

Aansprakelijkheid via 'foreign direct liability claims'

Den Haag is weer even de *'Legal Capital of the World'*

Liesbeth Enneking¹

ER IS EEN INTERNATIONALE TREND AAN DE GANG OM MOEDERMAATSCHAPPIJEN AANSPRAKELIJK TE STELLEN VOOR SCHADE AANGERICHT IN GASTLANDEN. ZO HEEFT DE HAAGSE RECHTBANK ZICH BEVOEGD VERKLAARD OM KENNIS TE NEMEN VAN DE VORDERINGEN VAN TWEE NIGERIAANSE BOEREN TEGEN TWEE SHELL-MAATSCHAPPIJEN. EEN BAANBREKENDE ZAAK WEGENS HET BREDERE KADER WAARBINNEN DIT SOORT AANSPRAKELIJKHEIDSZAKEN ZICH AFSPLEN, NAMELIJK DAT VAN MAATSCHAPPELIJK VERANTWOORD ONDERNEMEN. HET ZIET ERNAAR UIT DAT IN DEZE ZAAK DE GRENZEN VAN ONS POSITIEVE RECHT GETEST ZULLEN WORDEN.

Op 30 december 2009 deed de Rechtbank Den Haag uitspraak in een bevoegdheidsincident in een rechtszaak tussen een tweetal Nigeriaanse boeren en Milieudefensie (een Nederlandse NGO) enerzijds en Royal Dutch Shell (hierna: RDS) en een van haar Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappijen, Shell Petroleum Development Company (hierna: SPDC), anderzijds.² De directe aanleiding voor het geschil is een olie lekkage in Nigeria in juli 2005 uit een pijpleiding waarvan SPDC de beheerder (*operator*) is, welke beweerdelijk geleid heeft tot materiële en immateriële schade aan de kant van de eisers. Eisers stellen dat door de bij de lekkage weggestroomde olie hun visvijvers onbruikbaar zijn geworden en dat door hen aangebrachte beplanting is verwoest. Bovendien voeren zij aan dat zij mogelijk gezondheidsschade zullen lijden als gevolg van de veroorzaakte vervuiling van de grond en het drinkwater. Zij stellen verder nog dat als gevolg van de olie lekkage in een groot gebied nabij Oruma het plaatselijke milieu is aangetast.³

Inzet van de hoofdzaak is een verklaring voor recht dat beide gedaagden hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens eisers voor de aangerichte schade. Daarnaast verzoeken

eisers de rechtbank om gedaagden bij vonnis, op straffe van een dwangsom, te gebieden bepaalde maatregelen te nemen om de veroorzaakte schade te beperken en eventuele soortgelijke schade in de toekomst te voorkomen.⁴ Gedaagden hebben daartegenover allereerst gesteld dat de Nederlandse rechter niet bevoegd is kennis te nemen van de vorderingen tegen de Nigeriaanse dochtermaatschappij SPDC en dat er sprake is van misbruik van procesrecht aan de kant van de eisers.⁵ Over deze kwesties, waarop ik aan het einde van dit artikel kort zal terugkomen, heeft de Rechtbank Den Haag zich in haar vonnis van 30 december uitgesproken. Andere kwesties waar de rechtbank zich, gezien de verdere verweren van gedaagden, in het vervolg van deze procedure in ieder geval over zal moeten buigen zijn het op de vordering toepasselijke recht (Nederlands dan wel Nigeriaans recht), de ontvankelijkheid van Milieudefensie (de invulling en reikwijdte van haar vorderingsrecht op grond van art. 3:305a BW), de stelplicht van eisers en de bewijslastverdeling en *last but not least* natuurlijk de eventuele aansprakelijkheid van RDS en/of SPDC.⁶

Algemeen kader

Om verschillende redenen is de rechtszaak tussen Milieudefensie c.s. en de twee Shell-maatschappijen mogelijk een baanbrekende zaak.

Ten eerste maakt de zaak deel uit van een bredere internationale trend richting aansprakelijkheidsclaims tegen moedermaatschappijen van multinationale concerns voor schade aangericht in gastlanden. Amerikaanse, Engelse en Australische rechters werden in de afgelopen jaren al verschillende malen gevraagd zich uit te spreken over dit soort zaken.⁷ Bekende voorbeelden zijn de claims tegen Unocal wegens medeplichtigheid aan mensenrechtenschendingen in Birma en tegen onder meer General Motors, Barclays Bank en IBM wegens hun samenwerking met het Zuid-Afrikaanse Apartheidsregime, beiden ingesteld voor de Amerikaanse federale rechter.⁸ Dichter bij huis boog de Engelse rechter zich bijvoorbeeld over een aansprakelijkheidsclaim tegen Cape (nu Gencor) ingesteld door Zuid-Afrikaanse asbestslachtoffers en, meer recent, over de schadeclaim tegen Trafigura wegens het dumpen van giftig scheepsafval in Ivoorkust.⁹ De onderhavige aansprakelijkheidszaak tegen RDS en SPDC is de eerste in zijn soort die Nederland aandoet, maar gezien deze duidelijk waarneembare trend richting dit soort zaken mogelijk niet de laatste. Dit betekent dat elke rechterlijke uitspraak in deze zaak het vermogen heeft om belangrijke preceden-ten te scheppen.

