

## PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING IN REACTIE OP MENSEN-RECHTENSCHENDINGEN DOOR INTERNATIONAAL OPERERENDE ONDERNEMINGEN

De (on)mogelijkheden van het aansprakelijk stellen van Nederlandse multinationals voor extraterritoriale mensenrechten- en milieuschendingen naar Nederlands privaatrecht

L.F.H. Enneking, I. Giesen, M.J.C. van der Heijden, T.E. Lambooy, M.L. Lennarts & Y. Visser

**Samenvatting** | De discussie over mensenrechtenschendingen door internationaal opererende bedrijven is zeer actueel en krijgt zowel binnen Nederland als internationaal veel politieke en maatschappelijke aandacht. Een belangrijke vraag hierbij is hoe, door wie en waar multinationals civielrechtelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden als zij in het kader van hun wereldwijde activiteiten betrokken raken bij schendingen van mensenrechten en/of het milieu in de gastlanden waarin zij opereren. Het civiele aansprakelijkheidsrecht kan een belangrijk instrument zijn in deze grensoverschrijdende context waar publieke handavings- en reguleringsmechanismen veelal ontbreken of ontoereikend zijn. Deze bijdrage verkent de mogelijkheden en knelpunten naar Nederlands recht bij het aansprakelijk stellen van Nederlandse multinationals voor extraterritoriale mensenrechten- en milieuschendingen en wijst op verschillende onderwerpen, moeilijkheden en toekomstige rechtsontwikkelingen die in dit kader aandacht verdienen.

**Trefwoorden** | mensenrechtenschendingen, ondernemingen, aansprakelijkheid, handhaving.

### 1 Inleiding

Sinds enige tijd is er een drietal civiele aansprakelijkheidszaken aanhangig bij de Rechtbank Den Haag tegen Royal Dutch Shell (RDS) en haar Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappij Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. (SPDC) voor milieuschade aangericht in de Nigeriaanse Nigerdelta. De eisers in deze zaken, een viertal Nigeriaanse boeren en de Nederlandse non-gouvernementele organisatie (NGO) Milieudefensie, stellen dat olie lekkages uit plaatselijke

- Dit artikel bouwt voort op en is een bewerking van een juridisch inventarisatie over dit thema die de auteurs begin 2011 uitvoerden in opdracht van Amnesty International (Nederland) en SOMO.
- Mr. L.F.H. Enneking is postdoctoraal onderzoeker, prof. mr. I. Giesen is hoogleraar privaatrecht, mr. dr. M.J.C. van der Heijden en mr. dr. T.E. Lambooy zijn beide universitair docent en onderzoeker, prof. mr. M.L. Lennarts is hoogleraar ondernemingsrecht en mr. Y. Visser is coördinator extern onderzoek. Alle auteurs zijn verbonden aan het Molengraaff Instituut, Universiteit Utrecht. Twee van de auteurs zijn recentelijk gepromoveerd op dit onderwerp en een derde verwacht dat dit jaar te doen, te weten: dr. T.E. Lambooy, *Corporate Social Responsibility. Legal and semi-legal frameworks supporting CSR*, Deventer: Kluwer 2010 en dr. M.J.C. van der Heijden, *Transnational Corporations and Human Rights Liabilities: Linking Standards of International Public Law to Dutch Civil Litigation Procedures*, diss. Tilburg, Antwerp/Oxford: Intersentia 2011; en L. Enneking, *Foreign direct liability and beyond: Exploring the role of tort law in promoting international corporate social responsibility and accountability* (verwacht in 2012). Voorts doen ook andere Molengraaff Instituut-onderzoekers (promotie)onderzoek op dit terrein.

pijpleidingen waarvan SPDC de beheerder (*operator*) is, schade hebben aangebracht aan hun visvijvers en akkers en aan het plaatselijke milieu, alsook (mogelijk) aan hun gezondheid. Zij vragen een verklaring voor recht dat zowel de Nederlandse moedermaatschappij als de Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappij hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door hen geleden schade; daarnaast vragen zij de rechter om beide gedaagden te verplichten de gelekte olie adequaat op te ruimen en maatregelen te nemen om toekomstige olie lekkages zoveel mogelijk te voorkomen (verder: de 'Shell Zaak').<sup>1</sup>

Juridische procedures van dit type, waarbij een multinationalaal concern zich voor de rechter van het thuisland (het land waar de moedermaatschappij geïncorporeerd is of haar hoofdkantoor heeft), moet verantwoorden voor milieuschade of mensenrechtenschendingen aangericht in het kader van de concernactiviteiten in gastlanden (veelal ontwikkelingslanden of 'emerging economies'), zijn nog niet eerder voor een Nederlandse rechter als zogenaamde 'thuislandrechter' gevoerd.<sup>2</sup> In verschillende andere Westerse landen echter, waaronder de VS, Engeland, Australië en Canada, hebben rechters zich al vaker moeten buigen over civielrechtelijke aansprakelijkheidsclaims tegen een grote verscheidenheid aan internationaal opererende bedrijven voor hun beweerdelijke betrokkenheid bij mensenrechten- en milieuschendingen in gastlanden.<sup>3</sup> Een bekende zaak is bijvoorbeeld de Unocal-zaak, waarin de Amerikaanse rechter gevraagd werd zich uit te spreken over de aansprakelijkheid van het Amerikaanse bedrijf Unocal Corp. (nu Chevron) voor de beweerdelijke betrokkenheid van het Unocal olieconcern bij mensenrechtenschendingen (o.m. dwangarbeid, moord, verkrachting, marteling) gepleegd door het Birmees leger bij de aanleg van een gaspijpleiding.<sup>4</sup> Een andere bekende zaak betreft het Canadese bedrijf Talisman dat in de Verenigde Staten werd aangesproken voor mensenrechtenschendingen in Soedan door haar lokale dochterbedrijf.<sup>5</sup> Ook werd Shell eerder al gedaagd voor de Amerikaanse

- 1 Zie voor een beknopte weergave van hetgeen de eisers vorderen: Rb. Den Haag 30 december 2009, LJN BK8616 en Rb. Den Haag 24 februari 2010, LJN BM1469 en LJN BM1470 (waarin de rechtbank zich bevestigend uitsprak over haar bevoegdheid om kennis te nemen van zowel de vorderingen tegen de Nederlandse moedermaatschappij als de vorderingen tegen de Nigeriaanse (klein)dochtermaatschappij). Zie voor meer informatie en verwijzingen naar de volledige teksten van verschillende van de juridische documenten in deze zaken de website van (mede-)eiseres Milieudefensie: <<http://milieudefensie.nl/oliewinning/shell/olielekkages/documenten-shellrechtszaak#juridischedocumenten>>.
- 2 Zie bijvoorbeeld ook: L. Enneking, 'Aansprakelijkheid via "foreign direct liability claims"', *NJB* 2010, p. 400-406; en N.M.C.P. Jägers & M.-J. van der Heijden, 'Corporate Human Rights Violations: The Feasibility of Civil Recourse in the Netherlands', 33 *Brooklyn Journal of International Law*, 2008, p. 833-870.
- 3 Zie voor een overzicht en verdere bespreking (inclusief verwijzingen) van een zestigtal van dit soort en vergelijkbare rechtszaken, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <<http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases>>; en B. Stephens, 'Judicial Deference and the Unreasonable Views of the Bush Administration', 33 *Brooklyn Journal of International Law*, 2008, p. 773-832.
- 4 *Doe v. Unocal*, 403 F.3d 708 (9th Cir. 2005), *Doe v. Unocal* 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002); *Doe v. Unocal Corp.*, 110 F. Sup. 2d 1294 (C.D. Cal. 2000). In 2004 kwamen de partijen in deze zaak buiten de rechter om tot een schikking. Zie voor meer informatie over deze zaak en verdere verwijzingen de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <<http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/UnocallawsuitreBurma>>.
- 5 Second District, New York, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 12 September 2006, 453 F. Sup. 2d 633, p. 641-661 and US Appellate Ct 2d Circuit, 2 October 2009, US Doc. No. 07-0016-cv. Zie hierover: S. J. Kobrin, 'Oil and Politics: Talisman Energy and Sudan', *International Law and Politics*, Vol. 36, No. 2/3, 2004, pp 425-456, (426). S.J. Kobrin, 'Who Has the Obligation to Protect and Respect Human Rights: The Problem of Responsibility

rechter in verband met de beweerdelijke betrokkenheid van concernmaatschappijen bij mensenrechtenschendingen (o.m. marteling en standrechtelijke executie) gepleegd door het voormalige Nigeriaanse militaire regime tegen Nigeriaanse milieuactivisten (de zgn. Ogoni Nine, waaronder de internationaal bekende schrijver en activist Ken Saro-Wiwa).<sup>6</sup> De Engelse rechter werd gevraagd zich uit te spreken over de vraag of het in Engeland gevestigde Cape PLC (nu Gencor) aansprakelijk gehouden kon worden voor gezondheidsschade geleden door werknemers en omwonenden van haar Zuid-Afrikaanse asbestmijnen en asbestverwerkingsfaciliteiten; gesteld werd onder meer dat de werknemers blootgesteld zouden zijn aan 30 maal de in Engeland geldende wettelijke limiet voor asbeststof en geen beschermende kleding tot hun beschikking hadden.<sup>7</sup> Meer recentelijk werd ook internationale petroleumhandelaar Trafigura civielrechtelijk aansprakelijk gesteld voor de Engelse rechter voor de schade beweerdelijk aangericht als gevolg van de dumping in Ivoorkust van beweerdelijk giftige afvalstoffen door het door Trafigura gecharterde schip de Probo Koala.<sup>8</sup>

Ondanks het feit dat de vorderingen in deze zaken soms verschillend zijn ingekleed, is hun strekking in wezen dezelfde: het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht wordt gebruikt als mechanisme om (internationale) mensenrechten- en milieunormen te (proberen te) handhaven, waarbij de 'thuislandrechter' fungeert als handhavende instantie.<sup>9</sup> De toename van dit soort zaken vindt zijn oorsprong in enerzijds de vaak gebrekkige bescherming van milieu en mensenrechten in de betreffende gastlanden zelf, waar in veel gevallen de politieke wil en/of de institutionele capaciteit ontbreekt om de lokale activiteiten van internationaal opererende bedrijven adequaat te reguleren en anderzijds de toegenomen transparantie inzake de rol van bedrijven in het maatschappelijk verkeer en de wil van slachtoffers (al dan niet gesteund door NGOs) om voor rechtvaardigheid te vechten.<sup>10</sup>

Het belang van deze problematiek wordt bevestigd door prof. John Ruggie, Speciaal Gezant van de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties op het gebied van mensenrechten en

in a Networked World Economy', Paper summary gepresenteerd in Workshop III, HiiL Conference, p. 21-24, at <[http://www.lawofthefuture.org/assets/693/AC2009\\_outlines.pdf](http://www.lawofthefuture.org/assets/693/AC2009_outlines.pdf)>.

