



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Aansprakelijkheid van bedrijven voor mensenrechtenschendingen buiten Nederland

Scheltema, M.; Sombroek-van Doorm, M.; Leun, J. van der; Ellian, A.; Boom, W. van

Citation

Scheltema, M. (2021). Aansprakelijkheid van bedrijven voor mensenrechtenschendingen buiten Nederland. In M. Sombroek-van Doorm, J. van der Leun, A. Ellian, & W. van Boom (Eds.), *Cum Suis: Vriendenboek Carel Stolker* (pp. 79-89). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3463969>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3463969>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

AANSPRAKELIJKHEID VAN BEDRIJVEN VOOR MENSENRECHTENSCHENDINGEN BUITEN NEDERLAND

Martijn Scheltema¹

INLEIDING

Carel Stolker is een veelzijdig man. Zowel juridisch-inhoudelijk, in het kader van het wetenschappelijke karakter van juridisch onderzoek en onderwijs en als bestuurder heeft hij veel aan de Leidse universiteit bijgedragen. In deze bijdrage wil ik een juridisch-inhoudelijk onderwerp bij de hoorns vatten op een terrein waar Carel al lang actief is: dat van het aansprakelijkheidsrecht. Ik wil in het bijzonder ingaan op de aansprakelijkheid van (Nederlandse) bedrijven voor mensenrechtenschendingen buiten Nederland, bijvoorbeeld in verband met projecten waarin zij zijn betrokken of in hun waardeketens.

Daarbij wordt eerst ingegaan op de achtergrond van die aansprakelijkheid en de rol die internationale ‘soft law’ raamwerken daarin spelen. In een aantal landen is overigens al geen sprake meer van ‘soft law’ maar zijn deze raamwerken in wetgeving vastgelegd. Daarna ga ik in op het eigenlijke onderwerp: kunnen (Nederlandse) bedrijven aansprakelijk zijn voor mensenrechtenschendingen in het buitenland en welke ontwikkelingen zijn in dat verband relevant?

INTERNATIONALE RAAMWERKEN EN MENSENRECHTEN DUE DILIGENCE²

De belangrijkste internationale raamwerken op het terrein van mensenrechten en bedrijfsleven zijn de OESO Richtlijnen voor multinationale ondernemingen en de United Nations Guiding Principles on Business Human Rights.³ De OESO-richtlijnen, die inmiddels zijn onderschreven door 48 landen (waaronder

1 Martijn Scheltema is partner bij Pels Rijcken, hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en voorzitter van het geschillenmechanisme van het Nederlandse Textiel Convenant op het terrein van Internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen.

2 Deze paragraaf is gedeeltelijk gebaseerd op eerder onderzoek in opdracht van het Ministerie van BuZa naar wetgevingsopties op het terrein van OESO due diligence: Van Dam en Scheltema 2020, hoofdstuk 2. Te raadplegen via tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2020Z06176&did=2020D12968.

3 Te vinden op respectievelijk mneguidelines.oecd.org/mneguidelines/ en [ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf).

bijna alle EU-lidstaten), zijn voor het eerst in 1976 gepubliceerd. In 2011 zijn ze herzien, mede om ze in overeenstemming te brengen met het VN 'Protect, Respect, Remedy' raamwerk en de bijbehorende United Nations Guiding Principles on Business Human Rights (UNGPs).⁴ De kern van beide raamwerken is door bedrijven uit te voeren *due diligence* op het terrein van mensenrechten (en bij de OESO-richtlijnen ook nog op verschillende andere terreinen, zoals milieu en corruptie). Dergelijke *due diligence* verschilt van de traditionele bij bijvoorbeeld bedrijfsovernames uitgevoerde *due diligence* omdat het is gericht op risico's die bedrijfsactiviteiten voor derden veroorzaken en een doorlopend karakter heeft.⁵ Deze richtlijnen zijn verder uitgewerkt in zogenoemde *guidance* documenten, die zowel voor specifieke terreinen (zoals *conflict minerals*) als ook in het algemeen voor *due diligence* zijn opgesteld.⁶