Maar de zaak is tevens interessant vanwege het bredere maatschappelijke-politieke kader waarbinnen dit soort aansprakelijkheidszaken zich afspelen, namelijk dat van (internationaal) maatschappelijk verantwoord ondernemen. Internationale schandalen over voetballen en sportschoenen die in sweatshops geproduceerd worden en gifwolken en olie lekkages die de gezondheid en/of leefwijze van lokale bevolkingsgroepen in gastlanden bedreigen, roepen telkens weer de vraag op of de verantwoordelijkheid van internationaal opererende bedrijven zich beperkt tot normconform gedrag in het gastland, of dat er meer van hen verwacht wordt.¹⁰ Ook op dit vlak is er van alles gaande, nu het zwaartepunt van de internationale discussie over dit onderwerp langzaam aan het verschuiven is

Auteur

1. Mw. mr. L.F.H. Enneking is promovenda bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Zij schrijft een proefschrift over de aansprakelijkheid van Nederlandse multinationale concerns voor schade veroorzaakt in gastlanden.

Noten

2. Rb. Den Haag 30 december 2009, L/JN BK8616.
3. Verschillende van de processtukken, waaronder de dagvaarding en de conclusie van antwoord, zijn te vinden op de website van Milieudefensie: www.milieudefensie.nl/globalisering/activiteiten/shell/the-people-of-nigeria-versus-shell. Zie ook Rb. Den Haag 30 december 2009,

L/JN BK8616, par. 2.2.

4. Zie Rb. Den Haag 30 december 2009, L/JN BK8616, par. 2.1.

5. Zie Rb. Den Haag 30 december 2009, L/JN BK8616, par. 2.4.

6. Zie de conclusie van antwoord (incidentele conclusie houdende exceptie van onbevoegdheid, tevens voorwaardelijke conclusie van antwoord in de hoofdzaak) genomen door gedaagden (zie noot 3).

7. Zie, voor een overzicht van een dertigtal van dit soort zaken en verdere informatie en verwijzingen, de business-humanrights website: www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases.

8. Idem.

9. Idem.

Elke rechterlijke uitspraak in deze zaak heeft het vermogen om belangrijke preceden-ten te scheppen

van een benadering gericht op vrijblijvendheid, naar een meer dwingende, juridische benadering. Ook in Nederland lijkt de belangstelling te groeien voor de juridische aspecten van maatschappelijk verantwoord ondernemen. Zowel Van Dam¹¹ als Castermans¹² kozen in hun oraties voor gerelateerde onderwerpen en in de NJV-pleidvoren van dit jaar zal het onderwerp onder de loep genomen worden vanuit strafrechtelijke, ondernemingsrechtelijke en staats- en bestuursrechtelijke hoek.

Uiteindelijk blijft een belangrijke juridische vraag welke regels van ons Nederlandse positieve recht op deze grensoverschrijdende problematiek van toepassing (zouden kunnen of moeten) zijn. Op verzoek van de Nederlandse overheid is in dit kader recent een verkennend onderzoek gedaan voor wat betreft de juridische verantwoordelijkheid van Nederlandse moedermaatschappijen van multinationale concerns voor de betrokkenheid van dochters bij schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten.¹³ Op Europees niveau loopt momenteel een soortgelijk onderzoek.¹⁴ Maar het recht in zijn algemeenheid is geen rustig bezit, en dat geldt zeker voor het recht op dit nog vrij onontgonnen gebied van de maatschappelijke verantwoordelijkheden van internationaal opererende ondernemingen.

Het ziet het ernaar uit dat ook in de zaak tussen Milieudefensie en Shell op verschillende punten de grenzen van ons positieve recht getest zullen worden. Dit doet de vraag rijzen wat nou precies het bredere politiek-maatschappelijke en juridische kader is waarbinnen we deze zaak, de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 30 december jl. en toekomstige uitspraken in deze zaak

10. Ook in de Nederlandse politiek worden regelmatig vragen gesteld over dit onderwerp; zie de website van het Ministerie van Economische zaken voor een overzicht van recente Kamervragen en hun beantwoording: www.ez.nl/Onderwerpen/Ruimte_voor_ondernemers/Maatschappelijk_Verantwoord_Ondernemen?informatietype=;kamerstuk.

