

Private International Law in Action

Foreign Direct Liability Claims: Milieudefensie v. Shell

Vincent Reijns

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. Jan Wouters

1. INLEIDING

Op 30 januari 2013 gaf de handelsrechtbank van Den Haag haar eindvonnis in de zaken *Goi, Ikot Ada en Oruma*, samen *Milieudefensie v. Shell* genaamd. Het is de eerste rechtszaak van zijn soort in Nederland. Centraal stond de betwiste aansprakelijkheid van de grote multinational Shell en haar dochteronderneming in Nigeria. Deze laatste werd beschuldigd van grootschalige olievervuiling in de periode van 2004 tot 2006. De olievervuiling, die soms gepaard ging met regelrechte oliebranden, heeft zeer ernstige schade toegebracht aan de dorpen *Goi, Ikot Ida en Oruma* in de Niger Delta. In deze zaak werden de voorvechters van mensenrechten door twee aspecten in het bijzonder geconfronteerd: de aansprakelijkheid van het moederbedrijf Shell voor de feiten van haar dochteronderneming en de mogelijkheid om de zaak voor een Nederlandse rechter te krijgen.

Het is een vonnis dat nieuw licht schept op de turbulente internationale evolutie met betrekking tot *foreign direct liability claims*. Dit zijn vorderingen die men instelt tegen een buitenlandse partij voor feiten begaan in een andere jurisdictie. Men gaat een partij uit een ander land in een bepaalde rechtsorde aanklagen voor zijn acties in een andere rechtsorde. Deze vorm van procederen is essentieel voor slachtoffers van mensenrechtenschendingen uit landen waar men zijn rechten niet gevrijwaard zal vinden. Het schept wereldwijd mogelijkheden om rechtsbescherming te krijgen en mensenrechten te vrijwaren. Dit werk beantwoordt de vraag, in het licht van recente ontwikkelingen, of *foreign direct liability claims* een geschikt mechanisme zijn voor slachtoffers van mensenrechtenschendingen door grote multinationals om compensatie te kunnen krijgen.

Voorts is dit artikel als volgt gestructureerd. Eerst wordt de rechtszaak *Milieudefensie v. Shell* in detail besproken. Tegelijk zal het eerste voorbeeld gegeven worden van een *foreign direct liability claim* in Europa. Gevolgd van een analyse op nationaal en supranationaal niveau van de verschillende

mogelijkheden van slachtoffers van mensenrechtenschendingen door multinationals in het buitenland om deze bedrijven voor Westerse rechtbanken te dagen. Een exhaustieve analyse van alle jurisdicties ter wereld valt buiten de reikwijdte van dit onderzoek. Speciale aandacht gaat uit naar de civielrechtelijke procedure in de Verenigde Staten op basis van de ATCA en naar de regelgeving van Nederland en België. Er zal ook een kort overzicht gegeven worden van de ontwikkelingen inzake *corporate social responsibility* op internationale en supranationale niveaus. Voornamelijk de Verenigde Naties houden zich de laatste tien jaar intensief bezig met deze materie. De kwestie van de aansprakelijkheid van bedrijven en hun verantwoordelijkheden op het vlak van mensenrechten is uitdrukkelijk naar voren gedragen door de voormalige Speciale Vertegenwoordiger van de VN inzake bedrijven en mensenrechten, professor John Ruggie. Onder zijn mandaat is een beleidsraamwerk “Protect, Respect and Remedy” van de VN uitgebracht welke de bovenliggende kwestie dient op te lossen. Dit rapport zal samen met de reactie van de EU kort besproken worden. Ten slotte wordt ingegaan op enkele voorbeeldcasussen die nog niet eerder in het werk besproken werden.

In dit artikel zal geargumenteed worden dat, sinds de ontwikkelingen die in de Verenigde Staten hebben plaatsgevonden rond de zaak *Kiobel* in 2013, slachtoffers van mensenrechtenschendingen beter hun civielrechtelijke procedure voor een rechtbank van de Europese Unie brengen, omdat ze daar een grotere slaagkans hebben dan wanneer ze hun geluk gaan zoeken in de Verenigde Staten op basis van de ATCA.

2. MILIEUDEFENSIE V. SHELL

OLIEVERVUILING IN DE NIGER DELTA – Zoals de rechtbank in Den Haag zelf aanhaalt¹, is het een algemeen bekend feit dat inwoners van de Niger Delta in Nigeria geconfronteerd worden met grootschalige olievernietiging. Een onderzoek van de Verenigde Naties² bracht in 2011 nog aan het licht wat grote oliemultinationals en de Nigeriaanse autoriteiten in het duister probeerden te houden over deze vernietigingen. Praktijken van de lokale beheerders van olie-installaties brengen gigantisch leed teweeg aan de lokale bevolking en op de fauna en flora³. Shell en haar dochterondernemingen zijn niet geheel onschuldig in deze praktijken⁴.

¹ Rb. Kh. Den Haag, 30 januari 2013, www.milieudefensie.nl/shell.

² United Nations Environmental Programme, Environmental Assessment of Ogoniland, 2011, www.unep.org.

³ B. AMUNWA, *Counting the Cost: Corporations and human rights abuses in the Niger Delta*, Platform, 2011, www.platformlonden.org; J.B. EJOBOWAH, “Who Owns the Oil?: The Politics of Ethnicity in the Niger Delta of Nigeria”, *Africa Today* 2000, vol. 47, afl. 1, 28-47, <http://muse.jhu.edu/journals/at/summary/v047/47.1ejobowah.html>; T. LAMBOUY, M. RANCOURT, “Shell in Nigeria: From human rights abuse to corporate social responsibility”, *Human Rights & International Legal Discourse* 2008, vol. 2, afl. 2, 229-277, www.heinonline.org; K. OMEJE, “oil conflict in Nigeria: Contending issues and perspectives of the local Niger Delta people”, *New*

PARTIJEN IN HET GEDING – Royal Dutch Shell (RDS) is de Nederlandse moederverenootschap van het Shell consortium en Shell Petroleum Development Company (SPDC) is de Nigeriaanse dochteronderneming die instaat voor olie-exploitatie in Nigeria. Zoals verder op wordt ingegaan, zijn beiden voor de rechter in Den Haag gedaagd door de slachtoffers van de vervuilingen met de steun van Milieudefensie. Milieudefensie is een vereniging met volledige rechtspersoonlijkheid die zich toelegt op de bescherming van het milieu wereldwijd. Volgens Nederlands procesrecht mogen zulke verenigingen zich inzetten ter behartiging van gelijksoortige belangen van andere personen⁵, wat Milieudefensie *in casu* doet voor de betreffende eisers. Wanneer later in dit werk gesproken wordt over ‘de eisers’ in de zin van de slachtoffers van de vervuiling, wordt Milieudefensie hier niet bij bedoeld.

Hieronder zullen de feiten en de belangrijkste rechtsvragen van de drie zaken in *Milieudefensie v. Shell* uiteengezet worden. Meteen zal ook duidelijk gemaakt worden hoe men op een eenvoudige wijze een *foreign direct liability claim* vanuit Afrika in een Europese lidstaat als Nederland kan binnenbrengen.

a. De zaak Goi

LEKKAGE EN OLIEBRAND - Op 10 oktober 2004 vond in Goi, een dorp in Ogoniland gelegen in de Niger Delta van Nigeria, een olielekkege plaats

Political Economy 2005, vol. 10, afl. 3, 321-334, <http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13563460500204183#>. Up41mMTuIrV; L.C. OSUJI, S.O. ADESIYAN, G.C. OBUTE, “Post-Impact Assessment of Oil Pollution in Agbada West Plain of Niger Delta, Nigeria: Field Reconnaissance and Total Extractable Hydrocarbon Content”, *Chemistry & Biodiversity* 2004, vol. 1, afl. 10, 1569-1578, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/cbdv.200490117/full>; W. ROSS, “Niger Delta pollution: Fishermen at risk amidst the oil”, *BBC News* 2013, <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-22487099>; A. SHINSATO, “Increasing the Accountability of Transnational Corporations for Environmental Harms: The Petroleum Industry in Nigeria”, *Northwestern University Journal of International Human Rights* 2005, vol. 4, afl. 1, 186-210, www.heinonline.org; M. WATTS, “Recourse curse? Governmentality, oil and power in the Niger Delta, Nigeria”, *Geopolitics* 2004, vol. 9, afl. 1, 50-80, <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14650040412331307832#>. Up41jMTuIrV.

⁴ E. BALA-GBOGBO, “Amnesty Rejects Shell Nigeria Oil-Spill Claims as Untrue”, *Bloomberg* 2013, <http://www.bloomberg.com/news/2013-11-07/amnesty-rejects-shell-nigeria-oil-spill-claims-as-untrue.html>; MILIEUDEFENSIE, Factsheet: The UNEP pollution research project in Ogoniland and its political importance, www.milieudefensie.org; MILIEUDEFENSIE, “Royal Dutch Shell and its sustainability troubles”, www.milieudefensie.org; MILIEUDEFENSIE, “Royal Dutch Shell’s risky business”, www.milieudefensie.org; W. ROSS, “Nigeria oil firms ‘deflect blame for spills’, says Amnesty”, *BBC News* 2013, <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-24839324>; T. WATKINS, “Amnesty accuses Shell of making false claims on Niger Delta oil spill”, *CNN* 2013, <http://edition.cnn.com/2013/11/06/world/africa/nigeria-shell/>.

Shell daarentegen stelt dat haar dochterondernemingen in Nigeria geen enkel olielek tolereren en alles doet om het milieu te vrijwaren: <http://www.shell.com/global/environment-society/society/nigeria/spills.html>. Dit in tegenstelling met wat vertrouwelijke interne berichten van Shell uit 2008 suggereren: <http://wikileaks.org/cable/2008/12/08LAGOS500.html>.

⁵ Artikel 305a, lid 1 Nederlands Burgerlijk Wetboek, Boek 3.

waarbij naar schatting 150 vaten olie vrijkwamen. Na de lekkage brak een brand uit die gecombineerd met de gelekte olie een ware ravage aanrichtten. Chief Barizaa Manson Tete Dooh, eiser in casu, werd door deze feiten geruïneerd. Deze ramp was niet de eerste keer dat mr. Dooh in contact kwam met Shell: in 1987 stortte een muur van zijn pluimveeschuur in ten gevolge van seismische activiteiten door SPDC in de omgeving. Het proces dat mr. Dooh hiervoor in Engeland had ingesteld, moest hij door een gebrek aan geld opgeven. Het is ook in deze periode en de jaren die erop volgen dat mr. Dooh geconfronteerd wordt met meerdere olie lekkages. Mr. Dooh had dus al eerder schade opgelopen door de praktijken van SPDC, maar deze brand bleek de genadeslag te zijn. Hij verloor al de vissen in zijn visvijvers, die nu zeer vervuild zijn, 20 kano's gingen in de vlammen op, net zoals 15 hectare mangrovebos en honderden fruitbomen en palmbomen⁶.

ONDERZOEK EN SANERING – Na de ramp stond SPDC in voor de sanering van de gelekte olie. Zij kon echter niet meteen met de werken beginnen omdat de deelstatelijke overheid hen van elke sanering had weerhouden. Pas tweeëndertig maanden later wanneer er een akkoord was met de verschillende aannemersbedrijven welke de werken in opdracht en op kosten van SPDC zouden uitvoeren, konden de werkzaamheden aanvangen. Kort na de sanering in 2007 raken de visvijvers van mr. Dooh echter opnieuw vervuild door een olie lekkage aan dezelfde pijpleiding van SPDC. In 2009 daagde mr. Dooh SPDC en het moederbedrijf Shell RDS voor de rechtbank in Den Haag om een schadevergoeding te bekomen en het bedrijf te verplichten voorzigtiger te zijn in haar exploitatie van olie⁷.

b. De zaak Oruma

OLIELEK - Oruma is een dorp dat net zoals Goi gelegen is in Ogoniland aan de Niger Delta. Nabij dit dorp werd op 26 juni 2005 een lek ontdekt in een hogedrukoliepijpleiding van SPDC. Drie dagen later werd het lek gedeeltelijk gedicht door de SPDC en op 7 juli werd het uiteindelijk definitief gerepareerd. Naar schatting 400 vaten olie zijn uit de leiding gelekt. De visvijvers van Alali Efangana en Chief Fidelis A. Oguru, eisers in casu, geraakten door de olie vervuild en zij verloren al hun inkomsten uit visvangst en landbouw.

SANERING – Het rapport over het olie lek gebeurde gelijktijdig met de definitieve dichting van het olie lek en de volgende maand begonnen de saneringswerken in de omgeving, opnieuw volgens dezelfde procedure als het jaar voordien in Goi en opnieuw in opdracht en voor rekening van SPDC. Deze saneringswerken verliepen echter niet vlekkeloos. De vervuilde grond

⁶ MILIEUDEFENSIE, Factsheet Goi, <https://www.milieudefensie.nl/publicaties/factsheets/factsheet-de-zaak-goi-een-ongewilde-boksvedstrijd-tegen-shell>.

⁷ Rb. Kh. Den Haag, 30 januari 2013, www.milieudefensie.nl/shell; MILIEUDEFENSIE, Factsheet Goi, <https://www.milieudefensie.nl/publicaties/factsheets/factsheet-de-zaak-goi-een-ongewilde-boksvedstrijd-tegen-shell>.

werd opgestookt vlak naast de visvijvers en soms werden zelfs geen putten gegraven om de grond in op te laten branden. Bijgevolg gingen ook door de saneringswerken nog economisch waardevolle bomen verloren. In 2008 daagden mr. Efang en mr. Oguru zowel SPDC als RDS voor de Nederlandse rechter in Den Haag⁸.

c. De zaak Ikot

OLIELEK – In Ikot Ada Udo, een dorp in Ogoniland in de Niger Delta, staat sinds 1959 een olie-installatie geplaatst door de rechtsvoorganger van SPDC. Deze werd om economische redenen nooit in gebruik genomen en bleef een exploratieput. Sinds 1996 zijn er verschillende lekkages geweest en telkens kwam SPDC het lek dichten zonder saneringswerken uit te voeren of compensatie te betalen aan de dorpeelingen. In 2006 begon de lekkage echter ernstiger te worden en kwam ongeveer een vat olie vrij, maar SPDC ging niet in op meldingen van de dorpsbewoners. Uiteindelijk brak het lek verder open eind juli 2007 en lekten naar schatting 629 vaten olie in de nabijgelegen visvijvers en landbouwgronden. Friday Alfred Akpan, eiser in casu, leed hierdoor vooral schade berokkend aan zijn visvijvers.

DICHTING EN SANERING – Een maand nadat de dorpsbewoners van Ikot de toestand van de exploratieput aan SPDC hadden gemeld kwamen vertegenwoordigers van Shell en van de bevoegde Nigeriaanse instanties om het lek te dichten en een onderzoeksrapport op te stellen. Zij werden echter de toegang tot het dorp geweigerd door de wantrouwige dorpsbewoners. Nadat toestemming om het dorp te betreden was bekomen, werd het lek dan uiteindelijk gedicht door het eenvoudig gebruik van een Engelse sleutel op 7 november 2007. Het onderzoeksrapport werd dezelfde dag opgesteld. De saneringswerkzaamheden begonnen echter pas in augustus 9 maanden later en zouden pas voltooid zijn in maart 2009. Later in 2009 daagde mr. Akpan RDS en SPDC voor de rechter in Den Haag net zoals dat gebeurde in de andere twee zaken⁹.

2.1. BEVOEGDHEID NEDERLANDSE RECHTBANK

VERWEER VAN ONBEVOEGDHEID – De eerste kwestie die zich voordeed was de bevoegdheid van de Nederlandse rechtbank ten aanzien van SPDC. Meteen na de dagvaarding in de drie zaken wierpen de verweerders de onbevoegdheid van de Nederlandse rechtbank op. De eisers hadden namelijk niet enkel RDS voor de rechtbank in Den Haag gedaagd maar ook telkens hun dochterbedrijf

⁸ Rb. Kh. Den Haag, 30 januari 2013, www.milieudefensie.nl/shell; MILIEUDEFENSIE, Factsheet Oruma, <https://www.milieudefensie.nl/publicaties/factsheets/factsheet-de-zaak-oruma-olielekkage-uit-een-hogedrukoliepijpleiding>.

⁹ Rb. Kh. Den Haag, 30 januari 2013, www.milieudefensie.nl/shell; MILIEUDEFENSIE, Factsheet, <https://www.milieudefensie.nl/publicaties/factsheets/factsheet-de-zaak-ikot-ada-udo-de-sissende-en-lekkende-kerstboom>.

en aparte rechtspersoon SPDC. Een vordering tegen RDS, in welk geval de territoriale bevoegdheid van de Nederlandse rechter evident was, had niet veel slaagkans, en tegen SPDC had een vordering meer overlevingskansen, maar de extraterritoriale bevoegdheid van Den Haag moest dan wel aangetoond worden.

BRUSSEL I – Eerst wordt ingegaan op de bevoegdheid van de Nederlandse rechter ten aanzien van RDS. Royal Dutch Shell PLC, de moedervernootschap van het Shell concern, heeft haar hoofdkantoor in Den Haag, Nederland¹⁰. Het loutere feit dat een rechtspersoon domicilie heeft in een lidstaat is voldoende om de bevoegdheid van haar rechtbanken vast te stellen¹¹. Hierbij is het van geen belang waar de feiten waarvoor de rechtspersoon voor de rechtbank wordt gedaagd hebben plaatsgevonden:

*“Following the Brussels I Regulation, it is enough for a court in an EU Member State to establish jurisdiction, if the defendant is domiciled in an EU Member State. Consequently truly multinational corporations may in theory at least be quite easily pursued in the courts of an EU Member State, even for actions committed outside of the EU: the principal jurisdictional ground of the defendant’s domicile, included in Article 2 of the JR, operates independently of the activities to which the action relates.”*¹²

Bijgevolg was het niet zo technisch ingewikkeld om RDS voor de Nederlandse rechter te dagen voor feiten die hebben plaatsgevonden in Nigeria. De moeilijkheid lag echter in het aantonen van eventuele aansprakelijkheid van RDS voor praktijken van haar dochteronderneming in Nigeria, waar dit werk verder op zal ingaan.