Mensenrechten *due diligence* omvat zes stappen.⁷ Allereerst moeten bedrijven beleid opstellen om dit *due diligence* proces vorm te geven.⁸ De tweede stap is dat bedrijven onderzoek doen naar de (potentiële) risico's op het terrein van mensenrechten die verbonden zijn aan hun activiteiten, waaronder toeleveringsketens en zakenrelaties (hierna kort aangeduid als waardeketens).⁹ Daarna moet een onderneming beoordelen op welke wijze zij bij de geïdentificeerde (potentiële) negatieve effecten is betrokken. Onderzocht moet worden of zij de veroorzaker is, dan wel een bijdrage heeft geleverd, levert of 'direct verbonden' is met die effecten. Een onderneming heeft de ongunstige effecten veroorzaakt, wanneer haar eigen activiteiten voldoende zijn om de ongunstige effecten in het leven te roepen. Een onderneming heeft bijgedragen aan de ongunstige effecten, wanneer de combinatie van haar activiteiten met de activiteiten van een ander de ongunstige effecten in het leven hebben geroepen. In de OESO *due diligence* guidance wordt overigens wel geëist dat de bijdrage 'substantieel' moet zijn, hetgeen betekent dat niet iedere geringe betrokkenheid van de onderneming gelijk staat aan een 'bijdrage' zoals hier bedoeld. Een onderneming is 'direct verbonden' wanneer de ongunstige maatschappelijke effecten zijn veroorzaakt door een ander en de onderneming via haar diensten, producten, activiteiten of zakenrelaties in verband kan worden gebracht met de veroorzaker. Een onderneming dient vervolgens gepaste maatregelen te nemen om de negatieve effecten te adresseren, waarbij de mate van betrokkenheid bij de negatieve impact (veroorzaker, bijgedragen aan of direct verboden) bepalend is.¹⁰

4 OECD 2011, p. 3-4. Zie ook Simons 2014, p. 102-103.

5 Martin-Ortega 2014, p. 50; Van Dam 2018, p. 106; Buhmann 2016, p. 708. C. Shavin 2019, p. 145.

6 Zie voor de algemene guidance OECD 2018a en voor de specifieke terreinen: OECD 2016a; OECD 2016b; OECD 2018b; OECD 2019. Zie voor meer sectorspecifieke guidances mneguidelines.oecd.org.

7 OECD 2018a, p. 21.

8 OECD 2019, p. 32-33.

9 OECD 2018a, p. 25, 62.

10 OECD 2018a, Q29, p. 70-72.

De derde stap ziet op maatregelen die ongunstige effecten kunnen voorkomen, beëindigen of verzachten. Uiteraard staat het voorkomen van negatieve effecten voorop. Pas als ongunstige effecten niet voorkomen kunnen worden, dient de betrokken onderneming maatregelen te nemen die de negatieve effecten verzachten.¹¹

De vierde stap is dat een onderneming de effectiviteit van genomen maatregelen periodiek evalueert en de implementatie van due diligence processen beoordeelt.¹² De vijfde stap betreft communicatie en rapportage over het beleid op het terrein van mensenrechten.¹³

Ten slotte dient een onderneming die een negatief effect veroorzaakt of daaraan bijdraagt een geschikte vorm van herstel te bieden. In de term 'herstel' wordt in de OESO-richtlijnen begrepen het bieden van- of deelnemen aan legitieme processen voor herstel en maatregelen die, als uitkomst van de processen, de betreffende toestand herstellen.¹⁴

WETTELIJKE REGELINGEN

De OESO-richtlijnen en de UNGP's zijn als zodanig niet bindend. Dat neemt niet weg dat er in verschillende landen initiatieven worden genomen die er (indirect) toe leiden dat deze richtlijnen een meer bindend karakter krijgen.¹⁵ Veelal zien die initiatieven overigens nog op onderdelen van OESO due diligence en dan met name op de daarin opgenomen rapportageverplichting. Zo bevat de Europese Richtlijn Niet-Financiële verslaglegging¹⁶ een rapportageverplichting (gerelateerd aan stap 5 van de OESO due diligence), die in Nederland is ingevoerd in art. 2:391 lid 1 BW door middel van de verplichting (voor grote ondernemingen) om niet-financiële informatie in het bestuursverslag op te nemen. Dergelijke informatie heeft bijvoorbeeld betrekking op het beleid dat een bedrijf ten aanzien van mensenrechten en milieu/klimaat heeft geïmplementeerd en de vorderingen die het op dat terrein heeft gemaakt.¹⁷

11 OECD 2018a, p. 16, 74.

12 OECD 2018a, p. 82 en 83. Zie ook OECD 2016b, p. 18-19 en 46.

13 OECD 2018a, p. 85-87; OECD 2017, p. 17-20.

14 OECD 2018a, p. 35, 88 en 89; zie ook OECD 2019, p. 59; OECD 2011, par. 46, p. 34; OECD 2018b, p. 99-100.

15 Zie voor een overzicht van deze wetgeving bijvoorbeeld L. Smit e.a. 2020 te raadplegen via op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0268dfcf-4c85-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en.