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

12. A.G. Castermans, *De burger in het burgerlijk recht, of De eigenschappen van perensap* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

13. Dit rapport, dat werd geschreven door A.G. Castermans en J.A. van der

Weide in opdracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken, werd op 15 december 2009 aangeboden aan de Tweede Kamer. Zie de website van het Ministerie van Economische Zaken: www.ez.nl/Actueel/Kamerbrieven/Kamerbrieven_2009/December_2009/Aanbieding_onderzoek_aansprakelijkheid_MVO. In 2010 zal een wetenschappelijke versie van het rapport verschijnen.
14. Zie de website van DG Ondernemingen en Industrie van de Europese Commissie voor de specificaties voor deze *Study of the legal framework on human rights and the environment applicable to European enterprises operating outside the EU*: http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/itemlongdetail.cfm?item_id=3334&lang=en.



moeten plaatsen. Om deze vraag te beantwoorden zal ik allereerst de discussie rond internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen schetsen, vervolgens de trend richting zogenaemde *foreign direct liability cases* beschrijven en deze zaken karakteriseren, en ten slotte de uitspraak van de Rechtbank Den Haag in het geschetste kader plaatsen.

Internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen

Maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) is zo'n heerlijk containerbegrip waar iedereen tegenwoordig 'aan doet' of in ieder geval een mening over heeft. Maar waar gaat het nu eigenlijk over? In feite hebben we het, als we spreken over MVO, over de verwachtingen die bestaan vanuit de maatschappij over de manier waarop ondernemingen hun *core business*, het streven naar winst (*profit*), verenigen met bredere maatschappelijke of mondiale belangen (*people & planet*).¹⁵ Het gaat daarbij om het 'bovenwettelijke' (in de zin van uitstijgend boven hetgeen op grond van het positieve recht geldt), aangezien het uitgangspunt van de discussie is dat ondernemingen zich in ieder geval (moeten) houden aan het geldende recht van het land of de landen waar zij opereren.

De discussie rond MVO draait daarbij vooral om twee vragen: hoeveel verwachten we van onze ondernemingen aan verantwoord ondernemerschap bovenop hetgeen zij naar geldend recht al verplicht zijn, en is dat stukje 'extra' dan vrijblijvend of brengt het toch bepaalde (morele dan wel maatschappelijke) verplichtingen mee voor ondernemingen. Als juristen verbinden we daar vervolgens natuurlijk gelijk de vraag aan in hoeverre die eventuele verplichtingen dan ook juridisch afdwingbaar zijn, bijvoorbeeld via privaatrechtelijke open normen zoals de maatschappelijke zorgvuldigheidsplicht in het aansprakelijkheidsrecht. Een zeer relevant onderwerp in dit kader is ook dat van de juridische status van zelfregulering, waarbij in deze context gedacht kan worden aan gedragscodes opgesteld door ondernemingen zelf of door brancheverenigingen, of aan nationale of internationale richtlijnen zoals de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen.¹⁶

Nu als gevolg van globalisering productieprocessen van ondernemingen in toenemende mate grensoverschrijdend worden, bijvoorbeeld omdat (half)producten worden afgenomen van buitenlandse leveranciers, of gewerkt wordt met buitenlandse joint-venturepartners en/of dochtermaatschappijen, rijst de vraag wat wij verwachten van onze ondernemingen voor wat betreft hun activiteiten in het buitenland. Deze vraag speelt met name waar het activiteiten betreft in landen waar de 'wettelijke' standaard (in de zin van geldend recht dat ook daadwerkelijk afdwingbaar is) aanzienlijk lager ligt dan in Nederland, zoals vaak het geval zal zijn in ontwikkelingslanden. Hoe hoog leggen wij in dat soort gevallen de lat van verantwoord ondernemerschap? En wat verwachten wij bijvoorbeeld wanneer de standaard in het gastland niet alleen lager ligt dan onze Nederlandse standaarden, maar ook lager dan internationale standaarden zoals die voortvloeien uit bijvoorbeeld mensenrechtenverdragen?