ARTIKEL 5, LID 1, 3 BRUSSEL I – Een rechtspersoon die gedomicilieerd is in een lidstaat volgens artikel 60, lid 1 Brussel I Verordening kan voor vorderingen met betrekking tot een onrechtmatige daad, delict of quasi-delict ook voor de rechtbanken worden gedaagd van de staat waar de schadeverwekkende feiten hebben plaatsgevonden¹³. Dit artikel doet geen afbreuk aan de jurisdictie van de rechtbank waar de persoon gedomicilieerd is overeenkomstig artikel 2, lid 1 Brussel I Verordening.

¹⁰ Artikel 60 lid 1 van de Verordening (EG) nr. 44/2001 (Brussel I Verordening); www.shell.nl/nld/aboutshell/who-are-we/locations/headquarters.html.

¹¹ Artikel 2 lid 1 Brussel I Verordening; W. VAN MEEGDENBURG, T. LAMBOOY, L. ENNEKING, “Due Diligence voor milieu bij internationaal ondernemen”, *Milieu en Recht* 2013, vol. 102, afl. 8, p. 4-5, www.navigators.kluwer.nl; V. VAN DEN EECKHOUT, “Corporate Human Rights Violations and Private International Law”, *Contemporary Readings in Law and Social Justice* 2002, vol. 2, 183-184.

¹² G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Portland, Hart Publishing, 2013, 237.

¹³ Artikel 5, lid 3 Brussel I Verordening; HvJ 30 november 1976, Mines de potasse d’Alsace, 21/76, www.eur-lex.europa.eu.

SAMENHANG – De bevoegdheid van de handelsrechtbank in Den Haag ten aanzien van SPDC volgt uit een Nederlandse nationale bepaling uit het gerechtelijk recht. Wanneer de Nederlandse rechter ten aanzien van een van de gedaagden in zaken die bij dagvaarding dienen ingeleid te worden, rechtsmacht heeft, heeft hij ook ten aanzien van de andere gedaagden in de zaak rechtsmacht indien er voldoende samenhang bestaat tussen de vorderingen tegen de onderscheiden gedaagden, zodat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen¹⁴. Deze bepaling van Nederlands procesrecht is in overeenstemming met de Brussel I Verordening welke bepaald dat een rechtbank van een lidstaat jurisdictie heeft wanneer een van de verweerders daar gedomicilieerd is¹⁵, ongeacht of de vorderingen op verschillende grondslagen berusten¹⁶.

SAMENHANG VOLGENS HET VONNIS M.B.T. HET BEVOEGDHEIDSINCIDENT – De rechtbank te 's-Gravenshage oordeelde op 24 februari 2010 dat er voldoende samenhang was tussen de vorderingen zoals gebracht tegen RDS en SPDC. Ten eerste omdat zowel RDS als SPDC in de vorderingen telkens aansprakelijk worden gehouden voor dezelfde schade. Ten tweede omdat ten aanzien van de vorderingen tegen RDS en SPDC bijgevolg telkens hetzelfde feitencomplex ter beoordeling lag¹⁷.

SAMENHANG VOLGENS DE RECHTBANK VAN DEN HAAG – Verweerders vroegen voor de feitenrechter om het vonnis in het bevoegdheidsincident te heroverwegen. Vermits dit een eindvonnis was, kon de rechtbank haar vonnis slechts heroverwegen wanneer zou blijken dat haar bindende eindbeslissing beruiste op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag¹⁸. Ten eerste werd aangehaald dat de vordering tegen RDS op voorhand evident kansloos was en de vorderingen tegen RDS enkel dienden om rechtsmacht van de rechtbank in Den Haag te creëren voor de vorderingen tegen SPDC. Dit was volgens Shell rechtsmisbruik. Het betoog werd verworpen omdat het niet onmogelijk is voor moedervernootschappen om aansprakelijk gesteld te worden voor een onrechtmatige daad tegen personen die schade hebben geleden door activiteiten van hun dochtervernootschappen¹⁹. Vervolgens stelden verweerders dat het feit dat de vorderingen tegen verweerders op verschillende rechtsgronden berusten en het feit dat het voor RDS onvoorzienbaar was dat zij zou worden opgeroepen voor de activiteiten van haar dochteronderneming, de toepassing van artikel 7 Rv. in de weg stonden, naar analogie van artikel 6 lid 1, 1 Brussel I Verordening²⁰. De rechtbank volgde de verweerders niet in deze betogen omdat de vorderingen tegen verweerders wel berustten op

¹⁴ Artikel 7 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

¹⁵ Artikel 6, lid 1, punt 1 Brussel I Verordening.

¹⁶ HvJ 11 oktober 2007, Freeport/Arnoldsson, 98-06, www.curia.be.

¹⁷ Rb. 's-Gravenshage, 24 februari 2010, www.rechtspraak.nl.

¹⁸ HR 25 april 2008, NJ 2008, 553.

¹⁹ 2012 EWCA Civ. 525, no. B3/2011/1272, Chandler v. Cape, www.bailii.org.

²⁰ HvJ 1 december 2011, Painer, 145/10, www.curia.be.

dezelfde rechtsgrond, namelijk een *tort of negligence*, en omdat het niet onvoorzienbaar was voor RDS om opgeroepen te worden voor de activiteiten van SPDC volgens de *Chandler v. Cape* rechtspraak, waarover vervolgens meer.

2.2. TOELICHTING TOEPASSELIJK NIGERIAANSE RECHT

ONRECHTMATIGE DAAD IN DE ROME II VERORDENING – De tweede kwestie die de rechter diende op te lossen betrof het toepasselijk recht. De vorderingen tegen verweerders vloeiden voort uit handelingen en nalaten van SPDC en RDS in een niet-contractuele relatie, waardoor eisers schade hebben geleden. De feiten en de schade die eruit voortvloeide, vonden plaats in Ikot Ada Udo, Goi en Oruma, drie dorpen in Nigeria. Volgens Europees procesrecht is het toepasselijk recht in zulk geval het recht van de staat waar de schade zich voordoet²¹, in deze gevallen Nigeriaanse recht:

*“Unless otherwise provided for in this Regulation, the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur.”*²²

UITZONDERINGEN OP ARTIKEL 4 LID 1 ROME II – Artikel 4 van de Rome II Verordening maakt in leden 2 en 3 twee uitzonderingen op het beginsel van lid 1. Ten eerste is het recht van het land waar de persoon die de schade heeft geleden woont, van toepassing wanneer ook diegenen die aansprakelijk wordt gehouden voor deze schade daar woont²³. Ten tweede kan het recht van een ander land van toepassing zijn wanneer uit al de omstandigheden van de zaak blijkt dat de onrechtmatige daad of het delict manifest meer verbonden is met dat land²⁴. De tekst geeft als voorbeeld van zulke verbondenheid een eerdere contractuele relatie tussen de partijen die nauw verbonden is met onrechtmatige daad of het delict.

MILIEUSCHADE - Ten slotte bevat de Rome II Verordening een bijzondere bepaling voor schade aan het milieu en schade die personen lijden ten gevolge van zulke schade: vorderingen die voortvloeien uit zulke schade moeten beoordeeld worden volgens het recht dat van toepassing is volgens artikel 4, lid 1 Rome II Verordening, tenzij de persoon die compensatie vraagt kiest om haar vordering te laten beoordelen volgens het recht van het land waar de

²¹ G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Portland, Hart Publishing, 2013, 239; V. VAN DEN EECKHOUT, “Corporate Human Rights Violations and Private International Law”, *Contemporary Readings in Law and Social Justice* 2002, vol. 2, 189-192.

²² Artikel 4 Verordening (EG) nr. 864/2007 (Rome II Verordening).

²³ Artikel 4, lid 2 Rome II Verordening.

²⁴ Artikel 4, lid 3 Rome II Verordening.

feiten die aanleiding hebben gegeven tot de schade zich hebben voorgedaan²⁵. Met andere woorden zal het recht van het land waar de schade zich heeft voorgedaan van toepassing zijn. Wanneer de eiser kan aantonen dat een directe instructie of een nalatig gebrek aan controle door een (rechts)persoon in een lidstaat aan de oorzaak van de schade ligt, is op die feiten het recht van de lidstaat van toepassing²⁶.

NEDERLANDSE WET CONFLICTENRECHT ONRECHTMATIGE DAAD – De schadeverwekkende feiten in de drie zaken hebben zich voorgedaan voor 11 januari 2009, zodat ze buiten het temporeel toepassingsgebied van de Rome II Verordening vielen²⁷. Bijgevolg werd teruggevallen op de Nederlandse Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad (WCOD) welke bepaalt dat vorderingen die voortvloeien uit onrechtmatige daden moeten beoordeeld worden volgens het recht dat van toepassing is in de staat op wiens grondgebied de daad plaatsvindt²⁸.

UITZONDERINGEN OP ARTIKEL 3, LID 1 WCOD – Op grond van het Nederlandse conflictenrecht gelden op de regel van artikel 3, lid 1 WCOD enkele uitzonderingen. Het Nigeriaanse recht is niet van toepassing wanneer zou blijken dat het kennelijk onverenigbaar is met de Nederlandse openbare orde in de zin van artikel 10:6 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek (BW) of indien er voorrangregels van toepassing zijn in de zin van artikel 10:7 BW. In de onderhavige zaken was er geen sprake van zulke uitzonderingen, waardoor het Nigeriaanse recht van toepassing was.

TORTS – Het Nigeriaanse recht welke de rechter diende toe te passen, is een *common law* systeem gebaseerd op het Engelse recht²⁹. De vorderingen uit onrechtmatige daad van de eisers om RDS en SPDC aansprakelijk te houden, zijn in dit rechtstelsel vorderingen uit *torts*.

TORT OF NEGLIGENCE – Volgens Engelse rechtspraak heeft een verwerende partij een *tort of negligence*, een onrechtmatig nalaten, begaan wanneer deze zijn *duty of care* heeft geschonden tegenover de eisende partij³⁰. Er rust een *duty of care* vanwege de verwerende partij tegenover de eisende partij wanneer voorzienbaar was dat eisende partij schade zou lijden (*foreseeability*), wanneer

²⁵ Artikel 7 Rome II Verordening.

²⁶ G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Portland, Hart Publishing, 2013, 240.

²⁷ Artikelen 31 en 31 Rome II Verordening.

²⁸ Artikel 3 lid 1 WCOD; Incidentele conclusie houdende exceptie van onbevoegdheid, tevens voorwaardelijke conclusie van antwoord in de hoofdzaak van verweerders in de zaak Oruma (www.miliedefensie.nl).

²⁹ Rb. Kh. Den Haag, 30 januari 2013, www.miliedefensie.nl/shell.

³⁰ Donoghue v Stevenson 1932, UKHL 100, 26 May 1932 (www.bailii.org); R. CASTLE, “Lord Atkin and the Neighbour Test: Origins of the Principles of Negligence n Donoghue v. Stevenson”, *Ecclesiastical Law Journal* 2003, vol. 3, afl. 33, 210-214 (www.journals.cambridge.org); R. HEUSTON, “Donoghue v. Stevenson in Retrospect”, *The Modern Law Review* 1957, vol. 20, afl. 1, p.1-24 (www.heinonline.org).

er een band bestaat tussen de twee partijen (*proximity*) en wanneer het redelijk en billijk is om aan te nemen dat er een *duty of care* bestaat tussen partijen (*fair, just and reasonable*)³¹. Er is sprake van *proximity* tussen de partijen wanneer de verwerende partij expliciet een *duty of care* op zich heeft genomen ten aanzien van de eisende partij, wanneer er een bijzondere verhouding was tussen de verwerende partij en derden waardoor de verwerende partij toezicht op de derde moest houden of controle op de derde moest uitoefenen, wanneer de verwerende partij een gevaarlijke situatie in het leven heeft geroepen die door een derde kon worden misbruikt en zo tot schade kon leiden of wanneer de verwerende partij wist dat een derde een gevaarlijke situatie had gecreëerd terwijl die situatie onder zijn invloed stond³².

RYLANDS v. FLETCHER – Een bijzondere toepassing van deze *tort of negligence* is een regel die voortvloeit uit oude *case law*, namelijk uit de zaak *Rylands and Fletcher*. John Rylands was de eigenaar van een mijn die was ondergelopen door het nalatig aanleggen van een waterreservoir door zijn buur Thomas Fletcher. Mr. Fletcher werd aansprakelijk gehouden voor de schade van mr. Rylands. De regel die uit deze zaak van 1866 volgt, houdt in dat wanneer iemand iets onnatuurlijks op zijn grond aanbrengt dat op zich gevaarlijk is en hierover niet voldoende controle uitoefent en dus nalatig optreedt, aansprakelijk is voor schade die daardoor veroorzaakt wordt³³. Deze regel is in de Nigeriaanse wetgeving met betrekking tot het beheer van oliepijpleidingen vastgelegd onder artikel 11, lid 5, c van de Oil Pipelines Act (OPA):

*“The holder of a license shall pay compensation (...) to any person suffering damage (other than on account of his own default or on account of the malicious act of a third person) as a consequence of any breakage or leakage from the pipeline or an ancillary installation for any such damage otherwise not made good”*³⁴

SABOTAGE – De licentiehouders voor pijpleidingen draagt aldus de verantwoordelijkheid in Nigeria voor de schade voortvloeiend uit olielekken. Wanneer het lek echter is veroorzaakt door sabotage door derden of door de fout van de eisende partij zelf moet de licentiehouders van de pijpleiding niet instaan voor de schade. In onderhavige zaken heeft de rechtbank telkens geoordeeld dat de stelling van verweerders, namelijk dat de lekken ontstaan waren door sabotage, onvoldoende weerlegd was³⁵.

³¹ Caparo Industries plc v. Dickman & Others 1990, UKHL 2, 08 February 1990 (www.bailii.org).

³² Smith v. Littlewoods Organisation Ltd. 1987, UKHL 3, 05 February 1987. (www.bailii.org).

³³ Rylands v. Fletcher 1866, L.R. 1, Ex. 265 (www.westlaw.com); M. FORDHAM, “Nuisance Value – Rylands v. Fletcher Escapes Oblivion in Singapore”, *Singapore Journal of Legal Studies* 2006, p. 479-487 (www.heinonline.org); R. GLOFCESKI, “Reasonable Foreseeability, Pollution and the Rule in Rylands v. Fletcher”, *Hong Kong Law Journal* 1994, vol. 24, afl. 2, 189-195 (www.heinonline.org).

³⁴ Artikel 11, lid 5, c Oil Pipelines Act 1956.

³⁵ Rb. Kh. Den Haag, 30 januari 2013, www.milieudefensie.nl/shell.

CHANDLER V. CAPE – De enige vordering tegen RDS was gebaseerd op een recente uitspraak van de Engelse *Supreme Court*, namelijk in de zaak *Chandler v. Cape*. In deze zaak werd geoordeeld dat een moedervernootschap aansprakelijk gesteld kan worden voor activiteiten van haar dochterondernemingen met betrekking tot het gezondheids- en veiligheidsbeleid wanneer zij een *duty of care* op zich heeft genomen. *In casu* betrof het een werknemer van het Zuid-Afrikaanse Cape Building Products Limited, mr. Chandler, die blootgesteld was aan asbest in zijn werkomgeving. Nadat zijn vroegere werkgever ontbonden was, is hij een procedure begonnen tegen de Engelse moedervernootschap Cape PLC welke aansprakelijk werd gesteld voor mr. Chadler zijn schade³⁶. Een moedervernootschap heeft een *duty of care* voor activiteiten van haar dochterondernemingen op zich genomen wanneer de moeder- en dochtervernootschap in essentie dezelfde zijn, wanneer de moedervernootschap meer kennis heeft of zou moeten hebben over een bepaald relevant aspect van gezondheid en veiligheid in de bedrijfstak, wanneer de moedervernootschap kennis heeft of zou moeten hebben van de ongezonde werkomstandigheden bij haar dochteronderneming of wanneer de moedervernootschap weet of had moeten voorzien dat derden erop vertrouwen dat de moedervernootschap gebruik zou maken van haar kennis, zeker indien de moedervernootschap in het verleden al vaker is ingegrepen in het gezondheids- en veiligheidsbeleid van haar dochteronderneming³⁷.

GEEN TOEPASSING CHANDLER V. CAPE - De rechter in Den Haag was echter van oordeel dat *Chandler v. Cape* geen precedentwerking had in de zaken gebracht tegen Shell. Er werd geoordeeld dat de vennootschappen RDS en SPDC in essentie niet dezelfde zijn omdat ze zich met andere zaken bezighouden. RDS legt zich vooral toe op algemeen beleid en strategie management, terwijl SPDC zich concentreert op oliewinning in Nigeria. Verder oordeelde men dat er geen aanwijzingen waren dat RDS betere kennis had van de specifieke risico's die SPDC liep en dat er bijgevolg dus ook geen aanwijzingen waren dat de omwonenden zoals eisende partijen erop zouden hebben vertrouwd dat RDS zijn specifieke kennis zou gebruiken ter bescherming van de lokale gemeenschappen³⁸. In conclusie kon

³⁶ Chandler v. Cape 2012, EWCA Civ 525, 25 April 2012 (www.bailii.org); M. HUTCHINSON, "United Kingdom: Chandler v Cape: Piercing the Corporate Veil: Lessons in Corporate Governance", *Mondaq* 2012, www.mondaq.com. In een eerdere gelijkaardige zaak tegen een andere dochtervernootschap van Cape plc. (Glencor) zijn de partijen tot een schikking gekomen: er werd een vergoeding betaald van 10, 5 miljoen pond aan de 7500 eisers en er werd een fonds opgericht ter waarde van 35 miljoen pond voor de verdere behandeling van de slachtoffers die aan asbest-gerelateerde ziekten leden. Zie hierover <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/CapeGencorlawsuitsreSoAfrica>.

