

De Shell Nigeria-arresten van het hof Den Haag, een doorbraak bij internationale milieuschade?

Prof. mr. S.M. Bartman & mr. C. de Groot*

Gerechtshof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132 (*Oguru*) en ECLI:NL:GHDHA:2021:133 (*Dooh*)

Inleiding en achtergrond

Op 29 januari 2021 heeft het hof Den Haag drie arresten gewezen in zaken die zijn aangespannen door inwoners van Nigeria die schade hebben geleden als gevolg van lekkages uit oliepijpleidingen. Deze oliepijpleidingen zijn aangelegd en worden gebruikt door de Nigeriaanse vennootschap Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. ('Shell Nigeria' of 'SPDC'), die in Nigeria een concessie heeft om olie te winnen. De eisers in deze procedures zijn respectievelijk 1) F.A. Oguru en de nabestaanden van de inmiddels overleden A. Efanga, 2) E.B. Dooh, die verder procedeerde in de zaak van zijn inmiddels overleden vader B.M.T. Dooh, en 3) F.A. Akpan. Zij werden allen bijgestaan door Vereniging Milieudefensie ('MD'). Hier komen alleen het eerste en het tweede arrest aan de orde, omdat het hof daarin eindbeslissingen heeft gegeven. Het derde arrest betreft nog slechts een tussenarrest.¹

De procedures zijn opvallend, omdat zij in Nederland worden gevoerd tegen niet alleen Shell Nigeria, maar ook tegen de voormalige Engelse en Nederlandse moedermaatschappijen van het Shell-concern ('Shell T&T' en 'Shell NV'), alsmede tegen de huidige concernholding

Royal Dutch Shell Plc ('RDS').² Deze laatste is gevestigd te Londen, maar houdt kantoor in Den Haag. Het gaat in deze procedures om de vraag of zowel Shell Nigeria als de Shell-holdings (primaire) uit onrechtmatige daad aansprakelijk zijn voor de schade die het gevolg is van de oliekkages. Dat is dus deels een vraag van doorbraak van aansprakelijkheid, ook wel aangeduid als *piercing the corporate veil*, voor internationale milieuschade.³ Hierbij zij wel aangetekend dat in common-law-landen onder dit leerstuk veelal wordt verstaan wat in Nederland wordt aangeduid als vereenzelviging, dat wil zeggen de *directe* doorbraak van aansprakelijkheid. Dit laatste ziet op het volledig wegdenken van de zelfstandige rechtspersoonlijkheid van verbonden vennootschappen. Daarvan is in de hier besproken procedures geen sprake. Wordt de moeder aangesproken uit onrechtmatige daad, dan is het daarom wellicht beter te spreken van *indirecte* doorbraak van aansprakelijkheid.⁴

Procedures met een vergelijkbare inzet als die van de onderhavige worden ook in andere landen gevoerd.⁵ Voorbeelden daarvan zijn de procedures in het Verenigd Koninkrijk tegen Vedanta (milieuschade bij de exploitatie

* Steef Bartman is hoogleraar Corporate Group Liability aan de Universiteit Maastricht, emeritus hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden, en advocaat. Cees de Groot is universitair hoofddocent Ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden.

1 Gerechtshof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:134.

2 Vergelijk C.E. Honée, 'De Koninklijke is niet meer: lang leve Royal Dutch!(!)', *Ondernemingsrecht* 2015/153, afl. 13, p. 440-445.

3 Vergelijk over deze procedures: D.J.A. van den

Berg & I.E. Reimert, 'Aansprakelijkheid van Shell voor oliekkage(s) in Nigeria', *Bb* 2013/23; L.F.H. Enneking, 'Aansprakelijkheid via "foreign direct liability claims"', Den Haag is weer even de "Legal Capital of the World", *NJB* 2010/318; L. Enneking, 'The Future of Foreign Direct Liability? Exploring the International Relevance of the Dutch Shell Nigeria Case', *Utrecht Law Review* (10) 2014, afl. 1, p. 44-54; C. de Groot, 'The "Shell Nigeria Issue": Judgments by the Court of Appeal of The Hague, The Netherlands', *E.C.L.* (13) 2016, afl. 3, p. 98-104, naar aanleiding van tussenar-

resten van het hof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:3586, 3588 en 3587.

4 Vgl. K. Vandekerckhove, *Piercing the Corporate Veil* (European Company Law Series, Volume 2), Deventer: Kluwer 2007, p. 14. Zie hierover ook S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteijn & M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 266.

5 Vergelijk B. Spiesshofer, *Responsible Enterprise. The emergence of a global economic order*, München/Oxford/Baden-Baden: C.H. Beck/Hart/Nomos 2018, p. 393-405.

van een kopermijn in Zambia), tegen Shell (eveneens in verband met schade door de oliewinning in Nigeria), en tegen Unilever (is Unilever PLC medeaansprakelijk voor schade die werknemers en bewoners van een plantage in Kenia leden toen gewapende groepen de plantage binnenvielen?). Een ander voorbeeld is de procedure in British Columbia (Canada) tegen Nevsun inzake mensenrechtenschendingen in Eritrea. Het UK Supreme Court heeft in de *Vedanta*-zaak op 10 april 2019 een uitspraak gedaan,⁶ alsook in de *Shell*-zaak op 12 februari 2021, waar het overigens nog slechts ging om de bevoegdheid van de Engelse rechter.⁷ De hier besproken arresten van het hof Den Haag verwijzen ook veelvuldig naar de *Vedanta*-uitspraak (zie hierna).

F.A. Oguru is een boer uit het Nigeriaanse dorp Oruma. A. Efang (die in 2016 is overleden) was ook een boer uit het Nigeriaanse dorp Oruma. Eind juni 2005 is lekkage ontstaan in een ondergrondse oliepijpleiding van SPDC in de buurt van Oruma. Door de lekkage kwam olie vrij die zich over de grond verspreidde. De hoeveelheid olie die zich heeft verspreid bedroeg ongeveer 400 vaten van 159 liter. Het verspreidingsgebied was 60.000 vierkante meter. SPDC heeft de lekkage op 7 juli 2005 gedicht en het gebied schoongemaakt (gesaneerd). E.B. (Eric) Dooh is de zoon van B.M.T. (Barizaa) Dooh. Barizaa Dooh, die in 2012 is overleden, was een boer en visser die woonde in de omgeving van het Nigeriaanse dorp Goi. In oktober 2004 is lekkage ontstaan in een ondergrondse oliepijpleiding van SPDC in de buurt van Goi. Ook deze olie heeft zich over de omgeving verspreid. Het ging om een hoeveelheid van ongeveer 150 vaten van 159 liter. Het verspreidingsgebied was 311.000 vierkante meter. SPDC heeft de lekkage gedicht en ook dit gebied nadien gesaneerd.

