

Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021



Onder redactie van

Mr. drs. J. van Bekkum

Mr. dr. K. Spruitenburg

Mr. dr. C.M. Harmsen

Mr. drs. A.R.J. Croiset van Uchelen

Prof. mr. dr. B. Bier

Prof. mr. dr. J.M. de Jongh

Prof. mr. dr. E.C.H.J. Lokin

SERIE VANWEGE HET VAN DER HEIJDEN INSTITUUT

GESCHRIFTEN VANWEGE
DE VERENIGING *CORPORATE LITIGATION* 2020-2021

SERIE VANWEGE HET
VAN DER HEIJDEN INSTITUUT TE NIJMEGEN
ONDER REDACTIE VAN
PROF. MR. G. VAN SOLINGE
PROF. MR. M. VAN OLFFEN
PROF. MR. M.P. NIEUWE WEME
PROF. MR. C.D.J. BULTEN
PROF. MR. J.B.S. HIJINK

DEEL 172

GESCHRIFTEN VANWEGE
DE VERENIGING *CORPORATE LITIGATION*
2020-2021

Onder redactie van

MR. DRS. J. VAN BEKKUM

MR. DR. K. SPRUITENBURG

MR. DR. C.M. HARMSSEN

MR. DRS. A.R.J. CROISET VAN UCHELEN

PROF. MR. DR. B. BIER

PROF. MR. DR. J.M. DE JONGH

PROF. MR. DR. E.C.H.J. LOKIN

 Wolters Kluwer

DEVENTER – 2021

Verkorte citeerwijze: Van Bekkum e.a. (red.), *Vereniging Corporate Litigation 2020-2021* (VDHI nr. 172) 2021/[paragraafnummer]

Volledige citeerwijze: J. van Bekkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 172), Deventer: Wolters Kluwer 2021

Omslagontwerp: Bert Arts bNO

ISBN 978 90 13 16516 6
NUR 827-715

© 2021, Wolters Kluwer Nederland BV, Van der Heijden Instituut, Nijmegen

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland BV.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland BV geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland BV zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland BV persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland BV van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacycookies.



NAVIGATOR

Prof. mr. C.C. van Dam¹

DOORBRAAK IN DE AANSPRAKELIJKHEID VAN MOEDERVENNOOTSCHAPPEN

Over drie Shell-nederlagen, het einde van een tijdperk en nieuwe paradigma's

1 Inleiding

Begin 2021 bevestigden het Haagse hof in *Oguru c.s.* en het Britse Supreme Court in *Okpabi c.s.* dat op moedervennootschappen² een zorgplicht kan rusten met betrekking tot de operationele activiteiten van hun dochters. Deze uitspraken waren niet verrassend want zij volgden het *Vedanta*-arrest van het Supreme Court uit 2019, waarin het de hardste noten over dit onderwerp al had gekraakt.

Verrassender was het vonnis van de Haagse rechtbank in mei 2021 in *Milieudefensie c.s.* waarin het moedervennootschap Royal Dutch Shell (RDS) beval om in 2030 de CO₂-emissies van het Shell-concern en die van haar toeleveranciers en afnemers met 45% te hebben verminderd ten opzichte van 2019. Dit vonnis was de derde juridische nederlaag van RDS in minder dan vier maanden tijd.

In deze bijdrage bespreek ik het belang van *Vedanta*, *Oguru*, *Okpabi* en *Milieudefensie* voor het aansprakelijkheidsrecht en het ondernemingsrecht. Ik plaats deze uitspraken in het wereldwijde, transnationale en multidisciplinaire kader van onderneming en mensenrechten. In dit bredere kader vormen de hier te bespreken aansprakelijkheidsprocedures een van de belangrijke instrumenten.

In par. 2 schets ik eerst kort deze bredere context van onderneming en mensenrechten, waarna in par. 3 de inhoud van de vier rechtszaken aan de orde komt. Vervolgens analyseer ik twee belangrijke aspecten van transnationale procedures: de rechterlijke bevoegdheid (par. 4) en het toepasselijk recht (par. 5). In par. 6 maak ik de stand van zaken op met betrekking tot de *duty of care* van moedervennootschappen en in par. 7 analyseer ik de toepassing van *Vedanta* door het Haagse hof. Par. 8 bevat een over-

1 Cees van Dam is hoogleraar International Business and Human Rights, Rotterdam School of Management, Erasmus Universiteit; hoogleraar European Tort Law, Universiteit Maastricht en Visiting Professor King's College London, waar hij de *Law of Tort* (LL.B.) en *Business and Human Rights* (LL.M.) doceert.

2 Ik gebruik hier niet de term 'holding', omdat die een passieve houding ten opzichte van de dochters impliceert. Dat is bij de hier aan de orde zijnde verticaal georganiseerde concerns niet het geval.

zicht van de lessen die bedrijven uit de rechtspraak kunnen trekken en ten slotte geef ik in par. 9 concreet aan wat de bredere agenda van onderneming en mensenrechten betekent voor aansprakelijkheidsprocedures, in het bijzonder voor de te verstrekken remedies en de verhouding tot de Duurzame Ontwikkelingsdoelen (SDG's).³

2 Onderneming en mensenrechten

2.1 De bredere context

Sinds de Tweede Wereldoorlog wordt de *vrijheid* van de internationale handel gegarandeerd door de Algemene overeenkomst betreffende tarieven en handel (GATT) en de Wereldhandelsorganisatie.⁴ De regulering van de *eerlijkheid* van de internationale handel werd grotendeels overgelaten aan het nationale recht. Veel overheden zijn echter terughoudend om machtige buitenlandse investeerders ter verantwoording te roepen vanwege de daarbij betrokken economische belangen. Zij zijn ook beducht om sociale en milieuwetgeving te verbeteren uit angst voor schadeclaims op grond van bilaterale investeringsverdragen. Dit alles leidt tot wijdverbreide praktijken van kostenexternalisatie door multinationale ondernemingen en veroorzaakt omvangrijke milieuschade, beschadigde gemeenschappen, ernstige gezondheidsschade, onveilige werkomstandigheden, lage lonen, slavenarbeid en kinderarbeid.

Tegen het einde van de 20^e eeuw werd dit probleem geïdentificeerd als een internationaal mensenrechtenprobleem. Maar mensenrechten vormden geen effectief juridisch kader, omdat alleen staten worden beschouwd als dragers van mensenrechtenverplichtingen.⁵ Tegelijkertijd was duidelijk dat nationale wetgeving en rechtspraak evenmin geschikte instrumenten waren voor het dichten van de mondiale kloof tussen de vrijheid en de eerlijkheid van de internationale handel.

3 De in dit artikel besproken rechtspraak zou niet zijn geweest en dit artikel zouden niet zijn geschreven zonder de inspanning en volharding van het Engelse advocatenkantoor Leigh Day, de Nederlandse advocatenkantoren Prakken d'Oliveira (mr. Channa Samkalden) en Paulussen (mr. Roger Cox) en de Vereniging Milieudefensie. De drie zaken tegen Shell worden verkort aangeduid met hun lead-eiser.

4 Zie over het navolgende onder veel meer Cees van Dam, *Enhancing Human Rights Protection: A Company Lawyer's Business* (Rotterdam: RSM, 2017), p. 55-62; Simon Baughen, *Human Rights and Corporate Wrongs: Closing the Governance Gap. Corporations, Globalisation and the Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2015).

5 Eric de Brabandere, 'Non-State Actors and Human Rights. Corporate Responsibility and the Attempts to Formalize the Role of Corporations as Participants in the International Legal System', in: Jean d'Aspremont (ed.), *Participants in the International Legal System* (Abingdon: Routledge, 2011), p. 268-283.

In opdracht van de toenmalige Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties, Kofi Annan, ontwikkelde Harvard professor John Ruggie de United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGP's), die in 2011 de steun kregen van de Mensenrechtenraad in Genève.⁶ De UNGP's zijn het eerste wereldwijde instrument voor eerlijke internationale handel. Zij geven aan welke verplichtingen op dit terrein voor overheden voortvloeien uit internationale verdragen en zij legt op bedrijven de verantwoordelijkheid om mensenrechten te respecteren; dit laatste is een niet-bindende vorm van *soft law*.⁷

Op grond van UNGP 1 moeten staten passende maatregelen te nemen om schendingen van de mensenrechten door ondernemingen te voorkomen, te onderzoeken, te bestraffen en te herstellen door middel van effectief beleid, wetgeving en rechtspraak.⁸ Met het nemen van maatregelen om mensenrechtenschendingen door ondernemingen te herstellen door middel van rechtspraak blijven veel landen echter in gebreke (zie in het bijzonder par. 5.3). Overheden zijn actiever als het gaat om het invoeren van wetgeving op het gebied van onderneming en mensenrechten.

2.2 Bestaande en toekomstige wetgeving

In het afgelopen decennium is sprake van een gestaag groeiende stroom wetgeving op het gebied van transparantie (verslaglegging) en mensenrechten due diligence, niet alleen nationaal⁹ maar ook op Europees niveau.

Op Europees niveau kan op het gebied van transparantie worden gewezen op de Richtlijn niet-financiële verslaglegging¹⁰ en op het gebied van due diligence op de

-
- 6 *UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, Human Rights Council, 21 maart 2011, A/HRC/17/31.
 - 7 Justine Nolan, 'The Corporate Responsibility to Respect Rights: Soft Law or Not Law?', in: Surya Deva and David Bilchitz (eds), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), p. 1-27.
 - 8 Claire Methven O'Brien, 'The Home State Duty to Regulate the Human Rights Impacts of TNCs Abroad: A Rebuttal', *Business and Human Rights Journal* 3 (2018), p. 47-73.
 - 9 Zie voor een overzicht <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/national-regional-movements-for-mandatory-human-rights-environmental-due-diligence-in-europe>.
 - 10 Richtlijn 2014/95/EU van 22 oktober 2014 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen. Zie voor het voorstel tot wijziging van deze richtlijn van 21 april 2021: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0189>.

Houtverordening¹¹ en de Verordening inzake conflictmineralen.¹² Naast deze sectorale due diligence wetgeving heeft Commissaris Reynders in 2020 algemene due diligence wetgeving aangekondigd.¹³ In maart 2021 zette het Europees Parlement de Commissie onder druk met een gedetailleerd richtlijnvoorstel.¹⁴

Ten aanzien van nationale due diligence wetgeving kan in het bijzonder worden gewezen op de Franse wet inzake de verplichting tot waakzaamheid¹⁵ en de Nederlandse Wet zorgplicht kinderarbeid.¹⁶

De Franse wet is van toepassing op bedrijven met meer dan 5.000 werknemers in Frankrijk of 10.000 in Frankrijk en in het buitenland en verplicht hen om een waakzaamheidsplan op te stellen en uit te voeren. Het plan moet een strategie bevatten om ernstige schendingen van mensenrechten, fundamentele vrijheden, menselijke gezondheid en veiligheid en het milieu door eigen bedrijfsactiviteiten of die van hun dochters en onderaannemers te identificeren en te voorkomen. Het plan en de uitvoering ervan moeten worden gepubliceerd. Niet-nakoming kan worden gemeld door benadeelden, NGO's en overheden, waarna de moeder drie maanden de tijd heeft om aan haar verplichting te voldoen. Daarna kan een juridische procedure worden gestart.

De Nederlandse Wet zorgplicht kinderarbeid verplicht elke in Nederland gevestigde onderneming die goederen of diensten aan Nederlandse eindgebruikers verkoopt of levert, te verklaren dat zij gepaste zorgvuldigheid betracht om te voorkomen dat die goederen of diensten met behulp van kinderarbeid tot stand komen. Deze verplichting geldt ook voor niet in Nederland gevestigde ondernemingen die goederen of diensten aan Nederlandse eindgebruikers verkopen of leveren. Dit betekent dat

11 Verordening (EU) 995/2010 van 20 oktober 2010 tot vaststelling van de verplichtingen van marktdeelnemers die hout en houtproducten op de markt brengen.

12 Verordening (EU) 2017/821 van 17 mei 2017 tot vaststelling van verplichtingen inzake passende zorgvuldigheid in de toeleveringsketen voor Unie-importeurs van tin, tantaal en wolfram, de overeenkomstige ertsen, en goud uit conflict- en hoogrisicogebieden.

13 Business and Human Rights Resource Centre, EU Commissioner for Justice commits to legislation on mandatory due diligence for companies, 30 april 2020: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/eu-commissioner-for-justice-commits-to-legislation-on-mandatory-due-diligence-for-companies>.

14 Report of the Committee on Legal Affairs of the European Parliament of 11 February 2021, with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/2129(INL)). Zie ook het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel van de leden VoordeWind, Alkaya, Van den Hul en Van den Nieuwenhuijzen (Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen), *Kamerstukken II* 2020-21, 35761, nr. 1-3.

15 Art. L. 225-102-4 Code de commerce.

16 Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen (Wet zorgplicht kinderarbeid), *Stb.* 2019, 401. Zie inmiddels ook het Duitse Lieferkettengesetz: <https://www.bmz.de/de/entwicklungspolitik/lieferkettengesetz>.

bedrijven moeten onderzoeken of een redelijk vermoeden bestaat dat de te leveren goederen of diensten met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen. Zo ja, dan moet een plan van aanpak worden vastgesteld en uitgevoerd (due diligence, gepaste zorgvuldigheid). Niet nakoming kan leiden tot bestuurlijke boetes en uiteindelijk strafrechtelijke sancties.

Deze bestaande en voorgestelde regelgeving is om drie redenen van belang voor de aansprakelijkheid van moedervernootschappen. Ten eerste zal als gevolg van de recente rechtspraak de aandacht verschuiven naar de inhoud van de zorgplicht (*breach of duty*) en de bestaande en voorgestelde wettelijke verplichtingen kunnen hieraan mede inhoud geven (par. 8.2).

In de tweede plaats rusten de wettelijke verplichtingen tot transparantie en due diligence in beginsel op de moedervernootschap, wat een versterking betekent van de ontwikkelingen in de rechtspraak (par. 8.2). Net als in de rapportage-wetgeving, wordt in de due diligence wetgeving de moedervernootschap aangemerkt als de geadresseerde van de verplichtingen en deze verplichtingen strekken zich dus ook uit tot de operationele activiteiten dochterondernemingen. Ook de Franse wet op de verplichting tot waakzaamheid illustreert het samenkomen van juridische normen met de economische realiteit, namelijk dat moedervernootschappen veelal beslissende invloed (kunnen) uitoefenen op het beleid en de operaties van hun dochters en hun toeleveranciers en daarmee op het voorkomen en herstellen van mensenrechtenschendingen.

En ten derde maakt deze ontwikkeling duidelijk dat bedrijven via een omweg ook geadresseerden van mensenrechtenverplichtingen zijn geworden. Dit betekent met name dat niet ‘schade’ het kernthema is maar schending van mensenrechten (par. 9.2). Dit andere conceptuele kader heeft gevolgen voor de remedie (par. 9.3), voor de verhouding tot de Duurzame Ontwikkelingsdoelen van de Verenigde Naties (SDG’s, par. 9.4) en daarmee voor de risicoperceptie van de onderneming (par. 9.1).