³⁷ M. HUTCHINSON, "United Kingdom: Chandler v Cape: Piercing the Corporate Veil: Lessons in Corporate Governance", *Mondaq* 2012, www.mondaq.com; LINKLATERS, "LL Environment and Climate Change Bulletin, Chandler v Cape plc", 2012, www.linklaters.com.

³⁸ Rb. Kh. Den Haag, 30 januari 2013, www.milieudefensie.nl/shell.

moedervenootschap RDS niet aansprakelijk gesteld worden voor de activiteiten van haar dochteronderneming SPDC³⁹.

TORTS OF NEGLIGENCE VAN SPDC DIE AFGEWEEZEN WERDEN – Doordat eerder was geoordeeld dat de lekkages veroorzaakt waren door sabotage door derden konden de vorderingen tegen SPDC volgens de *Ryland v. Fletcher* regel en voor *torts of nuisance*⁴⁰ niet standhouden. Verder besloot de rechtbank dat verweerders geen *tort of negligence* hadden gepleegd bij de reactie op de olie lekkages en de sanering van de olievervuiling. Ten slotte werd in de zaken aangehaald dat SPDC helemaal niet voldoet aan de Good Oilfield Practice Guidelines (GOP)⁴¹ en de Environmental Guidelines and Standards for the Petroleum Industry in Nigeria (EGASPIN)⁴², maar de rechtbank merkte op dat dezen slechts richtlijnen zijn welke niet juridisch bindend zijn voor SPDC.

TORT OF NEGLIGENCE VAN SPDC BIJ HET ONTSTAAN VAN DE OLIELEKKAGE – Nigeriaanse wetgeving bepaalt dat een beheerder van olie-installaties aansprakelijk is voor schade die het gevolg is van een gebrek aan bescherming, onderhoud of reparatie aan zijn installaties⁴³. De vorderingen die hieruit voortvloeien zijn vorderingen uit *tort of negligence*. Voor de zaken Goi en Oruma faalden deze vorderingen omdat de rechter van oordeel was dat SPDC voldoende maatregelen had genomen om de pijpleidingen te beschermen en onvoldoende was weerlegd dat de pijpleidingen gebrekkig waren onderhouden⁴⁴. Daarentegen besloot de rechtbank in Den Haag in de zaak Ikot dat SPDC wel een *tort of negligence* had gepleegd tegenover mr. Akpan door de exploratieput onvoldoende te beveiligen tegen sabotage^{45,46}. In de drie processen is dit de enige vordering waarin de eisers in hun gelijk werden gesteld.

MENSENRECHTEN – In de drie zaken worden de verweerders beschuldigd voor de aantasting van de lichamelijke integriteit van de slachtoffers van de olievervuiling. Eerder was SPDC al eens veroordeeld voor een dergelijke

³⁹ L. ENNEKING, “Zorgplichten van multinationals in Nederland”, *Nederlands Juristenblad* 2013, afl. 607, 744-750, www.kluwer.nl; M. VAN DER HEIJDEN, “Unique case against Shell – the first Dutch foreign direct liability case”, <http://invisiblecollege weblog.leidenuniv.nl/2013/02/08/%EF%BB%BFunique-case-against-shell-the-first-dutch-foreign-direct-liability-case/>.

⁴⁰ Schendingen van de genotsrechten op de grond en visvijvers van eisende partijen door de uitoefening van de rechten verleend door de licentie door verweerders: artikel 11, lid 5, a OPA.

⁴¹ http://www.nopta.gov.au/_documents/guidelines/good-oilfield-practice-guideline.pdf.

⁴² <http://dprnigeria.org.ng/dpr-operations/safety-environment/egaspin/>.

⁴³ Artikel 11, lid 5, b OPA.

⁴⁴ Dit lag onder meer aan de onderhavige bewijskwestie, zie hierover meer in L. ENNEKING, “Multinationals and transparency in foreign direct liability cases – The prospects for obtaining evidence under the Dutch civil procedural regime on the production of exhibits”, *The Dovenschmidt Quarterly* 2013, afl. 3, www.elevenjournals.com.

⁴⁵ Rb. Kh. Den Haag, 30 januari 2013, www.milieudefensie.nl/shell.

⁴⁶ Er is *in casu* dus geen sprake van een zogenaamde ‘piercing of the corporate veil’.

schending van mensenrechten⁴⁷. Toen had SPDC echter door actieve gedragingen de lichamelijke integriteit van omwonenden geschonden. Nu kon SPDC enkel eventueel een nalatigheid verweten worden. Daarboven bestaat er in Nigeriaanse rechtspraak geen precedent waarbij een laakbaar nalaten als een inbreuk op een mensenrecht wordt beschouwd. Aldus oordeelde de rechtbank dat ze in de horizontale verhoudingen zoals tussen SPDC en de eisende partijen niet kon besluiten tot een schending van mensenrechten⁴⁸.

2.3. TUSSENTIJDSE CONCLUSIE

EUROPEES EN NATIONAAL PROCESRECHT – De bevoegdheid van de Nederlandse rechtbank ten aanzien van RDS is een gevolg van de eenvoudige toepassing van artikel 5 lid 1, 3 van de Brussel I Verordening. De bevoegdheid van de Nederlandse rechters ten aanzien van SPDC daarentegen vloeide voort uit de aard van de vorderingen die gelijktijdig voor de Nederlandse rechters werden ingediend. De vordering tegen SPDC op zich (tegen een buitenlandse partij voor buitenlandse feiten van onrechtmatige daad) zou nooit ontvankelijk verklaard zijn, moest ze op haar eentje zijn ingediend. Door echter tegelijkertijd een vordering in te stellen tegen RDS in Nederland met dezelfde feiten als grondslag, konden de twee zaken samengevoegd worden door nationale procesregels met betrekking tot samenhang. Dit zou rechtsmisbruik uitgemaakt hebben, moest blijken dat de vordering tegen RDS op voorhand kennelijk kansloos was. Dit was *in casu* niet het geval door de *Chandler v Cape* rechtspraak.

WCOD EN ROME II – *In casu* bepaalde de toenmalige regels van Nederlands internationaal privaatrecht dat het recht van het land waarop de onrechtmatige daad zich heeft voorgedaan van toepassing is op de onderhavige zaak. In de huidige geldende Europese regels van internationaal privaatrecht gelden momenteel gelijkaardige regels. Voor milieuschade voorziet de Rome II Verordening in een bijzondere bepaling welke de slachtoffers toelaat te kiezen tussen het recht van het land waarin de onrechtmatige daad welke tot de milieuschade heeft geleden, heeft plaatsgevonden, of het land waarin de schade zich heeft voorgedaan.

TORT LAW – In *common law* is er sprake van een onrechtmatig nalaten, een *tort of negligence*, wanneer er voldaan is aan de vereisten van *foreseeability*, *proximity en reasonableness*. Uit *Rylands v Flechter* kan men afleiden dat een beheerder van oliepijpleidingen een *duty of care* op zich heeft genomen door deze potentieel gevaarlijke constructies op zijn land aan te brengen. Doordat in de zaken geoordeeld werd dat er onvoldoende tegenbewijs voorhanden was om het bewijs van sabotage te weerleggen, werd SPDC niet aansprakelijk gesteld.

⁴⁷ Gbemre v. Shel Petroleum Development Company Nigeria Limited and Others 2005, AHRLR 151 (NgHC 2005).

⁴⁸ Rb. Kh. Den Haag, 30 januari 2013, www.milieudefensie.nl/shell.

Naar mijn inzien is dit terecht voor het geval van Oruma, waar een duidelijk boorgat zichtbaar was. Voor de gevallen van Ikot en Goi is dit echter betreurenswaardig. In Ikot bestond het lek uit een sissende exploratieput, welke over een lange periode lekte. Dit wijst niet meteen op sabotage, maar eerder op een gebrekkige installatie. Het feit dat de put door een simpele draai met een Engelse sleutel kon gesaboteerd worden, speelde echter ook niet in het voordeel van eisende partijen⁴⁹. Vervolgens is het ook weinig waarschijnlijk dat het lek in Goi een gevolg was van sabotage, vermits het lek bestond uit een gekartelde scheur aan de onderkant van de pijpleiding. Verder heb ik ook mijn twijfels bij de ‘objectieve’ manier waarop de oorzaak van het lek wordt vastgesteld. Dit gebeurt aan de hand van een Joint Investigation Team (JIT) rapport, waarbij een panel van 2 vertegenwoordigers van Nigeriaanse overheidsinstanties, 2 vertegenwoordigers van de betrokken oliepijpleidingbeheerder en 2 vertegenwoordigers van de getroffen gemeenschap bij gewone meerderheid vaststellen welke de oorzaak is van het olielek⁵⁰. Hierbij fungeren de vertegenwoordigers van de overheid als marionetten van de oliemaatschappij en tekenen de vertegenwoordigers van de getroffen gemeenschap bijna nooit voor akkoord.

Verder oordeelde de rechtbank dat SPDC niet nalatig was geweest bij de sanering van de gelekte olie. Dit is bedenkelijk vermits de saneringswerkzaamheden bij de olie lekkage in Goi slechts hun aanvang kenden tweeëndertig maanden na de oliebrand. Deze vertraging was weliswaar niet aan SPDC te wijten, maar aan de Nigeriaanse overheid die bijna drie jaar nodig had om een kuisploeg op de been te krijgen. Er kunnen ook vragen gesteld worden bij de toegepaste normen en saneringstechnieken⁵¹, vermits deze in de praktijk meer slecht dan goed doen.

De vordering tegen de moedermaatschappij overeenkomstig de *Chandler v. Cape* criteria heeft in deze zaak een niet onbelangrijke rol gespeeld. Ze was doorslaggevend om de zaak voor de Nederlandse rechter te kunnen brengen. De Engelse *Supreme Court* is naar mijn mening echter wel te zuinig geweest in het aanreiken van mogelijkheden waaronder men een moederonderneming kan aansprakelijk houden voor feitelijkheden begaan door haar dochters. De voorwaarden van *Chandler v. Cape* zijn namelijk zeer restrictief en laten de multinationals vrij spel om hun verantwoordelijkheden met betrekking tot de praktijken van hun dochterondernemingen te ontlopen.

⁴⁹ Toch niet voor de aansprakelijkheid volgens *Rylands v. Fletcher*. Het feit dat de put zo gemakkelijk gesaboteerd kon worden speelde wel in het voordeel van eisende partijen voor de vaststelling van een *tort of negligence* van SPDC tegenover Akpan bij het ontstaan van de olie lekkage, waarover verder meer.

⁵⁰ Rb. Kh. Den Haag, 30 januari 2013, www.milieudefensie.nl/shell.

⁵¹ Zie onder meer het rapport “Environmental Assessment of Ogoniland” van het United Nations Environment Programme (UNEP) in het kader van de Verenigde Naties, http://postconflict.unep.ch/publications/OEA/UNEP_OEA.pdf.

De overwinningen die door de eisers werden behaald in *Milieudefensie v. Shell* waren vooral in de bevoegdheidskwesties. De belangrijkste zege was de jurisdictie van de Nederlandse rechtbank over de Nigeriaanse feiten en de Nigeriaanse dochteronderneming. De jurisdictie over de Nederlandse moederonderneming met betrekking tot de feiten van haar dochteronderneming geeft daarboven een belangrijk signaal naar multinationals, namelijk dat ze niet meer buiten schot staan voor mensenrechtenschendingen van hun dochterondernemingen. De uitkomst van de zaak was echter vrij teleurstellend. Omwille van diverse factoren, zoals boven uiteengezet, is maar één eis tegen Shell geslaagd, namelijk de vordering wegens *tort of negligence* van SPDC bij het ontstaan van de olie lekkage. Het verhaal van *Milieudefensie v. Shell* is echter nog niet gedaan vermits Milieudefensie in beroep is gegaan tegen de uitspraken van de rechtbank van Den Haag⁵².

3. VERSCHILLENDE MOGELIJKHEDEN TOT FOREIGN DIRECT LIABILITY CLAIMS

3.1. THE ALIEN TORT ACT IN DE VERENIGDE STATEN

28 U. S. C. §1350 – In de Verenigde Staten was de *Alien Tort Claims Act* (ATCA)⁵³ tot voor kort het middel bij uitstek om bedrijven aansprakelijk te houden voor schendingen van mensenrechten. Een uitspraak van de *US Supreme Court* in de zaak *Kiobel* op 17 april 2013 bracht daar grondig verandering in. De tekst van de ATCA luidt als volgt:

*“The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.”*⁵⁴

JURISDICTIE – De ATCA schept jurisdictie ten aanzien van de Amerikaanse federale rechtbanken wanneer aan drie voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet de eiser een vreemdeling zijn, ten tweede moet deze eiser een *tort* aanvoeren en ten slotte dient deze *tort* een schending van internationaal recht uitmaken⁵⁵. De nationaliteit van de verweerder is dus irrelevant. De eiser dient

⁵²<http://nos.nl/audio/468150-shell-tevreden-over-uitspraak-milieudefensie-gaat-in-beroep.html>;
<http://www.demorgen.be/dm/nl/996/Economie/article/detail/1570972/2013/01/30/Shell-komt-goed-weg-na-olieschade-in-Nigeria.dhtml>.

⁵³ Alien Tort Claims Act (ATCA), ook wel Alien Tort Statute (ATS) of Alien Tort Claim Statute (ATCS) genaamd.

⁵⁴ 28 United States Code § 1350.

⁵⁵ *Filartiga v Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 880 (2d Cir. 1980); J. CHOMSKY, “Will the real ATS please stand up?”, *Suffolk Transnational Law Review* 2010, vol. 33, afl. 3, 461-474, www.heinonline.org; J. DONNELLY-SAALFIELD, “Irreparable Harms: How the Devastating Effects of Oil Extraction in

aan te tonen dat vanuit de internationale gemeenschap een zekere consensus af te leiden valt dat een bepaalde gedraging een schending is van een internationale norm⁵⁶. Hiervoor kan men zich baseren op rechtsleer wanneer er geen internationale verdragen voorhanden zijn⁵⁷. Dit is vaak echter geen gemakkelijke opgave voor de eiser⁵⁸.

ONDUIDELIJKHEID - Er bestaat echter nog heel wat onenigheid over de mogelijkheden die deze beperkte tekst biedt aan slachtoffers van mensenrechtenschendingen om hun zaak voor de Amerikaanse federale rechtbanken te brengen. Deze onduidelijkheden dienen volgens *common law* opgehelderd te worden door de rechtspraak. Recent is door de uitspraak van de *United States Supreme Court* in de zaak *Kiobel v. Royal Dutch Shell*⁵⁹ enige richting gegeven over het toepassingsgebied van *Alien Tort Act*, maar de uitspraak laat nog onduidelijkheden over. Een vordering overeenkomstig de ATCA moet overigens nog rekening houden met andere obstakels zoals de *Marbury v. Madison* doctrine en kwesties van *comity*.

POLITIEKE KWESTIES – Zoals in 4. VERGELIJKBARE ZAKEN IN ANDERE RECHTSORDEN zal blijken is het niet ongewoon voor bepaalde multinationals om betrokken te zijn met grove mensenschendingen zoals foltering en moorden. Vaak vinden deze feiten ook plaats in economisch zwakkere landen met een zwakke wetgeving en dubieuze overheid waar zulke grote multinationals een grote invloed hebben op staatsinkomsten. Aldus zijn de zaken waarin grote multinationals voor de federale rechtbanken in de Verenigde Staten worden gedaagd vaak zeer politiek geladen kwesties. Volgens de *Marbury v. Madison* doctrine mogen Amerikaanse rechtbanken afzien om zulke zaken te horen. Wanneer de uitvoerende of wetgevende macht beter geplaatst is om te oordelen over de zaak kan een rechtbank zich

Nigeria Have Not Been Remedied by Nigerian Courts, the African Commission, or U.S. courts”, *Hastings West-Northwest Journal of Environmental Law and Policy* 2009, vol. 15, afl. 2, 371-420.

⁵⁶ The Paquette Habana, 175 U.S. 677, 700 (1900).; *Sosa v Alvarez-Machain*, 124 S. Ct. 2739, 2769 (2004); C. FORCESE, “The ATCA’s Achilles Heel: Corporate Complicity, International Law and the Alien Tort Claims Act”, *The Yale Journal of International Law* 2001, vol. 26, p. 495-496, www.heinonline.org; B. MANK, “Can Plaintiffs Use Multinational Environmental Treaties as Customary International Law to Sue Under the Alien Tort Statute?”, *Utah Law Review* 2007, afl. 4, 1085-1170, www.heinonline.org; S. STEWART, “A Limited Future: The Alien Tort Claims Act Impacting Environmental Rights: Reconciling Past Possibilities with Future Limitations”, *American Indian Law Review* 2006, afl. 31, 743-763, www.heinonline.org; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Portland, Hart Publishing, 2013, 230.

⁵⁷ *Unites States v Smith*, 18 U.S. (5 Wheat.) 153, 160-61 (1820); *Hilton v Guyot*, 159 U.S. 113, 163 (1895); *Filartiga v Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 880 (2d Cir. 1980); *Kadic v Karadzic*, 70 F.3d 232, 238 (2d Cir. 1995).

