

Directe aanspraken van derden op de deelnemers in een upstream joint venture

Enkele significante verschillen tussen Nederland, Engeland en de Verenigde Staten

mr. D.M.J.M. Otterbeek en mr. J.J.H. Joosten¹

Dit artikel vergelijkt de civielrechtelijke aansprakelijkheid van non-operators in een upstream joint venture jegens derden in Nederland, Engeland en de Verenigde Staten op grond van hetzij een overeenkomst hetzij een onrechtmatige daad. Een actueel voorbeeld van een situatie waarin deze vraag zich voordoet is het Macondo/Deepwater Horizon incident. De conclusie luidt dat Nederlands recht en Amerikaans recht in grote lijnen tot vergelijkbare uitkomsten kunnen leiden, terwijl Engels recht daar significant van afwijkt.

1. Inleiding

Dit artikel gaat over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van deelnemers in een contractuele joint venture voor de exploitatie van olie- of gasvelden (een zogenaamde 'upstream' joint venture) jegens derden op grond van hetzij een overeenkomst hetzij een onrechtmatige daad. Het Nederlandse recht zal op deze punten worden vergeleken met het Engelse en het Amerikaanse recht. We zullen ons grotendeels beperken tot contractuele joint ventures, omdat daar in de praktijk het meeste gebruik van wordt gemaakt. Het artikel zal niet gaan over algemene opruim- en schoonmaakverplichtingen jegens de overheid, of het opleggen van administratief- of strafrechtelijke sancties. Het gaat alleen om de civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens derden, en dan vooral om de vraag of derden die schade lijden alleen de 'beherende' partner, of juist alle joint venture partners al dan niet hoofdelijk kunnen aanspreken. Een sprekend voorbeeld van een situatie waarin deze vragen een grote rol spelen is natuurlijk de 'blow-out' van de Macondo/Deepwater Horizon put van BP in de Golf van Mexico, waarin niet alleen BP maar ook haar joint venture partners – Mitsui en Anadarko – aansprakelijk worden gehouden.²

2. Achtergrond

De exploitatie van olie- en gasvelden vindt vrijwel altijd plaats door middel van samenwerking tussen verschillende partijen. Als een oliemaatschappij een vergunning heeft gekregen (of verwacht te zullen krijgen) om in een bepaald gebied naar olie of gas te zoeken en die vervolgens te winnen, dan zal die oliemaatschappij op zoek gaan naar één of meer andere oliemaatschappijen om samen met haar te investeren, de risico's te dragen en de eventuele winsten te delen. Eén van de betrokken partijen zal vervolgens vrijwel al het werk

doen – deze partij wordt aangeduid als de 'Operator'. De andere partijen zullen vooral als financier deelnemen - zij worden aangeduid als de 'Non-Operators'. De Non-Operators moeten in de interne verhouding na een zogeheten 'cash call' van de Operator de opgevraagde bedragen storten op de gemeenschappelijke rekening die wordt beheerd door de Operator (aangeduid als de 'Joint Account'). De Operator is verantwoordelijk voor de dagelijkse bedrijfsvoering. Slechts voor bepaalde belangrijke besluiten is toestemming van de Non-Operators vereist. Deze afspraken tussen de Operator en de Non-Operators worden vastgelegd in een zogenaamde 'Joint Operating Agreement'. In de Joint Operating Agreement wordt doorgaans ook vastgelegd dat alleen de Operator naar buiten treedt, contracten sluit met derden en contact onderhoudt met de overheid over zaken die de vergunning betreffen.³ Na goedkeuring door de betreffende overheid, worden de Non-Operators doorgaans medevergunninghouders. De voorgaande elementen zijn gebruikelijke kenmerken van

1. Dimitri Otterbeek is senior legal counsel Upstream International Commercial/NBD bij Shell International in Den Haag en Jan Joosten is partner bij Hughes Hubbard & Reed LLP in New York.
2. Zie bijvoorbeeld http://en.wikipedia.org/wiki/Deepwater_Horizon_oil_spill. Zie ook het verslag van de NeVER bijeenkomst van 20 september 2010 'Juridische aspecten van de BP-olieramp', NTE 2010, nr. 5/6, p. 244-246.
3. Hierna zal regelmatig verwezen worden naar (i) 'Approved Standard Joint Operating Agreement for UKCS License' door Oil & Gas UK (January 2009), verkrijgbaar via www.oilandgasuk.co.uk, hierna het 'UK Model', en (ii) 'AAPL Model Form of Offshore Deepwater Operating Agreement (AAPL-810 (2007))', verkrijgbaar via www.landman.org, hierna het 'US Model'. Voor Nederland is geen vrijelijk beschikbaar model voorhanden. De auteurs hebben wel