- 6 *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000), cert. denied, 532 U.S. 941 (2001). In 2009 kwamen de partijen in deze zaak buiten de rechter om tot een schikking. Zie voor meer informatie over deze zaak T.E. Lambooy en M-È Rancourt, 'Shell in Nigeria: From Human Rights Abuse to Corporate Social Responsibility', in *Human Rights & International Legal Discourse*, 2008 Vol. 2, No. 1. Zie voor verwijzingen de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/ShellawsuitreNigeria>.
- 7 *Schalk Willem Burger Lubbe and others v. Cape Plc. and related appeals*, Judgment, [2000] UKHL 19 juli 2000. In 2003 kwamen de partijen in deze zaak buiten de rechter om tot een schikking. Zie voor meer informatie over deze zaak en verdere verwijzingen de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <<http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/CapeGencorlawsuitsreSoAfrica>>.
- 8 Zie [http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/TrafiguralawsuitsreCtedIvoire?sort\\_on=effective&batch\\_size=10&batch\\_start=7](http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/TrafiguralawsuitsreCtedIvoire?sort_on=effective&batch_size=10&batch_start=7). In 2009 kwamen de partijen in deze zaak buiten de rechter om tot een schikking. Zie voor meer informatie over deze zaak en verdere verwijzingen de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <<http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/TrafiguralawsuitsreCtedIvoire>>.
- 9 Anthony J. Sebok, 'Taking Tort Law Seriously in the Alien Tort Statute', 33 *Brooklyn Journal of International Law* 2008, 871-898 en Sarah Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Oxford: Hart 2004.
- 10 Zie bijvoorbeeld: ICJ Reports Corporate Complicity & Legal Accountability, Vol 1-3, Geneva: 2008. Zie ook: L.F.H. Enneking, 'Crossing the Atlantic? The political and legal feasibility of European foreign direct liability cases', *The George Washington International Law Review*, 2009, p. 903-907.

(internationaal opererende) ondernemingen.<sup>11</sup> Het door hem ontwikkelde 'Protect, respect and remedy'-beleidsraamwerk rust op drie pijlers: de verplichting van staten om mensenrechten te beschermen, ook tegen inbreuk door private actoren zoals bedrijven; de verantwoordelijkheid van ondernemingen om bij het uitvoeren van hun ondernemingsactiviteiten de mensenrechten van anderen te respecteren;<sup>12</sup> en het belang van effectieve wijze van redres (zowel gerechtelijk als buitengerechtelijk) voor slachtoffers van mensenrechtenschendingen door ondernemingen. In de uitwerking van dit beleidsraamwerk benadrukt Ruggie onder meer dat staten waar nodig stappen moeten ondernemen om ervoor te zorgen dat de toegang tot de rechter van slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen niet belemmerd wordt door juridische, praktische en procedurele barrières. Als voorbeelden van juridische barrières noemt hij onder meer de situatie dat de onderlinge verdeling van juridische verantwoordelijkheden tussen de maatschappijen binnen een multinationalaal concern het concern in staat stelt aansprakelijkheid te ontlopen, en de situatie dat slachtoffers die in het gastland niet op een (eerlijk) proces kunnen rekenen ook geen toegang hebben tot de 'thuislandrechter'. Voor wat betreft praktische en procedurele barrières wijst hij onder meer op de kosten die gepaard gaan met het instellen van aansprakelijkheidsvorderingen, mogelijke problemen bij het vinden van rechtshulp en het ontbreken van adequate mogelijkheden om collectieve acties in te stellen.<sup>13</sup>

De hier beschreven ontwikkelingen hebben ook in Nederland de vraag doen rijzen onder welke omstandigheden Nederlandse multinationals voor de Nederlandse rechter en op basis van Nederlands recht aansprakelijk gesteld kunnen worden voor hun betrokkenheid bij eventuele mensenrechten- en milieuschendingen in ontwikkelingslanden en 'emerging economies'. Op verzoek van het Ministerie van Economische Zaken werd in het zgn. Castermans-rapport<sup>14</sup> al een eerste aanzet gegeven tot beantwoording van deze vraag. In deze bijdrage wordt verder verkend wat de mogelijkheden en belangrijkste knelpunten zijn voor wat betreft de mogelijke rol van de Nederlandse civiele rechter en het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht bij het adresseren en redresseren van mensenrechten- en milieuschendingen door Nederlandse multinationals in gastlanden. Gekeken wordt naar de bestaande mogelijkheden en knelpunten zowel binnen het in Nederland geldende materiële aansprakelijkheidsrecht als binnen het Nederlandse burgerlijk procesrecht en de Nederlandse procespraktijk (§ 2). Hiertoe komen achtereenvolgens aan de orde: identificatie van de gedaagde en structuur van het bedrijf (§ 2.1), aansprakelijkstelling (§ 2.2), juridische en economische realiteit inzake een multinationale onderneming (§ 2.3), internationaal privaatrecht (§ 2.4), bewijsperikelen (§ 2.5), remedies en collectieve acties

- 11 Zie het rapport 'Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights', A/HRC/8/5 (7 april 2008) en A/HRC/11/13, 22 April 2009, opgesteld door John Ruggie en unaniem aanvaard door de Human Rights Council van de Verenigde Naties. Dit beleidsraamwerk is in hieropvolgende rapporten door Ruggie verder uitgewerkt. Zie voor een overzicht van Ruggie's werk, inclusief verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home>.
- 12 Zie hierover: T.E. Lambooy, 'Corporate due diligence as a tool to respect human rights', *NQHR*, 2010 en J. Sherman III & A. Lehr, 'Human rights due diligence: is it too risky?', Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 55, February 2010, Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University; at: [http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper\\_55\\_shermanlehr.pdf](http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_55_shermanlehr.pdf).
- 13 Zie de in het kader van zijn mandaat door John Ruggie opgestelde 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations: Protect, Respect and Remedy' Framework', A/HRC/17/31 (21 maart 2011), p. 22-24.
- 14 A.G. Castermans & J.A. van der Weide, *De juridische verantwoordelijkheid van Nederlandse moederbedrijven voor de betrokkenheid van dochters bij schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten*, Leiden, 15 december 2009.

(§ 2.6) en kosten, duur en stress (§ 2.7). Deze bijdrage sluit af met een conclusie voor wat betreft de (on)mogelijkheden van het aansprakelijk stellen van Nederlandse multinationals voor extraterritoriale mensenrechten- en milieuschendingen naar Nederlands privaatrecht, waarbij ook verschillende onderwerpen en ontwikkelingen worden aangeduid die nadere aandacht verdienen (§ 3).

## 2 De geïdentificeerde onderwerpen en hun mogelijkheden en knelpunten

Zoals aangekondigd worden in dit deel de in de inleiding geïdentificeerde onderwerpen of thema's behandeld. Deze thema's zijn alle van belang voor de vraag of schendingen van mensenrechten- en milieunormen gepleegd door Nederlandse multinationale concerns in gastlanden in Nederland gesanctioneerd kunnen worden en of de betreffende normen via het (Nederlandse) aansprakelijkheidsrecht gehandhaafd kunnen worden.

### 2.1 Identificatie van de gedaagde en de structuur van het bedrijf

Multinationals bestaan uit meerdere – soms honderden – rechtspersonen, waaronder Nederlandse en buitenlandse, maar ook vaste inrichtingen zoals lokale kantoren of productieplaatsen zonder rechtsvorm, joint ventures, deelnemingen in andere rechtspersonen en contractuele samenwerkingsvormen. Deze rechtspersonen en samenwerkingverbanden zijn vaak verspreid over de wereld en onderworpen aan rechtsstelsels uit verschillende landen. Het is daarbij niet noodzakelijk zo dat een rechtspersoon die is opgericht in een bepaalde jurisdictie de bedrijfsactiviteiten bevat die ook in dat specifieke land plaatsvinden. Belastingvoordelen en arbeidsregelingen zijn redenen om een rechtspersoon in de ene jurisdictie op te richten en de productieactiviteiten in een andere jurisdictie te laten plaatsvinden. Voor een buitenstaander, zoals een omstander of omwonende, is het vaak lastig om te beoordelen welke rechtspersoon van de groep rechtspersonen die samen een multinationale onderneming vormen, verantwoordelijk is voor een bepaalde milieu- of mensenrechtenschending. Dit kan tot een probleem leiden bij het uitbrengen van de dagvaarding, omdat deze precies dient te worden uitgebracht tegen de rechtsperso(o)n(en) die voor de mensenrechtenschending kunnen worden aangesproken. Daagt men de verkeerde(n) dan resulteert dit in een niet-ontvankelijkheid. Inzicht in de organisatorische en vennootschappelijke structuur van de multinational is derhalve noodzakelijk voor een juiste aansprakelijkheidsstelling.