⁵⁸ C. FORCESE, “The ATCA’s Achilles Heel: Corporate Complicity, International Law and the Alien Tort Claims Act”, *The Yale Journal of International Law* 2001, vol. 26, 496, www.heinonline.org. Zie onder andere ook de Coca Cola case en de Freeport case waar de rechtbanken besloten dat er geen sprake was van een schending van internationaal recht, ondanks de ernst van de feiten.

⁵⁹ *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co.* 133 S.Ct. 1659 (2013).

onthouden van een oordeel⁶⁰. Dit kan een rechtbank echter niet weerhouden te oordelen over een zaak⁶¹. De rechtbank is ook niet gebonden door een aanbeveling van de uitvoerende macht. Zo kan de rechtbank toch over zaken oordelen nadat ze is aanbevolen geweest dat de uitvoerende macht een beter geschikt forum is voor de zaak⁶².

COMITY – De doctrine van *international comity* laat rechtbanken rekening houden met de jurisdictie van andere rechtbanken en de soevereiniteit van andere staten wanneer een eventuele uitspraak in de zaak een belemmering zou inhouden van de internationale betrekkingen van de Verenigde Staten⁶³. Door deze doctrine kunnen rechtbanken geneigd zijn een zaak af te wijzen en het oordeel over te laten aan de nationale rechtbanken waar de feiten hebben plaatsgevonden wanneer er geen sprake is van een zwart op wit schending van internationale normen⁶⁴.

FORUM NON CONVENIENS – Het principe van *forum non conveniens* houdt in dat een rechtbank niet oordeelt over een zaak wanneer er een ander en adequaat forum aanwezig is om te oordelen over de zaak⁶⁵. Het verweer dat dit principe voor de rechtbank aanhaalt, gebruikt hiervoor niet altijd alleen politieke argumenten. Zo kan men bijvoorbeeld aanhalen dat de feiten hebben plaatsgevonden in het buitenland waardoor de kosten voor het overbrengen van bewijs en getuigen naar de Verenigde Staten kunnen vermeden worden

⁶⁰ Marbury v Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); S. BACHMANN, “Human Rights litigation against corporations”, *Journal of South African Law* 2007, afl. 1, 292-309, www.heinonline.org; J. HORLICK, J. CYR, S. REYNOLDS, A. BEHRMAN, “American and Canadian Civil Actions Alleging Human Rights Violations Abroad by Oil and Gas Companies”, *Alberta Law Review* 2008, vol. 45, afl. 3, 653-691, www.heinonline.org; A. SACHAROFF, “Multinationals in host countries: Can they be held liable under the Alien Tort Claims Act for human rights violations?”, *Brooklyn Journal on International Law* 1998, vol. 23, afl. 3, p. 937-958, www.heinonline.org.

⁶¹ *Filatiga v Peña-Irala*, 630 F.2d 876, 880 (2d Cir. 1980).

⁶² *Sarei v Rio Tinto PLC*, 221 F. Supp.2d 1116, 1121 (C.D. Cal. 2002).

⁶³ G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Portland, Hart Publishing, 2013, 236; J. BLUM, R. STEINHARDT, “Federal Jurisdiction over International Human Rights Claims: The Alien Tort Claims Act: after *Filatiga v. Peña-Irala*”, *Harvard International Law Journal* 1981, vol. 22, afl. 1, p. 82-87, www.heinonline.org; L. ENNEKING, “Aansprakelijkheid via ‘foreign direct liability claims’ Den Haag is weer even de ‘Legal Capital of the World’”, *Nederlands Juristenblad* 2010, afl. 318, 400-406, www.deeplinking.kluwer.nl.

⁶⁴ *Kiobel et al. v. Shell*, 06-4800-cv & 064876-cv (2nd cir. 2011); J. HORLICK, J. CYR, S. REYNOLDS, A. BEHRMAN, “American and Canadian Civil Actions Alleging Human Rights Violations Abroad by Oil and Gas Companies”, *Alberta Law Review* 2008, vol. 45, afl. 3, 653-691, www.heinonline.org.

⁶⁵ J. BLUM, R. STEINHARDT, “Federal Jurisdiction over International Human Rights Claims: The Alien Tort Claims Act: after *Filatiga v. Peña-Irala*”, *Harvard International Law Journal* 1981, vol. 22, afl. 1, p. 103-107, www.heinonline.org; J. DRIMMER, S. LAMOREE, “Think Globally, Sue Locally: Trends and Out-of-Court Tactics in Transnational Tort Actions”, *Berkely Journal of International Law* 2011, vol. 29, afl. 2, 456-528, www.heinonline.org; J. HORLICK, J. CYR, S. REYNOLDS, A. BEHRMAN, “American and Canadian Civil Actions Alleging Human Rights Violations Abroad by Oil and Gas Companies”, *Alberta Law Review* 2008, vol. 45, afl. 3, 653-691, www.heinonline.org; E. SMITH, “Right to Remedies and the Inconvenience of Forum Non Conveniens: Opening U.S. Courts to Victims of Corporate Human Rights Abuses”, *Columbia Journal of Law and Social Problems* 2010, vol. 44, afl. 1, 145-193, www.heinonline.org.

door de zaak in dat land te voeren⁶⁶. Vervolgens wanneer een andere jurisdictie meer geschikt wordt verklaard en er een definitief vonnis is uit deze jurisdictie, volgt er vaak ook een kwestie van uitvoerbaarheid van buitenlandse vonnissen in de nationale rechtsorde⁶⁷.

TOEPASSELIJK RECHT – Uit de tekst van de ATCA is niet volledig duidelijk uit te maken op welk recht de Amerikaanse rechter zich moet baseren bij de beoordeling van een zaak. De meerderheid van de rechtspraak en rechtsleer is het eens dat de rechters enkel naar internationaal recht mogen kijken bij de beoordeling⁶⁸. Vermits er nog geen uitspraak is van de *US Supreme Court* die zekerheid kan scheppen over deze kwestie kunnen lagere rechtbanken afwijken van deze meerderheid. Zo heeft een rechtbank in California geoordeeld dat in een zaak met feiten uit Nigeria in de plaats van het Nigeriaanse recht het recht van California moest toegepast worden⁶⁹. Andere rechters vinden dan weer dat *domestic common law* de gaten in internationaal recht kunnen opvullen.⁷⁰ Dit is echter strijdig met de tekst van de ATCA welke uitdrukkelijk verwijst naar “*the law of nations or a treaty of the United States*”⁷¹

AANSPRAKELIJKHEID VAN BEDRIJVEN IN INTERNATIONAAL RECHT – De vraag naar het toepasselijk recht is ook relevant voor de kwestie of multinationals nu aansprakelijk kunnen gesteld worden voor mensenrechtenschendingen. Klassiek konden rechtspersonen niet aansprakelijk gesteld worden voor schendingen van mensenrechten. Deze idee ontstond ten tijde van de Nuremberg rechtszaken waarin men oordeelde dat bedrijven wel als crimineel konden worden beschouwd maar enkel in een proces tegen een natuurlijk persoon. Recent ontstaat er echter een internationale trend om bedrijven aansprakelijk te stellen voor misdrijven en schendingen van internationale

⁶⁶ S. BACHMANN, “Human Rights litigation against corporations”, *Journal of South African Law* 2007, afl. 1, 292-309, www.heinonline.org; J.E. BALDWIN, “International Human Rights Plaintiffs and the Doctrine of Forum Non Conveniens”, *Cornell International Law* 2007, vol. 40, 749-798, www.heinonline.org.

⁶⁷ Zie bv. *Aguinda v Texaco, Inc.* 303 F.3d 470, 478 (2d Cir. 2002); L. DHOOGHE, “*Aguinda v. ChevronTexaco: Mandatory grounds for the non-recognition of foreign judgments for environmental injury in the United States*”, *Journal of Transnational Law & Policy* 2009, vol. 19, p. 1-60, www.heinonline.org.

⁶⁸ *Sarei v Rio Tinto PLC*, 221 F. Supp.2d 1116, 1121 (C.D. Cal. 2002); *Sosa v Alvarez-Machain*, 124 S. Ct. 2739, 2769 (2004); C. FORCESE, “The ATCA’s Achilles Heel: Corporate Complicity, International Law and the Alien Tort Claims Act”, *The Yale Journal of International Law* 2001, vol. 26, p. 495-496, www.heinonline.org; J. BLUM, R. STEINHARDT, “Federal Jurisdiction over International Human Rights Claims: The Alien Tort Claims Act: after *Filartiga v. Peña-Irala*”, *Harvard International Law Journal* 1981, vol. 22, afl. 1, p. 97-103, www.heinonline.org.

⁶⁹ *Bowota v Chevron*, 621 F.3d, 1116 (9th Cir. 2010): De rechtbank oordeelde dat de belangen van de staat California om te verzekeren dat haar bedrijven zich wereldwijd op een gepaste manier gedragen de wetgevende belangen van Nigeria overstijgen.

⁷⁰ *Doe v Unocal Corp.* 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002); D. BRANSON, “Holding Multinational Corporations Accountable? Achilles’ Heel in Alien Tort Claims Act Litigation”, *Santa Clara Journal of International Law* 2011, vol. 9, afl. 1, 227-251, www.heinonline.org; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Portland, Hart Publishing, 2013, 232.

⁷¹ 28 U.S.C. §1350.

verdragen⁷². Zo is in 2002 besloten dat bedrijven aansprakelijk kunnen gesteld worden voor schendingen van mensenrechten volgens internationaal recht⁷³.

IN KIOBEL GEEN AANSPRAKELIJKHEID VAN BEDRIJVEN VOLGENS INTERNATIONAAL RECHT - In *Kiobel* werd dan weer door de federale rechter in beroep (*US Court of Appeals, Second Circuit*) besloten dat bedrijven niet aansprakelijk konden gesteld worden voor schendingen van internationaal recht wegens een gebrek aan precedentes. De rechtbank argumenteerde dat ze slechts een vordering volgens de ATCA kon toekennen wegens een schending van internationaalrechtelijke normen die ‘*specific, universal and obligatory*’ zijn. Vervolgens stelde ze vast dat er geen nieuwe gezaghebbende uitspraken in het internationaal recht zijn geweest sinds de Nurembergprocessen. Vermits in deze zaken werd geoordeeld dat bedrijven geen internationaalrechtelijke aansprakelijkheid dragen, had ze dus geen rechtsgrond waarop ze het tegengestelde kon baseren⁷⁴. De *US Supreme Court* heeft zich later over deze kwestie niet uitgesproken⁷⁵, waardoor gelijkwaardige rechtbanken zich niet hoeven te houden aan de uitspraak van de *Second Circuit Court*⁷⁶.

DE VROEGERE RUIME BESCHERMING DOOR DE ATCA - Zoals hierboven uiteengezet bood de ATCA ruime mogelijkheden om multinationals voor de federale rechtbanken aan te klagen voor schendingen van mensenrechten. Vanaf een onderdaan van een andere staat kon aantonen dat er voldoende bewijs voorhanden was om aan te tonen opdat sprake was een schending van internationaalrechtelijk erkende normen kon deze een *tort claim* indienen voor de bevoegde federale rechtbank in de Verenigde Staten, ongeacht de nationaliteit van de verweerder.

KIOBEL V ROYAL DUTCH PETROLIUM CO. – Deze zaak toont veel gelijkenis met de drie zaken die in 2. MILIEUDEFENSIE V. SHELL besproken zijn. Esther Kiobel (voor haar overleden echtgenoot) en verschillende andere inwoners van Ogoniland dienden een klacht in tegen Royal Dutch Petroleum

⁷² Guiding Principles on business and human rights 16/6/2011 UN Human Rights Counsel; Nuremberg Charter, Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal, Charter II, art. 9, 82 U.N.T.S. 280; D. CASSEL, “Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts”, *Northwestern Journal of International Human Rights* 2008, vol. 6, afl. 2, 315-326, www.scholarlycommons.law.northwestern.edu; E. ENGLE, “Extraterritorial Corporate Criminal Liability: A remedy for human rights violations?”, *St. John’s Journal of Legal Commentary* 2006, vol. 20, afl. 2, 287-339, www.heinonline.org.

⁷³ *Doe v Unocal Corp.* 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002) en opnieuw bij *Khulumani v Barclay National Bank Ltd.* 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007).

⁷⁴ *Kiobel v Royal Dutch Shell Petroleum Co.* 621, F.3d 111 (2d Cir. Sept. 17. 2010): <http://online.wsj.com/public/resources/documents/091710atsruling.pdf>.

⁷⁵ E. HOLLAND, “What Might Liability under the ATCA Look Like Post-Kiobel?: The Example of Private Contractors”, *JD Supra Law News* 2013, <http://www.jdsupra.com/legalnews/what-might-liability-under-the-ATCA-look-87846/>.

⁷⁶ Het *US Supreme Court* zou deze vraag beantwoorden in de zaak *Rio Tinto v. Sarei*, maar het beroep bij de *US Supreme Court* is na *Kiobel* zonder voorwerp verklaard.

Company (RDS), Shell transport and Trading Company, p.l.c. gevestigd in het Verenigd Koninkrijk en Shell Petroleum Development Company of Nigeria, Ltd. (SPDC) voor schendingen van mensenrechten. *In casu* was er sprake van grovere mensenrechtenschendingen dan het geval was in de *milieudefensie v. Shell* zaken. Shell werd namelijk beschuldigd van medeplichtigheid aan het slagen, willekeurig arresteren, verkrachten, vermoorden en executeren van inwoners van Ogoniland door het Nigeriaanse leger⁷⁷.

ENKEL ‘DOMESTIC CONDUCT’ – De *Kiobel* zaak is uiteindelijk beslecht met een baanbrekend arrest van het *US Supreme Court*⁷⁸. In dit arrest voegde het hoogste gerechtshof een voelbare beperking toe aan het toepassingsgebied van de ATCA waardoor veel *Alien Tort Claims* zaken zullen afgewezen worden. De rechtspraak van de *US Supreme Court* bepaalt dat voor een wet om extraterritoriale toepassing te hebben er duidelijke indicaties moeten aanwezig zijn welke aantonen dat de wetgever wel degelijk de bedoeling had zulke werking aan de wet te geven⁷⁹. In lijn met *Morrison* oordeelde het hof dat aan de ATCA geen extraterritoriale werking toekomt omdat de Amerikaanse wetgever in de tekst van de ATCA onvoldoende heeft aangegeven dat ze extraterritoriale werking wou geven aan de wet⁸⁰. Daarbij bepaalt het hof dat wanneer de relevante feiten kunnen verbonden worden met het grondgebied van de Verenigde Staten, deze verbinding sterk genoeg moet zijn om de extraterritorialiteit te verantwoorden. De loutere aanwezigheid van een bedrijf in het land is daarvoor niet voldoende⁸¹. Bijgevolg kunnen enkel feiten die (grotendeels)⁸² hebben plaatsgevonden in de Verenigde Staten een *alien tort claim* verantwoorden⁸³.

⁷⁷ C. KEITNER, “Introductory note to U.S. second circuit court of appeals: *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*”, *International Legal Materials*, vol. 49, afl. 6, 1510-1569, www.heinonline.org; http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/ShellaswuitreNigeria.

⁷⁸ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 621 F. 3d 111 (17 april 2013).

⁷⁹ *Morrison v National Australia Bank, Ltd.* 561 U.S. (2010); *Microsoft Corp. v AT&T Corp.* 550 U.S. 437, 454 (2007) “... United States law governs domestically but does not rule the world.”.

⁸⁰ Het hof haalt ook aan dat indien zij extraterritorialiteit zou aanvaarden, dit tot gevolg kan hebben dat Amerikaanse burgers voor schendingen van internationaal recht begaan in de Verenigde Staten voor de rechtbanken van andere landen worden gedaagd.

⁸¹ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 621 F. 3d 111 (17 April 2013).

⁸² Om te voldoen moeten de feiten die in de Verenigde Staten hebben plaatsgevonden voldoende zijn om een schending van internationaal recht te bewijzen. 569 U.S. (2013) concurring opinion Justice Alito and Justice Thomas; *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, 582 F.3d 244, 247 (2d Cir. 2009).

⁸³ G.; PARIZA, “Genocide, Inc.: Corporate Immunity to Violations of International Law after *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*”, *Loyola University Chicago International Law Review* 2010, vol. 8, afl. 2, 229-254; J. VAN DETTA, “Some Legal Considerations for E.U.-Based MNEs contemplating high-risk foreign direct investments in the energy sector after *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* and *Chevron Corporation v. Naranjo*”, *South Carolina Journal of International Law & Business* 2013, vol. 9, afl. 2, 161-283, www.heinonline.org.

MOGELIJKHEDEN DIE KIOBEL OPENLAAT – Wanneer de verweerders Amerikaanse burgers zijn of zich schuilhouden in de Verenigde Staten is het wel nog steeds mogelijk om een *tort claim* in te dienen onder de ATCA⁸⁴. Voornamelijk de zogenaamde ‘*foreign cubed cases*’ met een buitenlandse eiser, een buitenlandse verweerder voor feiten uit het buitenland worden dus uitgesloten met *Kiobel*⁸⁵. Het hof stelt ook dat ze in de toekomst genoodzaakt kan zijn bij grove schendingen van internationaalrechtelijke principes ter bescherming van personen om het extraterritoriale toepassingsgebied van de ATCA verder toe te lichten^{86,87}.

