

**De juridische verantwoordelijkheid
van Nederlandse moederbedrijven
voor de betrokkenheid van dochters
bij schendingen van fundamentele, internationaal
erkende rechten**

**Prof. dr. A.G. Castermans
Dr. J.A. van der Weide
Leiden
15 december 2009**

Inhoudsopgave

Samenvatting	5
<i>Auteurs</i>	8
1. Introductie	9
2. Verantwoordelijkheid naar Nederlands recht	
2.1 Waaraan een Nederlands bedrijf moet voldoen in Nederland	13
2.2 Strafbare feiten en straffen	13
2.3 Naleving en schadevergoeding naar burgerlijk recht	15
<i>Verbod en gebod</i>	15
<i>Schadevergoeding</i>	16
<i>Zorgvuldigheidsnorm</i>	17
2.4 De rol van ‘maatschappelijk verantwoord ondernemen’ en gedragscodes	19
<i>Gedragscodes</i>	19
<i>Maatschappelijk verantwoord ondernemen</i>	20
<i>Richtlijnen voor beleid</i>	20
<i>Invloed</i>	21
2.5 Verplichtingen tegenover afnemers	22
2.6 Verplichtingen tegenover benadeelden	23
2.7 Slotsom	25
3. De verantwoordelijkheid van een moederbedrijf	
3.1 Inleiding	26
3.2 Eigen onrechtmatige daad moeder	27
3.3 Falend toezicht	28
3.4 De rol van ‘maatschappelijk verantwoord ondernemen’ en gedragscodes	30
3.5 Slotsom	31
4. Handelen in het buitenland	
4.1. Inleiding	32
4.2. De internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter	33
4.3 Toepasselijk recht	35
<i>Betrokkenheid van de buitenlandse dochter bij schendingen</i>	35
<i>Falend toezicht van de Nederlandse moeder</i>	36
<i>Correctiemechanismen</i>	39
4.4 De Alien Tort Claims Act en de internationale betrekkingen	40
4.5 Slotsom	42

5.	Het voeren van een rechtszaak	
5.1	Belemmeringen?	44
5.2	Collectieve acties	44
5.3	Massaschadeclaims	45
5.4	Bewijs	47
	<i>Bewijslast</i>	<i>47</i>
	<i>Getuigen en deskundigen</i>	<i>48</i>
	<i>Speciale procedure bij twijfel aan beleid</i>	<i>48</i>
5.5	Kosten civiele procedure	49
5.6	Slotsom	50
6.	Samenvatting	51
 Bijlagen:		
	Verzoek om offerte van 30 juli 2009	55
	Terms of Reference	57

Samenvatting

Dit rapport beschrijft de vragen die een Nederlandse civiele rechter zal stellen bij de beoordeling van de verantwoordelijkheid van een Nederlandse rechtspersoon voor zijn betrokkenheid bij de schending van fundamentele, internationaal erkende rechten. In het bijzonder onderzoeken wij zijn verantwoordelijkheid van een Nederlandse rechtspersoon voor zijn in het buitenland opererende dochters.

Verantwoording

Het rapport, geschreven in opdracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken, dient als basis voor een debat over:

- de conclusies van een nog te verrichten onderzoek van de Europese Commissie naar het wettelijk kader voor mensenrechten en het milieu, van toepassing op Europese bedrijven die zaken doen buiten de EU;
- het operationaliseren van het raamwerk van professor John Ruggie, de *Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*.

Daarom is gezocht naar een toegankelijke stijl en is afgezien van een rechtswetenschappelijke beschrijving van wettelijke regelingen, jurisprudentie en dogmatiek, naar Nederlands recht en het recht van de ons omringende landen. Het rapport behandelt alleen juridische vragen. Niet-juridische alternatieven zoals de toegang tot het Nationaal Contact Punt van de OESO Richtlijnen voor multinationale ondernemingen, blijven buiten beschouwing.

Het rapport is deels gebaseerd op specifieke regelgeving, zoals enkele in de strafwet beschreven misdrijven, de bevoegdheid van de civiele rechter en het toepasselijke civiele recht. Deels behelst het een invulling van open geformuleerde wettelijke bepalingen.

Er zijn nationaal en internationaal geen voorbeelden van wet- en regelgeving waarin is voorzien in expliciete verantwoordelijkheid van rechtspersonen voor nadelige effecten van het handelen van hun buitenlandse dochters of toeleveranciers. Er zijn ook maar weinig rechterlijke uitspraken. In Nederland zijn de eerste drie rechtszaken aanhangig gemaakt; daarin moet worden afgewacht of de Nederlandse rechter zich bevoegd acht van de vorderingen kennis te nemen. Het rapport bevat daarom in belangrijke mate de inschatting van de auteurs, gebaseerd op schaarse buitenlandse voorbeelden of wetgeving, rechtspraak en rechtsgeleerde literatuur op andere gebieden.

Vragen

Kan een Nederlandse rechtspersoon verantwoordelijk worden gehouden voor de betrokkenheid van een dochterbedrijf bij een schending van fundamentele, internationaal erkende rechten in het

buitenland? Wie kan de Nederlandse moeder verantwoordelijk stellen? De kern van het rapport gaat over verantwoordelijkheid in de zin van aansprakelijkheid naar burgerlijk recht.

Stramien van beantwoording

De Nederlandse rechter beoordeelt de vraag of benadeelden van schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten aanspraak hebben op schadevergoeding van een Nederlandse moeder, volgens een beproefd stramien:

- hij gaat eerst na of hijzelf bevoegd is over de vordering te oordelen;
- vervolgens stelt hij vast welk recht hij moet toepassen, het Nederlandse recht of het recht van een ander land;
- dan pas komt hij toe aan een beoordeling van de vordering en de waardering van de feiten die aan de vordering ten grondslag zijn gelegd.

Bevoegdheid rechter

Eerst buigt de rechter zich over zijn eigen bevoegdheid. Juist omdat de vordering tot schadevergoeding is gericht tegen een Nederlandse rechtspersoon, zal hij zichzelf – volgens de Europese Verordening Brussel I – bevoegd mogen achten over de vordering te oordelen (paragraaf 4.2). Gegeven die bevoegdheid is niet ondenkbeeldig dat ook de buitenlandse dochter in dezelfde procedure kan worden betrokken.

Toepasselijk recht

De Nederlandse rechter zal zijn inhoudelijke oordeel in beginsel moeten baseren op het recht van het land waar de schade is geleden, dus meestal niet het Nederlandse recht. Dat geldt zowel voor de aansprakelijkheid van de dochter als de aansprakelijkheid (wegens falend toezicht) van de moeder. Dit vindt zijn grond in de Europese Verordening Rome II.

In uitzonderingsgevallen zal de Nederlandse rechter het Nederlandse recht kunnen toepassen. Dat is in het bijzonder het geval als en voor zover de Nederlandse openbare orde in het geding is. Indien volgens het recht van een ander land schending van fundamentele, internationaal erkende normen niet als zodanig wordt erkend, zou kunnen worden aangenomen dat de openbare orde in het geding is, op grond waarvan de rechter alsnog Nederlands recht zou moeten toepassen. Mede om deze reden besteedt het rapport ruim aandacht aan het stramien dat de rechter naar Nederlands recht zou volgen bij de beoordeling van de vraag of een moeder aansprakelijk is voor de betrokkenheid van haar dochter bij een schending van fundamentele, internationaal erkende normen (paragraaf 4.3).

Aansprakelijkheid: zorgplicht

De Nederlandse wet kent geen uitputtende regeling van de aansprakelijkheid van bedrijven voor betrokkenheid bij schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten. Weliswaar is een groot aantal regels uitgewerkt in het strafrecht – gebaseerd op verdragen – maar dit geldt vooral voor misdrijven gepleegd binnen de Nederlandse landsgrenzen. Hiervoor is alleen een uitzondering gemaakt voor ernstige misdrijven gericht tegen de menselijkheid, zoals genocide en slavernij, begaan door een natuurlijke persoon of bedrijf. Het bedrijf dat een dergelijke strafrechtelijke overtreding of misdrijf heeft begaan, kan ook voor de burgerlijke rechter door belanghebbenden worden aangesproken, om de schending te staken of om de schade van de slachtoffers te vergoeden (paragraaf 2.2).

Maar ook buiten de in het strafrecht beschreven overtredingen en delicten kan er sprake zijn van regels die zijn gebaseerd op fundamentele, internationaal erkende rechten. In het civiele recht – in Nederland en elders in Europa – wordt gewerkt met open normen die op de concrete situatie kunnen worden toegespitst. Aansprakelijkheid tegenover de benadeelden bestaat – buiten de overtreding van de in het strafrecht gesanctioneerde normen – indien het bedrijf heeft gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt. Of er sprake is van onzorgvuldig handelen, hangt af van de ernst van het nadeel, de grootte van het risico en de bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgmaatregelen (paragraaf 2.3/2.6).

De omvang van de zorgplicht hangt mede af van de ontwikkelingen in de desbetreffende branche. Ontwikkelingen rond maatschappelijk verantwoord ondernemen zijn hier van belang. Meer en meer wordt gevraagd alert te zijn op het risico van schending van fundamentele, internationaal erkende normen door toeleveranciers of andere ketenpartners. Naarmate gedragscodes en handelsgebruiken bedrijven meer en indringender oproepen *due diligence* te betrachten met het oog op maatschappelijk verantwoord ondernemen, zal het bedrijf dat die oproep negeert eerder aansprakelijk kunnen worden gehouden (paragraaf 2.4/2.6).

Aansprakelijkheid wegens falend toezicht

Dochters van Nederlandse moederbedrijven zijn als zelfstandig opererende rechtspersonen verantwoordelijk voor hun eigen gedragingen. Gedragingen van de ene rechtspersoon kunnen de andere in beginsel niet worden toegerekend. Maar in de rechtspraak – niet alleen in Nederland, maar ook elders in Europa – is aangenomen dat een moeder een zorgplicht kan hebben tegenover de schuldeisers van haar dochter, zij het dat de uitspraken vooral betrekking hebben op dochters die hun financiële verplichtingen jegens de schuldeisers niet kunnen nakomen. Indien de dochter onrechtmatig jegens de benadeelden handelt, zal de moeder eerder aansprakelijk zijn naarmate zij meer invloed had of kon uitoefenen op het beleid van de dochter en op de uitvoering van dat beleid (paragraaf 3.3). Ook in dit verband zijn ontwikkelingen op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen van belang. Gedragscodes kunnen richting geven aan de standaard: die kunnen ertoe bijdragen dat moederbedrijven verantwoordelijkheid dragen waar zij volgens de code worden geacht te bevorderen dat binnen het concern rekening wordt gehouden met het risico van schending van fundamentele, internationaal erkende normen door dochters of toeleveranciers (paragraaf 3.4).

Bewijs

De rechter moet vervolgens nagaan of de eisende partij voldoende feiten heeft gesteld en, zo nodig, bewezen om de vordering te kunnen toewijzen. Op een aantal punten biedt het Nederlandse recht – dat de Nederlandse rechter ook in internationale geschillen kan toepassen – mogelijkheden om sturend op te treden. Zo kan hij een partij bevelen – eventueel op verzoek van de andere partij – bepaalde stukken over te leggen. Een bijzondere procedure is er indien wordt getwijfeld aan het beleid van een in Nederland opgerichte vennootschap. Op verzoek van bepaalde partijen kan de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam een enquête starten. Die kan zich uitstrekken tot de wijze waarop de onderneming omgaat met maatschappelijk verantwoord ondernemen (paragraaf 5.4).

Totstandkoming van dit rapport

Het concept van dit rapport is op 26 november 2009 in Leiden besproken met vertegenwoordigers van verschillende ondernemingen en maatschappelijke organisaties. Steeds werd in algemene zin

gerefereerd aan door een ieder als zeer ernstig ervaren schendingen: slavernij, kinderarbeid, blootstelling aan gevaarlijke stoffen. Weliswaar zal de invulling van het besproken stramien afhangen van de geschonden norm en de context waarin de rechtspersoon opereert. Uitwerking van ons rapport per land en per fundamenteel recht zou echter de lijn zozeer vertakken - zonder dat de kern van het stramien zou veranderen – dat daarvan is afgezien. Niettemin wordt in het rapport geconcludeerd dat naarmate de ernst van het nadeel en de omvang van het risico groter is, er eerder aansprakelijkheid zal ontstaan als de onderneming geen passende voorzorgsmaatregelen treft.

De vraag rees waar in het rapport sprake is van harde regels en waar van een inschatting van de rapporteurs. De opmerkingen over de bevoegdheid van de rechter en het toepasselijk recht zijn gebaseerd op internationale regelingen die relatief weinig ruimte voor eigen interpretatie laten. Maar over de verantwoordelijkheid zelf ontbreken inhoudelijke harde regels nagenoeg. Onze bevindingen zijn op dat punt gebaseerd op beschikbare, algemene regels van het aansprakelijkheidsrecht en het ondernemingsrecht. De invulling ervan geschiedt aan de hand van ervaringen opgedaan in de rechtspraak op andere gebieden.

Ten slotte refereerden verschillende deelnemers aan de vragen die inmiddels zijn voorgelegd aan de Rechtbank Den Haag in een drietal procedures die eind 2008 door de Vereniging Milieudefensie en enkele leden van de Nigeriaanse Oruma gemeenschap zijn ingesteld tegen Shell wegens schade ontstaan door olielekages. Wij laten deze procedures buiten beschouwing, eerst en vooral omdat de feiten nog door de rechter moeten worden vastgesteld. De juridische vragen die in deze procedures aan de orde zijn gesteld, komen in dit rapport evenwel in algemene zin aan de orde.

*

Auteurs

Alex Geert Castermans is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Den Haag. Hij is gepromoveerd aan de Universiteit Leiden in 1992 op het proefschrift *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*. Van 1992 tot 2004 was hij advocaat te Den Haag, vanaf 1997 als lid van de maatschap Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn. Van 2004 tot 2008 was hij voorzitter van de Commissie Gelijke Behandeling te Utrecht. In zijn oratie (28 november 2008) stond hij stil bij de vraag waarom bij de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek (1947-1992) zo weinig is stilgestaan bij de wisselwerking tussen burgerlijk recht en mensenrechten. Hij onderzocht verder welke betekenis toekomt aan de groeiende belangstelling voor maatschappelijk verantwoord ondernemen, met het oog op de invulling van open geformuleerde wettelijke normen in het contractenrecht en het aansprakelijkheidsrecht.

Jeroen van der Weide studeerde notarieel recht en Nederlands recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Vervolgens was hij achtereenvolgens werkzaam als kandidaat-notaris bij De Brauw Blackstone Westbroek advocaten & notarissen te Rotterdam en als docent privaatrecht en internationaal privaatrecht aan de Vrije

Universiteit Amsterdam. In 2006 is hij gepromoveerd op een proefschrift op het terrein van het internationale goederenrecht. Sinds 2007 is hij als universitair docent werkzaam bij de afdeling civiel recht van de Universiteit Leiden.

1. Introductie

Kan een Nederlandse rechtspersoon verantwoordelijk worden gehouden voor de betrokkenheid van een dochterbedrijf bij een schending van fundamentele, internationaal erkende rechten als mensenrechten, arbeids- of milieunormen in het buitenland? Wie kan de Nederlandse moeder verantwoordelijk stellen?

Deze vragen zijn in Nederland slechts ten dele geregeld in wetgeving en nog niet in de rechtspraak beantwoord. Hetzelfde geldt voor de ons omringende landen. Over de antwoorden bestaat veel onduidelijkheid, wat wordt versterkt door het feit dat de vraag reikt over de grenzen van verschillende rechtsgebieden: staatsrecht, strafrecht en vermogensrecht.

Het is niet vanzelfsprekend dat een private rechtspersoon te maken krijgt met fundamentele, internationaal erkende rechten. Dergelijke rechten spelen van oudsher vooral een rol in de verhoudingen tussen overheid en burger zoals het recht op leven, het verbod van slavernij en van discriminatie, of het recht op een schoon milieu. Maar sommige van deze rechten moeten ook door private partijen in acht worden genomen, bijvoorbeeld omdat de wet dit uitdrukkelijk bepaalt. In de Nederlandse wet is geregeld dat bedrijven hun personeel of klanten niet mogen discrimineren op grond van geslacht, geloof of ras. Zij dienen zorg te dragen voor veilige arbeidsomstandigheden: een bedrijf mag zijn werknemers niet blootstellen aan een gevaarlijke stof als asbest.

De onduidelijkheid houdt ook verband met het feit dat de vraag zich uitstrekt over de landsgrenzen. Als een Nederlandse rechtspersoon niet in Nederland, maar in het buitenland op een of andere manier betrokken is bij de schending van fundamentele, internationaal erkende rechten, is het de vraag of zijn verantwoordelijkheid naar Nederlandse maatstaven en door een Nederlandse rechter kan worden beoordeeld. En als een buitenlandse dochter van een Nederlandse moeder werkt met asbest, dan is de verantwoordelijkheid van de moeder niet zo vanzelfsprekend. Kende zij de risico's en zo nee, had zij die dan niet behoren te kennen? Kon zij iets doen om de risico's te verkleinen?

De vragen en antwoorden zijn voorwerp van verschillende nationale en internationale discussies en initiatieven. Dit rapport beoogt daaraan een bijdrage te leveren en te dienen als basis voor een maatschappelijk debat over:

- de conclusies van een nog te verrichten onderzoek van de Europese Commissie naar het wettelijk kader voor mensenrechten en het milieu, van toepassing op Europese bedrijven die zaken doen buiten de EU;
- het operationaliseren van het raamwerk van professor John Ruggie, de *Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*.

Daarom is gezocht naar een toegankelijke stijl en is afgezien van een rechtswetenschappelijke beschrijving van wettelijke regelingen, jurisprudentie en dogmatiek, naar Nederlands recht en het recht van de ons omringende landen.

Het rapport bevat een inventarisatie van de juridische mogelijkheden en belemmeringen om een moeder voor de Nederlandse rechter verantwoordelijk te houden voor de betrokkenheid van een dochter bij schendingen van internationaal erkende rechten buiten de Europese Unie. Het gaat over:

- elementaire regels van ondernemingsrecht en aansprakelijkheidsrecht: op welke grond en jegens wie is een onderneming verantwoordelijk of aansprakelijk?;
- algemene regels aan de hand waarvan de Nederlandse rechter bepaalt of hij bevoegd is over geschillen te oordelen, en zo ja, welk recht hij moet toepassen: Nederlands recht of het recht van een andere staat?;
- de toepassing van deze regels op de specifieke situatie waarin een in het buitenland opererende dochter van een Nederlandse moeder betrokken is bij een schending van fundamentele, internationaal erkende rechten.

In andere landen zijn concrete zaken aan de rechter voorgelegd. Hier volgen drie voorbeelden, die bij herhaling zullen terugkeren in het rapport om de toepassing van de regels te illustreren.