upstream joint ventures in zowel Nederland, Engeland als de Verenigde Staten).⁴

De beschreven samenwerking tussen de verschillende oliemaatschappijen kan plaatsvinden middels een contractuele joint venture of in een apart daarvoor opgerichte kapitaalvennootschap. Een voorbeeld van de laatste categorie is de Nederlandse Aardolie Maatschappij B.V., wellicht de bekendste Nederlandse upstream joint venture. De keuze om de NAM in een kapitaalvennootschap onder te brengen is echter de uitzondering op de regel, want in verreweg de meeste gevallen (zowel in binnen- als buitenland) wordt gebruik gemaakt van contractuele samenwerking. Het gaat in dit artikel daarom over de aansprakelijkheid jegens derden van de deelnemers in een contractuele joint venture, en dan in het bijzonder de aansprakelijkheid van de Non-Operators. De contractuele samenwerking is in zekere zin ook interessanter vanuit juridisch oogpunt dan samenwerking in een kapitaalvennootschap omdat hierin nu juist de aard van een upstream joint venture tot uiting komt. Onderwerpen als doorbraak van aansprakelijkheid en vereenzelviging, feitelijk bestuurderschap, het opwekken van verwachtingen bij derden door aandeelhouders, en aandeelhoudersgaranties onderscheiden een upstream joint venture niet van andere joint ventures en de specifieke kenmerken van een upstream joint venture treden veel meer op de voorgrond in de contractuele variant.

Een laatste relevant kenmerk van een upstream joint venture is dat er in de Joint Operating Agreement ook steeds een interne verdeling van aansprakelijkheid wordt overeengekomen tussen de Operator en de Non-Operators. Deze verdeling is in het algemeen zo opgezet dat de Operator en de Non-Operators in hun interne verhouding aansprakelijk zijn naar rato van hun economische belang in de joint venture. Slechts wanneer aan de kant van de Operator sprake is van 'gross negligence' (hier gemakshalve vertaald als 'bewuste roekeloosheid') of 'willful misconduct' (hier gemakshalve vertaald als 'opzet'), zal de Operator alleen zelf aansprakelijk zijn en geen verhaal kunnen nemen op de Non-Operators, bijvoorbeeld na betaling van schadevergoeding aan een derde. De Joint Operating Agreements bepalen verder dat de Operator in de onderlinge verhouding niet aansprakelijk is voor gevolgschade.⁵ De Operator heeft dus vrijwel altijd verhaal op de Non-Operators.⁶ In het algemeen wordt dit in de verschillende rechtssystemen als aanvaardbaar beschouwd omdat het hier gaat om een gebruikelijke contractuele uitsluiting van de aansprakelijkheid van de Operator, gemaakt tussen professionele partijen. Ook speelt een rol dat de Operator zijn eigen deel van de betreffende schade zal moeten dragen, aangezien hij ook zelf economisch participeert in de joint venture (dus niet in de hoedanigheid van Operator, maar wel in de hoedanigheid van economisch deelgerechtigde). Ten slotte is deze uitsluiting aanvaardbaar omdat de Operator geen geld verdient met het uitvoeren van zijn werkzaamheden als Operator. Daármee verdienen oliemaatschappijen hun geld niet en het zou dus praktisch onmogelijk zijn om nog een partij te vinden die bereid is op te treden als Operator als zijn aansprakelijkheid niet vergaand beperkt zou mogen worden.⁷

Een en ander leidt ertoe dat een Operator die wordt aangesproken voor schade ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden in verband met de exploitatie van een olie- of gasveld, vrijwel altijd verhaal zal kunnen nemen op de eerder genoemde 'Joint Account', danwel de Non-Operators

zal kunnen verplichten tot het betalen van hun pro rata deel van de schade. Dit is alleen anders wanneer sprake is van bewuste roekeloosheid of opzet aan de kant van de Operator. Daarom, om een klein stapje naar de praktijk te zetten, is het in een geval als de Macondo/Deepwater Horizon explosie in de Golf van Mexico van fundamenteel belang om vast te stellen of BP bewust roekeloos of met opzet gehandeld heeft. Een andere reden waarom deze vraag van zo'n groot belang is, is dat de Amerikaanse Staat ook veel hogere boetes zal kunnen opleggen wanneer er sprake zou zijn van opzet of grove schuld. Vandaar dat deze vraag steeds weer wordt opgeworpen in de kranten, en vandaar ook vooralsnog de weigering van BP's non-operating partners – Mitsui en Anadarko – om hun pro rata deel te dragen.