NOG VEEL ONDUIDELIJKHEDEN – Hoewel met de nieuwe *Kiobel* uitspraak een zware beperking is toegevoegd aan *Alien Tort Liability* zaken, blijft er veel onzeker over het toepassingsgebied van de ATCA. Zo heeft het *US Supreme Court* zich nog niet uitgesproken over de vraag of bedrijven internationaalrechtelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor schendingen van internationaal recht⁸⁸. Het hof heeft bepaald dat er een sterke verbondenheid moet zijn met de Verenigde Staten om eventuele extraterritorialiteit te verantwoorden, maar heeft nagelaten te verduidelijken wat dit precies inhoudt. Daarboven wordt de indruk gegeven dat de ernst van de schending van internationaal recht een invloed kan hebben op eventuele extraterritorialiteit⁸⁹. De uitspraak in *Kiobel* heeft het aldus moeilijker gemaakt

⁸⁴ 569 U.S. (2013) Justice Breyer concurring opinion in the judgment; G. STOHR, “Companies Shielded as U.S. Court Cuts Human-Rights Suits”, *Bloomberg* 2013, <http://www.bloomberg.com/news/2013-04-17/companies-get-shield-as-top-u-s-court-curbs-human-rights-suits.html>.

⁸⁵ E. HOLLAND, “What Might Liability under the ATCA Look Like Post-Kiobel?: The Example of Private Contractors”, *JD Supra Law News* 2013, <http://www.jdsupra.com/legalnews/what-might-liability-under-the-ATCA-look-87846/>.

⁸⁶ 569 U.S. (2013) concurring opinion Justice Kennedy; R. CITRON, “Seven Ways of Looking at *Kiobel* v. Royal Dutch Petroleum and the Supreme Court Under Chief Justice John Roberts”, 2013, <http://verdict.justia.com/2013/07/03/seven-ways-of-looking-at-kiobel>; R. SAMP, “Supreme Court Observations: *Kiobel* v. Royal Dutch Petroleum & the Future of Alien Tort Litigation”, *Forbes* 2013, <http://www.forbes.com/sites/wlf/2013/04/18/supreme-court-observations-kiobel-v-royal-dutch-petroleum-the-future-of-alien-tort-litigation/>.

⁸⁷ Amerikaanse rechtsleer verwacht door de recente uitspraak van de *US Supreme Court* dat in de toekomst *foreign direct liability claims* gebaseerd zullen worden op deelstatelijk procesrecht, voor zover deze daartoe ruimte laat: E. HOLLAND; “What Might Liability under the ATCA Look Like Post-Kiobel?: The Example of Private Contractors”, *JD Supra Law News* 2013, <http://www.jdsupra.com/legalnews/what-might-liability-under-the-ATCA-look-87846/>; M. REQUEJO, “The *Kiobel* Judgment of the US Supreme Court and the Future of Human Rights Litigation – Seminar at the MPI Luxembourg”, *Conflict of Laws.net*, http://conflictolaws.net/2013/the-kiobel-judgment-of-the-us-supreme-court-and-the-future-of-human-rights-litigation-seminar-at-the-mpi-luxembourg/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+conflictolaws%2FRSS+%28Conflict+of+Laws+.net%29.

⁸⁸ Veel zaken, waaronder de Exxon Mibil zaak en de Nestlé zaak (zie 4. VERGELIJKBARE ZAKEN IN ANDERE RECHTSORDES), wachten op een antwoord van de US Supreme Court met betrekking tot deze vraag.

⁸⁹ In de zaak *Sarie v. Rio Tinto* (Plc, 02-56256, U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit) over feiten van genocide werd echter geen rekening gehouden met de ernst van de feiten en werd na de *Kiobel* uitspraak de afwijzing van de lagere rechtbank bevestigd in beroep (ondanks de jurisdictie

voor slachtoffers van mensenrechtenschendingen buiten de Verenigde Staten om hun zaak voor de Amerikaanse federale rechtbanken te brengen. Het zal er in de toekomst voor mensenrechtenadvocaten op neerkomen om hun zaak proberen te onderscheiden van *Kiobel* en om eventueel enige band met de Verenigde Staten proberen aan te tonen in geval van zware mensenrechtenschendingen.

3.2. BRUSSEL I IN DE EUROPESE UNIE

DOMICILED IN A MEMBER STATE – Zoals hierboven uiteengezet bij de bespreking van *milieudefensie v Shell*⁹⁰ zijn het voornamelijk de Europese bepalingen van internationaal privaatrecht die de jurisdictie bepalen en de bevoegdheid van Europese rechtbanken vaststellen. Wanneer een bedrijf gevestigd is in een Europese lidstaat kan deze in die lidstaat voor de rechter gebracht worden⁹¹. Een rechtspersoon die gedomicilieerd is in een lidstaat volgens artikel 60, lid 1 Brussel I Verordening kan voor vorderingen met betrekking tot een onrechtmatige daad, delict of quasi-delict ook voor de rechtbanken worden gedaagd van de staat waar de schadeverwekkende feiten hebben plaatsgevonden⁹². Dit artikel doet geen afbreuk aan de jurisdictie van de rechtbank waar de persoon gedomicilieerd is overeenkomstig artikel 2, lid 1 Brussel I Verordening.

GEEN FORUM NON CONVENIENS – Door de dwingende werking van de Brussel I Verordening kunnen rechtbanken in principe geen zaken weigeren op basis van de *forum non conveniens* regel omdat ze niet in de Verordening is inbegrepen⁹³. De Europese regeling laat niet even veel zaken toe als de ATCA, maar de uitsluiting van de *forum non conveniens* regel biedt een duidelijk voordeel ten opzichte van de Amerikaanse rechtbanken. In Europese landen met een *common law* traditie die onderworpen zijn aan de verordening kan deze regel wel nog de toegang tot de Europese rechtbank verhinderen⁹⁴.

van Amerikaanse rechtbanken ten aanzien van Amerikaanse bedrijven die medeplichtig zijn aan genocide in het buitenland ex. Artikel 18 U.S.C. §1091): J. STEMPEK, “Rio Tinto wins end to human rights abuse lawsuit in U.S.”, *The Star* 2013, <http://www.thestar.com.my/story.aspx?file=%2f2013%2f6%2f29%2fworlupdates%2frio-tinto-wins-end-to-human-rights-abuse-lawsuit-in-us&sec=Worldupdates>.

⁹⁰ 2. MILIEUDEFENSIE V. SHELL, 2.1. BEVOEGDHEID NEDERLANDSE RECHTBANK.

⁹¹ Artikel 2, lid 1 Brussel I Verordening; L. ENNEKING, “Aansprakelijkheid via ‘foreign direct liability claims’ Den Haag is weer even de ‘Legal Capital of the World’”, *Nederlands Juristenblad* 2010, afl. 318, 400-406, www.deeplinking.kluwer.nl.

⁹² Artikel 5, lid 3 Brussel I Verordening; HvJ 30 november 1976, Mines de potasse d’Alsace, 21/76, www.eur-lex.europa.eu.

⁹³ HvJ. C-281/02 Owusu, (2005), <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db57b81740afcd4bf29bf690412f57c9ea.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLchf0?text=&docid=66459&pageIndex=0&doclang=NL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=49349>.

⁹⁴ L. ENNEKING, “Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Foreign Direct Liability Cases”, *The George Washington International Law Review* 2009, vol. 40, 903-938, www.heinonline.org.

TOEPASSELIJK RECHT – De Rome II Verordening stelt ook duidelijk dat in geval van vorderingen voor onrechtmatige daad het recht van het land waar de schade zich voordoet van toepassing is, ongeacht het land waar het schadeverwekkend feit heeft plaatsgevonden en ongeacht eventuele derde landen waar schade is aangericht door hetzelfde feit⁹⁵. Wanneer echter zowel het slachtoffer als de verweerder beide gevestigd zijn in hetzelfde land wanneer de schade zich voordoet, is het recht van dat land van toepassing⁹⁶. Men wijkt ook van de algemene regel van artikel 4, lid 1 Rome II af wanneer uit al de omstandigheden van de zaak duidelijk blijkt dat de onrechtmatige daad klaarblijkelijk nauwer verwant is met een land dat niet bedoeld is in lid 1 en 2, bijvoorbeeld wanneer dit blijkt uit een voorafgaande verhouding tussen de eiser en de verweerder⁹⁷.

TOEGANG TOT EEN RECHTBANK – Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) beschermt het recht op de toegang tot een rechtbank⁹⁸. Rechtbanken van landen die deel uitmaken van dit verdrag moeten dit recht respecteren vanaf dat een burgerlijke vordering voor hun rechtbank wordt aangebracht⁹⁹. Wanneer duidelijk is dat de eiser geen rechtsbescherming meer zal genieten in zijn thuisland wordt aldus op basis van artikel 6 EVRM jurisdictie gecreëerd ten aanzien van het land waar een vordering wordt ingesteld door het louter instellen van deze vordering¹⁰⁰. Hiervoor moet dit land wel het recht om die bepaalde vordering in te stellen kennen en moet die vordering binnen het toepassingsgebied van artikel 6 vallen. Aan deze voorwaarden zal in de meeste gevallen zijn voldaan. Dit is niet het geval wanneer bijvoorbeeld de vordering vreemd is aan het recht van het land waar men een vordering instelt¹⁰¹.

LAATSTE REDMIDDEL – Wanneer men met de Europese regels van internationaal privaatrecht niet terecht kan bij de rechtbank van zijn keuze, blijven de nationale regels van procesrecht en internationaal privaatrecht over als laatste reddingsboei. Het zijn deze regels die eventueel echte *foreign direct liability claims* zullen toelaten. Deze regels kunnen allerlei vormen aannemen¹⁰². Jurisdictie ten aanzien van bedrijven waarvoor men geen jurisdictie heeft volgens Brussel I, kan bijvoorbeeld voortvloeien uit regels van

⁹⁵ Artikel 4 Rome II Verordening.

⁹⁶ Artikel 4, lid 2 Rome II Verordening.

⁹⁷ Artikel 4, lid 3 Rome II Verordening.

⁹⁸ Artikel 6 EVRM; EHRM, *Golder v. UK*, 1975.

⁹⁹ EHRM, *Marcovic v. Italië*, 2007, 44 Eur. H.R. Rep. 1045.

¹⁰⁰ Op deze regel is o.a. beroep gedaan in de zaak *Lubbe v. Cape Plc.* (2000), W.L.R. 1545 (H.L.).

¹⁰¹ L. ENNEKING, "Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Foreign Direct Liability Cases", *The George Washington International Law Review* 2009, vol. 40, 903-938, www.heinonline.org.

¹⁰² D. AUGENSTEIN, *Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises Operating Outside the European Union*, studie voor de Europese Commissie door de Universiteit van Edinburgh, 2010, www.ec.europa.eu.

samenhang tussen vorderingen. Zoals in de *miliedefensie v Shell* zaken duidelijk is gebleken, kunnen deze regels voldoende houvast bieden om tot een volledig oordeel te komen¹⁰³.

TOEPASSING MILIEUDEFENSIE – In *milieudefensie v. Shell* wordt ten aanzien van SPDC rechtsmacht van de Nederlandse rechter vastgesteld ten gevolge van samenhang naar burgerlijk procesrecht met de vorderingen tegen RDS, voor welke de Nederlandse rechter wel duidelijk rechtsmacht genoot¹⁰⁴.

TOEPASSING BELGIË – België kent een gelijkaardige regelgeving met betrekking tot internationale bevoegdheid gebaseerd op de woonplaats van verweerders en samenhang¹⁰⁵. Het Belgische Wetboek van Internationaal Privaatrecht bepaalt in die zin dat de Belgische rechters bevoegd zijn inzake vorderingen aangaande een verbintenis die voortvloeit uit een onrechtmatige daad voor zover ofwel de schade zich heeft voorgedaan in België ofwel de schadeverwekkende handeling zich geheel of gedeeltelijk in België heeft voorgedaan of dreigt zich te zullen voordoen¹⁰⁶. Wanneer er echter verschillende verweerders zijn, zijn de Belgische rechters bevoegd indien een van hen zijn voornaamste vestiging heeft in België, tenzij de vordering slechts werd ingesteld om een gedaagde te onttrekken aan de rechter in het buitenland¹⁰⁷. Daarbij komt nog dat wanneer Belgische rechters bevoegd zijn om kennis te nemen van een vordering, zij eveneens bevoegd zijn kennis te nemen van vorderingen die er zo nauw mee verbonden zijn dat het wenselijk is om ze samen te behandelen, teneinde onverenigbare uitspraken te vermijden¹⁰⁸. Het recht dat op deze onrechtmatige daden van toepassing is, is wel nog steeds het recht van het land waar de schade zich heeft voorgedaan overeenkomstig de Rome II Verordening. Op basis van de laatste twee bevoegdheidsbepalingen zou men dus bijvoorbeeld Total Fina samen met haar dochterondernemingen kunnen aanklagen in België voor schendingen van mensenrechten begaan in het buitenland, zoals bijvoorbeeld in Nigeria of Rusland. Hiervoor dient men wel enig bewijs te kunnen voorleggen welke inmenging van de hoofdvestiging in de mensenrechtenschendingen suggereert naar buitenlands recht.

¹⁰³ L. ENNEKING, “Zorgplichten van multinationals in Nederland, ‘Second Best’ zo slecht nog niet?”, *Nederlands Juristenblad* 2013, afl. 607, 1-9; L. ENNEKING, “Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Foreign Direct Liability Cases”, *The George Washington International Law Review* 2009, vol. 40, 903-938, www.heinonline.org.

¹⁰⁴ Zie 2.1. BEVOEGDHEID NEDERLANDSE RECHTBANK, Artikel 7 Rv.

¹⁰⁵ België heeft op dit vlak een woelige geschiedenis. Genocidenwetgeving die later is aangepast heeft aanleiding gegeven tot een uiteindelijk mislukte rechtszaak tegen Total. (Zie: www.businesshumanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelecte dcases/TotallawsuitinBelgiumreBurma).

¹⁰⁶ Artikel 96, 2° Wetboek Internationaal Privaatrecht.

¹⁰⁷ Artikel 5, §1, lid 2 Wetboek Internationaal Privaatrecht.

¹⁰⁸ Artikel 9 Wetboek Internationaal Privaatrecht.

EXTRATERRITORIALE WETGEVING – De meeste nationale wetgevers voorzien voor de ergste mensenrechtenschendingen¹⁰⁹ in bijzondere wetgevende bepalingen met een extraterritoriaal toepassingsgebied. Vaak komt zulke wetgeving tot stand vanuit een internationaalrechtelijk kader zoals de Verenigde Naties. Zulke bijzondere wetgeving kan een platform aanbieden voor buitenlanders om de daders van wiens acties men slachtoffer is geweest voor de rechter te dagen. Zulke mogelijkheden moeten net zoals in de Verenigde Staten¹¹⁰ wel expliciet worden toegekend, vermits extraterritorialiteit niet impliciet geacht wordt te bestaan¹¹¹.

FORUM NECESSITATIS – In lijn met de garanties die artikel 6 EVRM biedt¹¹² geven veel Europese landen waaronder België en Nederland jurisdictie aan rechtbanken voor vorderingen die bij geen enkele andere rechtbank terecht kunnen. Hiervoor zal de eiser vaak moeten aantonen dat het onredelijk is voor haar om in het buitenland te procederen wegens te hoge kosten of de feitelijke ontoegankelijkheid tot de rechtbank¹¹³.

AANKLAGEN VAN EUROPESE ONDERNEMING - De Brussel I verordening biedt ruime mogelijkheden aan om een Europees bedrijf aan te klagen in Europa voor feiten begaan in het buitenland. Van zodra het bedrijf in Europa is gevestigd kan men in Europa naar de rechter gaan. Hiervoor is wel van belang dat men dat bedrijf kan linken met de mensenrechtenschendingen begaan in het buitenland volgens het recht van dat land. Vaak zullen deze schendingen immers gepleegd zijn door aparte dochterondernemingen. Men zal dus bijvoorbeeld moeten aantonen dat volledige controle over de werkwijze of beleidslijnen of instructies doorgegeven vanuit de hoofdzetel van de moederverenootschap in Europa hebben geleid tot de feiten om aansprakelijkheid te kunnen leggen bij de moederverenootschap. Het zal meestal niet eenvoudig zijn om dit bewijs te verzamelen.

AANKLAGEN VAN BUITENLANDSE VENNOOTSCHAP – De Brussel I Verordening biedt geen basis aan op grond waarvan men een buitenlandse vennootschap kan aanklagen voor feiten begaan in het buitenland zoals de vroegere

¹⁰⁹ Zoals bijvoorbeeld genocide, kinderprostitutie, genitale verminking bij vrouwen, foltering, ect.

¹¹⁰ B. CHOUDHURY, “Beyond the Alien Tort Claims Act: Alternative Approaches to Attributing Liability to Corporations for Extraterritorial Abuses”, *Northwestern Journal of International Law & Business* 2005, vol. 26, afl. 3, 43-77, www.heinonline.org; E. ENGLE, “Extraterritorial Corporate Criminal Liability: A remedy for human rights violations?”, *St. John’s Journal of Legal Commentary* 2006, vol. 20, afl. 2, 287-339, www.heinonline.org.

¹¹¹ EHRM, *Al-Adsani v. United Kingdom*, 34 Eur. H. R. Rep. 11 (2002).

¹¹² Zie Afdeling I.

¹¹³ D. AUGENSTEIN, *Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises Operating Outside the European Union*, studie voor de Europese Commissie door de Universiteit van Edinburgh, 2010, www.ec.europa.eu; L. ENNEKING, “Zorgplichten van multinationals in Nederland, ‘Second Best’ zo slecht nog niet?”, *Nederlands Juristenblad* 2013, afl. 607, 1-9; L. ENNEKING, “Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Foreign Direct Liability Cases”, *The George Washington International Law Review* 2009, vol. 40, 903-938, www.heinonline.org.

interpretatie van de ATCA dat deed. Men zal moeten kijken naar nationale internationaal privaatrechtelijke of procesrechtelijke regels om enige internationale bevoegdheid toe te kennen aan de nationale rechtbanken.