2.3 Het transnationale karakter

Onderneming en mensenrechten trekt de traditionele juridische instrumenten van wetgeving en rechtspraak niet alleen uit hun conceptuele kaders (par. 2.2), maar ook uit hun nationale kaders. Het gaat bij de normering van het gedrag van internationaal opererende bedrijven immers onvermijdelijk om transnationaal recht. En dit transnationale recht is zowel *polycentrisch* als *polymodaal*: de regels komen niet alleen van verschillende kanten maar ook in verschillende vormen.¹⁷ Ze worden uitgevaardigd

17 Peer Zumbansen, ‘Transnational Law, Evolving’, in: Jan Smits (ed.), *Encyclopedia of Comparative Law*, 2nd edn. (Cheltenham: Edward Elgar, 2012), p. 899-925; Stephen Korbin, ‘Private Political Authority and Public Responsibility: Transnational Politics, Transnational Firms, and Human Rights’ *Business Ethics Quarterly* 19 (2009) 3, p. 349-374.

op mondiaal (VN), regionaal (EU) en nationaal niveau. En ze komen in de vorm van *hard law*, *soft law* en richtlijnen, als publiekrechtelijke regels, aansprakelijkheidsregels, en als private regels van investeerders en *global value chain leaders*. In combinatie met de waakhond rol van NGOs met hun eigen normatieve kaders, en hun invloed op de markt en de publieke opinie, creëert dit een steeds complexere omgeving waarin normen gefragmenteerd zijn en elkaar kunnen overlappen of met elkaar kunnen botsen (par. 8.2).¹⁸

Deze transnationale trend laat zich met de hier aan de orde zijnde zaken goed illustreren: in *Oguru* paste het Haagse hof Nigeriaans recht toe, dat feitelijk wordt ontwikkeld door het Supreme Court in Londen als de moeder en hoeder van de *common law* (par. 5.2). Voorts maakt het Supreme Court in *Okpabi* gebruik van interne bedrijfsdocumenten die het Haagse hof aan Shell had opgedragen openbaar te maken (par. 6.1). En in Milieudefensie maakte de Haagse rechtbank gebruik van *soft law* voor het invullen van de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW (par. 3.4).

De steeds complexere regel- en normomgeving onderstreept het belang voor ondernemingen om in een constant veranderend juridisch en beleidsmatig landschap ontwikkelingen voor te blijven, in plaats van achter de feiten en de normen aan te lopen.¹⁹ Een actieve of proactieve attitude is hiervoor een belangrijke sleutel. Die leidt niet alleen tot lagere compliance-kosten maar draagt tevens bij aan het creëren van langetermijnwaarde van de onderneming²⁰ en aan het verminderen van aansprakelijkheids- en reputatierisico's (par. 8.2).

3 London en Den Haag: twee steden, vier rechterlijke uitspraken

3.1 *Vedanta in Londen*

In deze zaak betoogden een kleine tweeduizend Zambiaanse burgers, arme leden van boerengemeenschappen, dat hun gezondheid en landbouwopbrengsten sinds 2005 werden aangetast, omdat de waterlopen die zij gebruikten waren vervuild door lozingen van giftige stoffen uit een kopermijn. Deze mijn werd geëxploiteerd door Konkola Copper Mines (KCM), een dochtervennootschap van Vedanta, een in het Verenigd Koninkrijk opgerichte moedervenootschap.

18 John Gerard Ruggie, 'Global governance and new governance theory: Lessons from business and human rights', *Global Governance*, 20 (2014), p. 5-17.

19 Cees van Dam, *Enhancing Human Rights Protection: A Company Lawyer's Business* (Rotterdam: RSM, 2017), p. 33-34.

20 Cees van Dam, 'Corporate governance en respect voor mensenrechten', in: M. Lückérath-Rovers e.a. (red.), *Jaarboek Corporate governance 2018-2019* (Deventer: Kluwer, 2018), p. 97-115.

De beslissing van het Supreme Court betrof een zogenaamde pre-trial procedure. Omdat trials tijdrovend en kostbaar zijn, kunnen vorderingen in een pre-trial procedure worden afgewezen als ze kennelijk ongegrond zijn. De verweren van Vedanta waren erop gericht de vorderingen zonder trial af te wijzen maar het Supreme Court vond dit geen goed idee.²¹

Het besliste allereerst dat de Engelse rechter bevoegd was kennis te nemen van de vorderingen tegen Vedanta en KCM, op grond van respectievelijk EU recht en Engels recht. Hoewel Zambia in beginsel de juiste plaats was voor de procedure, kon de zaak toch door de Engelse rechter worden gehoord, omdat het voor de eisers in Zambia niet mogelijk zou zijn om recht te verkrijgen (par. 4.2).

Vedanta betoogde voorts dat zelfs als de feitelijke beweringen van de eisers konden worden bewezen, op haar als moederverenootschap geen *duty of care* rustte en dat zij daarom niet aansprakelijk kon zijn op grond van de *tort of negligence*.²² Om die reden verviel volgens haar ook de bevoegdheid van de Engelse rechter om te oordelen over de vorderingen jegens KCM.

Het Supreme Court verwierp ook dit betoog. Op basis van een door Vedanta gepubliceerd duurzaamheidsrapport kon redelijkerwijs worden betoogd dat zij verantwoordelijkheid had genomen voor het handhaven van milieunormen bij de activiteiten van haar dochters, in het bijzonder KCM. Dit betekende dat pleitbaar was dat op Vedanta een *duty of care* rustte en dat de vorderingen van eisers in een trial konden worden gehoord (par. 6.2-6.3).

Voordat de trial plaatsvond, bereikten partijen in januari 2021 voor een niet nader genoemd bedrag een minnelijke schikking.²³

3.2 *Oguru in Den Haag*

3.2.1 *Feiten en interlocutoire beslissingen*

In 2008 dagvaardden vier Nigeriaanse boeren en de Vereniging Milieudefensie (MD) Shell voor de Rechtbank in Den Haag. De vorderingen hadden betrekking op olie lekkages in de Nigerdelta, twee uit ondergrondse pijpleidingen bij Oruma (juni 2005, zaak A) en Goi (oktober 2005, zaak B), en een uit een verlaten oliebron

21 *Vedanta Resources PLC and another v Lungowe and others* [2019] UKSC 20.

22 De *tort of negligence* vereist een *duty of care*, *breach of duty*, causaliteit en schade. De *duty of care* fungeert als controlemechanisme om te bepalen welke schadevergoedingsvorderingen in rechte kunnen worden gehoord; zie Cees van Dam, *European Tort Law* (Oxford: OUP, 2013), nr. 503 en 605.

23 Joint statement by the villagers, represented by Leigh Day solicitors, and Vedanta Resources Ltd: <https://www.leighday.co.uk/latest-updates/news/2021-news/legal-claim-by-more-than-2-500-zambian-villagers-in-a-case-against-vedanta-resources-limited>.

bij Ikot Ada Udo (augustus 2007, zaak C). Door de lekkages verloren de eisers hun levensonderhoud en leden ze gezondheidsschade. De vorderingen hadden alleen betrekking op de aansprakelijkheidsvraag; de schadevergoeding komt in beginsel in de schadestaatprocedure aan de orde.

De vorderingen waren gericht tegen dochtervennootschap Shell Petroleum Development Company of Nigeria (SPDC), de huidige moedervennootschap RDS en haar voorgangers: Shell Petroleum N.V. (Shell NV), gevestigd in Den Haag, en Shell Transport and Trading Company Ltd (Shell T&T), gevestigd in Londen. Laatstgenoemden stonden tot 20 juli 2005 als moedervennootschappen gezamenlijk aan het hoofd van het Shell-concern. Zij hielden via dochtervennootschappen aandelen in SPDC. Sinds de herstructurering in 2005 staat RDS (gevestigd in Londen en met hoofdkantoor in Den Haag) aan het hoofd van het Shell-concern. Zij houdt via dochtervennootschappen de aandelen in SPDC.²⁴ Omdat RDS niet is ontstaan uit een fusie van de oude moeders, kan RDS alleen worden aangesproken voor gedrag vanaf 20 juli 2005 en de oude moeders voor de periode hiervoor.²⁵

Naast Milieudefensie waren de eisers in zaak A Fidelis Oguru en (tot aan diens overlijden in 2016) Alali Efang, in zaak B boer en visser Barizaa Dooh (na zijn overlijden zijn zoon Eric Dooh) en in zaak C Friday Akpan.

In 2009 verklaarde de rechtbank zich bevoegd om kennis te nemen van de zaak tegen de oude moeders, RDS en SPDC. Zij besliste tevens dat de eisers, inclusief Milieudefensie, ontvankelijk waren.²⁶ In 2015 kwam het hof tot dezelfde conclusies (par. 4.3).²⁷ Net als de rechtbank bepaalde het hof dat op de vorderingen Nigeriaans recht van toepassing was.²⁸

3.2.2 *Eindbeslissing: overzicht*

De rechtbank wees in 2013 alle vorderingen jegens de moedervennootschappen af. In de zaken A en B wees zij ook de vorderingen tegen SPDC af, omdat zij vaststelde dat de lekkages waren veroorzaakt door sabotage. In zaak C wees zij de vordering tegen SPDC wel toe, omdat SPDC nalatig was geweest in het voorkomen van de sabotage: de kleppen van de verlaten oliebron konden met een grote sleutel een-

²⁴ *Oguru*, rov. 1.1.b.

²⁵ *Oguru*, rov. 3.10.

²⁶ Rb. Den Haag 30 december 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK8616 (*Dooh-Akpan-Oguru-Efang-MD/Shell*).

²⁷ Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (*Oguru-Efang-MD/RDS-SPDC*); Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (*Dooh-MD/RDS-SPDC*); Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 (*RDS-SPDC/Akpan-MD*).

²⁸ *Oguru*, rov. 3.27-3.30; *Dooh*, rov. 3.28-3.30.

voudig worden geopend.²⁹ Het was voor het eerst dat een westerse rechtbank een buitenlands bedrijf aansprakelijk hield voor milieuschade in een niet-westers land.³⁰

In hoger beroep wonnen eisers de zaken A en B, die ze hadden verloren bij de rechtbank.³¹ In zaak C oordeelde het hof dat het lek was veroorzaakt door sabotage, maar stelde het zijn eindbeslissing uit, omdat het eerst partijen wilde horen over de vraag of de sabotage voorkomen had kunnen worden en over de sanering van het gebied.³²

In het navolgende geef ik een samenvatting van de beslissingen van het hof in de zaken A en B. Zij hadden betrekking op de aansprakelijkheid voor (a) de oorzaak van de lekkages (par. 3.2.3), (b) de reactie op de lekkages (par. 3.2.4) en (c) de sanering van bodem en vijvers (par. 3.2.5). Het ging hierbij steeds om zowel de aansprakelijkheid van SPDC als die van de moedervernootschappen.

3.2.3 Eindbeslissing: oorzaak lekkages

Voor de rechtbank had SPDC met succes betoogd dat de lekkages in de zaken A en B waren veroorzaakt door sabotage. In zaak A vermeldde het rapport van het Joint Investigation Team (JIT) dat het gat in de pijpleiding rond en cirkelvormig was met gladde randen die overeenkwamen met schade veroorzaakt door een boorapparaat.³³ In zaak B vermeldde het JIT-rapport dat er in de pijpleiding een dwarse zaagsnede van 45 cm was gemaakt.³⁴ Dit leek op sabotage te wijzen maar het door het hof benoemde expertpanel beschouwde beide JIT-rapporten als 'of very poor quality'.³⁵

Volgens sectie 11(5) van de Nigeriaanse Oil Pipelines Act 1956 is de exploitant van een oliepijpleiding risicoaansprakelijk voor schade veroorzaakt door het scheuren of lekken van de leiding, tenzij dit is veroorzaakt door 'the malicious act of a third person' (een misdrijf). Sectie 135 van de Nigeriaanse Evidence Act 2011 bepaalt dat in zowel in burgerlijke als in strafzaken de aanwezigheid van een misdrijf moet worden bewezen *beyond reasonable doubt*. Op basis van het deskundigenrapport oordeelde het hof zowel in de zaken A als B dat, hoewel sabotage de meest waarschijnlijke oorzaak van het lek was, dit niet buiten redelijke twijfel kon worden vastgesteld. Daarom hield het SPDC risicoaansprakelijk voor de oorzaak van de lekkages.

29 Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBSGR:2013:BY9850 (*Oguru-Efanga/Shell*); Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBSGR:2013:BY9854 (*Dooh/Shell*); Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBSGR:2013:BY9854 (*Akpan/Shell*).

30 Liesbeth Enneking, 'The Future of Foreign Direct Liability? Exploring the International Relevance of the Dutch Shell Nigeria Case', *Utrecht Law Review* 10 (2014) 1, p. 44-54.

31 Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132 (*Oguru-Efanga-MD/RDS-SPDC*); Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:133 (*Dooh-MD/RDS-SPDC*).

32 Hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:134 (*MD/RDS-SPDC en SPDC/Akpan*).

33 *Oguru*, rov. 1.1.g.

34 *Dooh*, rov. 1.1.h.

35 *Oguru*, rov. 5.19; *Dooh*, rov. 5.19.

Met betrekking tot de aansprakelijkheid van de moedervennootschappen voor de oorzaak van de lekkages oordeelde het hof dat hiervoor ten minste moest komen vast te staan dat SPDC *negligent* of onredelijk had gehandeld.³⁶ Omdat hiervan niet was gebleken, rustte volgens het hof op de moedervennootschappen geen *duty of care* en wees het de vorderingen dienaangaande af (zie voor kritiek op deze motivering par. 7.2).

3.2.4 Eindbeslissing: reactie op lekkages

Op grond van de *tort of negligence* behoorde exploitant SPDC adequaat te reageren op de lekkages en de olietoevoer zo snel mogelijk af te sluiten. In zaak A had SPDC drie dagen nodig om het lek te verifiëren en elf dagen om het te stoppen. Omdat meldingen van lekkages regelmatig onjuist zijn, sluit SPDC de olietoevoer pas af na verificatie ter plaatse. Die liep hier vertraging op, doordat buurtbewoners SPDC de toegang tot het gebied ontzegden. Het hof oordeelde dat de vertraagde reactie van SPDC in deze omstandigheden niet onzorgvuldig was geweest en wees aansprakelijkheid af.

Het hof hield SPDC echter wel aansprakelijk voor het niet installeren van een lek-detectiesysteem (LDS) op de pijpleiding. Met een LDS (al in 2001 aanbevolen door het American Petroleum Institute), kunnen lekkages op afstand worden geverifieerd en daarmee kan de omvang van de schade aanzienlijk worden beperkt. Het hof beval SPDC om binnen een jaar na de uitspraak een LDS op de Oruma pijpleiding te installeren, onder verbeurte van een dwangsom van € 100.000 per dag.

Het hof wees de aansprakelijkheid van de oude moedervennootschappen voor de reactie op de lekkage af, omdat zij niet behoefden te weten dat de Oruma pijpleiding niet was voorzien van een LDS.³⁷

Het hof oordeelde daarentegen dat RDS wel op de hoogte was van het ontbreken van een LDS en dat op haar op basis van *Vedanta* een *duty of care* rustte (zie uitvoeriger par. 7.1). Het hof droeg RDS daarom op ervoor te zorgen dat binnen een jaar na de uitspraak de Oruma pijpleiding wordt uitgerust met een LDS, onder verbeurte van een dwangsom van € 100.000 per dag. Deze beslissing was een primeur, omdat het de eerste keer was dat een moedervennootschap verantwoordelijk werd gehouden voor operationele activiteiten van haar buitenlandse dochter.

Op grond van Nigeriaans recht heeft de rechter een discretionaire bevoegdheid om een bevel al dan niet toe te wijzen (het is een zogenaamde *equitable remedy*). Hij kan dit met name doen als een dergelijk bevel een einde kan maken aan een

³⁶ *Oguru*, rov. 3.30 en 5.31, *Dooh*, rov. 3.30 en 5.31.

³⁷ *Oguru*, rov. 7.2.

onrechtmatige toestand, dan wel een onrechtmatig nalaten.³⁸ Deze redenering is in lijn met het Engelse recht, waarin een *mandatory injunction* passend wordt geacht als er een grote kans is op toekomstige schade, schadevergoeding geen geschikt alternatief is en het mogelijk is om precies te beschrijven wat de geadresseerde (hier: RDS) moet doen.³⁹

In zaak B had SPDC een dag na de melding van de lekkage ter verificatie een helikopter ingezet maar het hof overwoog dat dit ook dezelfde dag had kunnen gebeuren. Het oordeelde daarom dat SPDC de olietoevoer dezelfde dag had moeten afsluiten en verklaarde haar voor de gevolgen aansprakelijk. Het hof verwierp de vordering van eisers om SPDC te bevelen de pijpleiding uit te rusten met een LDS, omdat dit al was gebeurd toen deze in 2019 werd vervangen.

