacht zouden kunnen en ook moeten gebruiken om afspraken te maken.¹⁰⁷ Mede gezien het feit dat ik geen informatie over de dreiging van substituten en nieuwe markttoetreders heb kunnen vinden, betracht ik terughoudendheid. Ter illustratie noem ik twee interviews waaruit blijkt dat de desbetreffende producenten, wegens het hoge aantal afnemers en de relatief kleine impact van het verlies van een afnemer, veel onderhandelingsmacht hebben. Die onderhandelingsmacht hebben zij echter nog niet voor het bewerkstelligen van afspraken ingezet.

106 Zie prnewswire.com/news-releases/cctv-camera-market---global-industry-analysis-size-share-growth-trends-and-forecast-2017---2025-300537232.html.

107 Ik concludeer 'voorzichtig' omdat ik geen concrete data heb gebruikt die bijvoorbeeld zien op de marktaandelen van ondernemingen, die bovendien per geografische regio zouden kunnen worden gespecificeerd. Deze data zijn te vinden in de eerdergenoemde rapporten van onderzoeksbureaus.

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

4.4 Deelconclusie

Of een producent economisch in staat was afspraken te maken, speelt een rol bij zijn eventuele aansprakelijkheid. Met behulp van het vijfkrachtenmodel van Porter is uiteengezet welke factoren de omvang van de onderhandelingsmacht van een producent bepalen. Vervolgens kwamen de karakteristieken van de wereldmarkt voor surveillancamera's aan bod, waarna is ingegaan op twee krachten: de onderhandelingsmacht van afnemers en de interne concurrentie. Hieruit heb ik geconcludeerd dat surveillancameraproducten in veel gevallen voldoende onderhandelingsmacht lijken te hebben. Die zouden zij kunnen en moeten gebruiken om afspraken te maken.

5 Ruilmiddelen, handhaving en remedies

5.1 Inleiding

In deze paragraaf komt aan bod welke ruilmiddelen producenten hebben om afnemers te overtuigen van het maken van afspraken, hoe de naleving ervan kan worden gecontroleerd, welke remedies producenten hebben indien afspraken niet worden nageleefd, en hoe zij hun eventuele schade op buitenlandse afnemers kunnen verhalen. Hiermee illustreer ik welke praktische problemen producenten kunnen ervaren en hoe zij daarmee kunnen omgaan.

5.2 Ruilmiddelen ter overtuiging van afnemers

Indien producenten onvoldoende onderhandelingsmacht hebben, kunnen zij toch proberen om afnemers met afspraken akkoord te laten gaan door ruilmiddelen te geven. In B2B- en B2G-relaties mag worden verwacht dat afnemers de contractvoorwaarden goed bestuderen. Indien producenten afspraken willen maken, maar hier niets tegenoverstellen, zouden afnemers kunnen besluiten voortaan zaken te doen met producenten die geen afspraken eisen. Uit twee interviews blijkt dat producenten het dreigen hiermee door afnemers kunnen opvatten als een teken dat die afnemers voornemens waren de producten onverantwoord te gebruiken.¹⁰⁸ Dat zou in sommige gevallen onterecht zijn. Indien afnemers niet de noodzaak zien en geen druk

108 De respondenten konden zich (in eerste instantie) niet goed kenden voorstellen waarom een afnemer voor het maken van afspraken zou moeten worden gecompenseerd.

ervaren om afspraken te maken, zullen zij afspraken logischerwijs vooral als nadelig zien. Zij zullen immers mogelijk kosten maken voor maatregelen die onverantwoord gebruik moeten voorkomen. Bovendien lopen zij (extra) risico op schade, indien onbedoeld toch onverantwoord gebruik plaatsvindt. Daarnaast worden zij beknot in hun gebruiksmogelijkheden van het product.¹⁰⁹

