

THE PROFITS OF DOOM

Lucas Roorda*

Nederland is een spil in het internationale bedrijfsleven. Dat is niet alleen zo vanwege de belasting-technische aantrekkingskracht van Nederland als vestigingsplaats, maar zeker ook vanwege de internationale reikwijdte van onze 'eigen' Nederlandse ondernemingen. Bedrijven als Ahold-Delhaize, Unilever en Shell behoren tot de grootste spelers in hun markten. Unilever is de grootste levensmiddelenproducent ter wereld, Ahold-Delhaize heeft respectievelijk het vierde en vijfde grootste marktaandeel in supermarkten in Europa en de VS, en Shell is één van de zes 'supermajors' – de zes grootste particuliere oliebedrijven ter wereld. Ieder van deze bedrijven is ooit begonnen als kleine Nederlandse onderneming, en ten minste nog deels met Nederland verbonden via een hoofdkantoor en een beursnotering.

Die centrale rol als vestigingsplek betekent ook dat Nederland in toenemende mate geconfronteerd wordt met de negatieve bijeffecten van de activiteiten van die ondernemingen. In het bijzonder zien we de laatste jaren een toename aan rechtszaken voor de burgerlijke rechter van thuislanden van transnationale ondernemingen, die het effect van hun activiteiten op mens en milieu aan de orde stellen. Recent is voor de Rechtbank Den Haag de zogeheten *Kiobel*-zaak aangebracht,¹ waarin Shell wordt verweten medeplichtig te zijn aan de executie van dissidenten in Nigeria in 1995. Deze dissidenten leidden protesten tegen olievervuiling en oneerlijke verdeling van de winsten uit oliewinning. Dit roept de vraag op: in hoeverre zijn Nederlandse hoofdkantoren medeverantwoordelijk voor mensenrechtenschendingen door hun dochterondernemingen, en draagt de Nederlandse Staat een plicht om toegang tot de rechter te verschaffen voor slachtoffers van deze mensenrechtenschendingen? Wij delen immers in grote mate mee in de *profits of doom*.

De *Kiobel*-zaak staat niet op zichzelf, maar past in een patroon van andere zaken die de *profits of doom* aan de orde stellen. Dergelijke zaken werden tot voor kort voornamelijk aangebracht in de Verenigde Staten, de *Kiobel*-zaak in eerste instantie ook. Onder andere door het inperken van de procedurele mogelijkheden daar komen ze nu in toenemende mate voor Europese rechters, waaronder de Nederlandse.² Eén van die Nederlandse zaken heeft

de nodige aandacht gekregen in de pers en in de juridische literatuur, namelijk de nu in hoger beroep lopende zaak van een groep Nigeriaanse boeren en Vereniging Milieudefensie tegen Shell.³ Deze zaak stelt dezelfde vervuiling aan de orde die aan de kaak werd gesteld in de protesten die leidden tot de feiten in *Kiobel*. Een vergelijkbare zaak tegen Shell is voor de Britse rechter gebracht en later geschikt⁴ en een derde loopt nog.⁵

De *Kiobel*-zaak staat niet op zichzelf, maar past in een patroon van andere zaken die de *profits of doom* aan de orde stellen