3.2.5 Eindbeslissing: sanering bodem en vijvers

Op grond van de *tort of negligence* behoorde exploitant ook de bodem en de vijvers te saneren, ongeacht de oorzaak van de lekkage. Partijen waren het er over eens dat de omvang van de sanering moest worden bepaald op basis van de *Environmental Guidelines and Standards for Petroleum Industry* in Nigeria, gepubliceerd door het Nigeriaanse ministerie voor Petroleum Resources. Ze waren het echter niet eens over de interpretatie ervan. Het hof besliste dat SPDC het gebied had gesaneerd volgens de interventienorm en dat het niet nodig was de bodem en het water in de oude staat terug te brengen. Deze beslissing sluit niet uit dat verdere saneringsverplichtingen voor SPDC voortvloeien uit haar risicoaansprakelijkheid voor de oorzaak van de lekkages (par. 3.2.3) en voor het niet toepassen van een LDS (par. 3.2.4).

3.2.6 Het vervolg

Inmiddels is tegen het arrest van het hof cassatie ingesteld bij de Hoge Raad. RDS gaat in cassatie tegen het gebod om een lekdetectiesysteem te plaatsen (het bedrijf zegt wel binnen jaar aan dit gebod te zullen voldoen) maar niet tegen de veroordelingen van SPDC. Dit betekent dat de risicoaansprakelijkheid van de dochter voor de olie lekkages definitief is. Milieudefensie tekent cassatie aan tegen de afwijzing door het hof van de aansprakelijkheid van de moeders voor de oorzaak van de olie lekkages (par. 3.2.3 en par. 7.2).

Een belangrijke beperking van het cassatiedebat is, dat niet kan worden geklaagd over een verkeerde toepassing van buitenlands recht, omdat dit als een feitelijke

38 Het hof verwijst naar *Military Governor of Lagos State v Adebayo Adeyiga*, C 112/2002, LOR (Supreme Court, 10 februari 2012); zie *Oguru*, rov. 3.13.

39 *Redland Bricks Ltd v Morris* [1970] AC 652.

aangelegenheid wordt beschouwd.⁴⁰ Wel is er ruimte voor procedurele en motiveringsklachten.

Ook na de cassatieprocedure zijn deze geschillen nog niet ten einde, omdat de omvang van de schade en de schadevergoeding moeten worden vastgesteld in een schadestaatprocedure, al is niet uitgesloten dat partijen hierover een schikking zullen treffen. Omdat het hof alleen SPDC aansprakelijk heeft gehouden voor schade en niet ook RDS, staat te bezien of SPDC over voldoende financiële middelen beschikt om de schade te vergoeden (par. 4.1). Als eisers in cassatie en na een eventuele verwijzing niet succesvol zijn, zijn zij nog steeds afhankelijk van de goodwill van RDS om voldoende fondsen ter beschikking te stellen.⁴¹

3.3 *Okpabi in Londen*

Deze zaak was aangespannen door ongeveer 40.000 eisers uit Nigeriaanse landbouw- en vissersgemeenschappen in de Nigerdelta tegen moedervernootschap RDS en haar dochter SPDC.⁴² Het ging om talloze lekkages uit oliepijpleidingen, die op grote schaal milieu- en gezondheidsschade veroorzaakten. Eisers betoogden dat de lekkages werden veroorzaakt door nalatigheid van SPDC en dat op RDS jegens hen een *duty of care* rustte, omdat zij aanzienlijke controle uitoefende over materiële aspecten van de activiteiten van SPDC, dan wel verantwoordelijkheid nam voor SPDC's activiteiten.

Net als *Vedanta* was *Okpabi* een pre-trial procedure. In *Okpabi* koos de meerderheid van het Court of Appeal de kant van Shell en wees het de vordering van de eisers af, omdat op RDS als moedervernootschap geen *duty of care* zou rusten.⁴³ Omdat deze beslissing dateerde van vóór *Vedanta*, kwam de beslissing van het Supreme Court in *Okpabi* niet als een verrassing. De toegevoegde waarde ervan was driedelig.

Ten eerste oordeelde het Supreme Court dat de meerderheid van het Court of Appeal ten onrechte een 'algemeen principe' had aanvaard dat op moedervernootschappen nooit een *duty of care* kon rusten door het handhaven van concern-brede beleidslij-

40 Freerk Vermeulen, 'Vreemd recht in cassatie', in: A.M. Boot, F.G.K. Overkleef en F.E. Vermeulen (red.), *Wie is de Mol?*, Liber Amicorum Harmen de Mol van Otterloo (Nijmegen: Wolf, 2014), p. 239-249.

41 Zie ook S.M. Bartman, 'Some Comments to the Hague Judgment in *Re Friends of the Earth Netherlands v Shell*', *European Company Law Journal* 2021, p. 47.

42 *Okpabi and others v Royal Dutch Shell plc and another* [2021] UKSC 3 (verder: *Okpabi*).

43 *Okpabi and others v Royal Dutch Shell and another* [2018] EWCA Civ 191.

nen en richtlijnen. Dit was in strijd met *Vedanta*,⁴⁴ waarin Lord Briggs zei dat een dergelijk algemeen principe niet bestond (par. 6.2).⁴⁵

In de tweede plaats bevestigde het Supreme Court dat de *duty of care* vraag niet in een pre-trial procedure kon worden beantwoord, maar dat dit volgens vaste rechtspraak moet gebeuren in een trial na *disclosure* en de vaststelling van alle relevante feiten.⁴⁶

Ten derde bevestigde het Supreme Court dat in een pre-trial procedure alleen hoeft te worden vastgesteld of de vordering pleitbaar is. De rechter moet de feitelijke onderbouwing van een vordering aanvaarden, tenzij deze aantoonbaar onjuist of onverdedigbaar is.⁴⁷ De meerderheid van het Court of Appeal had hier een behoorlijk scheve schaafts gereden door in een miniproces op basis van een zeer beperkte *disclosure* bewijs te aanvaarden van verschillende Shell-getuigen, zonder eisers de gelegenheid te geven deze getuigen te ondervragen. Het Supreme Court vond deze gang van zaken *inappropriate*⁴⁸ en dat kan worden gezien als een ernstige berisping van de meerderheid van de Court of Appeal.

In het licht van ander bewijs dat voor het Supreme Court beschikbaar was, waaronder documenten die het Haagse hof aan Shell had opgedragen openbaar te maken,⁴⁹ concludeerde het dat niet was aangetoond dat de door eisers aangevoerde feiten aantoonbaar onjuist of onverdedigbaar waren en dat hun pleidooi aantoonde dat er, in het licht van *Vedanta*, reële vragen waren om in een trial te worden beantwoord.⁵⁰

3.4 Milieudefensie in Den Haag

In een voorjaar waarin baanbrekende ontwikkelingen op het gebied van onderneming en mensenrechten over elkaar heen buitelden,⁵¹ vormde het in mei gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag in de klimaatzaak tegen Shell een voorlopige apotheose.⁵² De zaak was aangespannen tegen Royal Dutch Shell door Milieudefensie, Greenpeace en vijf andere belangenorganisaties, alsmede ruim 17.000 individu-

44 *Vedanta*, nr. 52.

45 *Okpabi*, nr. 143-145.

46 *Okpabi*, nr. 48.

47 *Okpabi*, nr. 107.

48 *Okpabi*, nr. 120-125.

49 *Okpabi*, nr. 137.

50 *Okpabi*, nr. 153-154.

51 Zie Cees van Dam, 'Is This the Real Life? Is This Just Fantasy? Caught in a Landslide, No Escape From Reality', *European Company Law Journal* 18 (2021) 3, p. 80-83.

52 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie e.a./Royal Dutch Shell*).

ele eisers. Anders dan in de drie hiervoor besproken procedures, betrof de vordering hier geen schadevergoeding maar een bevel.⁵³

De rechtbank oordeelde allereerst dat het met de collectieve acties gediende belang van huidige en toekomstige generaties van de gehele wereldbevolking zich niet leende voor bundeling. Dat gold wel voor de belangen van de huidige en de toekomstige generatie Nederlandse ingezetenen, omdat die voldoende gelijksoortig zijn. Hiermee viel het doek voor eiser Action Aid, dat vooral in Afrika actief is. Ook de individuele eisers werden niet ontvankelijk verklaard, omdat hun belangen dezelfde waren als die worden behartigd door Milieudefensie c.s. (rov. 4.2).

De rechtbank besliste dat op de vordering Nederlands recht van toepassing was (zie hierover par. 5.2).

In het kader van de vraag welke zorgplicht op RDS rust, leunde de rechtbank stevig op de UN Guiding Principles. Deze vormen een gezaghebbend en internationaal breed gedragen 'soft law' instrument dat strookt met andere breed geaccepteerde soft law instrumenten, zoals de OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen. Hieruit kan worden afgeleid dat internationaal algemeen aanvaard is dat bedrijven mensenrechten dienen te respecteren, onafhankelijk van wat staten doen. Bedrijven kunnen dus niet volstaan met het volgen van de ontwikkelingen en de maatregelen die staten nemen (rov. 4.4.11-14).

De plicht om ov. mensenrechten te respecteren vereist dat bedrijven: (a) geen negatieve mensenrechtengevolgen veroorzaken of in de hand werken via hun eigen activiteiten en dergelijke gevolgen verhelpen als die zich voordoen; (b) zich inspannen om negatieve mensenrechtengevolgen te voorkomen of beperken die rechtstreeks aan hun activiteiten, producten of diensten gelieerd zijn via hun zakelijke relaties, ook wanneer zij er niet zelf aan hebben bijgedragen (rov. 4.4.17). Dit is een letterlijke vertaling van UNGP 13.

De rechtbank overwoog dat de vergaande controle en invloed van RDS over de Shell-groep betekende dat de reductieverplichting van RDS een resultaatsverbintenis is voor emissies van de Shell-groep. Ten aanzien van de zakelijke relaties van de Shell-

53 Zie over dit onderwerp onder veel meer Martijn Scheltema, 'Territorialiteit te boven – Klimaatverandering en mensenrechten' in: *De grenzen voorbij – De actualiteit van territorialiteit en jurisdictie*, Handelingen NJV, 149^e jaargang/2019 (Deventer: Wolters Kluwer, 2019), p. 59-134; Edward Brans en Katrien Winterink, 'Aansprakelijkheid van particuliere ondernemingen voor schade door klimaatverandering', in: Chris Backes, Edward Brans & Herman Kasper Gilissen (red.), *2030: Het juridische instrumentarium voor mitigatie van klimaatverandering, energietransitie en adaptatie in Nederland* (Den Haag: Boom juridisch, 2020), p. 79-96. Zie over public interest litigation Cees van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* (Den Haag: Boom juridisch, 2020), nr. 1108-3.

groep (toeleveranciers en eindgebruikers) geldt een zwaarwegende inspanningsverplichting: van RDS kan worden verwacht dat zij de nodige stappen neemt om de ernstige risico's als gevolg van de door hen gegenereerde CO₂-uitstoot op te heffen of te voorkomen en haar invloed aanwendt om eventueel voortdurende gevolgen zo veel mogelijk te beperken. Hieraan doet de eigen verantwoordelijkheid van de zakelijke relaties voor (de gevolgen van) hun eigen CO₂-uitstoot niet af (rov. 4.4.23-24).

Voor wat deze verplichting concreet betekenen, sluit de rechtbank aan bij de inzichten van het IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*), die de basis vormen voor het Akkoord van Parijs en de weerslag zijn van de best beschikbare bevindingen in de klimaatwetenschap (rov. 4.4.27). Op basis hiervan bestaat een breed gedragen consensus dat om de opwarming van de aarde tot 1,5°C te beperken, de CO₂-uitstoot in 2030 met netto 45% moet zijn teruggebracht ten opzichte van 2010 en in 2050 met netto 100%. De rechtbank betreft deze consensus in de invulling van de zorgvuldigheidsnorm (rov. 4.4.29).

Bovenstaande bouwstenen leidden de rechtbank tot de conclusie dat RDS bij het formuleren van het concernbeleid van de Shell-groep tot richtsnoer moet nemen dat de CO₂-uitstoot van de Shell-groep in 2030 45% netto lager is dan het niveau van 2019 (rov. 4.4.32-38). Het is aan RDS om vorm te geven aan reductieverplichting, rekening houdend met haar lopende verplichtingen en andere relevante omstandigheden.

De rechtbank constateerde voorts dat het beleid, de beleidsvoornemens en ambities van RDS voor de Shell-groep niet stroken met bovenstaande reductieverplichting. Omdat sprake was van een dreigende schending van de reductieverplichting wees de rechtbank het gevorderde bevel toe en verklaarde het uitvoerbaar bij voorraad.

Ten slotte verwierp de rechtbank de tegenargumenten van RDS. Het belang van toegang tot betrouwbare en betaalbare energie heeft geen invloed op de eigen reductieverplichting RDS. Dat RDS het probleem niet zelf kan oplossen, ontslaat haar niet van de verplichting het hare te doen. De reductieverplichting vraagt om een koerswijziging die mogelijk grenzen stelt aan de groei van de Shell-groep maar het met de verplichting gediende belang weegt zwaarder dan bedrijfseconomische belangen.

Het ligt voor de hand dat deze beslissing in binnen- en buitenland zal worden gevolgd met soortgelijke procedures en dat vervuilende bedrijven de gesel zullen gaan voelen van art. 6:162 (en zijn equivalenten in andere rechtsstelsels). Voor een onderneming met een adequate juridische afdeling kan deze uitspraak niet als een verrassing zijn gekomen. De les die ondernemingen en hun bedrijfsjuristen hieruit kunnen trekken, is dat zij art. 6:162 niet vanuit het eigen ondernemingsbelang moeten uitleggen. Zij zullen moeten leren deze bepaling te beoordelen vanuit een rechtsstatelijk kader, niet met als perspectief het risico voor de onderneming maar het risico voor de rechthebbenden (par. 9.1).

Met dit vonnis leed Royal Dutch Shell haar derde desastreuze juridische nederlaag in minder dan vier maanden tijd. Haar verweren werden door drie rechterlijke instanties naar de prullenbak verwezen. De hier besproken rechterlijke uitspraken markeren het einde van een tijdperk waarin Shell met haar gebrek aan (juridische) verantwoordelijkheid leek weg te komen. In *Okpabi* betoogde Shell dat zij geen controle had over de operaties van haar dochters (terwijl ze zelf die controle in feite gedetailleerd uitoefende), in *Oguru* voerde ze aan dat de olielozingen werden veroorzaakt door sabotage (terwijl ze zelf door slecht onderhoud had bijgedragen aan een steeds meer vervuilde omgeving en daarmee aan een vruchtbare bodem voor criminaliteit) en in *Milieudefensie* stelde Shell dat ze moest wachten op klimaatwetgeving van de overheid (terwijl ze zelf haar verantwoordelijkheid op grond van art. 6:162 BW negeerde). Deze verweren waren de zweren van een concernbeleid onder falend juridisch en bestuurlijk leiderschap. Een beleid dat de onderneming nu vele malen meer gaat kosten dan als zij zich tien jaar geleden (pro)actief had opgesteld en een adequaat mensenrechten- en klimaatbeleid had ontwikkeld en geïmplementeerd (zie hierover par. 8.2 *in fine*).

4 Rechterlijke bevoegdheid

4.1 Inleiding

Benadeelden kunnen in hun eigen land procederen tegen de dochtervennootschap maar een eerlijk proces is daar niet altijd mogelijk. Bijvoorbeeld omdat de rechterlijke macht onvoldoende onafhankelijk is, of niet in staat is om massaclaims te behandelen. Of omdat de plaatselijke advocatuur onvoldoende is opgewassen tegen de juridische macht van een *deep pocket* multinational.

Om deze redenen geven benadeelden er doorgaans de voorkeur aan te procederen in het land van de moedervernootschap. Daarmee brengen zij het geschil bovendien naar het hart van het concern, wat tevens mediapubliciteit en daarmee reputatieschade genereert. Bovendien voorkomen zij het risico dat de buitenlandse dochter wel aansprakelijk is maar niet voldoende is gekapitaliseerd om de schadevergoeding te betalen.