Jaarrekeningen en Kamers van Koophandel kunnen tot op zekere hoogte inzicht verschaffen. Het jaarrekeningrecht uit boek 2 BW vereist bijvoorbeeld dat een Nederlandse vennootschap in haar jaarrekening vermeldt in welke (groeps)vennootschappen en deelnemingen zij een belang houdt.<sup>15</sup> Die informatie kan ook buitenlandse entiteiten betreffen. In dossiers bij een Nederlandse Kamer van Koophandel kan vaak informatie worden gevonden over wie aandeelhouder is in een Nederlandse vennootschap. Verder bevatten deze registers informatie ten aanzien van wie de directie voert, wie in de raad van commissarissen zitten, wie aandeelhouders zijn en waar

<sup>15</sup> Art 2:367 en 379 BW (grootte van het belang, naam en woonplaats van de entiteit waarin een belang wordt gehouden).

de vennootschap vestigingen heeft. De gebezigde termen van 'multinational' en 'groep' zijn overigens geen juridische termen; het gaat om een feitelijk criterium van organisatorische gebondenheid, namelijk het opereren in en optreden als economische eenheid. Binnen multinationals zijn er ook vaak veel contractuele samenwerkingsverbanden, zoals joint ventures. Precieze informatie daarover is lastig te vinden, omdat daarvoor minder transparantieverplichtingen gelden.

Wanneer een Nederlandse vennootschap de moedermaatschappij is van een multinational, zal zij een geconsolideerde jaarrekening moeten opstellen waarin inzicht wordt verleend in de financiële gegevens van het hoofd van de groep, de dochtermaatschappijen in de groep, andere groepsmaatschappijen, andere rechtspersonen waarover het groepshoofd de centrale leiding heeft en waarover het 'een overheersende zeggenschap kan uitoefenen'.<sup>16</sup> Daarnaast moeten de vennootschappen die deel uitmaken van de multinational ook nog zelf een jaarrekening of een vereenvoudigde versie daarvan opstellen. Dit hoeft echter weer niet indien de moedermaatschappij een zogenaamde '403-verklaring' (gebaseerd op art. 2:403 BW) voor een dochter- of groepsvennootschap heeft afgelegd. Dit houdt in dat eerstgenoemde zich openbaar hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de schulden van laatstgenoemde(n) voor zover deze schulden uit *rechtshandelingen* voortvloeien;<sup>17</sup> schulden ontstaan uit een schadeveroorzakende onrechtmatige daad vallen daar echter niet onder.

Voor groepsmaatschappijen en dochtermaatschappijen opgericht naar buitenlands recht zal moeten worden bestudeerd wat het relevante nationale recht voorschrijft ten aanzien van publicatie van informatie door die maatschappij. Via lokale kamers van koophandel kan tevens nadere informatie over die maatschappij worden gezocht.

Interessant is dat het Amerikaanse (federale) (effecten-)recht mogelijkheden lijkt te bieden om meer inzicht te verkrijgen in de organisatie en vennootschappelijke structuur van multinationals die aan een Amerikaanse beurs zijn genoteerd.<sup>18</sup> Deze wetgeving vergt dat dergelijke bedrijven een grote hoeveelheid van informatie publiekelijk toegankelijk maken. Deze plicht wordt gehandhaafd door de Amerikaanse Securities Exchange Commission (SEC). Wellicht dat de Nederlandse toezichthouders, zoals de AFM, een rol zou kunnen en moeten spelen ten aanzien van een vergelijkbare, mogelijk toekomstige Nederlandse regeling, als daarvoor de politieke wil zou bestaan.<sup>19</sup>

## 2.2 Aansprakelijkstelling

Nadat de eisers weten wie ze moeten dagvaarden, kan het proces verder met vragen naar de aansprakelijkheid, in het bijzonder de vraag of er een zorgplicht geschonden is, en naar het oorzakelijke verband.

16 Artikel 2:406 lid 1 BW. Zie voor de definitie van dochtermaatschappij, artikel 2:24a BW.

17 Artikel 2:403 sub c, f en g BW.

18 Zie voor transparantieverplichtingen bijvoorbeeld de nieuwe Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub.L. 111-203, H.R. 4173, ondertekend op 21 juli, 2010, en C. Taylor, 'New York Stock Exchange Listing Standards and Corporate Social Responsibility', *ECL* 2011, Vol. 8, issue 2-3, p. 109-112.

19 Zie voor effectenrecht en mensenrechten en de rol van de AFM daarbij: M.J.C. van der Heijden, *Transnational Corporations and Human Rights Liabilities: Linking Standards of International Public Law to Dutch Civil Litigation Procedures*, diss. Tilburg, Antwerp/Oxford: Intersentia 2011, hoofdstuk 7.

## 2.2.1 De zorgplicht

Een belangrijke vraag is op welke juridische grondslag een Nederlandse multinational civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor betrokkenheid bij mensenrechten- en milieuschendingen in gastlanden. Er zijn verschillende manieren waarop dit kan worden bewerkstelligd. De meest voor de hand liggende en meest gangbare in dit type juridische procedures, ook in het buitenland, is om de moedermaatschappij civielrechtelijk aansprakelijk te stellen voor schade ingevolge concernactiviteiten in het buitenland.<sup>20</sup> De moedermaatschappij wordt dan aansprakelijk gesteld voor haar eigen gedragingen, eventueel tezamen met haar buitenlandse dochtermaatschappijen uit het betreffende gastland die naast de moeder (hoofdelijk) aansprakelijk gesteld kunnen worden voor hun eigen schadeveroorzakend gedrag. Een dergelijke constructie ligt ook ten grondslag aan de in de inleiding besproken aansprakelijkheidszaken tegen Royal Dutch Shell en Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd.

De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor eigen gedragingen moet onderscheiden worden van het leerstuk van de (directe) doorbraak van aansprakelijkheid, waarbij moeder en dochter met elkaar vereenzelvigd worden en de moeder veroordeeld wordt tot voldoen van de schulden van de dochter.<sup>21</sup> Dit leerstuk, waarbij in feite voorbij gegaan wordt aan de vennootschapsrechtelijke beginselen van gescheiden rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid wordt maar zeer zelden door een Nederlandse rechter gehonoreerd.<sup>22</sup> Wanneer de moedermaatschappij rechtstreeks aansprakelijk gehouden wordt voor haar eigen onrechtmatige gedragingen (soms in de literatuur wat ongelukkig aangeduid als 'indirecte' doorbraak van aansprakelijkheid) blijven deze vennootschapsrechtelijke hoekstenen echter overeind, hetgeen deze laatste constructie een stuk kansrijker maakt en een vruchtbaar onderwerp voor verder onderzoek.<sup>23</sup>

Naar Nederlands recht zal de grondslag voor een dergelijke civielrechtelijke aansprakelijkheidsvordering tegen de moedermaatschappij doorgaans gevonden worden in de algemene onrechtmatige daadsbepaling van artikel 6:162 BW. Artikel 6:162 BW betreft een regel van schuldaansprakelijkheid, hetgeen wil zeggen dat een actor slechts aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door zijn eigen opzettelijke of nalatige gedrag; voorop staat dat het risico dat bepaalde activiteiten schadelijke gevolgen zouden kunnen hebben zowel kenbaar als vermijdbaar was voor de dader.<sup>24</sup> Aansprakelijkheid op grond van deze bepaling kan intreden wanneer er naast schuld (toerekenbaarheid) ook aan vier andere vereisten is voldaan: onrechtmatigheid,

20 Zie bijvoorbeeld ook: L. Enneking, 'Aansprakelijkheid via "foreign direct liability claims"', *NJB* 2010, p. 400-406; ICJ Report Corporate Complicity & Legal Accountability, Vol. 3, *Civil Remedies*, Genève: 2008; Castermans & Van der Weide 2009 (*supra* noot 14), p. 27-31.

21 Dat strikt genomen geen sprake is van 'doorbraak van aansprakelijkheid' indien de moederverenootschap wordt aangesproken op grond van art. 6:162 BW wordt ook opgemerkt in Asser-Maeijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 837.

22 Zie bijvoorbeeld HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698 (Rainbow), waarin de Hoge Raad aangeeft dat vereenzelving van rechtspersonen slechts bij hoge uitzondering op zijn plaats is (r.o. 5.3). Zie ook: Castermans & Van der Heide 2009 (*supra* noot 14), p. 27-28.

23 Zie ook L. Lennarts, 'Multinationals en asbestclaims: over forum non conveniens, zorgplichten, "double standards" en "soft law"', in: *LT - Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vito Timmerman*, Deventer: 2003, p. 177-190 en M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid*, Deventer: 1999, p. 173-243, waar Lennarts spreekt over de 'botte bijl' van de doorbraak van aansprakelijkheid (vereenzelving) versus het 'fileermes' van de onrechtmatige daad.

24 Zie C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Bju 2000, p. 250-275.

relativiteit, causaliteit en schade.<sup>25</sup> Uitgangspunt daarbij is dat het in beginsel aan de eiser in een aansprakelijkheidszaak is om de aanwezigheid van deze elementen te stellen en te bewijzen (zie verder onder 2.5).