Beide lekkages zijn onderzocht door een Joint Investigation Team (JIT) met daarin vertegenwoordigers van de Nigeraanse overheid, SPDC en de lokale gemeenschappen. Uit de rapporten die deze teams hebben opgesteld komt de mogelijkheid van sabotage van de pijpleidingen naar voren. In het Oruma-rapport staat dat het gat in de pijpleiding kan zijn veroorzaakt door een boor: het gat ‘was round and circular in shape with smooth edges consistent with damage done with a drilling device by unknown persons’ (r.o. 1.1 onder *g Oguru*). Ook in het Goi-rapport staat dat de schade aan de pijpleiding kan zijn veroorzaakt door een zaag: ‘a [...] saw cut [...] was made in the pipeline [...] by unknown persons’.

Oguru, Efang en MD hebben in Nederland bij de rechtbank Den Haag een vordering ingesteld tegen Shell NV en Shell T&T en tegen RDS en SPDC (samen ‘Shell’). Ook Dooh en MD hebben een vordering ingesteld tegen deze vier Shell-vennootschappen (MD en de mede-eisers in beide procedures worden hierna aangeduid als ‘MD

c.s.’). Eisers zijn van mening dat SPDC en de andere Shell-vennootschappen tegenover hen onrechtmatig hebben gehandeld en aansprakelijk zijn voor de ontstane schade. Daarbij wijzen zij op de lekkage zelf en de volgens hen gebrekkige reactie van Shell daarop ter beperking van de schade. Onderdeel van de vordering is ook dat SPDC en de andere Shell-vennootschappen maatregelen moeten nemen om lekkages in de toekomst te voorkomen. De vordering van MD is tevens een collectieve actie ten behoeve van personen die in de nabijheid wonen van de lekkages en voor wier belangen MD in dezen ingevolge haar statutaire doelstelling mede opkomt.⁸ De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen.⁹ Zij kwam tot het oordeel dat MD c.s. het verweer van SPDC en de andere Shell-vennootschappen dat sprake was van sabotage door derden niet voldoende hadden weerlegd en dat SPDC voldoende adequaat had gereageerd op de lekkages. MD c.s. stellen daarop hoger beroep in bij het gerechtshof te Den Haag.

Bevoegdheid, toepasselijk recht en *common law*

Op grond van artikel 4 lid 1 van de EEX-Verordening (herschikt), ook wel de Brussel I bis-verordening genoemd, ‘worden zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, ongeacht hun nationaliteit, opgeroepen voor de gerechten van die lidstaat’.¹⁰ Artikel 63 lid 1 voegt daarvoor rechtspersonen aan toe dat hun woonplaats zowel de plaats van hun statutaire zetel, als de plaats van hun hoofdbestuur, als de plaats van hun hoofdvestiging is. Dit betekent dat de Nederlandse rechter bevoegd is in de procedures tegen Shell NV, die gevestigd is te Den Haag, en tegen RDS, die haar hoofdkantoor heeft in Den Haag. Voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter om kennis te nemen van de procedures tegen Shell T&T, die gevestigd is te Londen, en tegen de Nigeriaanse vennootschap SPDC, die gevestigd is te Port Harcourt, Nigeria, is artikel 7 lid 1 Rv van belang. Dit artikel gaat over een zogenoemde ‘ankervordering’. Als de Nederlandse rechter bevoegd is in een dagvaardingsprocedure is hij dat ook ten aanzien van andere gedaagden (hier Shell T&T en SPDC) ‘mits tussen de vorderingen tegen de onderscheiden gedaagden een zodanige samenhang bestaat, dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen’. De vorderingen tegen Shell NV en RDS zijn als het ware het anker waaraan de daarmee samenhangende vorderingen tegen Shell T&T en SPDC worden vastgemaakt en daarmee ook binnen de bevoegdheid van de Nederlandse rechter komen te vallen. In zijn tussenarrest van 18 december 2015 bevestigde het hof Den Haag dat de Nederlandse rechter internationaal bevoegd is om van alle vorderingen kennis te nemen.¹¹

6 Supreme Court (Verenigd Koninkrijk) 10 april 2019, [2019] UKSC 20 (*Vedanta Resources Plc & Anor v Lungowe & Ors*).

7 Supreme Court (Verenigd Koninkrijk) 12 februari 2021, [2021] UKSC 3 (*Okpabi & Ors v Royal Dutch Shell Plc & Anor*).

8 Vgl. art. 3:305a BW.

9 Zie Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850 en ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9845. Vergelijk hierover L. Enneking, ‘Zorgplichten van multinationals in Nederland’, *NJB* 2013/607, afl. 12, p. 744-750.

10 Verordening (EU) 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012

betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in (herschikking), *PbEU* 2012, L 351/1.

11 Vgl. hof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586, r.o. 3.1-3.8.

De Rome II-Verordening over het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen geeft in artikel 4 lid 1 als hoofdregel dat vorderingen uit onrechtmatige daad worden beslist volgens ‘het recht van het land waar de schade zich voordoet’, de *lex loci damni*.¹² Artikel 7 herhaalt dit nog eens voor milieuschade, maar voegt daar wel aan toe dat een eiser zijn vordering ook mag baseren ‘op het recht van het land waar de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan’, de *lex loci acti*. De vorderingen voor de Nederlandse rechter tegen SPDC, Shell NV, Shell T&T en RDS worden dus in beginsel beslist naar Nigeriaans recht. Nigeria maakt wat het vermogensrecht betreft deel uit van de common-law-rechtspraak. Dat vermogensrecht, waaronder de onrechtmatige daad, is ontwikkeld in de rechtspraak. Een aantal common-law-landen, waaronder Nigeria, hecht nog steeds veel waarde aan de ontwikkeling van de rechtspraak in het kerngebied van die traditie, te weten Engeland en Wales. Dit betekent dat het Nigeriaanse *common law* in beginsel overeenkomt met het *common law* van Engeland en Wales.

De vorderingen tegen SPDC, Shell NV, Shell T&T en RDS zijn primair gebaseerd op onrechtmatige daad, dat wil zeggen een onrechtmatige daad (*tort*) naar *common law*. Voor wat betreft de (voormalige) moedervernootschappen gaat het dan om een *tort of negligence* (een nalaten iets te doen), omdat de moedervernootschappen onvoldoende toezicht hebben gehouden op hun dochtervernootschap en de milieuschade daardoor niet wisten te voorkomen. Toewijzing van een dergelijke vordering tegen de moedervernootschappen is mogelijk als de eisers aantonen dat de moedervernootschappen tegenover hen een zorgplicht (*duty of care*) hebben, die zij hebben geschonden.