Het voorgaande dient alleen om het eigenlijke onderwerp in het juiste perspectief te zetten. Vanaf hier gaat het over de mate waarin een derde op basis van onrechtmatige daad of overeenkomst de Non-Operators aansprakelijk kan stellen (hoofdelijk, pro rata, of wellicht in gelijke delen). Deze vraag is ook relevant omdat derden natuurlijk graag hun verhaalsmogelijkheden willen uitbreiden. Zoals gezegd zal onderscheid worden gemaakt tussen onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid en contractuele aansprakelijkheid. Het Nederlandse recht zal worden vergeleken met het Engelse en Amerikaanse recht. In dit verband verdient tot slot nog opmerking dat een groot deel van deze upstream joint ventures beheerst wordt door Engels recht (wereldwijd gezien). Ook als de winning plaatsvindt in bijvoorbeeld Rusland of Nigeria. Anders dan bij het verlenen van de winningvergunning door de Staat hebben de joint venture partners de vrijheid om het op hun venture toepasselijke recht te kiezen. Engels recht is wereldwijd het meest gekozen toepasselijke recht.⁸

verschillende voorbeelden van Nederlandse joint operating agreements ingezien, waaronder de door de Nederlandse Aardolie Maatschappij B.V. gebruikte overeenkomst.

4. Deze drie landen kennen ieder een vergunningstelsel voor de exploratie en productie van olie. Sommige andere landen gebruiken een 'Production Sharing Contract' om geproduceerde olie privaatrechtelijk te verdelen tussen de Staat (of de nationale oliemaatschappij) en de exploitant. Voor een algemene beschrijving van deze stelsels, zie: Taverne, B.G.: *Petroleum, Industry and Governments. An Introduction to Petroleum regulation, Economics and Government Policies*, Kluwer 2000. Een schat aan informatie is (voor abonnees) te vinden op: www.barrowscompany.com.
5. Art. 6.2.4 UK Model en art. 22.5 US Model.
6. In veel Joint Operating Agreements worden 'gross negligence' en 'willful misconduct' bovendien zeer beperkt gedefinieerd, zie bijvoorbeeld art. 6.2.4 UK Model.
7. Voor de beoordeling van de interne beperking van de aansprakelijkheid naar Nederlands recht, zie bijvoorbeeld de Hoge Raad in de arresten Saladin/HBU *NJ* 1967, 261; Matatag/De Schelde *NJ* 1995, 389; en Stein/Driessen *NJ* 1998, 208.
8. In internationale situaties wordt vaak de 'Model International Operating Agreement' van de Association of International Petroleum Negotiators (www.aipn.org) als uitgangs-

3. Nederland

3.1 Onrechtmatige daad

Onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid voor schade als gevolg van bij oliewinning naar Nederlands recht is geregeld middels een *lex specialis* van de algemene onrechtmatige daad. Art. 6:177 BW bepaalt dat de exploitant van een mijnbouwwerk aansprakelijk is voor de schade die ontstaat door uitstroming van delfstoffen als gevolg van het niet beheersen van ondergrondse natuurkrachten die door de aanleg of de exploitatie van het werk zijn ontketend. Tevens is de exploitant aansprakelijk voor schade die ontstaat door beweging van de bodem als gevolg van de aanleg of de exploitatie van dat werk.

Er zijn twee bijkomende aspecten die interessant zijn. In de eerste plaats gaat het in art. 6:177 BW om een risicoaansprakelijkheid, zo blijkt uit de tekst van de wet. Als er schade in de zin van art. 6:177 is, dan is de schuld van de exploitant niet relevant. Het tweede interessante aspect volgt uit het feit dat de exploitant van een mijnbouwwerk in lid 2 sub a van art. 6:177 nader wordt gedefinieerd als 'de houder van een vergunning als bedoeld in art. 6 of 25 van de Mijnbouwwet'. Aangezien in Nederland zowel de Operator als de Non-Operators binnen een contractuele upstream joint venture vergunninghouders zijn, zijn dus naast de Operator ook de Non-Operators aansprakelijk.⁹ Sterker nog, art. 6:182 BW bepaalt dat de vergunninghouders (dus de Operators en de Non-Operators) *hoofdelijk* aansprakelijk zijn voor deze schade. Een en ander betekent dat een derde die schade lijdt door uitstroming van delfstoffen of door beweging van de bodem een sterke positie heeft tegenover de joint venture partners. Anders dan een Non-Operator, uiteindelijk vooral een financiële investeerder, misschien zou verwachten, moet deze er rekening mee moeten houden dat hij hoofdelijk aansprakelijk is jegens derden die zich baseren op art. 6:177 BW en dat het daarbij ook nog eens om risicoaansprakelijkheid gaat. Tot slot gaat het hier om aansprakelijkheid die in beginsel onbeperkt is (althans niet door de wet is gelimiteerd), anders dan in de Verenigde Staten waar de Oil Pollution Act aansprakelijkheid beperkt tot 'removal costs' plus 75 miljoen dollar, zij het dat er allerlei uitzonderingen op deze limiet zijn.¹⁰ Hier komen we later nog op terug.