Voor wat betreft de onrechtmatigheid geldt dat het bestaan en de omvang van mogelijk verantwoordelijkheden van een Nederlandse moedermaatschappij van een multinationalaal concern jegens mens en milieu in de gastlanden waar het concern opereert, slechts bij hoge uitzondering voortvloeien uit wettelijke (of direct werkende verdragsrechtelijke) bepalingen.<sup>26</sup> Dat betekent dat een aansprakelijkheidsvordering in dit kader tegen de betreffende moedermaatschappij doorgaans gebaseerd zal zijn op de beweerdelijke schending door de moeder van een zorgplicht jegens de slachtoffers in het gastland. De onrechtmatigheid is dan gelegen in het feit dat de moeder zich gedragen zou hebben in strijd met *'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'*. Deze beweerdelijke schending van een zorgplicht door de moedermaatschappij kan dan geconstrueerd worden als een actief handelen, zoals het ontwerpen of (door een buitenlandse dochteronderneming) laten uitvoeren van een productieproces waarvan de moeder weet of redelijkerwijs had moeten weten dat het tot schade voor derden zou leiden.<sup>27</sup> In veel gevallen echter zal de schending geconstrueerd worden als een nalaten, in het bijzonder een nalaten om voldoende toezicht te houden op en/of in te grijpen in de activiteiten van een lokale dochtermaatschappij waarvan het de moedermaatschappij bekend is, dan wel zou behoren te zijn, dat deze schade kunnen opleveren voor derden in het gastland.

Het in de inleiding genoemde Castermans-rapport maakt op een soortgelijke wijze een onderscheid tussen de eigen onrechtmatige daad van de moeder en falend toezicht.<sup>28</sup> Daarbij wordt de eigen onrechtmatige daad van de moedermaatschappij getoetst aan de criteria die in de Nederlandse rechtspraak zijn ontwikkeld betreffende de aansprakelijkheid van moedermaatschappijen ten opzicht van crediteuren van dochtermaatschappijen. Ook aansprakelijkheid voor falend toezicht wordt geïnterpreteerd in die zin. Dat er in het Castermans-rapport wordt aangeknoopt bij bestaande rechtspraak uit een geheel andere context dan ondernemingen en mensenrechtenschendingen, illustreert de heersende onduidelijkheid op het onderhavige gebied.<sup>29</sup> Ondanks de toename van civielrechtelijke aansprakelijkheidszaken in het buitenland in deze context, zijn er vooralsnog nauwelijks precedentscheppende rechterlijke uitspraken

25 Zie uitgebreid Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-IV\*.

26 Namelijk alleen indien aan de eisen van artikelen 93 en 94 Grondwet voldaan is en indien problemen betreffende het leerstuk van extraterritorialiteit geaddresserd kunnen worden. Zie over extraterritorialiteit in deze context Malcolm Langford, Martin Scheinin, Wouter Vandenhoele & Willem van Genugten (red.), *Global Justice, State Duties: The Extra-Territorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, UiO, Norwegian Centre on Human Rights, June 2010; L. Enneking, *Corporate social responsibility: tot aan de grens en niet verder?*, (LL.M scriptie Utrecht: Wetenschapswinkel Rechten 2007; W. van Genugten, M.-J. van der Heijden en N. Jägers, 'Protecting the Victims of Privatization of War' in: R. Letschert & J. van Dijk (red.), *The New Faces of Victimhood. Globalization Transnational Crimes and Victim Rights*, Studies in Global Justice, Vol. 8, Springer: 2011; *Commerce, Crime and Conflict: A Comparative Survey of Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law and Related Illicit Economic Activities*, FAFO landenrapporten: Netherlands, 2006 <<http://www.fafono.nl/liabilities/CCCSurveyNetherlands06Sep2006.pdf>>; M. Gondek, *The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (diss. Maastricht), Antwerpen-Oxford: Intersentia 2009.

27 Zie de Court of Appeal uitspraak in *Sithole et al v Thor Chemicals Holdings Ltd et al*, 28 September 2000, te achterhalen via: H. Ward, 'Corporate Accountability in search of a treaty?', Briefing Paper No. 4, The Royal Institute of International Affairs, mei 2002.

28 Castermans & Van der Heide 2009 (*supra* noot 14), p. 37.

29 Vergelijk ook C.C. van Dam, *Onderneming en mensenrechten*, Den Haag: Bju 2008, p. 57.



beschikbaar over de mate waarin en de omstandigheden waaronder voor moedermaatschappijen zorgplichten bestaan ten opzichte van derden in de gastlanden waarin hun concerns opereren.<sup>30</sup> De meeste van dit soort zaken worden namelijk geschikt voordat de rechter een inhoudelijk oordeel kan vellen.

Daarentegen kan er wel iets meer over falend toezicht worden gezegd, derhalve over de directe aansprakelijkheid van een moedermaatschappij. Ten eerste geldt dat de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW een open norm is die op veel verschillende manieren ingevuld kan worden. Bovendien is deze norm uit artikel 6:162 BW constant in beweging, omdat de maatschappelijke opvattingen en daarmee ook het aansprakelijkheidsrecht zelf, voortdurend evolueren; ondernemingspraktijken die vandaag nog als acceptabel gelden, kunnen morgen als onzorgvuldig worden bestempeld.<sup>31</sup> Het verdient overdenking of het noodzakelijk, wenselijk en juridisch haalbaar is om de norm voor dit soort gevallen een meer specifieke wettelijke verankering te geven, zoals regelmatig wordt voorgesteld door in het bijzonder NGO's die zich bezighouden met de problematiek rond milieu- en mensenrechtenschendingen door multinationale concerns.<sup>32</sup>

De noodzaak daartoe wordt allicht minder, als bedacht wordt dat het gebruikelijk is om bij het bepalen van de zorgplicht aansluiting te zoeken bij bestaande jurisprudentie en maatschappelijke normen en gebruiken. Dat kan ook in deze situatie. Voor wat betreft relevante jurisprudentie kan gedacht worden aan de gevallen van aansprakelijkheid van personenschade, die getoetst worden aan de zogenoemde Kelderluikfactoren uit het Kelderluikarrest.<sup>33</sup> Voor wat betreft de relevante maatschappelijke normen en gebruiken op het gebied van MVO, kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de internationale normen die voortvloeien uit Ruggie's raamwerk 'Protect, Respect and Remedy',<sup>34</sup> de Internationale Verklaring van de Rechten van de Mens, de in 2011 geüpdate OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen<sup>35</sup> en de VN Global Compact beginselen.<sup>36</sup> Voorts kan gewezen worden op internationaal geaccepteerde standaarden (bijvoorbeeld de ISO 26000 internationale richtlijn voor MVO<sup>37</sup>, de internationale standaarden voor het beheer van oliepijpleidingen<sup>38</sup> en de Voluntary Principles for Security and Human Rights).

30 Zie over dergelijke normeringen: T.E. Lambooy, 'Corporate due diligence as a tool to respect human rights', *NQHR* 3, 2010, p. 404-448, m.n. § 5 en 6.

31 Van Dam 2008 (*supra* noot 29), p. 57-58.

32 Zie bijvoorbeeld het Fair Law rapport van de European Coalition for Corporate Justice.

33 HR 5 november 1965, *NJ* 1996, 136 m.nt. GJS (Kelderluik).

34 Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, *Protect Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, A/HRC/8/5, 7 april 2008. Zie voor een overzicht van de thans geldende normen op dit gebied: T.E. Lambooy, 'Corporate due diligence as a tool to respect human rights', *NQHR* 3, 2010, § 5 en 6.

35 Zie de 'OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Recommendations for responsible business conduct in a global context', 25 mei 2011, <<http://www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf>>.

36 Zie 'The Ten Principles' die zijn opgesteld in het kader van de UN Global Compact, <<http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/index.html>>.

37 Zie 'ISO 26000:2010 Guidance on Corporate Responsibility', <[http://www.iso.org/iso/iso\\_catalogue/management\\_and\\_leadership\\_standards/social\\_responsibility/sr\\_iso26000\\_overview.htm](http://www.iso.org/iso/iso_catalogue/management_and_leadership_standards/social_responsibility/sr_iso26000_overview.htm)>.

38 Zie, voor een overzicht van bestaande internationale standaarden op dit gebied en een analyse van Shell's oliewinningspraktijken in Nigeria in het licht van deze standaarden, het in opdracht van Milieudefensie geschreven rapport 'Double Standards? International standards to prevent and control pipeline oil spills, compared with Shell practices in Nigeria', R. Steiner, 2008, <<http://milieudefensie.nl/publicaties/rapporten/double-standards-international-best-practice-standards-to-prevent-and-control-pipeline-oil-spills-compared-with-shell-practices-in-nigeria>>.

### 2.2.2 Risicoaansprakelijkheden

Naast de schuldaansprakelijkheid bestaan er ook specifieke, in de wet vastgelegde risicoaansprakelijkheden. Deze laatste maken dat een onderneming aansprakelijk gesteld kan worden voor schade ook als die niet het gevolg is van zijn eigen opzettelijke of nalatige gedragingen. Kenbaarheid en vermijdbaarheid van het risico op schade voor derden bij de onderneming dan niet vereist.<sup>39</sup> Zo zijn werkgevers onder omstandigheden aansprakelijk voor schade toegebracht aan derden door hun ondergeschikten.<sup>40</sup> Ook kunnen bezitters of bedrijfsmatig gebruikers van roerende zaken, zoals gevaarlijke stoffen, aansprakelijk worden gehouden voor de door die zaken veroorzaakte schade, terwijl producenten aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de in het verkeer gebrachte gebrekkige producten.<sup>41</sup> Vooral die laatste twee risicoaansprakelijkheden zullen slechts bij uitzondering en incidenteel van toepassing zijn als het gaat om aansprakelijkheid van Nederlandse moedermaatschappijen van multinationals voor mensenrechtenschendingen.