Uit de uitspraak van het House of Lords van 8 februari 1990 in de zaak *Caparo v. Dickman* komt naar voren dat de slaagkans van zo’n vordering in het algemeen afhangt van drie cumulatieve factoren,¹³ te weten:

- 1 de voorzienbaarheid van de schade: ‘the foreseeability of damage’;
- 2 de vereiste intensiteit van de relatie tussen de persoon op wie de zorgplicht rust en de personen die de schade hebben geleden: ‘there should exist between the party owing the duty [of care] and the party to whom it is owed a relationship characterised by the law as one of “proximity” or “neighbourhood”’;
- 3 de vraag of toewijzing van de vordering rechtvaardig, terecht en redelijk is: ‘fair, just and reasonable’, ook wel afgekort tot FJR.

FJR vormt een belangrijke rem op het toewijzen van een vordering uit onrechtmatige daad die bestaat in een schending van een zorgplicht onder *common law*. Het

House of Lords overwoog dat het te snel aannemen van een zorgplicht het ongewenste gevolg kan hebben dat de persoon op wie die zorgplicht rust, wordt geconfronteerd met het risico van aansprakelijkheid tot een onbepaald bedrag, voor een onbepaalde tijd, en tegenover een onbepaalde groep personen (‘liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class’).

Op basis van deze drie factoren heeft het England and Wales Court of Appeal in zijn uitspraak van 25 april 2012 in de zaak *Chandler v. Cape* wat meer concrete criteria geformuleerd om te beoordelen of een vordering die is gericht tegen een moedervernootschap kans van slagen heeft.¹⁴ Het ging in deze zaak om een werknemer die leed aan asbestose ten gevolge van blootstelling aan asbest. De criteria zijn:

- 4 de moedervernootschap en de dochtervernootschap houden zich met dezelfde ondernemingsactiviteiten bezig: ‘the businesses of the parent and subsidiary are in a relevant respect the same’;
- 5 de moedervernootschap heeft in belangrijke mate kennis van de gezondheids- en veiligheidsaspecten van het desbetreffende productieproces (of zou die kennis moeten hebben): ‘the parent has, or ought to have, superior knowledge on some relevant aspect of health and safety in the particular industry’;
- 6 de moedervernootschap wist dat het productieproces van de dochtervernootschap onveilig is (of had dat moeten weten): ‘the subsidiary’s system of work is unsafe as the parent company knew, or ought to have known’;
- 7 de moedervernootschap wist of had moeten voorzien dat de dochtervernootschap of de werknemers van die dochtervernootschap erop zouden vertrouwen dat de moedervernootschap haar kennis zou inzetten ter bescherming van die werknemers: ‘the parent knew or ought to have foreseen that the subsidiary or its employees would rely on its using that superior knowledge for the employees’ protection’.

Deze criteria werken overigens in het algemeen eerder ten nadele dan ten voordele van een eiser die een vordering instelt tegen een moedervernootschap. Dat bleek ook uit de uitspraak in hoger beroep van het Engeland en Wales Court of Appeal in de daar gevoerde *Shell*-zaak die het hof Den Haag aanhaalt in r.o. 3.28 *Oguru/3.29 Dooh*.¹⁵ De reeds genoemde *Vedanta*-uitspraak van de UK Supreme Court uit 2019 lijkt daarentegen weer wat meer perspectief te bieden voor het succesvol aanspreken van de moedermaatschappij voor milieuschade veroorzaakt door haar buitenlandse dochter.¹⁶ In r.o. 3.31 *Oguru* vat het hof Den Haag de kern van die uitspraak als volgt samen:

12 Verordening (EG) 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (‘Rome II’), *PbEU* 2007, L 199/40.

13 House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 8 februari 1990, [1990] UKHL 2 (*Caparo Industries Plc v*

Dickman).

14 England and Wales Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 25 april 2012, [2012] EWCA Civ 525 (*Chandler v Cape Plc*).

15 England and Wales Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 14 februari 2018, [2018] EWCA Civ

191 (*Okpabi & Ors v Royal Dutch Shell Plc & Anor* (Rev 1)).

16 Supreme Court (Verenigd Koninkrijk) 10 april 2019, [2019] UKSC 20 (*Vedanta Resources Plc & Anor v Lungowe & Ors*).

‘Met inbegrip van de wetenschappelijke kan de *Vedanta*-regel als volgt worden weergegeven: als de moeder weet of behoort te weten dat haar dochter onrechtmatig schade aan derden toebrengt op een gebied waarop de moeder zich met de dochter bemoeit, dan rust als uitgangspunt op de moeder jegens die derden een *duty of care* om in te grijpen.’

De uitspraken van het hof Den Haag

Preliminaire overwegingen

Het hof vangt in r.o. 3.5 *Oguru*/3.6 *Dooh* aan met de constatering dat

‘[d]e vorderingen van MD c.s. zijn gestoeld op drie (groepen van) (onrechtmatige) daden, namelijk (onrechtmatige) daden die verband houden met i) het ontstaan van een lekkage, ii) de reactie van Shell op een eenmaal opgetreden lekkage en iii) de sanering daarvan’.

Gelet op deze driedeling overweegt het hof dat de vorderingen met betrekking tot het ontstaan van lekkage en de reactie daarop alleen SPDC, Shell NV en Shell T&T raken – en dus niet RDS – omdat de lekkages plaatsvonden vóór de herstructurering van het Shell-concern. Rechtsoverweging 3.10 *Oguru* luidt in dit verband:

‘Alle vorderingen zijn ingesteld tegen de Nigeriaanse werkmatschappij SPDC en tegen de moedervenootschappen. In de periode tot 20 juli 2005 waren dat Shell NV en Shell T&T tezamen, daarna is RDS de (enige) moeder geworden. RDS is niet ontstaan uit een fusie van Shell NV en/of Shell T&T [...]. Bij de op schadevergoeding gerichte vorderingen uit hoofde van Ontstaan en Reactie, die zien op de periode tot en met 9 juli 2005, zijn dus alleen Shell NV en Shell T&T in beeld.’

Het hof stelt voorts vast dat SPDC de licentiehouders is aan wie de toestemming is verleend om olie te winnen en dat op een licentiehouders op grond van de Nigeriaanse Oil Pipelines Act risicoaansprakelijkheid rust voor schade bij de exploitatie, tenzij die schade het gevolg is van sabotage door derden (r.o. 3.16 *Oguru*/3.17 *Dooh*).