3.2 Overeenkomst

Wij zullen nu de aansprakelijkheid uit overeenkomst bespreken voor schade die optreedt bij wederpartijen bij overeenkomsten die door de Operator zijn gesloten in het kader van het uitvoeren van de werkzaamheden die aan hem zijn opgedragen in de Joint Operating Agreement. Twee elementen treden op het eerste gezicht naar voren bij de nadere bepaling van de aansprakelijkheid voor dit soort schade van de Non-Operators (naast de Operator). Allereerst de kwalificatie van de contractuele joint venture: gaat het hierbij uitsluitend om een onbenoemde overeenkomst tot samenwerking, of zou daarnaast sprake kunnen zijn van een personenvennootschap? Het tweede element (dat wel samenhangt met het eerste) betreft de meer algemene vertegenwoordigingsaspecten: op welke wijze treedt de Operator op bij het aangaan van overeenkomsten met derden in de uitvoering van zijn werkzaamheden onder de Joint Operating Agreement: treedt de Operator daarbij op als vertegenwoordiger, opdrachtnemer en/of lasthebber? En worden de achterliggende Non-Operators in dat geval direct of indirect betrokken in deze contractuele relaties en dus potentieel ook aanspra-

kelijk voor schade? Of is het zo dat de Operator uitsluitend zichzelf bindt?

De samenwerking van Operator en Non-Operators in een upstream joint venture dient gekwalificeerd te worden als een stille maatschap naar huidig recht, en als een stille vennootschap naar toekomstig recht. Er is immers sprake van een wil tot samenwerking, inbreng van geld en arbeid, er wordt een gemeenschap gecreëerd (denk ook aan de termen 'Joint Account' en 'Joint Property'), het gegenereerde voordeel wordt verdeeld, en er worden afspraken gemaakt over besluitvorming, besturen, beheren en beschikken en over de interne verdeling van aansprakelijkheid. Omdat er geen bedrijf of beroep wordt uitgeoefend onder gemeenschappelijke naam is er geen sprake van een vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap of openbare maatschap. Dát kenmerk hebben de joint ventures waar we het hier over hebben nu juist niet. Er is dus sprake van een maatschap.¹¹ In de Nederlandse praktijk gaat de Operator overeenkomsten met derden doorgaans aan op *eigen* naam. Dit heeft tot gevolg dat de Operator – als beherende maat – door overeenkomsten die hij voor rekening van de maatschap is aangegaan alleen *zélf* wordt verbonden. De Operator (beherende maat) handelt in eigen naam, maar kan zich verhalen op de maatschapskas (de Joint Account). Derden kunnen de Non-Operators niet op grond van het bestaan van een stille maatschap aanspreken. Op grond van de interne verdeling van aansprakelijkheid zullen de Non-Operators eventueel wel door de Operator kunnen worden aangesproken voor hun deel, overeenkomstig de bepalingen van de Joint Operating Agreement. Maar daaraan ontlenuen derden geen rechten.¹²

Een gerelateerde vraag is of Non-Operators op enige manier betrokken raken bij de contractuele relaties van de Operator met derden op grond van een vorm van middellijke of onmiddellijke vertegenwoordiging (anders dan de figuur van de personenvennootschap). Bij de beantwoording van deze vraag gaat het in eerste instantie om de tekst van de Joint Operating Agreement. In de Nederlandse praktijk bevatten deze overeenkomsten vaak een ruime taakomschrijving voor de Operator. Zo mag de Operator voor rekening van de gemeenschap op eigen naam overeenkomsten met derden aangaan. De betreffende bepaling in de Joint Operating Agreements voldoet aan de definitie van lastgeving in art. 7:414 BW. Voor zover er over deze kwalificatie twijfel zou kunnen bestaan, kan nog een beroep worden gedaan op de schakelbepaling van art. 7:424 BW, waarin de bepalingen omtrent lastgeving van overeenkomstige toepassing worden verklaard op andere overeenkomsten waarbij één partij bevoegd is rechtshandelingen te verrichten voor rekening van een ander. De wettelijke bepalingen omtrent lastgeving zijn

punt genomen, waarin dan veelal voor Engels recht wordt gekozen. Het AIPN model wijkt overigens op een aantal punten af van het UK Model.

9. Art. 22 Mijnbouwwet.

10. Oil Pollution Act of 1990 § 1004.

11. De heersende mening is inmiddels dat het onderscheid tussen 'beroep' en 'bedrijf' niet meer zo relevant is en geen belemmering (meer) opwerpt om de winning van olie en gas - meer een bedrijf dan een beroep - te kwalificeren als een maatschap.

12. Aangezien de kwalificatie als personenvennootschap voor

dus van toepassing op de verhouding tussen een Operator en de Non-Operators in een upstream joint venture.