Er is wel gesuggereerd dat het wenselijk zou zijn om een nieuwe risicoaansprakelijkheid in te voeren op grond waarvan moedermaatschappijen aansprakelijk gesteld kunnen worden voor mensenrechtenschendingen door hun (buitenlandse) dochtermaatschappijen.<sup>42</sup> Dit zou een aanzienlijk uitbreiding van de bestaande risicoaansprakelijkheden zijn. Afgezien van de politieke haalbaarheid daarvan zou een dergelijke nieuwe risicoaansprakelijkheid juridisch een uitdaging zijn voor zowel de rechtspraktijk als de wetenschap.

### 2.2.3 Het causaliteitsvraagstuk

Aangezien de meeste zaken tegen multinationals wegens mensenrechtenschendingen nog niet aan een inhoudelijke behandeling zijn toegekomen, is ook nog niet nauwkeurig aan te geven hoe causaliteitsvragen en problemen beantwoord zullen worden. Het is echter zeer waarschijnlijk dat het vaststellen van het causale verband lastig zal zijn, omdat de causale keten vaak lang en complex is (was de schade in het gastland ook aangericht als de moeder wél toezicht had gehouden op haar dochter?). Wel zijn er parallellen te trekken met andere Nederlandse complexe zaken, zoals asbestzaken,<sup>43</sup> waarbij vaak meerdere mogelijke daders of veroorzakers aanwezig zijn of waar meerdere gebeurtenissen het schadelijke gevolg hebben (kunnen) doen laten intreden. Daarnaast zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de regels over causaliteit in de productaansprakelijkheidszaken (risicoaansprakelijkheid is bij de producent gelegd).<sup>44</sup>

39 Van Dam 2008 (*supra* noot 29), p. 287-294.

40 Artikel 6:169 en 6:170 BW. Vergelijk ook artikel 6:171 BW (aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten) en artikel 6:172 BW (aansprakelijkheid voor vertegenwoordigers).

41 Artikel 6:175 en 6:185 e.v. BW.

42 European Coalition for Corporate Justice's report: Filip Gregor & Hannah Ellis, *Fair Law: Legal Proposals to Improve Corporate Accountability for Environmental and Human Rights Abuses*, ECCJ.

43 HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 (Keramus/Nefalit).

44 Artikel 6:185. Wel zijn er disculpatiemogelijkheden voor de producent. Zie verder: C. van Dam, 'Dutch case law on the EU directive liability', in: Duncan Fairgrieve (red.), *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge University Press 2008, p. 12-137.

## 2.3 Juridische en economische realiteit inzake rechtspersoonlijkheid

Zoals eerder al kort besproken, bestaan multinationals uit vele entiteiten die zich samen echter – bijvoorbeeld onder eenzelfde merk – naar buiten toe als een eenheid presenteren. Het is dan ook niet verwonderlijk dat mensen die klachten hebben over de activiteiten van het bedrijf, niet alleen een lokale dochter maar ook de centrale leidinggevende moedermaatschappij willen aanspreken. Zoals ook in de Shell-zaak naar voren komt, heeft een moedermaatschappij de neiging voor wat betreft juridische verantwoordelijkheid naar de lokale dochtervennootschappen of joint ventures te verwijzen, terwijl een moedermaatschappij voor de financiële resultaten van diezelfde buitenlandse entiteiten wel verantwoordelijkheid neemt. De Nederlandse rechtspraak en wetgeving houden vooralsnog nog weinig rekening met de economische realiteit, zoals onder 2.1 al is geschetst. Ook in de Guiding Principles<sup>45</sup> van Ruggie, die wij eerder bespraken, wordt bezien op welke wijze dergelijke juridische aansprakelijkheidsgrenzen binnen multinationals kunnen worden doorbroken, zodat de (juiste) moedermaatschappij aansprakelijk kan worden gesteld. Dit idee stuit echter op allerlei (dogmatische) bezwaren. Het ondernemingsrecht in Nederland, en in veel andere landen, is immers thans zo vormgegeven (via aparte entiteiten die zelfstandig opereren, winst kunnen maken en failliet kunnen gaan) dat het nemen van enige risico's voor innovatieve ondernemingen wordt gestimuleerd.

Echter, in de Verenigde Staten heeft men wel de gedachte verdedigd dat waar deze beginselen van afzonderlijke en beperkte aansprakelijkheid van juridische entiteiten tot zeer onwenselijke resultaten leiden, er onbeperkte aansprakelijkheid zou moeten bestaan van een aandeelhouder jegens schuldeisers die een claim hebben op grond van onrechtmatige daad.<sup>46</sup> Ook in Nederland is over de idee gesproken om in de context van mensenrechten- en milieuschendingen een zogenaamde 'enterprise liability' toe te passen.<sup>47</sup> Die 'enterprise liability' zou dan gelden in geval van een schending die plaatsvindt (mede) door toedoen van een multinational of een groep. Criterium van 'groep' is dan of de economische realiteit laat zien dat het om één bedrijf gaat en dat de leiding daarvan de bevoegdheid heeft om instructies in de groep te verspreiden.

45 Report of the Special Representative of the Secretary-General on issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, A/HRC/17/31, 21 March 2011.

46 H. Hansmann & R. Kraakman, 'Toward unlimited shareholder liability for corporate torts', *Yale Law Review*, 1991, 100, 7; H. Hansmann & R. Kraakman, 'The Essential Role of Organizational Law', April 2000, NYU Law and Economics Working Paper No. 006-006; Ph.I. Blumberg, 'Accountability of Multinational Corporations – The barriers presented by concepts of the corporate juridical entity', 24 *Hastings International & Comparative Law Review* 2000-2001. M. Dearborn, 'Enterprise Liability: reviewing and revitalizing liability for corporate groups', *California Law Review* 2009, p. 195-261.

47 Zie de vraagpunten bij de NJV preadviezen over Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen: A.J.A.J. Eijsbouts, F.G.H. Kristen, J.M. Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, opgenomen in: *NJB* 2010, p. 1110; en zie het verslag van de beraadslaging over het vraagpunt m.b.t. enterprise liability in: *Handelingen NJV*, 140<sup>e</sup> jaargang, 2010-2, p. 34-45. Zie ook T.E. Lambooy, Conference Report, HiiL Law of the Future 2009 Conference, 'Globalisation, the Nation-State and Private Actors: Rethinking Public-Private Cooperation in Shaping Law and Governance' (Den Haag, 8 and 9 oktober 2009), p. 28-30.

## 2.4 Internationaal privaatrecht

In het voorgaande zijn de mogelijkheden en knelpunten van de toepassing van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht aangegeven. Het Nederlandse privaatrecht kan dus in beginsel een regulerend mechanisme zijn; multinationals kunnen via het civiele aansprakelijkheidsrecht aangepakt worden en milieu- en mensenrechtennormen kunnen door het privaatrecht afgedwongen worden. Maar daarbij wordt uitgegaan van het gegeven dat de rechter het Nederlandse recht als het toepasselijk recht toepast. Het is echter zeker niet vanzelfsprekend dat Nederlands recht van toepassing is, aangezien het gaat om internationale gevallen, grensoverschrijdende claims, schade die in het buitenland (gastland) is aangericht door activiteiten die grotendeels daar hebben plaatsgevonden. Daarom wordt in deze paragraaf een aantal vragen van internationaal privaatrecht behandeld; is de Nederlandse rechter bevoegd kennis te nemen van het geschil? Is het Nederlands recht van toepassing op het internationale geschil of kan het Nederlandse recht van toepassing zijn?

### 2.4.1 De bevoegdheid van de Nederlandse rechter

Wanneer een aansprakelijkheidsvordering die internationale elementen heeft, wordt aangebracht voor de Nederlandse civiele rechter, bepalen de in Nederland geldende regels van internationaal privaatrecht of de Nederlandse burgerlijke rechter bevoegd is om over de vordering te beslissen, alsmede op grond van welk recht de vordering beoordeeld zal worden. Deze bevoegdheid<sup>48</sup> wordt vooral beheerst door regelgeving van de EU. Als algemene regel kan gezegd worden dat op grond van de EEX-verordening de Nederlandse civiele rechter normaliter bevoegd zal zijn om kennis te nemen van aansprakelijkheidsvorderingen tegen moedermaatschappijen van multinationals, voor zover de gedaagde ondernemingen hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging in Nederland hebben.<sup>49</sup> Daarnaast zou de Nederlandse rechter ook bevoegd kunnen zijn indien een claim tegen een buitenlandse dochtermaatschappij voor de rechter gebracht wordt en de EEX-verordening niet van toepassing is. Immers het Nederlandse burgerlijke recht voorziet in enkele gevallen waarin de Nederlandse civiele rechter bevoegd is om zich uit te spreken over aansprakelijkheidsvorderingen tegen buitenlandse, in de zin van niet in de EU gelokaliseerde, ondernemingen. Het zal dan meestal gaan om vorderingen tegen de in gastlanden gelokaliseerde dochtermaatschappijen van de betrokken multinationals. Zo kan de Nederlandse civiele rechter kennisnemen van een vordering tegen de buitenlandse dochter van een multinational voor zover deze vordering een zodanige samenhang vertoont met een aansprakelijkheidsvordering tegen een in Nederland gevestigde onderneming binnen deze groep dat redenen van doelmatigheid en een goede procesorde een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen.

<sup>48</sup> Zie ook Castermans & Van der Heide 2009 (*supra* noot 14), p. 34-35.