16 Richtlijn 2013/34/EU, PbEU 2013, L 182/19.

17 Zie bijvoorbeeld E.D.G Kiersch 2016, art. 2:391, aant. 1.

In andere landen is ook wetgeving die hiermee verband houdt, ingevoerd. Zo bepaalt artikel 54 van de Modern Slavery Act¹⁸ van het Verenigd Koninkrijk dat bedrijven die goederen verkopen of diensten verlenen (boven een bepaalde omzetsdrempel) moeten rapporteren over de stappen die zijn genomen om slavernij en mensenhandel in hun eigen bedrijf en handelsketens in het Verenigd Koninkrijk en daarbuiten te voorkomen (dan wel een verklaring af te leggen dat geen actie is ondernomen op dit terrein). In de Verenigde Staten bepaalt artikel 1502 van de Dodd Frank Act¹⁹ dat op de Amerikaanse beurs genoteerde ondernemingen het bij de *US Securities and Exchange Commission* (SEC) moeten melden als zij aardmetalen (waaronder tin, goud en wolfram) uit conflictgebieden in de Democratische Republiek Congo of aangrenzende landen gebruiken. In de Amerikaanse rechtspraak is de wijze waarop de SEC-uitvoering gaf aan dit artikel overigens ongrondwettelijk bevonden en is een wet tot intrekking van dit artikel inmiddels in het Huis van Afgevaardigden aangenomen.²⁰ Bovendien moeten zij aangeven welke maatregelen worden genomen om mensenrechtenschendingen te voorkomen indien die worden geconstateerd, en moeten hun rapporten daarover op hun website worden gepubliceerd.²¹

Frankrijk heeft een wet geïmplementeerd die grote bedrijven (ook voor hun activiteiten buiten de Franse landsgrenzen) verplicht om mensenrechten due diligence (de vijf stappen, behoudens het bieden van een remedie (stap zes)) als zodanig uit te voeren.²² Ook in Nederland is een wetsvoorstel aangenomen dat een dergelijke verplichting in verband met kinderarbeid invoert voor bedrijven die goederen verkopen of diensten aanbieden in Nederland. Het (nog niet ingevoerd maar waarschijnlijk in 2022 van kracht wordende) artikel 5 lid 1 Wet zorgplicht kinderarbeid²³ bevat een verplichting due diligence uit te voeren naar het voorkomen van kinderarbeid in de gehele (ook buitenlandse) toeleveringsketen. Ten slotte is in Zwitserland een wetsvoorstel aan het parlement voorgelegd, in reactie op een eerder volksinitiatief, waarin eveneens een OESO

18 Te vinden op legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted. Vergelijkbare regelgeving is ook ingevoerd in New South Wales in Australië (zie legislation.nsw.gov.au/#/view/act/2018/30/full) en wordt ook op federaal niveau overwogen. Zie aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bld=r6148.

19 Een toelichting kan worden gevonden op sec.gov/spotlight/dodd-frank/speccorpdisclosure.shtml. Zie verder over dit artikel bijvoorbeeld globalwitness.org/en-gb/archive/dodd-frank-acts-section-1502-conflict-minerals/.

20 Zie bijvoorbeeld lexology.com/library/detail.aspx?g=d27d2d5f-df96-4506-8302-4b2958cb92a4.

21 Met name dit voorschrift is in de rechtspraak ongrondwettelijk bevonden en inmiddels door de SEC ingetrokken. Zie lexology.com/library/detail.aspx?g=d27d2d5f-df96-4506-8302-4b2958cb92a4.

22 Artikel L. 225-102-4 van de Wet op de Handel en Industrie. Zie voor deze wet senat.fr/leg/pp14-376.html en voor een Engelse vertaling business-humanrights.org/en/france-natl-assembly-adopts-law-imposing-due-diligence-on-multinationals-to-prevent-serious-human-rights-abuses-in-their-supply-chains#c152577.