Producenten doen er daarom verstandig aan om afnemers een (combinatie van) ruilmiddel(en) te geven. Die ruilmiddelen kunnen verschillende commerciële voordelen voor de afnemers zijn, zoals een lagere prijs, betaling in (meer) termijnen (dan gebruikelijk) en een korting op de prijs na verloop van tijd.¹¹⁰ Aan dit laatste ruilmiddel kan de voorwaarde worden gekoppeld dat in de tussentijd geen onverantwoord gebruik plaatsvindt. Hierdoor is dit ruilmiddel tevens een stimulans voor afnemers voor verantwoord gebruik. Een ander ruilmiddel dat verantwoord gebruik kan bevorderen, is het aanbieden van trainingen aan werknemers van afnemers over het product, ter voorkoming van onbedoeld onverantwoord gebruik door die werknemers. Hoe ver producenten moeten gaan in het aanbieden van ruilmiddelen om afnemers te overtuigen, is afhankelijk van hun onderhandelingsmacht en de bereidheid van afnemers – al dan niet door druk van derden – om afspraken te maken. Bij een kettlingbeding spelen ook de onderhandelingsmacht van directe afnemers jegens indirecte afnemers en de bereidheid van die laatsten een rol.

Het nadeel van het aanbieden van ruilmiddelen is dat het producenten geld kost. Zij moeten immers voorkomen dat afnemers niet naar concurrenten overstappen. Dit nadeel wordt weggenomen wanneer producenten met hun concurrenten kunnen overeenkomen dat zij allen afspraken eisen, waardoor een *level playing field* in de markt zoveel mogelijk behouden blijft.

Een voorbeeld hiervan zijn de Responsible Ship Recycling Standards (hierna: RSRS) die enkele banken opnemen in hun kredietovereenkomsten met scheepseigenaren ter verbetering van de laatste levensfase van schepen.¹¹¹

109 Al is deze 'kostenpost' niet van toepassing indien de afnemer sowieso niet van plan was om het product onverantwoord te gebruiken.

110 Eén van de respondenten noemde in dit kader een *rebate*. Een *rebate* houdt in dat indien een afnemer voor een bepaalde omzet zorgt bij de producent in een bepaalde periode, hij een percentage van die omzet terugkrijgt.

111 Op 30 mei 2017 maakten onder meer ABN AMRO, ING en NIBC bekend dat zij voortaan de Responsible Ship Recycling Standards in hun kredietovereenkomsten met scheepseigenaren zouden zetten. Met de standaarden wordt beoogd het verantwoord recyclen van schepen te stimuleren en de gevaren die gepaard

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

Dat dit initiatief tot stand is gekomen, kan te maken hebben met de volgende factoren: (i) het gaat om specifieke risico's, die zien op eventuele schade voor het milieu en de volksgezondheid door de sloop en recycling van schepen,¹¹² (ii) op de scheepsfinancieringsmarkt is waarschijnlijk een, vergeleken met de surveillancemercamarkt, laag aantal aanbieders actief door de grote geldsommen die met scheepsfinanciering gepaard gaan, (iii) de initiatiefnemers vertegenwoordigen samen een aanzienlijk deel van de markt, waardoor scheepseigenaren niet gemakkelijk financiering kunnen aantrekken zonder de strengere eisen van de RSRS,¹¹³ en (iv) de verplichtingen voor financiers zijn vrij mild geformuleerd.¹¹⁴ Producenten die vergelijkbare afspraken met hun concurrenten willen maken, dienen ervoor te zorgen dat zij samen met andere initiatiefnemers een aanzienlijk deel van de markt vertegenwoordigen en dat zij hun realistische standaarden voorleggen wat betreft de omvang van de risico's en de reikwijdte van hun verplichtingen.