De laatste jaren is er zowel op nationaal als op internationaal niveau een veelheid aan initiatieven ont-

Maatschappelijk verantwoord ondernemen is zo'n heerlijk containerbegrip waar iedereen tegenwoordig 'aan doet' of in ieder geval een mening over heeft

plooid om te trachten wat helderheid te scheppen in dat grote grijze gebied van maatschappelijke verwachtingen en mogelijk daaruit voortvloeiende al of niet juridisch afdwingbare verplichtingen met betrekking tot verantwoord internationaal ondernemerschap. Er zijn bijvoorbeeld geslaagde pogingen geweest om internationale, niet-dwingende richtlijnen voor grensoverschrijdend opererende ondernemingen op te stellen, zoals de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen en ISO 26000 (de MVO-richtlijnen van de *International Organization for Standardization*), maar ook niet-geslaagde pogingen om te komen tot meer dwingende varianten.¹⁷ Verder kan gewezen worden op meer praktische initiatieven waarbij in samenwerking met ondernemingen getracht wordt de risico's die gepaard gaan met het opereren in specifieke landen in kaart te brengen. Ook in bredere zin valt er een tendens te bespeuren richting het creëren van transparantie met betrekking tot de praktijk en de problematiek van internationaal ondernemen. Bekende voorbeelden zijn het Global Reporting Initiative en in eigen land de door de commissie-Frijns aangepaste code Tabaksblad, waarin nu ook een rol is weggelegd voor maatschappelijk verantwoord ondernemen.¹⁸

Een van de meest belangrijke ontwikkelingen van de laatste jaren is echter geweest de benoeming van de invloedrijke John Ruggie, hoogleraar internationale betrekkingen aan Harvard, tot Speciaal Vertegenwoordiger van de secretaris-generaal van de Verenigde Naties op het gebied van mensenrechten en grensoverschrijdende ondernemingen. In zijn rapporten schept hij een semi-juridisch kader voor de discussie over internationaal ondernemen en mensenrechten.¹⁹ Met behulp van een goede balans tussen helderheid en politieke gevoeligheid

heeft hij een breed draagvlak weten te creëren voor zijn boodschap, hetgeen de discussie rond internationaal MVO ontegenzeggelijk op een hoger niveau heeft getild. Ook de eerdergenoemde onderzoeksopdrachten vanuit de Europese Unie en vanuit de Nederlandse overheid met de bedoeling het juridisch kader van de verantwoordelijkheden van Europese dan wel Nederlandse internationaal opererende ondernemingen in kaart te brengen, zijn in hoge mate geïnspireerd door Ruggie's werk.²⁰

Foreign direct liability cases: algemeen

De ontwikkelingen op het gebied van internationaal MVO lopen parallel met de in de inleiding al genoemde internationale trend richting aansprakelijkheidsclaims tegen moedermaatschappijen van multinationale concerns voor schade aangericht in gastlanden. De trend om meer van dit soort zaken, die wel worden aangeduid als *foreign direct liability cases*, te entameren, is rond de jaren 90 ontstaan in de Verenigde Staten, alwaar een obscuur wetje uit 1789, de *Alien Tort Statute*, de inspiratiebron en de belangrijkste basis vormde voor dit soort claims.²¹ Deze wet maakt het mogelijk voor niet-Amerikanen (*aliens*) om voor de Amerikaanse federale rechter een schadeclaim in te dienen tegen natuurlijke personen/rechtspersonen wanneer zij schade hebben geleden als gevolg van schendingen van het internationale recht door deze natuurlijke personen/rechtspersonen, waar dan ook ter wereld.²² In combinatie met onder meer een vrij soepel regime van persoonlijke jurisdictie, de mogelijkheid tot het instellen van massaschadeclaims, en een traditie van *public interest litigation* in de Verenigde Staten, bleek de *Alien Tort Statute* al gauw een aantrekkingskracht uit te oefenen op slachtoffers uit landen met lage of moeilijk afdwingbare 'wettelijke' standaarden die wilden trachten in een ander land hogere gedragsstandaarden voor internationaal ope-

In de Verenigde Staten is een obscuur wetje uit 1789, de *Alien Tort Statute*, de inspiratiebron en de belangrijkste basis voor dit soort claims

Noten

15. Zie bijv. het SER-rapport *De winst van waarden*, advies over maatschappelijk ondernemen, uitgebracht aan de Staatssecretaris van Economische Zaken, publicatienr. 11, 15 december 2000.

16. Zie voor een bespreking van dit onderwerp de NJV-Preadviezen 2007 over alternatieve regelgeving van Giesen, Witteveen en De Wijkerslooth: W.J. Witteveen, I. Giesen, J.L. de Wijkerslooth, *Alternatieve regelgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2007-1),

Deventer: Kluwer 2007.

