University of Groningen

Moeders, let op uw dochters! Over multinationals en human rights due diligence

Lennarts, Loes

Published in:
Maandblad voor Ondernemingsrecht

DOI:
[10.5553/MvO/245231352021007506003](https://doi.org/10.5553/MvO/245231352021007506003)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2021

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Lennarts, L. (2021). Moeders, let op uw dochters! Over multinationals en human rights due diligence. *Maandblad voor Ondernemingsrecht*, 2021(5-6). <https://doi.org/10.5553/MvO/245231352021007506003>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Moeders, let op uw dochters! Over multinationals en human rights due diligence

Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132 (Oguru c.s./Shell Petroleum NV c.s. en Royal Dutch Shell Plc c.s.)

Prof. mr. M.L. Lennarts

Het gerechtshof Den Haag heeft recent in een spraakmakend arrest geoordeeld dat Royal Dutch Shell moet zorgen voor een adequaat lekdetectiesysteem op een pijpleiding die wordt geëxploiteerd door een Nigeriaanse (klein)dochtervennootschap. De auteur laat zien welke rol Engelse precedentes hebben gespeeld bij de beslissing van het hof en bespreekt de invloed die mandatory human rights due diligence kan hebben op dit type zaken.

1 Inleiding

Alweer achttien jaar geleden schreef ik een stuk met de titel ‘Multinationals en asbestclaims: over forum non conveniens, zorgplichten, “double standards” en “soft law”’.¹ De aanleiding was een schikking waarmee een einde kwam aan de procedure in de Engelse zaak Lubbe v Cape Plc. Het ging hier om een aansprakelijkheidsvordering van een aantal Zuid-Afrikaanse slachtoffers tegen de Engelse moedervernootschap Cape Plc van het Zuid-Afrikaanse Gencor Ltd, exploitant van asbestmijnen ter plaatse. Deze zaak boeide mij niet alleen vanwege de – schrijnende² – casus, maar ook omdat een dergelijke *foreign direct liability*-claim tal van interessante juridische vragen opwerpt.³ Dit zijn deels (voor)vragen van internationaal privaatrechtelijke aard, zoals de vraag welke rechter bevoegd is en naar welk recht deze de gegrondheid van de ingestelde vordering moet beoordelen. Pas nadat deze ipr-vragen zijn beantwoord, komt de rechter toe aan beantwoording van de materieelrechtelijke vraag of in het concrete geval kan worden geoordeeld dat de moedervernootschap aansprakelijk is voor schade die slachtoffers in een ander land hebben geleden ten gevolge van bedrijfsactiviteiten van een dochtervennootschap in een ander land. Voor ondernemingsjuristen is dit een interessante vraag omdat een hoeksteen van het vennootschapsrecht is dat (indirecte) aandeelhouders van vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid niet kunnen worden aangesproken voor schulden van die vennootschappen. Rechtstreekse ‘doorbraak van aansprakelijkheid’ (in het Engels: *veil piercing*) wordt in Nederland (en Engeland) slechts bij hoge uitzondering aangenomen. Dit laat echter onverlet dat slachtoffers een moedervernootschap kunnen verwijten dat deze zelf een zorgplicht jegens hen heeft geschonden en dat daarom op de moedervernootschap een eigen verplichting tot vergoeding van schade aan de slachtoffers rust. Dit was de grondslag van de vordering in de voornoemde procedure tegen Cape Plc: eisers voerden daarin aan dat Cape *negligent* jegens hen had gehandeld. Doordat de zaak is geschikt, is er geen oordeel van de Engelse rechter gekomen over de gegrondheid van deze vordering. Er zijn nadien nog enkele *negligence*-claims tegen Engelse moedervernootschappen ingesteld ter zake van

schadeveroorzakende bedrijfsactiviteiten van een dochtervennootschap in een ander land. Ik noem de meest recente: *Vedanta Resources Plc v Lungowe and others*,⁴ *Municipio de Mariana and others v BHP Group Plc and others*⁵ en *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another*.⁶ In de eerste zaak is een schikking getroffen nadat de Supreme Court heeft beslist dat de Engelse rechter bevoegd is, in de tweede zaak heeft de High Court zich onbevoegd verklaard, en de laatste zaak loopt nog, nadat de Supreme Court heeft beslist dat de Engelse rechter bevoegd is. In *Vedanta* en *Okpabi* zijn – in het kader van de beoordeling van de bevoegdheid van de Engelse rechter – belangrijke overwegingen gewijd aan de vraag wanneer een moedervernootschap een zorgplicht heeft jegens derden die schade ondervinden van de activiteiten van een buitenlandse dochter. Er is echter nog geen uitspraak van een Engelse rechter waarin aansprakelijkheid van de moedervernootschap voor schade veroorzaakt door activiteiten van een buitenlandse dochter is aangenomen.

In het hier te bespreken arrest van het gerechtshof Den Haag van 29 januari 2021⁷ in de zaak van twee Nigeriaanse boeren en Milieudefensie tegen Shell is wél – zij het slechts op één specifiek punt – aansprakelijkheid van de moedervernootschap aangenomen. Het arrest heeft daarom ook in het buitenland de aandacht getrokken.⁸ In het arrest is de aansprakelijkheid van de moedervernootschap beoordeeld naar Nigeriaans recht. Omdat het Nigeriaanse recht geen precedent kent voor *parent company liability* heeft het hof relevante Engelse *case law* toegepast.⁹ Bij de bespreking van het door het hof toegepaste Engelse recht zal ik niet alleen stilstaan bij de Engelse precedents waarnaar het Haagse hof in zijn arrest heeft verwezen (waaronder *Vedanta*). Ik zal ook ingaan op de nog geen twee weken na het hofarrest verschenen uitspraak van de Supreme Court in de reeds genoemde zaak *Okpabi*. Deze uitspraak heeft, net als de uitspraak in *Vedanta*, betrekking op de voorvraag of de Engelse rechter niet alleen bevoegd is ter zake van de vordering tegen de in Engeland gevestigde moedervernootschap, de zogenoemde *anchor defendant*, maar ook ter zake van de vordering tegen de Nigeriaanse dochter SPDC. Daarvoor is nodig dat deze ‘a necessary or proper party’ in de procedure tegen de moedervernootschap is en dat er in de procedure tegen de moedervernootschap ‘a real issue to be tried’ is.¹⁰ In het kader van die laatste vraag moet de Engelse rechter onderzoeken of de *negligence*-claim tegen de moedervernootschap op basis van de aangevoerde feiten een redelijke kans van slagen heeft. Daarbij dient de rechter zich te beperken tot een summiere beoordeling van hetgeen in de dagvaarding is aangevoerd. Bij de toepassing van deze toets in de jurisdictiefase van het geschil heeft de Supreme Court enige interessante overwegingen gewijd aan de omstandigheden waarin een *duty of care* van de holding van een multinational jegens slachtoffers in gastlanden zou kunnen worden aangenomen. Deze zal ik in paragraaf 4 bespreken, na een beschrijving van de aanloop naar het Nederlandse hofarrest van 29 januari 2021 (par. 2) en de bespreking van dat arrest (par. 3). In paragraaf 5 verklaar ik de verschillende wijzen waarop de rechtbank Den Haag en het hof Den Haag de aansprakelijkheid van de Shell-moedervernootschappen hebben beoordeeld. Ik sluit af met een beknopt overzicht van recente ontwikkelingen in de wet- en regelgeving op het gebied van *human rights due diligence* (HRDD) en de gevolgen die deze ontwikkelingen kunnen hebben voor *foreign direct liability*-claims tegen in Nederland gevestigde holdingvennootschappen van multinationals (par. 6).

2 De aanloop naar het eindarrest van het gerechtshof Den Haag in *Oguru c.s./Shell*

De procedure van *Oguru c.s./Shell* heeft een lange geschiedenis. Zij maakt deel uit van een cluster procedures aangespannen tegen Shell door Milieudefensie en Nigeriaanse slachtoffers van olielekages, die zich zo’n vijftien jaar geleden hebben voorgedaan.¹¹ De

claims zijn ingesteld tegen de huidige topholding van het Shell-concern, Royal Dutch Shell Plc (hierna: RDS), de voormalige topholdingvennootschappen, Shell Petroleum NV (hierna: Shell NV) en Shell Transport and Trading Company Ltd (hierna: Shell T&T), en de Nigeriaanse (klein)dochtervennootschap Shell Petroleum Development Company Nigeria Ltd (hierna: SPDC).¹² De onderhavige procedure betreft een lekkage in een pijpleiding bij het Nigeriaanse dorp Oruma in 2005. Hierna zal ik de bewuste pijpleiding aanduiden als de Oruma-pijpleiding.¹³ De twee andere procedures, die hier buiten beschouwing blijven, hebben betrekking op lekkages bij de dorpen Goi (in 2004) en Ikot Ada Udo (in 2007).