Het dagvaarden van moedervernootschappen zoals Vedanta en RDS is onder Europees recht niet problematisch. Zij kunnen worden gedagvaard voor de rechter van hun hoofdkantoor of zetel op grond van art. 4(1) en 63(1) Brussel I Verordening (herschikking) (verder: Brussel I).⁵⁴ Het *forum non conveniens*-verweer is naar EU-recht

⁵⁴ In de Nederlandse Shell-zaak gold dit voor de vorderingen tegen Shell Petroleum N.V. en RDS. De bevoegdheid over Shell Transport and Trading Company Ltd. was gebaseerd op art. 7 lid 1 Rv (zie par. 4.3).

niet geldig.⁵⁵ De vraag of de rechter ook bevoegd is over vorderingen tegen niet-EU dochtervenootschappen is complexer en wordt bepaald door nationaal recht (par. 4.2 en par. 4.3).

4.2 Engeland

In Engeland wordt de rechterlijke bevoegdheid om vorderingen tegen niet-EU-dochters te behandelen bepaald door de *'necessary or proper party gateway'*. Deze vereist (a) dat er een daadwerkelijk juridisch geschil is tussen eisers en de moeder, (b) dat de dochter een noodzakelijke of juiste partij is bij de vordering tegen de moeder, (c) dat de vordering tegen de dochter een reële kans op succes heeft, en (d) dat Engeland de juiste plaats is voor het horen van beide vorderingen, of dat er een reëel risico bestaat dat de eisers voor de buitenlandse rechter geen recht zullen verkrijgen.⁵⁶

Onder (a) voerden de moedervenootschappen aan dat zij jegens de eisers geen *duty of care* hadden en er daarom geen daadwerkelijk juridisch geschil te beslechten was. Het Supreme Court verwierp dit argument in *Vedanta* (par. 3.1) en *Okpabi* (par. 3.3).

In samenhang hiermee betoogde *Vedanta* dat de eisers misbruik maakten van EU-recht (Brussel I), omdat ze de vordering jegens de moeder alleen hadden ingediend om hun vordering tegen de dochter te laten behandelen door een EU-rechter maar het Supreme Court verwierp ook dit argument.⁵⁷

Onder (d) stelde *Vedanta* dat zij had aangeboden zich te onderwerpen aan de jurisdictie van de Zambiaanse rechter, zodat de volledige zaak daar kon worden berecht en onverenigbare uitkomsten konden worden vermeden. Het Supreme Court accepteerde dat Zambia inderdaad de juiste plaats was voor de procedure.⁵⁸

Dit hielp *Vedanta* echter niet, omdat het Supreme Court ook overwoog dat er een reëel risico bestond dat de eisers in Zambia geen recht zouden verkrijgen, omdat in Zambia geen geschikte rechtsbijstand beschikbaar was voor geschillen van deze complexiteit, in het bijzonder tegen KCM *'... with a track record that suggested that it would prove an obdurate opponent.'*⁵⁹

55 HvJ EG 1 maart 2005, C-281/02, Jur. [2005] I-01383 (*Owusu/Jackson*).

56 Para 3.1 Civil Procedure Rules Practice Direction 6B.

57 *Vedanta*, nr. 28-41.

58 *Vedanta*, nr. 66-87. Dit liet het recht van eisers onverlet om in Engeland tegen *Vedanta* te procederen op grond van Brussel I.

59 *Vedanta*, nr. 89.

4.3 *Nederland*

De bevoegdheid van de Nederlandse rechter om zaken tegen niet-EU-dochters te behandelen, wordt bepaald door art. 7 lid 1 Rv. Dit bepaalt dat als de rechter ten aanzien van de moeder rechtsmacht heeft, hij ook bevoegd is ten aanzien van andere gedaagden, mits tussen de vorderingen een zodanige samenhang bestaat, dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen.

In zijn tussenarrest in 2015 verklaarde het hof zich op deze grond bevoegd om de vordering tegen SPDC te behandelen. Hiertoe overwoog het dat de gedaagden deel uitmaakten van hetzelfde concern, dat het gedrag van SPDC een belangrijke rol speelde bij de beoordeling van de mogelijke aansprakelijkheid van de moeders, dat de feiten betrekking hadden op dezelfde lekkages, en dat het gezamenlijk behandelen van de vorderingen uiteenlopende beslissingen zou voorkomen.

Het hof verwierp het argument van Shell dat de vorderingen tegen RDS kennelijk ongegrond waren. Volgens het hof kon niet worden uitgesloten dat RDS aansprakelijk was voor door SPDC veroorzaakte schade. Eisers maakten evenmin misbruik van procesrecht, omdat het hof niet aannemelijk achtte dat de procedure een schijnprocedure was om SPDC van haar natuurlijke forum te beroven.⁶⁰

Shell betwistte ook tevergeefs de ontvankelijkheid van eisers. Het hof oordeelde dat Milieudefensie ontvankelijk was op grond van art. 3: 305a Burgerlijk Wetboek, omdat zij optrad namens personen die in de buurt van de olie lekkages woonden en hun belangen behartigde in lijn met haar wettelijke doelstellingen.⁶¹

Shell betoogde voorts dat de Nigeriaanse eisers niet hadden aangetoond dat zij de exclusieve eigenaren waren van de vervuilde gronden en vijvers. Het hof oordeelde echter dat er voldoende bewijs was dat hun relatie met de gebieden van dien aard was dat zij het recht hadden om vorderingen in te dienen.⁶² Hier is van belang dat het begrip eigendom per land verschilt. Zo kan het in niet-westerse landen ook een collectief in plaats van een individueel concept zijn. Bovendien laat de registratie van grondbezit in veel landen te wensen over of is zij in het geheel niet aanwezig.

Tot slot betwistte Shell de status van de oudste zoon van een van de oorspronkelijke eisers die in 2012 was overleden, omdat hij niet had aangetoond dat hij enig erfge-

60 Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (*Oguru e.a./Shell*), rov. 2.1-2.8; Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (*Dooh e.a./Shell*), rov. 3.1-3.8.

61 Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (*Oguru e.a./Shell*), rov. 3.1-3.4; Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (*Dooh e.a./Shell*), rov. 4.1-4.4.

62 Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (*Oguru e.a./Shell*), rov. 4.1-4.3.

naam van zijn vader was. Het hof verwierp ook dit argument: volgens het Nigeri-aanse gewoonterecht erfde de eiser als oudste zoon de nalatenschap van zijn vader.⁶³

De twee laatste argumenten illustreren dat in transnationale procedures westerse juridische concepten geen universele geldigheid hebben. Het is belangrijk dat westerse bedrijven en hun advocaten gevoelig zijn voor de relatieve betekenis van hun juridische begrippenapparaat. Suggesties van neokoloniale redeneringen en argumenten dienen te worden voorkomen.

5 Toepasselijk recht

5.1 Toepasselijk procesrecht

Bij het toepasselijk recht moet worden onderscheiden tussen het toepasselijk recht op de procedure en het toepasselijk recht op de inhoud van de vordering.

Op procedures is het recht van het forum van toepassing (art. 10:3 BW). Zo wordt de vraag of de rechter bevoegd is een vordering tegen niet-EU dochters van een in de EU gevestigde moeder in behandeling te nemen, beantwoord naar nationaal recht (par. 4.1). De grenzen tussen procedure en inhoud zijn hier overigens niet scherp, omdat het beantwoorden van de bevoegdheidsvraag een oordeel vergt over de vraag of de inhoudelijke vordering tegen de moedervernootschap kennelijk ongegrond is of niet. Die vraag wordt veelal bepaald door buitenlands recht (par. 5.2).

De keuze van eisers voor een bepaald forum wordt niet alleen ingegeven door de wens te procederen in het land van de moedervernootschap (par. 4.1) maar ook door procedurele aspecten. Zo bieden Anglo-Amerikaanse systemen veel meer mogelijkheden voor het financieren van rechtsbijstand door middel van *contingency fees* en *no-win-no-fee* afspraken dan continentale systemen.

De meest aantrekkelijke kant van het Anglo-Amerikaanse procesrecht is de *trial*. *Vedanta* en *Okpabi* illustreren dit. Hierin is beslist dat de *duty of care* vraag alleen in een *trial* kan worden beantwoord, omdat zij afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en dus van alle vast te stellen feiten. Bovendien kan een vordering van eisers in een *pre-trial* procedure alleen bij uitzondering worden afgewezen (par. 3.3). Dat zet de deur naar een *trial* wijd open.

Het belangrijkste kenmerk van de *trial* is dat zij wordt voorafgegaan door een *disclosure* door partijen van de documenten die voor de beoordeling van de vordering

63 Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (*Dooh e.a./Shell*), rov. 5.1-5.7.

van belang zijn. Hiermee krijgen eisers niet alleen de beschikking over een veel bredere feitelijke grondslag voor hun vorderingen maar komt ook de al dan niet vuile was van de onderneming zo niet op straat dan toch in de rechtszaal te hangen. Dat is voor ondernemingen zodanig onaantrekkelijk dat zij zich in de fase voorafgaand aan de trial en *disclosure* veelal genoodzaakt zien buiten rechte te schikken. Deze dynamiek van *trial* en *disclosure* leidt tot meer informationele gelijkheid tussen partijen (*equality of arms*) en daarmee tot een eerlijker procedure.

In continentale systemen kan de informationele ongelijkheid slechts zeer beperkt worden gecorrigeerd.⁶⁴ Zo moeten in Nederland eisers op grond van art. 843a Rv de rechter verzoeken om gedaagden te bevelen specifieke informatie over te leggen, bijvoorbeeld over het concernbeheer door de moedervernootschap. Dit vereist dat eisers specifieke bedrijfsdocumenten kunnen identificeren, wat in de praktijk vaak niet mogelijk is.

De afwezigheid van een *disclosure* moment in continentale procedures verhindert bovendien een krachtig momentum voor een buitengerechtelijke schikking. *Oguru* illustreert dit: waar eisers na de *pre-trial* beslissing in *Vedanta* een sterke onderhandelingspositie hadden voor een schikking, waren de interlocutoire arresten van het Haagse hof in 2015 wat dat betreft *non-starters*.

5.2 Toepasselijk materieel recht

Het toepasselijk recht op de inhoud van de vordering is het recht van het land waar de schade zich voordoet (art. 4 lid 1 Rome II). In *Vedanta* was dit Zambiaans recht en in *Oguru* en *Okpabi* Nigeriaans recht. Er zijn enkele uitzonderingen op deze hoofdregel,⁶⁵ in het bijzonder art. 7 Rome II (rechtskeuze in geval van milieuschade). Deze kwam in *Milieudefensie* aan de orde (zie hieronder).

Zowel Zambia als Nigeria zijn voormalige Britse koloniën die ook na hun onafhankelijkheid de *common law* als rechtssysteem behielden. De aansprakelijkheid van moedervernootschappen is in de rechtspraak van deze landen nog niet aan de orde gekomen maar de Engelse *common law* heeft er nog altijd gezag. Dit betekent dat op de vorderingen van eisers formeel weliswaar Zambiaans of Nigeriaans recht van toepassing is, maar dat de aansprakelijkheid van moedervernootschappen feitelijk wordt ontwikkeld door de Engelse (forum) rechter, lees: het Britse Supreme Court.

64 Cees van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, 3e druk (Den Haag: Boom Juridisch, 2020), nr. 1204-1.

65 Cees van Dam, 'Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms', *Journal of European Tort Law* 2 (2011), p. 231-232.

Met andere woorden: in *Vedanta* en *Okpabi* werd de *tort of negligence* toegepast, zoals deze volgens het Supreme Court in de hoofdstad van het voormalige Britse Rijk moet worden verstaan, niet alleen in Engeland maar ook in de voormalige koloniën. *Britannia rules the waves of parent company liability*. Dit maakt het voor eisers aantrekkelijk te procederen tegen in Engeland gevestigde moedervernootschappen wier dochters mensenrechten schenden in andere *common law*-landen.⁶⁶

In *civil law*-landen is de toepassing van buitenlands recht problematisch, omdat de continentale rechter op deze basis de aansprakelijkheid van moedervernootschappen niet zelf kan ontwikkelen. In dit opzicht biedt *Vedanta* voor de continentale rechter een nuttige richtlijn. Bij de toepassing van buitenlands recht kan hij zich baseren op de algemene aansprakelijkheidsregels voor eigen gedragingen en voor de gedragingen van derden (par. 6.3). Deze benadering geeft de rechter ook meer ruimte voor een dynamischer interpretatie van buitenlands recht.

In *Milieudefensie* maakten eisers gebruik van art. 7 Rome II, dat een rechtskeuzemogelijkheid biedt in geval van aansprakelijkheid voor milieuschade. Op deze grond hadden eisers gekozen voor de toepasselijkheid van Nederlands recht, omdat de *schadeveroorzakende gebeurtenis* zich in Nederland had voorgedaan. De rechtbank overwoog dat de vaststelling van het concernbeleid van de Shell-groep door RDS als een zelfstandige schadeoorzaak geldt, die kan bijdragen aan de (dreigende) klimaatschade van de betrokkenen en accepteerde de rechtskeuze.⁶⁷ In *Oguru* zou een soortgelijke interpretatie van art. 7 Rome II tot toepasselijkheid van Nederlands recht hebben geleid. Over de kwestie van het toepasselijk recht is het laatste woord dus nog niet gezegd.

5.3 Vergelijking Engelse en continentale fora

Voor benadeelden heeft het Anglo-Amerikaanse systeem, zowel qua procedure (*trial, disclosure, contingency fees* en *no-win-no-fee*, par. 5.1) als qua inhoud (de aansprakelijkheidsregels worden ontwikkeld door de forumrechter, par. 5.2) aanzienlijk meer voordelen dan Europese fora. Zonder noodzakelijke vernieuwingen zullen de laatste een beperkte rol blijven spelen bij het ter verantwoording roepen van ondernemingen voor het niet respecteren van mensenrechten.⁶⁸

66 In Afrika zijn dit Botswana, Ghana, Kameroen, Kenia, Liberia, Malawi, Nigeria, Oeganda, Sierra Leone, Tanzania, Zambia en Zimbabwe, en in Azië Bangladesh, Pakistan en Maleisië.

67 Zoals de rechtbank terecht opmerkt (rov. 4.3), zou toepassing van de hoofdregel van art. 4 Rome II tot dezelfde uitkomst hebben geleid.

68 Het aantal zaken tegen moedervernootschappen in continentaal Europa is zeer beperkt: Business and Human Rights Resource Centre, *Lawsuits Database*: <https://www.business-humanrights.org/en/from-us/lawsuits-database>.

Hier ligt een direct verband met UNGP 26 op grond waarvan staten passende maatregelen behoren te nemen om de doeltreffendheid van gerechtelijke procedures te waarborgen. Hierbij gaat het niet alleen om het wegnemen van formele barrières voor toegang tot de rechter maar ook om het reduceren van de kosten van het voeren van een rechtszaak en de beschikbare juridische bijstand. De Anglo-Amerikaanse procedurele omgeving biedt hiervoor betere waarborgen dan de continentaal Europese. Er is dus werk aan de winkel voor de EU en de lidstaten.

Een eerste mogelijkheid om de achterstand van op *common law* landen in te lopen, is een ruime(re) interpretatie van art. 7 Rome II in geval van aansprakelijkheid voor milieuschade, zoals de rechtbank Den Haag deed in *Milieudéfense* (par. 5.2). En deze rechtskeuze niet te beperken tot milieuschade maar algemeen uit te breiden tot mensenrechtenschendingen door ondernemingen.⁶⁹

Een tweede mogelijkheid ligt in het invoeren van wettelijke due diligence verplichtingen. Een voorbeeld is de Franse waakzaamheidsverplichting (*devoir de vigilance*) voor grote bedrijven.⁷⁰ Deze wet codificeert de UNGP's 17-21 en verplicht grote bedrijven tot het verrichten van due diligence om mensenrechtenschendingen in hun bedrijfsactiviteiten en die van hun directe zakelijke relaties (dochterondernemingen, leveranciers en onderaannemers) te identificeren en te beperken.