- Het Britse bedrijf Cape exploiteerde via verschillende dochters asbestmijnen en asbestfabrieken in Zuid-Afrika. Werknemers en buurtbewoners zouden schade hebben geleden door blootstelling aan asbest. Cape werd hiervoor verantwoordelijk gehouden, omdat het bedrijf de risico's voor personeel en burens kende en zeggenschap had over het werk van zijn dochters. In deze rechtszaak moest eerst worden vastgesteld of de Engelse rechter bevoegd was om over de zaak te oordelen, omdat het uiteindelijk ging om de gang van zaken in Zuid-Afrika. De House of Lords besliste op 20 juli 2000 dat de Britse rechter wel bevoegd was, omdat de benadeelden in Zuid-Afrika verstoken dreigden te blijven van adequate rechtshulp. Hierna troffen partijen een schikking, waardoor de rechter zich uiteindelijk inhoudelijk niet heeft kunnen buigen over de zaak.
- In de Verenigde Staten is een zaak aanhangig gemaakt vanwege het gebruik van kinderarbeid door een buitenlandse dochter van Bridgestone. Firestone Plantation Company is de Liberiaanse dochter van Firestone Natural Rubber Company, een onderdeel van het Bridgestone concern. Werknemers van de Liberiaanse dochter moesten op een rubberplantage in Liberia hoge productienormen halen: iedereen moest per dag 1175 bomen tappen, op straffe van halvering van het dagloon ten bedrage van \$ 3,19. Hun kinderen werkten mee, om de norm te halen. De zaak is door de werknemers, gesterkt door rapportages van de VN, aanhangig gemaakt voor de federale rechter in Indiana (VS) die op basis van de gestelde feiten de zaak op 26 juni 2007 in behandeling nam. Inmiddels is – buiten de rechtszaal – een CAO gesloten en zijn afspraken gemaakt over scholing van de kinderen.
- In de zaak tegen de Union Oil Company of California, Unocal, ging het om de betrokkenheid bij het handelen van een derde partij, het leger van Myanmar. Het bedrijf participeerde vanaf 1992 via twee dochters in een project van de Franse oliemaatschappij Total. Het ging om gaswinning uit het Yadana-veld in Myanmar en de aanleg van een pijplijn voor het transport naar Thailand. Het leger van Myanmar trof veiligheidsmaatregelen ten behoeve van het project en verzorgde de aanleg en het onderhoud van wegen en helikopterlandingsplaatsen. Het leger dwong burgers te werken bij de bouw en het onderhoud. Vluchtelingen werden bestraft met moord en brandstichting. Er was sprake van verkrachtingen. Kon Unocal in de Verenigde Staten worden aangesproken voor de betrokkenheid van haar en haar dochters bij dwangarbeid, moord en verkrachting door het leger? Het *District Court* vond aanvankelijk van niet,

maar het federale hof in Californië vond blijkens zijn uitspraak van 18 september 2002 van wel en sloot aansprakelijkheid van het bedrijf niet uit.

Verantwoordelijkheid binnen een concern vs ketenaansprakelijkheid

De eerste twee voorbeelden (Cape en Bridgestone) betreffen de verantwoordelijkheid van moeders voor dochters, in een concern. Het derde kan worden gezien als voorbeeld van ketenaansprakelijkheid: de verantwoordelijkheid voor een toeleverancier.

Deze situaties staan in dit rapport centraal. Wij nemen ze als voorbeeld van schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten, zonder onderscheid naar de verschillende internationaal erkende rechten.

Mensenrechten, arbeids- en milieunormen

Een onderneming kan te maken krijgen met alle fundamentele, internationaal erkende rechten. Op welke rechten zij gespist zal moeten zijn, is afhankelijk zijn van de omgeving waarin zij functioneert. Daarom maakt dit rapport geen onderscheid tussen de verschillende normen en gaat het in het algemeen over 'mensenrechtenschendingen', waaronder mede te verstaan het schenden van zwaarwegende arbeids- en milieunormen. Dit in navolging van het rapport *Protect, respect, remedy* van de speciale vertegenwoordiger van de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties, professor John Ruggie, zij het dat die niet uitdrukkelijk refereert aan milieunormen. De drie gevallen die hiervoor zijn geschetst – blootstelling aan asbest, kinderarbeid, dwangarbeid – worden als voorbeeld gehanteerd in dit rapport.

Wij inventariseren achtereenvolgens:

- de voorwaarden naar Nederlands recht waaronder een rechtspersoon aansprakelijk kan worden gesteld voor schendingen van internationaal erkende rechten in zijn eigen bedrijfsactiviteiten (hoofdstuk 2);
- de voorwaarden naar Nederlands recht waaronder een rechtspersoon aansprakelijk kan worden gesteld voor betrokkenheid van zijn dochter bij zulke schendingen (hoofdstuk 3);
- de gevolgen van het handelen in het buitenland door een Nederlands bedrijf of door een buitenlandse dochter van een Nederlandse moeder voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter en de toepasselijkheid van het Nederlandse of buitenlandse recht (hoofdstuk 4);
- de mogelijkheden voor een buitenlandse benadeelde om in Nederland te procederen tegen een Nederlandse moeder (hoofdstuk 5).

Bij deze vragen maken we verschillende malen een vergelijking met andere landen. In het bijzonder wordt aandacht besteed aan de *Alien Tort Claims Act*. Op grond van deze wet achtten rechters in de Verenigde Staten zich bevoegd te oordelen over situaties in bijvoorbeeld Myanmar en Liberia. Andere internationale voorbeelden van vergelijkbare wetten zijn er niet.

Het concept van dit rapport is op 26 november 2009 in Leiden besproken met vertegenwoordigers van verschillende ondernemingen en maatschappelijke organisaties. Wij bogen ons met de gesprekspartners over het beschreven stramien. Daarbij werd steeds gerefereerd aan door een ieder als zeer ernstig ervaren schendingen – slavernij, kinderarbeid, blootstelling aan

gevaarlijke stoffen – in de wetenschap dat de invulling van het besproken stramien zal afhangen van de geschonden norm en de context waarin de rechtspersoon opereert. Uitwerking van ons rapport per land en per fundamenteel recht zou de lijn zozeer vertakken - zonder dat de kern van het stramien zou veranderen – dat daarvan is afgezien.

Voorts werd gevraagd waar in het rapport sprake is van harde regels en waar van een inschatting van de rapporteurs. De opmerkingen over de bevoegdheid van de rechter en het toepasselijk recht zijn gebaseerd op internationale regelingen die relatief weinig ruimte voor eigen interpretatie laten. Maar over de verantwoordelijkheid zelf ontbreken inhoudelijke harde regels nagenoeg. Onze bevindingen zijn op dat punt gebaseerd op beschikbare, algemene regels van het aansprakelijkheidsrecht en het ondernemingsrecht. De invulling ervan geschiedt aan de hand van ervaringen opgedaan in de rechtspraak op andere gebieden.

Ten slotte wezen verschillende deelnemers erop dat verschillende vragen inmiddels zijn voorgelegd aan de Nederlandse rechter (Oguru en anderen tegen Shell). Wij laten de procedure tegen Shell buiten beschouwing, eerst en vooral omdat de feiten nog door de rechter moeten worden vastgesteld. De juridische vragen die in de procedure aan de orde zijn gesteld, komen evenwel in algemene zin aan de orde.

2. Verantwoordelijkheid naar Nederlands recht

2.1 Waaraan een Nederlands bedrijf moet voldoen in Nederland

In dit hoofdstuk leggen wij de basis van het rapport. Welke verantwoordelijkheid kan een Nederlands bedrijf hebben voor schendingen van internationaal erkende rechten in zijn eigen productieproces?

Er zijn verschillende wettelijke regels die ten doel hebben de naleving van fundamentele rechten in Nederland te bevorderen, zowel in de context van het bestuursrecht, het strafrecht als het burgerlijk recht. Een werkgever mag bij voorbeeld zijn werknemers niet blootstellen aan gevaarlijke stoffen. Doet hij dat wel, dan komt hij op allerlei mogelijke manieren in aanraking met het recht. De Arbeidsinspectie kan bestuurlijk optreden, omdat in strijd met de Arbeidsomstandighedenwet wordt gehandeld. Daarnaast kan het openbaar Ministerie onderzoeken of de overtreding van de Arbeidsomstandighedenwet een strafbaar feit oplevert. Verder kan de burgerlijke rechter zich op vordering van de werknemer buigen over de vraag of de werkgever zich wel als goed werkgever heeft gedragen. Zo niet, dan heeft de werknemer aanspraak op schadevergoeding wegens wanprestatie. Bovendien pleegt de werkgever jegens de werknemers een onrechtmatige daad door in strijd met de Arbeidsomstandighedenwet te handelen.

Ook het verbod op kinderarbeid komt in Nederland in verschillende regelingen tot uitdrukking (de Arbeidstijdenwet, de Nadere regeling kinderarbeid en de Leerplichtwet); het verbod van discriminatie in de Algemene wet gelijke behandeling en soortgelijke regelingen. Ook hier is sprake van regelingen van verschillende aard: bestuursrechtelijk, strafrechtelijk en privaatrechtelijk.

Internationaal kader van regelingen

Deze Nederlandse wetgeving is grotendeels gebaseerd op verdragen van de Verenigde Naties en de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO). Deze verdragen zijn ook door vele andere landen geratificeerd.

In dit hoofdstuk beschrijven wij eerst de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van bedrijven voor mensenrechtenschendingen. De rest van het hoofdstuk is gewijd aan het burgerlijk recht. Het bestuursrecht laten wij verder rusten.

2.2 Strafbare feiten en straffen

De Nederlandse wetgeving kent verschillende regelingen die zijn gegrond in de bescherming van fundamentele rechten. Het Wetboek van Strafrecht bevat de meest fundamentele: moord en doodslag, diefstal en discriminatie zijn als vanzelfsprekend verboden. Zowel mensen als rechtspersonen kunnen worden vervolgd. Het gaat niet alleen over het eigen handelen. Ook strafbaar is het uitlokken of opzettelijk toelaten van andermans handelen, of het nalaten van

maatregelen om te voorkomen dat een ondergeschikte strafbare feiten pleegt. Uitgangspunt van het Nederlandse strafrecht is echter dat de strafwet alleen van toepassing is op strafbare feiten begaan in Nederland, aldus artikel 2 van het Wetboek van Strafrecht.

Een belangrijke uitzondering op dit uitgangspunt zijn de zogenoemde internationale misdrijven. Daarover mag de Nederlandse strafrechter oordelen, ook al hebben de strafbare feiten plaatsgevonden in het buitenland (extraterritoriale rechtsmacht). De Wet internationale misdrijven uit 2003 gaat over betrokkenheid bij:

- genocide;
- misdrijven tegen de menselijkheid als slavernij, deportatie of apartheid;
- oorlogsmisdrijven en
- foltering.

Oorlogsmisdrijven en foltering die zijn begaan voordat op 1 oktober 2003 de Wet internationale misdrijven in werking is getreden, kunnen onder voorwaarden op basis van andere wetten worden vervolgd.

Strafbaarstelling in andere landen

Ook in Australië, België, Canada, Frankrijk, India, Japan, Noorwegen, Zuid-Afrika, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten kunnen rechtspersonen voor dit soort misdrijven strafrechtelijk worden vervolgd; zie Anita Ramasastry and Robert C. Thompson, *Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law* (2006), p. 13.

Andere gevallen waarin extraterritoriale rechtsmacht is gevestigd

Artikel 4 Wetboek van Strafrecht voorziet in extraterritoriale rechtsmacht voor terrorisme gerelateerde feiten, misdrijven tegen de veiligheid van de Nederlandse staat, ambtelijke corruptie en zo meer. Artikel 5 Wetboek van Strafrecht betreft bepaalde feiten die buiten Nederland door Nederlanders zijn gepleegd, zoals betrokkenheid bij mensensmokkel, seksueel misbruik van minderjarigen en genitale verminking. Ook bepaalt het dat de Nederlandse strafwet toepasselijk is op Nederlanders die zich in het buitenland hebben schuldig gemaakt aan een feit dat in Nederland als misdrijf wordt beschouwd en waarop door de wet van het andere land straf is gesteld; hierbij is de strafbaarheid van het feit doorslaggevend, niet of naar buitenlands recht een rechtspersoon dader van dat feit kan zijn.

Ten slotte regelt artikel 13 van de Sanctiewet 1977 dat de Nederlandse wet toepasselijk is op overtreding van de Sanctiewet of daarop gebaseerde regelingen. Op deze grond heeft de Haagse rechter zich gebogen over wapenleveranties aan Liberia.

Indien de schending van internationaal erkende fundamentele rechten plaatsvindt in het buitenland, biedt het Nederlandse strafrecht hoofdzakelijk alleen in geval van de bovengenoemde strafbare feiten een vervolgingsmogelijkheid van Nederlandse moederbedrijven. Het is de vraag of de Nederlandse rechtspersoon op grond hiervan voor de Nederlandse rechtspersoon kan worden vervolgd voor feiten die door zijn dochter in het buitenland begaat. Daarnaast geldt dat gedrag dat niet uitdrukkelijk in de wet strafbaar is gesteld, geen voorwerp kan zijn van strafrechtelijke vervolging.

Ten slotte staat de positie van het slachtoffer niet centraal. Het initiatief tot vervolging ligt in beginsel bij het Openbaar Ministerie. De straf is in de regel beperkt tot vrijheidsontneming of een boete. Weliswaar kunnen beide sancties van groot belang zijn voor benadeelden, maar zij zijn

niet toegespitst op hun specifieke situatie. Geldelijke compensatie aan slachtoffers of belanghebbenden kan in het strafproces slechts in zeer bescheiden mate worden geboden: hoewel de wet geen maximumbedrag voorschrijft, is wel als voorwaarde gesteld dat het moet gaan om een vordering van eenvoudige aard.

Voorbeeld

De Nederlandse zakenman Van Anraat is in 2007 door het Hof Den Haag veroordeeld tot een gevangenisstraf van zeventien jaar wegens medeplichtigheid aan oorlogsmisdrijven. In de strafprocedure dienden slachtoffers een civielrechtelijke vordering tot schadevergoeding in, maar het Hof vond de civiele zaak te ingewikkeld om mee te nemen in de strafzaak. Deze beslissing hield stand voor de Hoge Raad (*HR 30 juni 2009, LJN BG4822*).

Voor de niet in het strafrecht omschreven gedragingen van bedrijven en voor geldelijke compensatie is de benadeelde aangewezen op de civiele rechter.

2.3 Naleving en schadevergoeding naar burgerlijk recht

De civiele rechter kan een bedrijf dat fundamentele regels schendt, veroordelen tot naleving van die regels en tot vergoeding van de schade van de benadeelde.

Verbod en gebod

De rechter doet dat niet op eigen initiatief, maar op vordering van de benadeelde of zijn vertegenwoordiger. De grondslag van die vordering kan van geval tot geval verschillen. Er zijn twee algemene bepalingen in het Burgerlijk Wetboek (BW) die als kapstok kunnen dienen voor situaties die niet uitdrukkelijk in de wet zijn geregeld. Voor de vordering tot naleving van verplichtingen is dat artikel 296 lid 1 van Boek 3 BW.

Artikel 3:296 lid 1 BW

‘Tenzij uit de wet [...] anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld.’

Een bedrijf kan tot naleving worden veroordeeld, als er een verplichting is die het in acht moet nemen. Het kan daarbij gaan om de nakoming van een contract, maar ook om een wettelijke verplichting, bijvoorbeeld uit het Wetboek van Strafrecht of de Arbeidsomstandighedenwet. In een civiele procedure, aangespannen door de belanghebbende partij, kan het bedrijf worden bevolen de met de wet strijdige situaties op te heffen, of een dreigende wetsovertreding achterwege te laten.

Het kan ook om een ongeschreven regel gaan. In dat geval zal de rechter eerst moeten beoordelen of in het hem voorgelegde geval sprake is van een algemene zorgvuldigheidsnorm. Vervolgens kan hij bepalen of die norm door het bedrijf zou moeten worden nageleefd. Om het bedrijf te verplichten tot naleving kan de rechter een verbod of bevel uitspreken. Zo kan een

bedrijf dat in Nederland bijvoorbeeld milieuregels overtreedt, door de civiele rechter worden gedwongen de vervuilende activiteit te stoppen, op vordering van werknemers of omwonenden, indien en voor zover zij belang hebben bij de naleving van de regels.

Schadevergoeding

Naast of in plaats van een verbod of bevel, kan een benadeelde ook schadevergoeding vorderen. Wie – toerekenbaar – een onrechtmatige daad pleegt en daardoor een ander schade berokkent, moet die schade volgens artikel 162 van Boek 6 BW vergoeden. Wat een onrechtmatige daad is, wordt omschreven in lid 2 van die bepaling.

Artikel 6:162 lid 2 BW

‘Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’.

Als eerste groep wordt genoemd de inbreuk op specifieke rechten van de benadeelde zelf. Dat zijn bijvoorbeeld het recht op leven, het recht op lichamelijke integriteit en het recht op vrijheid.

De tweede groep betreft het handelen in strijd met wettelijke regels. Wetsovertreding levert een onrechtmatige daad op tegenover de benadeelde, mits diens belangen door de wet zijn beschermd. Welke belangen worden bijvoorbeeld beschermd door de Arbeidsomstandighedenwet? De werknemer die door slechte arbeidsomstandigheden ziek is geworden, kan aanspraak maken op vergoeding van zijn schade; maar zijn vrienden – die hem missen als succesvolle keeper van hun voetbalteam en daardoor prijzengeld mislopen – hebben niets aan een beroep op de Arbeidsomstandighedenwet.

Aansluiting bij strafrechtelijke normen

In een recente uitspraak onder de *Alien Tort Claims Act* (zie nader hoofdstuk 4, paragraaf 4.4) wordt nauw aangesloten bij de internationale strafrechtelijke normen. Een bedrijf kan worden aangesproken indien er sprake is van *aiding and abetting* – hulp en bijstand – bij schending van fundamentele, internationaal erkende normen door een ander. Hierbij wordt als eis gesteld dat gelet op het aangesproken bedrijf als doel had de ander die ondersteuning te bieden. Kennis van de schending alleen wordt onvoldoende geacht (*The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc, no. 07-0016-cv (2d Cir Oct. 2, 2009)*)

Invloed strafrecht op civielrechtelijke aansprakelijkheid

De betekenis van strafnormen voor de aansprakelijkheid van bedrijven is een internationaal erkend fenomeen. Dat blijkt uit het rapport van de special vertegenwoordiger van de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties, professor Ruggie, *Clarifying the Concepts of "Sphere of influence" and "Complicity"* (2008):

'The jurisdiction of ad hoc international criminal tribunals, such as the War Crimes Tribunals after the Second World War, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) has applied only to natural persons, not legal persons such as companies. The permanent International Criminal Court (ICC) also has this feature. Caution should be exercised, therefore, when analogizing standards from individuals to companies. Nevertheless, international criminal law standards discussed in these cases are important for considerations of corporate complicity for at least two reasons. First, these standards can provide guidance to domestic criminal courts, some of which allow for criminal prosecution of companies. Second, international criminal law can directly influence domestic non-criminal legal proceedings involving companies'.

Zorgvuldigheidsworm

De derde groep is de lastigste: strijd met ongeschreven recht. Wat wordt hieronder verstaan? Deze vraag moet worden beantwoord door te onderzoeken wat in het maatschappelijk verkeer betaamt (artikel 6:162 lid 2 BW). Zijn er in Nederland ongeschreven regels die vorderen dat een bedrijf zich de naleving van fundamentele rechten aantrekt? Het antwoord op deze vraag staat op voorhand niet vast, omdat de wet niet beschrijft met welke omstandigheden en belangen rekening moet worden gehouden. De regels kunnen per context verschillen en kunnen ook nog eens in de tijd veranderen.

Algemene zorgvuldigheidsworm in de Nederlandse jurisprudentie

Een mevrouw lijdt aan mesothelioom en stelt dat deze ziekte is veroorzaakt door blootstelling aan asbest tijdens de bouw van een machineloods in 1971 op het terrein van haar ouders, waarbij door Eternit geleverde asbestcementplaten waren verspaand. Was Eternit aansprakelijk voor de schade die mevrouw leed? De Hoge Raad vulde de algemene zorgvuldigheidsworm in:

'De rechtmatigheid van het handelen van Eternit moet worden beoordeeld in het licht van de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan Eternit verweten gedragingen of nalatigheden. Daarbij verdient opmerking dat vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe Eternit behoort, bekend moest worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, een verhoogde zorgvuldigheidsworm had te gelden met het oog op de belangen van diegenen die zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten, welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van Eternit konden worden verwacht. In dat verband zijn mede van belang de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en ernst van die risico's' (*HR 25 november 2005, NJ 2009, 103*).

De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid sluit op deze jurisprudentie aan in zijn rapport *Onzekere veiligheid* (2008) over verantwoordelijkheden rond fysieke veiligheid: de Raad beveelt voor de invulling van open normen aan mee te wegen ‘of de rechtspersoon gegeven zijn maatschappelijke positie zich voldoende rekenschap heeft gegeven van de kwetsbaarheid van mens, samenleving en natuurlijke omgeving en van de onzekerheden die daarbij in het geding zijn’ (p. 170-171).