5.3 Toezicht op de naleving van afspraken

Nadat producenten afspraken met afnemers hebben gemaakt, zouden zij moeten toezien op de naleving daarvan. Omdat toezicht houden op alle afnemers duur of lastig kan zijn, kunnen producenten via een risicogeorienteerde benadering bepalen na welke verkopen zij toezicht houden en in welke mate. Het risico op onverantwoord gebruik zal immers groter zijn indien bij een verkoop risicovolle producten of afnemers betrokken zijn. Afnemers kunnen worden gekwalificeerd als risicovol indien zij opereren in een risicovolle bedrijfstak¹¹⁵ of risicovol land, of indien zij onbekend zijn en producenten geen geschiedenis met hen hebben.

gaan met gevaarlijke materialen aan boord van schepen, te minimaliseren. Zie ing.com/ING-in-society/Sustainability/ING-ABN-AMRO-and-NIBC-present-the-responsible-ship-recycling-standards.htm en banken.nl/nieuws/20279/banken-introduceren-duurzame-standaarden-scheepsrecycling.

- 112 Zie banken.nl/nieuws/20279/banken-introduceren-duurzame-standaarden-scheepsrecycling.
- 113 Zie grafiek 1 over de top 40 grootste banken wat betreft scheepsfinancieringsportefolio's in 2015 op petrofin.gr/Upload/Petrofin_Index_for_Global_ship_finance.pdf, waarin ABN AMRO en ING te vinden zijn.
- 114 Zie punt 4 van de RSRS, waarin staat dat de banken hun '*best efforts*' zullen gebruiken. De RSRS zijn te vinden op abnamro.com/en/images/Documents/035_Social_Newsroom/Press_Releases/2017/Responsible_Ship_Recycling_Statement.pdf.
- 115 Eén van de respondenten gaf als voorbeeld van een risicovolle bedrijfstak het gevangeniswezen.

Vooral wanneer producten door afnemers worden doorverkocht, is handhaving lastig.¹¹⁶ Aan de productiezijde van de productieketen kan met behulp van een certificeringsinstantie voorafgaand aan de koop worden nagegaan of producten verantwoord zijn geproduceerd.¹¹⁷ Aan de afne zijde is deze mogelijkheid van certificering minder effectief.¹¹⁸ Een certificeringsinstantie zou afnemers kunnen controleren, maar monitoren kan niet voorkomen dat producten onverantwoord worden gebruikt en producenten verbonden zijn aan mensenrechtenschendingen; dat is anders aan de productiezijde. Desalniettemin lijkt controle door een derde in sommige gevallen zinvol, al is het maar omdat producenten in geval van onverantwoord gebruik daarvan dan op de hoogte zijn. Bovendien hebben goede handhavingsmechanismen een afschrikkende werking. Steekproefsgewijze controles door producenten zelf kunnen ook een optie zijn, al bestaat bij aangekondigde controles het gevaar dat de controleurs de werkelijkheid niet te zien krijgen, zo blijkt uit een interview.¹¹⁹

In sommige gevallen zal controle echter geen optie zijn; indien bijvoorbeeld surveillancecamera producenten hun camera's aan afnemers in onveilige landen verkopen, zal mogelijk niemand bereid zijn het gebruik daarvan te controleren. Het opzetten van een klachtenmechanisme zou dan een oplossing kunnen zijn. Omdat producenten bij onverantwoord gebruik slechts *'directly linked'* zijn aan de mensenrechtenschendingen en geen sprake is van *'cause'* of *'contribute'*, hebben zij onder de UNGP's geen verantwoordelijkheid tot schadeherstel.¹²⁰ Bijvoorbeeld ter voorkoming van reputatieschade kan bijdragen aan schadeherstel echter raadzaam zijn.¹²¹ Als klachtenmechanisme kan men denken aan het opzetten van een telefonische *hotline*, waar mogelijke slachtoffers van onverantwoord gebruik naartoe kunnen bellen indien zij onverantwoord gebruik vrezen of hebben waargenomen.¹²² Uit de UNGP's kan worden herleid dat geen klachtenmechanisme bestaat dat in alle situaties zou werken.¹²³ Wel kunnen initiatiefnemers hun klachtenmechanisme aan de daarin neergelegde effectiviteitscriteria toetsen.¹²⁴