In vergelijking met de *common law* bestaan in de *civil law* minder beperkingen voor het aannemen van aansprakelijkheid wegens schending van een dergelijke wettelijke (due diligence) plicht.⁷¹ In deze gevallen zal de aansprakelijkheid bovendien primair op de moedervennootschap rusten. Ook al zijn schade en causaliteit in dit soort gevallen niet altijd eenvoudig vast te stellen, de vaststelling van de schending van de due diligence verplichting kan eisers mogelijk wel een sterkere positie geven voor het bereiken van een schikking. De eerste Franse zaken over aansprakelijkheid van bedrijven wegens schending van hun wettelijke waakzaamheidsplicht kunnen meer duidelijkheid geven over deze ontwikkeling.⁷²

69 In deze zin ook het Report of the Committee on Legal Affairs of the European Parliament of 11 February 2021, with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/2129(INL)), p. 31.

70 Art. L. 225-102-4 en 5 Code de commerce (Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Zie Sandra Cossart, Jérôme Chaplier and Tiphaine Beau de Lomenie, 'The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All', *Business and Human Rights Journal* 2 (2017) 317-323.

71 Cees van Dam, *European Tort Law* (Oxford: OUP, 2013), nr. 902-904.

72 De eerste zaak wordt sinds 2019 gevoerd tegen Total, voor het beweerdelijk niet voldoen aan de waakzaamheidsplicht bij haar mijnbouwactiviteiten in Oeganda: <https://www.amisdelaterre.org/affaire-total-ouganda-une-nouvelle-etape-malgre-une-justice-au-ralenti>. Een andere zaak tegen Total op basis van dezelfde wet betreft de reductie van de uitstoot van broeikasgassen; zie <https://www.theguardian.com/world/2020/jan/27/french-ngos-and-local-authorities-take-court-action-against-total>.

6 Aansprakelijkheid van de moedervennootschap

6.1 De feitelijke gezagsverhouding tussen moeder en dochters

De moedervennootschappen Vedanta en RDS gingen in de procedures voor twee ankers liggen: (1) de moeders hebben geen operationele bemoeienis met de dochters en (2) van een zorgplicht (*duty of care*) van de moeder kan alleen in zeer uitzonderlijke situaties sprake zijn. Beide argumenten faalden op even spectaculaire als pijnlijke wijze.

Vedanta had betoogd dat het slechts een indirecte eigenaar was van KCM en dat het zich niet bezighield met de exploitatie van de mijn. En RDS beweerde dat zij slechts een holding was die met haar dochters alleen overlegde over *corporate governance* en concern-brede strategieën. Ze bemoeide zich niet met de operationele activiteiten van haar vele honderden dochterondernemingen. Elke dochter was autonoom en zelf verantwoordelijk voor de gezondheids-, veiligheids-, milieu- en sociale aspecten van haar activiteiten.⁷³

Dit betoog was weinig geloofwaardig, alleen al omdat het de vraag opriep waarom de CEO van een holding met een dergelijke beperkte taak een honorarium van meer dan \$ 10 miljoen per jaar waard zou zijn. Het was daarom bepaald verrassend dat het Engelse Court of Appeal dit betoog accepteerde. In werkelijkheid ging het er binnen de concerns heel anders aan toe en bleek dat de moedervennootschappen nogal zuinig waren geweest met het vertellen van de waarheid.

Zo bleek uit het duurzaamheidsverslag van Vedanta, dat zij verantwoordelijkheid op zich had genomen voor het handhaven van milieunormen bij de activiteiten van haar dochters, inclusief de KCM-mijn. Niet alleen bepaalde Vedanta deze normen maar ze implementeerde ze ook door middel van training, monitoring en handhaving.⁷⁴

Binnen het Shell-concern zwaaide RDS de scepter over haar dochters. Uit het HSSE Control Framework bleek dat sprake was van bindende concern-brede beleidslijnen en dat RDS systematisch en gedetailleerd controle uitoefende op de gezondheids-, veiligheids- en milieupraktijken van de dochters. Zo moest een olie lekkage van meer dan 1.000 liter in een kwetsbaar gebied binnen 24 uur worden gemeld bij het RDS Executive Committee.⁷⁵ Uit het arrest van het Haagse hof bleek bovendien dat de bonusregels voor dit Committee sinds 2010 gelieerd waren aan het aantal en de omvang van olie lekkages.⁷⁶ Kortom: de bemoeienis van de moeder strekte zich niet

⁷³ *Okpabi and others v Royal Dutch Shell and another* [2018] EWCA Civ 191, nr. 51.

⁷⁴ *Vedanta*, nr. 61.

⁷⁵ *Okpabi*, nr. 55-56.

⁷⁶ *Oguru*, rov. 7.18.

alleen uit tot corporate governance en concernstrategie maar ook tot het vaststellen van operationele normen en het uitoefenen van gedetailleerd toezicht op de naleving ervan.

Weliswaar doen moedervennootschappen het lijken alsof de dochters haar eigen beslissingen nemen maar in de Shell-groep (en dit is geen uitzondering) gaat de goedkeuring door de concernleiding in de regel vooraf aan de goedkeuring door de dochter. Met andere woorden, de moedervennootschap geeft advies, toestemming en goedkeuring en deze wordt gevolgd door de formele goedkeuring door de dochter. Een klein leger van Executive Vice Presidents en Vice Presidents die bij Shell verantwoordelijk zijn voor bepaalde regio's of afdelingen ontlenen hun autoriteit aan RDS.⁷⁷ In deze constructie besluit formeel de dochter maar materieel voert zij uit wat door of namens de concernleiding is besloten, ook als de moeder geen formele zeggenschap heeft maar deze feitelijk wel uitoefent. Want moeders wil is wet.

Vanzelfsprekend is niet ieder concern op dezelfde verticale manier georganiseerd: *'At one end, the parent may be no more than a passive investor in separate businesses carried out by its various direct and indirect subsidiaries. At the other extreme, the parent may carry out a thoroughgoing vertical reorganisation of the group's businesses so that they are, in management terms, carried on as if they were a single commercial undertaking, with boundaries of legal personality and ownership within the group becoming irrelevant.'*⁷⁸

In een verticaal georganiseerde groep liggen de dochters bij de moeder aan de lijn en zijn ze geen kikkers die zelf kunnen bepalen waarheen ze springen. Zolang de dochter optimaal opereert, is controle en toezicht van de moeder beperkt en kan het inderdaad lijken alsof zij zelfstandig handelt. Maar zodra dat niet het geval is, zullen operationele controle en toezicht noodzakelijk zijn en wel zodanig dat de dochter lijkt op een vertegenwoordiger of ondergeschikte van de moedervennootschap (zie ook par. 6.4).

Ten slotte is van belang, dat RDS in *Milieudefensie* niet betwistte dat haar concernbeleid voor de Shell-groep van invloed is of kan zijn op de CO₂-uitstoot van de Shell-groep (rov. 4.3.6). Dit strookt weliswaar met haar stellingen in de andere Shell-zaken ('wij bemoeien ons alleen met corporate governance en concernbrede strategieën') maar de uitwerking van dit beleid (en dus ook de door de rechtbank opgelegde reductieverplichting) is alleen uitvoerbaar omdat RDS, zoals de rechtbank terecht opmerkte, vergaande controle en invloed op de dochters uitoefent. Daarmee kan niet anders zijn bedoeld dan dat onder deze controle en invloed (ook en uiteindelijk) de

⁷⁷ *Okpabi*, nr. 43.

⁷⁸ *Vedanta*, nr. 51.

operaties van de dochters vallen. Na de onthullingen in de andere Shell-zaken over hoe nauw RDS zich met de operaties van haar dochters bemoeide, zou een betwisting door haar ook niet meer geloofwaardig zijn geweest.

6.2 Een *duty of care* voor de moeder is niets bijzonders

Het tweede anker van de moedervernootschappen was dat alleen in zeer uitzonderlijke situaties op haar een *duty of care* kon rusten. In combinatie met het verzonnen narratief van de machteloze moeder (par. 6.1) strekten deze betogen ertoe voor de moeder, ondanks haar juridische en feitelijke macht, immuniteit te creëren. Het motto was: de moeder kan niets verkeerd doen, *the parent can do no wrong*. Het is een echo van de immuniteit die de overheid vroeger genoot: *the King can do no wrong*.⁷⁹ Het aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten hebben deze (quasi) immuniteit van de overheid doorbroken. Moedervernootschappen en andere ondernemingen die zichzelf als de koningen en keizers beschouwen, is hetzelfde lot beschoren. Ook hun immuniteit wordt door mensenrechten en het aansprakelijkheidsrecht afgebroken. Hiermee zijn mensenrechten een tweesnijdend zwaard geworden. Zoals tijdens de Franse Nationale Conventie van 1793 werd gezegd: *Il doivent envisager qu'une grande responsabilité est la suite inséparable d'un grand pouvoir*. Tegen machtige ondernemingen die die grote verantwoordelijkheid niet accepteren, moet en zal het recht zijn rol als effectieve tegenmacht moeten waarmaken.

In beginsel zijn er twee gronden voor aansprakelijkheid van de moedervernootschap: *piercing the corporate veil* (directe doorbraak) en een zorgplicht van de moeder op basis van onrechtmatige daad (indirecte doorbraak). De eerste grondslag, waarvoor een zeer hoge drempel geldt, is in het kader van onderneming en mensenrechten van ondergeschikt belang.⁸⁰ Hier staat de zorgplicht van de moeder centraal.⁸¹

Vedanta en Shell hadden betoogd dat een zorgplicht van de moedervernootschap iets uitzonderlijks was en een controversiële uitbreiding van de *tort of negligence* zou betekenen. In *Okpabi* maakte dit argument indruk bij de meerderheid van het Court of Appeal (par. 3.3). Maar *Vedanta* maakte daarna duidelijk dat een zorgplicht voor de moedervernootschap niets nieuws of bijzonders was en moest worden beoordeeld op basis van de algemene beginselen van het aansprakelijkheidsrecht: *'A parent company will only be found to be subject to a duty of care in relation to an activity of its*

79 Cees van Dam, *European Tort Law* (Oxford: OUP, 2013), nr. 1801-2.

80 Veelal is misbruik of fraude vereist: zie Daniel Augenstein, *Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises Operating Outside the European Union* (Edinburgh: 2010), p. 62 ff.

81 Zie voor Nederland HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/455, (*Ogen II*); HR 19 februari 1988, *NJ* 1988/487 (*Albada Jelgersma II*), alsmede S.M. Bartman en C. de Groot, 'De Shell Nigeria-arresten van het hof Den Haag, een doorbraak bij internationale milieuschade', *AA* 2021, p. 390-391.

*subsidiary if ordinary, general principles of the law of tort regarding the imposition of a duty of care on the part of the parent in favour of a claimant are satisfied in the particular case. The legal principles are the same as would apply in relation to the question whether any third party (...) was subject to a duty of care in tort owed to a claimant dealing with the subsidiary.*⁸²

Hiermee bevestigde het Supreme Court dat de *duty of care* van de moederverenootschap niet wordt beheerst door *Caparo*.⁸³ Deze uitspraak bevat de test voor nieuwe gevallen, waarin geen sprake is van een precedent of van een geaccepteerde relatie tussen partijen en evenmin van een toepasselijk algemeen beginsel.⁸⁴

6.3 Potentiële duties of care van moedermaatschappijen naar Engels recht

Onder welke omstandigheden kan volgens het Supreme Court op een moederverenootschap een *duty of care* rusten? Het antwoord hierop is in beginsel ook relevant voor andere rechtsstelsels, al is zeer wel denkbaar dat deze hierin verder gaan. Het is belangrijk hierbij de woorden van Lord Briggs in *Vedanta* in gedachten te houden: *'I would be reluctant to seek to shoehorn all cases of the parent's liability into specific categories (...). There is no limit to the models of management and control which may be put in place within a multinational group of companies.'*⁸⁵

In de Engelse *tort of negligence* zijn in elk geval drie wegen naar een *duty of care* denkbaar: het eigen gedrag van de moeder (*Donoghue v Stevenson*-beginsel), het aanvaarden door de moeder van verantwoordelijkheid jegens de eisers (*Hedley Byrne*-beginsel) en een nalaten door de moeder door niet te voorkomen dat de dochter schade veroorzaakt (het *Dorset Yacht*-beginsel).⁸⁶

In het *Donoghue v Stevenson*-beginsel⁸⁷ gaat het om gevallen waarin iemand door een actieve gedraging voorzienbare personen- of zaakschade veroorzaakt. Als een rechtspersoon alle of een meerderheid van de aandelen in een andere rechtspersoon bezit (de essentie van een moeder-dochterrelatie), stelt dit de moederverenootschap in staat om controle uit te oefenen over de activiteiten van de dochter. Een *duty of*

82 *Vedanta*, nr. 50, waarin Lord Sales in *AAA and Others v Unilever plc* [2018] EWCA Civ 1532, nr. 36, werd geciteerd. Zie voor de bronnen van de *duty of care* in het algemeen: *Robinson v Chief Constable of West Yorkshire Police* [2018] UKSC 4.

83 *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] 2 AC 605; Cees van Dam, *European Tort Law* (Oxford: OUP, 2013), nr. 503-3.

84 *Robinson v Chief Constable of West Yorkshire Police* [2018] UKSC 4.

85 *Vedanta*, nr. 51.

86 Zie voor de twee laatste uitzonderingen *Michael and Another v Chief Constable of South Wales Police* [2015] UKSC 2, nr. 97-100.

87 Dit is een sterk gereduceerde versie van de beroemde speech van Lord Atkin in *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562; zie Cees van Dam, *European Tort Law* (2013), nr. 503-1.

care hangt dan af van ‘...the extent to which, and the way in which, the parent availed itself of the opportunity to take over, intervene in, control, supervise or advise the management of the relevant operations (including land use) of the subsidiary.’⁸⁸ Hoe actiever de moeder van die mogelijkheid gebruikmaakt, des te eerder zal zij derden een duty of care verschuldigd zijn.

Het Supreme Court benadrukte dat de zeggenschap (controle) door de moedermaatschappij over de dochter slechts één factor is bij deze beoordeling. Zeggenschap over een dochter en het feitelijk management van een deel van haar activiteiten zijn immers niet hetzelfde. Een dochter kan zeggenschap over haar activiteiten behouden, maar niettemin in feite het beheer van een deel ervan delegeren aan vertegenwoordigers van de moeder (par. 6.2).⁸⁹

Voorbeelden van *duties of care* op basis van het *Donoghue v Stevenson*-beginsel zijn die waarbij (a) de moedervenootschap het management over de betreffende activiteit van de dochter overneemt dan wel deze gezamenlijk met de dochter uitoefent, (b) de moeder (gebrekkig) advies geeft en/of een (gebrekkig) concern-breed veiligheids- en/of milieubeleid uitvaardigt, dat vervolgens wordt geïmplementeerd door de dochters en schade toebrengt aan derden,⁹⁰ of (c) de moeder een concern-breed veiligheids- en/of milieubeleid afkondigt en actief betrokken is bij de implementatie ervan door de dochters.⁹¹

Het *Hedley Byrne*-beginsel⁹² heeft betrekking op situaties waarin de moedervenootschap verklaart verantwoordelijkheid te nemen voor bepaalde activiteiten van de dochter, zelfs als dat in feite niet het geval is. Dergelijke verklaringen kunnen bijvoorbeeld volgen uit duurzaamheidsrapporten of het jaarverslag, zoals het geval was in *Vedanta* (par. 3.1).⁹³

De mogelijkheid om zeggenschap uit te oefenen over de dochter schept op zichzelf geen zorgplicht om in te grijpen.⁹⁴ Hierin gaat het om situaties waarin de moedervenootschap zeggenschap heeft over haar dochter, deze zeggenschap uitoefent op het moment van het nalatige gedrag van de dochter en zij had kunnen voorkomen dat

88 *Vedanta*, nr. 49.

89 *Vedanta*, nr. 49; *Okpabi*, nr. 146-148.