Anders dan in het strafrecht kan in het burgerlijk recht de regel waaraan een bedrijf zich moet houden door de open formulering worden toegespitst op de bijzondere omstandigheden van het geval. Voor de betrokkenen brengt dit onzekerheid met zich mee. Een bedrijf zal ervaren dat het zich moet houden aan regels waarvan de omvang van te voren niet vaststaat. Wie nadeel ervaart door het handelen van een bedrijf, tast net zo goed in het duister: in hoeverre kan hij aanspraak maken op bescherming? Voor de rechter is het een uitdaging, want die moet – zonder hulp van de wetgever – zijn best doen te vinden wat – zoals artikel 6:162 BW het voorschrijft – ‘volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’.

Ongeschreven recht in andere landen

Het is in Europese landen gebruikelijk dat aansprakelijkheid kan worden gebaseerd op zogenaamde ‘open normen’, die per geval door de rechter worden ingevuld. In sommige landen is de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden minder open geformuleerd, bijvoorbeeld in Duitsland en Oostenrijk. Daar moet het handelen betrekking hebben op het schenden van iemands leven, lichaam, gezondheid, vrijheid of eigendom. Per saldo maakt dat verschil niet zoveel uit, als het gaat om de beoordeling van fundamentele, internationaal erkende normen, juist omdat het daarbij gaat om de bescherming van andermans leven, lichamelijke integriteit, vrijheid, eigendom of persoonlijke waardigheid. In de kern komt de toets erop neer wat er verwacht mag worden van een redelijk handelend persoon. Toegespitst op ondernemingen luidt de vraag overal: wat zou een normaal handelende, zorgvuldige ondernemer in vergelijkbare omstandigheden hebben gedaan; wat mag van deze onderneming worden verwacht. Nederland heeft daarmee een vergelijkbaar systeem met de ons omringende landen.

Wat kan van een bedrijf worden verwacht, als blijkt dat een handelspartner het niet zo nauw nam met de naleving van fundamentele rechten? Bij de toepassing van deze zogenaamde ‘open wettelijke norm’ kijken rechters en zoeken zij naar maatschappelijke opvattingen over wat verwacht mag worden van een redelijk handelende (rechts)persoon. Daarbij zal relevant zijn wat er in een branche gebruikelijk is. De procespartijen moeten hem hierover informeren. Naarmate in de fundamentele, internationaal erkende normen de belangen van de betrokkenen nauwkeuriger zijn omschreven, zal makkelijker kunnen worden aangenomen dat een aantasting van die belangen in strijd is met de vereiste zorgvuldigheid.

Voorbeelden van specifiek omschreven belangen:

- niemand mag in slavernij worden gehouden; slavernij en slavenhandel zijn in iedere vorm verboden (art. 8 lid 1 Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten);
- discriminatie naar ras of huidskleur is verboden, in het bijzonder bij het 'genot' van het recht op gelijk loon voor gelijke arbeid (art. 5 onder i Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie).

Vaak zullen die fundamentele, internationaal erkende normen zelf nader moeten worden ingevuld. Zo is het verbod van kinderarbeid op het oog helder en precies: kinderen moeten worden beschermd 'tegen economische exploitatie en tegen het verrichten van werk dat naar alle waarschijnlijkheid gevaarlijk is of de opvoeding van het kind zal hinderen of schadelijk zal zijn voor de gezondheid of de lichamelijke, geestelijke, intellectuele, zedelijke of maatschappelijke ontwikkeling van het kind' (artikel 32 Verdrag inzake de rechten van het kind). Maar wat zijn in dit verband passende werktijden of arbeidsvoorwaarden? Per land kan daarover verschillend worden gedacht.

In zo'n geval kan Nederlandse rechter verschillende kanten op. Hij kan informatie inwinnen over de lokale eisen en die eisen betrekken bij het formuleren van de betamelijkheidsnorm. Hij kan ook belang toekennen aan gedragscodes of andere standaarden die aandacht vragen voor 'maatschappelijk verantwoord ondernemen'. Dergelijke codes kunnen reflecteren wat in het algemeen of in een branche als betamelijk en onbetamelijk wordt gezien; daarmee geven zij mede vorm aan de betamelijkheidsnorm (zie paragraaf 2.4). Verder is van belang wat afnemers van hun toeleveranciers verwachten, op grond van die codes en standaarden (zie paragraaf 2.5). Of deze ook van belang zijn voor de zorgvuldigheid die een ondernemer tegenover de benadeelden zelf in acht moet nemen, bespreken wij in paragraaf 2.6.

2.4 De rol van 'maatschappelijk verantwoord ondernemen' en gedragscodes

De Nederlandse rechter kan, bij het invullen van open normen, belang toekennen aan wat in een bepaalde branche gebruikelijk is. Hij kan hierbij rekening houden met ontwikkelingen rond het thema 'maatschappelijk verantwoord ondernemen' en met gedragscodes.

Gedragscodes

Voor beursgenoteerde vennootschappen vormt de Nederlandse *corporate governance code* een leidraad voor de rechter, eerst en vooral voor problemen binnen de vennootschap en in haar rechtsverhouding tot aandeelhouders.

Corporate governance codes vullen rechtsregels in

De Nederlandse *corporate governance code* speelde een rol toen het bestuur van ABN AMRO Holding bij de verkoop van het bedrijfsonderdeel LaSalle de algemene vergadering van aandeelhouders niet consulteerde. Er was sprake van een overnamesituatie waarin zich ook een groep bieders had aangediend die geïnteresseerd was in de verwerving van ABN AMRO met inbegrip van LaSalle. De statuten van de Holding en de wet kennen geen van beide een goedkeuringsrecht van de algemene vergadering van aandeelhouders. De Hoge Raad keek vervolgens ook naar 'de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging zoals deze onder meer tot uiting komt in de Nederlandse *corporate governance code*'. Daarin was ook geen rol voor de algemene vergadering van aandeelhouders weggelegd. Uit het arrest bleek dat wat in de code staat, mede bepaalt hoe bestuurders van een vennootschap zich dienen te gedragen (*HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434*).

Het feit dat een *corporate governance code* mede kan bepalen wat een beursgenoteerde vennootschap moet doen of laten is van belang voor de verantwoordelijkheid van die vennootschap voor de aandacht voor *corporate social responsibility*, omdat volgens de jongste versie van de Nederlandse *corporate governance code* aandacht moet worden besteed aan maatschappelijk verantwoord ondernemen.

Maatschappelijk verantwoord ondernemen

Volgens de Nederlandse *corporate governance code* is het bestuur van een vennootschap verantwoordelijk voor de voor de vennootschap relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen. Het bestuur moet hierover verantwoording afleggen aan de commissarissen, jaarlijks verslag doen. Ook moet het hieraan aandacht besteden in een gedragscode, als onderdeel van het interne risicobeheersings- en controlesysteem. Daarmee is duidelijk dat een beursgenoteerde vennootschap *iets* aan maatschappelijk verantwoordelijk ondernemen moet doen.

Het is in eerste instantie aan de vennootschap overgelaten hoeveel zij aan maatschappelijk ondernemen wenst te doen. De vraag rijst ten eerste wat zij zou kunnen doen en, ten tweede, wat de gevolgen zijn als zij het nalaat. De tweede vraag komt aan de orde in de paragrafen 2.5 en 2.6.

Richtlijnen voor beleid

Wat zou dat beleid bijvoorbeeld kunnen inhouden?

Ondernemingsbeleid gericht op initiatieven van VN en OESO

De OESO, de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling heeft voor multinationale ondernemingen richtlijnen ontwikkeld voor maatschappelijk verantwoord ondernemen. Deze zijn erop gericht dat multinationale ondernemingen de rechten respecteren van degenen die de gevolgen van hun activiteiten ondervinden, en wel in overeenstemming met de internationale verplichtingen en verbintenissen die de regering van het gastland zijn aangegaan.

De OESO richtlijnen – onderschreven door de Nederlandse overheid – bevatten aanbevelingen voor multinationale ondernemingen, uitdrukkelijk op basis van vrijwilligheid.

Werking OESO richtlijnen

Als een bedrijf deze richtlijnen – vrijwillig – heeft aanvaard als richtlijnen voor zijn beleid, kan het daarop worden aangesproken bij schending; *Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (Batco)*, waarover Bartman/Dorresteyn, *Van het concern* (2009), p. 332-333.

Daarnaast zijn er initiatieven als het *Global Compact*, een netwerk van internationale ondernemingen om in samenwerking met verschillende organen van de Verenigde Naties *corporate citizenship* te bevorderen. Deze ondernemingen onderschrijven uitdrukkelijk dat zij de mensenrechten beschermen en steunen en dat zij zich ervan vergewissen dat zij niet medeplichtig zijn aan mensenrechtenschendingen. Zij zeggen welbewust om te gaan met het risico van schending van fundamentele, internationaal erkende rechten, om de verwezenlijking van het risico te voorkomen, aldus John Ruggie, die als speciaal vertegenwoordiger van de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties rapporteert over de verantwoordelijkheden van bedrijven ten aanzien van mensenrechten. De verantwoordelijkheid van een onderneming is volgens hem niet beperkt tot de interne werkverhoudingen of tot het eigen handelen van de onderneming, maar strekt zich ook uit tot de kring van toeleveranciers, consumenten, lokale gemeenschappen en zo verder. Dat wil niet zeggen dat zij zonder meer verantwoordelijk kan worden gehouden voor het handelen van anderen, maar als een onderneming door *due diligence* weet krijgt van schending van de mensenrechten door anderen, kan zij ertoe beslissen af te zien van indirecte betrokkenheid, om *complicity*, medeplichtigheid te vermijden.

Invloed

De vennootschap die voor haar beleid aansluiting zoekt bij bijvoorbeeld de OESO-richtlijnen en deze *specifieke* vorm van maatschappelijk verantwoord ondernemen heeft opgenomen in haar eigen code en vervolgens geen of onvoldoende uitvoering geeft aan het neergelegde beleid, kan er in ieder geval door haar aandeelhouders of commissarissen op worden aangesproken.

Of zij ook door derden – door tussenkomst van de rechter – terecht kan worden gewezen, hangt af van de vraag wie de derden zijn: afnemers of degenen die zelf nadeel ondervinden van een schending van fundamentele normen. Hierna volgt eerst aandacht voor de afnemers (paragraaf 2.5), daarna voor de benadeelden zelf (paragraaf 2.6).

2.5 Verplichtingen tegenover afnemers

Het streven van de overheid om geen producten af te nemen die zijn geproduceerd met schending van fundamentele, internationaal erkende normen is een goed voorbeeld van het afdwingen van verantwoordelijkheid bij bedrijven door middel van contractuele afspraken. Leveranciers worden geacht waar mogelijk de keten van productiebedrijven en toeleveranciers te beïnvloeden.

Voorbeeld

De provincie Groningen zocht een leverancier van warmedrankenautomaten, inclusief de ingrediënten als koffie, thee, cacao en heet water. Eén van de eisen was dat de koffie het keurmerk Max Havelaar en EKO zou dragen, of een ander, even streng keurmerk. De leverancier moest onder meer garanderen dat de koffie rechtstreeks betrokken wordt bij boerencoöperaties tegen een kostendekkende minimumprijs, om zeker te stellen dat de kosten van een sociaal- en milieuvriendelijke productie worden gedekt. De vraag rees of deze voorwaarde in overeenstemming was met Europese aanbestedingsregels. Dat was volgens de rechtbank Groningen het geval (*Rb Groningen 23 november 2007, LJN BB8575*).

Ook in het bedrijfsleven stellen bedrijven eisen aan hun toeleveranciers. Er zijn bedrijven die een gedragscode hebben voor hun leveranciers. Zij vergen van hun leveranciers dat zij de eigen *corporate values* naleven. Zo verbrak Unilever de banden met een Indonesische leverancier van palmolie wegens de schending van de *Business Partner Code* in verband met de mogelijke betrokkenheid bij illegale kap van tropisch regenwoud (*NRC Handelsblad 11 december 2009*).

Dergelijke eisen hebben juridische betekenis in de rechtsverhouding tussen de contractspartners, tussen de leverancier en zijn afnemer. De leverancier die zegt de gestelde richtlijnen na te leven, schept op zijn minst verwachtingen bij zijn afnemers. Het bedrijf dat in de contractuele rechtsverhouding met zijn afnemers de handschoen oppakt, verlaat het domein van de vrijblijvendheid. De afnemer zal nakoming mogen vragen van de voorgehouden handelwijze, zeker indien dit uitdrukkelijk onderdeel is van de afspraak. De leverancier kan zich gesteund weten door zijn eigen code: aan de hand van de in de code beschreven werkwijze kan hij zich tegenover zijn afnemer verantwoorden voor zijn handelen en laten zien hoe hij voldaan heeft aan zijn contractuele verplichting.

Leveranciers of producenten die publiekelijk zeggen werk te maken van maatschappelijk verantwoord ondernemen – bijvoorbeeld door te beweren dat zij aan een gedragscode gebonden zijn, dat zij handelen naar de ISO 26000 richtlijnen, of door zich te tooien met een SA 8000 certificaat – wekken ook bij consumenten verwachtingen die moeten worden gehonoreerd. Indien zij in de praktijk de gedragscode niet naleven, kan er sprake zijn van een misleidende handelspraktijk; de wetgever heeft dit aangemerkt als onrechtmatige daad jegens de consument, terwijl ook de Consumentenautoriteit hiertegen kan optreden (artikel 6:193a en volgende van Boek 6 BW).

Misleidende handelspraktijk

Volgens artikel 6:193c lid 2 onder b van Boek 6 BW – een op een Europese richtlijn gebaseerde regel – is een handelspraktijk misleidend indien de handelaar een verplichting die is opgenomen in een gedragscode niet nakomt, voor zover hij aangeeft dat hij aan die gedragscode gebonden is, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

Indien de leveranciers of producenten bij de consument de gerechtvaardigde verwachting hebben gewekt dat hun producten zonder schending van fundamentele, internationaal erkende rechten zijn gemaakt, kan de consument ook zijn contractuele rechten in stelling brengen en correcte nakoming vragen, of zijn rechten op grond van wanprestatie geldend maken (ontbinding en/of schadevergoeding); een consument die op grond van de informatie van de leverancier of producent een eerlijk product mocht verwachten, kan van zijn leverancier verlangen dat hij een eerlijk product levert.

Toepassing aan de hand van het Bridgestone voorbeeld

Stel dat Bridgestone aan de Nederlandse overheid zou hebben geleverd, dan zou zij inzicht hebben moeten verschaffen over de wijze waarop zij de gang van zaken op de rubberplantage van Firestone in de gaten hield. Zou zij een te rooskleurig beeld hebben geschetst, dan zou de overheid als afnemer kunnen kiezen uit verschillende vorderingen: waar maken wat is voorgehouden of ontbinding wegens wanprestatie, eventueel met schadevergoeding als gevolg van de ontbinding geleden.

Zou de Nederlandse consument als gevolg van reclame-uitingen van Bridgestone mogen verwachten dat de aan te schaffen winterbanden zonder kinderarbeid zijn geproduceerd, dan geldt hetzelfde.

2.6 Verplichtingen tegenover benadeelden

De vraag is of een bedrijf aansprakelijk kan worden gehouden voor schending van fundamentele rechten door degenen die daarvan zelf nadeel ondervinden, dat wil zeggen niet de aandeelhouders of afnemers, maar de slachtoffers. Het antwoord luidt positief indien er sprake is van schending van een concrete wettelijke regel, die gericht is tot Nederlandse bedrijven en die is gegeven ter bescherming van het belang van de benadeelde (paragraaf 2.3). Het antwoord is minder stellig te geven, indien zo'n concrete regel ontbreekt. Zeker in het geval niet het bedrijf zelf, maar een ander in de productieketen in strijd met fundamentele, internationaal erkende normen handelt.

Het bedrijf is in beginsel niet aansprakelijk voor het handelen van anderen, anders dan eigen personeel, vertegenwoordigers of ingeschakelde aannemers. Maar als het betrokken is in een situatie waarin een schending van internationaal erkende rechten door een ander dreigt, dan kan van het bedrijf worden gevergd dat het daar wat aan doet, in het belang van de benadeelden. Voor de beoordeling van deze situatie zijn Nederlandse rechters binnen het huidige recht aangewezen op het ongeschreven recht. Zij zullen aanknopen bij de vaste formules uit de jurisprudentie over onrechtmatige daad die zij hanteren bij de beoordeling van een bepaalde handelwijze waaraan gevaren zijn verbonden of van stilzitten in een gevaarsituatie (paragraaf 2.3).

Toegespitst op de situatie waarin een bedrijf betrokken zou kunnen raken bij schendingen van internationaal erkende rechten door in een bepaald land met bepaalde partijen zaken te doen, gaat de beoordeling als volgt. De rechter gaat na hoe groot de kans is dat fundamentele, internationaal erkende rechten worden geschonden en bepaalt de ernst van de gevolgen daarvan en de bezwaarlijkheid van maatregelen ter voorkoming van schending. Van belang zal daarbij zijn wat het bedrijf wist, of had behoren te weten van de situatie ter plekke en wat het aan de situatie heeft gedaan. Aan de hand van de antwoorden bepaalt de rechter wat van het bedrijf kan worden gevergd.

In de Nederlandse rechtspraak is de ernst van de gevolgen, verbonden aan de verwezenlijking van het gevaar, een belangrijk gezichtspunt. Als lichamelijk letsel dreigt door de activiteiten van een bedrijf, zal meer zorgvuldigheid worden gevraagd. Bij mensenrechtenschendingen zal dit net zo zijn. Hoe erger de gevolgen, des te eerder zullen rechters naar verwachting oordelen dat het betrokken bedrijf verantwoordelijk is, eventueel naast de ‘echte daders’, zoals in het geval van Unocal en haar samenwerking met het leger van Myanmar. In zijn algemeenheid kan hierover niet meer worden gezegd. Uitwerking in het concrete geval is noodzakelijk, alleen al omdat de feitelijke en juridische situatie in het andere land en de mogelijkheid om deze te kunnen controleren moeten worden meegewogen. Bekend dilemma in dit verband is de wijze waarop in het land waarin de activiteiten plaatshebben, wordt omgegaan met de schending van de fundamentele normen (zie nader paragraaf 4.4).

De vraag rijst wat het bedrijf in het concrete geval had moeten doen. Wat waren de alternatieven, welke zijn te realiseren en welke niet? Aanwijzingen voor wat bedrijven zouden moeten doen in het belang van potentiële benadeelden (zoals de werknemers van hun toeleveranciers of omwonenden van een fabriekscomplex) kunnen worden ontleend aan hun eigen gedragscodes of aan hun eigen verwijzingen naar gedragsrichtlijnen als de ISO 26000 of het SA 8000-certificaat. Dergelijke feiten en omstandigheden kunnen gezichtspunten opleveren voor wat ‘volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’. De functie van deze codes is tweërlei. Enerzijds geven zij richting aan wat van een onderneming in een concrete situatie kan worden verwacht. Anderzijds kunnen zij dienen als rechtvaardiging voor het handelen van bedrijf. Het kan zeggen: wij hebben ons gedragen naar wat in onze branche als zorgvuldig en doenlijk wordt beschouwd.

De rechter zal naar de omstandigheden van het geval invullen aan welke betamelijkheidsnorm de onderneming zou moeten voldoen. Het zou te ver voeren aan te nemen dat derden – niet contractspartijen – zich zonder meer kunnen beroepen op dergelijke regels. Het lijkt immers ongerijmd indien de goedwillende ondernemer die zijn *corporate social responsibility* ruimer opvat dan de wet uitdrukkelijk voorschrijft, eerder zou kunnen worden aangesproken door derden dan de ondernemer die op het wettelijk minimum blijft. Het ligt daarom voor de hand dat de rechter niet alleen acht slaat op de genoemde codes en certificaten, maar ook nagaat of er sprake is van een gevestigde praktijk, zowel in de handel tussen branchegenoten als tussen branchegenoten en de overheid.