116 Shift 2013, p. 10.

117 Zie over deze mogelijkheid Cafaggi 2013, p. 1600-1611.

118 Shift 2013, p. 10.

119 Hoewel zijn onderneming nog niet steekproefsgewijs controleert, zag de respondent dit wel als optie.

120 Zie de toelichting bij principle 22 UNGP's.

121 Shift 2014, p. 3-4.

122 Shift 2014, p. 4.

123 Shift 2014, p. 9.

124 Zie principle 31 UNGP's.

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

Over het toezicht houden kunnen producenten afspraken met afnemers maken, bijvoorbeeld over de verdeling van de kosten ervan. Indien producenten de voornoemde wijzen van toezicht houden problematisch vinden, zouden zij in ieder geval via hun website en hun jaarverslag kunnen uitdragen dat bij onverantwoord gebruik meldingen daarvan door bijvoorbeeld ngo's welkom zijn en dat met die meldingen ook iets zal worden gedaan.

5.4 Remedies

Indien afnemers producten onverantwoord gebruiken, terwijl contractueel is afgesproken dat zij dat zouden nalaten, plegen zij contractbreuk. Producenten zouden dan eerst in kaart moeten brengen wat precies heeft plaatsgevonden. Dat is belangrijk bij het remediëren van de schade en in eventuele juridische procedures naar aanleiding van onverantwoord gebruik. Ook zouden zij de afnemers moeten waarschuwen dat zij in strijd met de afspraken handelen. Zij zouden voorts met de afnemers kunnen samenwerken om de mensenrechtenschendingen te stoppen.

Indien de afnemers niet bereid zijn het onverantwoord gebruik te staken, kunnen producenten allereerst de Nederlandse en de lokale autoriteiten inlichten, zodat die kunnen proberen de mensenrechtenschendingen te stoppen. Het nadeel hiervan is dat meer mensen bekend raken met het onverantwoord gebruik, wat eventuele reputatieschade kan vergroten. Producenten staan ook zelf verschillende juridische remedies ter beschikking. Zij kunnen een vordering tot nakoming instellen, zodat de afnemers bij toewijzing daarvan in strijd met een rechterlijk bevel handelen indien zij het onverantwoord gebruik voortzetten.¹²⁵ Bij een duurovereenkomst kunnen producenten bovendien toekomstige leveringen opschorten, totdat de afnemers aan hun verplichtingen voldoen.¹²⁶ Tevens kunnen producenten de overeenkomst ontbinden, zodat de afnemers verplicht zijn de producten te retourneren.¹²⁷ Daarbij kan het, zoals uiteengezet in paragraaf 2.2, echter goed zijn te beoordelen of dit tot meer of minder mensenrechtenschendingen zal leiden. Indien meer, doordat de afnemer onvoldoende wordt gestimuleerd het onverantwoord gebruik te staken, handelt de producent meer verantwoord door andere remedies te gebruiken.

125 Art. 3:296 lid 1 BW.

126 Art. 6:52 lid 1 BW.

127 Art. 6:265 lid 1 BW.

Ten aanzien van sommige producten kunnen producenten echter ook bewerkstelligen dat afnemers niet langer hun producten kunnen gebruiken voor mensenrechtenschendingen door die (op afstand) onbruikbaar te maken. Surveillancamera's zijn vaak voorzien van software. Voor het gebruik van die software kan een licentie worden verleend. Bij onverantwoord gebruik zouden producenten de licentie kunnen intrekken, waardoor de software niet meer kan worden gebruikt.¹²⁸ Dit is bevestigd door een geïnterviewde producent, al maakt hij nog geen gebruik van deze mogelijkheid.¹²⁹ Sommige producenten doen dit wel.¹³⁰ Daarnaast zouden producenten software-updates naar de producten kunnen sturen die zonder toestemming van de gebruiker worden verwerkt. Dit heeft Samsung tijdens een terugroepactie omtrent smartphones gedaan, waardoor die niet meer konden worden opgeladen.¹³¹