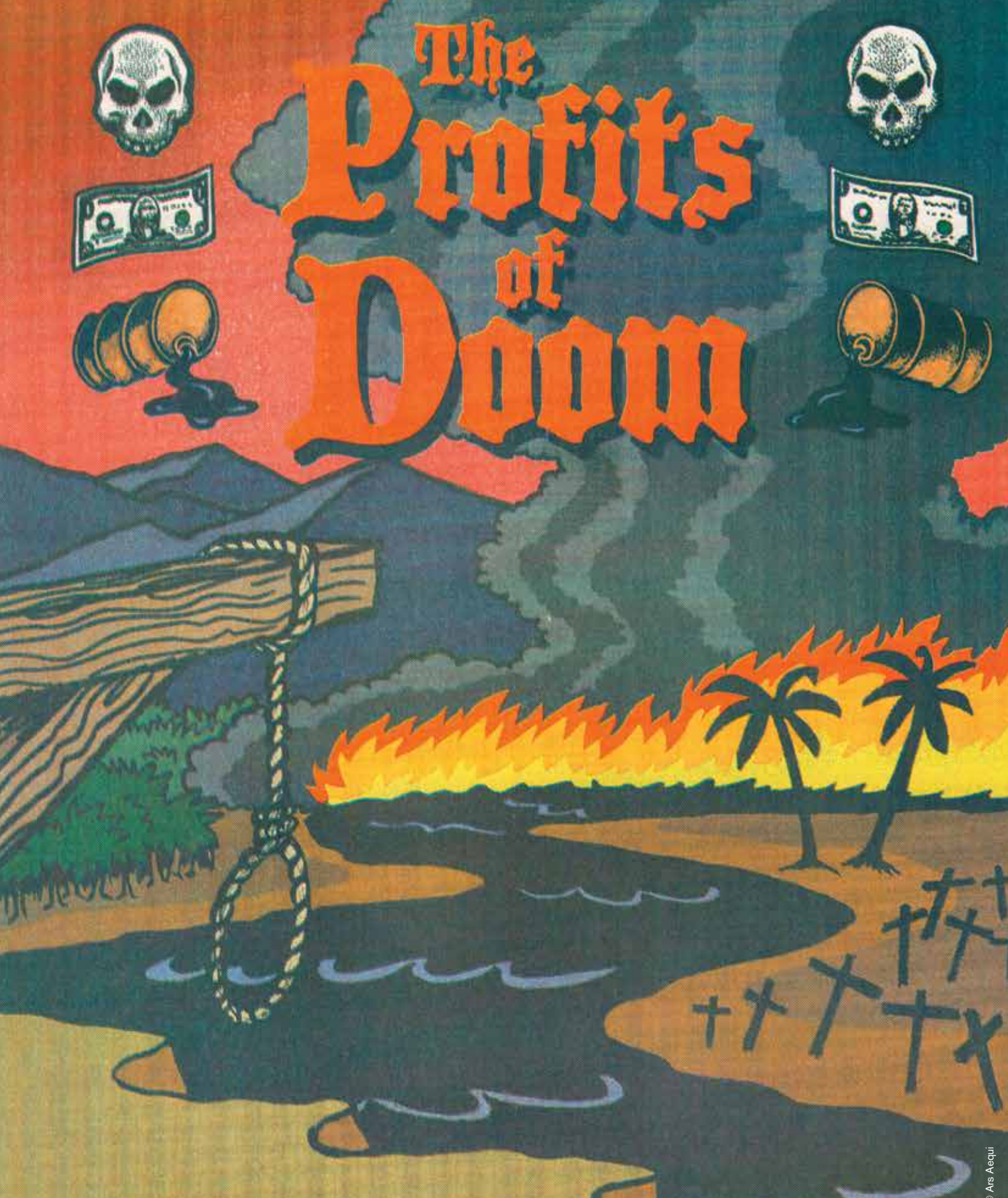
De problematiek rond dergelijke zaken is divers. Vaak functioneert het rechtssysteem in hun eigen land niet voldoende om dergelijke complexe claims af te doen; dit kan komen door het gebrek aan capaciteit, financiën of juridische bijstand, of door corruptie. Het rechtssysteem van het thuisland van de multinational is in dat opzicht vaak een betere optie, maar kent ook de nodige barrières: de burgerlijke rechter van de thuisstaat is niet altijd competent om te oordelen over het deel van de klacht dat zich tot de dochteronderneming richt, de bewijslast is hoog, de kosten zijn hoog en rechtsbijstand is niet altijd beschikbaar, en er is niet altijd een materieel-rechtelijke basis om een klacht te formuleren tegen het hoofdkantoor. Het gevolg is dat slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen vaak tussen de wal en het schip belanden, zonder remedie voor de door hen geleden schade. Niet voor niets heeft van de paar dozijn zaken die nu in Europa hebben gespeeld, slechts één tot een eindoordeel geleid in het voordeel van één van de klagers: de voornoemde zaak van Milieudefensie tegen Shell.

Deze zaken spelen zich af tegen de achtergrond van een zich steeds verder ontwikkelend juridisch kader omtrent de mensenrechtelijke verantwoordelijkheden van bedrijven, hun thuisstaten en de rechten van slachtoffers in dergelijke zaken. In dat kader spelen de UN Guiding Principles on Business and

* L. Roorda, LL.M. is promovendus op de afdeling Internationaal en Europees Recht van de Universiteit Utrecht.