<sup>49</sup> Artikel 2 jo. 60 EEX-verordening. Verordening (EG) Nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PbEG L12/1, (16 januari 2001). Zie ook: L.F.H. Enneking, 'Crossing the Atlantic? – The political and legal feasibility of European foreign direct liability cases', *The George Washington International Law Review*, 2009, p. 903-938; en Nicola M.C.P. Jägers & Marie-José van der Heijden, 'Corporate Human Rights Violations: The feasibility of civil recourse in the Netherlands', 33 *Brooklyn Journal of International Law* 2008, p. 833-870.

diging.<sup>50</sup> Verder kan de Nederlandse rechter zich buiten de EEX-verordening om bevoegd verklaren indien het schadebrengende feit zich in Nederland heeft voorgedaan of kan voordoen en waar het voeren van de procedure in het buitenland absoluut onmogelijk is of niet van de eiser gevegd kan worden, een *forum necessitatis*.<sup>51</sup> De vraag is of de huidige rechtsontwikkelingen deze vormen van het voeren van zaken in de toekomst nu juist de bevoegdheid van de civiele rechter zullen uitbreiden, of dat als reactie deze bevoegdheid nader omschreven en beperkt zal gaan worden; dit laatste om een overlaad aan zaken tegen te gaan.

#### 2.4.2 Nederlands recht als toepasselijk recht

Wanneer de Nederlandse rechter bevoegd is kennis te nemen van een aansprakelijkheidsvordering tegen de multinational bepalen de in Nederland geldende regels van internationaal privaatrecht op grond van welk recht de vordering beoordeeld moet worden. Ook deze vraag wordt sterk beheerst door EU-recht; voor zaken die gebaseerd worden op onrechtmatige daad is de Rome II verordening van toepassing.<sup>52</sup> Zoals ook vermeld in het Castermans-rapport is op grond daarvan in beginsel het recht van het land waar de schade is ingetreden van toepassing op dergelijke vorderingen, dus het recht van het gastland zal de aansprakelijkheidsvragen beheersen.

Een belangrijke uitzondering hierop is artikel 7 Rome II verordening, waar het gaat om de aansprakelijkheid van Nederlandse multinationals voor milieuschendingen in het buitenland. Op grond van deze bepaling komt de eisers een keuzerecht toe wanneer de schadeveroorzakende handeling in een ander land gesitueerd kan worden dan het land waarin de resulterende schade is opgetreden. Anders dan in het Castermansrapport gesteld wordt lijkt het ons zeker mogelijk dat deze bepaling een belangrijke rol gaat spelen bij grensoverschrijdende aansprakelijkheid voor milieuschendingen, aangezien deze kan leiden tot toepasselijkheid van Nederlands recht op de aansprakelijkheidsvordering.<sup>53</sup> Vervolgonderzoek naar de vraag of deze bepaling zou kunnen worden uitgebreid naar andere mensenrechtenschendingen lijkt interessant. Tot slot kunnen de correctiemechanismen waarin de verordening voorziet, aangewend worden om het buitenlandse recht buiten beschouwing te laten en het Nederlandse recht van toepassing te laten zijn. Zo kunnen de voorrangregels en de regels van openbare orde op die manier worden ingezet dat Nederlands recht van toepassing is indien het buitenlandse recht een dergelijke claim in

50 Aldus Artikel 7 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Het is op deze grondslag dat de rechtbank Den Haag in de in de inleiding genoemde zaak zich bevoegd heeft verklaard ten aanzien van de vorderingen tegen Shell's Nigeriaanse dochtermaatschappij.

51 Artikelen 6 sub e Rv, 8 lid 1 Rv, 9 sub a Rv en 9 sub b en c Rv. Zie ook het voorstel tot herziening van de EEX-verordening waarbij de civiele rechter van de EU-lidstaten kennis kunnen nemen van claims tegen buitenlandse, niet in de EU gelokaliseerde, gedaagden. Artikel 4 lid 2 nieuw voorstel herziening EEX: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), COM(2010) 748 final (14 december 2010).

52 Zie het Castermans & Van der Heide 2009 (*supra* noot 14), p. 36-41.

53 L.F.H. Enneking, 'The common denominator of the Trafigura case, foreign direct liability cases and the Rome II Regulation', *European Review of Private Law*, 2008, p. 283-312.

het geheel onmogelijk maakt of anderszins niet aan de fundamentele internationale standaarden voldoet waaraan Nederland gehouden is.<sup>54</sup>

## 2.5 Bewijsperikelen

Indien de Nederlandse rechter zich bevoegd verklaard heeft en het Nederlandse civiele recht op deze internationale geschillen tegen multinationals wordt toegepast, is het nog de vraag of de rechter tot aansprakelijkheid zal concluderen. Niet alleen het materiële aansprakelijkheidsrecht maar vooral ook het burgerlijk procesrecht, waarvan het bewijsrecht in deze paragraaf besproken zal worden, kan een obstakel vormen om tot een aansprakelijkheidsoordeel te komen ten aanzien van de rol van een moedermaatschappij.

Eén van de hoofdregels van het Nederlandse bewijsrecht (artikel 150 Rv) is dat degene die zich beroept op een rechtsgevolg (zoals een toerekenbare mensenrechtenschending door de moedermaatschappij binnen de multinational), ook de daarvoor benodigde feiten moet bewijzen: 'wie stelt, bewijst'. Indien de benodigde feiten niet bewezen zijn, dan ontstaat er een *non liquet* situatie en veronderstelt het recht dat de feiten en omstandigheden zich niet hebben voorgedaan.<sup>55</sup> Er bestaat echter een aantal uitzonderingen of nuanceringen op deze hoofdregel van 'stellen is bewijzen' die ook hier relevant kunnen zijn: de omkering van de bewijslast, het hanteren van de verzwaarde motiveringsplicht voor de gedaagde, of de vrije bewijswaardering door de rechter via feitelijke vermoedens.<sup>56</sup> Van deze uitzonderingen is de eerste de meest omstreden, maar ook uitzonderlijk.<sup>57</sup> Het tweede en derde alternatief worden algemeen als minder ingrijpend beschouwd en zouden wellicht ook in dit soort zaken aangewend kunnen worden door de rechter.

In tegenstelling tot het strafrecht kent het privaatrecht geen limitatieve opsomming van bewijsmiddelen, zodat het bewijs door alle mogelijke middelen geleverd kan worden. Zonder uitputtend te zijn, kunnen bijvoorbeeld genoemd worden: de exhibitieplicht (artikel 843a Rv),<sup>58</sup> het getuigenbewijs, waarbij partijengetuigenverklaringen slechts onvolledig bewijs kunnen leveren (aanvullend bewijs is dus nodig) en deskundigenberichten.<sup>59</sup> Vanuit het perspectief van de waarheidsvinding zouden beide partijen idealiter over dezelfde informatie moeten kunnen

54 V. Van den Eeckhout, *International environment pollution and some other PIL-issues of transnational corporate social responsibility*, 22 maart 2010, <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/1887/15189/9/Van+Den+Eeckhout++++MVO22maart.pdf>>; A.A.H. van Hoek, 'Transnational corporate social responsibility – Some issues with regard to the liability of European multinational corporations for labour law infringements in the countries of establishment of their suppliers', in: *Social responsibility in labour relations – European and comparative perspective*, Alphen a/d Rijn: 2008, p. 147-170; en L.F.H. Enneking, 'The common denominator of the Trafigura case, foreign direct liability cases and the Rome II Regulation', *European Review of Private Law* 2008, p. 283-312.

55 I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2001, p. 75 e.v.

56 Daarover o.a. Giesen 2001 (*supra* noot 55), p. 39 e.v. Zie ook W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004.

57 Zie bijv. HR 17 april 2009, *NJ* 2009, 196 (Verwijmeren/Anera beheer).

58 Recent daarover, met name over de aanstaande wetswijzigingen, J. Ekemans, 'Het wetsvoorstel over het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden', *Ars Aequi* 2011, p. 346 e.v., en J.R. Sijmonsma, *Het inzagerecht*, Deventer: Kluwer 2010; J. Ekemans, *De exhibitieplicht*, Deventer: Kluwer 2010.

59 Nader informatie is te vinden in de leerboeken burgerlijk procesrecht, zoals P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009 (17<sup>e</sup> druk).

beschikken (een invulling van de 'equality of arms' uit artikel 6 EVRM), maar dat is veelal niet het geval. De vraag is echter nog of het civiele recht de waarheidsvinding wel als uitgangspunt of doel heeft of moet hebben.<sup>60</sup>

## 2.6 Remedies en collectieve acties

Bij een vordering uit onrechtmatige daad kan naar Nederlands recht een schadevergoeding, een rechterlijk bevel gericht aan de Nederlandse vennootschap om iets te doen of juist te laten of een verklaring voor recht<sup>61</sup> gevraagd worden. Gelet op de hoofdvraag leent deze bijdrage zich niet voor een uitgebreide bespreking van deze remedies,<sup>62</sup> maar nader onderzoek naar dit soort remedies in de specifieke context van mensenrechtenschendingen zou zinvol zijn, zeker in het licht van de internationale aandacht die hiervoor bestaat.<sup>63</sup>

Eén remedie, namelijk die van de collectieve actie, wordt hier kort aangestipt ten behoeve van het overzicht. In de Shell zaak heeft een NGO zich het meer algemene belang van het milieu aangetrokken, maar NGO's kunnen ook de belangen van mensenrechtenslachtoffers behartigen. Een nog onbeantwoorde vraag is echter, of een Nederlandse NGO een zaak aanhangig kan maken voor de Nederlandse rechter indien een belang geschaad is dat volledig in het buitenland te lokaliseren is. Is dit een 'eigen belang' in de zin van de groepsactie uit artikel 3:305a BW? Daarnaast is het denkbaar dat meerdere benadeelden zelf een vuist willen maken en als collectiviteit samen een actie tegen een multinational instellen.