Hoewel dit geen remedies zijn ter vergoeding van de schade van producenten, zal verder onverantwoord gebruik (en daarmee eventuele reputatieschade en aansprakelijkheid voor grotere schade) uitblijven. Dat is een belangrijk verschil met juridische remedies, waarbij afnemers de producten onverantwoord kunnen blijven gebruiken. Sommige afnemers zullen immers niet worden afgeschrikt door een verplichting tot schadevergoeding of een rechterlijk bevel. Nadat de producten onbruikbaar zijn gemaakt, kunnen afnemers de producten bij andere producenten trachten te kopen om daarmee de mensenrechtenschendingen voort te zetten. Het voordeel voor de eerdere producenten is dan dat zij het de afnemers in ieder geval lastiger hebben gemaakt en dat hun producten niet langer aan de mensenrechtenschendingen zijn verbonden.

Indien afnemers onwelwillend staan tegenover het vergoeden van eventuele schade, kunnen producenten schadevergoeding vorderen wegens wanprestatie.¹³² Verder kan de schadevergoeding contractueel worden gefixeerd in

128 Dat software voor surveillancamera's kan worden verstrekt in de vorm van licenties, blijkt uit informatie op de websites van producenten en retailers van surveillancamera's. Zie bijv. axis.com/en-us/products/axis-camera-station/license en cctvcamerapros.com/IP-Camera-Software-s/295.htm.

129 Dit blijkt uit één van de interviews.

130 Zie bijv. milestonesys.com/about-us/our-company/csr/.

131 In december 2016 en januari 2017 verstuurde Samsung dergelijke updates. Die moesten voorkomen dat de smartphones in brand zouden vliegen en zouden ontploffen. Zie theguardian.com/technology/2016/dec/09/galaxy-note-7-samsung-software-update en cnet.com/news/samsung-galaxy-note-7-return-exchange-faq/.

132 Art. 6:74 lid 1 BW.

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

de vorm van een boetebeding, hetgeen eveneens als stimulans tot naleving kan functioneren.¹³³ Indien producenten door de slachtoffers van het onverantwoord gebruik aansprakelijk worden gesteld, kunnen zij hun afnemers in vrijwaring oproepen.

5.5 Schadeverhaal op buitenlandse afnemers

Schadeverhaal kan lastig zijn indien sprake is van buitenlandse afnemers. Ter illustratie geef ik twee voorbeelden met betrekking tot surveillancecameraproducten, waarin de afnemer geloofwaardig beweert dat hij de surveillancecamera's verantwoord zal gebruiken, maar hij dit vervolgens niet doet. Het gaat hier om (bewerkingen van) bestaande zaken.

Het eerste voorbeeld betreft de verkoop aan de Syrische overheid, die beweert de surveillancecamera's te zullen gebruiken ter beveiliging van overheidsgebouwen. Na levering worden de surveillancecamera's echter primair gebruikt om politieke tegenstanders op te sporen en te martelen.¹³⁴ Het tweede voorbeeld betreft de verkoop aan een privaat beveiligingsbedrijf, dat de surveillancecamera's zoals afgesproken installeert op zeeschepen ten behoeve van het afweren van piratenaanvallen. Bij dat afweren gebruikt het echter ongerechtvaardigd dodelijk geweld.¹³⁵

Schadeverhaal zal in het eerste voorbeeld lastig blijken. Hoewel de Nederlandse rechter bevoegd kan zijn en hij de vordering kan toewijzen, zal de producent zich wegens immuniteit van executie niet op het vermogen van zijn wederpartij kunnen verhalen, voor zover het gaat om goederen met een publieke bestemming die kunnen worden gebruikt bij de werkzaamheden van de wederpartij als vreemde staat (een staat buiten de EU).¹³⁶

133 Art. 6:91 BW.

134 Dit voorbeeld is afgeleid van de Franse strafrechtelijke procedure tegen Qosmos, dat surveillance-apparatuur aan het Syrische regime had verkocht, waarmee het Syrische regime mensenrechtenschendingen zou hebben gepleegd. Zie Enneking e.a. 2015, p. 229-230 en business-humanrights.org/en/qosmos-investigation-re-syria.