3.2.1. De Verenigde Naties en de Europese Unie

BELANG RUGGIE RAPPORT – De Verenigde Naties erkennen al lange tijd het belang van multinationals in de wereld. Hoger is al aangehaald dat deze multinationals vaak een grote politieke invloed hebben en zich wel eens schuldig kunnen maken aan mensenrechtenschendingen, zoals overigens al duidelijk was in de nasleep van de Tweede Wereldoorlog. Hieruit volgt de noodzaak van een regulering om deze giganten te kunnen aanpakken.

DE DRIE PIJLERS VAN JOHN RUGGIE – Na een eerder stranden van de 2003 VN-Ontwerpnormen inzake Verantwoordelijkheid van Transnationale Bedrijven en andere Ondernemingen, een rechtsinstrument dat internationaal juridisch bindend zou worden, in de voormalige Mensenrechtcommissie¹¹⁴ kwam het debat in verband met de verantwoordelijkheden van multinationals in een stroomversnelling na de aanstelling van professor Ruggie als Speciaal Gezant voor het Secretariaat Generaal van de Verenigde Naties in 2005. Professor Ruggie bracht in 2008 een rapport uit over de verplichtingen en verantwoordelijkheden van Staten en bedrijven inzake mensenrechten. Het introduceerde een beleidsraamwerk dat steunt op drie verschillende, maar complementaire pijlers, namelijk de verplichting van staten om bescherming te bieden tegen mensenrechtenschendingen door bedrijven, de verantwoordelijkheid van bedrijven om mensenrechten te respecteren, hetgeen betekend dat bedrijven geen negatieve weerslag mogen hebben op mensenrechten, en het belang om te voorzien in verhaalmogelijkheden voor slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen¹¹⁵. Op dit rapport volgde in 2011 de ‘Guiding Principles’ of ‘VN Principles’ die deze drie pilaren integraal overnam, als een soort handleiding over hoe het rapport van Ruggie in de praktijk diende omgezet te worden¹¹⁶.

REACTIE OP RUGGIE RAPPORT – De Europese Unie stelt de bescherming van mensenrechten hoog op haar agenda. Dit blijkt uit de oprichtende verdragen

¹¹⁴ N. MENSCH, “Codes, Lawsuits or International Law: How Should the Multinational Corporation Be Regulated with Respect to Human Rights?”, *University of Miami International & Company Law Review* 2006, vol. 14, afl. 2, 242-269, www.heinonline.org.

¹¹⁵ S. ALTSCHULLER, A. LEHR, S. SPEARS, “Corporate Social Responsibility”, *The International Lawyer* 2010, vol. 44, 213-228, www.heinonline.org; L. ENNEKING, “Zorgplichten van multinationals in Nederland”, *Nederlands Juristenblad* 2013, afl. 607, 544-550, www.kluwer.nl.

¹¹⁶ Guiding Principles on Business and Human Rights – Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework van de United Nations Human Rights office of the High Commissioner, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf; L. ENNEKING, “Zorgplichten van multinationals in Nederland”, *Nederlands Juristenblad* 2013, afl. 607, 544-550, www.kluwer.nl.

van de EU en haar inspanningen op het vlak van de implementering van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens. Deze bescherming is niet beperkt tot het grondgebied van Europa. De Europese unie legt zich toe op de bevordering van mensenrechtenbescherming wereldwijd¹¹⁷. Daarom is het niet verwonderlijk dat de Europese Unie meteen na het uitkomen van het raamwerk van Speciaal Gezant van de Verenigde Naties John Ruggie, reageerde door dit werk te verwerken in haar eigen beleid.

CORPORATE SOCIAL RESPONSABILITY – De Europese Commissie vertaalde de tweede pilaar van het Ruggie beleidsraamwerk, namelijk de verantwoordelijkheid van bedrijven om ervoor te zorgen dat hun activiteiten niet strijdig zijn met mensenrechten, naar haar nieuwe beleid inzake *Corporate Social Responsibility* (CSR)¹¹⁸. In deze publicatie van haar nieuw beleid geeft de Europese Commissie een moderne definitie aan ‘*corporate social responsibility*’, ze zet uiteen waarom een nieuw CSR beleid nodig is en wat dit zal inhouden. Speciale aandacht gaat uit naar milieubescherming, transparantie, onderwijs en research. Het belang van nationaal en subnationaal CSR beleid wordt benadrukt. Er wordt afgesloten met een strategie om de Europese benadering van CSR in lijn te brengen met de internationale benadering, in het bijzonder met de UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Voor de implementatie van dit beleid in de olie- en gasindustrie heeft de Europese Commissie zelfs een speciale gids uitgegeven¹¹⁹.

SOFT LAW – Het nadeel van deze richtlijnen is uiteraard dat ze niet juridisch afdwingbaar zijn¹²⁰. Een schending van deze regels is in geen zin een reden tot bestraffing van de overtreder en de codes kunnen ook geen rechtsgrond geven voor compensatie. Naast een toename van *soft law*¹²¹ is er ook een toename

¹¹⁷ Zie artikels 1 en 3, lid 5 Verdrag betreffende de Europese Unie; artikels 208-211 en 218 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie; EU Strategic Framework and Action Plan on Human Rights and Democracy, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/131181.pdf; http://eeas.europa.eu/human_rights/index_en.htm.

¹¹⁸ Renewed strategy 2011-2014 for Corporate Social Responsibility of the European Commission, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0681:FIN:EN:PDF>; M. VAN OPIJNEN, J. OLDENZIEL, “Responsible Supply Chain Management, Potential success factors and challenges for addressing prevailing human rights and other CRS issues in supply chains of EU-bases companies”, studie voor de Europese Commissie door het CREM (Centre for Research on Multinational Corporations), <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6729&langId=en>.

¹¹⁹ Oil and Gas Sector Guide on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights 2011 van de Europese Commissie. http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/csr-sme/csr-oag-hr-business_en.pdf.

¹²⁰ L. ENNEKING, “Aansprakelijkheid via ‘foreign direct liability claims’ Den Haag is weer even de Legal Capital of the World”, *Nederlands Juristenblad* 2010, aflevering 318, 400-4006, www.kluwer.nl.

¹²¹ Zie onder andere ook de OECD, Equator Principles en de International Finance Corporation Performance Standards: W. VAN MEEGDENBURG, T. LAMBOUY, L. ENNEKING, “Due Diligence voor milieu bij internationaal ondernemen”, *Milieu & Recht* 2013, afl. 102, 484-490, www.kluwer.nl.

van *hard law* op het vlak van *corporate social responsibility* die ondernemingen moet aanzetten tot het nagaan van de herkomst van haar grondstoffen¹²² of de werkwijze van haar dochterondernemingen¹²³.

INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT ALS ALTERNATIEF VOOR EEN UNIVERSELE REGELING? – Gezien de politieke complexiteit is het weinig waarschijnlijk dat in de nabije toekomst een universele regeling wereldwijd tot stand zal komen die voorziet in een efficiënt kader van verhaalmogelijkheden voor slachtoffers van mensenrechtenschendingen door multinationals. In de tussentijd kan internationaal privaatrecht fungeren als een alternatief voor de bevordering van mensenrechten. Voor de Europese lidstaten zouden de nationale regels in het kader van de Europese Unie dan later via wetgeving en rechtspraak van het Hof van Justitie met elkaar in overeenstemming gebracht kunnen worden. De nationale wetgevers dienen hierin wel voorzichtig te zijn gezien de complexiteit en de implicaties die extraterritoriale jurisdictie via internationaal privaatrecht met zich meebrengt¹²⁴.

4. VERGELIJKBARE ZAKEN IN ANDERE RECHTSORDEN

VERLEDEN EN TOEKOMST – In dit voorlaatste deel wordt nog kort ingegaan op enkele belangrijke *foreign direct liability* zaken die al tot een einde zijn gebracht of waar nog een uitspraak in dient te vallen. Hiervoor wordt vooral gekeken naar Amerikaanse zaken. Er valt op dat zaken tegen grote internationale oliemaatschappijen een groot aandeel uitmaken in de beperkte hoeveelheid voorbeelden van *foreign direct liability claims*. Naast oliemaatschappijen worden ook veel grote kledinglijnen en autoproducenten op deze manier voor de rechter gedaagd.

a. Exxon Mobil in Aceh

MENSENRECHTENSCHENDINGEN – In 2011 hebben enkele Indonesische burgers afkomstig van de Aceh regio in Indonesië een rechtszaak ingesteld in de Verenigde Staten tegen Exxon Mobil omwille van medeplichtigheid aan grove mensenrechtenschendingen. Exxon Mobil is een multinational die zich in die

¹²² Verordening (EG) nr. 995/2010.

¹²³ D. AUGENSTEIN, *Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises Operating Outside the European Union*, studie voor de Europese Commissie door de Universiteit van Edinburgh, 2010, www.ec.europa.eu; W. VAN MEEGDENBURG, T. LAMBOUY, L. ENNEKING, “Due Diligence voor milieu bij internationaal ondernemen”, *Milieu & Recht* 2013, afl. 102, 484-490, www.kluwer.nl.

¹²⁴ V. VAN EECKHOUT, “Promoting Human Rights within the Union: The Role of the European Private International Law”, *European Law Journal* 2008, vol. 14, afl. 1, 105-127; V. VAN EECKHOUT, “Corporate Human Rights Violations and Private International Law”, *Contemporary Readings in Law and Social Justice* 2012, afl. 2, 178-207, www.creeol.com.

regio bezighoudt met extractie van natuurlijk gas en als gevolg ook een grote financiële greep heeft op de autoriteiten. Ter beveiliging van haar gasvelden en gasinstallaties huurt ze het Indonesische leger in. Dit leger wordt beschuldigd van grove mensenrechtenschendingen bij de uitvoering van hun opdracht in de vorm van moord, ontvoering, foltering en verkrachting¹²⁵. Het leger zou zich ook schuldig maken aan het organiseren van drugshandel, prostitutie en afpersing¹²⁶.

PROCEDURE – De eerste rechtsvraag die zich voordeed, was de vraag of deze politiek gevoelige zaak volgens de *Marbury v. Madison* doctrine door de rechtbank behandeld kon worden. Een vordering om de zaak onontvankelijk te verklaren op basis van deze rechtspraak werd voor de Amerikaanse rechtbanken behandeld tot aan het *US Supreme Court* en werd afgewezen, waardoor de zaak kon behandeld worden in eerste aanleg. In 2009 heeft de federale rechtbank in eerste aanleg geoordeeld dat bedrijven niet konden worden aangeklaagd onder de ATCA¹²⁷. Twee jaar later heeft de bevoegde federale beroepsinstantie, of *Court of Appeals*, dat vonnis ongedaan gemaakt en droeg ze de zaak opnieuw op aan eerste aanleg¹²⁸. Exxon Mobil heeft toen aan het *Court of Appeals* gevraagd om de zaak opnieuw te horen en sindsdien is de zaak nog steeds in behandeling bij deze rechtbank¹²⁹. De *Court of Appeals* heeft gewacht met de zaak te behandelen in afwachting van een uitspraak van de *US Supreme Court* in *Kiobel*. Het is weinig waarschijnlijk dat de Indonesische rechtzoekenden voor een tweede maal in hun gelijk gesteld gaan worden voor deze rechtbank vermits de uitspraak van het hoogste gerechtshof bepaalt dat de ATCA enkel slaat op *domestic conduct*¹³⁰, waardoor de vraag of bedrijven internationaalrechtelijke aansprakelijkheid dragen niet

¹²⁵ De feiten in deze zaak zijn te vergelijken met die in de zaak *Kiobel* (zie 3.1. THE ALIEN TORT ACT IN DE VERENIGDE STATEN).

¹²⁶ K. ALFREDSON, "ExxonMobil rejects Aceh human rights abuse claims", *CNN World* 2011, <http://edition.cnn.com/2001/WORLD/asiapcf/southeast/06/22/indonesia.exxon.mobil/>; N. BANERJEE, "Lawsuit Says Exxon Aided Rights Abuses", *International New York Times* 2001, <http://www.nytimes.com/2001/06/21/business/lawsuit-says-exxon-aided-rights-abuses.html>; J. PERLES, "Indonesia's Guerrilla War Puts Exxon Under Siege", *International New York Times* 2002, <http://www.nytimes.com/2002/07/14/world/indonesia-s-guerrilla-war-puts-exxon-under-siege.html>; REUTERS, "Exxon to Face Lawsuit Over Rights Violations in Indonesia", *International New York Times* 2011, http://www.nytimes.com/2011/07/09/business/global/exxon-to-face-lawsuit-over-rights-violations-in-indonesia.html?_r=0; <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/Exxon-MobillawsuitreAceh>.

¹²⁷ S. LEKIC, "Exxon: Torture suit may set bad precedent", *USA Today* 2006, http://usatoday30.usatoday.com/money/industries/energy/2006-03-08-exxon-indonesia-precedent_x.htm.

¹²⁸ *ExxonMobil v. Aceh*, US Court of Appeals DC Circuit, July 8 2011: <http://www.cohenmilstein.com/media/pnc/1/media.1041.pdf>.

¹²⁹ M. SCARCELLA, "Exxon Wants Rehearing In Corporate Liability Dispute", *The BLT* 2011, <http://legaltimes.typepad.com/blt/2011/08/exxon-wants-rehearing-in-corporate-liability-dispute.html>.

¹³⁰ Zie 3.2. BRUSSEL I IN DE EUROPESE UNIE.

eens behandeld hoeft te worden¹³¹. Het blijft echter wel mogelijk dat men deze zaak voor de appelrechter weet te onderscheiden van *Kiobel* en overeenkomstig de uitspraak van de *US Supreme Court* in die zaak, enige extraterritoriale toepassing van de ATCA verantwoordt op basis van de ernst van de schendingen van internationaalrechtelijke normen. Hoe het ook zij, de *US Supreme Court* zal zich moeten uitspreken over de ruimte die ze gelaten heeft in haar uitspraak in *Kiobel*.

b. *Aguinda v. Texaco*

FEITEN EN ATCA – In 1993 stelden een groep Ecuadoriaanse burgers een *class action lawsuit* in tegen Texaco, het huidige Chevron, om compensatie te bekomen onder de ATCA voor vervuiling van het regenwoud en de rivieren door de oliewinning en de schade die zij hierdoor hebben geleden aan hun gezondheid. Hun vorderingen in de Verenigde Staten werden echter afgewezen omwille van forum *non conveniens*. De rechtbanken van Ecuador werden beter geschikt geacht voor de behandeling van de zaak en dus werd tien jaar later in 2003 een *class action lawsuit* gebracht tegen Texaco in Ecuador¹³².

UITSpraak ECUADOR EN VERWEER TEXACO – In Ecuador verging het de eisers beter en na opnieuw een tienjarige procedure werd een definitieve uitspraak geveld in augustus 2012 door het Ecuadoriaanse hoogste gerechtshof. Texaco/Chevron werd veroordeeld tot een schadevergoeding ten belopen van 9.51 miljard dollar¹³³. Texaco was echter al lange tijd niet meer actief aanwezig in Ecuador en dus kon het vonnis niet gedwongen uitgevoerd worden in dat land¹³⁴. Men is vervolgens gaan kijken waar Texaco wel activa had en in 2012 zijn in zowel Canada als Brazilië vorderingen ingesteld ter uitvoering van het Ecuadoriaanse vonnis¹³⁵. Texaco had hier al in voorzien vanaf de

¹³¹ I. SHEARN, L. TOWNSEND, “Supreme Court could open door for Exxon Mobil to face trial on human rights allegations”, *Dallasnews* 2012, <http://www.dallasnews.com/business/energy/20120929-supreme-court-could-open-door-for-exxon-mobil-to-face-trial-on-human-rights-allegations.ece>; G. STOHR, “Companies Shielded as U.S. Court Cuts Human-Rights Suits”, *Bloomberg* 2013, <http://www.bloomberg.com/news/2013-04-17/companies-get-shield-as-top-u-s-court-curbs-human-rights-suits.html>.

¹³² J. DRIMMER, S. LAMOREE, “Think Globally, Sue Locally: Trends and Out-of-Court Tactics in Transnational Tort Actions”, *Berkely Journal of International Law* 2011, Vol. 29, afl. 2, 456-527, www.heinonline.com; <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/TexacoChevronlawsuitsreEcuador>.

¹³³ ENVIRONMENT NEWS SERVICE, “Chevron Faces Midnight Deadline in \$19 Billion Ecuador Judgment”, <http://ens-newswire.com/2012/08/06/chevron-faces-midnight-deadline-in-19-billion-ecuador-judgment/>.

¹³⁴ 200 miljoen dollar is gecupereerd in Ecuador: ENVIRONMENT NEWS SERVICE, “Chevron Faces Midnight Deadline in \$19 Billion Ecuador Judgment”, <http://ens-newswire.com/2012/08/06/chevron-faces-midnight-deadline-in-19-billion-ecuador-judgment/>; E. GARCIA, “Ecuador court deals Chevron fresh blow in pollution case”, *Reuters* 2012, <http://www.reuters.com/article/2012/10/16/ecuador-chevron-idUSL1E8LGMYO20121016>.