- 1 Zie 'Shell gedagvaard wegens betrokkenheid bij onrechtmatige executies in Nigeria', 29 juni 2017, beschikbaar op www.prakkendoliveira.nl/nl/nieuws/shell-gedagvaard-wegens-betrokkenheid-bij-onrechtmatige-executies-in-nigeria/ (laatst bezocht op 6 september 2017).
- 2 Voor een uitgebreider overzicht, zie L. Enneking et al. (red.), *Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen* (UCALL Series deel 6), Den Haag: Boom juridisch 2016, tevens beschikbaar op www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/04/21/zorgplichten-van-nederlandse-ondernemingen-inzake-internationaal-maatschappelijk-verantwoord-ondernemen (laatst bezocht op 7 september 2017).
- 3 Zie Rechtbank Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854. Het eerste tussenvonnissen van het Hof Den Haag inzake de bevoegdheid van de Nederlandse rechter is te vinden in Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587.
- 4 *The Bodo community and others v The Shell Petroleum Company of Nigeria Limited*, High Court of Justice Queen's Bench Division Technology and Construction Court, 20 June 2014, [2014] EWHC 1973 (TCC).
- 5 *His Royal Highness Emere Godwin Bebe Okpabi v Royal Dutch Shell plc & Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd*, 26 January 2017 ([2017] EWHC 89 (TCC)).

The Profits of Doom



COMING SOON TO COURT SESSIONS
IN THE US, UK & NL
- EXPLOITATION RECORDS 2017 -

Human Rights (UNGP's) een sleutelrol.⁶ Hoewel dit een beleidsraamwerk is dat in beginsel niet bindend is en ook geen nieuwe normen formuleert, wordt het algemeen aangenomen een gezaghebbende herformulering te zijn van bestaande rechten verplichtingen onder mensenrechtenverdragen, maar dan specifiek met betrekking op ondernemingen en mensenrechten. Het recht op een remedie vormt één van de drie 'pijlers', waarin in het bijzonder de corresponderende verantwoordelijkheid voor staten wordt genoemd om barrières zoals hierboven omschreven weg te nemen. De UNGP's dienen echter wel te worden omgezet in nationaal recht en beleid via een Nationaal Actieplan (NAP), een intentieverklaring waarin de staat aangeeft hoe ze de aanbevelingen van de Guiding Principles gaan omzetten in nationaal recht en beleid.

In dat opzicht stelt de Nederlandse staat teleur. Nederland mag weliswaar één van de eerste landen zijn geweest die de UNGP's ondersteunde en een Nationaal Actieplan opstelde, in dat actieplan zijn verdacht weinig concrete voorstellen voor actie te vinden.⁷ Dat geldt nog het meest op het terrein van hervormingen van het civiele recht. Er wordt weliswaar aandacht besteed aan het ondersteunen van niet-judiciële mechanismen zoals arbitrage, mediation en door ondernemingen zelf georganiseerde klachtenprocedures. Die zijn relevant, maar volgens in het raamwerk van de UNGP's slechts complementair aan judiciële remedies, in het bijzonder het civiele recht. Dit komt nauwelijks aan de orde, slechts middels een constatering dat er binnen het Nederlandse procesrecht voldoende mogelijkheden zijn om zaken aan te brengen zonder verdere onderbouwing; hetzelfde geldt voor de inschatting van de Nederlandse rechtsbijstand. Maatregelen met extraterritoriaal effect worden zelfs expliciet afgewezen.

Het Nederlandse NAP biedt daarmee een nogal conservatieve kijk op de problematiek zoals hierboven omschreven. Juist voor Nederland is dat verbazingwekkend, helemaal in het licht van de *Kiobel*-zaak. Niet alleen zou Nederland als thuisstaat van grote multinationals meer transnationale aansprakelijkheidszaken kunnen verwachten, de Nederlandse regering heeft expliciet aangegeven dat zulke zaken hier afgedaan zouden moeten worden. Zoals gezegd heeft de *Kiobel*-zaak in eerste instantie voor de Amerikaanse rechter gespeeld. Nederland heeft zich samen met het Verenigd Koninkrijk in die zaak gemengd middels een zogeheten *amicus curiae* brief, daarin bepleitend dat de zaak in de VS zou moeten worden afgewezen omdat deze eerder thuishoorde voor de Nederlandse rechter.⁸ De NAP is rond dezelfde periode geschreven als die *amicus* brief. Een kritische reflectie op het Nederlandse burgerlijke procesrecht was dus op zijn plaats geweest, in het bijzonder met betrekking tot de vraag of ook het Nederlandse recht ontoelaatbare lacunes bevat voor wat betreft toegang tot de rechter. Niet voor niets is Nederland samen met andere Europese Staten door zowel de Raad