Waar de grenzen van de verantwoordelijkheid liggen kan bij de huidige stand van zaken niet in *hard and fast rules* worden vertaald. Zoveel is zeker: naarmate in een branche of in de samenleving een specifieke handelwijze vaker als regel van maatschappelijke betamelijkheid wordt gezien – dus hoe meer bedrijven een code met een bepaalde inhoud hanteren of hoe gebruikelijker het wordt dat afnemers aan hun toeleveranciers bepaalde eisen stellen – des te eerder zal kunnen worden gesproken over een specifieke maatschappelijke betamelijkheidsnorm. Stel dat bedrijven hun toeleveranciers meer en meer bevragen over de sociale aspecten van het productieproces –

zoals gesuggereerd in de rapporten van de speciaal vertegenwoordiger van de Verenigde Naties, Ruggie, en is uitgewerkt op de site van SenterNovem of in de checklist van het *Danish Institute for Human Rights* – dan is op een gegeven moment het punt bereikt waarop het maatschappelijk onbetamelijk wordt geacht deze vragen niet te stellen.

2.7 Slotsom

De Nederlandse wet kent geen uitputtende regeling van de verantwoordelijkheid van bedrijven voor schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten. Weliswaar is een groot aantal uitgewerkt in het strafrecht, maar dit geldt vooral voor misdrijven gepleegd binnen de Nederlandse landsgrenzen. Hiervoor is alleen een uitzondering gemaakt voor ernstige misdrijven gericht tegen de mensheid als genocide en slavernij, begaan door een natuurlijke persoon of bedrijf. Maar welk misdrijf ook, er kan geen sprake zijn van vervolging voor handelen dat niet uitdrukkelijk, vooraf, strafbaar is gesteld.

In het civiele recht wordt gewerkt met open normen die op de concrete situatie kunnen worden toegespitst. Dat kan in verschillende rechtsverhoudingen:

- bestuurders *vs* commissarissen en aandeelhouders: bestuurders hebben een verantwoordelijkheid tegenover hun commissarissen en aandeelhouders; door ontwikkelingen op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen kan die verantwoordelijkheid ook betrekking hebben op de betrokkenheid bij schending van fundamentele normen;
- leveranciers en afnemers: partijen in contractuele rechtsverhoudingen kunnen afspraken maken over de wijze waarop betrokkenheid bij schending wordt voorkomen, waarmee de onzekerheid over de reikwijdte van de aansprakelijkheid kan worden weggenomen.

Of daarbuiten ook aansprakelijkheid bestaat – bij voorbeeld tegenover de benadeelden – hangt af van de ernst van het nadeel, de grootte van het risico is, de bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgmaatregelen. Wat in een concreet geval van een bedrijf kan worden gevraagd, in het belang van degenen die zelf nadeel ondervinden van de schending, hangt mede af van de ontwikkelingen in de desbetreffende branche. Waar gedragscodes en handelsgebruiken ondernemingen meer en meer oproepen *due diligence* te betrachten, zal het bedrijf dat deze oproep negeert eerder verantwoordelijk kunnen worden gehouden.

3. De verantwoordelijkheid van een moederbedrijf

3.1 Inleiding

Het eerste bijzondere aspect aan de verantwoordelijkheid van een Nederlandse moeder voor de betrokkenheid van een dochter bij schendingen in het buitenland is dat niet de rechtspersoon zelf, maar een andere, gelieerde rechtspersoon betrokken is bij een schending van fundamentele, internationaal erkende normen.

Juridische afbakening 'moederbedrijf'

Onder het begrip 'Nederlands moederbedrijf' verstaan wij een naar Nederlands recht opgerichte rechtspersoon met statutaire zetel in Nederland (art. 2:66 lid 3 jo. art. 2:177 lid 3 BW) die een controlerend aandelenbelang in de zin van art. 2:24a BW aanhoudt – en op grond daarvan beslissende zeggenschap kan uitoefenen – in een naar Nederlands recht of ander recht opgerichte vennootschap die haar bedrijfsactiviteiten geheel of gedeeltelijk uitoefent in het buitenland.

Dat is bijzonder, omdat twee verschillende rechtspersonen niet zomaar op één hoop kunnen worden gegooid, ook niet als het om een moeder- en dochtervennootschap gaat. Dochters zijn als zelfstandig opererende rechtspersonen verantwoordelijk voor hun eigen gedragingen. Schendt de dochter fundamentele, internationaal erkende rechten, dan is zij zelf aansprakelijk voor de eventuele schade die daaruit voortvloeit.

Vereenzelviging van rechtspersonen – op grond waarvan de verantwoordelijkheden van twee verschillende rechtspersonen als moeder en dochter identiek worden geacht – is een *ultimum remedium*. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen mogen de twee worden vereenzelvigd, alsof er sprake is van één rechtspersoon.

Voorbeeld

Aannemersbedrijf Lorimar heeft een schuld bij de Citco-bank. De bank legt beslag op de vordering van Lorimar op Krijger, voor wie een huis wordt gebouwd. Lorimar en Krijger beëindigen de aanneemovereenkomst, zodat Krijger niets meer verschuldigd is aan Lorimar. Tegelijkertijd sluit Krijger met Intervorm – gedreven door dezelfde personen als Lorimar – een nieuwe overeenkomst om het huis af te bouwen. De bank werd belazerd. Er werd misbruik gemaakt van het identiteitsverschil van het ene bedrijf en de andere onderneming; wat met dit misbruik werd beoogd - het ten nadele van de bank frustreren van het beslag - behoeft in rechte niet te worden gehonoreerd, zodat vorderingen van Intervorm worden gezien als vorderingen van Lorimar (*HR 9 juni 1995, NJ 1996, 213*).

Een moeder is aansprakelijk voor schulden van een dochter, als zij de concernverhoudingen in een concreet geval heeft aangewend louter met het oogmerk om verhaal van schuldeisers te frustreren, zoals Lorimar deed. Denkbaar is dat de moederonderneming de inrichting van een concern bewust aanpast om de aansprakelijkheid voor de verwachte betrokkenheid bij schendingen van

fundamentele, internationaal erkende rechten bij de buitenlandse dochter te laten. In zo'n geval kan de moeder aansprakelijkheid niet omzeilen door een beroep te doen op de concernverhoudingen en kan zij worden geacht dezelfde verantwoordelijkheid te dragen als de dochter. Maar er moet rekening mee worden gehouden dat vereenzelviging niet snel wordt aangenomen.

Niet te snel vereenzelviging aannemen

In het kader van een in de haven van Rotterdam gelegd scheepsbeslag doet zich de vraag voor naar de vereenzelviging van drie Italiaanse rederijen. Aanhakend bij het op de rederijen toepasselijke Italiaanse recht, bepaalt de Rb.: a) dat de drie rederijen als afzonderlijke juridische entiteiten moeten worden beschouwd; b) dat zij in beginsel slechts aansprakelijk zijn voor hun eigen schulden; c) dat ook naar Italiaans recht slechts onder zeer bijzondere omstandigheden sprake kan zijn van vereenzelviging (*Rb. Rotterdam 4 maart 1999, NIPR 2002, 197*).

In de regel moet dan ook worden gekeken naar het handelen van de moeder zelf, om te kunnen concluderen dat zij verantwoordelijkheid draagt voor het handelen van de dochter. Wij werken dit in algemene zin uit in paragraaf 3.2. In paragraaf 3.3 spitsen wij een en ander toe op de schending van fundamentele, internationaal erkende normen. We hebben het niet over 'grootmoeders' en 'overgrootmoeders', in de veronderstelling dat wat hier over moeders wordt gezegd, meer of minder ook voor de 'voorouders' geldt.

3.2 Eigen onrechtmatige daad moeder

Duidelijk is dat de enkele vennootschapsrechtelijke familieband tussen moeder en dochter onvoldoende is om een moeder aansprakelijk te houden voor schade die een dochter heeft aangericht. Wat moet er aan de hand zijn om aansprakelijkheid aan te kunnen nemen?

Europese context

In Europa wordt de vraag verschillend beantwoord. Recentelijk zijn het Belgische, Franse, Duitse, Nederlandse en Spaanse recht onderzocht (Adriaan Dorresteyn, Tiago Monteiro, Christoph Teichmann en Erik Werlauff, *European Corporate Law*, 2009). De verschillende nationale regelingen hebben gemeen dat er sprake moet zijn van een vorm van machtsmisbruik van de moeder, door bijvoorbeeld de dochters te weinig kapitaal te verschaffen, niet in te grijpen bij langdurig verliesmakende activiteiten of binnen de groep transacties te regelen, steeds ten nadele van crediteuren. Alleen in Duitsland is er een specifieke regeling, het *Aktiengesetz*, waarin verschillende bepalingen zijn opgenomen over vorm en inhoud van de controle door moeder van dochter, al dan niet door middel van een ondernemingsovereenkomst. Deze regeling komt er in het kort op neer dat de moeder die aanwijzingen geeft, moet instaan voor eventuele schulden van de dochter.

In andere landen wordt de verantwoordelijkheid van de moeder, zoals in Nederland, afgemeten aan algemene aansprakelijkheidsregels.

Een van de eerste Nederlandse zaken betrof een moederverenootschap die haar dochter krediet verstrekke en regelde dat zo'n beetje het hele vermogen van de dochter tot zekerheid strekte voor de schuld aan de moeder. Was dit niet onrechtmatig tegenover de andere schuldeisers van de dochter, die praktisch geen verhaal konden halen op het vermogen van de dochter? Dat hing af van moeders inzicht in en de zeggenschap over de bedrijfsvoering van de dochter. Wist zij of kon zij voorzien hoezeer zij de schuldeisers van de dochter zou benadelen? De regel is duidelijk: hoe meer de moeder zich kan bemoeien en zich feitelijk bemoeit met de dochter, hoe eerder de moeder verantwoordelijk is tegenover schuldeisers. Indien de moeder namens de dochter verplichtingen aangaat, in de wetenschap dat dochter die verplichtingen niet of niet correct zal kunnen nakomen, dan is de moeder aansprakelijk voor de schade die de schuldeisers door haar handelen hebben geleden.

Naarmate de concernstructuur hechter is – bijvoorbeeld als de moeder niet alleen meerderheidsaandeelhouder is, maar ook bestuurder – zal de moeder bij het maken en uitvoeren van beleidskeuzes het belang van betrokken schuldeisers actief betrekken en wegen. Dan kan de moeder ook aansprakelijk worden geacht, indien zij de zaak van de dochter op zijn beloop laat. De wetenschap van de risico's voor de schuldeisers en de mogelijkheid van ingrijpen kunnen dan al voldoende zijn voor aansprakelijkheid.

Bevestigende lijn

In *HR 11 september 2009, JOR 2009/309 (Comsys)* heeft de Hoge Raad de beschreven lijn voortgezet. Een moedermaatschappij had haar concern zo opgezet dat er in wezen sprake was van één onderneming. De moeder droeg daarom verantwoordelijkheid voor haar keuze om de activiteiten van een dochter voort te zetten, hoewel zij wist dat crediteuren zouden worden benadeeld zodra zij de financiering van de dochter zou staken.

3.3 Falend toezicht

Jurisprudentie over de aansprakelijkheid van een moederverenootschap tegenover schuldeisers van de dochter heeft nagenoeg steeds betrekking op geldschulden van de dochter. In het Verenigd Koninkrijk is de verantwoordelijkheid van de moeder voor een juiste uitvoering van het beleid op het gebied van gezondheid, veiligheid en milieu aan de orde gesteld. Hoe zou de aansprakelijkheid van de moeder moeten worden beoordeeld?

House of Lords in Lubbe vs Cape:

'The first [issue] concerns the responsibility of the defendant as a parent company for ensuring the observance of proper standards of health and safety by its overseas subsidiaries. Resolution of this issue will be likely to involve an inquiry into what part the defendant played in controlling the operations of the group, what its directors and employees knew or ought to have known, what action was taken and not taken, whether the defendant owed a duty of care to employees of group companies overseas and whether, if so, that duty was broken.'

De vraag of er een zorgvuldigheidsnorm door de moeder was geschonden, bleef vooralsnog onbeantwoord, want de zaak is geschikt, net als in andere rechtszaken in het buitenland waarin vergelijkbare vragen speelden. Zie Karen Vandekerckhove in haar rechtsvergelijkende onderzoek naar *Piercing the Corporate Veil* (2007).

Ook hier geldt als uitgangspunt dat de moeder- en dochtervennootschap alleen verantwoordelijk zijn voor hun eigen handelen.

Cape VS en Cape VK

Werknemers van een voormalige Cape-dochter van Cape VK in Texas, Verenigde Staten, leden schade als gevolg van het werken met asbest. De dochter (Cape VS) ging failliet. Tot 1979 had Cape VK bemoeienis met de Amerikaanse zaken. Werknemers dienden claims in, verband houdend met werkzaamheden van vóór 1979. Amerikaanse rechters veroordeelden het Cape VK. Maar de uitspraken konden niet in het Verenigd Koninkrijk worden erkend; daar hield de rechter in 1989 de schotten tussen moeder en dochter in stand.

Maar naarmate moeder en dochter meer verweven zijn, komt de verantwoordelijkheid van de moeder voor betrokkenheid van de dochter bij schendingen van internationaal erkende rechten eerder in beeld. Zij kan aansprakelijk zijn voor falend toezicht. Die aansprakelijkheid moet langs dezelfde lijnen worden beoordeeld als die in verband met de financiële positie van de dochter tegenover schuldeisers. Dat ligt ook voor de hand. Indien een vennootschap aansprakelijk kan zijn voor haar betrokkenheid bij mensenrechtenschendingen door een rechtspersoon buiten het concern (zoals een toeleverancier) door onvoldoende na te gaan welke risico's zijn verbonden aan het inschakelen van deze toeleverancier (paragraaf 2.6), zou dit des te sterker moeten gelden voor een rechtspersoon binnen het concern.

Falend toezicht

Het begrip 'falend toezicht' is meestal feitelijk ingekleurd en wordt in dit rapport in een dubbele betekenis gebruikt. Enerzijds kan de moeder een passieve houding aannemen door niet in te grijpen in het handelen van haar dochter. Anderzijds kan de moeder, bijvoorbeeld als bestuurder, actief bij het beleid van haar dochter betrokken zijn door initiërend op te treden bij mensenrechtenschendingen (bijvoorbeeld inzet van kinderarbeid) of overtredingen van milieunormen door haar dochteronderneming.

Het handelen van de rubberplantage van Bridgestone in Liberia, een dochtervennootschap van een Amerikaanse moeder, kunnen we als voorbeeld nemen. De moeder was volgens de werknemers op de hoogte van de verhouding tussen dagloon en productienormen. Zij wist van de

noodzaak de kinderen in te zetten in het arbeidsproces. Naarmate de moeder meer in de melk te brokkelen heeft bij de dochter, zal zij – ook naar Nederlands recht – eerder aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de ontstane situatie. Hierbij zal de rechter naar verwachting dezelfde voorwaarden hanteren als voor geldschulden: inzicht en zeggenschap over de bedrijfsactiviteiten van de dochter.

In het voorbeeld van Unocal ging het om het handelen van derden. Het leger van Myanmar legde een pijplijn en helikopterlandingsplaatsen aan ten behoeve van een project van Unocal's dochter ter plaatse. De Amerikaanse moeder zou door haar opstelling hebben geholpen en aangezet tot moord, verkrachting en dwangarbeid door het leger van Myanmar, juist omdat zij bekend moet zijn geweest met de schending, en haar hulp of aanmoediging een 'substantial effect' had op de schending. Wordt het aandeel van de moeder in de gebeurtenissen te Myanmar naar Nederlands recht beoordeeld, dan zou moeders kennis van de schendingen en het kenbare effect van haar eigen handelen en dat van haar dochter bijdragen aan haar aansprakelijkheid. Het verschil in rechtspersoon zou weinig problemen opleveren, gelet op de directe bemoeienis van de moeder met de zaken van de plaatstelijke dochters.

3.4 De rol van 'maatschappelijk verantwoord ondernemen' en gedragscodes

Gedragscodes en handelsgebruiken bevatten regels en aanbevelingen over het toezicht van een moeder op de dochter. Deze regels en aanbevelingen hebben dan ook invloed op de verantwoordelijkheid van de moeder; zij bepalen mede de omvang van die verantwoordelijkheid, net zoals zij van belang zijn voor de beoordeling van de zorgvuldigheid van het eigen gedrag (zie paragraaf 2.4).

De Nederlandse *corporate governance code* houdt het bestuur van beursgenoteerde moeders verantwoordelijk voor het beheersen van risico's verbonden aan de ondernemingsactiviteiten en voor de financiering van de vennootschap. Hierover moet ook verslag worden gedaan. Dit betreft niet alleen de financiële risico's verbonden aan het voeren van de onderneming, maar ook operationele risico's verbonden aan het voeren van de onderneming, inclusief de naleving van wet- en regelgeving op alle niveaus binnen de groep.

Principe II.1 van de Nederlandse Corporate Governance Code luidt onder meer:

Het bestuur is verantwoordelijk voor de naleving van alle relevante wet- en regelgeving, het beheersen van de risico's verbonden aan de ondernemingsactiviteiten en voor de financiering van de vennootschap. Het bestuur rapporteert hierover aan en bespreekt de interne risicobeheersings- en controlesystemen met de raad van commissarissen en de auditcommissie. Dit principe gaat verder dan de verantwoordelijkheid van beursgenoteerde ondernemingen in de Verenigde Staten, neergelegd in de *Sarbanes-Oxley Act*. Die bestaat alleen voor financiële risico's; zie Bartman/Dorresteyn, *Van het concern* (2009), p. 9.

De OESO-richtlijnen zijn geschreven voor de multinationale ondernemingen en berusten op het uitgangspunt dat de verschillende bedrijfsonderdelen worden geacht samen te werken en elkaar te helpen om de naleving van de Richtlijnen te bevorderen, een en ander afhankelijk van de feitelijke verdeling van de verantwoordelijkheden.

Deze initiatieven kunnen de inhoud van de open norm, waarop de aansprakelijkheid van een moederverenootschap voor de betrokkenheid van de dochter bij schendingen van fundamentele, internationaal erkende normen is gebaseerd, beïnvloeden. Zij geven aanwijzingen welke verantwoordelijkheden een moederbedrijf zou dienen te dragen, naast de verantwoordelijkheid die het heeft op grond van de eigen interne regelingen.

3.5 Slotsom

Wat in het algemeen geldt voor personen en rechtspersonen geldt ook voor mensen en organisaties die deel uitmaken van een concern: dochters van Nederlandse moeders zijn als zelfstandig opererende rechtspersonen verantwoordelijk voor hun eigen gedragingen. Echter, het welbewust omzeilen van concrete aansprakelijkheid door misbruik te maken van concernstructuren wordt niet beloond door de rechter.

De vraag is allereerst of het handelen van de dochter onrechtmatig is jegens de benadeelden. Dit was de vraag die in hoofdstuk 2 is onderzocht. Vervolgens komt de bijzondere aansprakelijkheid van de moeder voor het handelen van de dochter aan bod. De moeder zal eerder aansprakelijk zijn naarmate zij meer invloed had of kon uitoefenen op het beleid van de dochter en op de uitvoering van dat beleid. Ook hier kunnen gedragscodes richting geven aan de standaard: die kunnen ertoe bijdragen dat moederbedrijven verantwoordelijkheid dragen waar zij worden geacht toe te zien op de naleving van fundamentele, internationaal erkende normen. Bij falend toezicht zijn zij aansprakelijk.

4. Handelen in het buitenland

4.1. Inleiding

Het tweede bijzondere aspect aan de verantwoordelijkheid van een Nederlandse vennootschap voor de betrokkenheid van een dochter bij schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten is dat de schending waarbij de dochter rechtstreeks of indirect (bijvoorbeeld via toeleveranciers) betrokken is niet in Nederland plaatsvindt, maar in het buitenland. Is de Nederlandse rechter dan bevoegd een oordeel te geven over de aansprakelijkheid van de moeder voor de schade die haar dochter in het buitenland heeft veroorzaakt? En zo ja, welk recht zal de Nederlandse rechter dan toepassen? Is dat het Nederlandse recht, omdat de moeder in Nederland is gevestigd of is dat buitenlands recht, omdat de dochter in het buitenland fundamentele, internationaal erkende rechten heeft geschonden? Een rechter moet deze vragen eerst beantwoorden, voordat hij een zaak inhoudelijk kan beoordelen. De regels die de bevoegde rechter en het toe te passen recht aanwijzen zijn onderdeel van het zogenaamde *internationaal privaatrecht*.

