

Artikel

Civiele vorderingen en transnationale racketeering

Een kritische lezing van het arrest van het Amerikaanse Hooggerechtshof in *RJR Nabisco tegen de Europese Gemeenschap*

Prof. dr. C.M.J. Ryngaert*

Colombiaanse en Russische drugshandelaars smokkelen drugs naar Europa. Met de opbrengst kopen ze via tussenpersonen grote hoeveelheden sigaretten van een Amerikaans bedrijf. Ze importeren die vervolgens in Europa. Geconfronteerd met dit feitencomplex, dat een sterke territoriale band met Europa vertoont, zou men verwachten dat de Europese Unie (EU) en een of meer van haar lidstaten het Amerikaanse bedrijf in Europa zouden willen vervolgen. Evenwel stond in de jaren 1990, toen deze feiten zich voordeden, het Europees strafrecht nog in de kinderschoenen.¹ Centrale rechtshandhaving bestond niet en de coördinatie van strafver-

volgingen in Europa liet ernstig te wensen over. Om toch tot een vorm van vervolging van het bedrijf dat de spil vormde in het smokkelschema, de Amerikaanse sigarettenfabrikant RJR Nabisco,² te komen, opteerden de EU (de Europese Gemeenschap indertijd) en haar lidstaten, waaronder Nederland, ervoor om in 2000 als eisers op te treden in een procedure in de *Verenigde Staten* op basis van de *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO)*.³

De RICO geeft niet enkel een mandaat aan Amerikaanse autoriteiten om een straf- of civielrechtelijke procedure

211

* Prof. dr. C.M.J. Ryngaert is hoogleraar internationaal publiekrecht aan de Universiteit Utrecht. Het onderzoek dat heeft geresulteerd in deze publicatie werd gefinancierd door de European Research Council op basis van het Starting Grant Scheme (Proposal 336230 – UNIJURIS) en NWO op basis van het VIDJ-schema (No. 016.135.322). Het onderzoek kwam tot stand in het kader van het *External Effects*-project van het Reinforce-onderzoeksprogramma van het Departement Rechtsgeleerdheid UU.

1. De eerste echte stappen in het Europees strafrecht werden pas gezet met het Verdrag van Amsterdam in 1999, dat de 'derde pijler' van de EU (justitie en binnenlandse zaken) invoerde. Zie Titel VI van het Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, Pb. Nr. C 340 1-144 (1997). Zie voor een overzicht van de evolutie van het Europees strafrecht: E. Baker en C. Harding, 'From Past Imperfect to Future Perfect? A Longitudinal Study of the Third Pillar', *European Law Review* 34/2009, p. 25-54. Het Europees strafrecht wordt overigens nog steeds als een 'opkomend regime' gezien. Zie J.B. Banach-Gutierrez en C. Harding, 'EU Criminal Law as an Emergent Regime: Editorial Introduction', in J.B. Banach-Gutierrez en C. Harding (red.) *EU Criminal Law and Policy*, London: Routledge 2016, p. 1-9.

2. RJR verkocht grote hoeveelheden sigaretten aan Colombiaanse en Russische drugshandelaars. Die handelaars betaalden RJR met euro's die ze hadden verkregen door de verkoop van drugs in Europa. RJR zou ook rechtstreeks gehandeld hebben met drugshandelaars en zwendelaars in Zuid-Amerika, alsook sigaretten aan Irak hebben verkocht in weerwil van internationale sancties.

3. 18 U.S.C. §§ 1961-1968. Zie voor de Europeesrechtelijke achtergrond van deze rechtszaak ook S. Franço, 'Reflections on *RJR Nabisco v. European Community*: a European Story', *American Journal of International Law Unbound* 110/2016, p. 74-79. In het licht van de ontwikkeling van het Europees strafrecht post-2000, en de betere intra-Europese coördinatie zou een transnationale strafrechtelijke vervolging à la *RJR Nabisco* op dit moment ook in Europa mogelijk moeten zijn. De EU zou ook kunnen overwegen een civiele vordering aan te spannen voor een rechtbank van een EU-lidstaat, aangezien de schade zich in Europa heeft voorgedaan. Op basis van het toepasselijke internationaal privaatrecht is een civiele vordering door een publieke autoriteit niet *per se* uitgesloten, al lijkt de praktijk zich te beperken tot zaken aangespannen door een publieke autoriteit tegen een private persoon inzake aansprakelijkheid voor milieuschade. Zie P. Huber (ed.), *Rome II Regulation – Pocket Commentary*, European Law Publishers, Munich 2013, p. 209. Er is geen praktijk bekend van een vordering die door de EU is aangespannen.