Fidelis Ayoro Oguru en Alali Efanga (inmiddels overleden, de procedure wordt voortgezet door zijn erven) zijn twee Nigeriaanse boeren, die visvijvers en landbouwgronden exploiteren bij Oruma, in de Nigeriaanse deelstaat Bayelsa State. Zij stellen dat een olielekkage uit een gat in de Oruma-pijpleiding milieuschade aan hun visvijvers en landbouwgronden heeft toegebracht. Zij vorderen – kort gezegd – dat Shell aansprakelijk wordt gehouden voor de (gevolg)schade en wordt geboden om de bodem- en watervervuiling ongedaan te maken en voorzieningen te treffen ter voorkoming van verdere lekkages en milieuschades. Alle vorderingen zijn mede ingesteld door Milieudefensie, die haar procesbevoegdheid ontleent aan artikel 3:305a BW.¹⁴ De rechtbank Den Haag heeft in haar vonnis van 30 januari 2013 geoordeeld dat dit artikel regels van Nederlands procesrecht bevat. Deze regels zijn daarom van toepassing als onderdeel van de *lex fori*, ook al worden de vorderingen zelf beheerst door Nigeriaans recht.¹⁵

De rechtbank heeft alle vorderingen van Oguru c.s. ter zake van de lekkage van de Oruma-pijpleiding afgewezen.¹⁶ Hiertoe heeft de rechtbank onder meer overwogen dat Oguru c.s. het verweer van Shell, dat de lekkage door sabotage is veroorzaakt, onvoldoende gemotiveerd hebben weersproken, dat SPDC op 29 juni en 7 juli 2005 de lekkage in feite zo snel mogelijk heeft gestopt en verholpen, zodat niet kan worden gezegd dat haar reactie niet adequaat is geweest, en dat niet is komen vast te staan dat onvoldoende is gesaneerd.¹⁷ Tegen dit vonnis hebben Oguru c.s. beroep ingesteld.

In hoger beroep stond niet meer ter discussie dat de vorderingen van Oguru c.s./Shell worden beheerst door Nigeriaans recht.¹⁸ Onderwerp van debat in appel was nog wel de bevoegdheid van de Nederlandse rechter. Hierop is beslist in de eerste fase van het hoger beroep, uitmondend in een tussenarrest van 18 december 2015.¹⁹ Het ging daarin niet om de vraag of er wel een grondslag was voor bevoegdheid van de Nederlandse rechter ten aanzien van de vorderingen tegen RDS. De Engelse vennootschap RDS heeft immers haar hoofdkantoor te Den Haag, zodat de Nederlandse rechter ex artikel 2 jo. artikel 60 Brussel I-Verordening²⁰ bevoegd is om kennis te nemen van de tegen RDS ingestelde vorderingen. Het debat in de eerste fase van het appel heeft met name betrekking op de bevoegdheid ter zake van de vorderingen tegen de Nigeriaanse vennootschap SPDC. Deze heeft de rechtbank gebaseerd op artikel 7 lid 1 Rv (connexiteit van vorderingen), waarbij de vordering tegen RDS (en haar voorganger Shell Petroleum NV) dient als zogenoemde ankervordering. SPDC heeft in appel betwist dat tussen de vordering tegen haar en de vordering tegen RDS ‘een zodanige samenhang bestaat, dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen’. Dit verweer heeft het hof verworpen, evenals het verweer dat Milieudefensie c.s. misbruik van procesrecht zouden maken, omdat de vorderingen tegen RDS evident kansloos zijn en om die reden niet kunnen dienen als basis voor bevoegdheid als voorzien in artikel 7 lid 1 Rv.²¹ Het hof verwierp ook het verweer dat de vorderingen tegen RDS en SPDC verschillende rechtsgrondslagen hebben, terwijl voor SPDC niet voorzienbaar was dat zij in Nederland zou worden opgeroepen.²² Ik ga niet nader in op de verwerping van deze verweren.²³ Ik sluit deze

paragraaf af met de signalering dat in deze Nederlandse *foreign direct liability*-claim, net als in de hiervoor genoemde Engelse procedures, al bij de beantwoording van de jurisdictievraag ten aanzien van de buiten de EU gevestigde dochter een summier toets plaatsvindt van de haalbaarheid van de ankervordering tegen de moeder. De toets van de Nederlandse rechter lijkt minder om het lijf te hebben dan de toets die de Engelse rechter aanlegt. Het hof heeft namelijk slechts onderzocht of de vordering tegen RDS ‘evident kansloos’ is, en geoordeeld dat dit niet zo is, ‘nu op voorhand niet valt uit te sluiten dat op een moedervervennootschap *onder omstandigheden* [curs. ML] aansprakelijkheid kan rusten voor schade als gevolg van een doen of (na)laten van een (klein)dochtervennootschap’.²⁴ De vraag of dergelijke omstandigheden zich in casu voordoen:

‘(...) is nu juist voorwerp van debat in de volgende fase van het hoger beroep (hierna: fase 2), terwijl niet nu al vast staat dat SPDC het gelijk aan haar zijde heeft en, als voorbeeld, RDS naar Nigeriaans recht ook dan vrij is van aansprakelijkheden indien, zoals Milieudefensie c.s. primair stelt, de lekkage en de daardoor ontstane schade het voorzienbare gevolg waren van een ook bij de moedervervennootschap reeds lang bekend onderhouds-/corrosieprobleem, dat te wijten was aan een systematisch falen van SPDC, waar de moedervervennootschap van afwist, doch niets aan deed, hoewel zij daar op grond van kennis, mogelijkheden en middelen zeer wel toe in staat was. Gezien de voorzienbaar ernstige gevolgen van olielekages voor onder meer het milieu ter plaatse van een potentiële lekkagebron valt niet op voorhand uit te sluiten dat van de moedervervennootschap in een dergelijk geval verwacht mag worden dat zij zich de belangen bij het voorkomen van lekages aantrekt (dat er met andere woorden een duty of care bestaat volgens de criteria uit de uitspraak *Caparo v Dickman* [1990] UKHL 2, [1990] 1 All ER 56), eens temeer indien zij een speerpunt heeft gemaakt van het voorkomen van milieuschade door activiteiten van de concernvennootschappen en tot op zekere hoogte actieve bemoeienis heeft met en sturing geeft aan de bedrijfsvoering van die vennootschappen, waarmee overigens niet gezegd wil zijn dat zonder die aandacht en bemoeienis een schending van de zorgplicht ondenkbaar is en een verwijtbaar negeren van bedoelde belangen nimmer tot aansprakelijkheid kan leiden.’²⁵

Met dit ‘voorbeeld’ geeft het hof al iets prijs van de route die in het eindarrest wordt gevolgd naar een zorgplicht voor RDS.

3 Het arrest van het gerechtshof Den Haag van 29 januari 2021

3.1 Inleiding

Ondanks het feit dat de bevoegdheidsvraag al in een tussenarrest is beslist en het toepasselijke recht vaststaat, is het eindarrest van het hof vrij omvangrijk.²⁶ Dit komt niet alleen doordat in hoger beroep wederom een uitgebreid debat over de feiten is gevoerd, op basis van een groot aantal stukken (waar een in 2018 door het hof gelast deskundigenbericht bij is gekomen). Aan de omvang van het arrest draagt ook bij dat het gaat om een complex van vorderingen, die niet alleen strekken tot vaststelling van de aansprakelijkheid van Shell voor de directe gevolgen van de lekkage van de Oruma-pijpleiding in 2005, maar ook betrekking hebben op het beperken van de schadelijke gevolgen van eventuele toekomstige lekages. Bovendien is aan de vorderingen niet alleen onrechtmatig handelen ten grondslag gelegd: eisers hebben zich separaat beroepen op inbreuk door Shell op het recht op een schoon leefmilieu en aantasting van de lichamelijke integriteit van Oguru en Efanga, doordat zij in een vervuilde leefomgeving hebben moeten leven. Hieraan wijdt het hof enkele overwegingen, die ik niet zal

bespreken.²⁷ Het hof knipt voor de overzichtelijkheid de vorderingen op in drie delen: vorderingen ter zake van (1) het ontstaan van de lekkage, (2) de reactie daarop en (3) de sanering van de veroorzaakte vervuiling. Ik laat de saneringsvordering in deze bespreking buiten beschouwing. Wat het arrest ten slotte complex maakt, is dat voor de aansprakelijkheid van SPDC als exploitant van de Oruma-pijpleiding en vergunninghouder bijzondere wettelijke aansprakelijkheidsregels gelden, die niet van toepassing zijn ten aanzien van de huidige en voormalige ultieme holdingvennootschappen van het Shell-concern. Hun aansprakelijkheid wordt beheerst door regels van *common law*, ongeschreven recht.