135 Dit voorbeeld is afgeleid van de berichtgeving over het Amerikaanse private beveiligingsbedrijf Blackwater, dat voornemens was om grote zeeschepen langs de kust van Somalië te beveiligen en vaker ongerechtvaardigd dodelijk geweld gebruikte. Zie nytimes.com/2010/12/01/world/africa/01wikileaks-blackwater.html en theguardian.com/world/2010/jun/28/blackwater-wins-afghanistan-contract.

136 De Nederlandse rechter kan bevoegd zijn omdat wegens de aard van de rechtshandeling geen immuniteit van jurisdictie geldt. De aard en niet het doel van de rechtshandeling is immers bepalend. De rechtshandeling is in dit voorbeeld het op voet van gelijkheid sluiten van een koopovereenkomst met een

Met betrekking tot executie op het resterende deel van het vermogen zal de producent in elk land waar dat vermogen zich bevindt, een afzonderlijk exequatur¹³⁷ nodig hebben. Hoewel immuniteit van executie niet speelt wanneer de producent aan een onderneming levert, zoals in het tweede voorbeeld, is ook dan schadeverhaal problematisch. Schadeverhaal wordt gemakkelijker wanneer de afnemer binnen de EU is gevestigd.¹³⁸

In beide voorbeelden kan een contractueel beding voor geschilbeslechting via arbitrage, gezien het grote aantal landen dat het Verdrag van New York heeft onderschreven, een oplossing bieden.¹³⁹ Er kleven echter nadelen aan geschilbeslechting via arbitrage, zoals de hoge kosten die ermee gepaard kunnen gaan.¹⁴⁰ Bovendien zal een verplichting tot schadevergoeding niet noodzakelijkerwijs het onverantwoord gebruik stoppen. Het is daarom de vraag hoe realistisch en nuttig dergelijke procedures zullen zijn. Vooral bij de verkoop aan afnemers uit vreemde staten zouden producenten moeten bedenken in hoeverre het mogelijk is de producten op afstand onbruikbaar te maken. Dat lijkt vooral voor softwareproducenten mogelijk te zijn. Als dat niet mogelijk is, hebben producenten minder invloed op de omvang

privaatrechtelijk rechtssubject, hetgeen behoort tot de *acta iure gestionis*. Zie Ancery & Essed 2015, p. 40 en Strikwerda 2015, p. 242. De Nederlandse rechter is bevoegd om van het geschil kennis te nemen indien de levering in Nederland heeft plaatsgevonden (art. 7 lid 1 sub b, eerste streepje, Brussel I-bis Vo.) of indien de Syrische staat in vrijwaring wordt opgeroepen en de oorspronkelijke vordering (van slachtoffer op producent) bij hem aanhangig is gemaakt (art. 8 lid 2 Brussel I-bis Vo.). Zie voor de immuniteit van executie Ancery & Essed 2015, p. 42.

137 Een exequatur betekent in dit geval een rechterlijk verlof voor tenuitvoerlegging van een buitenlands vonnis.

138 Wanneer het immers gaat om de tenuitvoerlegging van een vonnis van een rechter uit een lidstaat binnen de EU, geldt de immuniteit van executie in B2G-relaties onverminderd, maar is evenals in B2B-relaties geen afzonderlijk exequatur vereist (art. 39 Brussel I-bis Vo.).

139 De immuniteit van executie geldt in arbitrage immers niet, indien de arbitrage verloopt via een arbitragereglement waarin staat dat de partijen afstand doen van hun recht op enige vorm van beroep tegen de tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis. Dit is bijvoorbeeld het geval in het arbitragereglement van de International Chamber of Commerce (art. 35 lid 6). Bovendien erkent het Verdrag van New York immuniteit van executie niet als weigeringsgrond voor tenuitvoerlegging. Zie Ryngaert 2017, p. 117. Dat een groot aantal landen zich bij het Verdrag van New York heeft aangesloten, is af te leiden uit newyorkconvention.org/countries.