In rechtsoverweging 3.18 *Oguru*/3.19 *Dooh* bespreekt het hof de *duty of care* naar *common law* en de eisen van *foreseeability*, *proximity* en *FJR*, waarbij het hof de meest relevante *common-law*-rechtspraak noemt, te weten *Chandler v Cape*, *Okpabi v RDS* en *Vedanta v Lungowe* (r.o. 3.28 *Oguru*/3.29 *Dooh*). In die laatste uitspraak (en in de uitspraak van 12 februari 2021 in de *Shell*-zaak die daarop voortbouwt) heeft de UK Supreme Court, zoals gezegd, de mogelijkheid om een succesvolle vordering in te stellen tegen een moedervenootschap voor milieuschade veroorzaakt door haar buitenlandse dochter iets eenvoudiger gemaakt.

De vorderingen uit hoofde van ontstaan van de lekkage

Het hof overweegt allereerst dat ‘Niet in geschil is – terecht – dat Shell de bewijslast heeft ten aanzien van de door haar gestelde *third party sabotage*’ (r.o. 5.3 *Oguru* en *Dooh*). Volgens SPDC was inderdaad sprake van sabotage, maar volgens MD c.s. was de lekkage veroorzaakt door achterstallig onderhoud. Het hof had deskundigen

gevraagd een rapport uit te brengen. Over dit rapport zegt het hof: ‘Op 17 december 2018 hebben de deskundigen hun eindrapport uitgebracht. Partijen hebben ieder hun eigen interpretatie hiervan gegeven’ (r.o. 5.17 *Oguru* en *Dooh*), met als toevoeging: ‘Het JIT-rapport is door de deskundigen betiteld als “*of very poor quality*”’ (r.o. 5.19 *Oguru*, vgl. r.o. 5.19 *Dooh*). Na een uitvoerige bespreking komt het hof in de *Oguru*-zaak tot de volgende conclusie:

‘Het hof neemt het deskundigenbericht, zoals hiervoor weergegeven en verstaan, over en maakt dit tot het zijne. Dit brengt het hof tot het oordeel dat op basis van de beschikbare indirecte informatie sabotage weliswaar als meest waarschijnlijke hypothese voor het ontstaan van de lekkage heeft te gelden, maar dat bij het ontbreken van directe informatie niet buiten redelijke twijfel is komen vast te staan/bewezen dat sabotage ook inderdaad de oorzaak van de lekkage is.’ (r.o. 5.27 *Oguru*, vgl. ook r.o. 5.25 *Dooh*.)

Op grond hiervan ‘is SPDC dus – jegens *Oguru*, *Efanga* en *MD* als belangenbehartiger van de overige bewoners – risicoaansprakelijk uit hoofde van het ontstaan van de lekkage’ (r.o. 5.28 *Oguru*), en ‘is SPDC dus – jegens *Dooh* en *MD* als belangenbehartiger van de overige omwonenden – risicoaansprakelijk uit hoofde van het ontstaan van de lekkage’ (r.o. 5.27 *Dooh*). Die aansprakelijkheid geldt volgens het hof echter niet voor de Shell-moedervenootschappen. Omdat sabotage de meest waarschijnlijke oorzaak is voor het ontstaan van de lekkages, valt SPDC hiervan niet zonder meer een verwijt te maken. SPDC heeft in dit opzicht niet *negligent* of anderszins onrechtmatig gehandeld. Het hof concludeert: ‘Om een *duty of care* van de moeder(s) te kunnen aannemen, moet door MD c.s. – die daarvoor de bewijslast heeft – ten minste worden bewezen dat de dochter SPDC *negligent* of onredelijk heeft gehandeld [...]. Dat bewijs is echter niet geleverd’ (r.o. 5.31 *Oguru*/5.30 *Dooh*).

De vorderingen tegen SPDC uit hoofde van de reactie op de lekkage

In de *Oguru*-zaak heeft SPDC, nadat zij op de hoogte was gesteld van de lekkage, een onderzoeksteam naar de plaats van de lekkage gestuurd. Dit onderzoeksteam kreeg aanvankelijk van de lokale gemeenschap geen toegang tot die locatie vanwege de gespannen verhouding tussen SPDC en de lokale gemeenschap. Daardoor kon de lekkage pas later worden gedicht. MD c.s. stellen in dit verband dat SPDC een *leak detection system* (LDS) had moeten installeren waardoor de toevoer van olie door de pijplijn op afstand en *in real time* zou zijn stilgelegd. Dergelijke geavanceerde systemen zijn ook beschikbaar. SPDC heeft aangevoerd dat zo’n systeem ‘in Nigeria niet praktisch toepasbaar is omdat op zonnecellen werkende transmitters nodig zijn om de gegevens van de sensoren naar een centraal punt te verzenden, en die transmitters en zonnecellen in Nigeria uitermate diefstalgevoelig zijn’ (r.o. 6.15 *Oguru*). Het hof verwerpt dit verweer echter als volgt:

‘Als feit van algemene bekendheid kan gelden dat in gebieden waarin TPD [= *third-party damage*, SB & CdG] aan pijpleidingen regelmatig voorkomt, ook diefstal bij pijpleidingen een frequent optredend

fenomeen is. Aangenomen mag daarom worden dat het TPD-LDS diefstalbestendig is; anders zou dit een tamelijk zinloze voorziening zijn. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, is niet in te zien waarom in het algemeen LDS's waarin gegevensverzending plaatsvindt, niet diefstalbestendig zijn of kunnen worden gemaakt.' (r.o. 6.15 *Oguru*.)

'Onder de hiervoor geschetste omstandigheden acht het hof het "fair, just and reasonable" om van SPDC te vergen dat zij vóór de 2005-lekkage een LDS op de Oruma-leiding had geïnstalleerd. Aan de eis van proximity is eveneens voldaan nu *Oguru*, *Efanga* en de omwonenden voor wie MD optreedt, in de nabijheid van de pijpleiding van SPDC woonden en/of werkten.' (r.o. 6.24 *Oguru*.)

In de *Dooh*-zaak heeft SPDC, nadat zij op 10 oktober 2004 de hoogte was gesteld van de lekkage, op 11 oktober 2004 per helikopter een inspectie uitgevoerd. Ook hier kreeg het onderzoeksteam aanvankelijk van de lokale gemeenschap geen toegang tot de locatie. In het gebied was inmiddels een brand ontstaan. Het hof overweegt dat de helikopterinspectie te laat was: 'Zonder nadere toelichting van Shell – die ontbreekt – is niet in te zien dat SPDC dat niet een dag eerder had kunnen doen', en concludeert:

'Zou zij dat gedaan hebben, dan zou de lekkage, waar de olie met grote kracht uitspoot, kort na de melding zijn bevestigd. Bij deze stand van zaken is het fair, just and reasonable om aan te nemen dat op SPDC een duty of care rustte om kort na de melding, nog op 10 oktober 2004, de olietoevoer stil te leggen, in aanmerking ook nemend dat ten opzichte van de personen die in nabijheid van de lekkages wonen en werken (*Barizaa Dooh* en de overige omwonenden) aan de proximity-eis is voldaan en (aanzienlijke) schade voor deze personen bij het niet binnen korte termijn stilleggen van de olietoevoer zonder meer voorzienbaar was. De drie factoren van de *Caparo*-test voor het bestaan van een duty of care zijn dus vervuld. Deze duty of care is door SPDC geschonden en als gevolg daarvan is schade opgetreden. SDPC heeft, zo moet worden geconcludeerd, een tort of negligence gepleegd door niet al op 10 oktober 2004 maar pas op 11 oktober 2004 de olietoevoer af te sluiten.' (r.o. 6.11 *Dooh*.)