Dat is een belangrijke conclusie. Art. 7:421 BW bepaalt namelijk dat een derde die een overeenkomst heeft gesloten met een lasthebber die handelt op eigen naam en zijn verplichtingen niet nakomt of failliet gaat, na schriftelijke mededeling zijn rechten uit de overeenkomst tegen de lastgever kan uitoefenen, voor zover deze op het tijdstip van de mededeling op overeenkomstige wijze jegens de lasthebber gehouden is. Met andere woorden: een contractuele wederpartij van de Operator kan zijn rechten uit de overeenkomst na mededeling uitoefenen tegen de Non-Operators. De Non-Operators krijgen verplichtingen jegens de wederpartij van de Operator voor zover zij gebonden zijn jegens de Operator. Dit laatste betekent dat zij kunnen worden aangesproken naar rato van hun economische participatie in de joint venture, zoals afgesproken in de Joint Operating Agreement. Immers, de Operator kan ook zelf de Non-Operators uitsluitend aanspreken naar rato van ieders participatie. Nu is art. 7:421 BW van regelend recht en kan de toepasselijkheid van dat artikel worden uitgesloten in de overeenkomsten die de Operator sluit. Bij navraag blijkt dat de toepasselijkheid van dit artikel in de praktijk echter meestal niet wordt uitgesloten en zodoende zullen de Non-Operators in de Nederlandse praktijk, na mededeling, vaak direct aangesproken kunnen worden door een derde waarmee de Operator een overeenkomst heeft gesloten. Dit is een gevolg van de manier waarop de samenwerking vorm wordt gegeven in de Joint Operating Agreement en de toepasselijkheid van art. 7:421 BW.

3.3 Conclusie Nederland

Naar Nederlands recht heeft een derde die schade lijdt als gevolg van de uitstroming van delfstoffen of bodembeweging door de aanleg of de exploitatie van een mijnbouwwerk in een upstream joint venture een sterke positie jegens de Operator en de Non-Operators. Baseert hij zichzelf op onrechtmatige daad, dan bepaalt art. 6:177 BW dat er sprake is van een risicoaansprakelijkheid en dat de Operator en de Non-Operators hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade. Baseert de derde zich op een overeenkomst die hij heeft gesloten met de Operator, dan kan hij door schriftelijke mededeling in de regel bewerkstelligen dat hij zijn rechten kan uitoefenen tegen de Non-Operators, naar rato van hun economische deelgerechtigdheid in de joint venture (tenzij de toepasselijkheid van art. 7:421 BW is uitgesloten).

4. Engeland

Het is interessant om te bezien hoe Engeland en de Verenigde Staten de vraag oplossen of derden hun schade kunnen verhalen op alle joint venture partners, of alleen op de Operator, en of er grote onderlinge verschillen tussen de landen zijn. En die blijken er inderdaad te zijn. In deze paragraaf beschrijven wij de situatie in Engeland, in paragraaf 5 die in de Verenigde Staten. We zullen hierna hetzelfde stramen volgen als in paragraaf 3, en dus eerst kijken naar mogelijke aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, en daarna naar de contractuele positie van de derde die schade lijdt ten opzichte van de Non-Operators.

4.1 Onrechtmatige daad

Een zeer in het oog springend verschil met de Nederlandse situatie is dat het Engelse recht geen bepalingen kent die overeenkomen met art. 6:177 BW en de daarmee samenhangende bepalingen. Het Engelse recht kent geen risicoaan-

sprakelijkheid voor de exploitatie van een olie- of gasveld of hoofdelijke aansprakelijkheid van de Operator en de Non-Operators. De hoofdregel naar Engels recht is dat een derde die zijn schade na bijvoorbeeld een olielek wil verhalen, gewoon zal moeten aantonen dat aan alle vereisten van een onrechtmatige daad is voldaan, inclusief het vereiste van toerekenbaarheid aan de zijde van de Operator. Deze derde zal ook moeten aantonen dat de geschonden norm (bijvoorbeeld overtreding van een vergunningvoorschrift) strekte tot bescherming tegen de schade die de derde geleden heeft – het relativiteitsbeginsel geldt voor een dergelijk geval ook onder Engels recht¹³. De Non-Operators zijn niet hoofdelijk aansprakelijk met de Operator jegens een derde die zich baseert op onrechtmatige daad. Op dit punt wijkt Engels recht dus significant af van Nederlands recht: de derde wordt niet geholpen met wettelijke bepalingen omtrent risicoaansprakelijkheid en hoofdelijkheid van de Non-Operators.¹⁴

Er bestaat een vrijwillige regeling in Engeland, de Offshore Pollution Liability Agreement.¹⁵ Deze regeling behelst (i) een vrijwillige aanvaarding van risicoaansprakelijkheid door Operators¹⁶ en (ii) een garantieregeling voor schade die een Operator bij derden veroorzaakt, indien die niet meer door die Operator gedragen kan worden.¹⁷ De schade wordt dan afgewenteld op de overige Operators die werkzaam zijn in Engeland en zij zijn in die zin pro rata aansprakelijk voor deze schade. Deze regeling kan vergeleken worden met een soort depositogarantiestelsel. Op vrijwillige basis zijn overigens ook niet-Engelse operators (die actief zijn op het continentaal plat) partij bij OPOL. De regeling geldt alleen voor offshore olie- en gaswinning op het continentaal plat en voor totale schadebedragen van maximaal US\$250 miljoen. Deze limiet omvat schade van derden, maar ook de kosten van op- en schoonmaakwerkzaamheden (en het is dus een hele lage limiet ingeval van een serieus incident zoals dat in de Golf van Mexico).