Voorbeeld

Zou Bridgestone een Nederlandse vennootschap zijn en Firestone Plantation haar Liberiaanse dochter, dan moet de Nederlandse rechter eerst vaststellen of hij bevoegd is te beslissen over het geschil tussen de Nederlandse moeder en de werknemers van haar Liberiaanse dochter, omdat de schending van arbeidsnormen niet in Nederland, maar in het buitenland heeft plaatsgevonden. Vervolgens moet de Nederlandse rechter bepalen welk recht van toepassing is op de schadevergoeding die de Liberiaanse werknemers vorderen van de Nederlandse moeder. Is dat het Nederlandse recht, omdat Bridgestone een Nederlandse vennootschap is die vanuit Nederland toezicht houdt op haar Liberiaanse dochter? Of is dat het Liberiaanse recht, omdat in Liberia de mensenrechtenschendingen hebben plaatsgevonden?

Het uitgangspunt is dat de dochter, als zelfstandige rechtspersoon, verantwoordelijk is voor zijn eigen daden. De rechter van het land waar de dochter haar werkzaamheden verricht en de schending van fundamentele, internationaal erkende rechten heeft plaatsgevonden, is bevoegd om over schadevergoedingen van benadeelden te oordelen.

Liberiaanse rechter past Liberiaans recht toe

Liberiaanse werknemers van Firestone Plantation kunnen schadevergoeding vorderen van hun eigen werkgever. In dat geval is de Liberiaanse rechter de eerstaangewezen rechter om over het geschil te oordelen en zal deze daarbij zijn eigen Liberiaanse recht toepassen.

Maar de benadeelden kunnen er belang bij hebben zich te wenden tot de Nederlandse moeder, bijvoorbeeld omdat de buitenlandse dochter onvoldoende verhaal kan bieden of omdat er ter plaatse geen eerlijk en toegankelijk rechtssysteem bestaat. In paragraaf 4.2 wordt bekeken of de

Nederlandse rechter zich over die vordering kan buigen, en ook of dan in dezelfde procedure de buitenlandse dochter kan worden betrokken.

4.2. De internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter

Meestal zal de Nederlandse moeder een naar Nederlands recht opgerichte naamloze (N.V.) of besloten vennootschap (B.V.) zijn. Volgens artikel 66 lid 3 en artikel 177 lid 3 van Boek 2 BW zijn Nederlandse naamloze en besloten vennootschappen verplicht hun statutaire zetel aan te houden in Nederland. In dat geval is de Nederlandse rechter op grond van de artikelen 2 en 60 van de Europese Verordening Brussel I (*PbEG 2001, L 12/1*) bevoegd om over vorderingen tot schadevergoeding, ingesteld door buitenlandse slachtoffers tegen Nederlandse moederbedrijven, een uitspraak te doen. Hetzelfde geldt ook voor buitenlandse moederbedrijven die geen statutaire zetel in Nederland hebben, maar wel hoofdzakelijk in Nederland hun bestuurs- en/of bedrijfsactiviteiten verrichten. Ook in die situatie is de Nederlandse rechter bevoegd.

Nederlandse rechter is bevoegd

Zou Bridgestone een Nederlandse N.V. zijn, dan is de Nederlandse rechter bevoegd een uitspraak te doen over de schadevergoeding die de Liberiaanse werknemers van Firestone Plantation vorderen van Bridgestone. Een Nederlandse N.V. heeft haar statutaire zetel immers in Nederland. De Nederlandse rechter is ook bevoegd als Bridgestone een Amerikaanse *corporation* zou zijn die zijn bestuurs- en/of bedrijfsactiviteiten voornamelijk in Nederland verricht.

Voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter is het overigens niet relevant of de Nederlandse moeder zelf onrechtmatig heeft gehandeld door falend toezicht (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.2 en 3.3) dan wel dat de Nederlandse moeder aansprakelijk is, omdat zij – in het uitzonderlijke geval – kan worden vereenzelvigd met haar dochter (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.1). In beide gevallen is de grondslag voor de schadevergoeding een onrechtmatige handeling, gepleegd door de buitenlandse dochter (schending van fundamentele, internationaal erkende rechten) dan wel door de Nederlandse moeder zelf (falend toezicht). Zowel in het ene als in het andere geval is de Nederlandse rechter bevoegd een uitspraak te doen.

Het is mogelijk dat de bij de schadevergoedingsprocedure betrokken partijen – de moedervernootschap en de benadeelden – hun geschil niet voorleggen aan de bevoegde Nederlandse rechter, maar een andere rechter aanwijzen. Als bijvoorbeeld de Nederlandse moedervernootschap haar statutaire zetel in Nederland heeft, maar haar bestuurs- en/of bedrijfsactiviteiten voornamelijk in Engeland verricht, dan kunnen de procespartijen op grond van artikel 23 van de Verordening Brussel I de Engelse rechter als bevoegde rechter aanwijzen en hun geschil aan hem voorleggen. Voor een dergelijke aanwijzing geldt wel als harde eis dat sprake moet zijn van een uitdrukkelijke wilsovereenstemming tussen de betrokken partijen. Ontbreekt deze, dan is en blijft de Nederlandse rechter bevoegd om over het geschil te oordelen.

De buitenlandse dochter voor de Nederlandse rechter?

Is de Nederlandse rechter ook bevoegd te oordelen over een vordering die rechtstreeks is gericht tegen de buitenlandse dochter? De Nederlandse rechter is in beginsel niet bevoegd, indien de buitenlandse dochter van het Nederlandse moederbedrijf geen statutaire zetel heeft in Nederland en zij haar bestuurs- en bedrijfsactiviteiten verricht buiten de grenzen van de Europese Unie. In de regel zullen de benadeelden een proces tegen de dochter moeten voeren voor de rechter van het land waar de schendingen hebben plaatsgevonden. In uitzonderlijke gevallen is de Nederlandse rechter toch bevoegd:

- als een buitenlandse procedure onmogelijk is, omdat er in het buitenland geen bevoegde rechter is of omdat de toegang tot de buitenlandse rechter feitelijk wordt geblokkeerd door natuurrampen of oorlog (artikel 9 sub b Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (Rv));
- als een behoorlijke rechtsgang niet is gewaarborgd, bijvoorbeeld omdat de eiser behoort tot een bepaalde bevolkingsgroep die in het land van de bevoegde rechter maatschappelijk en juridisch wordt gediscrimineerd (artikel 9 sub c Rv).

In het laatstgenoemde geval stelt de Nederlandse wet wel als harde eis dat de zaak voldoende met de Nederlandse rechtssfeer moet zijn verbonden. De aanwezigheid van een Nederlandse moedervereniging zal in dit verband een belangrijk aanknopingspunt vormen.

Daarnaast biedt artikel 7 lid 1 Rv de mogelijkheid de buitenlandse dochter voor de Nederlandse rechter te dagen via een zogenaamde 'gezamenlijke behandeling': is de Nederlandse rechter bevoegd ten aanzien van de Nederlandse moeder, dan is hij dat ook ten aanzien van de buitenlandse dochter. In dat geval is wel vereist dat tussen de vorderingen die tegen moeder en dochter zijn ingesteld een zodanige samenhang bestaat 'dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen'. Of van een dergelijke samenhang sprake is, zal enerzijds afhangen van de feitelijke context en anderzijds van de vraag of beide vorderingen hetzelfde doel hebben. De moeder-/dochterverhouding, de gelijke aard van de vorderingen (schadevergoeding) en de gemeenschappelijke grondslag (allebei betrokkenheid bij schending van fundamentele, internationaal erkende rechten) zijn daarbij richtinggevend. In de Nederlandse rechtsliteratuur wordt wel het standpunt verdedigd dat de processuele mogelijkheid van gezamenlijke behandeling kan leiden tot misbruik van procesrecht. De bevoegdheid van de Nederlandse rechter ten aanzien van de buitenlandse dochter wordt immers in dat geval bepaald via de bevoegdheid ten aanzien van de Nederlandse moeder. In de Nederlandse rechtspraak is een dergelijk standpunt in moeder-/dochterverhoudingen tot op heden echter nog niet aangenomen.

Zou de buitenlandse dochter al in een schadevergoedingsprocedure zijn betrokken bij de buitenlandse rechter, dan *kan* de Nederlandse rechter op grond van artikel 12 Rv de zaak tegen de buitenlandse dochter aanhouden totdat de buitenlandse rechter heeft beslist. Verplicht daartoe is de Nederlandse rechter echter niet. Zouden de buitenlandse slachtoffers van mensenrechtenschendingen er een redelijk belang bij hebben dat hun zaak tevens bij de Nederlandse rechter wordt aangebracht, bijvoorbeeld vanwege de onaanvaardbare lengte van de buitenlandse procedure, dan kan de Nederlandse rechter alsnog tot behandeling van het geschil overgaan.

4.3 Toepasselijk recht

Is de Nederlandse rechter internationaal bevoegd, dan zal hij vervolgens de vraag moeten beantwoorden welk recht van toepassing is op:

- de betrokkenheid van de dochter bij schendingen van fundamentele, internationaal erkende normen en
- het falend toezicht van de moeder op het beleid van de dochter.

Is dat het Nederlandse recht, omdat de moedervenootschap in Nederland is gevestigd? Of is dat buitenlands recht, omdat de dochter in het buitenland fundamentele, internationaal erkende rechten heeft geschonden?

Betrokkenheid van de buitenlandse dochter bij schendingen

Allereerst is het van belang te onderzoeken naar welk recht de betrokkenheid van de dochter bij schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten moet worden beoordeeld. Op grond van artikel 4 lid 1 van de Europese Verordening Rome II (zie onderstaand kader) wordt de vraag of de buitenlandse dochter onrechtmatig heeft gehandeld en welke juridische gevolgen daaraan zijn verbonden, in beginsel beheerst door het recht van het land waar de schade zich voordoet. Dit recht bepaalt onder meer de omvang van de schade, de wijze van schadevergoeding en de vraag wie recht heeft op schadevergoeding. Zou een Franse dochter van een Nederlands moederbedrijf illegaal giftig afval dumpen in Egypte waardoor Egyptische inwoners schade lijden, dan wordt de vraag of de Franse dochter onrechtmatig heeft gehandeld beheerst door Egyptisch recht als het recht van de plaats waar de schade is ingetreden. Zo ook indien de dochter geen Franse vennootschap is, maar een Egyptische rechtspersoon. In dat geval wijzen alle betrokken aanknopingspunten in de richting van het Egyptische recht.

Verordening Rome II

Op 11 januari 2009 is voor Nederland, alsmede voor alle andere EU-lidstaten (met uitzondering van Denemarken) de Verordening Rome II (*PbEU 2007, L 199/40*) in werking getreden waarin regels zijn geformuleerd die het toepasselijke recht aanwijzen voor grensoverschrijdende onrechtmatige gedragingen. Op internationale onrechtmatige daden die vóór 11 januari 2009 hebben plaatsgevonden moet de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (WCOD) worden toegepast. De WCOD wijst als hoofdregel naar het recht van het land waar de onrechtmatige gedraging plaatsvindt. In het vervolg laten wij de WCOD buiten beschouwing, in de wetenschap dat de WCOD en de Verordening Rome II op hoofdlijnen met elkaar overeenstemmen.

De bij het geschil betrokken partijen – moeder, dochter en benadeelden – mogen een rechtskeuze maken (art. 14 lid 1 Verordening Rome II). Zij hebben daarbij volledige keuzevrijheid. Voor een geldige rechtskeuze is wel de wilsovereenstemming tussen alle betrokken partijen vereist. Zouden de Egyptische slachtoffers van de Franse dochter bij de Nederlandse rechter procederen tegen de Nederlandse moeder dan zou kunnen worden gekozen voor het Nederlandse recht.

Beperkingen in rechtskeuze

Als er sprake zou zijn van een Egyptische in plaats van een Franse dochter en alle aanknopingspunten wijzen op de Egyptische rechtssfeer – behoudens de nationaliteit van de Nederlandse moeder – dan moet ermee rekening worden gehouden dat dwingende bepalingen van Egyptisch recht niet kunnen worden uitgesloten door een rechtskeuze (art. 14 lid 2 Verordening Rome II).

Milieuschade

Voor grensoverschrijdende milieuschade bevat de Verordening Rome II nog een afzonderlijke bepaling (artikel 7) die specifiek is toegesneden op de situatie waarbij de feitelijke handeling (de afvaldumping) plaatsvindt in het ene land (Egypte), terwijl de schadelijke gevolgen, bijvoorbeeld door middel van het grondwater, intreden in een ander land (Libië). In dat geval wordt aan de Libische slachtoffers een keuzemogelijkheid geboden de door hen geleden schade af te wikkelen via het Egyptische dan wel via het Libische recht.

De Nederlandse rechter mag bij het nemen van zijn beslissing rekening houden met (al dan niet publiekrechtelijke getinte) veiligheidsvoorschriften en gedragsregels die gelden in het land waar de onrechtmatige handeling heeft plaatsgevonden (art. 17 Verordening Rome II). In het voorbeeld van de illegale dumping van giftig afval in Egypte zal de Nederlandse rechter in zijn antwoord op de vraag of er sprake is van onrechtmatig handelen van dochter, de veiligheidsvoorschriften uit het Egyptische milieurecht kunnen betrekken. En zo zou in gevallen van kinderarbeid, zowel in positieve als in negatieve zin, een rol kunnen zijn weggelegd voor het ter plaatse geldende arbeidsomstandighedenrecht. Artikel 17 van de Verordening Rome II maant de rechter daarbij wel dit ‘in passende mate’ te doen.

Falend toezicht van de Nederlandse moeder

Als de aansprakelijkheid van de buitenlandse dochter voor haar onrechtmatige handelingen is vastgesteld, rijst vervolgens de vraag of de Nederlandse moeder ter zake aansprakelijk is wegens falend toezicht (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.3). Aangezien deze vraag zich binnen een internationale context voordoet (Nederlandse moeder/buitenlandse dochter) moet ook hier de vraag naar het daarop toepasselijke recht worden beantwoord.

De vraag of een moedervernootschap in het toezicht op haar buitenlandse dochter is tekortgeschoten en, zo ja, of zij dan aansprakelijk is jegens de benadeelden wordt in beginsel beantwoord aan de hand van het op de dochter toepasselijke recht. Als de moeder niet alleen aandeelhouder, maar ook bestuurder is van haar buitenlandse dochter, is er sprake van een zekere mate van vervlechting. Naar Nederlands internationaal privaatrecht worden buitenlandse rechtspersonen beheerst door het recht van het land volgens welke zij zijn opgericht en waar zij hun statutaire zetel hebben. Zou in het gegeven voorbeeld van de afvaldumping de dochter een Franse vennootschap zijn, dan wordt de vraag of de Nederlandse moeder aansprakelijk is jegens de Egyptische slachtoffers beheerst door Frans recht. Is de dochter daarentegen een Egyptische rechtspersoon dan is het Egyptische recht van toepassing.

Eerder uitzondering dan regel

Niet alleen in het Nederlandse recht, maar ook in de verschillende Europese rechtsstelsels en in het Amerikaanse recht zijn rechterlijke uitspraken over het toepasselijke recht in internationale gevallen van falend toezicht eerder (een hoge) uitzondering dan regel. Mogelijk worden veel zaken al in een vroegtijdig stadium geschikt (zie o.a. de in Engeland en de Verenigde Staten gevoerde asbestprocedures tegen het Britse moederbedrijf Cape). Voor rechtsvergelijkende studies wordt verwezen naar R.C. van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht* (1995) en Karen Vandekerckhove, *Piercing the Corporate Veil* (2007).

Over de toepasselijkheid van het op de dochtervennootschap toepasselijke recht als het recht dat in een internationale context de aansprakelijkheid van de moedervernootschap beheerst, bestaat echter geen algemene consensus. Zo wordt in de literatuur onder meer het standpunt verdedigd dat in gevallen van falend toezicht niet het op de vennootschap toepasselijke recht bepalend is, maar het recht van de plaats waar het falend toezicht (lees: de onrechtmatige handeling) heeft plaatsgevonden. In het bijzonder in de Nederlandse literatuur is deze laatste opvatting algemeen geaccepteerd. De reden hiervoor is dat naar Nederlands recht de aansprakelijkheid van de moeder voor falend toezicht niet zozeer als vennootschapsrechtelijk probleem wordt gezien, maar eerder als onrechtmatige daad wordt gekwalificeerd.

De vraag die vervolgens rijst, is waar de onrechtmatige handeling van de moeder in dat geval moet worden gelokaliseerd. Waar heeft het falende toezicht plaatsgevonden? Is dat daar waar de moeder haar bestuursbesluiten neemt? Daar waar de besluitvorming van de dochter plaatsvindt? Of daar waar de daadwerkelijke schade intreedt? Toegepast op de casus van de illegale afvaldumping: wordt de aansprakelijkheid van de Nederlandse moeder dan beheerst door Nederlands recht (plaats besluitvorming moeder)? Egyptisch of Frans recht (plaats besluitvorming dochter)? Of is het Egyptische recht van toepassing als het recht van de plaats waar de schade zich voordoet?

Het gaat hier om een klassiek probleem waarbij daad en gevolgen (schade) niet op één plaats (*locus*) kunnen worden gelokaliseerd, maar door de feitelijke constellatie uit elkaar zijn getrokken. Het Duitse recht weet dit beeldend te verwoorden door te spreken van het *Tatort* dat uiteenvalt in een *Handlungsort* (plaats van handeling) en een *Erfolgsort* (plaats waar de schade intreedt). Dit verschijnsel van een meervoudige *locus* doet zich onder meer voor bij gevallen van grensoverschrijdende milieuverontreiniging.

HR 23 september 1988, NJ 1989, 743 (Kalimijnen)

In Frankrijk lozen de Kalimijnen afvalzouten in de Rijn waardoor tuinders in Nederland als gevolg van de verzilting van hun sproeiwater schade lijden. Waar heeft de onrechtmatige handeling plaatsgevonden (*Tatort*)? In Frankrijk waar de afvalzouten zijn geloosd (*Handlungsort*)? Of in Nederland waar de tuinders schade lijden (*Erfolgsort*)?

HR 14 april 1989, NJ 1990, 712 (Benckiser)

De Duitse fabrikant Benckiser exporteert via een Nederlandse tussenpersoon giftig cyanidehoudend gipsafval naar Nederland om het daar illegaal te laten dumpen. Waar heeft Benckiser onrechtmatig gehandeld? In Duitsland waar het transport van het gipsafval is aangevangen? Of in Nederland waar het afval is gedumpt?

In beide gevallen kon de Nederlandse Hoge Raad om procestechnische redenen geen knopen doorhakken.

De knoop van de meervoudige *locus* is wél doorgehakt in de Verordening Rome II. Behoudens rechtskeuze is volgens artikel 4 lid 1 in dat geval niet het recht van de plaats van handeling bepalend, maar wordt het recht toegepast van de plaats waar de schade is ingetreden. In de regel is dit ook het land waar de schadeafwikkeling zal plaatsvinden. Zou de Nederlandse moeder in het toezicht op haar Egyptische of Franse dochter hebben gefaald waardoor Egyptische inwoners schade leiden, dan wordt haar aansprakelijkheid derhalve beheerst door Egyptisch recht als het recht van de plaats waar de schade zich voordoet. Het recht van het land waar de moeder of de dochter hun bestuursbesluiten hebben genomen is in dit opzicht niet relevant.

Toeleveranciers

Zou de buitenlandse dochter van de Nederlandse moeder gebruik maken van lokale toeleveranciers die betrokken zijn bij schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten dan zullen de slachtoffers van deze schendingen niet alleen de toeleverancier als de feitelijke dader kunnen aanspreken, maar ook de buitenlandse dochter en de Nederlandse moeder wegens falend toezicht. De Nederlandse moeder zou immers verweten kunnen worden onvoldoende toezicht te hebben gehouden op het commerciële beleid van haar dochter, terwijl de buitenlandse dochter heeft gefaald in haar toezicht op de bedrijfsactiviteiten van haar lokale toeleverancier(s). In alle gevallen wordt de schade afgewikkeld overeenkomstig het recht van de plaats waar de schade is ingetreden (daar waar de normschending heeft plaatsgevonden).