Aangezien het hier gaat om complexe zaken is een efficiënte en effectieve afdoening van het geschil voor alle partijen wenselijk. Het huidige Nederlandse recht is hiertoe echter onvoldoende uitgerust. Weliswaar kent het Nederlandse procesrecht de genoemde groepsactie uit artikel 3:305a BW maar daarbij kan geen schadevergoeding gevorderd worden. Naast de groepsactie kent Nederland ook de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM, artikel 7:907 e.v. BW) die een efficiënte en effectieve afdoening mogelijk maakt en ook voorziet in schadevergoeding. Het betreft echter een regeling die uitgaat van tussen partijen gesloten schikkingsovereenkomst, welke de partijen door het Hof van Amsterdam (als exclusief bevoegde rechter) algemeen verbindend kunnen laten verklaren. Hierdoor zijn de bestaande en toekomstige benadeelden die onder de in de schikkingsovereenkomst gedefinieerde groep van slachtoffers vallen, aan deze overeenkomst gehouden, tenzij ze bewust voor een 'opt out' kiezen.<sup>64</sup> Een nadeel van de wettelijke regeling is dat benadeelden afhankelijk zijn van de bereidheid van de

60. Zie R. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2011, die dit standpunt verdedigt.

61. Recent nog lijkt de Hoge Raad hier enige extra ruimte te hebben gecreëerd, zie HR 19 maart 2010, *NJ* 2010, 172 (Chip(s)hol/Staat).

62. Zie: M.-J. van der Heijden, 'Class actions/les actions collectives', in: J.J.M. van Erp & L.P.W. van Vliet (red.), *Netherlands Reports to the Eighteenth International Congress of Comparative Law* (Washington 2010), Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia 2010, p. 197-216.

63. In het kader van de derde pijler van het Ruggie Framework Project, Respect and Remedy wordt hier ook naar gevraagd.

64. Over die binding HR 28 januari 2011, *I JN* BO5822. Over de WCAM o.a. de themanummers van *AV&S* 2007, p. 207 e.v., en *NJB* 2007, p. 2595 e.v.

multinational om een schikkingsovereenkomst te sluiten; er bestaat geen juridisch pressiemiddel om de onderneming hiertoe te dwingen.

## 2.7 Kosten, duur en stress

Op grond van artikel 237 Rv zal de partij die in het ongelijk gesteld wordt, in beginsel in de kosten van de wederpartij worden veroordeeld, inclusief een deel van de kosten van rechtsbijstand van die wederpartij. Die kosten kunnen echter ook verdeeld worden over de procespartijen, in die zin dat ieder zijn eigen kosten draagt.<sup>65</sup> Als in de hier besproken zaken die compensatie standaard zou worden benut, voorkomt dit dat de multinational die erg dure advocaten inzet, de kosten daarvan deels op de mensenrechtenslachtoffers zal kunnen verhalen; een kostenpost die zij uiteraard niet kunnen dragen. Andere proceskosten zijn bijvoorbeeld de verplichte griffierechten en de kosten voor verplichte procesvertegenwoordiging aan de eigen zijde. Deze kosten werken als een zeef, maar betekenen ook dat de mogelijke behoefte bij slachtoffers 'to have their day in court', niet of onvoldoende kan worden vervuld.<sup>66</sup> De collectieve actie, besproken in de vorige paragraaf, kan deze drempel bij de toegang tot de rechter slechten.

Daarnaast roepen mensenrechtzaken vragen op als: is er voldoende sprake van specialisatie bij de Nederlandse advocatenkantoren en vooral ook de rechterlijke macht?<sup>67</sup> Is een verruiming van de rechtsbijstandregeling door middel van een schadefonds een optie? Een belangrijke ontwikkeling hierbij was de door de Tweede Kamer aangenomen motie<sup>68</sup> met betrekking tot het onderzoeken van de mogelijkheden voor een rechtsbijstandfonds, een fonds specifiek voor buitenlandse slachtoffers van maatschappelijk onverantwoord ondernemende Nederlandse multinationals. Zo'n fonds zou de toegang tot de Nederlandse rechter ten goede komen, maar roept ook de vraag op of dit een aanzuigende werking op het aantal (deels ongerechtvaardigde) claims zal hebben. Voor de regering woog dat laatste zwaar want het plan is recent afgeblazen.<sup>69</sup>

Gegeven de complexiteit van de claims waar wij hier over spreken, kan een juridische procedure daarover jarenlang duren; dat bewijzen ook de Shell-zaken die inmiddels al enkele jaren onderweg zijn en nog steeds niet voorbij de eerste procedurele hobbels zijn geraakt.<sup>70</sup> Die duur kan vervolgens weer (extra) stress en problemen ('secundaire victimisatie') bij de mensenrechtenslachtoffers veroorzaken.<sup>71</sup> De genoemde kosten, de duur van de procedures en de mogelijk bijkomende stress van deze rechtszaken kunnen onzes inziens deels worden weggenomen door het gebruik van collectieve acties zoals hiervoor beschreven. Echter, nader

65 Uitvoeriger hierover Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 125 e.v., en P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009 (17<sup>e</sup> druk), p. 211 e.v.

66 P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009 (17<sup>e</sup> druk), p. 47-48.

67 Zie recent Böcker e.a., *Specialisatie loont?*, Research Memoranda, nummer 1/2010, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2010, waarover I. Giesen & L.M. Coenraad, 'De toegankelijkheid van de rechtspleging', *NJB* 2011, p. 956.

68 Motie Voordewind c.s. d.d. 13 april 2010 (*Kamerstukken II* 2010/11, 26 485, nr. 91).

69 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 26 485, nr. 105, p. 4-5.

70 Zie nader over procederen tegen machtige ondernemingen (zoals de tabaksindustrie): I. Giesen, 'Sommige procespartijen zijn "more equal than others"', in: N. Doornbos (e.a.) (red.), *Rechtspraak van buiten*. Liber Amicorum Prof. dr. J.F. Bruinsma, Deventer: Kluwer 2010, p. 19-28.

71 Waar het gaat om 'reguliere' letselschadeslachtoffers speelt dit ook, zie W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims*, Den Haag: Bju 2004.



onderzoek blijft nodig met betrekking tot de meest effectieve remedie voor een internationale mensenrechtenzaak tegen een multinational.

### 3 Waar staan we nu en wat is nog nodig?

De in paragraaf 1 genoemde civiele aansprakelijkheidszaken tegen Shell, staan niet op zichzelf. Steeds vaker trachten slachtoffers van door multinationale concerns gepleegde mensenrechten- en milieuschendingen in gastlanden deze normschendingen aan de kaak te stellen voor rechters in de thuislanden van de betreffende multinationals. De juridische basis voor dit soort zaken wordt doorgaans gevonden in het civiele aansprakelijkheidsrecht, dat op die manier naast de meer traditionele compensatiefunctie een functie krijgt toebedeeld als handhavingsmechanisme van mensenrechten- en milieunormen in een grensoverschrijdende context. Deze ontwikkeling sluit goed aan bij de groeiende aandacht wereldwijd voor de maatschappelijke verantwoordelijkheden van internationaal opererende ondernemingen, in het bijzonder waar het aankomt op de impact van ondernemingsactiviteiten op de mensenrechten van werknemers, omwonenden en gemeenschappen in ontwikkelingslanden en 'emerging economies'.

In het licht van de beperkte beschikbaarheid van adequate juridische (en niet-juridische) alternatieven waar het aankomt op het adresseren en redresseren van extraterritoriale milieu- en mensenrechtenschendingen, groeit de druk in de Westerse thuislanden van multinationale concerns om buitenlandse slachtoffers van bedrijfsgerelateerde milieu- en mensenrechtenschendingen adequate toegang te verschaffen tot de burgerlijke rechter.

Deze bijdrage verkent de mogelijkheden die hiertoe op dit moment bestaan op basis van het in Nederland geldende materiële aansprakelijkheidsrecht, bezien in combinatie met het Nederlandse burgerlijk procesrecht en de Nederlandse procespraktijk. Daarnaast verschaft het inzicht in wat naar onze mening op dit moment de meest relevante juridische en praktische knelpunten zijn in deze context, alsook welke onderwerpen zich naar onze mening lenen voor verder onderzoek.

Wat duidelijk is geworden, is dat veel nog onduidelijk is omtrent de rol die het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht in de praktijk kan spelen als handhavingsmechanisme van bedrijfsgerelateerde schendingen van mensenrechten- en milieunormen in gastlanden. Het aantal uitspraken door thuislandrechters in civiele procedures tegen multinationals voor extraterritoriale milieu- en mensenrechtenschendingen is tot nog toe zeer beperkt gebleven, mede als gevolg van de vele buitengerechtelijke schikkingen die bereikt zijn. Dat betekent dat elke rechterlijke uitspraak in dit type zaken, zo ook de komende uitspraken door de Haagse civiele rechter in de genoemde Shell-zaken, in potentie belangrijke nieuwe inzichten kan verschaffen. En tegelijkertijd het recht de kans geeft zich verder te ontwikkelen op dit vlak. Voor wat betreft de verdere ontwikkeling van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht door middel van rechtspraak geldt dat deze alleen kan plaatsvinden als de Nederlandse rechter zich bevoegd verklaart om kennis te nemen van dit type grensoverschrijdende geschillen en wanneer Nederlands recht ook daadwerkelijk op de vordering van toepassing is. Naar onze mening zijn er daarbij een aantal deelaspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van multinationale bedrijven voor extraterritoriale mensenrechten- en milieuschendingen die in het bijzonder aandacht verdienen en verder onderzoek vergen.