¹³⁵ P. BARRET, “Chevron Fails to Squelch \$19 Billion Ecuador Verdict”, *Bloomberg Businessweek* 2012, <http://www.businessweek.com/articles/2012-10-09/chevron-fails-to-squelch-19-billion->

toekenning van een schadevergoeding in eerste aanleg en in 2011 had ze voor een Amerikaanse federale rechtbank een vordering ingesteld tegen de advocaten van de eisers in *Aguinda* wegens afpersing. De rechtbank volgde de theorie van Chevron waarin een samenzwering werd aangevoerd tussen de eisers en de Ecuadoriaanse rechtbanken en ze verklaarde het Ecuadoriaanse vonnis tot toekenning van de schadevergoeding wereldwijd onuitvoerbaar. Later is in beroep hierop teruggekomen omdat de federale rechter niet bevoegd was om zulk wereldwijd verbod uit te vaardigen¹³⁶.

CONCLUSIE - Texaco had in eerste instantie zijn slag thuis gehaald door de Amerikaanse rechters onbevoegd te laten verklaren om in de *Aguinda* zaak te oordelen. Vanaf hier is geen sprake meer van een *foreign direct liability claim* omdat de zaak in het land waar de schade is ontstaan werd behandeld. De verwijzing naar Ecuadoriaanse rechtbanken heeft echter rampzalige gevolgen gehad voor Texaco door de toewijzing van een gigantische schadeloosstelling¹³⁷. Nu probeert het bedrijf zich te verweren door de uitvoerbaarheid van het vonnis aan te vechten in de landen waar aanspraak kan gemaakt worden op haar activa. In de Verenigde Staten lijkt dit voorlopig te lukken door het voortzetten van het proces wegens afpersing¹³⁸, maar wanneer deze vordering geen stand houdt is het zeer waarschijnlijk dat het vonnis uitvoerbaar verklaard wordt in de Verenigde Staten¹³⁹. In Brazilië en Canada zal het vonnis ook zeer waarschijnlijk uitvoerbaar verklaard worden, maar

ecuador-verdict; E. GARCIA, "Ecuador plaintiffs target Chevron's assets in Brazil", *Reuters* 2012, <http://in.reuters.com/article/2012/06/28/ecuador-chevron-idINL2E8HRJX920120628>; E. GARCIA, "Ecuador plaintiffs file lawsuit in Canada against Chevron", *Reuters* 2012, <http://www.reuters.com/article/2012/05/31/ecuador-chevron-idUSL1E8GV09B20120531>.

¹³⁶ Chevron Corp. v. Hugo Gerardo Camacho Naranjo, et al. USCA 11-1150, (19th Januari 2012, 2d. Cir.); D. BAKER, "U.S. court rules against Chevron in Ecuador case", *SFGate* 2011, <http://www.sfgate.com/business/article/U-S-court-rules-against-Chevron-in-Ecuador-case-2308954.php>; M. GOLDBERGER, "Ecuador Update: One Door Shuts, Another Opens, and Chevron Lists Law Firms - All 39 of Them", *The AM Law Daily* 2012, <http://amlawdaily.typepad.com/amlawdaily/2012/01/ecuador-update-another-door-shuts-another-door-opens-and-chevron-lists-its-law-firms-all-39-of-them.html>; M. HAMBLETT, "Circuit Faults Use of State Law to Block Chevron Judgment", *New York Law Journal* 2012, http://www.newyorklawjournal.com/PubArticleNY.jsp?id=1202540191019&Circuit_Finds_Kaplan_Overreached_in_Blocking_Enforcement_of_Chevron_Judgment=&et=editorial&bu=The%20American%20Lawyer&cn=Am_Law_Daily_20120127&src=EMC-Email&pt=Am%20Law%20Daily&kw=%20From%20the%20New%20York%20Law%20Journal%3A%20Circuit%20Finds%20Kaplan%20Overreached%20in%20Blocking%20Enforcement%20of%20Chevron%20&slreturn=20131106154354.

¹³⁷ Het bedrijf mag ook niet deelnemen aan biedingen op boorrechten in Ecuador: ENVIRONMENT NEWS SERVICE, "Chevron Faces Midnight Deadline in \$19 Billion Ecuador Judgment", <http://enr.com/2012/08/06/chevron-faces-midnight-deadline-in-19-billion-ecuador-judgment/>.

¹³⁸ P. HURTADO, B. VAN VORIS, "Chevron Gets Some Claims Dismissed From Ecuador Lawsuit", *Bloomberg* 2012, <http://www.bloomberg.com/news/2012-05-14/chevron-has-some-claims-dismissed-by-judge-in-ecuador-litigation.html>.

¹³⁹ L. DHOOGHE, "Aguinda v. Chevrontexaco: Mandatory grounds for the non-recognition of foreign judgments for environmental injury in the United States", *Journal of Transnational Law & Policy* 2009, vol. 19, 1-60, www.heinonline.org; J. DRIMMER, S. LAMOREE, "Think Globally, Sue Locally: Trends and Out-of-Court Tactics in Transnational Tort Actions", *Berkely Journal of International Law* 2011, Vol. 29, afl. 2, 456-527, www.heinonline.com.

Chevron zal ongetwijfeld niet toegeven zonder eerst een zware juridische slag te leveren¹⁴⁰.

c. *Bowoto v. Chevron*

CHEVRON KRIJGT VRIJ SPEL – In deze zaak wordt Chevron in de Verenigde Staten aangeklaagd voor praktijken in Nigeria door zowel gebruik te maken van de ATCA als Nigeriaans recht en California *state law*. Wanneer enkele Nigeriaanse burgers een olieplatform van Chevron Corporation op zee hadden bezet, geageerde Chevron door het Nigeriaanse leger in te schakelen om het olieplatform te ontruimen en het weer operationeel te maken. Bij deze actie zijn verschillende mensen vermoord en verwond. De jury sprak Chevron vrij voor de vorderingen naar Nigeriaans recht wegens gebrek aan bewijs. Vervolgens werd voor de rechtbank geoordeeld dat de Death on High Seas Act (DOHSA) voorrang geniet op de ATCA voor de executies. Daarnaast werd de Torture Victim Protection Act (TVPA) ingeroepen voor de overlevenden van de aanval. De rechtbank oordeelde echter dat zowel de DOHSA als de TVPA niet van toepassing zijn op bedrijven. De overblijvende vorderingen naar Californisch recht werden ook afgewezen wegens gebrek aan bewijs, waardoor Chevron volledig vrijuit ging in deze zaak¹⁴¹.

d. *Wiwa v. SPDC*

OPNIEUW SHELL NIGERIA – Deze maal werd SPDC beschuldigd van medeplichtigheid aan de moord door het Nigeriaanse leger op mr. Saro-Wiwa, een mensenrechtenactivist die zich bezighield met het aanvechten van de illegale praktijken van Shell in de Ogoni regio in Nigeria. Daarbuiten werd SPDC ook beschuldigd van medeplichtigheid aan andere mensenrechtenschendingen door het Nigeriaanse leger zoals foltering, willekeurige arrestaties, doodslag en onmenselijke behandeling¹⁴². Gezien de timing van het instellen van de vorderingen tegen Shell in de Verenigde Staten, vlak na de succesvolle *Doe v. Unical* en voor de beperkende *Kiobel* uitspraak, koos Shell om de zaak te beslechten met een schikking¹⁴³.

¹⁴⁰ M. GOLDBABER, “Ecuador Update: One Door Shuts, Another Opens, and Chevron Lists Law Firms – All 39 of Them”, *The AM Law Daily* 2012, <http://amlawdaily.typepad.com/amlawdaily/2012/01/ecuador-update-another-door-shuts-another-door-opens-and-chevron-lists-its-law-firms-all-39-of-them.html>.

¹⁴¹ *Bowoto v. Chevron Corp.*, 621 F.3d 1116, C.A.9 (Cal. 2010), September 10, 2010 (www.westlaw.com).

¹⁴² T. LAMBOUY, M. RANCOURT, “Shell in Nigeria: From human rights abuse to corporate social responsibility”, *Human Rights & International Legal Discourse* 2008, vol. 2, afl. 2, 229-277, www.heinonline.org.

¹⁴³ Voor de precieze inhoud van deze schikking zie: R. STEINHARDT, “Introductory Note to the Settlement in *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*”, *International Legal Materials* 2009, vol. 48, 969-995.

e. Daimler, Mercedes & ontvoeringen

DAIMLER EN DE ACTS – In 2003 hebben enkele Argentijnse burgers een vordering ingesteld bij een Amerikaanse rechtbank in California onder de ATCA tegen DaimlerChrysler AG, nu Daimler omwille van medeplichtigheid aan kidnapping, folteringen en moorden gepleegd door militairen van de Argentijnse dictatuur van de jaren '70 en '80. In eerste instantie werden de vorderingen afgewezen omdat de rechtbank oordeelde dat ze geen jurisdictie had in California over Daimler (met hoofdvestiging in Duitsland) louter omdat haar dochteronderneming Mercedes Benz USA twee vestigingen had in de staat. In hoger beroep werd dan weer besloten dat de rechtbank in California wel voldoende jurisdictie had. Daarbij oordeelde de rechtbank dat de Amerikaanse rechtbank moest optreden omdat onduidelijk was of de Duitse rechtbanken de zaak zouden aanvaarden en de Argentijnse rechtbanken zouden oordelen dat de slachtoffers te laat gereageerd hebben¹⁴⁴.

US SUPREME COURT – Tegen de beslissing van de *Court of Appeals* is een beroep aangetekend bij het *US Supreme Court*. Het hoogste gerechtshof heeft in 2013 aanvaard de zaak te horen. Alhoewel voor het US Supreme Court zou beslist worden of de staat California persoonlijke jurisdictie heeft over een moedervernootschap omwille van het feit dat haar dochteronderneming enkele vestigingen heeft in die staat, toch zou het niet verwonderlijk zijn moest het hof de zaak op een andere manier beslechten. Met de uitspraak in *Kiobel v. Royal Dutch Shell* is het zeer waarschijnlijk dat ook in deze zaak zal geoordeeld worden dat de vordering dient afgewezen te worden omdat de relevante feiten niet hebben plaatsgevonden op het Amerikaanse grondgebied¹⁴⁵¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Bauman v. DaimlerChrysler Corp. No. C-04-00194 RMW, 2005 WL 3157472, *1. (N.D. Cal. Nov. 9th, 2011); K. GULLO, “Daimler Loses Bid for Review of Argentine Rights Case Ruling”, *Bloomberg* 2011, <http://www.businessweek.com/news/2011-11-09/daimler-loses-bid-for-review-of-argentine-rights-case-ruling.html>; P. KANG, O. LOPEZ, “DaimlerChrysler AG v. Bauman”, <http://www.law.cornell.edu/supct/cert/11-965>; [http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/Daimle rlawsuitreArgentina](http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/Daimle%20rlawsuitreArgentina).

¹⁴⁵ K. ANDERSON, “Supreme Court to Review Bauman v. DaimlerChrysler”, *Opinio Juris* 2013, <http://opiniojuris.org/2013/07/17/supreme-court-to-review-bauman-v-daimlerchrysler/>; R. CITRON, “Seven Ways of Looking at *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* and the Supreme Court Under Chief Justice John Roberts”, 2013, <http://verdict.justia.com/2013/07/03/seven-ways-of-looking-at-kiobel>; G. STOHR, “Daimler Gets Supreme Court Hearing on Human-Rights Suit”, *Bloomberg* 2013, <http://www.bloomberg.com/news/2013-04-22/daimler-gets-supreme-court-hearing-on-human-rights-suit.html>; X, “La Cour Suprême américaine dira si Daimler AG peut être poursuivi”, <http://auto.lapresse.ca/actualites/mercedes-benz/201304/22/01-4643329-la-cour-supreme-americaine-dira-si-daimler-ag-peut-etre-poursuivi.php>.

¹⁴⁶ Een zeer gelijkaardige zaak loopt momenteel ook tegen Ford Motor in de Argentinië: Ford wordt ook beschuldigd medeplichtig te zijn aan ontvoeringen door de voormalige Argentijnse dictatuur. Een eerdere poging om een schadevergoeding te bekomen onder de ATCA, werd in 2004 afgewezen in de Verenigde Staten omdat niet eerst alle juridische middelen in Argentinië waren benut. Nadat door het hoogste Argentijnse gerechtshof een amnestiewet werd vernietigd, is een zaak begonnen tegen Ford Motor Argentinië en enkele van haar voormalige bestuurders. Deze worden momenteel beschuldigd van misdaden tegen de mensheid. THE ASSOCIATED PRESS, “Ex-

f. Coca cola case

GEEN SCHENDINGEN VAN INTERNATIONAAL RECHT BEWEZEN – Een belangrijke voorwaarde van de ATCA is dat men het bewijs moet kunnen voorleggen dat de onrechtmatige daad waarvoor men compensatie vraagt een schending van internationaal recht uitmaakt¹⁴⁷. In deze zaak werd Coca-Cola en een Colombiaanse dochteronderneming aangeklaagd met een *alien tort claim* in de Verenigde Staten wegens medeplichtigheid aan het folteren en vermoorden van werknemersvertegenwoordigers van een bottelfabriek in Colombia.¹⁴⁸ De Amerikaanse rechtbank oordeelde echter dat ze niet bevoegd was onder de ATCA om de zaak te behandelen omdat geen schending van internationaal recht was aangetoond. Er was immers geen voldoende bewijs voorhanden dat de Colombiaanse overheid verbond met de moorden en er niet werd bewezen dat de moorden gebeurden in het kader van vijandigheden¹⁴⁹. Beroep tegen deze uitspraak werd later afgewezen, waardoor de uitspraak definitief werd.

g. Kinderslavernij door Nestlé

INTERNATIONAL CORPORATE LIABILITY – Zoals in 3.1. THE ALIEN TORT ACT IN DE VERENIGDE STATEN vermeld, zijn er onder de Amerikaanse rechtbanken veel onduidelijkheden over de vraag of bedrijven aansprakelijk gesteld kunnen worden volgens internationaal recht voor schendingen van internationaal recht. In deze zaak oordeelde een federale rechtbank in California dat bedrijven niet aangeklaagd konden worden overeenkomstig de ATCA omdat onvoldoende

Ford execs charged in Argentine tortures”, *USA Today* 2013, <http://www.usatoday.com/story/news/world/2013/05/21/ford-exec-argentine-torture/2347861/>; K. PARKS, “Argentine Court Indicts Three Ex-Ford Executives”, *The Wall Street Journal* 2013, <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424127887323975004578499381961486150>; L. ROHTER, “Ford Motor Is Linked to Argentina’s Dirty War”, *New York Times* 2002, <http://www.commondreams.org/headlines02/1127-02.htm>; X, “Ford sued over Argentine abuses”, *BBC News* 2006, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/4746236.stm>; X, “La alianza de capital y fierros”, *El Pais* 2006, <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/63617-20974-2006-02-26.html>; <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/fordlawsuitreargentina>; <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ford-argentina-indictment-20-may-2013.pdf>.

¹⁴⁷ Zie 3.1. THE ALIEN TORT ACT IN DE VERENIGDE STATEN.

¹⁴⁸ S. ARMBRUSTER, “Coke bottler faces death suit”, *BBC News* 2003, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/2909141.stm>; D. FOUST, G. SMITH, “‘Killer Coke’ Or Innocent Abroad?”, *Bloomberg* 2006, <http://www.businessweek.com/stories/2006-01-22/killer-coke-or-innocent-abroad>.

¹⁴⁹ *Sinaltrainal v. Coca-Cola*, no. 06-15851, (11th Cir. 2009), <http://www.ca11.uscourts.gov/opinions/ops/200615851.pdf>; A. FRANKEL, “11th Circuit Cites ‘Iqbal’ in Affirming Dismissal of Alien Tort Claims Against Coca-Cola and Bottlers”, *American Lawyer* 2009, http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1202432993839&src=EMC-Email&et=editorial&bu=Law.com&pt=LAWCOM%20Newswire&cn=NW_20090813&kw=11th%20Circuit%20Invokes%20Iqbal%20in%20Affirming%20Dismissal%20of%20Alien%20Tort%20Claims%20Against%20Coca-Cola%20and%20Bottl&slreturn=20131107090527.

zekerheid bestond over deze vraag¹⁵⁰. Dit is betreurenswaardig gezien de ernst van de beschuldigingen¹⁵¹ en het feit dat een andere federale rechtbank van dezelfde staat in 2002 wel oordeelde dat bedrijven volgens de ATCA konden worden aangesproken¹⁵².

h. Freeport en culturele genocide

SCHEMING VAN INTERNATIONAAL RECHT – Eerder in dit werk is uitgelegd dat om de ATCA in de Verenigde Staten in te roepen, men een schending van internationaalrechtelijk erkende normen moet kunnen aantonen¹⁵³. In deze zaak werd Freeport-McMoRan in een Amerikaanse federale rechtbank aangeklaagd voor het op grote schaal vernietigen van het milieu en de religieuze symbolen van de inheemse bevolking van Indonesië door hun mijnactiviteiten in de regio¹⁵⁴. In eerste aanleg en later in beroep werd geoordeeld dat ‘culturele genocide’ geen schending is van een internationaal erkende norm¹⁵⁵. Niettegenstaande deze uitspraak heeft Freeport in een memorandum met de andere partijen afgesproken om in de toekomst meer rekening te houden met de lokale bevolking op basis van eerlijkheid en gelijkheid¹⁵⁶.

i. Kasky v. Nike

CALIFORNIA STATE LAW – De zaak *Kasky v. Nike* is een voorbeeld van hoe men praktijken van multinationals in het buitenland kan aanpakken door louter gebruik te maken van het nationaal recht. Kasky bracht kledinggigant Nike in California voor de rechter omdat haar reclame in strijd was met consumentenwetgeving. Nike beweerde namelijk dat de werkomstandigheden in haar overzeese fabrieken aanzienlijk beter waren dan ze in werkelijkheid waren. Wanneer voor de rechtbank bewezen werd dat de werknemers in deze

¹⁵⁰ Doe v. Nestlé, 2:05 VC 05133 SVW, (Cal Central District 2010), ‘Order to dismiss’, <https://www.earthrights.org/sites/default/files/documents/Nestle-district-court-dismissal-order.pdf>.