23 Wet van 24 oktober 2019, Stb. 2019, 401. Zie daarover bijvoorbeeld: Enneking 2020, p. 173 e.v.

due diligence verplichting is vastgelegd.²⁴ Veelal wordt overigens aangenomen dat een wettelijke verplichting tot het uitvoeren van OESO due diligence veronderstelt dat, in zoverre een zorgplicht bestaat, die meebrengt dat degenen die het slachtoffer worden van het niet adequaat uitvoeren van due diligence de dader daarvoor aansprakelijk kunnen houden. Dit veronderstelt tevens dat OESO due diligence verder gaat dan enkele 'ticking the box' praktijken.²⁵

Ook op Europees niveau is het nodige gaande. Zo is een verordening vastgesteld die betrekking heeft op 'conflictmineralen' (dezelfde mineralen als in de hiervoor besproken Dodd Frank act) en die van toepassing is op ondernemingen die dergelijke mineralen invoeren in de EU. Deze verordening wordt van kracht per 1 januari 2021 en bevat, kort gezegd, ook een OESO due diligence verplichting.²⁶ Overigens blijkt uit een Europese survey dat de meerderheid van de ondernemingen de huidige due diligence vereisten in wetgeving niet effectief, efficiënt en coherent acht.²⁷ Inmiddels wordt bijvoorbeeld in Nederland door de regering nagedacht hoe dit effectiever kan worden vormgegeven.²⁸ De Europese Commissie heeft verder ook aangekondigd in 2021 met een voorstel te komen dat een verplichting zal inhouden mensenrechten due diligence uit te voeren.²⁹ Ten slotte wordt internationaal onderhandeld over een verdrag dat ziet op het in acht nemen van mensenrechten door en aansprakelijkheid van (transnationaal opererende) ondernemingen voor mensenrechtenschendingen.³⁰

Uiteraard zijn deze wettelijke regelingen ook van belang in verband met aansprakelijkheid: naar Nederlands recht levert de schending van een wettelijke plicht onrechtmatig handelen op. Dat geldt overigens niet zonder meer voor schending van buitenlandse wettelijke verplichtingen. Wel kunnen dergelijke

24 Zie parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2017-11-14.aspx?lang=1036 en, voor een onofficiële Engelse vertaling, bhrinlaw.org/180508-swiss-parliament-counter-proposal_unofficial_en-translation_updated.pdf. Zie over het eerdere volksinitiatief bijvoorbeeld Bueno 2018, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3125672; Geisser 2017, p. 943 e.v. Zie voorts artikel 9 van de Zwitserse wet op private beveiligingsbedrijven (en subcontractanten), te raadplegen via admin.ch/opc/en/classified-compilation/20122320/201509010000/935.41.pdf.

25 Zie daarover bijvoorbeeld Smit 2020, p. 260-266, te raadplegen via <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>.

26 Verordening EU/2017/821, beschikbaar via publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8b0e378b-3c59-11e7-a08e-01aa75ed71a1/language-en/format-PDFA1A. Deze verordening is gebaseerd op de OECD 2016b.

27 Smith 2020, p. 94.

28 Zie de Kamerbrief van 3 april 2020 en daarbij gevoegde onderzoeken, te raadplegen via tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2020Z06176&did=2020D12968.

29 Zie business-humanrights.org/en/eu-commissioner-for-justice-commits-to-legislation-on-mandatory-due-diligence-for-companies.

30 Zie voor de laatste publieke versie ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf. Inmiddels is een herziene versie hiervan in omloop.

verplichtingen van belang zijn in het kader van de invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheid zoals die in artikel 6:162 lid 1 BW wordt genoemd.

AANSPRAKELIJKHEIDSPROCEDURES

Interessant is ook dat er in Nederland, maar (vooral) ook daarbuiten, procedures worden gevoerd tegen bedrijven wegens schendingen van mensenrechten buiten het land waar zij zijn gevestigd.

In Nederland zijn de procedures tegen Shell en de Nigeriaanse (dochter) onderneming het bekendst, waarin een belang werd gevoerd in verband met milieuverontreiniging, en daarmee samenhangende mensenrechtenproblemen in Nigeria, en de procedure over de beweerdelijke rol van Shell in de terechtstelling van een aantal tegenstanders, onder wie Kiobel, door het dictatoriale bewind in Nigeria in 1995.³¹ Beide zaken hebben ook tot procedures geleid in andere landen, waaronder het VK en de VS.³² In Nederland is aansprakelijkheid in de laatste zaak door de rechtbank grotendeels afgewezen, zij het dat de eisers nog bewijs mogen leveren van hun stelling dat getuigen zijn omgekocht in het proces dat aan de terechtstelling voorafging en op dat punt dus nog moet worden beslist.³³ In de eerste zaak is in eerste aanleg aansprakelijkheid van het Nigeriaanse bedrijf, waarin Shell een belang heeft, aangenomen voor één specifiek geval van olieverontreiniging en zijn de vorderingen voor het overige (ook alle vorderingen tegen het moederbedrijf Shell) afgewezen. In beide zaken is opvallend dat de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft aangenomen op de voet van artikel 7 Rv op de grond dat het moederbedrijf in Nederland is gevestigd en sprake is van samenhangende zaken waarvoor het doelmatig is die gezamenlijk te behandelen.³⁴ Ook in een derde zaak (een collectieve actie) over schade door olieverontreiniging in Ivoorkust heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht aangenomen ten opzichte van Trafigura (Beheer) en werd in het kader van de beoordeling van de ontvankelijkheid van deze collectieve actie ook voldoende geborgd geacht dat een mogelijke schadevergoeding ook daadwerkelijk bij de slachtoffers terecht zal komen.³⁵ Overigens zijn, voor zover in