tegen racketeers zoals RJR te starten.⁴ Deze wet staat ook slachtoffers van de activiteiten van racketeers toe een civiele claim in te dienen bij Amerikaanse rechtbanken.⁵ Op die manier fungeren de slachtoffers als ‘*private attorney-generals*’, een systeem dat overigens ook wordt gebruikt voor de handhaving van andere Amerikaanse publiekrechtelijke wetten.⁶ Een dergelijke procedure is erg aantrekkelijk, aangezien de eiser op basis van de RICO een drievoudige ‘punitieve’ schadevergoeding kan verkrijgen (*treble damages*).⁷ Om een claim in te dienen volstaat het in beginsel om schade aan *business or property* als gevolg van racketeeringactiviteiten te bewijzen.⁸ De EU en haar lidstaten – als derde belanghebbenden – voerden aan dat zij schade hadden geleden door de activiteiten van RJR, met name zouden hun nationale sigarettenindustrieën en de Europese financiële instellingen benadeeld zijn, zouden zij belastinginkomsten hebben misgelopen door zwarte-marktverkoop van sigaretten, en zouden Europese munten instabiel geworden zijn.

De Amerikaanse procedure sleept al zestien jaar.⁹ Een belangrijk knelpunt was niet of sprake was van racketeering, maar wel of Amerikaanse rechtbanken *rechtsmacht* hebben over daden van racketeering die *buiten* de VS schade veroorzaken, in dit geval in Europa. Dat knelpunt is nu uit de weg geruimd door een uitspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof van 20 juni 2016.¹⁰ In die uitspraak stelt het Hof dat de RICO weliswaar extraterritoriaal van toepassing is, maar dat dit niet geldt voor de ‘private’ handhaving van de wet (d.i., in ruime zin, afdwinging door actoren die niet de Amerikaanse overheid zijn). Met andere woorden, de *Amerikaanse justitie* kan de RICO wel afdwingen tegen RJR, maar de *EU en haar lidstaten* kunnen dat niet. Het Hooggerechtshof stelde vervolgens de afwezigheid van rechtsmacht vast. Hierdoor hoeft RJR zich voor haar racketeeringgedrag niet te verantwoorden in de VS ten aanzien van de EU en haar lidstaten.

In deze bijdrage geef ik eerst aan wat racketeering precies is (deel 1) en schets ik kort de belangrijkste overwegingen van het Hooggerechtshof (deel 2). Vervolgens geef ik kritiek op de overweging dat de beslissing van het Hof internationale wrijving – in dit geval met de EU en haar lidstaten – vermijdt (deel 3). Tot slot plaats ik de zaak in een bredere, veranderende rechtspolitieke

context in de VS, die wordt gekenmerkt door de wens private rechtshandhaving af te bouwen en de belangen van Amerikaanse ondernemingen te verdedigen, ten nadele van buitenlandse actoren (deel 4).

1. Racketeering

Ik gebruik in deze bijdrage de Engelse term ‘racketeering’ in de afwezigheid van een adequaat Nederlands(talig) equivalent. Een internetzoekopdracht leert dat de term door online vertaalwoordenboeken als ‘afperserij’ of ‘gangstergedrag’ wordt vertaald. Deze termen dekken echter niet de volledige juridische lading van de Amerikaanse term. Aangezien racketeering niet in het Nederlandse strafrecht voorkomt, is enige preliminaire terminologische duiding van de term niet overbodig.

De *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO, 18 U.S.C. § 1961) werd in 1970 aangenomen om de maffia aan te pakken.¹¹ Juridisch gezien verbiedt de wet een aantal methodes om via een patroon van ‘racketeeringactiviteiten’ een onderneming te infiltreren, controleren of opereren.¹² 18 U.S.C. § 1961 definieert ‘racketeering activity’ niet in algemene zin, maar geeft een ellenlange opsomming van activiteiten die als ‘racketeering’ te beschouwen zijn, zoals ‘any act or threat involving murder, kidnapping, gambling, arson, robbery, bribery, extortion, dealing in obscene matter, or dealing in a controlled substance or listed chemical’. De wet verwijst telkens terug naar andere wettelijke bepalingen. Samengevat kan racketeering worden omschreven als het onrechtmatig verkrijgen of afpersen van geld, of het voeren van onrechtmatige ondernemingsactiviteiten. De RICO maakt met name strafbaar *patronen* van onrechtmatige activiteit uitgevoerd als deel van een onderneming die eigendom is van, of gecontroleerd wordt door personen die de onrechtmatige activiteiten uitvoeren. 18 U.S.C. § 1962 beschrijft daartoe vier verboden activiteiten. De term ‘onderneming’ (*enterprise*) wordt breed geïnterpreteerd als ‘any individual, partnership, corporation, association, or other legal entity, and any union or group of individuals associated in fact although not a legal entity’ (18 U.S.C. § 1961 (4)).