90 Zie voor (a) en (b): Sales LJ in *AAA v Unilever*, Lord Briggs in *Vedanta*, nr. 51.

91 Dit zijn drie van de vier ‘Vedanta routes’ die de eisers in *Okpabi* formuleerden (*Okpabi*, nr. 26-27). Het Supreme Court verwees naar deze routes maar benadrukte dat zij geen aparte *duty of care* tests vormden. De vierde ‘Vedanta route’ is de toepassing van het *Hedley Byrne*-beginsel.

92 *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465; Cees van Dam, *European Tort Law* (2013), nr. 503-4.

93 *Vedanta*, nr. 61. Zie ook reeds *Lubbe v Cape plc* [2000] 1 WLR 1545 (HL) en *Chandler v Cape* [2012] EWCA Civ 525.

94 *Vedanta*, nr. 49 maar dit kan anders zijn op basis van het Dorset Yacht-beginsel.

haar dochter schade zou berokkenen aan derden als zij redelijke zorg had betracht bij de uitoefening van haar recht op zeggenschap, en de moeder redelijkerwijs kon voorzien dat derden personen- of zaakschade zouden lijden als zij die zorg niet zou betrachten. Zeggenschap van de moeder over de dochter en onzorgvuldig gedrag van de dochter zijn dus alleen in *Dorset Yacht*-situaties een noodzakelijke voorwaarde voor een verplichting jegens derden om bij de dochter in te grijpen.

6.4 Gaat *Vedanta* te ver of niet ver genoeg?

Hoewel uit *Vedanta*, *Oguru*, *Okpabi* en *Milieudefensie* volgt dat een zorgplicht van moedervenootschappen niets bijzonders is (par. 6.2), er diverse scenario's zijn waarin een zorgplicht van de moeder denkbaar is (par. 6.3) en dit inmiddels in *Oguru* ook concreet is beslist (par. 3.2.4), betekent dit nog niet dat eisers op dit gebied geen problemen meer zullen ondervinden. Weliswaar stijgt het aansprakelijkheidsrisico voor moedervenootschappen maar de drempels voor het beginnen van een rechtszaak tegen multinationals is kostbaar en tijdrovend.⁹⁵ De realiteit blijft dat de meeste mensenrechtenschendingen door multinationale ondernemingen niet worden geadresseerd door enigerlei vorm van geschillenbeslechting, laat staan dat benadeelden een adequate remedie ontvangen.⁹⁶

De kracht van *Vedanta* en *Okpabi* lag vooral in de procedurele kant van de beslissing; in *Oguru* wees het Haagse hof aansprakelijkheid van de moeder slechts in één geval toe. Zeker in *civil law*-jurisdicties valt niet uit te sluiten dat sommige moedervenootschappen zich halsstarrige (*obdurate* zou het Britse Supreme Court zeggen) gedaagden zullen tonen. De vraag is daarom of *Vedanta* wel ver genoeg gaat en of (ook) andere jurisdicties niet verder moeten gaan.

Zo wijzen Bartman en De Groot erop dat de *Vedanta*-lat te hoog ligt, omdat een moedervenootschap zich volgens hen doorgaans niet bemoeit met het concrete operationele beleid van haar dochter. Zij stellen dat een algemene aanhoudende en intensieve invloed van de moeder op het beleid van haar dochter voldoende zou moeten zijn,

95 Cees van Dam, 'Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms', *Journal of European Tort Law* 2 (2011), p. 228-232.

96 In de afgelopen tien jaar registreerde het Business and Human Rights Resource Centre wereldwijd slechts 204 rechtszaken: <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/corporate-legal-accountability>. Ongeveer een derde van deze zaken loopt in de Verenigde Staten, grotendeels op basis van het Alien Tort Statute (ATS). Aanvankelijk leek het ATS een universele rechtsgang te bieden voor het adresseren van mensenrechtenschendingen door bedrijven. Maar in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013) beperkte het Supreme Court van de Verenigde Staten de reikwijdte van het ATS tot zaken die het grondgebied van de Verenigde Staten voldoende raken; zie Julian G. Ku, 'Kiobel and the Surprising Death of Universal Jurisdiction Under the Alien Tort Statute', *American Journal of International Law* 107 (2013), p. 835-841.

anders vrezen zij dat *Vedanta* alleen in zeer uitzonderlijke situaties tot aansprakelijkheid van de moedervennootschap zal leiden.⁹⁷

Deze discussie raakt het hart van het vennootschapsrecht. Rechtspersonen zijn essentiële instrumenten voor het beheersen van ondernemersrisico's en het beschermen van de ondernemer. Dit argument verliest aan kracht als de investeerder zelf een rechtspersoon is, en meer nog, een moedervennootschap van een concern dat in de praktijk als één commerciële entiteit fungeert. Het externaliseren van risico's door middel van rechtspersonen waarvan men de aandelen houdt valt in beginsel te rechtvaardigen als aan de andere kant een (commerciële) partij staat die ervoor heeft kunnen kiezen met de rechtspersoon, al dan niet op basis van een contract, in zee te gaan. Dat ligt anders als het gaat om een risico dat wordt geëxternaliseerd naar derden die geen vrijwillige relatie met de rechtspersoon hebben en geen mogelijkheid hebben om het risico zelf op enigerlei wijze te beheersen of af te wentelen. Dit geldt *a fortiori* als deze derden als gevolg van het gedrag van de dochter personenschade, zaakschade of milieuschade lijden. Dit zijn precies de gevallen die aan de orde zijn bij onderneming en mensenrechten.

De moeder en haar contractuele wederpartij kunnen de relevante risico's voorzien, beperken, voorkomen en de gevolgen ervan spreiden. Niet-contractuele benadeelden kunnen geen van vieren. Ten aanzien van deze onvrijwillige debiteuren is de bescherming die de moedervennootschap ontleent aan de afgrenzing van haar activiteiten in dochtervennootschappen disproportioneel.⁹⁸ Als gevolg hiervan profiteert de moeder immers wel van de lusten van de dochter maar draagt zij niet haar lasten; die worden gedragen door doorgaans kwetsbare individuen en gemeenschappen. Om deze disproportionaliteit te corrigeren behoren moedervennootschappen, in het bijzonder van multinationale concerns, aansprakelijk te worden gehouden voor deze geëxternaliseerde kosten.⁹⁹

In de afgelopen decennia zijn uiteenlopende voorstellen gedaan om tot een evenwichtiger stelsel te komen. Zo stelde Antunes voor dat de moeder aansprakelijk moet zijn voor de verplichtingen van de dochter die voortvloeien uit managementbeslissingen

97 S.M. Bartman en C. de Groot, 'De Shell Nigeria-arresten van het hof Den Haag', *AA* 2021, p. 391.

98 Zie ook H.J. de Kluiver, 'Het einde van de rechtspersoonlijkheid: een rechtseconomisch perspectief', in: G. van Solinge e.a., *Relativering van rechtspersoonlijkheid*, Deventer: Kluwer 2013, p. 87-99.

99 In het Europese mededingingsrecht is het voor de aansprakelijkheid van de moedervennootschap voldoende dat de dochteronderneming haar marktgedrag niet zelfstandig bepaalt, maar in hoofdzaak de instructies van de moederonderneming opvolgt: HvJ EG 31 oktober 1974, Zaak C-16/74 (*Cen-trafarm*); HvJ EG 10 september 2009, Zaak C-97/08 (*Akzo Nobel*). Hierbij geldt een vermoeden dat 100% dochters de instructies opvolgen van hun moedervennootschap: HvJ EG 25 oktober 1983, Zaak C-107/82 (*AEG-Telefunken/Commissie*). Zie voor het recht op schadevergoeding ook Richtlijn 2014/104/EU.

die onder haar controle zijn genomen.¹⁰⁰ Mendelson betoogde dat aansprakelijkheid moet worden gebaseerd op zeggenschap in plaats van op het aandelenbezit.¹⁰¹ En Witting pleit voor een evenredige strikte en persoonlijke aansprakelijkheid van alle aandeelhouders voor personenschade toegebracht door bedrijven waarin zij hun aandelen houden.¹⁰² Deze gedachte is al te vinden bij Hansmann en Kraakman.¹⁰³

Voorts is van belang dat in de afgelopen decennia concerns sterker verticaal zijn georganiseerd en dat hun activiteiten vaker worden uitgeoefend alsof het om één enkele commerciële entiteit gaat, waarbij de grenzen van rechtspersoonlijkheid en eigendom binnen het concern irrelevant zijn geworden.¹⁰⁴ Als besluiten van de dochters worden bepaald door besluiten op concernniveau, maakt ze dat in feite tot ondergeschikten van de moeder (par. 6.1) en dit rechtvaardigt een vorm van risicoaansprakelijkheid.¹⁰⁵ Voor concerns die een geconsolideerde jaarrekening publiceren zou dit bovendien geen relevant financieel verschil maken, tenzij men het gerechtvaardigd vindt dat operationele concernkosten worden afgewenteld op derden die in een onvrijwillige relatie tot het concern staan (de hierboven genoemde kwetsbare individuen en gemeenschappen).¹⁰⁶

In *Milieudefensie* creëerde de rechtbank een *de facto* risicoaansprakelijkheid van RDS voor de gevolgen van gedragingen van haar dochters, door de reductieverplichting van RDS voor de Shell-groep als een resultaatsplicht te formuleren. Dat is passend voor een moedervennootschap met een complex conglomeraat van rechtspersonen dat door de moeder in het concernbelang is gecreëerd en waarover zij in datzelfde concernbelang beslissende controle uitoefent. Het gaat hier overigens niet

100 Jose Antunes, *The Liability of Corporate Groups* (Deventer- Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), p. 67-68.

101 Nina Mendelson, 'A Control-Based Approach to Shareholder Liability for Corporate Torts' 102 (2002) *Columbia Law Review*, p. 1203.

102 Christian A. Witting, *Liability of Corporate Groups and Networks* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018); Christian Witting, 'Modelling organisational vicarious liability', *Legal Studies* 39 (2019), p. 694-713; zie ook Tetiana Kravstova en Ganna Kalinichenko, 'The vicarious liability of parent company for its subsidiary', *Corporate Ownership & Control*, 14 (2016), p. 684-691; Phillip Morgan, 'Vicarious liability for group companies: the final frontier of vicarious liability', *Professional Negligence*, vol. 31, 2015, p. 277.

103 Henry Hansmann en Reinier Kraakman, 'Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts', 100 *Yale Law Journal* (1991), p. 1879-1934.

104 *Vedanta*, nr. 51.

105 Cees van Dam, *European Tort Law* (2013), nr. 1606-1607.

106 Filip Gregor and Hannah Ellis, *Fair Law: Legal Proposals to Improve Corporate Accountability for Environmental and Human Rights Abuses* (Brussels: European Coalition for Corporate Justice (2008), p. 11-20. Zie ook Radu Mares, 'Liability within corporate groups: parent company's accountability for subsidiary human rights abuses', in Surya Deva, *Research Handbook on Human Rights and Business*, Edward Elgar, 2020, p. 446-470.

om een risicoaansprakelijkheid voor veroorzaakte schade maar voor het voorkómen van schade.

De beslissing van de rechtbank kan worden gezien in het licht van de beginselen die in de UNGP's. UNGP 26 draagt staten op passende maatregelen te nemen om de effectiviteit van juridische procedures te waarborgen bij het aanpakken van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen en te voorkomen dat gerechtvaardigde vorderingen niet kunnen worden geadresseerd, bijvoorbeeld omdat de manier '... in which legal responsibility is attributed among members of a corporate group facilitates the avoidance of appropriate accountability.'¹⁰⁷

7 Vedanta zoals niet goed begrepen in Oguru

7.1 Hoe het hof bij een juiste uitleg van Vedanta tot dezelfde beslissing had kunnen komen

Een van de twee gevallen waarin een moedervernootschap verantwoordelijk is gehouden voor de operaties van haar dochter is het arrest van het Haagse hof in *Oguru* (par. 3.2.4). Bij gebrek aan toepasselijke Nigeriaanse rechtspraak baseerde het hof zijn beslissing op *Vedanta* (par. 3.2 en par. 5.2).

Volgens het hof betekende *Vedanta* dat de *Caparo*-test moest worden toegepast. Hieraan voegde het een element van *Chandler v Cape* toe, namelijk dat de moedervernootschap wist of had behoren te weten van het risico (hier: de trage reactie van SPDC op de olie lekkages). Aldus kwam het hof tot de volgende toets: '... als de moeder weet of behoort te weten dat haar dochter onrechtmatig¹⁰⁸ schade aan derden toebrengt op een gebied waarop de moeder zich met de dochter bemoeit, dan rust als uitgangspunt op de moeder jegens die derden een *duty of care* om in te grijpen.'¹⁰⁹

Deze toets is om verschillende redenen onjuist. Ten eerste is *Caparo* alleen bedoeld voor nieuwe gevallen en *Vedanta* had juist duidelijk gemaakt dat aansprakelijkheid van de moeder dat niet is (par. 3.1).¹¹⁰ Ten tweede was *Oguru*, net als *Vedanta*, geen zaak van het type *Chandler*.¹¹¹ En ten derde volgde uit *Vedanta* dat een *duty of care* van de moeder niet per definitie vereist dat de dochter nalatig heeft gehandeld. Een dergelijke eis geldt alleen in *Dorset Yacht* situaties (par. 6.3).

107 Commentaar bij UNGP 26.

108 Dit begrip is in de *common law* niet bekend: Cees van Dam, *European Tort Law* (2013), nr. 605-3.

109 *Oguru*, rov. 3.30-3.31; zie ook rov. 7.1.b.

110 *Vedanta*, nr. 54.

111 *Vedanta*, nr. 49.

Dit betekent echter niet dat de uitkomst van de beslissing van het hof onjuist was. Het had op basis van een correcte interpretatie van *Vedanta* tot dezelfde uitkomst kunnen komen. De *feitelijke* basis voor het oordeel van het hof was dat RDS in ieder geval vanaf 2010 op een specifieke en vrij intense manier betrokken was bij de vraag of de pijpleidingen in Nigeria, inclusief de Oruma-pijpleiding, moesten worden uitgerust met een LDS. Bovendien was sinds 2010 het aantal wereldwijde olielozingen gekoppeld aan de variabele vergoeding van het Executive Committee. Op die grond concludeerde het hof dat de leden van dit Committee actief betrokken waren bij de manier waarop SPDC omging met de LDS-kwestie en dus bij het management ervan.¹¹² Volgens het hof rechtvaardigden deze feiten de conclusie dat LDS-en onderwerp waren van de inmenging door RDS in de operaties van de dochter.¹¹³

Op grond van deze feiten en van *Vedanta* had het hof zeer wel kunnen concluderen dat de veiligheid van de oliepijpleidingen door RDS en SPDC gezamenlijk werden gemanaged¹¹⁴ en dat om die reden op RDS jegens de eisers een *duty of care* rustte om ervoor te zorgen dat een LDS op de Oruma-pijpleiding zou worden geïnstalleerd.

7.2 Aansprakelijkheid oude moeders voor oorzaak olie lekkages

Het hof besliste ook dat SPDC risicoaansprakelijk was voor de *oorzaak* van de olie lekkages (par. 3.2.3). Dit betrof gebeurtenissen uit 2004 en 2005 toen niet RDS maar de twee oude moeders nog aan het hoofd van het Shell-concern stonden: Shell Petroleum N.V. en Shell Transport and Trading Company Ltd. (par. 3.2.1).

Volgens het hof kon op deze moedervenootschappen voor de oorzaak van de lekkages geen *duty of care* rusten, omdat SPDC ten aanzien van deze lekkages niets te verwijten viel. Het hof volgde hier een door Shell aangereikte interpretatie van *Vedanta*, namelijk dat nalatig handelen van de dochter voorwaarde is voor de *duty of care* van de moeder.¹¹⁵ Deze interpretatie is evident onjuist: een dergelijke voorwaarde bestaat alleen in *Dorset Yacht* situaties (par. 6.3).