17. Ik doel hier bijvoorbeeld op de mislukte poging vanuit de VN om te komen tot (bindende) '*Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*'.

18. Dit naar aanleiding van het rapport van de commissie-Burgmans, *Geborgd of verborgen*, over de verhouding tussen MVO en corporate governance; zie de website van het Ministerie van Economische Zaken: [\[cache/pv_obj_id_1F9D3BB89A2313F37F9DA5CDA24351C3D0E70E00\]\(http://cache/pv_obj_id_1F9D3BB89A2313F37F9DA5CDA24351C3D0E70E00\).](http://www.ez.nl/pv_obj_</p></div><div data-bbox=)

19. Zie bijvoorbeeld Ruggie's rapport *Protect, respect and remedy*, A/HRC/8/5 (7 april 2008). Dit rapport en verdere publicaties en informatie over Ruggie en zijn mandaat zijn te vinden op de business-humanrights website: www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home.

20. Zie de specificaties voor het Europees onderzoek (zie noot 14), respectievelijk de *terms of reference* bij de onder-

zoeksopdracht van het Ministerie van Economische Zaken als opgenomen in het Castermans-rapport (zie noot 13).

21. 28 U.S.C. par. 1350.

22. De tekst van de *Alien Tort Statute* luidt als volgt: '*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.*'

rerende ondernemingen af te dwingen.²³ *Foreign direct liability claims* die bij de Amerikaanse federale rechter worden aangebracht op grond van de *Alien Tort Statute* draaien veelal om de medeplichtigheid van de aangesproken multinationale concerns bij ernstige mensenrechtenschendingen – moord, verkrachting, dwangarbeid, kinderarbeid – gepleegd in het gastland.²⁴

In navolging van de Amerikaanse *foreign direct liability cases*, die overigens in de Verenigde Staten zelf niet onomstreden zijn en in veel gevallen (nog) niet tot de door slachtoffers gewenste resultaten hebben geleid,²⁵ heeft de trend om dit soort zaken te initiëren zich internationaal verspreid naar landen als Australië, het Verenigd Koninkrijk en nu dus ook Nederland. Grondslag voor deze niet-Amerikaanse *foreign direct liability cases* is het commune onrechtmatigedaadsrecht, nu een equivalent van de *Alien Tort Statute* niet voorhanden is. Als gevolg hiervan ligt de focus in deze zaken niet direct op de schending van internationale normen, zoals bij hun Amerikaanse tegenhangers, maar meer op de schending van (binnenlandse) zorgvuldigheidsnormen, waarbij slechts een beperkte rol is weggelegd voor internationale normen zoals mensenrechtennormen. Binnen het commune aansprakelijkheidsrecht zijn deze normen immers slechts één van de vele factoren die de civiele rechter moet meenemen in zijn afweging van het beschermingsbelang van de slachtoffers enerzijds en het belang van

Om te beginnen gaat het in deze zaken vrijwel altijd om letsel- of zaakschade die is veroorzaakt in het gastland, in veel gevallen een ontwikkelingsland. Over het algemeen gaat het om (grotere) groepen slachtoffers, allen inwoners van het gastland. Zij baseren hun aansprakelijkheidsvorderingen ofwel direct op internationale mensenrechten-, milieu- of arbeidsnormen, ofwel op zorgvuldigheidsnormen (waarbij internationale/fundamentele normen dus een indirecte rol kunnen spelen). De vorderingen zijn primair gericht tegen de moedermaatschappij van het multinationale concern, hoewel in de meeste gevallen naast de moeder ook verschillende andere groepsmaatschappijen worden aangesproken. Daarnaast hebben zaken een grensoverschrijdend karakter, aangezien zij in het thuisland van de moedermaatschappij, of in ieder geval in een ander land dan het gastland, voor de rechter gebracht worden. Ten slotte hebben deze zaken ook een zeker 'algemeen belang'-karakter, in die zin dat de eisers er over het algemeen bredere belangen mee nastreven dan alleen compensatie van geleden schade. In een zaak als de eerdergenoemde Apartheidszaak, bijvoorbeeld, lijkt het de eisers vooral ook te gaan om genoegdoening voor en erkenning van onrecht uit het verleden;²⁸ de betrokkenheid van Milieudefensie bij de Nederlandse zaak tegen Shell lijkt ingegeven door de wens om de bredere problematiek van milieuvervuiling door oliewinningsactiviteiten in de Nigerdelta aan de kaak te stellen.²⁹