Mocht echter uit het geheel van de omstandigheden blijken dat het falend toezicht van de moeder een 'kennelijk nauwere band' heeft met het land waar zij haar bestuursbesluiten neemt, dan mag, op grond van artikel 4 lid 3 van de Verordening Rome II, het recht van dat land worden toegepast. Bij Nederlandse moederondernemingen zou dit ertoe leiden dat de schadeafwikkeling niet naar buitenlands, maar naar Nederlands recht plaatsvindt. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Verordening Rome II kan echter worden opgemaakt dat op deze uitzonderingsbepaling slechts in uitzonderlijke gevallen een beroep mag worden gedaan, omdat hiermee de voorspelbaarheid van het toepasselijke recht in het geding is.

Milieuschade: een andere uitkomst?

In de literatuur wordt wel het standpunt verdedigd dat artikel 7 van de Verordening Rome II (milieuschade) ook kan worden toegepast in gevallen van falend toezicht van de moederonderneming. De buitenlandse slachtoffers van bijvoorbeeld illegale afvaldumping zouden dan een keuzemogelijkheid hebben tussen het recht van de plaats waar de moeder het besluit tot afvaldumping heeft genomen (bij Nederlandse moeders: Nederlands recht) en het recht van het land waar de schade zich heeft voorgedaan. Een dergelijke ruime uitleg van artikel 7 Verordening Rome II lijkt naar onze mening echter op gespannen voet te staan met het karakter van de bepaling die primair lijkt te zijn gericht op de klassieke milieuschadegevallen waarbij de *feitelijke* handeling (de lozing van afvalzouten, de ontploffing van een kerncentrale) in het ene land plaatsvindt, terwijl de schadelijke gevolgen (verziltning van het sproeiwater, de radioactieve neerslag) zich voordoen in het andere land.

Correctiemechanismen

De aansprakelijkheidspositie van de Nederlandse moeder wordt in beginsel niet beoordeeld naar Nederlands recht, maar naar buitenlands recht. Niettemin kan de Nederlandse rechter uit zijn eigen Nederlandse recht (daaronder mede begrepen het verdragsrecht) regels toepassen die een dwingend karakter hebben (art. 16 van de Verordening Rome II). Deze zogenaamde ‘voorrangsregels’ hoeven zich niets aan te trekken van het recht dat uiteindelijk de onrechtmatige daad (de schending van fundamentele, internationaal erkende rechten) beheerst. Voorrangsregels hebben doorgaans een semipubliekrechtelijk karakter, zoals bijvoorbeeld voorschriften van minimumloon, deviezenvoorschriften of import- en exportbepalingen. Dwingende voorschriften uit het (interne) Nederlandse recht die zich uitdrukkelijk aandienen als voorrangsregels in het kader van schending van fundamentele, internationaal erkende rechten, zijn niet direct voorhanden.

Verder is het denkbaar dat het door de Nederlandse rechter toe te passen buitenlandse recht zozeer in strijd is met fundamentele beginselen en waarden van de Nederlandse rechtsorde dat toepassing daarvan onaanvaardbaar is. Zo zou de Nederlandse rechter bijvoorbeeld geconfronteerd kunnen worden met de buitenlandse regel die het delven van steenkolen door kinderen jonger dan 6 jaar niet onrechtmatig acht. Kan de Nederlandse rechter dan een dergelijke regel buiten toepassing laten?

Art. 26 Verordening Rome II

‘De toepassing van een bepaling van het door deze verordening aangewezen recht kan slechts terzijde worden gesteld, indien deze toepassing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van het land van de rechter.’

De toepassing van het buitenlandse recht mag door de Nederlandse rechter achterwege worden gelaten, indien dat recht in strijd is met de Nederlandse openbare orde – de fundamentele waarden en beginselen van de Nederlandse rechtsorde. Deze zogenaamde ‘openbare-orde-exceptie’ is echter een noodrem die slechts in uitzonderlijke gevallen mag worden gebruikt. Deze gevallen doen zich meestal voor binnen de sfeer van het personen- en familierecht. Concreet kan daarbij worden gedacht aan bigamie (Rb. Rotterdam 30 juni 2000, *NIPR* 2000, 276), verstotingen (HR 9 november 2001, *NJ* 2002, 279) en eenzijdige ontkenningen van vaderschap (Rb. Amsterdam 23 november 2005, *NIPR* 2006, 14). Maar ook de mogelijke toekenning van *punitive damages* kan met de openbare orde op gespannen voet staan, zo volgt althans uit de considerans van de Verordening Rome II (nr. 32).

Rb. Den Haag 15 september 2004, *NIPR* 2005, 33

Een Nederlandse man is door de Nederlandse rechter strafrechtelijk veroordeeld wegens bezit van kinderporno en het plegen van seksuele handelingen met kinderen tussen de 12 en 16 jaar op de Filippijnen. De Filippijnse slachtoffers stellen vervolgens bij de Nederlandse rechter een vordering tot schadevergoeding in tegen de man uit onrechtmatige daad. Op deze vordering past de Rb. het Filippijnse recht toe. Een vordering tot betaling van een geldboete bij wijze van straf (*punitive damage*) wordt door de Rb. echter afgewezen wegens strijd met de Nederlandse openbare orde.

Als vanzelfsprekend mogen ook fundamentele kinder- en mensenrechten tot de openbare orde van een land worden gerekend. Zo is in het Duitse *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (EGBGB) een afzonderlijke bepaling opgenomen die ertoe strekt dat niet alleen de Duitse grondrechten, maar ook mensenrechten die zijn geformuleerd in internationale verdragen waarbij de Bondsrepubliek partij is, behoren tot de Duitse openbare orde.

Art. 6 EGBGB

‘Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.’

Het gat dat door toepassing van de openbare-orde-exceptie in het buitenlandse recht wordt geslagen, zal door de Nederlandse rechter worden opgevuld met zijn eigen Nederlandse recht. Langs deze weg zou de Nederlandse rechter dan mogelijk ook gebruik kunnen maken van bepalingen uit mensenrechten- of milieuverdragen waarbij Nederland partij is, of van rechten die – met extraterritoriale werking – strafrechtelijk zijn gesanctioneerd, zoals in de Wet Internationale Misdriften. De precieze werking van de openbare-orde-exceptie bij mensenrechtenschendingen of overtreding van milieunormen is in het Nederlandse recht echter vooralsnog *terra incognita*.

4.4 De *Alien Tort Claims Act* en de internationale betrekkingen

Het internationale aspect betreft niet alleen de bevoegdheid van de rechter en de keuze tussen verschillende nationale rechtsstelsels. Ook de internationale betrekkingen zijn in het geding. Die kwamen aan de orde in een belangrijke Amerikaanse uitspraak op grond van de *Alien Tort Claims Act*, een wet waaraan in Europa vaak wordt gerefereerd als voorbeeld voor regelgeving over aansprakelijkheid voor schending van fundamentele, internationaal erkende normen.

De Verenigde Staten kennen de *Alien Tort Claims Act* sinds 1789. Deze wet maakt met een enkele zin de federale rechtbanken bevoegd kennis te nemen van vorderingen tot vergoeding van schade die het gevolg is van schending van bepaalde fundamentele normen. Zij wordt in Europa regelmatig genoemd als na te volgen voorbeeld, om schending in het buitenland van fundamentele, internationaal erkende normen aan de orde te stellen voor de nationale rechter.

Tekst van de Alien Tort Claims Act

‘The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States’ (28 U.S.C. § 1350).

De wet leed bijna twee eeuwen een slapend bestaan. Pas aan het eind van de vorige eeuw kwam zij tot leven. Bij de toepassing rezen twee belangrijke vragen. Is de federale rechter bevoegd, ongeacht de nationaliteit van eiser en gedaagde en ongeacht hun band met de Verenigde Staten? En kan de rechter de vordering beoordelen op grond van het internationale recht, in de volle omvang?

Het antwoord luidt op beide vragen ontkennend, na verschillende rechterlijke uitspraken in de Verenigde Staten. Weliswaar stelt de wet niet als eis dat partijen een band hebben met de

Verenigde Staten, maar in de praktijk wordt enigerlei aanknopingspunt met de Amerikaanse rechtssfeer wel degelijk geveerd, ontleend aan andere bronnen dan de *Alien Tort Claims Act*.

De rol van Total in de Unocal zaak

Unocal werkte in Myanmar samen met Total. Kon ook Total daarvoor in de Verenigde Staten worden aangesproken? De rechter in California oordeelde van niet (*John Doe v. Unocal en Total*, 248 F3d 915 (9 Cir. 2001)).

De Supreme Court heeft de inhoudelijke reikwijdte van de wet ingeperkt, door te beschrijven voor welk soort gevallen de wet in 1789 was bedoeld en wat toen en nu onder 'common law' werd verstaan. Volgens de Supreme Court moet de rechter van vandaag hiermee rekening houden en grote terughoudendheid betrachten bij het aanvaarden van aansprakelijkheid op grond van schending van internationaal recht.

Supreme Court 29 juni 2004, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739 inzake Sosa vs Alvarez-Machain:

Alvarez, een man van Mexicaanse nationaliteit, zou een agent van de Amerikaanse Drug Enforcement Administration hebben gemarteld en vermoord. Met instemming van de DEA werd hij door Sosa, ook Mexicaan, ontvoerd uit Mexico naar de Verenigde Staten, om daar terecht te staan. Alvarez werd vrijgesproken. Vervolgens vorderde hij van Sosa schadevergoeding wegens schending van de *law of nations*. Aanvankelijk met succes, want de rechter kende hem in hoger beroep schadevergoeding toe. De Supreme Court vernietigde echter deze beslissing.

Destijds 'vond' de rechter het recht zelf, als iets wat al eeuwen bestond. Tegenwoordig is een grotere rol weggelegd voor de wetgever, aldus de Supreme Court, omdat recht wordt gezien als het resultaat van een door mensen te maken keuze. Rechters van nu dienen terughoudend te zijn bij het omzetten van de *law of nations* in *private rights*. Zij dienen daarbij aan te knopen bij het type claims waaraan in 1789 werd gedacht: 'violation of safe conducts, infringement of the rights of ambassadors, and piracy' (p. 2761).

Vervolgens noemt de Supreme Court moderne voorbeelden. Het zou kunnen gaan om 'heinous' – gruwelijk – gedrag, om schendingen van welomlijnde, universele en afdwingbare regels (p. 2766). De folteraar van nu wordt op een lijn gesteld met de piraat en slavenhandelaar van toen. Maar daarmee is aansprakelijkheid nog geen gegeven.

Kernpassage uit het arrest van de Supreme Court:

'(T)here are good reasons for a restrained conception of the discretion a federal court should exercise in considering a new cause of action of this kind. Accordingly, we think courts should require any claim based on the present-day law of nations to rest on a norm of international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th-century paradigms we have recognized' (p. 2761-2762).

Volgens de Supreme Court moet rekening worden gehouden met gevolgen van eventuele door de Amerikaanse rechter vastgestelde aansprakelijkheid, bij voorbeeld in het geval dat de eiser niet alle rechtsmiddelen heeft uitgeput in het land waar de schade is geleden of in internationale fora heeft uitgeput. Hoe zouden in zo'n geval de verschillende procedures zich tot elkaar verhouden? Voorts

moet worden gewaakt voor doorkruising van beleid in het eigen land, zoals in Zuid-Afrika het werk van de *Truth and Reconciliation Commission* (p. 2766). Rechters moeten bovendien behoedzaam omgaan met zaken die effect kunnen hebben op de internationale betrekkingen; regering en wetgever moet op dit punt beoordelingsruimte worden gelaten, zo overwoog de Supreme Court uitdrukkelijk, in lijn met het standpunt van de toenmalige Amerikaanse regering.

De zaak Unocal is een belangrijk voorbeeld van een succesvolle poging om een Amerikaanse onderneming aansprakelijk te houden voor activiteiten in het buitenland. Maar de grenzen van de *Alien Tort Claims Act*, ter zake van zowel de bevoegdheid van de Amerikaanse rechter als de grondslag van de aansprakelijkheid, zijn niet scherp. Waar in de Unocal-uitspraak de rechter genoegzaam met betrokkenheid met kennis van de schending van fundamentele, internationaal erkende rechten, werd in de latere Talisman Energy-zaak vereist dat het betrokken bedrijf zelf de schending tot doel had (zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.3). De wet zelf bevat geen begrenzing van de bevoegdheden van de rechter, terwijl de aandacht van de Supreme Court voor de effecten van aansprakelijkheid in het desbetreffende land en voor de betrekkingen met dat land, ertoe kan leiden dat bepaalde schendingen – bijvoorbeeld ‘apartheid’ – buiten de reikwijdte van de wet worden gehouden. De Supreme Court suggereert weliswaar dat voor de rechter een taak is weggelegd met het oog op evident onrechtmatige, gruwelijke praktijken – hierin zou een nadere begrenzing kunnen zijn gelegen van de bevindingen in hoofdstuk 2 – maar een doorslaggevend criterium kan dat niet zijn, gelet op de mogelijkheid dat eventuele aansprakelijkheid voor apartheid het werk van de waarheids- en verzoeningscommissie niet mag doorkruisen.

Verenigde Staten vs Myanmar

In de Unocal zaak werd uitdrukkelijk meegewogen een advies van het Amerikaanse State Department dat ‘at this time adjudication of the claims based on allegations of torture and slavery would not prejudice or impede the conduct of U.S. foreign relations with the current government of Burma’. Het Hof ging mee met de District Court: ‘We agree with the District Court’s evaluation that “[g]iven the circumstances of the instant case, and particularly the Statement of Interest of the United States, it is hard to imagine how judicial consideration of the matter will so substantially exacerbate relations with [the Myanmar Military] as to cause hostile confrontations.’

De door de Supreme Court opgeworpen aandachtspunten zullen ook voor de Nederlandse rechter relevant zijn. Hij zal nagaan of hij in staat is in een geding tussen particulieren alle betrokken belangen te identificeren en tegen elkaar af te wegen en of die afweging moet worden overgelaten aan de wetgever of de regering.

4.5 Slotsom

Is een buitenlandse dochter betrokken bij de schending van fundamentele, internationaal erkende rechten, in het buitenland, dan is de Nederlandse rechter – volgens het op Europese regelgeving geënte internationaal privaatrecht – bevoegd een oordeel te geven over de eventuele aansprakelijkheid van de Nederlandse moeder voor de schade die haar dochter in het buitenland heeft veroorzaakt. Het is denkbaar dat in dezelfde procedure de buitenlandse dochter kan worden betrokken.

De Nederlandse rechter zal zijn oordeel in beginsel moeten baseren op het recht van het land waar de schade is geleden. Dat geldt zowel voor de aansprakelijkheid van de dochter als de aansprakelijkheid van de moeder. In uitzonderingsgevallen zal de Nederlandse rechter het Nederlandse recht in zijn beoordeling kunnen betrekken. Dat is in het bijzonder het geval als de Nederlandse openbare orde in het geding is. Indien volgens het recht van een ander land schending van fundamentele, internationaal erkende normen niet als zodanig wordt erkend, zou – naar Duits voorbeeld – kunnen worden aangenomen dat de openbare orde in het geding is, op grond waarvan de rechter alsnog Nederlands recht zou moeten toepassen.

De Amerikaanse *Alien Tort Claims Act* biedt niet veel meer. De Amerikaanse wet – mede in het licht van andere juridische rechtsfiguren bekeken – laat de Amerikaanse rechter niet vrij mensenrechtenschendingen te beoordelen onafhankelijk van de vraag om welke schending het gaat, waar die plaats had en onder wiens verantwoordelijkheid. Een van de begrenzings is gelegen in het belang van de Amerikaanse internationale betrekkingen. Het ligt voor de hand dat ook de Nederlandse rechter nagaat of hij in staat is ook andere belangen mee te wegen dan de belangen van de betrokken partijen, zoals de internationale betrekkingen en de ontwikkelingen ter zake van de fundamentele rechten in het land waarin de dochter handelt. In de toepassing van de *Alien Tort Claims Act* lijkt de federale rechter dicht bij de strafrechtelijke regels te willen blijven en daartoe de drempel voor aansprakelijkheid te hebben verhoogd: in een recente uitspraak is overwogen dat voor aansprakelijkheid onvoldoende is dat een bedrijf weet heeft van de schendingen en van het effect van het eigen handelen op die schendingen. Het handelen van de onderneming moet zijn gericht op die schendingen (zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.3).

5. Het voeren van een rechtszaak

5.1 Belemmeringen?

Buitenlandse benadeelden van het onrechtmatig handelen van dochters zullen lang niet altijd beschikken over de middelen om de moederverenootschap in Nederland aansprakelijk te stellen. Voorts zal er veelal sprake zijn van een groot aantal benadeelden, zeker als het gaat om kinderarbeid, schending van andere fundamentele arbeidsnormen of milieuvervuiling.

Deze belemmeringen zijn niet uniek. Het Nederlandse recht kent verschillende mogelijkheden die de toegang tot de rechter faciliteren, als de mogelijkheden van het individu gering zijn. Allereerst kunnen bepaalde organisaties in eigen naam in rechte optreden, maar zij kunnen geen schadevergoeding vorderen (paragraaf 5.2). Voorts kent de wet een regeling voor de afwikkeling van massaschadeclaims (paragraaf 5.3).

Indien de zaak eenmaal bij de rechter is, rijst de vraag wie is belast met de stelplicht en de bewijslast (paragraaf 5.4). Tot slot volgt enige aandacht voor de kosten van de procedure (paragraaf 5.5).

5.2 Collectieve acties

Sommige organisaties mogen vorderingen instellen bij de rechter, ook al zijn zij niet zelf benadeeld door enigerlei schending. Het gaat om stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid, die volgens hun statuten de belangen behartigen die zij voor de rechter aan de orde willen stellen. Daarbij kan het niet uitsluitend gaan om algemene, abstracte belangen, zoals de belangen van 'mensen', 'dieren' of van het 'milieu'. Vereist is dat de desbetreffende organisaties zich concreet inzetten voor de naleving van fundamentele rechten of voor de belangen van groepen of personen die worden benadeeld door schendingen van fundamentele rechten.

De bevoegdheid tot het instellen van een collectieve actie is geregeld in artikel 305a van Boek 3 BW. De wet schrijft voor dat de organisatie eerst heeft geprobeerd door overleg te bereiken wat zij uiteindelijk in rechte vordert. Het bedrijf dat wordt aangesproken krijgt weinig kans om tijd te rekken: twee weken nadat schriftelijk om overleg is verzocht en duidelijk is gemaakt waar het de organisatie om gaat, staat de weg naar de rechter open. Deze regel is ontleend aan Europese regels van consumentenbescherming.

Het gebruik van deze bevoegdheid is bij uitstek geschikt voor het verkrijgen van een rechterlijk verbod of bevel, of de vaststelling dat sprake is van schending van fundamentele, internationaal erkende normen. De belangenorganisatie ontbeert de bevoegdheid om ten behoeve

van benadeelden schadevergoeding te vorderen. De achterliggende gedachte hierbij is dat een schadevergoeding slechts behoort toe te komen aan degene die de schade daadwerkelijk heeft geleden. Maar als tussen één of meer aansprakelijk gestelde bedrijven en belangenorganisaties een schikking is getroffen over de te vergoeden schade, dan kan op grond van de ‘Wet collectieve afhandeling massaschade’ het Hof Amsterdam worden verzocht deze schikking verbindend te verklaren voor de betrokken individuele belanghebbenden..

5.3 Massaschadeclaims

Vooraf in zaken van milieuvervuiling zal een gebeurtenis vele benadeelden op een vergelijkbare wijze kunnen treffen. Het kan voor alle betrokkenen zeer belastend zijn om voor de vele individuele benadeelden evenzovele schadeprocedures te voeren. De bereidheid van de aangesproken persoon om tot een praktische oplossing te komen zal niet groot zijn, als niet zeker is dat die oplossing ook zal gelden in alle andere zaken.

De wet biedt het volgende alternatief (art. 907 van Boek 7 BW). Organisaties van benadeelden en de aansprakelijke rechtspersoon kunnen een overeenkomst sluiten over de afwikkeling van de schade buiten een gerechtelijke procedure. Vervolgens kunnen zij de rechter (Hof Amsterdam) verzoeken deze schikking verbindend te verklaren, met als gevolg dat alle benadeelden aan de overeenkomst zijn gebonden. Om te voorkomen dat benadeelden tegen hun zin gebonden raken aan de regeling of worden afgehouden van de rechter, kunnen zij gedurende een door de rechter te bepalen termijn laten weten niet aan de overeenkomst gebonden te willen zijn.