Maar ook als men deze verkeerde interpretatie van het hof volgt, zijn diens overwegingen en beslissing niet begrijpelijk. Eisers hadden een verklaring voor recht gevorderd dat Shell onrechtmatig handelde door de lekkage te laten ontstaan. In dat licht is onduidelijk waarom het hof geen aandacht heeft besteed aan de mogelijkheid dat SPDC (naast haar risicoaansprakelijkheid op grond van de wet, par. 3.2.3) op grond van de *tort of negligence* aansprakelijk was omdat het onvoldoende maatregelen had

112 *Oguru*, rov. 7.18-7.21

113 *Oguru*, rov. 7.23.

114 Dit is de eerste *Vedanta* route (par. 6.3).

115 *Oguru*, rov. 3.33 *in fine* en rov. 5.31.

genomen om sabotage te voorkomen. Deze noodzakelijke stap voor het afwijzen van de *duty of care* van de moeders ontbreekt in de overwegingen van het hof.

Zou het hof de juiste interpretatie van *Vedanta* hebben gevolgd, dan was een *duty of care* van de moeders ook denkbaar geweest zonder nalatig gedrag van SPDC. Dan had bijvoorbeeld de vraag aan de orde kunnen komen of de bemoeienis van de oude moeders met het operationele beleid van SPDC zodanig intensief was, dat gesproken kon worden van gezamenlijk management. Zo ja, dan zou op de oude moeders een *duty of care* hebben gerust jegens de potentiële benadeelden. Gezien het feit dat de bemoeienis van de moeder(s) voor en na de herstructurering van het Shell-concern op vrijwel dezelfde wijze was georganiseerd, en zich ook voor de herstructurering al uitstreekte tot milieu, gezondheid en veiligheid, zou een bevestigende beantwoording voor de hand hebben gelegen.¹¹⁶

8 Enkele lessen uit de rechtspraak

8.1 Concernmanagement, transparantie en *duty of care*

In deze paragraaf maak ik enkele opmerkingen over de gevolgen van de hiervoor besproken rechtspraak, mede in het licht van andere ontwikkelingen op het gebied van onderneming en mensenrechten. Allereerst ga ik in op het spanningsveld tussen concernmanagement, de zorgplicht van de moeder en transparantie.

In *Vedanta* oordeelde het Supreme Court dat het feit dat de moeder in haar duurzaamheidsrapport verantwoordelijkheid had genomen voor het toezien op de naleving van milieunormen bij haar dochters, het pleitbaar maakte dat op haar een *duty of care* rustte. Hiermee leek *Vedanta* te worden gestraft voor haar op zichzelf lovenswaardige transparantie. Wat moet nu het advies aan moederverenootschappen zijn?

Vasthouden aan het betoog dat dochters onafhankelijk opereren

Voor verticaal georganiseerde concerns is dit een weinig kansrijke optie. Uit bovenstaande rechtspraak bleek dat in dergelijke concerns de moeder haar dochters veelal gedetailleerd managet, niet alleen beleidsmatig maar ook operationeel. Nu deze geest uit de fles is, keert hij er niet gemakkelijk in terug: *once the toothpaste is out of the tube, it's hard to get it back in*.¹¹⁷ De rechter zal daarom niet snel meer accepteren dat dochters zelfstandig opereren, tenzij hiervoor concrete aanwijzingen bestaan. In *Milieudefensie* was dit geen apart punt van discussie (meer), ook al ging het om de

¹¹⁶ *Oguru*, rov. 7.6-7.9.

¹¹⁷ Toegeschreven aan Bob Haldeman (1926-1993), stafchef van het Witte Huis tijdens president Nixon.

verantwoordelijkheid van de moeder vennootschap voor de feitelijke (operationele) gedragingen van haar dochters (par. 3.4).

Transparant blijven maar geen bemoeienis meer met dochters inzake veiligheid en milieu

Ook dit is geen verstandig advies. Als een dochter suboptimaal functioneert op het gebied van veiligheid en milieu zal goed ondernemingsbestuur doorgaans vereisen dat de moeder scherper toezicht houdt en zo nodig ingrijpt. Zij kan het zich niet permitteren dat de suggestie wordt gewekt dat de dochter de controle over haar operaties aan het verliezen is en de moeder de controle over haar concernactiviteiten. Het was daarom juist verstandig dat Vedanta en de Shell-moeders bij hun dochters interveniëerden. Dat zulk feitelijk ingrijpen het risico vergroot dat op de moeder een *duty of care* komt te rusten, betekent dat zij moet laveren tussen Scylla en Charybdis: òf ze laat toe dat een dochter en daarmee het concern suboptimaal functioneert en neemt haar bestuurdersverantwoordelijkheid niet serieus, òf ze neemt deze plichten serieus en loopt het risico dat dit haar op een *duty of care* kan komen te staan. Voor een goede concernbestuurder zal de keuze niet moeilijk zijn.

Geen specifieke informatie over concernmanagementactiviteiten publiceren

Dit advies staat op gespannen voet met de Richtlijn niet-financiële verslaggeving.¹¹⁸ Deze legt op de moeder vennootschappen van concerns met 500 werknemers of meer de verplichting om te rapporteren over het beleid op het gebied van milieu en mensenrechten en de resultaten ervan. Bovendien moeten de voornaamste duurzaamheids- en mensenrechtenrisico's worden vermeld die verbonden zijn aan de bedrijfsactiviteiten van het concern en die van zijn zakelijke betrekkingen, producten of diensten. En ten slotte moet worden aangegeven hoe het concern deze risico's beheert. Natuurlijk kan de moeder proberen te vermijden dat haar verklaringen kunnen worden geïnterpreteerd als het nemen van verantwoordelijkheid jegens potentiële benadeelden, maar gezien de vele andere wijzen waarop een *duty of care* kan worden geconstrueerd (par. 6.3), zal dit de onderneming weinig soelaas bieden.

De moeder vennootschap kan er ook voor kiezen te melden dat het geen beleid voert met betrekking tot duurzaamheid en mensenrechten. In de praktijk is dit echter geen optie omdat investeerders, overheden en het maatschappelijk middenveld juist meer transparantie verlangen. Niet alleen over het mensenrechten- en duurzaamheidsbeleid van de onderneming maar ook over de daadwerkelijke stappen die zij zet bij managen van deze risico's.

118 Richtlijn 2014/95/EU van 22 oktober 2014 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen.

Met andere woorden: er blijft voor moeder vennootschappen niet veel anders over dan in transparantie moedig voorwaarts te gaan, ‘... in the knowledge that talk is no longer cheap when it comes to the management of human rights and environmental issues in the corporate group’.¹¹⁹

8.2 De redelijk handelende moeder vennootschap

De hiervoor behandelde rechtspraak gaat met name over de *duty of care*: hebben moeders überhaupt een zorgplicht jegens derden? Daarmee is de aansprakelijkheidsvraag nog niet beantwoord, omdat hiervoor vereist is dat zij deze plicht ook heeft geschonden. De test hiervoor is die van de redelijk handelende moeder vennootschap.¹²⁰ Wat dit concreet betekent was in de rechtspraak op het terrein van onderneming en mensenrechten nog nauwelijks aan de orde geweest, totdat de Haagse rechtbank er in *Milieudefensie* als eerste concreet invulling aan gaf (par. 3.4).¹²¹

De mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelende moeder vennootschap mag worden verwacht, zal in algemene zin sterk worden beïnvloed door de UNGP’s en de OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen.¹²² Dit betekent dat bedrijven mensenrechten moeten respecteren door het verrichten van due diligence: (a) geen negatieve mensenrechtelijke gevolgen veroorzaken of in de hand werken via de eigen activiteiten, en dergelijke gevolgen verhelpen als die zich voordoen; (b) zich inspannen om negatieve mensenrechtelijke gevolgen te voorkomen of beperken die rechtstreeks aan hun activiteiten, producten of diensten gelieerd zijn via hun zakelijke relaties, ook wanneer zij er niet zelf aan hebben bijgedragen (UNGP 13). In *Milieudefensie* beschouwde de rechtbank deze breed geaccepteerde internationale norm als een belangrijke bron voor het invullen van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (par. 3.4).

Aan deze due diligence verplichtingen is een meer specifieke invulling gegeven in de OESO due diligence cyclus,¹²³ maar wat inhoudelijk van een bedrijf wordt ver-

119 Marilyn Croser, Martyn Day, Mariëtte van Huijstee, and Channa Samkalden, ‘Vedanta v Lungowe and Kiobel v Shell: The Implications for Parent Company Accountability’, *Business & Human Rights Journal* 5 (2020) 1, p. 135.

120 Cees van Dam, *European Tort Law* (Oxford: OUP, 2013), nr. 805-812.

121 Cees van Dam, *European Tort Law* (Oxford: OUP, 2013), nr. 1608.

122 Zie ook Nicolas Bueno and Claire Bright, ‘Implementing human rights diligence through corporate civil liability’, *ICLQ* 69 (2020), p. 789-818; Doug Cassel, ‘Outlining the Case for a Common Law Duty of Care of Business to Exercise Human Rights Due Diligence’, *Business and Human Rights Journal* 1 (2016), p. 179-202; Cees van Dam and Filip Gregor, in: Juan José Álvarez Rubio and Katerina Yiannibas (ed.), *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union, Executive Summary* (2016), p. 23-25: www.HumanRightsinBusiness.eu.

123 Zie onder meer Cees van Dam en Martijn Scheltema, *Opties voor afdwingbare IMVO instrumenten* (Rotterdam: Erasmus University, 2020), p. 15-29.

langd zal steeds afhangen van de omstandigheden van het geval. In *Milieudefensie* concretiseerde de rechtbank de zorgvuldigheidsnorm door aan te sluiten bij de reductiepaden van het gezaghebbende IPCC (par. 3.4). Een dergelijke breed toepasbare concretisering van de zorgvuldigheidsnorm zal op andere gebieden van onderneming en mensenrechten echter moeilijker zijn te vinden.

8.3 *Beyond compliance: leadership from the top*

Voor steeds meer ondernemingen zijn respect voor mensenrechten en due diligence onderdeel van hun strategie en operaties, ongeacht of hiertoe een wettelijke verplichting bestaat. Vanouds is bescherming van de reputatie hiervoor een belangrijke drijfveer maar gezien de hier beschreven ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak, moet beperking van aansprakelijkheidsrisico's inmiddels als een minstens zo belangrijke reden worden gezien. Gedegen due diligence is de belangrijkste manier om juridische risico's te beheersen, te beperken en te vermijden.¹²⁴ Daarnaast beschermt het de marktwaarde en de kredietwaardigheid van de onderneming en voorkomt het dat bedrijfsactiviteiten duurder worden, vertraging oplopen of beëindigd moeten worden. Bovendien kan het de relaties met investeerders, aandeelhouders, zakelijke partners en andere belanghebbenden ten goede komen.

Een belangrijke voorwaarde voor een succesvol beleid op dit gebied, is dat het wordt geleid vanuit de top: het bestuur van moedervenootschap, in het bijzonder de CEO. In dit verband zijn twee recente ontwikkelingen van belang. In de eerste plaats overweegt de Europese Commissie in het kader van de aangekondigde due diligence wetgeving (par. 2.2) om niet alleen verplichtingen op de moedervenootschap te leggen maar ook op haar bestuurders. Deze verplichtingen zouden ertoe strekken om langetermijnbelangen, duurzaamheid, stakeholderbelangen en bredere maatschappelijke belangen te integreren in het vennootschappelijk belang, als tegenwicht tegen het nu als te groot waargenomen aandeelhoudersbelang.¹²⁵

Ten tweede kan worden gewezen op het voorstel van 25 Nederlandse hoogleraren om *responsible corporate citizenship* in de wettelijke taakopdracht van bestuurders en commissarissen op te nemen. Dit voorstel houdt in dat bestuurders ervoor dienen te zorgen dat de vennootschap aan het maatschappelijk verkeer deelneemt als een

124 Björn FASTERLING, 'Due Diligence as Risk Management: Social Risk Versus Human Rights Risks', *Journal of Business and Human Rights* 2 (2017) 2, p. 225-247.

125 Zie S.B. Garcia Nelen, 'Een Europees initiatief voor duurzame corporate governance', *Ondernemingsrecht* 2021/32, p. 189-194.

verantwoordelijke vennootschap en dat de Raad van Commissarissen hierop toezicht houdt.¹²⁶

Ik stip deze discussie hier slechts aan om te benadrukken dat zij van groot belang is voor de vraag hoe de maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemingen het beste vorm kan krijgen. Voor een effectieve mensenrechten- en duurzaamheidspraktijk is essentieel dat zij vanuit de top van de onderneming wordt geleid en niet wordt behandeld als een van de vele loten aan de compliance-boom. Dit vereist een (pro)actieve houding bij het vormgeven van een autonoom ondernemingsbeleid dat mensenrechten respecteert en bijdraagt aan het verbeteren van de bescherming van mensenrechten en dat niet wacht op regelgeving van de overheid. En het vereist ten slotte dat dit mensenrechtenbeleid wordt gevormd en geïmplementeerd met stakeholders als gelijkwaardige partners, waarin verantwoordelijkheid niet wordt afgeschoven maar verantwoordelijkheid wordt genomen, ook voor dochters, toeleveranciers en afnemers.

Dit impliceert ook een nieuwe vorm van juridisch leiderschap en vakmanschap: een jurist 2.0 die verder kijkt dan de juridische en reputatierisico's voor de onderneming en het externaliseren daarvan maar die bereid is om te engageren met de risico's voor de rechthebbenden en aldus bij te dragen aan het beperken en wegnemen daarvan.¹²⁷

9 Terug naar de context: onderneming en mensenrechten

9.1 Om wiens risico's gaat het?

In het voorgaande lag de nadruk op het ondernemingsperspectief. Dit doet echter geen recht aan de bredere problematiek die ik in par. 2 schetste. Het perspectief van onderneming en mensenrechten heeft gevolgen voor de aard van het risico (par. 9.1), de aard van de schade (par. 9.2) en de aard van de remedie (par. 9.3) mede in het licht van de Duurzame Ontwikkelingsdoelen (par. 9.4).

De onderneming en mensenrechtencontext heeft allereerst gevolgen voor het risicobegrip. Het gaat hierbij namelijk niet alleen om het risico voor de onderneming. Waar het daadwerkelijk om gaat is het risico voor de rechthebbenden (de individuen

126 J. Winter e.a., 'Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoorde deelname aan het maatschappelijk verkeer', *Ondernemingsrecht* 2020/86, p. 471-474. Zie voor kritiek onder meer H.J. de Kluiver, 'Over de verantwoordelijke onderneming', *Ondernemingsrecht* 2020/126, p. 711-718. Zie ook P.F. van der Heijden, 'Oostenwind, of: van zacht recht naar harde handhaving', *Ondernemingsrecht* 2021/2, p. 3-6.

127 Zie uitvoeriger Cees van Dam, *Enhancing Human Rights Protection: A Company Lawyer's Business* (Rotterdam: RSM, 2017), p. 18-25.

en gemeenschappen) om schade te lijden door de gedragingen van de onderneming en haar zakelijke partners.¹²⁸ Dit betekent dat gedragsverandering (due diligence) van groot belang is. Zij is echter geen doel maar een middel voor het bereiken van resultaten ‘op de grond’, in het dagelijks leven van individuen en gemeenschappen: het beëindigen van negatieve mensenrechtenimpact en het creëren van positieve mensenrechtenimpact.¹²⁹ Deze nieuwe risicobenadering heeft gevolgen voor vorm en inhoud van compliance.

Vanzelfsprekend overlappen beide risicobegrippen (voor de onderneming en voor rechthebbenden) elkaar tot op zekere hoogte maar het gebruik van een verkeerde risico-lens kan een belangrijke oorzaak zijn van problemen, omdat essentiële mensenrechtenrisico’s over het hoofd worden gezien. Ook waar onderneming en mensenrechten inmiddels worden geïdentificeerd met ESG-risico’s (‘Environmental, Social and Governance’), behoren deze factoren niet alleen de niet-financiële risico’s voor de onderneming te meten maar juist ook die voor de rechthebbenden.