31 Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850 en ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854 en Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586 (milieuverontreiniging); Rb. Den Haag 1 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4233 (Kiobel). Zie over de milieuverontreinigingszaken bijvoorbeeld ook Schild 2013.

32 UK Court of Appeal (Civil Division) 14 februari 2018 [2018] EWCA Civ 191 (milieuverontreiniging Nigeria), te raadplegen via business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Shell%20Approved%20Judgment.pdf; US Supreme Court 17 april 2013, 569 U.S. 108 (2013)(Kiobel v. Royal Dutch Shell Petroleum), te raadplegen via supreme.justia.com/cases/federal/us/569/108/.

33 Rb. Den Haag 1 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4233.

34 Zie over de IPR-aspecten ook bijvoorbeeld Enneking en Scheltema 2020, p. 546-551; Enneking e.a. 2016, p. 141-161.

35 Rb. Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2476; Gerechtshof Amsterdam 14 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1157 en 28 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1250.

deze zaken al inhoudelijke beslissingen zijn genomen, hetgeen het geval is in de Shell-zaken, die beslissingen telkens gebaseerd op het recht van het land waar de schade zich heeft voorgedaan – in die gevallen dus Nigeriaans recht. Het lijkt er dus op dat Nederlandse rechters niet veel moeite hebben met het aanvaarden van rechtsmacht, indien het moederbedrijf in Nederland is gevestigd en de mensenrechtenproblemen vooral samenhangen met handelen of nalaten van een in een ander land gevestigde mede gedaagde (dochter)onderneming. Dat lijkt ook voor andere Europese rechters, zoals de Engelse, en voor Canadese rechters te gelden.³⁶

In de VS lijkt men overigens vooralsnog terughoudender.³⁷ De achtergrond van de benadering van de rechters in Europese landen en Canada zou kunnen zijn dat, indien er duidelijke aanwijzingen bestaan dat er een reëel risico bestaat dat geen recht zal worden gedaan in de jurisdictie waarin de dochteronderneming is gevestigd, Nederlandse rechters zouden kunnen oordelen dat zij rechtsmacht zouden moeten aanvaarden ten aanzien van de dochteronderneming.³⁸

Ook ten aanzien van de aansprakelijkheid van de moederonderneming zelf vallen interessante ontwikkelingen te bespeuren, vooralsnog vooral ook in het buitenland. Zo is in Engeland en Canada, in het kader van de vraag of de Engelse en Canadese rechter rechtsmacht heeft, waarvoor noodzakelijk is dat een 'arguable claim' bestaat, de mogelijkheid aanvaard dat een moederonderneming een zorgplicht kan hebben om een (dochter)onderneming in andere landen de door de moeder opgestelde en gepubliceerde richtlijnen op het gebied van mensenrechten na te laten leven.³⁹ In de Engelse zaak ging het om een dochteronderneming van Vedanta die in Zambia de door de moeder gestelde milieuriichtlijnen niet had nageleefd, waardoor milieuschade was ontstaan. In de Canadese zaak ging het om mensenrechtenschendingen in Guatemala door een beveiligingsbedrijf dat een mijn bewaakte en door de mijnbouwonderneming opgestelde mensenrechtenrichtlijnen niet in acht had genomen. In de Engelse zaak is aangenomen dat het enkele opstellen van dergelijke richtlijnen overigens niet voldoende is voor aansprakelijkheid, maar dat dit anders wordt indien de moeder er actief op toeziet dat deze door dochterondernemingen worden nageleefd, bijvoorbeeld door middel van training, toezicht en handhaving.

36 UK Court of Appeal (Civil Division) 14 februari 2018 [2018] EWCA Civ 191 (UK); Vedanta Resources plc v Lungowe [2019] UKSC 20 (UK), te vinden op [uk/cases/uksc-2017-0185.html](https://www.uksc.gov.uk/cases/uksc-2017-0185.html); Choc v. Hudbay Minerals Inc. 2013 ONSC 1414 (Canada), te vinden op [osler.com/uploaded/Files/Judgment-July-22-2013-Hudbays-motion-to-strike.pdf](https://www.osler.com/uploaded/Files/Judgment-July-22-2013-Hudbays-motion-to-strike.pdf); Nevsun Resources Ltd. v. Araya, 2020 SCC 5, te raadplegen via [canlii.org/en/ca/scc/doc/2020/2020scc5/2020scc5.html](https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2020/2020scc5/2020scc5.html).