van Europa⁹ als het VN-Comité voor Economische, Sociale en Culturele Rechten¹⁰ erop gewezen dat meer aandacht voor procedurele kwesties nodig is.

In mijn proefschrift doe ik enkele suggesties op het procedurele vlak, die het recht op een remedie hier effectiever zouden kunnen vormgeven. Gedacht zou kunnen worden aan de voorbereiding van de mogelijkheden om hoofdkantoren en dochterondernemingen gezamenlijk voor de rechter te brengen, of een ruimere interpretatie van *forum necessitatis* ingevolge artikel 9(b) en 9(c) Rv. Interessanter, maar verder verwijderd van bestaande doctrines in het aansprakelijkheidsrecht, zijn voorstellen om rechtsmacht te baseren op de financiële banden tussen hoofdkantoor en dochteronderneming – de *profits of doom* zelf – of het feit dat de producten die via dit proces gemaakt worden hier op de markt verschijnen. Tot slot ligt er een uitgelezen mogelijkheid om procedurele kwesties onderwerp te maken van een internationaal verdrag, nu er op VN-niveau wordt onderhandeld over een mogelijk IMVO-verdrag. Nederland doet momenteel niet mee aan die onderhandelingen; wellicht wordt dat tijd.

Procedurele vragen gaan hand in hand met meer materieelrechtelijke kwesties, en meer praktische oplossingen. Nederland kent geen algemene zorgplicht voor hoofdkantoren van multinationals ten aanzien van mensenrechten van derden in de productieketen; er is enkel de net aangenomen, beperkte zorgplicht om kinderarbeid te voorkomen. Een bredere zorgplicht, zoals die nu bestaat in Frankrijk, zou wellicht ook in civiele procedures een goede grond voor aansprakelijkheid kunnen bieden. Aan de meer praktische kant valt te denken aan het uitbreiden van de gefinancierde rechtshulp voor klagers uit minder kapitaalkrachtige landen, of omkeringen van de bewijslast wanneer de vraag aan de orde komt of een hoofdkantoor controle had over haar dochterondernemingen.

Het kan niet zo zijn dat de *profits* van Nederlandse ondernemingen deels hier belanden, maar de *doom* voor andermans rekening is

Zelfs als deze voorstellen op korte termijn zouden worden aangenomen, biedt dat natuurlijk weinig soelaas voor de klagers in *Kiobel*. Niettemin zal het interessant zijn de zaak de komende periode te volgen. In zekere zin fungeert de zaak als lakmoesproef: als zelfs bij zulke ernstige beschuldigingen, en een duidelijk aanknopingspunt met de Nederlandse rechts sfeer, geen fatsoenlijke procesgang en inhoudelijke beoordeling mogelijk is, dan is er duidelijk werk aan de winkel. Het kan immers niet zo zijn dat de *profits* van Nederlandse ondernemingen deels hier belanden, maar de *doom* voor andermans rekening is.

6 Verenigde Naties, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework*, 2011, beschikbaar op www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf (laatst bezocht op 7 september 2017).

7 Zie Ministerie van Buitenlandse Zaken, *National Action Plan on Business and Human Rights*, april 2014, beschikbaar op <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/publicaties/2014/01/30/national-action-plan-on-business-and-human-rights/national-action-plan-en-def-rijkshuisstijl.pdf> (laatst bezocht op 7 september 2017).

8 Brief of the Governments of the Kingdom of the Netherlands and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland as *Amici Curiae* in Support of Neither Party, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013).

9 Zie Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business (2 maart 2016), 1249 Meeting, CM(2016)18-addfinal.

10 Zie CESCR General Comment No. 24, *State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities*, UN Doc E/C.12/GC/24 (2017).