In de *Oguru*-zaak kwam het hof tot de conclusie 'dat een gebod aan SPDC om een LDS te installeren is geboden om de bestaande [...] onrechtmatige toestand te beëindigen en te bewerkstellingen dat justice can be adequately done' (r.o. 6.40 *Oguru*). In de *Dooh*-zaak had SPDC inmiddels al een vergelijkbare techniek geïnstalleerd. Daarom ging het hof vervolgens alleen in de *Oguru*-zaak in op de vorderingen tegen de moederverenootschappen uit hoofde van *Reactie*.

De vorderingen tegen de Shell-moederverenootschappen uit hoofde van de reactie op de lekkage

Naar het oordeel van het hof 'is voorwaarde voor aansprakelijkheid van de moeder, dat, kort gezegd, de dochter een duty of care heeft geschonden. Nu in het voorgaande alleen een 'duty of care'-schending door de dochter (SPDC) is vastgesteld in verband met het niet-installeren van een (adequate) LDS bij Oruma, kan de gestelde aansprakelijkheid van de moeder(s) ook alleen hierop berusten' (r.o. 7.1 onder a *Oguru*). Volgens het hof 'kan genoegzaam worden aangenomen dat de Shell-top zich – direct of indirect – tamelijk intensief heeft bemoeid en zich nog steeds bemoeit met SPDC' (r.o. 7.1 onder b *Oguru*). Onder verwijzing naar de *Vedanta*-uitspraak overweegt het hof vervolgens

'dat het er bij de vraag of de moeder aansprakelijk is, niet zozeer om gaat of de moeder zich in het algemeen met de dochter bemoeit maar – zoals Shell heeft betoogd [...] – dat het er daarbij op aankomt of die bemoeienis zich uitstrekt over de handelingen van de dochter waarop de gestelde aansprakelijkheid van de moeder berust. In dit geval is dat het nalaten van SPDC om een (adequate) LDS toe te passen' (r.o. 7.1 onder b *Oguru*).

In dit kader gaat het hof nader in op de structuur van het Shell-concern. In die bespreking zijn de 'O-Moeders' Shell NV en Shell T&T: de oude moeders. Onder de O-moeders vielen twee subholdings. De besturen van de O-moeders en die van de subholdings bestonden nagenoeg uit dezelfde personen. Er was sprake van een personele unie. Bij de O-moeders bestond bovendien een committee of managing directors – na de herstructurering van het Shell-concern aangeduid als executive committee – dat ook optrad bij de subholdings. De O-moeders en de subholdings stelden het groepsbeleid vast waar het ging om aangelegenheden die van belang waren voor het hele concern. Daaronder vielen ook de onderwerpen 'Health, Safety & Environment (HSE)/Health, Safety, Security & Environment (HSSE)'. Het groepsbeleid werd door zogenoemde service-vennootschappen vastgelegd in standards en manuals. De naleving van die standards en manuals werd gecontroleerd door middel van audits. De werkmaatschappijen binnen het Shell-concern, zoals SPDC, hadden wel enige vrijheid bij het toepassen van de standards en manuals.

Na deze analyse van de structuur van het Shell-concern overweegt het hof dat '[n]u moet worden nagegaan of de bemoeienis van RDS zich uitstrekt tot de al dan niet toepassing van een LDS op de Oruma-leiding' (r.o. 7.10 *Oguru*). Het hof stelt vast dat het gebruiken van een LDS in ieder geval werd aangeraden, en dat het aantal olielekages dat zich wereldwijd (dus ook in Nigeria) voordoet sinds 2010 invloed heeft op de hoogte van de variabele beloning van de leden van het executive committee. Dus: 'Het bonusbeleid van RDS leidt er sinds 2010 derhalve toe dat de leden van haar Executive Committee zich op niet terughoudende wijze zullen zijn gaan bemoeien met de wijze waarop SPDC omgaat met de LDS-kwestie' (r.o. 7.18 *Oguru*). Op basis van een schriftelijke getuigenverklaring concludeerde het hof voorts 'dat tussen SPDC en vertegenwoordigers van "The Hague" (klaarblijkelijk RDS [...]) is gesproken over de introductie van een LDS' (r.o. 7.21 *Oguru*). Deze verklaring 'vormt, het voorgaande samenvattend, bewijs voor de [...] stelling van MD c.s. dat LDS's voorwerp zijn van centrale bemoeienis' (r.o. 7.23 *Oguru*). Dit brengt het hof tot de volgende conclusie:

'Onder de hier geschetste omstandigheden is het fair, just and reasonable om een duty of care van RDS aan te nemen om ervoor te zorgen dat op de Oruma-leiding een LDS wordt geïnstalleerd. Aan deze duty of care heeft zij niet voldaan, zodat ook aan haar kant sprake is van een onrechtmatige toestand. Omdat de SPDC al zeer lange tijd onwilling is gebleven, zelfs ondanks de nog toegenomen noodzaak daarvan, om tot installatie van een LDS op de Oruma-leiding over te gaan is het, opdat justice can be adequately done, noodzakelijk om ook RDS een bevel op te leggen waarmee zoveel als mogelijk kan worden verzerkt dat de Oruma-leiding nu eindelijk met een LDS wordt uitgerust' (r.o. 7.28 *Oguru*).

De dicta van de arresten van het hof

De vorderingen van MD c.s. tegen SPDC en de andere Shell-vennootschappen slagen, op basis van de hiervoor weergegeven overwegingen, slechts gedeeltelijk. In de *Oguru*-zaak verklaart het hof voor recht dat SPDC tegenover Oguru en Efanga en de andere omwonenden voor wie MD opkomt krachtens Nigeriaans recht:

- als licentiehouder risicoaansprakelijk is voor de schade die het gevolg is van de lekkage bij Oruma;
- onrechtmatig heeft gehandeld door niet eerder een LDS te installeren en dat SPDC de daaruit voortvloeiende schade moet vergoeden.