Samenvattend zijn er dus grote verschillen met Nederlands recht: er bestaat maar een zeer beperkte vrijwillige risicoaansprakelijkheid voor Operators onder Engels recht terwijl dit voor het Nederlandse recht nu juist uitdrukkelijk en zonder limitering in het BW is bepaald. Er bestaat in het Engelse recht ook geen hoofdelijke aansprakelijkheid voor de Non-Operators, doch uitsluitend een beperkte garantieregeling van de andere actieve Operators in Engeland voor onbetaald gebleven schadebedragen. Het Nederlandse BW bepaalt nu juist uitdrukkelijk dat de Non-Operators hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade.

het onderwerp van dit artikel weinig gevolgen heeft, kan verder verwezen worden naar A.L. Mohr *Van personenvennootschappen*, zesde druk, Kluwer Deventer 2009.

13. Zie bijvoorbeeld het standaard arrest *Donoghue v. Stevenson* (1932) AC 562.
14. Wel bestaan er andere specifieke gevallen van risicoaansprakelijkheid, bijvoorbeeld voor het gebruik van hulp-personen of voor het vrijkomen van gevaarlijke stoffen, gebaseerd op de EU Richtlijn milieuaansprakelijkheid 2005/35/EEG, maar niet specifiek voor de uitstroming van delfstoffen of beweging van de bodem in verband met winningactiviteiten.
15. Zie www.opol.org.uk.

4.2 Overeenkomst

Hoe zit het nu met de aanspraken van derden uit hoofde van overeenkomsten die zij sluiten met de Operator? Ook hier bestaan grote verschillen tussen Nederlands recht en Engels recht. Naar Engels recht is er geen sprake van een 'partnership' of een andere personenvennootschap, zoals de stille maatschap bij ons; dat wordt ook uitdrukkelijk uitgesloten in de standaard Joint Operating Agreements.¹⁸ Naar Engels recht wordt de verhouding tussen Operator en Non-Operators algemeen gekwalificeerd als vertegenwoordiging ('agency') en wanneer de Operator overeenkomsten met derden sluit in het kader van zijn werkzaamheden, dan doet de Operator dat niet alleen voor rekening van, maar ook in naam van de Non-Operators (en tevens van de Operator, als economisch deelgerechtigde van de joint venture).¹⁹ Anders dan naar Nederlands recht is er dus sprake van onmiddellijke vertegenwoordiging ('disclosed principal') en worden de lastgevers partij bij de overeenkomsten die de lasthebber sluit. De hoofdregel naar Engels recht is daarbij dat hoofdelijke aansprakelijkheid van de lastgevers ontstaat en dat dus naar Engels recht de Non-Operators hoofdelijk aansprakelijk zijn met de Operator voor verplichtingen uit hoofde van overeenkomst. De interne verdeling van de aansprakelijkheid tussen de Operator en de Non-Operators in de Joint Operating Agreement is niet van belang voor de derde; hij kan elk voor het geheel aanspreken.²⁰ Naar Nederlands recht kan de derde de rechten die hij jegens de lasthebber heeft in de regel uitoefenen tegen de Non-Operators naar rato van hun economische participatie in de joint venture, op grond van art. 7:421 BW. Hierbij is de verdeling van de interne aansprakelijkheid in de Joint Operating Agreement juist wél van belang. Ook dat is een significant verschil tussen Nederlands en Engels recht.

4.3 Conclusie Engeland

Door de hoofdelijke aansprakelijkheid van de partners in de joint venture, gebaseerd op de onmiddellijke vertegenwoordiging die wordt aangenomen, is het Engelse recht vriendelijker dan het Nederlandse recht voor derden die zich baseren op een overeenkomst die zij met de Operator sloten. Aan de andere kant is de positie van de derde die zich baseert op onrechtmatige daad juist beter onder het Nederlandse recht, omdat daarin voorzien wordt in risicoaansprakelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid voor de joint venture partners. Naar Engels recht is dat niet zo, en het vrijwillige OPOL regime is van beperkte betekenis, vooral in het geval van grote rampen. Aangezien bij een dergelijke grote ramp derden zich vrijwel steeds alleen zullen (kunnen) baseren op onrechtmatige daad, en slechts in een heel beperkt aantal gevallen op overeenkomst, is de positie van derden die schade leiden bij een grote olieramp onder Nederlands recht aanmerkelijk beter dan die onder Engels recht. Vice versa is het natuurlijk ook zo dat het voor Non-Operators aantrekkelijker is om onder Engels recht aan een upstream joint venture deel te nemen, dan onder Nederlands recht (althans wanneer alleen gekeken wordt naar het hier besproken onderwerp).