37 Zie Goodyear Dunlop Tires Operations S.A. v. Brown 131 S Ct 2846 (2011), te raadplegen via [h2o.law.harvard.edu/cases/3584](https://www.h2o.law.harvard.edu/cases/3584).

38 Zie in die zin het Engelse Supreme Court in Vedanta Resources plc v Lungowe [2019] UKSC 20 (UK), rov. 88.

39 Choc v. Hudbay Minerals Inc. 2013 ONSC 1414 (Canada) en Vedanta Resources plc v Lungowe [2019] UKSC 20 (UK).

In de Canadese zaak werd als aanvullende voorwaarde gesteld dat het om voor de mijnbouwonderneming voorzienbare schade moet gaan.

Naast een zorgplicht in verband met het niet naleven van door een moederonderneming opgestelde richtlijnen door andere vennootschappen, rijst in dit verband de vraag of bedrijven aansprakelijk kunnen zijn voor het schenden van internationaal (gewoonte)recht op het gebied van mensenrechten, nu dat in beginsel alleen staten bindt. Desalniettemin heeft het Canadese Supreme Court aanvaard dat dit het geval kan zijn, overigens door middel van invulling van nationale open aansprakelijkheidsnormen (common law) met dergelijke internationale normen.⁴⁰ Het ging in die zaak om Eritrese werknemers, die inmiddels naar Canada waren gevlucht. Zij hebben gesteld dat zij door het leger van Eritrea gedwongen te werk zijn gesteld in een mijn die door een Canadees bedrijf werd geëxploiteerd. Zij betogen in de procedure tegen dat bedrijf, dat zij in die mijn gewelddadig, onmenselijk en vernederend zijn behandeld. Zij voeren in dat verband aan dat het bedrijf daarmee internationaal gewoonterecht heeft geschonden dat ziet op het verbieden van gedwongen arbeid, slavernij en onmenselijke behandeling. Het Canadese Supreme Court heeft beslist dat een onderneming daarvoor aansprakelijk kan zijn. Ook in een uitspraak in een investeringsarbitrage is aanvaard dat de omstandigheid dat een onderneming een beroep doet op investeringsbescherming onder internationaal recht meebrengt dat zij ook de verplichtingen van internationaal recht dient te accepteren.⁴¹

Het is niet onwaarschijnlijk dat de hiervoor geschetste ontwikkelingen ook voor het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht van belang zijn. Ook wij kennen een zeer open aansprakelijkheidsnorm in artikel 6:162 BW, in het bijzonder de daarin vastgelegde maatschappelijke zorgvuldigheid. Het is zeer wel denkbaar dat rechters die norm op een vergelijkbare wijze gaan invullen als hun buitenlandse collega's hebben gedaan in de hiervoor besproken zaken. De vraag in het verlengde daarvan is of het niet naleven van de hiervoor beschreven OESO due diligence ook aansprakelijkheidsconsequenties kan hebben. Dat is uiteraard het geval als die in wettelijke regelingen wordt vastgelegd, hetgeen voor de EU in verband met conflictmineralen vanaf 2021 en voor kinderarbeid in Nederland waarschijnlijk vanaf 2022 het geval is. Bovendien lijkt het waarschijnlijk dat op een termijn van twee of drie jaar een algemene Europese verplichting tot het uitvoeren van OESO due diligence zal worden ingevoerd.⁴² Op niet al te

40 Supreme Court of Canada 28 februari 2020, *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5.

41 Zie daarvoor *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Final Award, 8 december 2016, te raadplegen via italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf.

42 Zie daarover bijvoorbeeld R. McCorquodale en M.W. Scheltema, 'Core elements of an EU regulation on mandatory human rights and environmental due diligence', te raadplegen via business-humanrights.org/en/expert-contribution-core-elements-of-an-eu-regulation-on-mandatory-human-rights-environmental-due-diligence.

lange termijn zullen in verband met het niet uitvoeren van OESO due diligence derhalve aansprakelijkheidsrisico's ontstaan. Dat geldt mogelijk ook al daarvoor indien rechters, langs de lijnen van de Vedanta-zaak, voor de invulling van de open aansprakelijkheidsnorm relevant gaan achten dat een bedrijf zich (publiekelijk) heeft gecommitteerd om OESO due diligence uit te voeren en die door middel van training, implementatie en handhaving ook daadwerkelijk binnen de onderneming (of bij dochterondernemingen) heeft geïmplementeerd. Rechters zouden dan kunnen aannemen dat daardoor een zorgplicht wordt gecreëerd jegens derden die schade lijden doordat desalniettemin geen OESO due diligence in acht is genomen.