140 Zie voor een uiteenzetting van de voor- en nadelen van arbitrage Berger & Janssen 2017, p. 30-33.

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

van eventuele mensenrechtenschendingen, waardoor zij doorgaans sneller moeten afzien van de verkoop.

6 Conclusie

Om onverantwoord gebruik te voorkomen kunnen producenten enerzijds juridische motieven hebben, die volgen uit hun civielrechtelijke zorgplicht, strafrechtelijke bepalingen en de Europese Exportverordening. Anderzijds kunnen de motieven volgen uit intrinsieke motivatie en het risico op reputatieschade. Dit laatste lijkt het voornaamste motief te zijn. In paragraaf 3 is besproken hoe producenten bindende afspraken met afnemers kunnen maken. Of zij ook economisch tot het maken van afspraken in staat zijn, is afhankelijk van hun onderhandelingsmacht, die kan worden bepaald met behulp van het vijfkrachtenmodel van Porter (waarover meer in paragraaf 4). Indien zij onvoldoende onderhandelingsmacht hebben, kunnen zij door het aanbieden van ruilmiddelen proberen toch afspraken te bewerkstelligen. Ook andere praktische problemen liggen echter op de loer. Voorafgaand aan de verkoop moeten producenten bedenken in hoeverre zij, eventueel met behulp van een certificeringsinstantie of een klachtenmechanisme, toezicht kunnen en willen houden op de naleving van de gemaakte afspraken. Producenten hebben diverse, juridische en niet-juridische, instrumenten om de naleving van de afspraken af te dwingen. Indien zij niet de mogelijkheid hebben de producten op afstand onbruikbaar te maken, zullen zij, vooral in geval van afnemers uit vreemde staten, eerder moeten afzien van de verkoop ervan. Het is immers twijfelachtig hoe realistisch en nuttig het voeren van juridische procedures tegen dergelijke afnemers is.

Literatuurlijst

Ancery & Essed 2015

A.G.F. Ancery & M.A.M. Essed, 'Staatsimmunitie van executie', *MvV* 2015, afl. 2, p. 39-46.

Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015

X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

People, Planet, Privaatrecht

Beckers 2015

A. Beckers, *Taking corporate codes seriously: towards private law enforcement of voluntary corporate social responsibility codes* (diss. Maastricht), Maastricht: Maastricht University 2014.

Berger & Janssen 2017

L.C.M. Berger & E.H. Janssen, 'De voor- en nadelen van arbitrage', *Bb* 2017, afl. 10, p. 30-33.

Besanko e.a. 2010

D. Besanko e.a., *Economics of strategy*, Hoboken (Verenigde Staten): John Wiley & Sons 2010.

Cafaggi 2013

F. Cafaggi, 'The regulatory functions of transnational commercial contracts: new architectures', *Fordham International Law Journal* 2013, afl. 6, p. 1557-1618.

Dam, van, 2000

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Dam, van, 2008

C.C. van Dam, *Onderneming en mensenrechten. Zorgvuldigheidsnormen voor ondernemingen ter voorkoming van betrokkenheid bij schending van mensenrechten* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Dam, van, 2015

C.C. van Dam, *Enhancing Human Rights Protection: a Company Lawyer's Business* (oratie Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2015.

Duijst & Van Langen, 2017

J. Duijst, L. van Langen, 'Kan software bepalen of iemand homo of hetero is?', *Nos.nl* 11 september 2017 (bijgewerkt 15 september 2017).

Enneking e.a. 2015

L.F.H. Enneking e.a., *Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen*, Den Haag: WODC 2015 (online publiek).

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

Erp, van, 2008

J. van Erp, *Naming en shaming in het contractenrecht? Het reputatie-effect van schadevergoedingen tussen ondernemingen*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2008, te raadplegen op hdl.handle.net/1765/12745.

Fortado 2017

L. Fortado, 'Slavery is a weak link in corporate supply chains', *Financial Times* 22 juni 2017 (online publiek).

Grundy 2006

T. Grundy, 'Rethinking and reinventing Michael Porter's five forces model', *Strategic Change* 2006, afl. 5, p. 213-229.

Hazekamp e.a. 2016

N. Hazekamp, G. ten Kate, W. Wiertsema, J. Wilde-Ramsing, 'Dredging in the dark' (rapport van Both ENDS en Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen), 2016 (online publiek).