5. De Verenigde Staten

Tot slot kijken we nog kort naar de inhoud van het Amerikaanse recht voor wat betreft de positie van derden die de Non-Operators naast de Operator zouden willen aanspreken op grond van onrechtmatige daad of op grond van een met de Operator gesloten overeenkomst. Wederom: eerst de situ-

atie met betrekking tot onrechtmatige daad, en daarna de situatie met betrekking tot vorderingen uit overeenkomst.

5.1 Onrechtmatige daad

Voor wat betreft onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid moeten we voor het Amerikaanse recht vooral naar de Oil Pollution Act kijken.²¹ Dit is een federale wet die is opgesteld naar aanleiding van de ramp met de Exxon Valdez in 1990. De wet tracht een beter gestructureerd proces te creëren voor het afhandelen van claims na een grote olieramp. De wet heeft civielrechtelijke, administratiefrechtelijke en strafrechtelijke componenten. We bespreken hier alleen de civielrechtelijke aspecten.

Een belangrijk element van de Oil Pollution Act is dat er een risicoaansprakelijkheid voor de Operator in het leven wordt geroepen.²² Deze situatie is dus vergelijkbaar met de Nederlandsrechtelijke op basis van art. 6:177 BW. Daarnaast is het zo dat deze aansprakelijkheid rust op de vergunninghouders gezamenlijk. Net als in Nederland en in Engeland worden ook de Non-Operators in een contractuele upstream joint venture aangemerkt als vergunninghouder. Net als in Nederland zijn de Non-Operators als medevergunninghouders met de Operator hoofdelijk aansprakelijk jegens derden voor onrechtmatigedaadschade ontstaan door olievervuiling.²³ De situatie in de Verenigde Staten is dus grosso modo vergelijkbaar met de Nederlandse situatie, maar significant anders dan in Engeland – waar de wet niet specifiek voorziet in risicoaansprakelijkheid of hoofdelijke aansprakelijkheid van de joint venture partners voor olievervuiling.

De lezer zal zich nog herinneren uit de krant dat de totale aansprakelijkheid van BP krachtens de Oil Pollution Act gelimiteerd zou zijn op een maximum van 75 miljoen dollar. Er bestaan echter zoveel uitzonderingen op deze limiet dat het aannemelijk is dat die in de praktijk geen grote rol zal spelen. Zo zijn schoonmaakkosten uitgezonderd van deze limiet. Ook is de limiet niet van toepassing ingeval van bewuste roekeloosheid of opzet of een overtreding van federale wetgeving.²⁴ Vooral dat laatste is van belang: de kans dat aangetoond kan worden dat er een federale regel is overtreden (bijvoorbeeld op milieugebied) lijkt groot. En onder de Oil Pollution Act leidt zelfs een kleine overtreding van de regels tot het opheffen van de limiet. Een andere manier voor derden om de limiet van 75 miljoen te omzeilen is om een claim te baseren op het recht van een deelstaat. De federale Oil Pollution Act bepaalt uitdrukkelijk dat zij niet afdoet aan recht van de deelstaten.²⁵ En de wetgeving van bijvoorbeeld Florida, Mississippi en Alabama kent geen limiet. Tot slot zij er nog op gewezen dat het Congres heeft gesproken over plannen om de limiet op te heffen, eventueel met terugwerkende kracht. Politieke druk en potentiële reputa-

16. Clause IV(A) OPOL.

17. Clause 3.2 OPOL en Clause 7 van de statuten van de Offshore Pollution Liability Association Limited.

18. Clause 22.2 UK Model.

19. Clause 6.5.8 UK Model.

20. Zie Daintith, Willoughby and Hill 'United Kingdom Oil and Gas Law' R.64: September 2010, para. I-814.

21. Oil Pollution Act of 1990 §1001 – 9002 (gecodificeerd in 33 U.S.C. § 2701 – 2761 et seq.).

22. Id. § 1002(a). De Oil Pollution Act biedt een beperkt aantal gronden om aan aansprakelijkheid te ontkomen. Zie Id. § 1003(a).

tieschade maken het ook onwaarschijnlijk dat BP een beroep op de limiet zal doen. Al met al zal de limiet geen grote rol spelen.²⁶ In de Verenigde Staten is er dus risicoaansprakelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid van Operator en Non-Operators jegens een derde die zich beroept op onrechtmatige daad bij het verhalen van zijn schade na olie-ervuiling. Een vergelijkbare situatie met die naar Nederlands recht.