Al met al dus reden genoeg voor bedrijven om bedacht te zijn op mogelijke aansprakelijkheidsrisico's voor mensenrechtenschendingen in andere landen, waarvoor zij mogelijk voor de Nederlandse rechter ter verantwoording worden geroepen. Een additioneel aandachtspunt in dat verband is dat dergelijke procedures, qua wijze van procederen, afwijken van gewone '*corporate litigation*'. Bij corporate litigation gaat het veelal om grote geldelijke belangen, maar is de reputationele impact ervan (met name in consumentenmarkten) in de regel beperkt. Dat is bij de hiervoor besproken mensenrechtzaken in het algemeen andersom. Het (financiële) nadeel dat dergelijke procedures voor bedrijven veroorzaken, is veelal niet gelegen in de mogelijke aan getroffen en te betalen compensatie (als zij daartoe al worden veroordeeld), maar in de reputationele effecten die dergelijke procedures voor deze bedrijven hebben (zelfs als geen aansprakelijkheid wordt aangenomen). Die kunnen ingrijpend zijn en zelfs leiden tot verminderde omzet en daarmee verband houdend financieel nadeel. Het reputationele effect treedt vooral op doordat dergelijke procedures, anders dan voor corporate litigation geldt, zich veel meer in het publiek, waaronder in de media, afspelen. Zo worden gedingstukken die door een onderneming in een dergelijke procedure worden ingediend regelmatig op internet geplaatst⁴³ of wordt anderszins op internet aandacht besteed aan een dergelijke zaak⁴⁴ en worden de media door procederende wederpartijen actief (en met succes) benaderd. Dit brengt mee dat bedrijven zich onder meer dienen af te vragen op welke wijze zij verweer voeren. Gewone corporate litigation strategieën, waarin ook veel aandacht wordt besteed aan 'formele' verweren die niet rechtstreeks de inhoud van de zaak raken, kunnen contraproductief zijn, en ook de toon van het debat en de soorten argumenten die worden gehanteerd kunnen relevant zijn. Zo kan het argument dat een onderneming geen mensenrechtenverplichting jegens de gelaedeerden heeft, ingewikkeld zijn. Dat geldt bijvoorbeeld als een onderneming heeft aangegeven OESO due diligence uit te voeren, hoewel zij daartoe niet wettelijk is gehouden. Hoewel het argument dan juridisch

43 Zie bijvoorbeeld voor de hiervoor besproken milieuzaken tegen Shell milieudefensie.nl/shell-in-nigeria/documenten.

44 Zie bijvoorbeeld voor de zaak van Kiobel tegen Shell amnesty.nl/actueel/nigeria-shell-kiobel.

gesproken (thans mogelijk nog) juist is, kan dit reputationeel in verkeerde aarde vallen. Bovendien kan het vanuit het perspectief van reputatie soms beter zijn om een inhoudelijk oordeel te verkrijgen waarin aansprakelijkheid is afgewezen dan een beslissing waarin de zaak op een formele grond wordt afgedaan.

AFRONDING

Hiervoor ben ik ingegaan op de internationale raamwerken die betrekking hebben op het respecteren van mensenrechten door ondernemingen, zoals de OECD Guidelines for Multinational Enterprises en de United Nations Guiding Principles for Business Human Rights. Beide raamwerken bepalen onder meer dat ondernemingen due diligence gericht op de (mensenrechten)risico's die zij en hun activiteiten in brede zin (bijvoorbeeld in waardeketens) voor derden veroorzaken, moeten uitvoeren (OESO due diligence). Hoewel deze raamwerken als zodanig niet bindend zijn, worden deze (deels) in steeds meer wettelijke regelingen verankerd en lijkt het waarschijnlijk dat in de EU binnen een aantal jaar een regeling zal worden ingevoerd die dergelijke OESO due diligence in algemene zin verplicht stelt.