In verband met dit andersoortige risicobegrip doet de onderneming er verstandig aan om bij het *identificeren* van mensenrechtenrisico’s niet alleen af te gaan op haar eigen wijsheid maar deze te voeden door middel van een degelijk stakeholdermanagement. Hetzelfde geldt voor het *adresseren* van mensenrechtenrisico’s. Die zijn voor een onderneming meestal te complex om alleen tot een duurzame of althans beheersbare oplossing te brengen. In veel gevallen zal een onderneming verder moeten gaan door het aangaan van partnerships waarin op ooghoogte met andere belanghebbenden wordt samengewerkt. Dit voorkomt dat de onderneming (al dan niet met een postkoloniale attitude) zelf bepaalt hoe lokale problemen het beste kunnen worden verminderd of opgelost, met alle mogelijke nieuwe problemen van dien.¹³⁰

9.2 Schade versus mensenrechtenschending

In het aansprakelijkheidsrecht gaat het in beginsel om het vergoeden van geleden schade wegens maatschappelijk onzorgvuldig handelen. In onderneming en mensenrechten gaat het om het bieden van een remedie voor een inbreuk op mensenrechten. Onder mensenrechten vallen alle internationaal erkende mensenrechten, in het bijzonder maar niet uitsluitend de rechten die zijn opgenomen in de International Bill

128 Commentaar bij UNGP 17: ‘Human rights due diligence can be included within broader enterprise risk-management systems, provided that it goes beyond simply identifying and managing material risks to the company itself, to include risks to rights-holders.’

129 Kendyl Salcito en Mark Wielga, ‘What does Human Rights Due Diligence for Business Relationships Really Look Like on the Ground?’, *Business and Human Rights Journal* 3 (2018), p. 113-121.

130 Zie bijvoorbeeld Rob van Tulder en Rianne van Asperen, *Wicked Problems Plaza. Principles and Practices for Effective Stakeholder Dialogue*. (Rotterdam: RSM: Partnerships Resource Centre, 2017).

of Rights¹³¹ en de ILO-verklaring over fundamentele beginselen en rechten op het werk (UNGP 12). Dit betekent dat de relevante risico's op dit gebied verder gaan dan inbreuken op gezondheid en veiligheid. Zij kunnen bijvoorbeeld ook betrekking hebben op het recht op onderwijs, het recht op gelijke behandeling en de rechten van inheemse volken. Dit sluit niet uit dat het aansprakelijkheidsrecht als instrument wordt gebruikt om deze mensenrechten te beschermen.

Een weerslag hiervan is te vinden in *Milieudefensie*, waarin de rechtbank uit Urgenda uitspraak van de Hoge Raad afgeleidt dat de artikelen 2 en 8 EVRM bescherming bieden tegen de gevolgen van gevaarlijke klimaatverandering als gevolg van opwarming van de aarde door CO₂-uitstoot.¹³² Zij verwijst voorts naar de parallelle art. 6 en 17 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en verdisconteert deze mensenrechten en de hierin belichaamde waarden in de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (rov. 4.4.9-10).

Van belang is ten slotte, dat het bij mensenrechtenrisico's niet alleen gaat om 'objectief' onrecht, maar ook om wat door individuen en gemeenschappen als onrecht wordt ervaren. Dit ervaren onrecht kan niet alleen zijn gebaseerd op onrechtmatige daad of contract, maar ook op expliciete of impliciete beloften en op binnen gemeenschappen gebruikelijke praktijken of op noties van eerlijkheid.¹³³ Hierbij moet worden bedacht dat concepten van eerlijkheid mede cultureel worden bepaald en niet noodzakelijkerwijs overeenstemmen met westerse concepten (par. 4.3). Dit maakt risicobeoordeling en risicomangement niet alleen complex, maar het toont ook het belang aan van stakeholderoverleg met direct betrokkenen en onafhankelijke klachtenmechanismen, zodat geschillen zo duurzaam mogelijk kunnen worden beslecht.

9.3 Schadevergoeding versus mensenrechtenremedie

In het aansprakelijkheidsrecht is de belangrijkste remedie financiële compensatie. Daarnaast is een rechterlijk bevel of verbod mogelijk (zoals in *Milieudefensie*, par. 3.4) maar dit is steeds nauw verbonden met de veroorzaakte schade of te veroorzaken schade. Omdat mensenrechtenschendingen breder zijn dan het veroorzaken van schade in de traditionele zin van het aansprakelijkheidsrecht (par. 9.2), zijn ook de remedies breder dan financiële compensatie. Bovendien verlangt de UNGP 11 (en in het kielzog hiervan de wettelijke due diligence verplichtingen, par. 2.2) dat een onderneming spontaan een remedie aanbiedt als het mensenrechten heeft

131 Deze omvat de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten, en het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten.

132 HR 20 december 2020, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Staat/Urgenda*).

133 Commentaar bij UNGP 25.

geschonden of daaraan heeft bijgedragen, en niet wacht tot de getroffen individuen en gemeenschappen een claim indienen.

Twee recente schikkingen laten zien dat brede mensenrechtenremedies ook mogelijk zijn na een aansprakelijkheidsclaim.¹³⁴ Het ging om vorderingen tegen Camellia, de moedervenootschap van een landbouwconglomeraat. Een van de zaken betrof mensenrechtenschendingen (moord, verkrachting, geweld en vrijheidsberoving) tegen met name vrouwelijke omwonenden door bewakers die in dienst waren van Kazuki, een landbouwbedrijf in de Camellia-groep in Kenia. De schikking omvatte niet alleen een financiële schadevergoeding voor de 85 slachtoffers, maar ook diverse andere maatregelen die gericht waren op een betere bescherming van mensenrechten. Dit betrof onder meer de aanleg van nieuwe wegen om gemeenschappen betere toegang te geven tot lokale voorzieningen, het inzetten van meer vrouwelijk veiligheidspersoneel, het opzetten van centra voor gemeenschapsbijeenkomsten en een project om lokale gemeenschappen te helpen inkomsten te genereren. Een belangrijk onderdeel was voorts het instellen van een klachtenmechanisme met onafhankelijk toezicht om nieuwe gevallen van mensenrechtenschendingen te beslechten.¹³⁵

Deze schikkingen zorgen niet alleen voor een veiligere en duurzamere omgeving voor de getroffen gemeenschappen en individuen, maar ook voor een lager operationeel risico voor het concern. Hieraan draagt ook bij dat de onderneming laat zien dat het niet alleen profiteert van de lokale natuurlijke hulpbronnen en de plaatselijke beroepsbevolking, maar dat het de lokale gemeenschappen ook laat meedelen in de voordelen, een belangrijk onderdeel van de *social licence to operate* van de onderneming.¹³⁶

9.4 Duurzame Ontwikkelingsdoelen van de Verenigde Naties (SDG's)

De Camellia-schikkingen (par. 9.3) illustreren voorts de vloeiende overgang tussen de UNGP's en due diligence wetgeving enerzijds en de SDG's anderzijds.¹³⁷ De

134 *Settlement of claims against Camellia Plc of allegations of serious human rights abuses in Kenya*: <https://www.leighday.co.uk/latest-updates/news/2021-news/settlement-of-claims-against-camellia-plc-of-allegations-of-serious-human-rights-abuses-in-kenya>. *Leigh Day settles claims against the Camellia Group arising out of rape and other forms of gender-based violence on Malawian tea estates*: <https://www.leighday.co.uk/latest-updates/news/2021-news/leigh-day-settles-claims-against-the-camellia-group-arising-out-of-rape-and-other-forms-of-gender-based-violence-on-malawian-tea-estates>.

135 Jonathan Kaufman and Katherine McDonnell, 'Community-Driven Operational Grievance Mechanisms', *Business and Human Rights Journal* 1 (2016) 1, p. 127-132.

136 Zie ook Joana Nabuco and Leticia Aleixo, 'Rights Holders' Participation and Access to Remedies: Lessons Learned from the Doce River Dam Disaster' *Business and Human Rights Journal* 4 (2019) 1, p. 147-153.

137 Shift, *Business, Human Rights and the Sustainable Developments Goals. Forging a Coherent Vision and Strategy* (New York, 2016).

SDG's zijn geen verplichtingen, maar ontwikkelingsdoelen om mensenrechten te beschermen en te versterken. Ze zijn geformuleerd als een gezamenlijke (en dringende) verantwoordelijkheid van overheden, bedrijven en het maatschappelijk middenveld. Waar de UNGP's, de due diligence wetgeving en het aansprakelijkheidsrecht vereisen dat geen schade wordt veroorzaakt (*do no harm*), verlangen de SDG's om 'goed te doen' (*do good*).

In het bedrijfsleven genieten de SDG's meer populariteit dan de UNGP's, vooral omdat ze veel mogelijkheden geven voor een positieve profilering van de onderneming. Het probleem hierbij is dat het SDG-engagement vaak op een niet-strategische manier plaatsvindt en onvoldoende is afgestemd op de kernactiviteiten van de onderneming. Hierdoor blijft ook het rendement op SDG-investeringen vaak achter. Het is daarom niet alleen verstandig de SDG's strategisch af te stemmen op de kernactiviteiten van de onderneming maar ook op de belangrijkste mensenrechtenrisico's in de ondernemingsactiviteiten.¹³⁸ Op deze manier worden UNGP's en de SDG's inhoudelijk met elkaar verbonden. Door due diligence niet alleen te gebruiken als een managementsysteem voor het beheersen van mensenrechtenrisico's maar ook als een managementsysteem voor mogelijkheden om bij te dragen aan een verbetering van mensenrechtenbescherming in het verlengde van haar activiteiten, kan een onderneming op een efficiëntere, zinvollere en effectievere manier bijdragen aan de SDG's.

In dit licht is het opmerkelijk maar ook weer niet helemaal verrassend dat de rechtbank in *Milieudefensie* ook de SDG's betrok bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Hiervoor had RDS zelf de voorzet gegeven door te wijzen op SDG 7 (*Verzekert toegang tot betaalbare, betrouwbare, duurzame en moderne energie voor iedereen*). Volgens de rechtbank doet deze SDG echter niet af aan de doelstellingen van het Akkoord van Parijs. Dit volgt ook uit SDG 13 (*Neem dringend actie om klimaatverandering en haar impact te bestrijden*) en de considerans onder 8 van het Akkoord van Parijs, waarin het intrinsieke verband wordt benadrukt tussen de aanpak van gevaarlijke klimaatverandering, de billijke toegang tot duurzame ontwikkeling en uitbanning van armoede. De rechtbank concludeerde dat de SDG's daarom voor RDS geen reden kunnen vormen om niet te voldoen aan haar reductieverplichting.' (rov. 4.4.40-42).

10 Concluderende opmerkingen

Vedanta, *Oguru*, *Okpabi* en *Milieudefensie* hebben de bakens van de aansprakelijkheid van moederverenootschappen verzet. In *Oguru* en *Milieudefensie* werden moe-

¹³⁸ Jan Anton van Zanten and Rob van Tulder, 'Analyzing companies' interactions with the Sustainable Development Goals through network analysis: Four corporate sustainability imperatives', *Business Strategy and the Environment*, p. 1-25.

ders verantwoordelijk gehouden voor de activiteiten van hun dochters. En als gevolg van *Vedanta* en *Okpabi* moeten in de *common law* vorderingen tegen moedervennootschappen in een *trial* worden beoordeeld. Omdat hieraan steeds een *disclosure* voorafgaat, is de verwachting dat het aantal buitengerechtelijke schikkingen met moedervennootschappen aanzienlijk zal toenemen (par. 3).

Dit laatste geldt in het bijzonder voor in het Verenigd Koninkrijk gevestigde of geïncorporeerde moedervennootschappen met dochters in de voormalige Britse koloniën waar het *common law* systeem is gehandhaafd. Voor die landen ontwikkelt het Britse Supreme Court in feite de toepasselijke regels voor de aansprakelijkheid van moedervennootschappen (par. 5).

Aansprakelijkheidsprocedures vinden doorgaans plaats in de jurisdictie van de moedervennootschap. De vraag of de dochter voor dezelfde rechter kan worden gedagvaard wordt beantwoord naar het recht van het forum. Hierbij speelt niet alleen de samenhang tussen de vorderingen een belangrijke rol maar ook of de benadeelden in hun eigen land daadwerkelijk recht kunnen verkrijgen (par. 4). De procedurele voordelen van het *common law* systeem met de *disclosure* en de *trial* en de materiele voordelen van een door de forumrechter (het Supreme Court) geleide rechtsontwikkeling, maken Londen op dit moment tot het meest aantrekkelijke forum voor slachtoffers van mensenrechtenschendingen door multinationale ondernemingen. Voor continentale jurisdicties zijn er echter diverse opties om deze achterstand in te lopen (par. 5).

De belangrijkste inhoudelijke boodschap uit de rechtspraak is dat aansprakelijkheid van een moedervennootschap niets bijzonders is en kan berusten op haar eigen gedrag (bijvoorbeeld door zich intensief te bemoeien met de operationele activiteiten van de dochter) en op het niet voorkomen van schade veroorzaakt door de dochter. In de praktijk zal dit vooral gelden voor verticaal (top down) georganiseerde concerns. Vanuit het oogpunt van een effectieve bescherming van mensenrechten, is de vergroting van het aansprakelijkheidsrisico van de moeder alleen echter onvoldoende (par. 6).

In *Oguru* paste het Haagse hof *Vedanta* toe maar het interpreteerde deze beslissing onjuist. Ook overigens roept het Haagse arrest vragen op over de juiste toepassing van *Vedanta*. Dit neemt niet weg dat het hof ten aanzien van het bevel jegens RDS zeer wel tot dezelfde beslissing had kunnen komen. Bovendien had het behoren te beslissen dat op de oude Shell-moeders een zorgplicht rustte om de oorzaak van de olie lekkages te voorkomen (par. 7).

Na *Vedanta* zullen moedervennootschappen moeten leren omgaan met het spanningsveld tussen concernmanagement, transparantie en het zorgplicht-*risico*. Het zal een moedervennootschap niet langer baten als zij zou blijven betogen dat haar

dochters onafhankelijk opereren, als zij ervoor zou kiezen transparant te blijven maar geen bemoeienis meer te hebben met haar dochters ter zake van veiligheid en milieu, of als zij geen specifieke informatie over haar concernmanagementactiviteiten meer zou publiceren. In *Milieudefensie* was de invloed en controle die de moeder uitoefent over haar dochters bij bedrijven zoals Shell geen onderwerp van discussie meer (par. 8).

De bredere agenda van onderneming en mensenrechten betekent dat het bij de verantwoordelijkheid van ondernemingen om meer gaat dan het niet veroorzaken van schade. In deze wereldwijde transnationale ontwikkeling gaat het om het beschermen van de rechten van individuen en gemeenschappen die worden geschonden door ondernemingen. Dit heeft niet alleen gevolgen voor het risicobegrip maar ook voor de te bieden remedie, die breder is dan het vergoeden van de schade door middel van een geldbedrag. Hier loopt de verantwoordelijkheid van ondernemingen vloeiend over in haar participatie in de Duurzame Ontwikkelingsdoelen van de Verenigde Naties (par. 9).

De aansprakelijkheid van moederverenootschappen is een fundamenteel onderdeel van het grotere thema onderneming en mensenrechten. Dit grotere thema (par. 2) laat de uitdagingen zien waar ondernemingen, haar bestuur en haar interne en externe juridische adviseurs voor staan. Het uitgangspunt is een breder risicoconcept: het gaat niet alleen meer om het risico voor de onderneming maar ook om het risico voor individuen, gemeenschappen en het milieu. En het gaat er niet meer om deze risico's af te schuiven maar er zodanig mee om te gaan, dat zij niet alleen voor de onderneming maar juist ook voor de getroffen individuen en gemeenschappen worden weggenomen. Dat is een paradigmawijziging die met veel uitdagingen en dilemma's gepaard gaat. Maar ook een die voor ondernemingen onontkoombaar is. Niet alleen voor *people* en *planet* maar ook voor *peace* en *prosperity*. En daarmee ook voor de duurzaamheid van de onderneming.