Voorts gebiedt het hof dat SPDC binnen één jaar na betekening van het arrest alsnog een LDS op de betreffende locatie moet installeren en dat ook RDS als moedermaatschappij ervoor moet zorgen dat zo'n LDS binnen die periode zal zijn gerealiseerd. Beide geboden zijn versterkt met een dwangsom van € 100.000,- voor elke dag dat SPDC of RDS niet aan dit gebod voldoet.

In de *Dooh*-zaak verklaart het hof voor recht dat SPDC tegenover Dooh en de (andere) omwonenden voor wie MD opkomt krachtens Nigeriaans recht:

- als licentiehouder risicoaansprakelijk is voor de schade die het gevolg is van de lekkage bij Goi;
- onrechtmatig heeft gehandeld door de olietoevoer naar de pijplijn niet al op 10 oktober 2004 af te sluiten en dat SPDC bijgevolg de daaruit voortvloeiende schade moet vergoeden.

Noot

1 In ons commentaar hieronder beperken wij ons tot het *Oguru*-arrest, meer in het bijzonder het gebod aan RDS om er als topholding van het Shell-concern voor te zorgen dat SPDC alsnog binnen één jaar een LDS installeert. Dit op basis van een zorgplicht (*duty of care*) van RDS tegenover de gelaedeerde Nigeriaanse boeren en vissers op of in de nabijheid van de vervuilde locatie. Juist vanwege deze veroordeling van RDS waren de eerste reacties in de pers overwegend enthousiast. In de media werd gesproken van 'een grote overwinning voor de Nigeriaanse boeren en Milieudefensie'.¹⁷ Dezelfde krant juichte twee dagen later: 'Voor het eerst is een Nederlands moederbedrijf aansprakelijk gesteld voor nalatigheid of wanpraktijken van een dochteronderneming elders in de wereld, en dat is ronduit heuglijk nieuws'.¹⁸

2 Een onzer heeft nadien enkele relativerende kanttekeningen geplaatst bij het Haagse arrest: RDS is niet aansprakelijk voor de schade van de Nigeriaanse boeren

en vissers en het valt nog maar te bezien of SPDC in staat zal zijn om de eenmaal vastgestelde schade daadwerkelijk te vergoeden. Is dat niet het geval, dan zijn de gelaedeerden voor compensatie afhankelijk van de goedertierenheid van RDS, die mogelijk zal inspringen om de imagoschade van Shell nog zoveel mogelijk te beperken. Zij is hiertoe echter niet verplicht en zal dit dan ook moeten verantwoorden aan haar aandeelhouders.¹⁹

3 Daar kan nog aan worden toegevoegd dat het hof geen causaal verband heeft geconstateerd tussen het optreden van SPDC en de lekkage-oorzaak. Sterker nog, het hof beschouwt sabotage, conform het verweer van Shell, als de 'meest waarschijnlijke hypothese voor het ontstaan van de lekkage'. Het hof constateert echter tevens dat het verband tussen de door derden gepleegde sabotage en de lekkage niet *beyond reasonable doubt* kan worden vastgesteld (r.o. 5.27 *Oguru*). En omdat dit nu eenmaal de toepasselijke (Nigeriaanse) bewijsmaatstaf is voor exonatie van de licentiehouder van de exploitatievergunning, kan SPDC haar risicoaansprakelijkheid in die hoedanigheid naar Nigeriaans recht niet ontlopen. Dat had de Nigeriaanse rechter natuurlijk ook – en wellicht op kortere termijn – kunnen beslissen.

4 SPDC heeft volgens het hof ook geen onrechtmatige daad gepleegd in verband met het ontstaan van de lekkage, noch met het oog op de grond- en watersanering nadien. Dat is ook precies de reden waarom het beroep van MD c.s. op een beweerdelijk uit de Nigeriaanse grondwet en de African Charter on Human and Peoples' Rights voortvloeiend grondrecht op een schoon leefmilieu faalt (r.o. 9.6 *Oguru*). Slechts het niet installeren van een *state of the art* LDS, waarmee geen fysieke toegang tot de locatie nodig is, wordt SPDC verweten, omdat zij met zo'n systeem de olietoevoer in 2005 eerder had kunnen stoppen en daarmee de schade had kunnen beperken (r.o. 6.25 *Oguru*). Een *duty of care* geldt in dit verband ook voor RDS. Dat wil zeggen, alleen voor de periode vanaf 2010 toen de moeder zich volgens het hof intensief met dit onderwerp is gaan bemoeien (r.o. 7.24 *Oguru*). Het hof leidt dit – opmerkelijk genoeg – *res ipsa loquitur* onder meer af uit het bonusbeleid dat geldt voor de leden van het *executive committee* van RDS (r.o. 7.18 *Oguru*). Voordien bestond een zodanige zorgplicht voor RDS niet. De door het hof geconstateerde schending van de *duty of care* door SPDC in 2005 wordt RDS dan ook niet verweten.

5 Aldus beschouwd lijkt de winst van zoveel jaren procederen wat aan de magere kant te zijn, ook al staat nu vast dat SPDC moet opdraaien voor de schade als gevolg van de lekkage. De keuze voor een Nederlands rechtsforum zal MD niet alleen ingegeven zijn door een gebrek aan ver-

17 B. van de Weijer, 'Shell moet Nigeriaanse boeren schadevergoeding betalen voor vervuiling', *de Volkskrant* 29 januari 2021, www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/shell-moet-nigeriaanse-boeren-schadevergoeding-betalen-voor-vervuiling-b27a8995/.

18 C. Vos, 'Verantwoord ondernemen reikt ook voor Shell voortaan tot diep in de jungle', *de Volkskrant* 1 februari 2021, www.volkskrant.nl/columns-opinie/verantwoord-ondernemen-reikt-ook-voor-shell-voortaan-tot-diep-in-de-jungle-b13e06bf/.

19 S.M. Bartman, 'Bij Haags arrest over Shell

Nigeria is enige relativering op z'n plaats', *FD* 3 februari 2021, <https://fd.nl/opinie/1372704/bij-haags-arrest-over-shell-nigeria-is-enige-relativering-op-zn-plaats>. Zie ook diens editorial in *E.C.L.* (18) 2021, afl. 2.

trouwen in de Nigeriaanse rechtspraak, maar ongetwijfeld ook door de wens om voor het schadeverhaal te kunnen doorgrijpen naar de diepe zakken van RDS als top van het Shell-concern. In die opzet is MD dus niet geslaagd en in zoverre kan de vraag gesteld in de titel van deze annotatie naar ons inzicht ook niet bevestigend worden beantwoord.