2. De essentie van de beslissing van het Hooggerechtshof in RJR

In *RJR* beantwoordde het Hooggerechtshof in essentie twee rechtsvragen: (1) of de materiële bepalingen van de RICO extraterritoriale werking genieten; (2) of private

4. 18 U.S.C. § 1963(a) en §1964(a)-(b).

5. 18 U.S.C. § 1964(c).

6. Zie voor een uiteenzetting van de doctrine: C. Cheng, ‘Important Rights and the Private Attorney General Doctrine’, *California Law Review* 73/1985, p. 1929-1955.

7. 18 U.S.C. § 1964(c).

8. *Ibid.*

9. De zaak werd teruggestuurd naar het Hof van Beroep, dat in beginsel zijn onbevoegdheid zal vaststellen in overeenstemming met de beslissing van het Hooggerechtshof.

10. US Supreme Court, *RJR Nabisco et al. v. European Community et al.*, Case No. 15-138, uitspraak van 20 juni 2016 (onuitg.) (hierna ‘*RJR*’ genoemd). Zie voor de beslissingen van de lagere rechtbanken in deze zaak: *European Cmty. v. RJR Nabisco, Inc.*, No. 02–CV–5771, 2011 WL 843957 (E.D.N.Y. Mar. 8, 2011); 2014 WL 1613878 (C.A.2 (N.Y.)).

11. J. Capeci, *The Complete Idiot's Guide to the Mafia*, 2de uitg., Alpha: New York 2004, p. 239-242.

12. 18 U.S.C. § 1962.

eisers (waarmee de EU en haar lidstaten gelijkgesteld werden) de RICO konden inroepen met betrekking tot door hen in hun staat geleden schade. Bij de beantwoording van deze twee vragen hanteerde het Hof telkens het weerlegbare vermoeden dat de wetgever niet de bedoeling heeft gehad extraterritoriale werking toe te kennen aan een wet, een interpretatietechniek die het Hof sinds 1991 gebruikt.¹³

Wat de eerste vraag betreft, beschouwde het Hof het vermoeden dat het materieel recht van de RICO geen extraterritoriale werking had, als *weerlegd*, omdat racketeeringactiviteiten gebaseerd zijn op een aantal andere misdrijven (de zogenaamde ‘predicate offenses’) die duidelijk van toepassing zijn op (althans gedeeltelijke) buitenlandse activiteiten, zoals het verbod om geldtransacties uit te voeren met betrekking tot crimineel verworven eigendommen, het verbod om overheidsambtenaren te vermoorden, en het verbod op gijzelneming.¹⁴ Het maakte daarbij niet uit dat de RICO zelf het stilzwijgen bewaart over haar geografische reikwijdte. De beslissing van het Hof met betrekking tot de eerste vraag lijkt zonder meer logisch gezien de aard van het misdrijf van racketeering, dat slechts bestaat bij gratie van een aantal onderliggende misdrijven. De geografische reikwijdte van de RICO volgt dan ook de geografische reikwijdte van die misdrijven.

Het was vooral het antwoord op de tweede vraag dat het Hof voor problemen stelde. Als het materiële recht van de RICO inderdaad extraterritoriale werking geniet, geldt die werking dan ook voor de *handhavingsbepalingen* van de RICO? Volgens het Hof viel een bevestigend antwoord op deze tweede vraag niet zomaar af te leiden uit een bevestigend antwoord op de eerste vraag omdat procedurele bepalingen een andere geografische reikwijdte kunnen hebben dan bepalingen van materieel recht. Het Hof onderwierp daarom de RICO-bepaling over het private vorderingsrecht¹⁵ aan een *aparte* analyse in het licht van het weerlegbare vermoeden van extraterritorialiteit. Het stelde daarbij vast dat het onvoldoende duidelijk was dat de wetgever met de bewoordingen ‘[a]ny person injured in his business or property’ er ook toe strekte personen die *in het buitenland* schade hadden opgelopen – de EU en haar lidstaten in dit geval – als ‘private attorney-generals’ te beschouwen.¹⁶ Uit deze tekstuele interpretatie vloeide dan ook voort dat het die laatste niet mogelijk was in Europa geleden schade in de VS te verhalen via het mechanisme van private handhaving, zelfs al was de verweerder een Amerikaanse onderneming.