Het alternatief is inmiddels een aantal keren beproefd. Bekende voorbeelden zijn in dit verband de Dexia-zaak (effectenlease) en de recente massaschadeclaim tegen Shell (olie- en gasreserves).

Hof Amsterdam 29 mei 2009, LJN: BI5744

Op 29 mei 2009 heeft het Hof Amsterdam de schikking verbindend verklaard die Shell in april 2007 is aangegaan ten behoeve van binnen- en buitenlandse beleggers die schade hebben geleden als gevolg van mogelijk onjuiste opgaven van olie- en gasreserves door Shell in de periode april 1999-maart 2004. De zaak is zo bijzonder omdat hierbij voor de eerste keer in de Nederlandse rechtspraak de internationale reikwijdte van de verbindendverklaring van een dergelijke schikking aan de orde is gekomen.

Een belangenorganisatie zou ook samen met buitenlandse slachtoffers een procedure kunnen starten tegen de Nederlandse moeder wegens schending van mensenrechten door haar buitenlandse dochter. In dat geval zal de belangenorganisatie in overeenstemming met het Nederlandse recht gebruik kunnen maken van zijn collectieve actierecht en een bevoegde Nederlandse rechter vinden. Per slot van rekening heeft de Nederlandse moeder haar statutaire zetel in Nederland waardoor de Nederlandse rechter internationaal bevoegd is (zie hiervoor hoofdstuk 4, par. 4.2).

House of Lords 20 juli 2000, [2000] 4 All ER 268 (Lubbe and others v. Cape)

Ook de Britse House of Lords achtte de Engelse rechter bevoegd kennis te nemen van een collectieve actie (*a multi-plaintiff group action*) van werknemers en buurtbewoners van dochters van het Britse moederbedrijf Cape wegens blootstelling aan asbest. Daarbij speelde tevens een rol het ontbreken van een goede mogelijkheid van een collectieve actie in Zuid-Afrika.

Ook bij massaschadeclaims die hun grondslag vinden in mensenrechtenschendingen of overtreding van milieunormen zal in de regel de Nederlandse rechter (Hof Amsterdam) bevoegd zijn tot verbindendverklaring van een overeengekomen schikking. Voldoende is immers dat één van de bij de schikking betrokken partijen, waaronder de Nederlandse moeder, zijn woonplaats of statutaire zetel heeft in Nederland.

Wat het op de internationale schikkingsovereenkomst toepasselijke recht betreft, is het vraagstuk van de internationale massaschadeclaims nog onvoldoende uitgekristalliseerd. Op grond van Europese regelgeving kunnen de bij de schikking betrokken partijen het toepasselijke recht kiezen (art. 3 van het EEG-Overeenkomstenverdrag (EVO) van 19 juni 1980; art. 3 Verordening Rome I)). Hoewel partijen daarin volkomen vrij zijn, is een keuze voor het Nederlandse recht daarbij een voor de hand liggende oplossing. Dit is immers het recht van het land waar de aangesproken moeder is gevestigd en waar de rechter zich bevindt die de schikking verbindend moet verklaren. Hebben de betrokken partijen geen rechtskeuze uitgebracht dan wordt de schikking beheerst door het recht van het land waarmee de schikking, alle omstandigheden in aanmerking genomen, het nauwste is verbonden (art. 4 lid 1 EVO; art. 4 lid 4 Verordening Rome I). Dat kan het Nederlandse recht zijn, omdat de partij die de schade moet vergoeden (de Nederlandse moeder) in Nederland is gevestigd. Maar dat kan ook het recht zijn dat op de onrechtmatige handeling (de milieuovertreding of de mensenrechtenschending) van toepassing is.

Toepassing van het Nederlandse recht op het Cape voorbeeld

Zou Cape een Nederlandse moeder zijn die via verschillende Zuid-Afrikaanse dochters asbestmijnen en -fabrieken in Zuid-Afrika exploiteert, dan kan een Nederlandse belangenorganisatie die zich de belangen aantrekt van de Zuid-Afrikaanse werknemers en buurtbewoners onder gebruikmaking van haar collectieve actierecht aan de Nederlandse rechter een vonnis vragen waarin de onrechtmatigheid van het handelen van Cape wordt vastgesteld, alsmede diens aansprakelijkheid. Daarnaast is de Nederlandse rechter tevens bevoegd een eventueel met Cape getroffen schikking verbindend te verklaren. Op deze schikkingsovereenkomst kunnen de belanghebbenden (Cape, de Zuid-Afrikaanse werknemers en buurtbewoners, de Nederlandse belangenorganisatie) het Nederlandse recht van toepassing verklaren.

Recentelijk is door het Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Justitie een onderzoek aanbesteed naar de internationaal privaatrechtelijke aspecten van de afwikkeling van massaschadeclaims (zie www.wodc.nl). De resultaten van dit onderzoek zijn op dit moment nog niet beschikbaar.

5.4 Bewijs

Het voeren van een civielrechtelijk procedure is, in veel rechtssystemen, onderworpen aan nauw omschreven regels, over alle facetten van die procedure: van de start van de procedure, het hoor en wederhoor tot en met de uitspraak en de wijze waarop de naleving van de uitspraak kan worden afgedwongen.

Bewijslast

Bijzondere aandacht verdienen de stelplicht en bewijslast van partijen. Een basisregel van procesrecht is dat de partij die een bepaald rechtsgevolg inroept – als grondslag van haar vordering of verweer – die feiten moet stellen en zondig bewijzen, die nodig zijn om haar vordering of verweer toe te wijzen. Grof gezegd: wie stelt, moet bewijzen. Soms bevat de wet een uitzondering op dit uitgangspunt, dan wel hebben rechters uitzonderingen geformuleerd. Die regels kunnen van land tot land verschillen. Daarom is het belangrijk te weten of het Nederlandse bewijsrecht moet worden toegepast of het bewijsrecht van een ander land. In de regel gaat het om het bewijsrecht volgens het recht dat volgens paragraaf 4.3 is aangewezen. Is dus voor de beoordeling van de vraag of fundamentele, internationaal erkende rechten zijn geschonden het recht van een ander land van toepassing, dan geldt dat ook voor het bewijsrecht.

Voor bepaalde vragen van bewijs zijn echter de regels van het land van de rechter van toepassing. Die regels hebben betrekking op de bevoegdheid van de rechter om van partijen te eisen dat zij bepaalde informatie moeten geven. In Nederland zijn deze neergelegd in het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (Rv).

Artikel 22 Rv

'De rechter kan in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen of een van hen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Partijen kunnen dit weigeren indien daarvoor gewichtige redenen zijn. De rechter beslist of de weigering gerechtvaardigd is, bij gebreke waarvan hij daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht.'

Artikel 162 lid 1 Rv

'1. De rechter kan in de loop van een geding, op verzoek of ambtshalve, aan partijen of aan een van hen de openlegging bevelen van de boeken, bescheiden en geschriften, die zij ingevolge de wet moeten houden, maken of bewaren.'

Artikel 843a lid 1 Rv

'Hij die daarbij rechtmatig belang heeft, kan op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft. Onder bescheiden worden mede verstaan: op een gegevensdrager aangebrachte gegevens.'

Indien de Nederlandse rechter bevoegd is, zal hij dus volgens artikel 22 Rv – eventueel op verzoek van een procespartij – partijen kunnen opdragen openheid van zaken te geven op voor de beoordeling van de vordering belangrijke punten. De andere bepalingen werken die bevoegdheid vervolgens uit. De rechter kan in ieder geval bevelen stukken over te leggen die een partij toch al moet hebben volgens een wettelijk voorschrift, zoals alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, nodig om de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon te kennen (art. 10

van Boek 2 BW). Dat de andere partij hierom kan vragen, blijkt uit artikel 843a Rv, voor zover dat nodig is voor de procedure. De andere partij moet een 'rechtmatig belang' hebben en kan alleen 'bepaalde bescheiden' vragen. Deze beperkingen beogen *fishing expeditions* te voorkomen.

Getuigen en deskundigen

Bewijs kan ook worden verkregen door het horen van getuigen of het inschakelen van deskundigen, voorafgaande aan of tijdens een procedure. Of getuigenbewijs of deskundigenonderzoek in een concreet geval is toegelaten, wordt beoordeeld volgens het recht dat volgens paragraaf 4.3 is aangewezen. Is dus voor de beoordeling van de vraag of fundamentele, internationaal erkende rechten zijn geschonden het recht van een ander land van toepassing, dan geldt dat ook voor het getuigenbewijs of het deskundigenonderzoek. Op de vraag naar de bewijskracht en de bewijswaardering van het getuigenbewijs of het deskundigenonderzoek is echter het recht van het land van de rechter van toepassing die over het geschil moet oordelen. Is dit de Nederlandse rechter, dan moet deze zijn eigen Nederlandse criteria hanteren bij de beantwoording van de vraag of een feit zich wel of niet heeft voorgedaan en of het bewijs daarvoor wel of niet is geleverd. Dit geldt ook voor de vraag naar de mate van overtuiging die de Nederlandse rechter moet hebben voordat hij tot een bewezenverklaring kan komen.

Speciale procedure bij twijfel aan beleid

Bij twijfel aan het beleid van een in Nederland opgerichte vennootschap, kan gebruik worden gemaakt van het enquêterecht, geregeld in titel 8 van Boek 2 BW. Het enquêterecht dient om opening van zaken te verschaffen. Specifieke partijen kunnen de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam verzoeken onderzoek te laten doen. Behalve de aandeelhouders van de betrokken vennootschap zijn dat de advocaat-generaal bij het Hof Amsterdam (op grond van het openbaar belang, zoals in de bekende Ogem-enquête) en vakorganisaties die leden hebben onder de werknemers van de betrokken vennootschap.

Ook in dit verband rijzen vragen over de verhouding tussen moeders en dochters. Een enquêteverzoek gericht tegen de moeder kan zich naar Nederlands recht ook uitstrekken tot de dochter. Ook omgekeerd kan dat in bepaalde gevallen, mits er sprake is van een zekere verwevenheid tussen moeder en dochters. De Hoge Raad acht de economische werkelijkheid belangrijker dan de juridische schotten tussen de verschillende vennootschappen (*HR 4 februari 2005, NJ 2005, 127*). Dat geldt ook indien de dochter in het buitenland is gevestigd: een onderzoeker die een enquête verricht naar het beleid van een Nederlandse moeder, mag gegevens verzamelen over het beleid van een in het buitenland gevestigde dochter die betrekkingen onderhoudt met de moeder, indien die onderzoeker dat voor het doel van de enquête nuttig acht (*HR 13 mei 2005, JOR 2005, 147*).

Betekenis OESO-richtlijnen voor het enquêterecht

Ook bij het onderzoek naar wanbeleid zijn codes en richtlijnen relevant. Batco Nederland was bij de sluiting van de fabriek in Amsterdam tekortgeschoten in het door haar te voeren overleg met de ondernemingsraad en de vakbonden. Bij dit oordeel betrof de Ondernemingskamer de omstandigheid dat de moederonderneming BAT Industries de OESO-Richtlijnen als richtsnoer voor haar beleid had aanvaard. Onder deze omstandigheden vormde het afbreken door de dochter van het voorgeschreven overleg met de bonden en in de ondernemingsraad een ernstige verwaarlozing van haar verplichting dit overleg te voeren. Batco Nederland handelde aldus in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap (*OK 21 juni 1979, NJ 1980, 7*).

Kan het enquêterecht ook een rol spelen als de vraag rijst of een vennootschap haar beleid inzake maatschappelijk verantwoord ondernemen niet serieus neemt? In de rechtsliteratuur wordt deze vraag bevestigend beantwoord. Een positieve opstelling van een moederverenootschap – in de vorm van het onderschrijven van richtlijnen, van *ethical codes* of andere verklaringen over *values* – kan doorwerken in de maatstaven waarmee in een enquête wordt gemeten of is gehandeld in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap (Bartman/ Dorresteijn, *Van het concern* (2009), p. 333). Het verzoek moet dan wel worden gedaan door een van aangewezen partijen: de aandeelhouders, de advocaat-generaal bij het Hof Amsterdam of de betrokken vakorganisaties.

5.5 Kosten civiele procedure

Procederen voor de Nederlandse civiele rechter kost geld. Behalve de kosten van de eigen raadsman dient een partij rekening te houden met de volgende kosten:

- vaste rechten (griffierecht), al naar gelang het geldelijk belang van de zaak oplopend van € 63 tot € 6.174 (Wet tarieven in burgerlijke zaken);
- honorarium deurwaarder (voor het uitbrengen van de dagvaarding), rond de € 70 à 80 (Besluit tarieven ambtshandelingen gerechtsdeurwaarders);
- verschotten (onkosten), waaronder de kosten van getuigen, die kunnen oplopen in geval getuigen in het buitenland moeten worden gehoord;
- kostenveroordeling; de verliezende partij draait op voor de kosten van de andere partij, waaronder een – volgens de zogenaamde liquidatietarieven vast te stellen – deel van de kosten rechtsbijstand van de andere partij

Weliswaar wordt in Nederland rechtsbijstand verleend aan mensen of rechtspersonen die zich de kosten van een procedure niet kunnen veroorloven, maar volgens artikel 12 Wet op de rechtsbijstand wordt die uitsluitend verleend ter zake van in de Nederlandse rechtssfeer liggende rechtsbelangen. Hierop gelden uitzonderingen, maar alleen ten behoeve van mensen die kort gezegd wonen in de Europese Unie en zijn betrokken in een grensoverschrijdend geschil.

Andere Europese landen

De rechtsbijstand is in de verschillende Europese landen op verschillende wijze georganiseerd. De verschillen zijn in kaart gebracht door C.M.C. van Zeeland en J.M. Barendrecht, *Gefinancierde rechtsbijstand vergeleken. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar drie rechtsbijstandstelsels (2004)*. In Zweden wordt rechtsbijstand door middel van verzekeringen gefinancierd, in Duitsland op basis van een leenstelsel. Het onderzoek bespreekt het algemene belang van toegankelijke geschiloplossing; zie het rapport van de UN Commission on Legal Empowerment for the Poor, *Making the Law Work for Everyone* (3 juni 2008), met aandacht voor gefinancierde rechthulp op p. 62; <http://www.undp.org/lcgaempowerment/reports/concept2action.html>, waarover J.M. Barendrecht, P. Sluijter, en C.M.C. van Zeeland, *Duurzame rechtsbijstand, legal empowerment en microrecht*, NJB 2008, p. 2685-2694.

5.6 Slotsom

De partij die stelt in haar belang te zijn getroffen, is ontvankelijk in een vordering bij de civiele rechter. Stichtingen of verenigingen die volgens hun statuten de belangen behartigen die zij voor de rechter aan de orde willen stellen, hebben ook toegang tot de rechter, zij het dat zij geen schadevergoeding kunnen vragen; schadevergoeding kan wel collectief aan de orde worden gesteld als met een belangenorganisatie een vergelijk is getroffen dat zich leent voor verbindendverklaring. Al deze partijen dragen in beginsel hun eigen kosten en bij ongelijk eventueel ook die van de wederpartij.

De stelplicht en bewijslast rust in beginsel bij de eisende partij. De rechter heeft verschillende instrumenten om partijen op te dragen bewijsstukken in het geding te brengen. Het beleid van Nederlandse rechtspersonen op het terrein van *corporate social responsibility* – en met hun beleid ook dat van hun buitenlandse dochters – kan op verzoek van specifieke partijen en op last van de Ondernemingskamer van het Amsterdamse Hof aan een speciaal onderzoek worden onderworpen.

6. Samenvatting

Kan een Nederlandse rechtspersoon verantwoordelijk worden gehouden voor de betrokkenheid van een dochterbedrijf bij een schending van fundamentele, internationaal erkende rechten als mensenrechten, arbeids- of milieunormen in het buitenland? Wie kan de Nederlandse moeder verantwoordelijk stellen? De kern van het rapport gaat over verantwoordelijkheid in de zin van aansprakelijkheid naar burgerlijk recht. De Nederlandse rechter die de aansprakelijkheid moet beoordelen, buigt zich over de volgende punten:

1. *Bevoegde rechter*

- 1.1. De Nederlandse rechter is bevoegd daarover te oordelen, juist omdat de Nederlandse moeder in Nederland is gevestigd (paragraaf 4.2). Gegeven die bevoegdheid is het niet ondenkbeeldig dat ook de buitenlandse dochter in dezelfde procedure kan worden betrokken.

2. *Ontvankelijke partijen*

- 2.1. De partij die stelt in haar belang te zijn getroffen, is ontvankelijk in een vordering bij de civiele rechter.
- 2.2. Dit geldt ook voor stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid, die volgens hun statuten de belangen behartigen die zij voor de rechter aan de orde willen stellen, mits zij eerst overleg hebben gevoerd met de gedaagde rechtspersoon (paragraaf 5.2). Het zal gaan om organisaties die zich inzetten voor de naleving van fundamentele rechten of voor de belangen van groepen of personen die worden benadeeld door schending van fundamentele rechten. Het gebruik van deze bevoegdheid is bij uitstek geschikt voor het verkrijgen van een rechterlijk verbod of bevel, of de vaststelling dat sprake is van schending van fundamentele, internationaal erkende normen. De belangenorganisatie ontbeert de bevoegdheid om ten behoeve van benadeelden schadevergoeding te vorderen.
- 2.3. De Wet collectieve afhandeling massaschade maakt het mogelijk massaschadeclaims (*class actions*) waarover een schikking is getroffen tussen het aansprakelijke bedrijf en een of meer belangenorganisaties, af te wikkelen via een zogenaamde verbindendverklaring door het Hof Amsterdam (paragraaf 5.3).

3. *Toepasselijk recht*

- 3.1. De Nederlandse rechter zal zijn oordeel in beginsel moeten baseren op het recht van het land waar de schade is geleden, dus meestal niet het Nederlandse recht. Dat geldt zowel voor de aansprakelijkheid van de dochter als de aansprakelijkheid van de moeder. Dit vindt zijn grond in de Europese verordening Rome II.
- 3.2. In uitzonderingsgevallen zal de Nederlandse rechter het Nederlandse recht kunnen toepassen. Dat is in het bijzonder het geval als en voor zover de Nederlandse openbare orde in het geding is. Indien volgens het recht van een ander land schending van fundamentele, internationaal erkende normen niet als zodanig wordt erkend, zou – naar Duits voorbeeld – kunnen worden aangenomen dat de

openbare orde in het geding is, op grond waarvan de rechter alsnog Nederlands recht zou moeten toepassen. Mede om deze reden besteedt het rapport ruim aandacht aan het stramien dat de rechter naar Nederlands recht zou volgen bij de beoordeling van de vraag of een moeder aansprakelijk is voor de betrokkenheid van haar dochter bij een schending van fundamentele, internationaal erkende normen (paragraaf 4.3).

- 3.3. Bij de toepassing van de Amerikaanse *Alien Tort Claims Act* heeft de Supreme Court in 2004 overwogen dat het rechters in de Verenigde Staten niet vrij staat mensenrechtenschendingen in het buitenland te beoordelen, onafhankelijk van de vraag om welke schending het gaat, waar die plaats had en onder wiens verantwoordelijkheid. Een van de begrenzings is gelegen in het belang van de Amerikaanse internationale betrekkingen. Het ligt voor de hand dat ook de Nederlandse rechter nagaat of hij in staat is ook andere belangen mee te wegen dan de belangen van de betrokken partijen, zoals de internationale betrekkingen en de ontwikkelingen ter zake van de fundamentele rechten in het land waarin de dochter handelt (paragraaf 4.4).