6 Hiermee is overigens niet gezegd dat het *Oguru*-arrest zonder betekenis is voor de verdere rechtsontwikkeling op dit terrein. Allereerst heeft het een grote symbolische waarde nu het, voor zover wij kunnen overzien, de eerste uitspraak is waarin een Nederlandse moedermaatschappij in een bodemprocedure succesvol wordt aangesproken op haar zorgplicht tegenover belanghebbenden bij de activiteiten van haar dochter die hebben geleid – of in de toekomst nog kunnen leiden – tot milieuschade in het buitenland. Dat is geen gering iets, ondanks het feit dat het niet zozeer gaat om aansprakelijkheid van de moeder, maar veeleer om haar verantwoordelijkheid. Dat zijn, in elk geval naar Nederlands recht, nu eenmaal verschillende categorieën.²⁰ Het feit dat het hof het gecontinueerde stilzitten van RDS voor wat betreft de installatie van een LDS na 2010 als onrechtmatig kwalificeert (r.o. 7.26), doet daar niet aan af.

7 Hieronder analyseren wij de *Oguru*-uitspraak nog wat verder in het licht van het Nederlandse recht, indien dat van toepassing was geweest. Zo'n exercitie is niet alleen interessant vanuit een oogpunt van rechtsvergelijking, maar kan ook van belang zijn voor vergelijkbare, lopende procedures in Nederland, zoals die welke in 2019 is aangespannen door o.a. MD tegen RDS strekkende tot beperking van de CO₂-uitstoot van het Shell-concern per ultimo 2030, teneinde die uitstoot in overeenstemming te brengen met het Akkoord van Parijs.²¹

8 Wat dan allereerst opvalt is dat het hof de aansprakelijkheidspositie van RDS beschouwt als een afgeleide van die van haar Nigeriaanse dochter. Met andere woorden, indien niet bewezen is dat de dochter zich onrechtmatig heeft gedragen door schending van haar *duty of care*, kan er ook geen sprake zijn van zo'n schending door de moedermaatschappij (r.o. 3.33 en 5.31 *Oguru*). Ons is niet duidelijk waarop het hof die regel baseert. Een nadere motivering wordt ook niet verstrekt. Naar – hier niet toepasselijk – Nederlands recht is die stellingname in elk geval onjuist. De Hoge Raad verlangt immers een zelfstandige, *eigen* onrechtmatige daad van de moeder als grondslag voor een (indirecte) doorbraak van aansprakelijkheid.²² In

rechte vastgesteld onrechtmatig handelen van de dochter vormt daarvoor in juridisch-dogmatische zin geen *condicio sine qua non*, ofschoon in de praktijk hiervan veelal wel sprake zal zijn. Maar als de rechter niet bevoegd is om over de dochter te oordelen of als zij niet meer bestaat, vormt dat naar Nederlands recht niet zonder meer een obstakel voor aansprakelijkheid van de moeder tegenover de schuldeisers van haar dochtermaatschappij.²³

9 Ook hetgeen het hof overweegt in r.o. 3.10 *Oguru* staat ons inziens op gespannen voet met toerekening van handelen/nalaten en kennis aan rechtspersonen naar Nederlands recht, ofwel de aloude *Kleuterschool Babel*-doctrine.²⁴ Wij hebben hier het handelsregister niet op nageplozen, maar het lijkt ons aannemelijk dat minst genomen enkele van de bestuurders van de oude moeders Shell T&T en Shell NV bij de herstructurering op 20 juli 2005 zijn toegetreden tot de raad van bestuur van RDS. Hun (niet-)handelen en kennis omtrent het ontstaan van de lekkage en de reactie van Shell daarop uit de periode tot 9 juli 2005 zou dan ook krachtens verkeersopvatting mogen worden toegerekend aan RDS. Kennis van de bestuurder geldt in beginsel immers als kennis van de rechtspersoon. Het hof geeft niet aan of en waarom dat naar Nigeriaans *common law* anders zou liggen, maar volstaat met erop te wijzen dat 'RDS niet is ontstaan uit een fusie van Shell NV en/of Shell T&T'. Wij veronderstellen dat het hof hier doelt op de juridische fusie zoals geregeld in Titel 7, Boek 2 BW. De gedachte is blijkbaar dat alleen bij rechtsovergang onder algemene titel er sprake kan zijn van toerekening van handelen of kennis aan rechtspersonen. Nogmaals, naar Nederlands recht is dat niet juist.

10 Interessant is ook de wijze waarop het hof, in lijn met de *Vedanta*-uitspraak van de UK Supreme Court, een uitgebreide analyse maakt van de structuur van het Shell-concern en daaruit vervolgens een *duty of care* destilleert van moeder RDS ten opzichte van de eisers (r.o. 7.5-7.29). Ook in Nederland wordt het, onder omstandigheden, bestaan van een (bijzondere) zorgplicht van de moeder tegenover de schuldeisers van haar dochter in literatuur en rechtspraak onderkend. Verwezen zij naar onder meer het *Comsys*-arrest uit 2009 en de noot van Van Schilfgaarde daarbij in de *Nederlandse Jurisprudentie*.²⁵

11 In de 10e druk van het boek *Van het concern* wordt een onderscheid gemaakt tussen structuur-gerelateerde (indirecte) doorbraak van aansprakelijkheid en ad-hoc-doorbraak.²⁶ Voor een ad-hoc-doorbraak naar de aandeel-

²⁰ Zo impliceert het oordeel wanbeleid in het enquêterecht niet automatisch dat de bestuurders van de betreffende rechtspersoon voor de door dat beleid ontstane schade persoonlijk aansprakelijk zijn. Zie P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 419.

²¹ Zie hierover de website van de vereniging Milieudefensie: <https://milieudefensie.nl/klimaatzaak/shell/veelgestelde-vragen>.

²² Vgl. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/837, Bartman, Dorresteyn & Olaerts

2020, p. 266.

²³ De rechtbank van Miami-Dade, Florida, dacht daar in 1997 overigens – ten onrechte – anders over. Zie S.M. Bartman, 'Piercing the Corporate Veil in Haitian Poisoning Affair Rejected in First Instance: German Helm AG Not Found Liable Under Dutch Corporate Law', *E.C.L.* (13) 2016, afl. 3, p. 89.

²⁴ Zie laatstelijk over dit thema HR 11 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1413, *JOR* 2020/250, m.nt. Chr.M. Stokkermans, AA20201056, m.nt.

S.M. Bartman (*Treston / HDI-Gerling Verzekeringen*). Zie voor een recente monografie specifiek over concernverhoudingen, C. Posthouwer, *Toerekening van kennis aan concernvennootschappen*, Weert: Celsus juridische uitgeverij 2021.

²⁵ HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009: BH4033, *NJ* 2009/565, m.nt. P. van Schilfgaarde, AA20100102, m.nt. S.M. Bartman (*Comsys*).