De focus in deze zaken is niet direct gericht op de schending van internationale normen, zoals bij hun Amerikaanse tegenhangers, maar meer op de schending van (binnenlandse) zorgvuldigheidsnormen

handelingsvrijheid van de onderneming anderzijds. De vraag of en in hoeverre er in die belangenafweging een bijzonder gewicht zou moeten toekomen aan een beroep op fundamentele normen blijft overigens omstreden binnen de Nederlandse rechtswetenschap.²⁶

Foreign direct liability cases: kenmerken en vragen

Naast het verschil in grondslag (internationale/fundamentele normen of zorgvuldigheidsnormen) zijn er ook andere verschillen aan te wijzen tussen *foreign direct liability cases*, zoals de rol die de vraag naar de bevoegdheid van de aangezochte rechter speelt. Het merendeel van deze verschillen is uiteindelijk terug te voeren op het feit dat dit soort zaken zich niet zo makkelijk laat 'vertalen' vanuit het ene rechtsstelsel naar andere rechtsstelsels waar het recht en de rechtspraktijk op gebieden als het burgerlijk procesrecht, het internationaal privaatrecht, het ondernemingsrecht en het materiële onrechtmatigedaadsrecht net weer anders zijn.²⁷ Er bestaan echter ook belangrijke overeenkomsten tussen de verschillende nationale *foreign direct liability cases*, waardoor het mogelijk wordt om ze als groep te onderscheiden van andere onrechtmatigedaadszaken.

Deze combinatie aan kenmerken leidt tot een andere overeenkomst: het feit dat deze *foreign direct liability cases* een veelheid aan politieke en juridische vragen oproepen. Ten eerste roepen zij vragen op met betrekking tot de mate waarin dit soort zaken een inbreuk maken op de soevereiniteit van het gastland, zeker als getracht wordt in het thuisland hogere gedragsstandaarden af te dwingen met betrekking tot gedragingen die in het gastland plaatsvinden, dan in het gastland zelf in de praktijk gelden. Als het gastland door middel van deze lagere standaarden tracht een gunstig investeringsklimaat te creëren voor multinationale ondernemingen, kan een doorkruising van deze strategie door bijvoorbeeld rechterlijke uitspraken in het thuisland ervaren worden als een ongewenste uitoefening van extraterritoriale jurisdictie door het thuisland. Dat dit daadwerkelijk een issue kan zijn, blijkt bijvoorbeeld uit het verzet vanuit de Zuid-Afrikaanse regering (onder president Mbeki) tegen de eerdergenoemde Apartheidszaak die voor de Amerikaanse rechter gebracht is.³⁰

Waar het gaat om de haalbaarheid van *foreign direct liability cases* in verschillende landen is een belangrijke rol weggelegd voor vragen van meer praktische of procedurele aard, bijvoorbeeld met betrekking tot het bestaan van financiële belemmeringen die het brengen van een derge-

lijke zaak onmogelijk kunnen maken voor de vaak onvermogen slachtoffers. Ook vragen naar de mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties/massaschadeclaims en de bewijslastverdeling spelen in deze context een vaak cruciale rol. In de zaak tussen Milieudefensie en Shell zal de rechter zich bijvoorbeeld moeten uitspreken over de vraag of Milieudefensie op grond van art. 3:305a ontvankelijk is in haar vordering, waar het haar gaat om de bescherming van lokale buitenlandse belangen als het milieu in de Nigerdelta.³¹

Voor wat betreft het materiële recht is een interessante vraag of het in deze zaken nu gaat om gevallen van (indirecte) doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen en of dat implicaties heeft voor de beoordeling ervan. In hoeverre zal de rechter rekening moeten houden met het – in Nederland of in het gastland – geldende recht op dat gebied en relevante jurisprudentie, zoals met betrekking tot de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij jegens crediteuren van haar dochter?³² Met betrekking tot het materiële onrechtmatigedaadsrecht zal de rechter zich moeten afvragen in hoeverre er op een Nederlandse moedermaatschappij van een multinationaal concern zorgplichten kunnen rusten jegens derden in een gastland waar het concern, al dan niet in samenwerking met buitenlandse joint-venturepartners of door middel van buitenlandse dochtermaatschappijen activiteiten verricht.

Ten slotte doet het grensoverschrijdende karakter van *foreign direct liability cases* belangrijke vragen rijzen met betrekking tot de internationale bevoegdheid van een rechter in het thuisland ten aanzien van een zaak die zich grotendeels in het gastland heeft afgespeeld, en met betrekking tot het op een dergelijke zaak toepasselijke recht.