Een en ander betekent dat *dezelfde wet* (de RICO) de ene keer *mel* extraterritoriale werking heeft en de andere keer *niet*, afhankelijk van wie de wet inroept. Dat is

nieuw en op zijn minst controversieel. In het verleden ging men er immers van uit dat het weerlegbare vermoeden van extraterritorialiteit slechts gold voor *gedragsregels*, niet voor *procedure- of handhavingsregels*.¹⁷ Maar controversiëler was dat het Hooggerechtshof de afwijzing van de Europese claim ook grondde op de vrees voor *internationale spanningen* die het toekennen van een privaat rechtsmiddel voor buitenlandse schade met zich zouden brengen.¹⁸ In het volgende deel betoog ik dat deze overweging – die cruciaal was in de argumentatie van het Hof – niet overtuigt.

3. Private vorderingen en internationale wrijving: de niet-overtuigende redenering van het Hooggerechtshof

Het Hooggerechtshof zette zijn tekstuele argument inzake de reikwijdte van de RICO-bepaling over private handhaving kracht bij door erop te wijzen dat het toekennen van extraterritoriale werking aan deze bepaling tot internationale wrijving kon leiden. Deze overweging is op het eerste gezicht aantrekkelijk. Er is inderdaad een reëel gevaar dat private eisers, anders dan de Amerikaanse justitie zelf, onvoldoende rekening houden met de zorgen van vreemde staten wanneer zij een vordering indienen die een sterke band heeft met die staten. Private eisers zijn immers vooral geïnteresseerd in de hoge schadevergoeding die ze kunnen verkrijgen, of in *public interest litigation* het aanklagen van maatschappelijke wantoestanden. Het gevaar van internationale frictie is echter veel minder vanzelfsprekend in geval de betrokken vreemde staten *zelf* als (private) eisers optreden, zoals in deze zaak het geval was. Immers, juist omdat handhaving in Europa zo moeilijk was, hadden de Europese publieke autoriteiten hun hoop gevestigd op de Amerikaanse rechtbanken.¹⁹ Die hoop is nu ijdel gebleken. Ironisch genoeg is het juist de beslissing van het Hooggerechtshof om *geen* privaat rechtsmiddel aan de EU en haar lidstaten toe te kennen, die internationale wrijving, of in ieder geval frustratie oplevert.

De formele verdediging van het Hooggerechtshof dat het niet met twee maten kan meten bij het toekennen

13. *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 U. S. 244 (1991) (*Aramco*).

14. *RJR*, slip op., pp. 10-18; 18 u.s.c. §1962 (met verwijzingen naar de *predicate offenses*).

15. 18 U.S.C. §1964(c).

16. *RJR*, slip op., pp. 22-27. Het was op zich niet betwist dat publieke rechtspersonen zoals de EU en haar lidstaten als ‘persoon’ in de zin van 18 U.S.C. §1964(c) vielen te beschouwen.

17. *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U.S. 247, 253-254 (2010). Deze regel werd weliswaar al uitgehold in *Kiobel*, maar *Kiobel* betrof, naar oordeel van het Hof een ‘strictly jurisdictional statute’, dus een wet zonder bepalingen van materieel recht. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 133 S.Ct. 1659, 1664.

18. *RJR*, slip op., pp. 19-22.

19. Een dergelijke stap door vreemde autoriteiten is weliswaar eerder uitzonderlijk, maar niet uniek: het Hooggerechtshof had in 1978 al beslist dat India schade die zij had geleden door anticompetitief gedrag van het Amerikaanse farmaceutische bedrijf Pfizer als eiser in de VS kon verhalen op Pfizer. *Pfizer Inc. v. Government of India*, 434 U.S. 308 (1978).