¹⁵¹ Cacaoproducenten in Ivoorkust ontvoerden kinderen uit Mali om op de plantages te werken als slaven: P. MURPHY, “Ivory Coast says its cocoa not tainted by slavery”, *Reuters* 2006, <http://www.laborrights.org/stop-child-labor/cocoa-campaign/news/11008>; <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/Nestle-CargillADMLawsuitreCotedIvoire>.

¹⁵² Doe v Unocal Corp. 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002).

¹⁵³ 3.1. THE ALIEN ACT IN DE VERENIGDE STATEN.

¹⁵⁴ J. PERLEZ, R. BONNER, “Below a Mountain of Wealth, a River of Waste”, *New York Times* 2005, <http://www.globalpolicy.org/component/content/article/221/46978.html>;

<http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/Freeport-McMoRanlawsuitsreWestPapua>.

¹⁵⁵ Beanal v. Freeport McMoran, Inc. no. 98-30235 (U.S. 5th Cir. 1999), <http://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1082269.html>; S. BUTZIER, “Fifth Circuit Rejects International Environmental Claims”, 2000, http://www.modrall.com/files/2040_fifth_circuit_rejects_international_environmental_claims.pdf.

¹⁵⁶ R. BRYCE, “What’s Yours Is Mine”, *The Austin Chronicle* 2000, <http://www.austinchronicle.com/news/2000-09-01/78470/>.

fabrieken toch niet beschermd waren tegen fysiek en seksueel misbruik, dat ze niet voldoende betaald werden overeenkomstig lokale wetgeving en dat de werkomstandigheden niet voldeden aan veiligheids- en gezondheidsnormen beweerde Nike dat ze beschermd was door haar grondwettelijk recht op vrije meningsuiting. In eerste aanleg en in beroep werd ze in haar gelijk werd gesteld, maar het hoogste gerechtshof van California en later de *US Supreme Court*¹⁵⁷ oordeelden dat Nike niet beschermd was door vrije meningsuiting. Later is de zaak beslecht met een schikking ter waarde van 1,5 miljoen dollar¹⁵⁸¹⁵⁹.

5. CONCLUSIE

Milieudefensie v. Shell is een zeer bijzondere zaak wat betreft foreign direct liability claims in Europa. Ze toont aan dat het niet zo technisch ingewikkeld is om een multinational voor een Europese rechtbank te dagen voor feiten die haar dochteronderneming heeft begaan in een niet Europese lidstaat. Ze zal ervoor zorgen dat slachtoffers van mensenrechtenschendingen door multinationals in werelddelen waar de bescherming van hun rechten niet zozeer op punt staat, naast de mogelijkheden in de Verenigde Staten ook rekening gaan houden met hun opties in lidstaten van de Europese Unie.

Door de recente uitspraak van het Amerikaanse hoogste gerechtshof in de zaak *Kiobel* zijn de mogelijkheden om buitenlandse vennootschappen voor buitenlandse feiten in een Westerse rechtbank te dagen aanzienlijk ingeperkt. Vanaf nu valt enkel ‘*domestic conduct*’ onder het toepassingsgebied van de ATCA. Wat dit precies inhoudt is nog niet volledig duidelijk, maar voor de ontvankelijkheid van een vordering onder de ATCA zal men in ieder geval moeten aantonen dat de onrechtmatige gedraging grotendeels op Amerikaans grondgebied heeft plaatsgevonden.

Deze verloren opportuniteit is een betreurenswaardige stap achteruit in het kader van de bescherming van mensenrechten¹⁶⁰. Daar waar de Verenigde

¹⁵⁷ Nike v. Kasky - 539 U.S. 654 (2003).

¹⁵⁸ D. CABBELL, “Nike’s big ticking-off”, *The Guardian* 2003, <http://www.theguardian.com/society/2003/nov/17/17>

¹⁵⁹ Lidl is in Duitsland op een dezelfde wijze voor gelijkaardige feiten in Bangladesh veroordeeld in 2010: EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS, “Swift Legal Victory in the Complaint against Lidl”, *ECCHR Newsletter* 2010, afl. 9, www.heinonline.org; <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/LidllawsuitreworkingconditionsinBangladesh>.

¹⁶⁰ M. REQUEJO, “The Kiobel Judgment of the US Supreme Court and the Future of Human Rights Litigation – Seminar at the MPI Luxembourg”, *conflict of laws.net* 2013, http://conflictflaws.net/2013/the-kiobel-judgment-of-the-us-supreme-court-and-the-future-of-human-rights-litigation-seminar-at-the-mpi-luxembourg/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+conflictflaws%2FRSS+%28Conflict+of+Laws+.net%29.

Staten voordien konden aanzien worden als een centrum voor wereldwijde bescherming van mensenrechten, is het nu vooral aan de Europese Unie om een forum aan te bieden voor internationale mensenrechtenbescherming¹⁶¹. Opvallend is de gelijkensis tussen zowel de wetgeving op federaal niveau in de Verenigde Staten als op supranationaal niveau in de Europese Unie. Beiden bieden weinig draagvlak aan om multinationals aan te klagen in de respectievelijke rechtsgebieden, tenzij men duidelijk schuld kan leggen bij de Amerikaanse (op Amerikaans grondgebied) of Europese onderneming. In beide rechtsgebieden kunnen de deelstaten (staten van de Verenigde Staten of lidstaten van de Europese Unie) echter wel voorzien in wetgeving met een extraterritoriaal aspect om de buitenlandse onderneming rechtstreeks voor de rechtbank te dagen voor buitenlandse feiten¹⁶², eventueel onder de voorwaarde dat ze samen met de moedervenootschap wordt aangeklaagd¹⁶³.

De vraag in welk land men dan uiteindelijk een multinational voor de rechter gaat dagen¹⁶⁴, is voornamelijk afhankelijk van de hoofdvestiging van een van de vennootschappen van welke je de aansprakelijkheid aanvoert. Wanneer een van de verweerders in een bepaald land kan worden aangeklaagd, zullen de vorderingen tegen de andere verweerders meestal daar ook kunnen beoordeeld worden doordat in de vorderingen vergoeding wordt gevraagd voor dezelfde schade wegens dezelfde schadeverwekkende handelingen. In de Verenigde Staten zal een rechtbank zich veel sneller dan Europese rechtbanken bevoegd verklaren in zaken gericht tegen bedrijven met een band met het grondgebied. Daar waar Europese rechtbanken gebonden zijn aan de definitie van artikel 60, lid 1 Brussel I Verordening betreffende domiciliering, kunnen Amerikaanse rechtbanken zelfstandig jurisdictie vaststellen op basis van wat ze zelf een voldoende band met de Verenigde Staten beschouwen¹⁶⁵¹⁶⁶. Wanneer men

¹⁶¹ L. ENNEKING, "Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Foreign Direct Liability Cases", *The George Washinton International Law Review* 2009, vol. 40, 903-938, www.heinonline.org.

¹⁶² Dit moet men voornamelijk gaan zoeken in *state tort claims* wetgeving in de Verenigde Staten.

¹⁶³ Dit geldt vooral voor lidstaten van de Europese Unie: L. ENNEKING, "Zorgplichten van multinationals in Nederland", *Nederlands Juristenblad* 2013, afl. 607, 744-750, www.kluwer.nl; E. HOLLAND, "What Might Liability under the ATCA Look Like Post-Kiobel?: The Example of Private Contractors", *JD Supra Law News* 2013, <http://www.jdsupra.com/legalnews/what-might-liability-under-the-ATCA-look-87846/>; R. SAMP, "Supreme Court Observations: Kiobel v. Royal Dutch Petroleum & the Future of Alien Tort Litigation", *Forbes* 2013, <http://www.forbes.com/sites/wlf/2013/04/18/supreme-court-observations-kiobel-v-royal-dutch-petroleum-the-future-of-alien-tort-litigation/>.

¹⁶⁴ Alvorens naar de rechtbank te gaan kan men ook alternatieve technieken aanwenden om zijn slag thuis te halen: J. DRIMMER, S. LAMOREE, "Think Globally, Sue Locally: Trends and Out-of-Court Tactics in Transnational Tort Actions", *Berkely Journal of International Law* 2011, Vol. 29, afl. 2, 456-527, www.heinonline.com.

¹⁶⁵ L. ENNEKING, "Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Foreign Direct Liability Cases", *The George Washinton International Law Review* 2009, vol. 40, 903-938, www.heinonline.org.

¹⁶⁶ In Canada waar multinationals enkel via gewone *tort law* kunnen aangeklaagd worden voor buitenlandse mensenrechtenschendingen door een dochteronderneming, zal veel minder snel jurisdictie worden vastgesteld. Dit komt doordat rechtbanken weigerachtig zijn de onrechtmatige gedragingen van dochterondernemingen onder de verantwoordelijkheid van

volgens Amerikaanse federale of Europese Supranationale wetgeving de moedervernootschap met hoofdvestiging in de Verenigde Staten of Europa niet aansprakelijk kan stellen voor de mensenrechtenschending in het buitenland door de buitenlandse dochteronderneming moet men naar deelstatelijke wetgeving zoeken die extraterritoriale bevoegdheid toekent aan haar rechtbanken. Dit kan men terugvinden in zowel deelstatelijke wetgeving in de Verenigde Staten als wetgeving van de lidstaten van de Europese Unie.

Wat ook zeer relevant is, is het toepasselijk recht op de onderhavige zaak. Nationaal- en supranationaalrechtelijke regels van internationaal privaatrecht in Europa bepalen dat het recht van het land waar de schadeverwekkende feiten zich hebben voorgedaan of het land waar de schade uit mensenrechtenschendingen is geleden, van toepassing is. Men zal dus geen schendingen van Europese mensenrechten kunnen inroepen vanwege feiten die zich hebben voorgedaan in Afrika. In de Verenigde Staten gaat men zaken aangebracht onder de ATCA beoordelen aan de hand van internationaal recht. Op dit vlak zal een veroordeling van internationaal erkende normen moreel zwaarder doorwegen. Beide regels schieten echter vaak tekort voor de bescherming van het milieu en verwante rechten. Vaak bieden de wetgeving van het land waar de onrechtmatige gedraging zich heeft voorgedaan en internationaal erkende normen immers niet veel bescherming, en al zeker niet voor het milieu¹⁶⁷.

De recente uitspraak in *Chandler v. Cape* schept veel nieuwe mogelijkheden om multinationals aan te klagen in Europese rechtbanken voor feiten begaan in landen met een *common law* traditie. Het vonnis schept volgens *common law* de mogelijkheid om moedervernootschappen onder bepaalde voorwaarden aansprakelijk te stellen voor feiten begaan door hun dochtervernootschappen. Dit zet de deur open naar Europese rechtbanken. Deze genieten immers jurisdictie voor zaken tegen elke moedervernootschap die gevestigd is in de lidstaat waar de zaak wordt aangespannen wanneer men deze moedervernootschap aansprakelijk kan stellen voor een onrechtmatige daad naar buitenlands recht. In deze zin is het niet zo'n spijtige zaak dat buitenlands recht op dit soort zaken van toepassing is.

De reden waarom het voordelig is te procederen in de Verenigde Staten of in lidstaten van de Europese Unie, ligt vooral in de werking van deze

moedervernootschappen te plaatsen: B. CHOUDHURY, "Beyond the Alien Tort Claims Act: Alternative Approaches to Attributing Liability to Corporations for Extraterritorial Abuses", *Northwestern Journal of International Law & Business* 2005, vol. 26, afl. 3, 43-77, www.heinonline.org; M. GOLDBABER, "Corporate Human Rights Litigation in Non-U.S. Courts: A Comparative Scorecard", *UC Irvine Law Review* 2013, Vol. 3, 127-149, www.heinonline.com.

¹⁶⁷ L. ENNEKING, "Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Foreign Direct Liability Cases", *The George Washington International Law Review* 2009, vol. 40, 903-938, www.heinonline.org; A. SHINSATO, "Increasing the Accountability of Transnational Corporations for Environmental Harms: The Petroleum Industry in Nigeria", *Northwestern University Journal of International Human Rights* 2005, vol. 4, afl. 1, 186-210, www.heinonline.org.

rechtbanken. Wanneer men een multinational voor een Westerse rechtbank daagt voor mensenrechtenschendingen begaan in het buitenland, is het nationale procesrecht van het land van die rechtbank van toepassing. Dit brengt het vrijwaren van de gelijkheid van de partijen met zich mee, wat niet onbelangrijk is wanneer met een gigant van een onderneming met al haar middelen aanklaagt. Westerse rechtbanken stellen veel belang aan de bescherming van mensenrechten en zullen daarom minder snel geneigd zijn om een vordering onontvankelijk te verklaren omwille van politieke redenen of *forum non conveniens* wanneer er sprake is van ernstige mensenrechtenschendingen en er een procedurele mogelijkheid wordt aangeboden. Vooral in Europa zullen de rechtbanken het recht op toegang tot een rechter overeenkomstig artikel 6 EVRM trachten te vrijwaren. De recente uitspraak in *Kiobel* was een overwinning voor grote multinationals om hen voor Amerikaanse rechtbanken te beschermen tegen vorderingen voor mensenrechtenschendingen begaan door deze bedrijven in het buitenland. Echter, zoals de Nederlandse rechtbank aantoonde in het recente *milieudefensie v. Shell* en zoals de Nederlandse regering aanhaalt in haar *amicus curiae* brief naar de *US Supreme Court* in *Kiobel*¹⁶⁸ zijn er nog steeds geschikte landen genoeg die een forum aanbieden om de belangen van buitenlandse slachtoffers van mensenrechtenschendingen voor de belangen van economische grootspelers plaats te nemen. Het blijft echter moeilijk om een moederbedrijf aansprakelijk te stellen voor mensenrechtenschendingen door haar dochteronderneming volgens de criteria van *Chandler v. Cape*.

Wanneer in een zaak sprake is van een schending van internationaal erkende normen, die grotendeels heeft plaatsgevonden in de Verenigde Staten kan men er aldus voor kiezen om een vordering in te dienen bij de federale rechtbanken van de Verenigde Staten op basis van de ATCA. Als de schade zich heeft voorgedaan in het buitenland zal men zeker moeten aantonen dat de multinational enige vestigingen heeft in de Verenigde Staten en dat dit de relevante besluits- of controlecentra zijn. Gezien de grote onenigheid tussen Amerikaanse rechtbanken over verschillende rechtsvragen, zoals onder meer de vraag naar de mogelijkheid een onderneming naar internationaal recht aansprakelijk te stellen, is de uitkomst in deze zaken echter nog onzeker.

Na de ontwikkelingen in 2013 in *Chandler v. Cape*, *Milieudefensie v. Shell* en *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* bieden Europese rechtbanken momenteel meer mogelijkheden dan die van de Verenigde Staten wat betreft *foreign direct liability claims*. Wanneer men slachtoffer is van mensenrechtenschendingen in het buitenland door een onderneming die in Europa is gevestigd kan men die onderneming daar voor de rechtbank dagen. Wanneer men slachtoffer is van mensenrechtenschendingen in het buitenland door een dochteronderneming

¹⁶⁸ *Amicus Curiae* brief van het Verenigd Koninkrijk en Nederland naar de *US Supreme Court* in de zaak *Kiobel v. Royal Dutch Shell*: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs/10-1491_neutralamcunetherlands-uk-greatbritain-andirelandgovs.authcheckdam.pdf.

wiens moedervenootschap in een Europese lidstaat is gevestigd en deze lidstaat door nationale regels van procesrecht en internationaal privaatrecht toelaat de vorderingen tegen de dochteronderneming mee te behandelen met die tegen de moederonderneming, kiest men beter voor deze Europese lidstaat als forum voor zijn zaak. Hiervoor dient men wel enige aansprakelijkheid van de moedervenootschap te kunnen aantonen naar het toepasselijk buitenlands recht.

De recente ontwikkelingen in Europa bieden mogelijkheden om multinationals aan te klagen voor mensenrechtenschendingen in het buitenland. Sinds de goedkeuring door de VN Mensenrechtenraad van de VN Principes in 2011 hebben zich veel nieuwe ontwikkelingen voorgedaan. Het is te hopen dat landen zich naar deze principes schikken en overeenkomstig de derde pilaar van het Ruggie rapport in hun rechtssysteem voorzien in efficiënte juridische en niet-juridische mechanismen voor slachtoffers van mensenrechtenschendingen om een effectieve compensatie te krijgen¹⁶⁹.

In afwachting hiervan kunnen de initiatiefnemende landen hun procesrecht en internationaal privaatrecht optimaliseren om vorderingen tegen bedrijven voor buitenlandse feiten mogelijk te maken. Een struikelblok hierbij is nog altijd het toepasselijk recht. Naar Europees recht is dit het buitenlands recht. Hopelijk komt vanuit Europees niveau in de toekomst regelgeving tot stand die strengere normen oplegt aan multinationals dan het nu toepasselijke buitenlands recht. Hiervoor kan het beleidsraamwerk van de Europese Commissie met betrekking tot Corporate Social Responsibility in de toekomst als basis dienen.

Wat betreft de Verenigde Staten kunnen we alleen maar hopen dat de Amerikaanse wetgevers in actie schieten of dat toekomstige zaken worden onderscheiden van de *Kiobel* zaak om de deur naar de Verenigde Staten voor ATCA zaken opnieuw open te zetten.

¹⁶⁹ Zie 4. VERGELIJKBARE ZAKEN IN ANDERE RECHTSORDEN, principles 25 tot en met 31 van de UN Principles on Business and Human Rights – Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework van de United Nations Human Rights office of the High Commissioner, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.