Eén vraag beantwoord: de bevoegdheidsvraag

In de Amerikaanse *foreign direct liability cases* speelt de bevoegdheidsvraag telkens een belangrijke rol. De Ameri-

kaanse rechter heeft vrij ruime discretionaire bevoegdheid op grond waarvan hij een *foreign direct liability claim* waarover hij in beginsel bevoegd is zich uit te spreken toch niet-ontvankelijk kan verklaren. Dit kan hij bijvoorbeeld doen wanneer hij van mening is dat de zaak beter terecht kan worden in een forum in het gastland zelf (*forum non conveniens*), dat de zaak te politiek gevoelig is (*political question*), een potentiële belemmering vormt voor de internationale betrekkingen van de Verenigde Staten (*comity*), of mede gedragingen betreft van de overheid van het gastland (*act of state*). Als gevolg hiervan kan het vele jaren duren voordat een *foreign direct liability case* in de Verenigde Staten de *trial phase* bereikt waarin de stellingen bewezen moeten worden en de zaak inhoudelijk wordt beoordeeld – als het überhaupt zover komt. Dit is anders wanneer het gaat om *foreign direct liability cases* die worden ingesteld in een EU-lidstaat, nu de EEX-Verordening (die het bevoegdheidsrecht in burgerlijke en handelszaken in de EU-lidstaten unificeert) een in beginsel uitputtende bevoegdheidsregeling bevat die civiele rechters in de EU-lidstaten geen soortgelijke discretionaire bevoegdheden toekent.³³ Op grond hiervan is in burgerlijke en handelszaken de civiele rechter van het land waar een gedaagde vennootschap woonplaats heeft bevoegd en hebben vennootschappen woonplaats op de plaats van hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur, of hun hoofdvestiging.³⁴

In de zaak tussen Milieudefensie en Shell stond in het bevoegdheidsincident dan ook niet ter discussie de rechtsmacht van de Rechtbank Den Haag over RDS, waarvan het hoofdkantoor zich in Nederland bevindt, maar wel de rechtsmacht over SPDC, welke kwestie buiten het toepassingsgebied van de Verordening valt. SPDC heeft immers als Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappij van RDS slechts op grond van het concernverband een connectie met de Nederlandse rechtsorde. Als grondslag voor rechtsmacht van de rechtbank over SPDC voeren eisers aan dat een zodanige samenhang bestaat tussen de vor-

Noten

23. Zie over de 'haalbaarheid' van *foreign direct liability cases*, uitgebreider en in rechtsvergelijkend perspectief, L.F.H. Enneking, 'Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Foreign Direct Liability Cases', 40 *George Washington International Law Review* 2009, p. 903-941.
24. Zie de business-humanrights website (zie noot 7).
25. Enkele van deze zaken hebben geleid tot schikkingen, maar het merendeel is ofwel in een vroeg stadium verworpen, ofwel nog onbeslist. Vooralsnog is het in geen van deze zaken gekomen tot een beslissing in de hoofdzaak.
26. Zie hierover het Preadvies van Smits voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking: J.M. Smits, 'Constitutionalisering van het vermogensrecht', in: *Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor*

Rechtsvergelijking nr. 64, Deventer:

- Kluwer 2003, p. 1-163.
27. Zie hierover, met verdere verwijzingen, Enneking 2009 (zie noot 24).
28. Zie bijv. de website van een van de groepen eisers in deze zaak (in de Apartheidszaak worden verschillende claims van verschillende groepen eisers gezamenlijk behandeld door de Amerikaanse federale rechter), de Khulumani Support Group, www.khulumani.net.
29. Dit valt op te maken uit de dagvaarding in de zaak tussen Milieudefensie c.s. en RDS/SPDC, alsmede uit de manier waarop Milieudefensie deze zaak presenteert op haar website (zie voor beide verwijzingen noot 3).
30. Zie de business-human rights website: www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/

ApartheidreparationslawsuitsreSoAfrica.

- De nieuwe Zuid-Afrikaanse regering onder president Zuma heeft overigens aangegeven geen problemen te hebben met de behandeling van deze zaak door de Amerikaanse federale rechter.
31. Zie de conclusie van antwoord (incidentele conclusie houdende exceptie van onbevoegdheid, tevens voorwaardelijke conclusie van antwoord in de hoofdzaak) genomen door gedaagden (zie noot 3), par. IV.3.
32. Voor wat betreft het Nederlandse recht kan gedacht worden aan welbekende arresten als HR 19 februari 1988, *NJ 1988/487 (Albada Jelgersma II)*, HR 21 december 2001, *NJ 2005/96 (Sobi/Hurks II)*, en, recent, HR 11 september 2009, *NJ 2009/565 (Comsys-Van den End q.q.)*.
33. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft duidelijk aangegeven dat het onder het EEX-regime de rechters in de lidstaten niet (meer)