3.2 De beoordeling van de aansprakelijkheid van SPDC en de toenmalige moedervernootschappen Shell NV en Shell T&T voor het ontstaan van de lekkage

SPDC geldt – als exploitant van de Oruma-pijpleiding – wat die leiding betreft als vergunninghouder in de zin van de Nigeriaanse Oil Pipelines Act 1956 (hierna: OPA). Op grond van deze wet rust op SPDC onder meer de wettelijke plicht om de door haar geëxploiteerde pijpleidingen te beschermen, onderhouden en te repareren en bij nalaten daarvan de schade te vergoeden (*statutory negligence*). Bovendien rust op haar een risicoaansprakelijkheid voor schade als gevolg van lekkage aan een door haar gebruikte pijpleiding (*statutory strict liability*). SPDC kan zich van haar aansprakelijkheid bevrijden door aan te voeren dat de schade het gevolg is van eigen handelen van de benadeelde of van een kwaadwillige daad van een derde, zoals sabotage. Als vergunninghouder draagt SPDC ter zake van deze bevrijdende omstandigheden de bewijslast. In eerste aanleg heeft de rechtbank geoordeeld dat SPDC in dit bewijs is geslaagd. Het oordeel van het hof valt anders uit. Het hof oordeelt dat de bewijsdrempel moet worden bepaald aan de hand van het toepasselijke materiële Nigeriaanse recht, nu het hier gaat om een specifieke bewijsdrempel voor het geval dat sabotage bewezen moet worden. Zo'n specifieke regel is volgens het hof te rekenen tot het materiële bewijsrecht (en valt daarmee niet – zoals was aangevoerd door Shell – onder de *lex fori* (Nederlands recht), maar onder de *lex causae* (Nigeriaans recht)). Onderzoek van het toepasselijke Nigeriaanse recht op dit punt brengt het hof tot het oordeel dat sabotage *beyond a reasonable doubt* moet komen vast te staan. Het hof komt op basis van het deskundigenbericht waartoe het in 2018 had gelast tot de conclusie dat:

'op basis van de beschikbare indirecte informatie sabotage weliswaar als de meest waarschijnlijke hypothese voor het ontstaan van de lekkage heeft te gelden, maar dat bij het ontbreken van directe informatie niet buiten redelijke twijfel is komen vast te staan dat sabotage ook inderdaad de oorzaak van de lekkage is'.²⁸

Dit leidt tot toewijzing van de verklaring voor recht dat SPDC jegens Oguru, Efanga en Milieudefensie (als belangenbehartiger van de overige bewoners) risicoaansprakelijk is uit hoofde van het ontstaan van de lekkage (en tot verwijzing naar de schadestaatprocedure).

Het hof wijst de aansprakelijkheid van de toenmalige moedervernootschappen Shell NV en Shell T&T voor het ontstaan van de schade af. Nu de aansprakelijkheid van SPDC berust op risicoaansprakelijkheid, is niet komen vast te staan dat de lekkage een gevolg is van *negligence* of onredelijk handelen van SPDC. Dit laatste is volgens het hof – wellicht behoudens bijzondere omstandigheden waarvan hier niet is gebleken – een voorwaarde om een *duty of care* van de moedervernootschappen te kunnen aannemen.²⁹ Stelplicht en bewijslast van *negligent*/onredelijk handelen van SPDC rusten op eisers. Die hebben geen bewijs daarvan geleverd, nu is komen vast te staan dat niet gebrekkig onderhoud, maar sabotage de meest waarschijnlijke hypothese voor het ontstaan van de lekkage is.

3.3 De beoordeling van de aansprakelijkheid van SPDC uit hoofde van de reactie op de lekkage

Oguru c.s. hebben aan hun vorderingen tevens ten grondslag gelegd dat SPDC en de moedervernootschappen niet adequaat op de lekkage van de Oruma-pijpleiding hebben gereageerd. Omdat de wettelijke risicoaansprakelijkheid van de OPA niet geldt voor de reactie van een vergunninghouder op een lekkage heeft het hof zowel de aansprakelijkheid van SPDC als die van de moedervernootschappen beoordeeld vanuit het gezichtspunt van de *common law tort of negligence*.

SPDC heeft als verweer gevoerd dat zij bepaalde schadebeperkende maatregelen niet heeft kunnen nemen omdat haar de toegang tot de plaats van de lekkage werd ontzegd. Dit verweer baat haar niet. Juist vanwege het probleem van de toegangsweigering – en het veelvuldig optreden van lekkages in leidingen van SPDC – rustte op SPDC een *duty of care* om de Oruma-pijpleiding uit te rusten met een zogenoemd lekdetectiesysteem (hierna: LDS). Uit richtlijnen van de American Petroleum Institute uit 2001 en Shells eigen Design and Engineering Practices (hierna: DEP's) uit 2002 blijkt dat een dergelijk systeem, dat de operator in staat stelt snel een lekkage te signaleren en te verhelpen, al ruimschoots voor de lekkage van 2005 beschikbaar was. Volgens het hof is voldaan aan de uit het *common law*-precedent *Caparo v Dickman*³⁰ voortvloeiende drie voorwaarden voor het kunnen aannemen van een *duty of care* (de Caparo-test). Ten eerste was de schade bij het achterwege laten van installatie van een LDS voorzienbaar. Ten tweede is sprake van *proximity*, nu Oguru, Efanga en de omwonenden voor wie Milieudefensie optreedt, in de nabijheid van de pijpleiding van SPDC woonden en werkten. Ten derde is het volgens het hof, gelet op de omstandigheden van het geval, *fair, just and reasonable* om van SPDC te vergen dat zij vóór de 2005-lekkage had gezorgd voor installatie van een LDS op de Oruma-pijpleiding. Nu zij dit heeft nagelaten, is zij aansprakelijk voor de dientengevolge veroorzaakte schade. De vaststelling van de omvang daarvan zal in de schadestaatprocedure aan de orde komen. Daarin kan eventueel ook aan de orde komen in hoeverre eisers vanwege de toegangsweigering eigen schuld hebben aan de schade. Het hof wijst bovendien het gevorderde gebod tot installatie van een LDS op de Oruma-pijpleiding toe. Dit is volgens het hof nodig 'om de bestaande en zelfs nog nijpender geworden onrechtmatige toestand te beëindigen en te bewerkstelligen dat *justice can be adequately done*'. SPDC krijgt een jaar de tijd om het LDS te installeren.

3.4 De beoordeling van de aansprakelijkheid van de Shell-moedervernootschappen uit hoofde van de reactie op de lekkage

De voor ondernemingsjuristen interessantste onderdelen van het arrest zijn r.o. 3.26-3.33, waarin enkele algemene overwegingen worden gewijd aan aansprakelijkheid van een moedervernootschap naar Nigeriaans recht, en paragraaf 7, waarin het hof de vorderingen tegen de Shell-moedervernootschappen uit hoofde van de reactie op de lekkage bespreekt.