²⁶ Vgl. Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2020, p. 265 en de duiding van de rechtspraak van de Hoge Raad in dat kader.

houder is het feit van de moeder-dochterverhouding niet beslissend.²⁷ Bij structuurdoorbraak zijn de aard van de concernrelatie en de intensiteit van de centrale leiding wel bepalend voor de uitkomst van het geschil. Dringende en intensieve beleidsinvloed van moeder op dochter rechtvaardigt al sinds het arrest *Albeda-Jelgersma II* uit 1988 een structuur-gerelateerde (indirecte) doorbraak van aansprakelijkheid naar de moedermaatschappij.²⁸ Of die beleidsinvloed, net als volgens de *Vedanta*-leer (r.o. 3.31), ook naar Nederlands recht betrekking moet hebben op de specifieke, litigieuze tekortkoming van de dochter in kwestie, is pleitbaar maar staat niet vast. Waar de Hoge Raad in r.o. 3.3 van het *Albeda Jelgersma II*-arrest overweegt dat de moeder zich intensief en indringend met haar dochter had bemoeid, ‘met name ook op het terrein van de inkopen’, zou men dit inderdaad kunnen bepleiten, nu de dochter haar leverancier niet kon betalen. Anderzijds baseert de Hoge Raad, in navolging van het hof, in het arrest *Sobi/Hurks* een ‘verplichting tot actief toezicht’ van de moeder op haar dochter louter op de aard van de tussen hen bestaande concernverhouding.²⁹

Wij zouden overigens menen dat een *overall* indringende en intensieve beleidsinvloed van de moeder op haar dochter zou moeten volstaan. Gewoonlijk bemoeit een holding zich immers niet met het concrete, operationele beleid van haar dochter. De *Vedanta*-leer zal dan ook alleen in hoogst uitzonderlijke situaties tot aansprakelijkheid van de moeder tegenover slachtoffers van het beleid van haar dochter kunnen leiden. Dat lijkt ons voor kwesties van milieu- en/of letselschade in concernverband niet de juiste koers.³⁰ Het vereiste van specifieke beleidsinvloed als voorwaarde voor een doorbraak kan zelfs leiden tot een perverse prikkel. Holdingmaatschappijen van internationale concerns zouden kunnen beslissen om hun dochters strak te (blijven) leiden, behalve op het terrein van bedrijfsveiligheid en milieupreventie.

12 Ook in de common-law-analyse van het Nigeriaanse recht door het hof Den Haag in het onderhavige arrest spelen de structuur van het Shell-concern en de aard van de centrale leiding van RDS – door het hof in r.o. 7.24 gekenschetst als ‘concreet en (tamelijk intensief)’ – een dragende rol voor het concluderen tot een *duty of care* van RDS. De analyse van de structuur en gang van zaken bij het Shell-concern, zoals gemaakt in het recente *Okpabi*-arrest door de UK Supreme Court, vertoont overigens een opvallende gelijkenis met die van het twee weken daarvoor gewezen arrest van het hof Den Haag.³¹ Ondanks de hierboven gesignaleerde verschillen lijkt er in zoverre toch sprake te zijn van een zekere mate van convergentie in het rechtsdenken tussen de UK en Nederland op het gebied van (indirecte) *piercing the corporate veil*.

13 Het is ons niet bekend of van het *Oguru*-arrest cassatieberoep is ingesteld. Volgens artikel 79 lid 1 sub b RO kan de Hoge Raad geen uitspraken vernietigen wegens schending van het recht van vreemde staten. Dat betekent dat het rechtsoordeel van het hof Den Haag over het Nigeriaanse recht voor de Hoge Raad als ‘feitelijk’ wordt beschouwd, waarover in cassatie niet kan worden geklaagd.³² Wel kan dit oordeel worden bestreden wegens onbegrijpelijkheid, dus met een motiveringsklacht.³³ Mogelijk dat de beslissingen van het hof vervat in r.o. 3.33 en 5.31 ter zake de afgeleide aansprakelijkheidspositie van RDS en het niet-toerekenen van kennis van bestuurders van Shell T&T en/of Shell NV aan RDS (r.o. 3.10) voor MD c.s. aanleiding geven tot het aanvoeren van een dergelijke (incidentele) cassatieklacht. Anderzijds kan r.o. 7.18, waarin het hof intensieve betrokkenheid van RDS ter zake de installatie van een LDS in Oruma wat kort door de bocht afleidt uit het bonusbeleid dat geldt voor de leden van het *executive committee*, voor RDS wellicht aanleiding zijn tot het formuleren van een (principale) motiveringsklacht. Hoe dan ook, het zijn in alle opzichten spannende tijden voor Shell op het milieufrent. ■

27 Denk bijvoorbeeld aan de casusposities behorende bij HR 8 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0401, *NJ* 1992/174, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Nimox*) en HR 18 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1544, *NJ* 1995/170, m.nt. J.M.M. Maeijer (*NBM/Securicor*).

28 HR 19 februari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AG5761, *NJ* 1988/487, m.nt. W.C.L. van der Grinten, AA19880452, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Albeda Jelgersma II*). Mogelijk dat de Hoge Raad zich voor dit criterium destijds heeft laten inspireren door de uitspraak van het Duitse Bundesgerichtshof inzake *Autokran* van drie jaar eerder, waarin wordt gesproken van beleidsinvloed van de moe-

der op haar dochter die ‘dauerend und umfassend’ is geweest, Bundesgerichtshof 16 september 1985, II ZR 275/84. Vgl. S.M. Bartman, *Concernbeleid en aansprakelijkheid* (IVO-serie, deel 6), Deventer: Kluwer 1989, waarin reeds voor een zorgplicht van de moeder van een hecht concernverband wordt gepleit (p. 146).

29 HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, *JOR* 2002/38, m.nt. N.E.D. Faber/S.M. Bartman, AA20030105, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Sobi/Hurks*).

30 Vgl. C.A. Witting, *Liability of Corporate Groups and Networks*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, die pleit voor een *modified limited*

liability bij letselschade (p. 287).

31 Supreme Court (Verenigd Koninkrijk) 12 februari 2021, [2021] UKSC 3 (*Okpabi & Ors v Royal Dutch Shell Plc & Anor*), r.o. 38-73.

32 Vgl. F. Vermeulen, ‘Vreemd recht in cassatie’, in: *Wie is de Mol? Liber Amicorum Harmen de Mol van Otterloo*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 239, die in dit verband spreekt van een ‘hybride status van het oordeel van de feitenrechter over vreemd recht’. Hij pleit overigens voor minder terughoudendheid van de Hoge Raad bij toetsing aan vreemd recht.

33 Korthals Altes & Groen *Asser Procesrecht* 7 2015/125.