5.2 Overeenkomst

Wanneer een derde de Operator en de Non-Operators aanspreekt uit hoofde van een overeenkomst die hij sloot met de Operator, geldt het volgende. Net als in de Engelse situatie, is er in de Verenigde Staten geen sprake van een partnership of een andere soort personenvennootschap. De Amerikaanse Operating Agreement sluit dit expliciet uit.²⁷ Een belangrijk verschil met de Engelse situatie is dat de Amerikaanse Operating Agreement uitdrukkelijk iedere vorm van 'agency' (vertegenwoordiging) uitsluit.²⁸ Een Amerikaanse Operator zal dus uitsluitend op eigen naam overeenkomsten sluiten in de uitvoering van zijn werkzaamheden. De Operator kan alleen zichzelf binden en er is geen sprake van onmiddellijke vertegenwoordiging (zoals onder Engels recht) of middellijke vertegenwoordiging (zoals in Nederland). Interessant is dat ook naar Nederlands recht kan worden werkstelligd dat de derde die contracteert met de Operator geen rechten kan uitoefenen jegens de lastgevers (Non-Operators), namelijk door de toepasselijkheid van art. 7:421 BW uit te sluiten. Dat artikel is immers van regelend recht. Als dat gebeurt, dan lijken de Amerikaanse en de Nederlandse situatie ook voor wat betreft vorderingen uit overeenkomst sterk op elkaar.

5.3 Conclusie Verenigde Staten

De uitkomst is dat een derde die zich baseert op onrechtmatige daad een sterke positie heeft doordat het Amerikaanse recht voorziet in risicoaansprakelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid. Een derde die zijn schade tracht te verhalen op de Non-Operators en zich baseert op overeenkomst zal stranden omdat er geen sprake is van vertegenwoordiging ('agency'). Deze uitkomst lijkt aanvaardbaar omdat derden zich ingeval van schade na een olieramp voor het overgrote deel zullen baseren op onrechtmatige daad, terwijl derden die overeenkomsten met Operators sluiten in het algemeen zelf grote professionele partijen zijn die om extra garanties of andere financiële zekerheid kunnen vragen. De uitkomst naar Amerikaans recht blijkt sterk te lijken op die naar Nederlands recht (mits toepasselijkheid van art. 7:241 BW wordt uitgesloten), doch sterk te verschillen van die naar Engels recht.

6. Conclusie

Voor wat betreft aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, is de conclusie van dit korte rechtsvergelijkende onderzoek dat een derde die schade lijdt door olie-ervuiling in Nederland of in de Verenigde Staten, een sterke positie heeft jegens de Operator en de Non-Operators van een upstream joint venture. Risicoaansprakelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid zijn uitdrukkelijk vastgelegd in de wet in deze jurisdicties. In Engeland ligt dat anders. Daar moet worden voldaan aan alle eisen van een onrechtmatige daad en zijn de Non-Operators niet hoofdelijk aansprakelijk. De vrijwillige risicoaansprakelijkheid en de vrijwillige hoofdelijke aansprakelijkheid van andere Operators in Engeland

hebben een beperkte strekking. Non-Operators zitten met andere woorden beter onder het Engelse recht, dan onder het Amerikaanse of Nederlandse recht. Dat geldt vooral voor schade die optreedt na een groot incident, zoals dat van de Macondo/Deepwater Horizon put in de Golf van Mexico. Opvallend genoeg pakken de verschillende regelingen rondom vertegenwoordiging en lastgeving in de Engelse context zodanig uit dat de Non-Operators gebonden worden jegens derden wanneer een Operator in het kader van zijn werkzaamheden overeenkomsten sluit met die derden. In de Amerikaanse context is dat niet zo. En naar Nederlands recht kan een derde rechten uitoefenen tegen de Non-Operators naar rato van hun participatie in de joint venture, tenzij dat is uitgesloten in de betreffende overeenkomst. Al met al is de positie van contractuele wederpartijen naar Engels recht dus juist beter dan naar Nederlands of Amerikaans recht. Dat contractuele wederpartijen in de Engelse context op deze manier beschermd worden lijkt onnodig daar van hen verwacht zou mogen worden dat zij in de regel hun eigen boontjes wel kunnen doppen.

23. Id. § 1001(32).

24. Id. § 1004(c).

25. Id. § 1018(a).

26. Dat de limiet van 75 miljoen dollar ook in de praktijk geen grote rol speelt, blijkt al uit het feit dat de Amerikaanse overheid bovenop het bedrag van 20 miljard dollar waarmee BP nu de Gulf Coast Claims Facility vult, nu ook nog een geschat bedrag van 21 miljard dollar claimt en daarvoor elk van BP, Anadarko en Mitsui aansprakelijk houdt onder de Oil Pollution Act. Zie bijvoorbeeld www.gulfspilloil.com/bp-drilling-partners-sued-by-u-s-over-gulf-oil-spill-damage.

27. Clause 22.1 US Model. De leerstukken besproken in deze alinea worden beheerst door het recht van de betrokken deelstaat. Wij bespreken de leerstukken hier in algemene zin zonder in te gaan op de verschillen tussen de rechtstelsels van de verschillende deelstaten.

28. Clause 5.1 US Model.