In r.o. 3.27 constateert het hof dat bij ontbreken van Nigeriaanse precedents te rade moet worden gegaan bij relevante Engelse uitspraken op het gebied van *parental liability*. Vervolgens destilleert het hof uit de meest gezaghebbende van die uitspraken, *Vedanta v Lungowe*,³¹ de rechtsregel die in casu moet worden toegepast. Volgens het hof komt deze Vedanta-regel erop neer dat naar de gewone maatstaven van de Caparo-test (*foreseeability*, *proximity* en *reasonableness*) moet worden beoordeeld of op een moeder een *duty of care* rust tegenover derden die in relatie staan tot haar dochter, dat een nadere indeling in *Fallgruppen* hierbij niet is geïndiceerd, en dat bemoeienis met de dochter een basisvoorwaarde is. Uit een ander precedent, *Chandler v Cape*,³² leidt het hof

de extra voorwaarde af dat de moeder wist of moest weten van de onveiligheid van het door de dochter gehanteerde systeem. Deze wetenschapseis moet volgens het hof worden geacht onderdeel te vormen van de Vedanta-regel. Het hof formuleert de gevonden Vedanta-regel als volgt:

‘als de moeder weet of behoort te weten dat haar dochter onrechtmatig schade aan derden toebrengt op een gebied waarop de moeder zich met de dochter bemoeit, dan rust als uitgangspunt op de moeder jegens die derden een *duty of care* om in te grijpen’.

Aan het begin van paragraaf 7 overweegt het hof dat, gelet op het belang van de olieproductie in Nigeria voor Shell, het feit dat SPDC verantwoordelijk is voor 33% van de totale hoeveelheid door het Shell-concern geëkte olie en dat de situatie in Nigeria nog steeds zorgelijk is, ‘genoegzaam kan worden aangenomen dat de Shell-top zich – direct of indirect – tamelijk intensief heeft bemoeid en zich nog steeds bemoeit met SPDC’.³³ Het hof roept in herinnering dat uit Vedanta volgt dat het er niet zozeer om gaat of de moeder zich in het algemeen met de dochter bemoeit, maar dat het erop aankomt of de bemoeienis zich uitstrekt tot de handelingen van de dochter waarop de gestelde aansprakelijkheid van de moeder berust: in casu het nalaten van SPDC om een LDS te installeren (de eis van specifieke bemoeienis). Nodig is verder op grond van Vedanta dat de moeder van dat nalaten van de dochter op de hoogte is of behoort te zijn (de wetenschapseis). Ten aanzien van de (op vergoeding van schade door onrechtmatig handelen tot 9 juli 2005 gerichte) vorderingen tegen ex-moedervennootschappen Shell NV en Shell T&T oordeelt het hof dat niet is komen vast te staan dat zij voor 9 juli 2005 wisten of behoorden te weten dat de Oruma-pijpleiding niet was voorzien van een LDS.

Anders oordeelt het hof ten aanzien van RDS, in het kader van het gevorderde gebod om te zorgen dat aan alle voorwaarden is voldaan voor een tijdige en adequate reactie ingeval zich opnieuw een olie lekkage nabij Oruma voordoet. Ten aanzien van RDS staat namelijk vast dat zij al geruime tijd weet, althans behoort te weten, dat SPDC op de Oruma-pijpleiding geen adequaat LDS heeft aangebracht. Na die vaststelling gaat het hof over tot de beoordeling van het element ‘specifieke bemoeienis’. In het kader daarvan onderzoekt het hof eerst de structuur van de Shell-groep en de aansturing binnen die groep. Het hof wijst op de opdeling van de Shell-groep in vier *businesses*, waaronder Exploration and Production (E&P), waarvan SPDC deel uitmaakt. Deze *businesses* worden aangestuurd door groepsdirecteuren, die ook lid zijn van het op groepsniveau functionerende Executive Committee (ExCo). Verder overweegt het hof dat de top van de groep beleid vaststelt op gebieden die voor de groep als geheel van belang zijn, waaronder Health, Safety, Security & Environment (HSSE). Dit beleid is uitgewerkt in *standards* en *manuals* (zoals de reeds genoemde DEP’s). Op de naleving van het groepsbeleid vindt door RDS controle plaats door middel van audits. De *standards* en *manuals*, die worden opgesteld en uitgevaardigd door speciaal daarvoor opgerichte servicemaatschappijen, laten een zekere vrije, ongeregelde ruimte, waartoe de bemoeienis van RDS zich niet uitstrekt. In ieder geval onbelangrijke kwesties vallen onder die ongeregelde ruimte. Vervolgens komt het hof toe aan de beantwoording van de vraag of de bemoeienis van RDS zich uitstrekt tot het al dan niet toepassen van een LDS op de Oruma-pijpleiding. Oguru c.s. hebben zich ter onderbouwing van hun stelling dat LDS’s voorwerp zijn van centrale bemoeienis beroepen op Shells interne richtlijn DEP 31.40.60 (die een aanbeveling bevat om een LDS toe te passen), het bonusbeleid van RDS (waarin het aantal en volume van de *operational spills* medebepalend zijn voor de hoogte van de bonus) en een getuigenverklaring. Volgens het hof is DEP 31.40.60 ‘aan te merken als een uiting van de bemoeienis van alle Shell-moeders met het LDS-vraagstuk, in het bijzonder in Nigeria’. Met betrekking tot het bonusbeleid overweegt het hof ‘dat dit er sinds 2010

toe leidt dat de leden van het ExCo van RDS zich niet op terughoudende wijze zullen zijn gaan bemoeien met de wijze waarop SPDC omgaat met de LDS-kwestie'. Het hof komt tot deze overweging nadat het eerst nogmaals heeft overwogen dat SPDC verantwoordelijk is voor een zeer groot deel van de in totaal door de Shell-groep geëkte olie, in de periode 2002-2007 maar liefst voor 33%. De ingebrachte schriftelijke verklaring van een getuige die tussen 2006 en 2012 werkzaam was voor SPDC, houdt onder meer in dat bij SPDC herhaaldelijk is gesproken over voorstellen tot invoering van maatregelen, waaronder LDS's, dat weinig met de voorstellen is gedaan, en dat invoering van LDS's zou leiden tot aanzienlijke uitgaven die zouden moeten worden goedgekeurd door een lid van het ExCo. Het hof kwalificeert deze onderdelen van de verklaring als geloofwaardig en daarmee als bewijs voor de stelling van eisers dat LDS's voorwerp zijn van centrale bemoeienis. De slotsom is dat RDS zich in ieder geval vanaf 2010 concreet (en tamelijk intensief) is gaan bemoeien met de vraag of de pijpleidingen in Nigeria, waaronder de Oruma-pijpleiding, moeten worden voorzien van een LDS.

Het hof komt in de kernoverweging 7.26 op basis van het voorgaande tot het oordeel dat ook op RDS een *duty of care* rust om ervoor te zorgen dat op de Oruma-pijpleiding een LDS wordt geïnstalleerd. Evenals SPDC is RDS immers al geruime tijd op de hoogte van de door SPDC veroorzaakte onrechtmatige toestand dat een LDS ontbreekt op de Oruma-pijpleiding. Niettemin heeft zij geen gebruik gemaakt van de haar uit het (indirect) aandeelhouderschap van SPDC voortvloeiende en met haar bemoeienis op LDS-gebied al concreet vormgegeven bevoegdheid om SPDC ertoe te brengen om in/op de Oruma-pijpleiding een LDS toe te passen, hoewel zij ook al enige tijd weet of moet weten dat het ontbreken van een LDS in het tamelijk waarschijnlijke geval dat in de Oruma-pijpleiding in de toekomst (wederom) een lekkage zal optreden, zeer ernstige gevolgen zal (kunnen) hebben voor Oguru, (de erfgenamen van) Efanga en de andere omwonenden. Dat is voldaan aan de eis van *proximity* leidt het hof af uit een passage in Vedanta, waarin wordt verwezen naar Chandler. In die zaak ging het om een dochtervennootschap, die van de moedervennootschap een fabriek had overgenomen waar op onveilige wijze asbest werd verwerkt. Er werd gewerkt in fabrieksgebouwen die aan de zijkant open waren, zodat asbestvezels naar buiten konden ontsnappen, waardoor werknemers, onder wie Chandler, ziek zijn geworden. De Court of Appeal heeft in Chandler een *duty of care* van moedervennootschap Cape jegens Chandler aangenomen. In Vedanta overweegt de Supreme Court dat de beslissing in Cape niet anders was uitgevallen als het niet was gegaan om werknemers, maar om omwonenden:

'The result would surely have been the same if the dust had escaped to neighbouring land where third parties worked, lived or enjoyed recreation.'³⁴

Onder de hier geschetste omstandigheden is het, aldus het hof, *fair, just and reasonable* om een *duty of care* van RDS aan te nemen om ervoor te zorgen dat op de Oruma-pijpleiding een LDS wordt geïnstalleerd. Nu SPDC al geruime tijd onwillig is om hiervoor te zorgen, ondanks de nog toegenomen noodzaak, is het, opdat *justice can be adequately done*, noodzakelijk om ook RDS een bevel op te leggen, waarmee installatie van een LDS op de Oruma-pijpleiding zo veel als mogelijk kan worden verzekerd.