van private rechtsmiddelen²⁰ – wel een rechtsmiddel voor klagende overheden, maar niet voor private actoren – overtuigt niet, gezien de verschillende belangen van *publieke* overheden en *particuliere* eisers. Die laatsten kunnen immers het handhavingsbeleid van de eersten verstoren, met name wanneer buitenlandse particuliere actoren, die ontevreden zijn met een in hun ogen gebrekkige handhaving van het buitenlands recht, een zaak aanspannen in de VS op basis van Amerikaans recht. Het Amerikaanse recht vervangt dan, althans in publiekrechtelijke aangelegenheden, het toepasselijke buitenlandse recht, of correcter, het soms idiosyncratische en rigoureuze Amerikaanse handhavingsbeleid vervangt het mogelijk soepelere – maar eventueel even legitieme – buitenlandse beleid ter zake. Een dergelijke operatie kan tot internationaal protest leiden en kan als een schending van het volkenrechtelijk niet-inmengingsbeginsel worden beschouwd.²¹

Met name in het mededingingsrecht hebben vreemde staten in het verleden hun ongenoegen geuit over de lange arm van de Amerikaanse wetgeving zoals afgedwongen door *private attorney-generals*.²² Met het oog op het vermijden van een expansief bereik van de Amerikaanse wetgeving hebben Europese landen daartoe recent ook hun toevlucht genomen tot het indienen van *amicus curiae briefs* bij het Amerikaanse Hooggerechtshof, waarin zij hun bezorgdheid uiten over de potentiële reikwijdte van het Amerikaanse recht. Dit gebeurde onder meer in *Empagran* in 2004 (een mededingingszaak),²³ *Morrison* in 2010 (een zaak over aandelenfraude)²⁴ en *Kiobel* in 2013 (een zaak met betrekking tot quasi-universele jurisdictie over mensenrechtenschendingen).²⁵ In die laatste zaak ging Nederland samen met het Verenigd Koninkrijk fel te keer tegen de reikwijdte van de in het geding zijnde *Alien Tort Statute*²⁶ – niet toevallig, aangezien de zaak tegen het Nederlands-Engelse Shell was aangespannen. Dat het Hooggerechtshof de reikwijdte van de relevante wetgeving in deze drie zaken inperkte door het vermoeden tegen extraterritorialiteit eng toe te passen, is wellicht deels op het conto van deze *briefs* te schrijven, ook al verwijst het Hof in die zaken er niet of nauwelijks naar. Immers, de belangrijkste doelstelling van het vermoeden is het voorkomen van internationale onenigheid.²⁷ Of een rechtsmachtenaanspraak tot internationale onenigheid aanleiding geeft, valt in principe niet *in abstracto* vast te stellen, maar dient afgeleid te worden uit officiële bezwaren en bezorgdheden van vreemde staten zoals die onder meer naar voren komen in *amicus briefs*. In het recht van de

rechtsmacht maken die duidelijk of een staat via een bepaalde rechtsmachtenaanspraak zich al dan niet inmengt – of althans zo wordt gepercipieerd – in de binnenlandse aangelegenheden van een andere staat, of een groep van staten zoals de EU. Naar internationaal recht maken zij deel uit van de relevante staatspraktijk die noodzakelijk is voor de inductieve vorming van internationaal-gewoonterechtelijke regels.²⁸ Het Hooggerechtshof verwijst niet expliciet naar het internationaal recht. Toch hebben de op rechtsmachtenactie/-reactie gebaseerde bouwstenen van het internationaal recht van de rechtsmacht evenzeer een invloed op de toepassing van het vermoeden tegen extraterritorialiteit. Ook dat vermoeden heeft immers bijzondere aandacht voor mogelijke internationale onenigheid.

In *RJR* baseert het Hooggerechtshof zich nu op de Europese *amicus briefs* uit *eerdere zaken* inzake extraterritorialiteit – waarin, toegegeven, Europese staten inderdaad hun zorgen over de potentiële reikwijdte van de Amerikaanse wetgeving hadden geuit – om de reikwijdte van de RICO in te perken.²⁹ Dat is hoogst bevreemdend, niet alleen omdat geen enkel Europees land noch de EU een *amicus brief* had ingediend in *RJR*, maar vooral omdat de EU en haar lidstaten *zelf* de claim hadden ingediend bij Amerikaanse rechtbanken. Men mag er met enige zekerheid van uitgaan dat zij hiermee afstand hebben gedaan van hun beroep op protest, en juist de vurige wens konden koesteren dat de Amerikaanse rechtbanken hun rechtsmacht zouden vaststellen. Dit gedrag van de EU en haar lidstaten zou op zijn eigen merites getoetst moeten worden. De rechtmatigheid van rechtsmachtenaanspraken varieert immers in het licht van de relevante wetgeving en het relevante rechtsdomein: vreemde staten kunnen een expansieve uitoefening van rechtsmacht in één domein (bijvoorbeeld corruptie, universele strafrechtelijke rechtsmacht of racketeering) meer tolereren dan in een ander (bijvoorbeeld mededingingsrecht of kapitaalmarktregulering). Het Hooggerechtshof gaat helaas aan het specifieke karakter van de rechtsmachtenanalyse voorbij door buitenlands protest uit het verleden, met betrekking tot *andere* wetgeving, als argument te hanteren om de claim van de EU en haar lidstaten op basis van de RICO af te wijzen.