Jeurissen & Nijhof 2012

R.J.M. Jeurissen & A.H.J. Nijhof, 'De paradox van intrinsieke motivatie bij maatschappelijk verantwoord ondernemen', in: E. Karssing e.a. (red.), *De robuuste professional: Wijze LESsen*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2012, p. 211-221.

Kristen 2010

F.G.H. Kristen, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging, deel 2010-1), Deventer: Kluwer 2010, p. 121-189.

Melo & Garrido-Morgado 2012

T. Melo & A. Garrido-Morgado, 'Corporate reputation: a combination of social responsibility and industry', *Corporate social responsibility and environmental management* 2012, afl. 1, p. 11-31.

Mulder 2015

J. Mulder, 'Nederlandse bedrijven vrezen reputatieschade meest, slechts 38% heeft plan klaarliggen', *Adformatie.nl* 15 juli 2015.

Murray 2017

S. Murray, 'Tighter standards of conduct for supply chains', *Financial Times* 16 november 2017 (online publiek).

People, Planet, Privaatrecht

Porter 1979

M.E. Porter, 'How competitive forces shape strategy', *Harvard Business Review* 1979, afl. 2, p. 137-145.

Porter 2008

M.E. Porter, 'The five competitive forces that shape strategy', *Harvard Business Review* 2008, afl. 1, p. 78-93.

Rühmkorf 2015

A. Rühmkorf, *Corporate social responsibility, private law and global supply chains*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2015.

Ruygvoorn 2010

M.R. Ruygvoorn, 'Contracteren onder voorbehoud: het blijft lastig!', *MvV* 2010, afl. 6, p. 168-172.

Ryngaert 2017

C.M.J. Ryngaert, 'Staatsimmunitieit van executie: beslagmogelijkheden voor crediteuren na de herfstarrresten van de Hoge Raad (2016)', *TCR* 2017, afl. 3, p. 111-118.

Sanders e.a. 2015

F. Sanders, C. Roorda & J. Welkers, *Maatschappelijk verantwoord ondernemen volgens MKB-ondernemers*, Rotterdam: Drift 2015 (online publiek).

Shift 2013

Shift, *Using Leverage in Business Relationships to Reduce Human Rights Risks*, 2013 (online publiek).

Shift 2014

Shift, *Remediation, Grievance Mechanisms and the Corporate Responsibility to Respect Human Rights*, 2014 (online publiek).

Stonehouse & Snowdon 2007

G. Stonehouse & B. Snowdon, 'Competitive advantage revisited: Michael Porter on strategy and competitiveness', *Journal of Management Inquiry* 2007, afl. 3, p. 256-273.

Strikwerda 2015

L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, 2015.

II Maatschappelijk onverantwoord gebruik van producten: wie betaalt de rekening?

Sullivan 2017

R. Sullivan, 'Dakota pipeline lenders under pressure to withdraw', *Financial Times* 8 mei 2017.

Tulder, van & Van der Zwart 2003

R. van Tulder & A. van der Zwart, *Reputaties op het spel: maatschappelijk verantwoord ondernemen in een onderhandelingsamenleving*, Utrecht: Het Spectrum 2003.

Vytopil 2015

A.L. Vytopil, *Contractual control in the supply chain* (diss. Utrecht), Den Haag: Eleven International Publishing 2015.

Wadsworth 2017

J. Wadsworth, 'Lawsuit accuses Cisco of complicity in oppression abroad', *Sanjoseinside.com* 24 mei 2017.

Werther & Chandler 2010

W.B. Werther & D.B. Chandler, *Strategic corporate social responsibility*, Thousand Oaks: Sage Publications 2010.

Wood 2012

S. Wood, 'The case for leverage-based corporate human rights responsibility', *Business Ethics Quarterly* 2012, afl. 1, p. 63-98.