4 De uitspraak van de UK Supreme Court van 12 februari 2021 in Okpabi and others v Royal Dutch Shell and another

In Okpabi gaat het eveneens om een *foreign direct liability*-claim tegen Shell ter zake van olielekages in Nigeria. Het betreft twee samengevoegde procedures, ingesteld door Zijne Koninklijke Hoogheid Emere Godwin Bebe Okpabi en ruim 40.000 andere inwoners van de Ogale Community (de Ogale proceedings) en 2335 inwoners van de Bille Community

(de Bille proceedings). Ook in deze zaak is RDS de ankergedaagde en moest de Supreme Court oordelen over de internationale bevoegdheid van de Engelse rechter ter zake van medegedaagde SPDC. De Court of Appeal heeft de bevoegdheid van de Engelse rechter afgewezen.³⁵ Opmerking verdient dat de Court of Appeal in dit kader de haalbaarheid van de vordering tegen ankergedaagde RDS niet summier, althans op basis van hetgeen is aangevoerd in de dagvaarding, maar tamelijk indringend heeft getoetst. Op basis van een vrij uitvoerige analyse van de in de procedure overgelegde bewijsstukken heeft de Court of Appeal geoordeeld dat er een onvoldoende mate van controle van RDS over SPDC's bedrijfsactiviteiten in Nigeria was om de voor een *duty of care* vereiste mate van *proximity* te kunnen vaststellen. Deze werkwijze stuit op afkeuring bij de Supreme Court: de Court of Appeal is buiten zijn boekje gegaan door een 'mini-trial' te maken van de beoordeling of eisers een 'good arguable case' tegen RDS hebben. Verschillende feiten waren nog betwist en in een later stadium van de procedure zou na *discovery* nog additioneel bewijsmateriaal in de vorm van interne Shell-documenten beschikbaar kunnen komen. Daarom hadden in dit interim-stadium van de procedure nog geen vaststellingen mogen worden gemaakt op basis van het beschikbare bewijs.³⁶ Hiermee bevestigt de Supreme Court zijn eerdere oordeel op dit punt in Vedanta. In die uitspraak liet de Supreme Court luid en duidelijk zijn frustratie en irritatie doorklinken over het gebrek aan terughoudendheid van partijen (en hun advocaten), die op het punt van internationale bevoegdheid van de rechter een tussentijdse beslissing vragen:

'The fact that it has been necessary, despite frequent judicial pronouncements to the same effect, yet again to emphasize the requirements of proportionality in relation to jurisdiction appeals, suggests that, unless condign costs consequences are made to fall upon litigants, and even their professional advisors who ignore these requirements, the court will find itself in the unenviable position of beating its head against a brick wall.'³⁷

Ook de manier waarop de Court of Appeal in Okpabi heeft getoetst of op RDS een *duty of care* jegens eisers rustte, vindt geen genade bij de Supreme Court. In navolging van zijn eerdere beslissing in Vedanta stelt de Supreme Court voorop dat het bij aansprakelijkheid van moedervennootschappen voor activiteiten van hun dochters niet om een geheel nieuwe categorie van *negligence* gaat:

'The general principles which determine such liability "are not novel at all" (para 54) [citaat uit Vedanta; ML]. Such a case does not involve "the assertion, for the first time, of a novel and controversial new category of case for the recognition of a common law duty of care" (...) (para 60) [citaat uit Vedanta; ML].'³⁸

Daarom is volgens de Supreme Court niet de *three step test* van Caparo van toepassing, maar moet aansluiting worden gezocht bij de gewone, algemene principes van *tort law* wat betreft het opleggen van een *duty of care*.³⁹ De Supreme Court verwijst naar Vedanta, waarin hij overwoog dat het hier simpelweg om een geval gaat waarin moet worden vastgesteld of op A een zorgplicht rust jegens C ter zake van de schadetoebrengende activiteiten van B.⁴⁰ In de context van moeder-dochterverhoudingen hangt het antwoord op de vraag of op de moeder een *duty of care* is komen te rusten, af van:

'(...) the extent to which, and the way in which, the parent availed itself of the opportunity to take over, intervene in, control, supervise or advise the management of the relevant operations (including land use) of the subsidiary.'⁴¹

De Court of Appeal heeft dit restrictief toegepast door de nadruk te leggen op

daadwerkelijke controle van de moeder over de relevante activiteiten van haar dochter:

'It is (...) important to distinguish between a parent company which controls, or shares control of, the material operations on the one hand, and a parent company which issues mandatory policies and standards which are intended to apply throughout a group of companies in order to ensure conformity with particular standards. The issuing of mandatory policies plainly cannot mean that a parent has taken control of the operations of a subsidiary (and, necessarily, every subsidiary) such as to give rise to a duty of care in favour of any person or class of persons affected by the policies.'⁴²

Ook op dit punt van zijn beslissing wordt de Court of Appeal gecorrigeerd door de Supreme Court. Deze wijst ten eerste op zijn afwijzing – in Vedanta – van de in die zaak door gedaagden opgeworpen stelling, dat de oplegging door de moedervereniging van groepsbreed geldende beleidsregels of richtlijnen nooit kan leiden tot een *duty of care*.⁴³ Onder omstandigheden kan dit namelijk wel het geval zijn. In Vedanta gaf Lord Briggs twee voorbeelden:

'Group guidelines (...) may be shown to contain systemic errors which, when implemented as of course by a particular subsidiary, then cause harm to third parties.'⁴⁴

'Even where group-wide policies do not of themselves give such rise to such a duty of care to third parties, they may do so if the parent does not merely proclaim them, but takes active steps, by training, supervision and enforcement, to see that they are implemented by relevant subsidiaries.'⁴⁵

Ten tweede overweegt de Supreme Court dat de meerderheid van de rechters van de Court of Appeal ten onrechte de nadruk heeft gelegd op de kwestie van controle. De Supreme Court merkt op dat een *duty of care* kan ontstaan, ongeacht of sprake is van controle. Daarbij wordt wederom verwezen naar een voorbeeld dat Lord Briggs gaf in Vedanta:

'(...) the parent may incur the relevant responsibility to third parties if, in published materials, it holds itself out as exercising that degree of supervision and control of its subsidiaries, even if it does not in fact do so. In such circumstances its very omission may constitute the abdication of a responsibility which it has publicly undertaken.'⁴⁶

De Supreme Court komt tot de conclusie dat er met betrekking tot de vordering van Okpabi c.s./RDS wél 'a real issue to be tried' is.

Als deze zaak niet wordt geschikt, maar een vervolg krijgt, zal in het processuele debat – evenals in het voor het gerechtshof Den Haag gevoerde debat in de zaak Oguru c.s./Shell – de nodige aandacht uitgaan naar de organisatiestructuur van Shell. De Supreme Court merkt namelijk op dat van betekenis is dat het Shell-concern is georganiseerd 'along Business and Functional lines rather than simply according to corporate status'. Eisers hebben aangevoerd dat deze verticale organisatiestructuur betekent dat sprake is van een groep ondernemingen die, in managementtermen, worden gedreven als vormden zij één onderneming, waarbij de grenzen van rechtspersoonlijkheid en eigenaarschap binnen de groep irrelevant worden. Volgens de Supreme Court hebben eisers hiermee duidelijk 'triable issues' opgeworpen:

'How this organisational structure worked in practice and the extent to which the delegated authority of RDS, the CEO and the RDS ExCo was involved and exercised

in relation to decisions made by SPDC are very much in dispute, as is apparent from the witness statements. It is also an issue in relation to which proper disclosure is of obvious importance.⁴⁷