Deze uitspraak is betreurenswaardig en opent mogelijk de deur voor verdere beperkingen van de geografische reikwijdte van andere Amerikaanse wetten. Die vrees bestaat des te meer nu het Hooggerechtshof ‘binnenlandse schade’ (*domestic injury*) als vereiste opwerpt voor het inroepen van Amerikaanse wetgeving met extraterritoriaal effect. In *Empagran* had het Hof weliswaar, wat de reikwijdte van het Amerikaanse mededingingsrecht betrof, al gedrag uitgesloten dat ‘slechts buitenlandse

20. *RJR*, slip op., p. 22.

21. C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, 2de uitg., Oxford: Oxford University Press 2015, p. 155.

22. C. Ryngaert, *Jurisdiction over Antitrust Violations in International Law*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 174-176.

23. *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.* (03-724) 542 U.S. 155 (2004).

24. *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U.S. 247 (2010).

25. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 5 Ct 1659, 1669 (2013).

26. 28 U.S.C. § 1350.

27. Zie bijvoorbeeld *Kiobel*, slip op., p. 4-5.

28. Voor de ontwikkeling van het recht van de internationale jurisdictie is de aan- of afwezigheid van internationale protest de ‘acid test’ van rechtmatigheid. Zie M. Akehurst, ‘Jurisdiction in International Law,’ *British Yearbook of International Law* 46/1972-3, p. 176.

29. *RJR*, slip op., p. 19-21.

schade veroorzaakt' (*causes only foreign injury*).³⁰ Ook lijkt het vereiste door te schemeren in *Kiobel*, waarin het Hof vereiste dat zaken onder de *Alien Tort Statute* de VS moeten 'raken' (*touch and concern*).³¹ Maar beide zaken konden nog zo gelezen worden dat buitenlandse schade *toch* nog aanleiding kon geven tot het vaststellen van Amerikaanse rechtsmacht waar deze verbonden was met binnenlandse schade (*Empagran*) of wanneer buitenlandse schade een Amerikaanse link had, bijvoorbeeld omdat een Amerikaans bedrijf die had veroorzaakt (*Kiobel*). *RJR* lijkt aan het vereiste van binnenlandse schade echter een zelfstandige werking toe te kennen in het recht van de extraterritorialiteit,³² terwijl het Hof in de eerdere zaak *Morrison* de Amerikaanse rechtbanken slechts opdroeg om in algemene zin de *focus* van de bezorgdheid van de Amerikaanse wetgever na te gaan.³³ Deze focus kan op 'schade' liggen, maar evengoed op een ander aanknopingspunt.

4. Slotbeschouwing: de bredere rechtspolitieke betekenis van *RJR*

Afgezien van de meer technische aspecten van de uitspraak, is *RJR* op meer fundamentele wijze de volgende stap in een Amerikaanse tendens om private rechtsmiddelen in transnationale zaken verder af te bouwen.³⁴ In de hiervoor genoemde zaken *Empagran*, *Morrison* en *Kiobel* wees het Hooggerechtshof ook al private claims inzake transnationale schendingen van het mededingingsrecht, het financieel recht, en de mensenrechten af, omdat die claims een onvoldoende sterke band zouden hebben met de VS en het toekennen ervan tot spanning met vreemde staten zou kunnen leiden. Maar het is in *RJR* dat de tweedeling tussen publieke en private handhaving, met de navenante juridische gevolgen, zo duidelijk naar voren komt.