- vrijstaat om een vordering af te wijzen op grond van *forum non conveniens*: HvJ EG 1 maart 2005, nr. C-281/02, *NJ 2007/369 (Owusu-Jackson)*. De Engelse regering heeft overigens zeer recent de vraag of een beroep op *forum non conveniens* mogelijk zou moeten zijn onder het EEX-regime in het kader van de revisie van de EEX-Verordening weer ter discussie gesteld: zie http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0002/contributions/ms_governments/united_kingdom_en.pdf. Hier is kritisch op gereageerd door verschillende voorstanders van *foreign direct liability cases*: zie http://corporate-responsibility.org/wp/wp-content/uploads/2010/01/owusu_submission2.pdf.
34. Art. 2 lid 1 jo. art. 60 lid 1 EEX-Verordening.

Uit de uitspraak van de Rechtbank Den Haag valt af te leiden dat de bevoegdheidsvraag in *foreign direct liability cases* voor de Nederlandse rechter niet per definitie een struikelblok hoeft op te leveren

deringen tegen RDS en SPDC dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling zouden rechtvaardigen.³⁵ Volgens gedaagden is er echter geen sprake van een zodanige samenhang tussen de vorderingen dat een gezamenlijke behandeling – en dus rechtsmacht van de Rechtbank Den Haag over de vorderingen tegen SPDC – gerechtvaardigd zou zijn. Bovendien menen zij dat eisers hun vorderingen tegen RDS uitsluitend ingesteld hebben om rechtsmacht te creëren over SPDC terwijl de grondslag voor die vorderingen tegen RDS evident ontoereikend is, waarmee eisers in hun ogen misbruik van procesrecht maken.³⁶

In haar uitspraak van 30 december jl. verwerpt de rechtbank de stellingen van gedaagden met betrekking tot haar (on)bevoegdheid om kennis te nemen van de vorderingen tegen SPDC. Zij is van mening dat slechts bij hoge uitzondering sprake kan zijn van misbruik van procesrecht en is niet overtuigd van het feit dat de vorderingen van eisers tegen RDS als volstrekt ondeugdelijk of volstrekt kansloos aan te merken zijn zodat zij misbruik van procesrecht opleveren. Daarnaast is zij van mening dat de vorderingen tegen RDS en SPDC, gezien het feit dat zij hetzelfde feitencomplex betreffen, wel degelijk een zodanige samenhang vertonen dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen. Daarmee is de vraag naar de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter ten aanzien van beide gedaagden bevestigend beantwoord. Nu beide partijen reeds ter zitting aangege-

ven hebben niet in hoger beroep te zullen gaan tegen het vonnis van de rechtbank in het bevoegdheidsincident, is de volgende stap de conclusie van repliek van de eisers in de hoofdzaak.³⁷

Vooruitblik

Uit de uitspraak van de Rechtbank Den Haag valt af te leiden dat de bevoegdheidsvraag in *foreign direct liability cases* voor de Nederlandse rechter niet per definitie een enorme drempel of zelfs struikelblok hoeft op te leveren, zoals het dat wel heeft gedaan bij veel van dit soort zaken in het buitenland. Deze uitspraak is echter pas een eerste stap in een zaak waarin nog vele interessante rechtsvragen de revue zullen passeren. Uiteindelijk zullen deze en verdere uitspraken van de Rechtbank Den Haag in deze zaak ons wellicht wat meer inzicht verschaffen in de manier waarop de Nederlandse rechter om zal (moeten) gaan met dit soort zaken en daarmee de haalbaarheid van eventuele toekomstige soortgelijke zaken. Dat deze waarschijnlijk niet lang op zich zullen laten wachten, blijkt wel uit het feit dat er inmiddels bij de Rechtbank Den Haag twee andere aansprakelijkheidszaken lopen tegen RDS en SPDC, wederom met betrekking tot schade als gevolg van olielekages in de Nigerdelta.³⁸ En wie weet zal er op deze manier, langzaam maar zeker, zaak voor zaak, wat meer duidelijkheid ontstaan over de eventuele verplichtingen van verantwoord ondernemerschap die rusten op onze internationaal opererende ondernemingen. •

Noten

³⁵. Art. 7 lid 1 Rv.

³⁶. Rb. Den Haag 30 december 2009, *LJN* BK8616, par. 2.4.

³⁷. Rb. Den Haag 30 december 2009, *LJN* BK8616, par. 3.9-3.10.

³⁸. Ook in deze zaken speelt Milieudefensie een rol: zie voor de dagvaardingen en verdere informatie de website van Milieudefensie (zie noot 3).