4. *Aansprakelijkheid naar Nederlands recht, algemeen*

- 4.1. De Nederlandse wet kent geen uitputtende regeling van de aansprakelijkheid van bedrijven voor schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten. Weliswaar is een groot aantal uitgewerkt in het strafrecht, maar dit geldt vooral voor misdrijven gepleegd binnen de Nederlandse landsgrenzen. Hiervoor is alleen een uitzondering gemaakt voor ernstige misdrijven gericht tegen de mensheid als genocide en slavernij, begaan door een natuurlijke persoon of bedrijf. Het bedrijf dat een dergelijke strafrechtelijke overtreding of misdrijf heeft begaan, kan ook voor de burgerlijke rechter door belanghebbenden worden aangesproken, om de schending te staken of om de schade van de slachtoffers te vergoeden (paragraaf 2.2).
- 4.2. Maar ook buiten de in het strafrecht beschreven overtredingen en delicten kan er sprake zijn van regels die zijn gebaseerd op fundamentele, internationaal erkende rechten. In het civiele recht wordt gewerkt met open normen die op de concrete situatie kunnen worden toegespitst. Dat kan in verschillende rechtsverhoudingen, intern in het bedrijf, tussen het bedrijf en zijn toeleveranciers en afnemers (de keten) en tussen het bedrijf en de slachtoffers van de schending.
- 4.3. Intern: bestuurders hebben een verantwoordelijkheid tegenover hun commissarissen en aandeelhouders; door ontwikkelingen in *corporate governance* kan die verantwoordelijkheid ook betrekking hebben op de betrokkenheid bij schending van fundamentele, internationaal erkende normen (paragraaf 2.4).
- 4.4. In de keten: partijen in contractuele rechtsverhoudingen kunnen afspraken maken over de wijze waarop betrokkenheid bij schending wordt voorkomen, waarmee de onzekerheid over de reikwijdte van de aansprakelijkheid kan worden weggenomen (paragraaf 2.3/2.5).
- 4.5. Of ook aansprakelijkheid bestaat tegenover de slachtoffers van mensenrechtenschendingen – buiten de overtreding van de in het strafrecht gesanctioneerde normen – hangt af van de ernst van het nadeel, de grootte van het

risico en de bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgsmaatregelen (paragraaf 2.3/2.6).

5. *Aansprakelijkheid naar Nederlands recht, zorgplicht*

- 5.1. Wat in een concreet geval van een bedrijf kan worden gevraagd – naast de naleving van in het strafrecht neergelegde geboden en verboden – hangt af van de concrete situatie (paragraaf 2.3).
- 5.2. Dit rapport gaat uit van de schending van fundamentele, internationaal erkende normen, ten behoeve van een schets van het stramien dat de Nederlandse rechter zal volgen. Het ligt voor de hand dit stramien te nuanceren naar gelang de (ernst van de) overtreden norm en de context waarin de overtreding plaats had (paragraaf 2.6).
- 5.3. De omvang van de zorgplicht hangt mede af van de ontwikkelingen in de desbetreffende branche. Waar gedragscodes en handelsgebruiken bedrijven meer en meer oproepen *due diligence* te betrachten met het oog op maatschappelijk verantwoord ondernemen, zal het bedrijf dat die oproep negeert eerder aansprakelijk kunnen worden gehouden (paragraaf 2.4/2.6).
- 5.4. Wat in het algemeen geldt voor personen en rechtspersonen geldt ook voor mensen en organisaties die deel uitmaken van een concern: dochters van Nederlandse moederbedrijven zijn als zelfstandig opererende rechtspersonen primair verantwoordelijk voor hun eigen gedragingen. Gedragingen van de ene rechtspersoon kunnen de andere in beginsel niet worden toegerekend (paragraaf 3.3).
- 5.5. Echter, het welbewust omzeilen van concrete aansprakelijkheid door misbruik te maken van concernstructuren wordt niet beloond door de rechter. Voorts is in de rechtspraak aangenomen dat een moeder een zorgplicht kan hebben tegenover de schuldeisers van haar dochter, zij het dat de uitspraken vooral betrekking hebben op dochters die hun financiële verplichtingen jegens de schuldeisers niet kunnen nakomen (paragraaf 3.3).
- 5.6. De vraag is of het handelen van de dochter onrechtmatig is jegens de benadeelden. Vervolgens komt de bijzondere aansprakelijkheid van de moeder voor het handelen van de dochter aan bod. De moeder zal eerder aansprakelijk zijn naarmate zij meer invloed had of kon uitoefenen op het beleid van de dochter en op de uitvoering van dat beleid (paragraaf 3.3). Ook hier kunnen gedragscodes richting geven aan de standaard: die kunnen ertoe bijdragen dat moederbedrijven verantwoordelijkheid dragen waar zij worden geacht toe te zien op de naleving van fundamentele, internationaal erkende normen (paragraaf 3.4).

6. *Bewijs*

- 6.1. Indien voor de beoordeling van de vraag of fundamentele, internationaal erkende rechten zijn geschonden het recht van een ander land van toepassing is, dan geldt dat in beginsel ook voor het bewijsrecht. Dus ook voor het bewijsrecht zal de Nederlandse rechter het buitenlandse recht moeten toepassen (paragraaf 5.4).
- 6.2. In de regel geldt: wie belast is met de stelplicht van feiten of omstandigheden, draagt daarvan ook de bewijslast. Wie stelt dat een moeder aansprakelijk is voor de schade die is geleden als gevolg van de betrokkenheid van een dochter bij

schendingen, zal de nodige feiten en omstandigheden moeten stellen en bewijzen om die aansprakelijkheid aan te kunnen nemen (paragraaf 5.4).

- 6.3. Voor bepaalde vragen van bewijs zijn de regels van het land van de rechter van toepassing, zoals de regels over de bevoegdheid van de rechter om van partijen te eisen dat zij bepaalde informatie moeten geven (paragraaf 5.4).
- 6.4. Indien de Nederlandse rechter bevoegd is, zal hij partijen kunnen opdragen openheid van zaken te geven op voor de beoordeling van de vordering belangrijke punten. De rechter kan in ieder geval bevelen – eventueel op verzoek van de andere partij – stukken over te leggen die een partij toch al moet hebben volgens een wettelijk voorschrift, zoals alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, nodig om de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon te kennen (paragraaf 5.4).
- 6.5. Bij twijfel aan het beleid van een in Nederland opgerichte vennootschap, kan gebruik worden gemaakt van het zogenaamde enquêterecht. Dit kan zich uitstrekken tot de wijze waarop de onderneming omgaat met maatschappelijk verantwoord ondernemen. Specifieke partijen kunnen de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam verzoeken onderzoek te laten doen. Behalve de aandeelhouders van de betrokken vennootschap zijn dat de advocaat-generaal bij het Hof Amsterdam en vakorganisaties die leden hebben onder de werknemers van de betrokken vennootschap. Een enquêteverzoek gericht tegen de moeder kan zich naar Nederlands recht ook uitstrekken tot de dochter. Ook omgedraaid kan dat in bepaalde gevallen, mits er sprake is van een zekere verwevenheid tussen moeder en dochters (paragraaf 5.4).

7. *Kosten.*

- 7.1. Partijen dragen in beginsel hun eigen kosten. Wie ongelijk krijgt, draait ook op voor een deel van de kosten van de wederpartij (paragraaf 5.5).

Bijlagen

Verzoek om offerte van 30 juli 2009

Universiteit Leiden
Faculteit Rechtsgeleerdheid, Instituut voor Privaatrecht
t.a.v. Professor mr. A.G. Castermans
Postbus 9520
2300 RA Leiden

Datum: 30 juli 2009

Betreft: Verzoek om offerte onderzoeksopdracht aansprakelijkheid Nederlandse bedrijven voor schendingen van internationaal erkende mensenrechten, arbeids- en milieunormen door hun buitenlandse dochterondernemingen

Geachte professor Castermans,

U vindt bij deze brief de terms of reference voor een onderzoeksopdracht naar de vraag in hoeverre Nederlandse moederbedrijven in Nederland aansprakelijk kunnen worden gesteld voor schendingen van internationaal erkende mensenrechten, arbeids- en milieunormen door buitenlandse dochterondernemingen die in het buitenland hebben plaatsgevonden.

In het Algemeen Overleg met de Tweede Kamer over maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) van 4 maart 2009 heeft de staatssecretaris van Economische Zaken toegezegd op dit punt duidelijkheid te verschaffen. Samen met de minister van Buitenlandse Zaken heeft de staatssecretaris de Tweede Kamer in een brief d.d. 30 juni jl. toegezegd voor het eind van 2009 over de uitkomsten van dit onderzoek te informeren.

Voor de totstandkoming van de terms of reference van dit onderzoek zijn meerdere gesprekken gevoerd met belanghebbenden (maatschappelijke organisaties, vakbonden, bedrijfsleven en wetenschappers). Zo heeft er op 15 april 2009 een expertbijeenkomst over dit onderwerp plaatsgevonden, georganiseerd door bovengenoemde ministeries.

Uit deze gesprekken is naar voren gekomen dat dit onderwerp vele uiteenlopende complexe kwesties oproept. Tegen deze achtergrond, achten de staatssecretaris van Economische Zaken en de minister van Buitenlandse Zaken het nuttig duidelijkheid te scheppen in de toepassingsmogelijkheden van het Nederlandse recht om de dialoog over dit onderwerp te faciliteren.

Internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen heeft een bredere reikwijdte dan juridische aansprakelijkheid en kent instrumenten met een vrijwillig karakter als de OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen. Zoals in het rapport van Professor John Ruggie, de Speciale Vertegenwoordiger van de Verenigde Naties op het gebied van mensenrechten en transnationale ondernemingen, wordt geschetst kan toegang tot de rechter dit instrumentarium versterken. Hierin wensend bewindspersonen inzicht te verkrijgen.

De relatie tussen vrijwillige instrumenten en juridische rechtsmiddelen en wenselijkheid of effectiviteit van instrumenten zal in dit te verrichten onderzoek echter buiten beschouwing worden gelaten. In het onderzoek waarvoor de Europese Commissie op 13 juli jl. een opdracht heeft aangekondigd zal reeds worden ingegaan op mogelijkheden om de aanbevelingen van Professor Ruggie te operationaliseren. Hierin zal naar verwachting worden ingegaan op wenselijkheid en effectiviteit van instrumenten. Informatie over de onderzoeksopdracht van de Europese Commissie is te vinden via de volgende weblink:

<http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/itemlonqdetail.cfm?item id = 3334>

Het voor de Nederlandse ministeries van Economische Zaken en Buitenlandse Zaken te verrichten onderzoek zal zich moeten richten op de mogelijkheden en onmogelijkheden in de toepassing van het Nederlands recht om een duidelijk ankerpunt voor een dialoog over aansprakelijkheidstelling van Nederlandse moederbedrijven te vormen.

Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling dat lopende procedures bij het te verrichten onderzoek op enige wijze worden betrokken dan wel geanticipeerd wordt op mogelijke uitkomsten hiervan.

Indien u geïnteresseerd bent de onderzoeksopdracht uit te voeren, ontvang ik graag binnen twee weken uw offerte met een vermelding van de te betrekken medewerkers en hun uurtarief. Voor het onderzoekstraject is een maximum totaalbedrag beschikbaar van € 50.000 (incl. BTW). Voor de gunning zal de schrijfstijl, naast kennis van het rechtsgebied, doorslaggevend zijn. Ik verzoek u daarom een proef tekst over het bovengenoemde onderwerp bij uw offerte (max. 300 woorden) mee te zenden.

U kunt de offerte voor 10 augustus a.s. zenden naar:
Ministerie van Economische Zaken
t.a.v. Y.M. Yu (Alp E/446)
Directoraat-Generaal voor Buitenlandse Economische Betrekkingen
Directie Handelspolitiek en Globalisering (E/446)
Postbus 20101
2500 EC Den Haag

René van Hell
Plv. directeur Handelspolitiek en Globalisering

Terms of Reference

Titel onderzoek (onderzoeksvraag)

In hoeverre kunnen Nederlandse moederbedrijven in Nederland aansprakelijk worden gesteld voor schendingen van internationaal erkende mensenrechten, arbeids- en milieunormen in het buitenland begaan door hun buitenlandse dochterondernemingen? En hoe verhoudt zich dat tot andere landen?

1. MVO kader van het onderzoek

Internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen (bijv. als verwoord in de OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen) en ketenverantwoordelijkheid kent een vrijwillig karakter met o.a. een niet-judicieel klachtenmechanisme. Daarnaast kunnen rechtsmiddelen bestaan die slachtoffers toegang geven tot juridische genoegdoening. Inzicht vergroten over het grensgebied tussen vrijwillige ketenverantwoordelijkheid en juridische aansprakelijkheid van Nederlandse bedrijven voor handelingen van hun buitenlandse dochters door het verkennen van de toepassingsmogelijkheden van het huidige Nederlandse recht. Dit geeft inzicht in de complementariteit tussen bestaande vrijwillige en juridische instrumenten. Dit kan vooral van belang zijn voor het operationaliseren van het raamwerk waar Professor John Ruggie, de Speciale Vertegenwoordiger van de Verenigde Naties op het gebied van mensenrechten en transnationale ondernemingen, aan werkt.

2. Doel van het onderzoek

- Helder en begrijpelijk inzicht in toepassings(on)mogelijkheden van het Nederlands rechtsstelsel over het aansprakelijk stellen van Nederlandse bedrijven voor schendingen van internationaal erkende mensenrechten, arbeids- en milieunormen van hun buitenlandse dochters en het debat hierover verhelderen.
- Het onderzoek zal als basis moeten kunnen dienen voor een dialoog met belanghebbenden (maatschappelijke organisaties, vakbonden, bedrijfsleven en wetenschappers) over i) conclusies van het in opdracht van de Europese Commissie te verrichten onderzoek naar het wettelijk kader voor mensenrechten en het milieu van toepassing op Europese bedrijven die zaken doen buiten de EU en ii) het operationaliseren van het raamwerk van professor Ruggie.

3. Onderzoekskader

Het onderzoek richt zich primair op de mogelijkheden voor het aansprakelijk stellen van Nederlandse moederbedrijven voor schendingen van internationaal erkende mensenrechten, arbeids- en milieunormen van hun buitenlandse dochters. Daarbij zal aansprakelijkheid binnen concernverhoudingen moeten worden onderzocht. Ook zal aandacht uit moeten gaan naar aansprakelijkheidstelling van Nederlandse moederbedrijven wegens gedragingen van buitenlandse toeleveranciers als flankerend onderwerp.

Onderzoek moet beogen inzicht te bieden in de huidige stand van het Nederlands straf- en privaatrecht (incl. vennootschapsrechtelijke elementen) gericht op de onderzoeksvraag, op basis van een wetgeving-, literatuurstudie en onderzoek van jurisprudentie. Daarbij dient een internationaal perspectief te worden geschetst waarbij relevante elementen en ontwikkelingen in Europese landen met een *civil law* systeem, de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk worden vergeleken met de mogelijkheden binnen het Nederlandse wettelijk kader.

Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling op enigerlei wijze lopende procedures te betrekken bij dit onderzoek dan wel te anticiperen op mogelijke uitkomsten hiervan. Wel worden onderzoekers gevraagd om te vermelden welke juridische procedures aanhangig zijn en welke juridische kwesties daarin spelen zonder zaakinhoudelijk op de kwesties in te gaan, noch te speculeren naar de mogelijke uitkomsten.

- Algemene vraagstukken
 - Achtergrondinformatie over grondslagen voor extraterritoriaal werkende wetten en jurisdictie in het internationaal recht en de wijze waarop hieraan toepassing is gegeven in het Nederlandse rechtstelsel.
 - Algemene beschrijving van de juridische verhoudingen binnen concernstructuren naar Nederlands vennootschapsrecht.

- Mee te nemen elementen privaatrecht:
 - Bevoegdheid van de Nederlandse civiele rechter
 - Toepasselijk recht: welk recht wordt door de Nederlandse rechter toegepast in civiele zaken? Nederlands recht of het nationale recht van de *host state*?
 - Nederlands recht inzake aansprakelijkheid binnen concernverhoudingen
 - Nederlands materieel recht inzake onrechtmatige daad
 - Gangbare en mogelijke toepassing door de Nederlandse rechter van internationale normen (op gebied van mensenrechten en milieu)
 - Mogelijkheden voor toegang tot de Nederlandse rechter van bijvoorbeeld (vertegenwoordigers van) slachtoffers, (buitenlandse) maatschappelijke organisaties
 - Mogelijke handvaten in het Nederlandse recht voor 'remedies' (rechtsherstel, schadevergoeding, compensatie)
 - Als flankerend onderwerp: in hoeverre Nederlandse moederbedrijven aansprakelijk worden gesteld voor gedragingen van buitenlandse toeleveranciers.

- Mee te nemen elementen strafrecht
 - Toepasselijke strafbaarstellingen met een onderscheid tussen internationale misdrijven, *commune delicten* en economische delicten. Ter illustratie voor alle drie gevallen een beschrijving aan de hand van een kenmerkend delict.
 - Rechtsmacht van Nederlandse rechter en bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om kennis te nemen van de betreffende in het buitenland gepleegde delicten met aandacht voor extraterritoriale werking van deze delicten.

- In internationaal perspectief mee te nemen
 - Vergelijking met relevante elementen en ontwikkelingen in met Nederland vergelijkbare Europese landen met een *civil law* systeem
 - Vergelijking met relevante elementen en ontwikkelingen in de Verenigde Staten en Verenigd Koninkrijk
 - Aandacht richten op de feitelijke toepassing van wetgeving en rechtsgevolgen daarvan voor eisers.

- Inperking reikwijdte:
 - Het onderzoek betreft schendingen van internationaal erkende mensenrechten, arbeids- of milieunormen die plaatsvinden buiten de grenzen van de Europese Unie
 - Het onderzoek zal zich niet richten op een zelfstandig onderzoek naar de wijze waarop de buitenlandse dochteronderneming of de buitenlandse toeleveranciers zelf ter plaatse aansprakelijk kan worden gesteld.
 - Het onderzoek richt zich op aansprakelijkheid voor schendingen door dochterondernemingen van het Nederlands moederbedrijf als rechtspersoon en niet op de persoonlijke aansprakelijkheid van zijn bestuurders.

4. Output

- Bondig onderzoek in begrijpelijke taal in 25 - 50 pagina's (incl. voetnoten, referenties en bijlagen, excl. samenvatting) dat per 15 december aan de Tweede Kamer kan worden aangeboden door de staatssecretaris van Economische Zaken en de minister van Buitenlandse Zaken.
- Onderzoek zal als basis moeten kunnen dienen voor een dialoog met belanghebbenden over conclusies van het Europese Commissie onderzoek naar het wettelijk kader voor mensenrechten en het milieu van toepassing op Europese bedrijven die zaken doen buiten de EU. De resultaten van het onderzoek zullen als inbreng kunnen dienen voor het onderzoek van de Europese Commissie (http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/itemlongdetail.cfm?item_id=3334) en beleidsdiscussies hierover. Ook zal het moeten kunnen dienen voor beleidsdialoog over het operationaliseren van het raamwerk van professor Ruggie.
- Onderzoek zal gepaard gaan met een uitgebreide samenvatting, bestemd voor discussiedoeleinden
- Op het onderzoek zijn de ARVODI 2008 -voorwaarden van toepassing. Het onderzoek dient te worden geschreven in het Nederlands.

<i>Tijdslijn</i>	
1 september	Start van het onderzoek en eerste voorbespreking met ambtenaren van het ministerie van Economische Zaken over de inhoud van de <i>terms of reference</i> , samenwerking en de kaders van het onderzoek
Mid september:	Bijeenkomst ter bespreking van de voortgang en uitwerking van de kaders van het onderzoek met ambtenaren van belanghebbende ministeries (i.p.v. begeleidingscommissie met oog op kort tijdsbestek).
Mid oktober	Bijeenkomst ter bespreking van de voortgang van het onderzoek met ambtenaren van belanghebbende ministeries
Eind oktober:	Bijeenkomst met de staatssecretaris van Economische Zaken en de minister van Buitenlandse Zaken waarin vrij over het onderwerp van gedachten kan worden gewisseld. Deelname andere wetenschappers hiervoor mogelijk gewenst door bewindspersonen.
Eind november:	Bijeenkomst ter voorbespreking concept-eindrapportage (mid november toezending concept aan belanghebbenden) met belanghebbenden (maatschappelijke organisaties, vakbonden, bedrijfsleven en wetenschappers).
Mid december:	Afgerond onderzoek per 15 december 2009 dat aan de Tweede Kamer kan worden aangeboden