Vervolgens zijn de aansprakelijkheidsrisico's van bedrijven op dit terrein besproken. Daarbij is gebleken dat Nederlandse rechters en ook rechters in andere landen vrij gemakkelijk rechtsmacht aannemen als het moederbedrijf in hun land is gevestigd en tevens een buitenlandse (dochter)onderneming wordt gedagvaard die is gevestigd in het land waar de mensenrechtenproblemen zijn opgetreden. Ook inhoudelijk is in de (buitenlandse) rechtspraak aangenomen dat aansprakelijkheid kan bestaan voor mensenrechtenschendingen in andere landen, onder meer als het moederbedrijf een richtlijn op dit terrein heeft geïmplementeerd en ook op de naleving daarvan door dochterondernemingen toeziet. Het is niet onwaarschijnlijk dat dergelijke buitenlandse uitspraken ook door Nederlandse rechters zullen worden gevolgd. Mede gelet op de hiervoor beschreven ontwikkelingen op het gebied van wetgeving, ontstaan dus steeds duidelijker aansprakelijkheidsrisico's voor bedrijven die geen OESO due diligence uitvoeren. Het is van belang dat zij daarop bedacht zijn. Daarbij is een additioneel punt dat dergelijke procedures een andere wijze van procederen vereisen dan 'gewone' corporate litigation, gelet op de grote impact die zij hebben op de reputatie van ondernemingen (vooral ook in consumentenmarkten).

Of Carel zich na zijn afscheid nog met dergelijke problemen of procedures gaat bezighouden, vraag ik mij af, maar met een zo veelzijdig man als Carel weet je dat natuurlijk nooit zeker.

LITERATUURVERWIJZINGEN

- N. Bueno, 'The Swiss Popular Initiative on Responsible Business: From Responsibility to Liability', in: L.F.H. Enneking et al. (eds.), *Accountability and International Business Operations: Providing Justice for Corporate Violations of Human Rights and Environmental Standards*, Routledge 2018.
- K. Buhmann, 'Public Regulators and CSR: The "Social Licence to Operate" in Recent United Nations Instruments on Business and Human rights and the Juridification of CSR', *Journal of Business Ethics* (136), 2016, afl. 4.
- C.C. van Dam en M.W. Scheltema (m.m.v. S.M. Oomes en C. Ferdinandusse), *Opties voor afdwingbare IMVO instrumenten*, Den Haag 2020. Opgenomen als bijlage bij de Kamerbrief van 3 april 2020.
- C.C. van Dam, 'Corporate governance en respect voor mensenrechten', in: M. Lückerath-Rovers e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2018-2019*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.
- L.F.M. Enneking e.a., *Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake Internationaal verantwoord ondernemen*, Den Haag: Boom juridisch 2016.
- L.F.M. Enneking en M.W. Scheltema, 'The Netherlands', in: C. Kessedjian e.a. (red.), *Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility*, Springer: Cham 2020.
- L.F.H. Enneking, 'Netherlands country report for European Commission study on Human Rights Due Diligence in the Supply Chain', in: *Study on due diligence requirements through the supply chain*, Part III: Country Reports 2020.
- G. Geisser, 'Die Konzernverantwortungsinitiative', *Aktuelle Juristische Praxis* 2017, nr. 8.
- E.D.G. Kiersch, in: *T&C Ondernemingsrecht*, art. 2:391, aant. 1, Deventer: Wolter Kluwer 2015.
- O. Martin-Ortega, 'Human rights due diligence for corporations: From voluntary standards to hard law at last?', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2014, afl. 1.
- OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Parijs: OECD Publishing 2011.
- OECD, *OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains*, Parijs: OECD Publishing 2016a.
- OECD, *OESO due diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, Parijs: OECD Publishing 2016b.
- OECD, *OESO due diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 17-20.
- OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, Parijs: OECD Publishing 2018a.
- OECD, *OESO due diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector*, Parijs: OECD Publishing 2018b.
- OECD, *OESO due diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting: Key considerations for banks implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Parijs: OECD Publishing 2019.
- A.J.P. Schild, 'Aansprakelijkheid van multinationals', *WPNR* 2013/6997.
- C. Shavin, 'Unlocking the Potential of the New OESO due diligence Guidance on Responsible Business Conduct', *Business and Human Rights Journal* 2019 afl. 1.
- P. Simons, 'The governance gap: multistakeholder and intergovernmental initiatives', in: P. Simons en A. Macklin, *The Governance Gap. Extractive industries, human rights, and the home state advantage*, Abingdon, Oxon – New York: Routledge 2014.
- L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain* (onderzoek voor de Europese Commissie 2020), Part III, Country Reports 2020.
- L. Smit, *Study on due diligence requirements through the supply chain* (onderzoek voor de Europese Commissie), Final Report, DG Just 2020.