Allereerst zal een slachtoffer van bedrijfsgerelateerde milieu- of mensenrechtenschendingen informatie moeten inwinnen over de concernverhoudingen binnen het betrokken multinationale concern om te kunnen bepalen wie hij kan aanspreken voor de door hem geleden schade. Zoals ook blijkt uit het bovenstaande zijn er tal van mogelijke informatiebronnen, maar blijft het verkrijgen van de voor de aansprakelijkheidsstelling noodzakelijke informatie problematisch. Het probleem van het vinden van de juiste gedaagde om aansprakelijk te houden is uiteindelijk een kwestie van gebrek aan transparantie. Het jaarrekeningenrecht kan die transparantie nog niet nu al in voldoende mate bewerkstelligen. Als Nederlandse ondernemingen ook aan een Amerikaanse effectenbeurs zoals de New York Stock Exchange genoteerd zijn, kan daar mogelijk additionele informatie verkregen worden over de organisatiestructuur van de multinational, welke niet direct via het Nederlandse recht verkregen kan worden. In hoeverre het haalbaar en/of wenselijk is dat er wettelijke maatregelen worden getroffen (gedacht kan worden bijvoorbeeld aan een rol voor Nederlandse (financiële) toezichthouders als de AFM) om meer transparantie te bewerkstelligen voor wat betreft enerzijds de impact van afzonderlijke Nederlandse multinationale concerns op mensenrechten en milieu in de gastlanden waarin zij opereren en anderzijds de concernstructuren van de betrokken multinationals, is een onderwerp voor nadere studie.

Een ander punt is in hoeverre de bestaande mogelijkheden om een Nederlandse multinational aansprakelijk te stellen voor extraterritoriale milieu- en mensenrechtenschendingen, afdoende zijn. Zoals beschreven zal een dergelijke aansprakelijkheidsvordering naar huidig Nederlands recht doorgaans ingekleed worden als een vordering tegen de Nederlandse moedermaatschappij van het betreffende multinationale concern voor eigen gedrag of nalaten dat (mede) geresulteerd heeft in de uit de schending van mensenrechten- en/of milieunormen voortvloeiende schade in het buitenland. Een dergelijke vordering kan gegrond worden op de algemene onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW en staat daarmee los van het meer ondernemingsrechtelijke leerstuk van de doorbraak van aansprakelijkheid, welke maar zeer zelden door een Nederlandse rechter wordt gehonoreerd en daarmee een veel minder vruchtbare weg is om te komen tot aansprakelijkheid van (de moedermaatschappij van) een multinationalaal concern.

De belangrijkste vraag die in deze context rijst, is op welke manier en door wie het bestaan en de omvang van de zorgplichten van moederbedrijven van Nederlandse multinationale concerns jegens mens en milieu in gastlanden in de toekomst verder moeten worden uitgewerkt.

Eén mogelijkheid is om de verdere rechtsontwikkeling op dit vlak geheel over te laten aan de Nederlandse burgerlijke rechter die zich, zoals ook staat te gebeuren in de Shell-zaken die nu aanhangig zijn voor de rechtbank in Den Haag, van zaak tot zaak kan uitspreken over het al of niet bestaan en de omvang van zorgplichten van de gedaagde moedermaatschappij jegens de eisers uit het gastland waar de activiteiten van de betreffende multinational beweerdelijk schade hebben aangericht.

Een andere aanpak is om de mogelijkheden om dit soort vorderingen in te stellen door wettelijk ingrijpen uit te breiden; gedacht kan worden aan een verdere (wettelijke) uitwerking van de zorgplichten van moederbedrijven van multinationale concerns jegens mens en milieu in de gastlanden waarin hun concerns opereren. Ook kan gedacht worden aan de introductie van een nieuwe vorm van risicoaansprakelijkheid in concernverband in het geval van bijvoorbeeld mensenrechtenschendingen door groepsmaatschappijen. In het verlengde hiervan ligt de gedachte dat beperkte aansprakelijkheid/gescheiden rechtspersoonlijkheid opgeheven moet worden in gevallen van (mensenrechtenschendingen resulterend in) letselschade aangericht door groepsmaat-

schappijen. Daarnaast kan worden gewezen op de mogelijkheid van 'enterprise liability' (zie ook § 2.3), waarbij voor wat betreft de aansprakelijkheid van het concern voorbijgegaan wordt aan haar juridische verscheidenheid en in plaats daarvan gekeken wordt naar haar economische eenheid. De haalbaarheid en wenselijkheid van deze verschillende mogelijkheden verdient onzes inziens nader onderzoek.

Zoals al vermeld, kan het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht alleen functioneren als handhavingsmechanisme van (internationale) milieu- en mensenrechtennormen voor zover de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft over en het Nederlandse recht van toepassing is op deze bijzondere internationale aansprakelijkheidszaken. Hoewel de huidige regeling van de EEX-Verordening voldoende mogelijkheden biedt om een civiele aansprakelijkheidsvordering tegen een moedermaatschappij van een multinational concern voor de Nederlandse rechter te brengen voor zover de moeder onder het Nederlandse recht geïncorporeerd is of indien deze, zoals Royal Dutch Shell, haar hoofdkantoor in Nederland heeft, wordt het bevoegdheidsregime van de EEX-Verordening momenteel herzien. De vraag rijst in hoeverre deze herziening consequenties zal hebben op de bevoegdheid van rechters in de EU-lidstaten om zich te buigen over dit type zaken.

Voor wat betreft het op dergelijke aansprakelijkheidszaken toepasselijke recht is artikel 7 van de Rome II-Verordening van belang waar het gaat om de aansprakelijkheid van Nederlandse multinationals voor milieuschendingen in het buitenland. Op grond van deze bepaling komt de eisers namelijk een keuzerecht toe wanneer het gaat om schadeveroorzakende handelingen in een ander land dan het land waar de schade is opgetreden; zij mogen dan kiezen tussen het recht van het land waar de handeling die geleid heeft tot de schade en het recht van het land waar de schade heeft plaatsgevonden als het toepasselijke recht. De achterliggende gedachte van deze bepaling, namelijk dat een dergelijk keuzerecht voor het slachtoffer bijdraagt aan een zo hoog mogelijk (milieu-)beschermingsniveau verdient ook aandacht met het oog op de mensenrechtencontext, waarvoor een dergelijke bepaling (nog) niet geldt. Daarnaast zijn de correctiemechanismen zoals de voorrangregels en de exceptie van de openbare orde belangrijk, want op basis daarvan kan Nederlands recht een rol spelen zelfs in zaken waarin het op de aansprakelijkheidsvordering toepasselijke recht dat van het gastland is. Deze mogelijkheden verdienen nader onderzoek, ook in het licht van de groeiende druk op de thuislanden van multinationale concerns om ervoor te zorgen dat 'hun' multinationals de mensenrechten van anderen respecteren zowel in binnen- als buitenland.

Voor wat betreft praktische en procedurele knelpunten vormt de bewijslast vaak een probleem, in het bijzonder in dit soort complexe, grensoverschrijdende procedures. Als gevolg van de hoofdregel van 'wie stelt, bewijst' in het burgerlijk procesrecht wordt een zware taak gelegd op de slachtoffers van schendingen van mensenrechten- en milieunormen die de betreffende normschendingen via een civiele aansprakelijkheidsprocedure aan de kaak willen stellen. Er zijn verschillende mogelijkheden om deze taak te verlichten, waaronder het invoeren van een wettelijke omkering van de bewijslast; of dit een haalbare en wenselijke ontwikkeling zou zijn, is een zaak voor verder onderzoek. Andere knelpunten zijn de kosten, duur en stress die gepaard gaan met dit type complexe civiele procedures, welke voor de slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen in gastlanden onoverkomelijke praktische obstakels kunnen vormen die hen ervan weerhouden de betreffende schendingen aan de kaak te stellen via civiele procedures. Deze meer praktische problemen roepen uiteraard ook tal van vragen op, zoals de vraag of de verruiming van de rechtsbijstandregeling, bijvoorbeeld door middel van een schadefonds, niet toch een goed idee zou kunnen zijn.

Collectieve acties bieden in dit kader belangrijke mogelijkheden. Zij bieden slachtoffers van extraterritoriale mensenrechten- en milieuschendingen door multinationale concerns de kans om gezamenlijk aansprakelijkheidsvorderingen in te stellen en zich daarbij te laten vertegenwoordigen door NGO's. Uitbreiding van de mogelijkheid tot collectieve actie en vergoeding van proceskosten zijn daarom belangrijke onderwerpen die nadere aandacht behoeven. Naast de al bestaande mogelijkheden van vormen van collectieve acties onder Nederlands recht zoals de groepsactie uit artikel 3:305a BW en de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade, zouden ook alternatieve juridische en niet-juridische vormen van geschilbeslechting in aanmerking genomen moeten worden.

Nader onderzoek naar deze onderwerpen zou de wetenschappelijke en praktische kennis op dit terrein voor NGO's, overheid en andere rechtsbeoefenaren naar een hoger plan tillen en daarmee een rechtvaardige afwikkeling van de soort zaken die in deze bijdrage centraal stonden via de burgerlijke rechter, al dan niet gesteund door speciale wetgeving, een stuk dichterbij brengen. Op deze manier kunnen de Nederlandse burgerlijke rechter en het (Nederlandse) aansprakelijkheidsrecht in de toekomst steeds meer een volwaardige rol gaan spelen bij het handhaven van extraterritoriale mensenrechten- en milieuschendingen, gepleegd door Nederlandse multinational concerns. Als zodanig kan het Nederlandse privaatrecht een bijdrage leveren aan het bevorderen van maatschappelijk verantwoord ondernemen over de grens.