De isolationistische houding van de VS lijkt er mogelijk-kerwijs niet slechts op gericht om zaken met een transnationale dimensie waarbij de VS weinig belangen hebben uit Amerikaanse rechtbanken te weren. Overwegingen van procedurele economie – een staat dient geen schaarse middelen te stoppen in zaken die eigenlijk elders thuis horen, en een staat moet vermijden dat een andere staat gaat profiteren van zijn juridische inspanningen – speelden mogelijk een rol in de eerdere zaken,

die grotendeels '*foreign-cubed*' waren, dat wil zeggen zowel een niet-Amerikaanse eiser als verweerder hadden.³⁵ De *RJR*-zaak echter, zoals de *dissenting* rechter Ginsburg het zo plastisch verwoordde, 'has the United States written all over it'.³⁶ Inderdaad, *RJR* en de aan haar gerelateerde entiteiten waren Amerikaanse ondernemingen, stuurden hun racketeering-activiteiten aan vanuit de VS, en verrichtten daarbij ook allerlei handelingen op Amerikaanse bodem. Men kan zich dan ook niet van de indruk ontdoen dat de beslissing in *RJR* deels is ingegeven door de wens om Amerikaanse ondernemingen te beschermen tegen aansprakelijkheid voor laakbare gedragingen begaan *in het buitenland*, voor zover de VS en Amerikaanse onderdanen daar zelf geen schade van ondervinden (zie ook het eerdere vermelde vereiste van 'binnenlandse schade' in de interpretatie van de RICO).³⁷

In dit verband zij erop gewezen dat de enige twee indieners van *amicus briefs* in *RJR*, behalve de Amerikaanse overheid zelf, pleitbezorgers van de Amerikaanse industrie waren, die de argumenten van *RJR* volmondig steunden: de *National Foreign Trade Council* en de *Washington Legal Foundation*. De *National Foreign Trade Council* is de belangrijkste Amerikaanse businessorganisatie die pleit voor open internationale handel en investering, en 300 ondernemingen-leden telt, waaronder Google, Wal-Mart, Coca Cola, Ford, Chevron en Pfizer.³⁸ De *Washington Legal Foundation* is dan weer een non-profitorganisatie die de vrijheid van ondernemen verdedigt en bevordert, en daartoe geregeld *amicus briefs* indient die het vermoeden verdedigen dat de wetgever niet de wens had om een rechtsmiddel te voorzien voor vermeend wangedrag buiten de VS.³⁹

Vanuit een ideologisch perspectief is het bovendien niet toevallig dat de meerderheid in *RJR* werd gevormd door de drie conservatieve, ondernemingsvriendelijke rechters Alito (auteur van de beslissing), Roberts (opperrechter) en Thomas, en de minderheid door de liberale,

30. *Empagran*, 542 U.S. 158.

31. *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co*, 133 S Ct 1659, 1669 (2013).

32. Zie C.M. Vazquez, Reflections on *RJR Nabisco v. European Community: Out-Beale-ing Beale*, *American Journal of International Law Unbound* 110/2016, p. 72, die dit een 'novel and dramatic extension' van het vermoeden noemt.

33. *Morrison*, 561 U.S. 266.

34. Een en ander is de interpretatie van de auteur. Het arrest en de stukken zelf zijn gebaseerd op een juridisch-technische interpretatie van het vermoeden tegen extraterritorialiteit, al hanteert het Hof ook rechtspolitieke overwegingen bij de invulling van dit vermoeden.

35. *Morrison* was een rechtszaak tussen Australische investeerders en een Australische bank. *Empagran* was een rechtszaak tussen Amerikaanse en buitenlandse vitamineproducenten en Amerikaanse en buitenlandse afnemers van vitamineproducten. *Kiobel* was een zaak tussen Nigeri-aanse onderdanen en een Nederlands-Engelse onderneming (Shell).

36. *RJR*, slip op., p. 7.

37. De actieve extraterritoriale handhaving van de US *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) lijkt dit te logenstraffen. Evenwel werd al gesignaleerd dat de VS de FCPA minder streng zou moeten handhaven t.a.v. Amerikaanse ondernemingen actief in het buitenland, of althans strenger t.a.v. buitenlandse ondernemingen, met name om de concurrentiepositie van Amerikaanse ondernemingen in het buitenland te vrijwaren, als ook blijvende steun van het Amerikaanse bedrijfsleven voor anti-corruptiewetgeving te behouden. Zie R.R. Demas, 'Moment of Truth: Development in Sub-Saharan African and Critical Alterations Needed in Application of the Foreign Corrupt Practices Act and other Anti-Corruption Initiatives', *Am. U. Int'l L. Rev.* 26/2010-2011, p. 337. Noteer overigens dat het in deze bijdrage ontwikkelde argument in de eerste plaats betrekking heeft op publieke eerder dan private handhaving.

38. *RJR*, *Brief of Amicus Curiae of the National Foreign Trade Council in Support of Petitioners*, p. 1.