5 Wat verklaart het verschil in koers tussen de rechtbank Den Haag in 2013 en het hof Den Haag in 2021?

Een Nederlandse rechter die buitenlands recht moet toepassen, is als een kat in een vreemd pakhuis. Hij sluipt voorzichtig rond op onbekend terrein. Dat terrein is in dit geval bovendien het territorium van een andere kat. Dit betekent dat de Nederlandse rechter zijn/haar plaats moet kennen. Het is niet aan de Nederlandse, maar aan de buitenlandse rechter om nieuwe lijnen in de jurisprudentie uit te zetten. De Nederlandse rechter moet binnen de lijntjes kleuren.⁴⁸ Daarbij deed zich in deze zaak de moeilijkheid voor dat geen lijntjes waren getrokken in relevante Nigeriaanse rechtspraak. Shell heeft het standpunt ingenomen dat een *duty of care* voor de Shell-moedervervennootschappen daarom moet worden afgewezen. Bij haar weten is er in Nigeria in een context als de onderhavige geen zaak geweest waarin een moedermaatschappij is aangesproken/mee gedagvaard.⁴⁹ Dit betekent dat de Nigeriaanse rechter nooit de kans heeft gekregen om invulling te geven aan de *duty of care* van een moedervervennootschap. Het betekent echter niet dat op een moedervervennootschap naar Nigeriaans recht geen *duty of care* kan rusten. Het leerstuk van de *tort of negligence* maakt nu eenmaal deel uit van het Nigeriaanse recht. Het is mijns inziens begrijpelijk dat rechtbank en hof de omstandigheden waaronder naar Nigeriaans recht op een moedervervennootschap een *duty of care* rust, hebben ingevuld aan de hand van in Nigeria als gezaghebbend geldende Engelse jurisprudentie.⁵⁰

In 2013 kleurde de rechtbank binnen de lijntjes van het Engelse precedent *Chandler*. In die zaak ging het niet om een *foreign direct liability*-claim van omwonenden in een ver gastland, maar om een claim van een Engelse werknemer van een Engelse dochter die door de gevaarlijke omstandigheden op het werk ernstig ziek was geworden. Dit bracht de rechtbank ertoe te overwegen:

'(...) dat de bijzondere relatie ofwel proximity tussen een moedervervennootschap en de werknemers van haar in hetzelfde land opererende dochtervennootschap niet zonder meer gelijk kan worden gesteld met de band tussen de moedervervennootschap van een internationaal olieconcern en de omwonenden van oliepijpleidingen en olie-installaties van haar kleindochtervennootschappen in andere landen. Die laatste relatie is naar het oordeel van de rechtbank veel minder nauw, zodat minder snel aan het vereiste van proximity zal zijn voldaan. De *duty of care* van een moedervervennootschap jegens de werknemers van een in hetzelfde land opererende dochtervennootschap omvat verder slechts een relatief beperkte groep mensen, terwijl een eventuele *duty of care* van een moedervervennootschap van een internationaal opererend olieconcern jegens omwonenden van oliepijpleidingen en olie-installaties van (klein)dochters een *duty of care* ten aanzien van een vrijwel onbeperkte groep mensen in vele landen zou creëren. Dit maakt naar het oordeel van de rechtbank dat het in deze zaak veel minder snel dan in *Chandler v. Cape* fair, just and reasonable is om het bestaan van een dergelijke *duty of care* van de moedervervennootschappen van het Shell-concern aan te nemen.'⁵¹

In *Chandler* had de Court of Appeal bovendien op het eerste gezicht vrij scherpe lijnen getrokken, door voor het aannemen van een zorgplicht onder meer van belang te achten dat moeder en dochter zich beide bezighielden met de verwerking van asbest en dat de moeder over superieure kennis beschikte – dan wel behoorde te beschikken – over de

health and safety-aspecten verbonden aan de verwerking van asbest.⁵²

De rechtbank bleef binnen deze lijnen met de overweging dat de omstandigheden die volgens Chandler een zorgplicht van een moedervernootschap in het leven kunnen roepen, zich hier niet (alle) voordoen:

‘Een gelijke omstandigheid is dat de moedervernootschappen van het Shell-concern wisten en weten dat de bedrijfsactiviteiten van SPDC gezondheidsrisico’s met zich meebrengen voor derden. De ondernemingen van de moedervernootschappen en SPDC zijn echter in essentie juist niet dezelfde, omdat de moedervernootschappen vanuit Den Haag en/of Londen algemene beleidslijnen uitzetten en zich bezighouden met strategie en risico-management wereldwijd, terwijl SPDC zich bezighoudt met het winnen van olie in Nigeria. Verder valt niet in te zien waarom de moedervernootschappen meer kennis zouden hebben van de specifieke risico’s van de bedrijfstak van SPDC in Nigeria dan SPDC zelf, en daarom ook niet waarom omwonenden zoals Oguru en Efanga erop zouden hebben vertrouwd dat de moedervernootschappen van het Shell-concern die eventuele superieure specifieke kennis zouden gebruiken ter bescherming van de lokale gemeenschap bij Oruma.’⁵³

De beslissing van de Supreme Court in Vedanta gaf het gerechtshof Den Haag ruimte om een andere koers te varen. Vedanta betreft een *foreign direct liability*-claim, met slachtoffers in een land ver van het hoofdkantoor van de multinational. De Supreme Court heeft er geen misverstand over laten bestaan dat op een moedervernootschap een zorgplicht jegens omwonenden in een ver gastland kan komen te rusten. De betekenis van Chandler voor een *foreign direct liability*-claim wordt in Vedanta sterk gerelativeerd. De Supreme Court kwalificeert Chandler zelfs als een keurslijf ‘which, if anything, increased rather than reduced the claimants’ burden in demonstrating a triable issue’.⁵⁴ In Vedanta rekende de Supreme Court bovendien af met de stelling van gedaagden dat het opleggen van groepsbreed beleid nooit kan leiden tot een zorgplicht van de moedervernootschap. Tegen de achtergrond van Vedanta is het begrijpelijk dat het gerechtshof Den Haag het beleid van Shell met betrekking tot het voorkomen van lekkages aan een nader onderzoek heeft onderworpen en mede op grond van de vaststelling dat dit beleid tekortschoot – anders dan de rechtbank – heeft beslist dat RDS ervoor moet zorgen dat een LDS op de Oruma-pijpleiding wordt geïnstalleerd.

6 Tot slot: de invloed van mHRDD op foreign direct liability-claims

De hiervoor geschetste ontwikkelingen in de jurisprudentie staan niet op zichzelf, maar moeten worden gezien tegen de achtergrond van de wereldwijd sterk toegenomen aandacht voor het thema ‘onderneming en mensenrechten’. Deze verhoogde aandacht heeft geleid tot de inzet van instrumenten van *soft law*, die tot doel hebben om te voorkomen dat ondernemingen zich bezondigen aan schending van mensenrechten (en/of schade toebrengen aan het milieu). In 2003 kon ik onder het kopje ‘De invloed van soft law’ alleen de Guidelines for Multinationals van de OESO bespreken. Daar zijn op mondiaal niveau in 2011 de gezaghebbende UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) bij gekomen.⁵⁵ Daarnaast zijn in verschillende landen vormen van zelfregulering ontwikkeld, zoals in Nederland de IMVO-convenanten,⁵⁶ die inmiddels voor tien sectoren, waarvan de kledingbranche in 2016 de eerste was, zijn overeengekomen.

Inmiddels werkt de VN aan een voor de verdragsstaten bindend verdrag op het gebied van Business and Human Rights. Op 6 augustus 2020 is de tweede aangepaste concepttekst van dit verdrag gepubliceerd.⁵⁷ In Europa wordt op verschillende fronten

gewerkt aan bindende regels. Enkele Europese landen hebben op deelterreinen al wettelijke regelingen afgekondigd. Zo is in het Verenigd Koninkrijk in 2015 de Modern Slavery Act ingevoerd en staat in Nederland de inwerkingtreding van de Wet zorgplicht kinderarbeid op stapel.⁵⁸ De Franse wetgever is in 2017 al een stap verder gegaan met de invoering van een algemene wettelijke verplichting voor multinationals tot het verrichten van *human rights*⁵⁹ *due diligence* (hierna: mHRDD, waarbij de m staat voor *mandatory*) binnen hun groep en zelfs daarbuiten, binnen hun handelsketen.⁶⁰ De Duitse regering heeft op 3 maart 2021 een voorstel voor een mHRDD-wet bij het parlement ingediend, dat aan grote ondernemingen de verplichting tot HRDD binnen hun hele handelsketen oplegt.⁶¹ Zeer recent, op 11 maart 2021, is in Nederland bij de Tweede Kamer een initiatiefvoorstel voor een Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen ingediend.⁶² Het gaat om een wel erg breed geformuleerde mHRDD-wet naar Frans model.⁶³ Een dag eerder heeft het Europees Parlement een resolutie aangenomen waaraan een ‘initiatief’-voorstel voor een Europese mHRDD-richtlijn is gehecht.⁶⁴ Verwacht wordt dat de Europese Commissie in het tweede kwartaal van dit jaar met een richtlijnvoorstel zal komen. Het is de vraag of de Nederlandse wetgever de Europese ontwikkelingen zal afwachten, of dat de behandeling van het initiatiefwetsvoorstel voortvarend ter hand wordt genomen.

Hoe dan ook lijkt onvermijdelijk dat in Nederland over niet al te lange tijd een wettelijke verplichting voor grote ondernemingen tot HRDD wordt ingevoerd. Bij het ontwerpen daarvan rijzen de nodige vragen. Hoe moet de reikwijdte van de wet precies worden bepaald om te voorkomen dat kleinere ondernemingen met kostbare verplichtingen worden belast?⁶⁵ Hoe kan de *due-diligence*verplichting het beste worden geformuleerd, teneinde te bereiken dat voor ondernemingen duidelijk is waaraan zij moeten voldoen?⁶⁶ en tevens wordt voorkomen dat het voldoen aan de verplichtingen uit de HRDD-wet een afvinkexercitie wordt? Moet in de regeling met betrekking tot civielrechtelijke aansprakelijkheid de bewijslast ter zake van het voldoen aan de HRDD-verplichtingen dan wel het ontbreken van causaal verband met de gevorderde schade op de moedervennootschap worden gelegd?⁶⁷ Hoe kan worden verzekerd dat de bepalingen uit een Nederlandse HRDD-wet doorwerken in een *duty of care*, die in een aansprakelijkheidsprocedure van slachtoffers uit een gastland naar het recht van dat land moet worden ingevuld?⁶⁸ Het voert (veel) te ver om deze vragen hier te beantwoorden. Ik laat het bij de constatering dat invoering van mHRDD-regels belangrijke gevolgen heeft voor *foreign direct liability*-claims. In de eerste plaats kunnen mHRDD-regels bewerkstelligen dat de multinational adequate maatregelen treft om te voorkomen dat de geïnventariseerde risico's voor mens en milieu zich verwezenlijken. Daarmee worden *foreign direct liability*-claims voorkomen. Voor het geval dat er onverhoopt toch iets misgaat, kan de multinational via een op grond van een in de mHRDD-regels geïmplementeerd klachtenmechanisme zelf zorgen voor adequaat herstel in geval van negatieve effecten van de bedrijfsactiviteiten op mens en/of milieu. Dan hoeft de rechter er ook niet aan te pas te komen. Wordt niettemin een claim bij de rechter neergelegd, dan kan – uitgaande van een systeem waarin de bewijslast ter zake van het voldoen aan de HRDD-verplichtingen op de multinational rust – de multinational zich in beginsel vrijpleiten door te laten zien dat aan de relevante HRDD-verplichtingen is voldaan. Heeft de multinational niet aan zijn HRDD-verplichtingen voldaan, dan zullen partijen minder lang dan thans het geval hoeven te steggelen over de vraag of de multinational daarmee een zorgplicht heeft geschonden.⁶⁹ En ook dat leidt tot vooruitgang in het recht.

Noten

¹ M.L. Lennarts, Multinationals en asbestclaims: over forum non conveniens, zorgplichten, ‘double standards’ en ‘soft law’, in: LT – Verzamelde ‘Groninger’ opstellen

aangeboden aan Vino Timmerman (IVOR nr. 44), Deventer: Kluwer 2003, p. 177-189.

2 Zie Lubbe and others and Cape Plc and Related Appeals [2000] UKHL 41, 20 juli 2000. In deze uitspraak, waarin de House of Lords oordeelde dat de Engelse rechter bevoegd was ten aanzien van de claim tegen Cape, wordt onder meer overwogen dat de bijna tweeduizend slachtoffers in Zuid-Afrika geen toegang tot de rechter hebben (vanwege het ontbreken van gefinancierde rechtsbijstand) en dat verhaalsmogelijkheden daar ontbreken, nu de Zuid-Afrikaanse dochtervennootschappen die de asbestmijnen exploiteerden niet meer bestaan.

3 Zie uitvoerig over al deze vragen L.F.H. Enneking, *Foreign direct liability and beyond*, Den Haag: Eleven International Publishing 2012.

4 UK Supreme Court 10 april 2019, [2019] UKSC 20.

5 England and Wales High Court of Justice 29 januari 2021, [2021] EWHC 146 (TCC).

6 UK Supreme Court 12 februari 2021, [2021] UKSC 3.

7 Shell heeft cassatieberoep ingesteld tegen dit arrest.

8 Zie bijv. 'Shell loses Dutch case over Nigeria oil spills', *Financial Times* 29 januari 2021 en 'A victory for farmers in a David-and-Goliath environmental case', *New York Times* 29 januari 2021.

9 Engelse uitspraken gelden in Nigeria niet als te volgen precedent, maar hebben wel *persuasive authority*.

10 Zie par. 3.1(3) Practice Direction 6B.

11 De dagvaardingen en andere belangrijke juridische documenten zijn te vinden op <https://milieudefensie.nl/shell-in-nigeria/documenten>.

12 SPDC is de operator van een joint venture waarin Shell voor 30% deelneemt. De overige partners zijn het Nigeriaanse staatsbedrijf Nigerian National Petroleum Corporation (55%), Total E & P Nigeria Ltd (10%) en Nigeria Agip Oil Company Ltd (5%). Het is een van de grootste olie- en gasmaatschappijen in Nigeria, met ruim zesduizend kilometer aan pijpleidingen en flowlines. Samen met de jointventurepartners heeft SPDC een productiecapaciteit van gemiddeld ongeveer 1 miljoen vaten per dag. Zie www.shell.com.ng/about-us/what-we-do/spdc.html.

13 Inmiddels is een nieuwe pijpleiding in gebruik genomen, die parallel loopt aan de oude, die niet meer wordt gebruikt. Voor zover het gaat om de vordering tot een gebod om ervoor te zorgen dat nieuwe lekkages worden voorkomen, heeft dit betrekking op de nieuwe pijpleiding. Ik duid ook deze pijpleiding aan met de Oruma-pijpleiding.

14 Omdat de tot 1 januari 2021 geldende versie van dit artikel van toepassing is, kan Milieudefensie geen schadevergoeding vorderen, maar alleen een verklaring voor recht dat Shell aansprakelijk is. Sinds 1 januari 2020 faciliteert art. 3:305a BW dat een collectieve belangenorganisatie schadevergoeding ten behoeve van een groep slachtoffers vordert, maar tegelijkertijd is in het artikel een territoriaal ontvankelijkheidsvereiste opgenomen. De op grond van art. 3:305a BW ingestelde vordering moet een voldoende nauwe band hebben met de Nederlandse rechtssfeer, wat nader wordt uitgewerkt in lid 3

onder b: (1) het merendeel van de personen wier belangen worden behartigd, woont in Nederland; of (2) de gedaagde heeft woonplaats in Nederland *en bijkomende omstandigheden wijzen op voldoende verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer*; of (3) de gebeurtenissen waarop de vordering betrekking heeft, hebben zich in Nederland voorgedaan. Deze gecursiveerde beperking is te elfder ure tijdens het wetgevingsproces toegevoegd en roept vragen op. Zie C.G. van der Plas, De collectieve actie 2.0 in grensoverschrijdende zaken: het territoriaal ontvankelijkheidsvereiste onder de loep, NIPR 2019, p. 544-545.

15 Zie hierover A.A.H. van Hoek in haar noot onder het rechtbankvonnis, AA20130482.

16 Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850.

17 Samenvatting overgenomen uit r.o. 2.2 van het arrest van 29 januari 2021. In par. 5 ga ik in op de rechtsoverwegingen waarin de rechtbank oordeelt dat op de Shell-moedervennootschappen naar Nigeriaans recht geen *duty of care* rust.

18 De rechtbank baseerde deze beslissing op art. 3 lid 1 jo. lid 2 Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (WCOD). Zie hierover A.A.H. van Hoek in haar noot onder het rechtbankvonnis, AA20130482.