39. *RJR*, *Brief of Amicus Curiae of the Washington Legal Foundation and the Allied Educational Foundation as Amici Curiae in Support of Petitioners*, p. 2.

eiservriendelijke rechters Ginsburg (auteur van de *dissenting opinion*), Breyer and Kagan.⁴⁰ *Swing*-rechter Kennedy voegde zich deze keer bij de conservatieve zijde, waardoor een 4-3 meerderheid ontstond tegen extraterritoriale toepassing.⁴¹

Het belang van deze uitspraak voor het Amerikaanse bedrijfsleven mag in ieder geval duidelijk zijn.⁴² Amerikaanse ondernemingen hoeven niet langer blootstelling aan aansprakelijkheid in de VS te vrezen als gevolg van vorderingen van private klagers, met inbegrip van vreemde staten. Wel kunnen zij nog strafrechtelijk en civiel vervolgd worden door het Amerikaanse *Department of Justice*.⁴³ Dat is echter niet verplicht om tot vervolging over te gaan en kan bij zijn keuze politiek-economische overwegingen betrekken.⁴⁴

Een neveneffect van de isolationistische houding van de VS, zoals die opnieuw naar voren komt in *RJR*, is dat slachtoffers van transnationale schade hun vorderingen wellicht minder snel voor Amerikaanse rechtbanken, en meer voor buitenlandse, met inbegrip van Europese rechtbanken zullen brengen.⁴⁵ De in Nederland nog steeds aanhangige zaak aangaande door Shell beweerde-lijk veroorzaakte milieuschade in Nigeria is daarvan een voorbeeld (*Akpan t. Shell*).⁴⁶ Ook valt te verwachten dat staten en de EU hun wetgeving zullen optuigen om niet langer afhankelijk te zijn van Amerikaanse handhaving. Wat het Europees strafrecht betreft, is die evolutie gelukkig al een tijd bezig, getuige het recente voorstel voor de oprichting van een Europese openbare aanklager die de financiële belangen van de EU moet verdedigen.⁴⁷ Indien dit voorstel voor een Verordening in de EU-staten zal zijn geïmplementeerd – zo ooit –, valt te

hopen dat grote racketeeringzaken à la *RJR Nabisco* op effectieve wijze in Europa vervolgd kunnen worden. Nu het Amerikaanse Hooggerechtshof de deur voor dit soort zaken in de VS heeft dichtgedaan, hebben de EU en haar lidstaten ook geen andere keuze.

40. De US Supreme Court Justice Database (L. Epstein, T.G. Walker, N. Staudt, S. Hendrickson, J. Roberts, Codebook 2013, Section G:2, pp. 142-143) beschouwt als een ideologisch liberale positie in economische zaken een positie die 'pro-competition, anti-business, pro-liability, pro-injured person, and pro-bankruptcy' is. De tegenovergestelde houding is als 'conservatief' te typeren. Voor een korte biografie van de huidige rechters en hun conservatieve/liberale stellingnames, zie 'The Justices of the US Supreme Court', *Supreme Court Review*, beschikbaar op <http://supremecourtreview.com/default/justice/index/id/43> (laatst geconsulteerd op 31 oktober 2016).
41. Rechter Sotomayor nam niet deel aan deze zaak en rechter Scalia was overleden zonder dat zijn plaats was ingevuld.
42. Zie ook D.J. Lynch, 'RJR Nabisco wins legal battle with EU', *Financial Times*, 20 juni 2016.
43. Zie 18 U.S.C. § 1963(a) en §1964(a)-(b).
44. Zie voor een bespreking: E.S. Podgor, 'Department of Justice Guidelines: Balancing Discretionary Justice', *Cornell Journal of Law and Public Policy* 13/2002, p. 167-202. Deze vervolgingsdiscretie verklaart precies waarom de wetgever in de RICO een bepaling over 'private attorney-generals' heeft opgenomen in 18 U.S.C. §1964(c), een bepaling die voortaan niet meer van toepassing is wanneer schade in het buitenland is veroorzaakt.
45. Zie voor een analyse voorafgaand aan *RJR*: P.K. Bookman, 'Litigation Isolationism,' *Stanford Law Review* 67/2015, p. 1081-1144. Bookman formuleerde hetzelfde argument ook na *RJR*: P.K. Bookman, 'Doubling Down on Litigation Isolationism', *American Journal of International Law Unbound* 110/2016, p. 57-61.
46. Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854. De beroepszaak is nog aanhangig bij het Hof Den Haag.
47. Europese Commissie, Voorstel voor een Verordening van de Raad tot instelling van het Europees Openbaar Ministerie, COM(2013) 534 final, 17 juli 2013.