19 Hof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588.

20 Op dit geschil is niet de herschikte Brussel I-Verordening (Vo 1215/2012) van toepassing, maar Vo 2001/44.

21 Hof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588, r.o. 2.2-2.8.

22 Dit verweer steunt op een beroep – naar analogie – op HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (Painer).

23 Het ligt voor de hand dat Shell in haar tegen het arrest van het hof ingestelde cassatieberoep klaagt tegen het oordeel van het hof over de internationale bevoegdheid. Ter zake van dit oordeel, dat stoelt op Nederlands recht, kan worden geklaagd over schending van het recht. Dat ligt anders voor het oordeel ter zake van de aansprakelijkheid van RDS c.s., die is beoordeeld naar Nigeriaans recht. Zie art. 79 lid 1 sub b Wet RO.

24 Hof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588, r.o. 2.2.

25 Hof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588, r.o. 2.2.

26 Een afdruk van het op rechtspraak.nl gepubliceerde arrest beslaat 56 pagina's.

27 Het betreft r.o. 9.1-9.6.

28 R.o. 5.27.

29 R.o. 3.33 en 5.31.

30 [1990] UKHL 2, [1990] 1 All ER 56.

31 UK Supreme Court 10 april 2019, [2019] UKSC 20. Het ging hier om een *foreign direct liability*-claim aangespannen door 2500 Zambianen tegen de Engelse moeder en

haar Zambiaanse dochter Konkola Copper Mines (KCM), die in Zambia een kopermijn exploiteerde. Eisers stelden dat bij de exploitatie van deze kopermijn giftige chemicaliën in lokale waterwegen waren geloosd, wat heeft geleid tot vervuiling van de enige bron van drinkwater en irrigatie van landbouwgronden. De materiële vraag naar aansprakelijkheid van de Engelse moedervernootschap Vedanta voor de vervuiling rijst in het kader van het debat over jurisdictie van de Engelse rechter ten aanzien van KCM. Daarvoor is nodig dat er ten aanzien van ankergedaagde Vedanta ‘a real issue to be tried’ is, zie par. 2 van deze bijdrage.

32 England and Wales Court of Appeal 25 april 2012, [2012] EWCA Civ 525, door mij besproken in: M.L. Lennarts, De zorgplicht van de moedervernootschap jegens werknemers van de dochter naar Engels recht: ‘Do cases make bad law?’, in: B.F. Assink e.a. (red.), De toekomst van het ondernemingsrecht. Het ondernemingsrecht van de toekomst (IVOR nr. 99), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 315-329.

33 R.o. 7.1 onder b.

34 UK Supreme Court 10 april 2019, [2019] UKSC 20, r.o. 52.

35 England and Wales Court of Appeal 14 februari 2018, [2018] EWCA Civ 191.

36 [2021] UKSC 3, r.o. 103-140.

37 [2019] UKSC 20, r.o. 14.

38 [2021] UKSC 3, r.o. 151.

39 Bij deze overweging van de Supreme Court past de toelichting dat de eisen van *proximity* en *reasonableness* in Caparo zijn ingebouwd om te voorkomen dat al te snel een *duty of care* wordt aangenomen op grond van (achteraf vastgestelde) voorzienbaarheid van schade. De Supreme Court wil benadrukken dat het bij aansprakelijkheid van moedervernootschappen niet gaat om een nieuwe, potentieel verreikende (en daarmee controversiële) categorie *negligence*, waarmee de sluizen voor claims worden opengezet, zodat een stringente toets aan beperkende voorwaarden noodzakelijk is.

40 In Vedanta (r.o. 54) verwees de Supreme Court op dit punt naar een oudere uitspraak van de House of Lords, Dorset Yacht Co Ltd v Home Office [1970] AC 1004. Het ging hier om gebrekkig toezicht van de Home Office op een aantal jeugdige gevangenen, waardoor zeven van hen ontsnapten en ernstige schade toebrachten aan een aantal jachten die in een nabije haven lagen.

41 [2021] UKSC 3, r.o. 25, citaat overgenomen uit Vedanta [2019] UKSC 20, r.o. 49.

42 [2018] EWCA Civ 191, r.o. 89 (Simon LJ namens de meerderheid).

43 [2021] UKSC 3, r.o. 143.

44 [2019] UKSC 20, r.o. 52.

45 [2019] UKSC 20, r.o. 53.

46 [2021] UKSC 3, r.o. 148, met verwijzing naar [2019] UKSC 20, r.o. 53.

47 [2021] UKSC 3, r.o. 158.

48 Zie A.A.H. van Hoek in haar noot onder het rechtbankvonnis, AA20130482.

49 Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132, r.o. 3.27.

50 Ik wijs erop dat de rechter een ‘surrogaatrecht’ (bijv. het recht van het moederland van een voormalige kolonie) mag toepassen indien de inhoud van het toepasselijke recht niet met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld. Zie Vonk, in: T&C BW, art. 10:2, aant. 3, onder verwijzing naar de MvT bij dit artikel. Betoogd kan ook worden dat in casu sprake is van uitleg van het Nigeriaanse recht aan de hand van Engelse *case law*, zie S. Stuij, *Ius curia novit en buitenlands recht* (BPP nr. XX), Deventer: Wolters Kluwer 2021/85.

51 Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850, r.o. 4.36.

52 Zie Lennarts 2015, p. 318-321.

53 Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850, r.o. 4.38.

54 [2019] UKSC 20, r.o. 60.

55 De UNGP worden ook wel de Ruggie Principles genoemd, naar John Ruggie, de Amerikaanse hoogleraar die deze principes heeft ontwikkeld. Zij zijn te raadplegen op www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

56 IMVO staat voor internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen.

57 Zie www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf.

58 Zie voor de tekst van de Modern Slavery Act www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted. Zie over de Wet zorgplicht kinderarbeid S. Rietveld, L.J.M. Baks & B. Bier, *De Wet zorgplicht kinderarbeid en de opkomst van human rights due diligence; van vrijwilligheid naar verplichting*, Ondernemingsrecht 2021/25.

59 Het gaat in de Franse regeling behalve om zorg voor mensenrechten en fundamentele vrijheden ook om zorg voor gezondheid en veiligheid van personen en zorg voor het milieu.

60 Loi N° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre, te raadplegen op www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/. Zie voor een recente bespreking van knelpunten in deze wet E. Savourey & S. Brabant, *The French law on the duty of vigilance: Theoretical and practical challenges since its adoption*, te raadplegen op www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal/article/french-law-on-the-duty-of-vigilance-theoretical-and-practical-challenges-since-its-adoption/0398716B2E8530D9A9440EEB20DB7E07/share/5a7acbeec4fc717a9334doec87dbb217obbac1ea.

61 Zie www.bmz.de/de/entwicklungspolitik/lieferkettengesetz.

62 Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 2.

63 Zie voor terechte kritiek op de reikwijdte van de in dit voorstel opgenomen due-diligenceverplichting H.-J. de Kluiver, *Kroniek van het ondernemingsrecht*, NJB 2021, p. 1246.

64 Resolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2021 met aanbevelingen aan de Commissie inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven en verantwoordingsplicht van ondernemingen (2020/2129(INL)), te raadplegen op www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_NL.pdf.

65 Het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel is van toepassing op ‘grote’ vennootschappen in de zin van art. 2:397 BW met activiteiten in het buitenland. De initiatiefrichtlijn van het Europees Parlement kiest voor grote ondernemingen, beursgenoteerde kmo’s en hoogrisico-kmo’s. Zie voor de Europese definities van kleine en middelgrote ondernemingen https://ec.europa.eu/growth/smes/sme-definition_ens.

66 Vgl. De Kluiver 2021.

67 In dit verband wijs ik op overweging 53 van de preambule en art. 19 van de ‘initiatief’-HRDD-richtlijn van het Europees Parlement. Zie over zo’n vermoeden ook N. Bueno & C. Bright, *Implementing human rights due diligence through civil liability*, *International and Comparative Law Quarterly* (69) 2020, afl. 4, p. 805 en 816.

68 In dit verband wijs ik op art. 20 van de ‘initiatief’-HRDD-richtlijn van het Europees Parlement: ‘De lidstaten waarborgen dat de relevante bepalingen van deze richtlijn worden beschouwd als bepalingen van bijzonder dwingend recht overeenkomstig artikel 16 van Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad.’

69 Dit geldt zeker indien de HRDD-verplichtingen in het land waar de zaak voor de rechter komt, moeten worden toegepast als regels van bijzonder dwingend recht.